

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS - AMAJME

DIREITO MILITAR

ISSN 1981-3414

ANO XX - NÚMERO 122 - JANEIRO/FEVEREIRO DE 2017



A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DISCIPLINAR MILITAR: LIMITAÇÃO DAS CAUSAS DE INTERRUPTÃO E SUSPENSÃO



Ronaldo João Roth¹



Sylvia Helena Ono²

1. INTRODUÇÃO. A Constituição Federal e as leis são fontes do Direito e o Estado brasileiro constitui-se no **Estado Democrático de Direito** (art. 1º, CF), portanto, onde prevalece o *império da lei* e a *subordinação à Constituição da República*, a qual garante os direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, CF), estrutura os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com independência e harmonia (art. 2º, CF), estabelece e detalha os órgãos com as suas competências e atribuições, limitando a ação do Estado.

Na seara do Direito Administrativo, onde se situa o tema deste trabalho jurídico, **imperava o princípio da legalidade** (art. 37, *caput*, CF), contemplando, assim, as leis em sentido amplo (Constituição Federal, Constituições Estaduais, os Estatutos do Funcionalismo Público) e, em sentido estrito (Regulamentos do Executivo e, no que diz respeito, aos militares os seus Regulamentos Disciplinares etc.). O tema em debate pertence, pois, ao ramo do *Direito Público* e **limita o poder estatal em relação ao *ius puniendi*** em face do **servidor público faltoso**, legislado dentre as atribuições dos entes federados (art. 18, *caput*, CP).

Assim, no presente trabalho focaremos o *poder*

disciplinar da Administração sobre seus servidores públicos diante das *faltas disciplinares* e as correspondentes *penalidades* nos *procedimentos* ou *processos* movidos contra os servidores faltosos. **No âmbito militar** essa disciplina **cabe a cada Unidade da Federação por meio da legislação correspondente**. Nessa linha, STJ, MS 40.534/BA, Rel. Min. **Humberto Martins**, J. 15/10/13.³

A temática abordada, portanto, trata do Direito Administrativo *Sancionador* contra os servidores públicos civis e militares –, instrumento essencial aos órgãos públicos dentro de cada Poder da República –, incluído na seara do **direito punitivo estatal** que alberga tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo, o primeiro cuidando da infração penal, e o segundo prevendo as infrações administrativas inerentes ao ***ius puniendi estatal*** exercido por meio do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF), com observância das formalidades e garantias processuais, sob pena de tonar-se ilegítimo e arbitrário.

A *prescrição*, que é o mote deste artigo, constitui-se num instituto limitador desse *ius puniendi* do Estado, e corresponde a um lapso temporal útil e permitido ao Estado para reprimir uma infração, seja ela penal ou administrativa, sendo certo que as infrações mais graves

1 Juiz de Direito da Justiça Militar Estadual de SP. Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação de Direito Militar da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor da Academia de Polícia Militar do Barro Branco – APMBB. Mestrando em Direitos Humanos pela UNIFIEO.
2 Advogada atuante na Justiça Militar do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP). Professora da pós-graduação em Direito Militar na EPD. Mestranda em Direitos Humanos pela UNIFIEO.
3 STJ, MS 40.534/BA, Rel. Min. Humberto Martins, J. 15.10.13: "(...) O regime jurídico dos militares estaduais é matéria que deve ser tratada exclusivamente em lei estadual específica, até porque o art. 22, XXI, da Constituição Federal, somente autoriza a União a legislar sobre '(...) normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares'. Toda a disciplina atinente aos Policiais Militares e membros do Corpo de Bombeiros do Estado, deve ser tratada em lei estadual, como prevêem os arts. 42 e seus parágrafos, e 142, § 3º, inciso X, todos da Carta da República. (...)".

prescrevem em período maior que as menos graves.

Dentre as várias acepções do que seja prescrição administrativa, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁴ reputa que é, dentre outras, a “perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas”, por parte da Administração. Para HELY LOPES MEIRELLES⁵ a prescrição administrativa regula a manifestação da Administração sobre a conduta de seus servidores e “opera a preclusão da oportunidade do Poder Público sobre matéria sujeita à sua apreciação.” E, sob o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁶, é “instituto em favor da estabilidade e segurança jurídicas.”

Portanto, é certo que decorrido o prazo prescricional sem a atuação ativa do Estado, este **não mais pode reprimir a infração ocorrida**, porquanto a **inércia do Estado implica na perda do poder punitivo**. Enquanto no Direito Penal a *prescrição* incide sobre a repressão ao *crime* (pretensão punitiva) e a imposição de *sanção* (pretensão executória), no Direito Administrativo Disciplinar, a *prescrição* incide apenas sobre a conduta infracional, implicando na *extinção* do poder punitivo sobre o servidor faltoso.

Outro fator que *distingue* a prescrição entre os dois ramos do Direito mencionados – o Penal e o Administrativo – é que no Brasil, como regra, *não* existe infração administrativa *imprescritível*, ao passo no âmbito do Direito Penal a Lei Maior estabeleceu expressamente algumas infrações penais *imprescritíveis*, como é o caso da *ação de grupos armados, civis ou militares, ação contra a ordem constitucional e o Estado Democrático* (art. 5º, XLIV, CF). De se destacar que no Direito Administrativo, observando-se o princípio da legalidade, **a imprescritibilidade é exceção.**⁷

Embora com traços e finalidades distintas, é **pacífico que os princípios do direito punitivo estatal são comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador ou ao Direito Administrativo Disciplinar**, pois ambos encontram fundamento no Estado Democrático de Direito e na legitimidade da ação estatal, com a limitação constitucional de contenção do poder.

Assim, vemos que a relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Disciplinar é tão íntima que se este último não for exercido na forma da lei, poderá o superior hierárquico incorrer em crime de condescendência criminosa (art. 320, CP⁸ ou art. 322, CPM⁹). Outro ponto de intersecção entre os dois ramos do direito público reside na *contagem do prazo prescricional* quando *uma infração administrativa também se caracterizar uma infração criminal*, situação em que o prazo prescricional previsto para esta servirá de paradigma para aquela, consoante dispõe a Lei 5.836/72¹⁰ (art. 18, parágrafo único), no âmbito militar, e a Lei Federal nº 8.112/90¹¹ (art. 142, § 2º), no âmbito civil da União, e, ainda como expressamente dispõe o **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo** (RDPM - Lei Complementar 893/01, art. 85, § 1º)¹², regra esta também prevista nas demais instituições militares de acordo com seus respectivos regulamentos. Outro bom exemplo é aquele previsto no **Estatuto dos Militares** (Lei 6.880/80, art. 42, § 2º) quando houver concurso de *crime e transgressão disciplinar*, de mesma natureza, somente será aplicada a pena relativa àquele.

No relacionamento entre Direito Penal e Direito Administrativo, lembra DIÓGENES GASPARINI¹³ que o segundo, na aplicação das penas disciplinares, vale-se dos princípios ditados pelo primeiro. Assim, boa

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 23ª ed., 2010, p. 740.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 683.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1015.

7 Como precedentes da excepcionalidade da prescrição: STF, Pleno, MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 4 set. 2008 (ressarcimento ao erário por particular); STJ, REsp 1063.338/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, J. 04/09/08 (art. 23 da Lei de Improbidade).

8 Condescendência criminosa - Art. 320 CP. Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

9 Condescendência criminosa - Art. 322 CPM. Deixar de responsabilizar subordinado que comete infração no exercício do cargo, ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - se o fato foi praticado por indulgência, detenção até seis meses; se por negligência, detenção até três meses.

10 Lei que dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências.

11 Lei que cuida do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

12 RDPM/SP. Lei Complementar 893/01, art. 85: A ação disciplinar da Administração prescreverá em 5 (cinco) anos, contados da data do cometimento da transgressão disciplinar. § 1º - A punibilidade da transgressão disciplinar também prevista como crime prescreve nos prazos estabelecidos para o tipo previsto na legislação penal, salvo se esta prescrição ocorrer em prazo inferior a 5 (cinco) anos.

13 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

parte da doutrina é explícita no sentido de sustentar que **os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal se aplicam ao Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador**, até porque integrantes do mesmo ramo do Direito Público¹⁴, não destoando, nesse sentido, a jurisprudência.¹⁵ A propósito, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO¹⁶ afirma que “nos processos disciplinares ou sancionatórios há aplicação dos princípios do direito penal”, bem como de princípios do processo penal.

Diante disso, observarmos o princípio da legalidade estrita, a impossibilidade da *reformatio in pejus*, a impossibilidade da analogia *in malam partem*, pontos esses comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, também tirados dos princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Nesse passo, importante frisar o fenômeno da **constitucionalização do direito** na lição de LUIS ROBERTO BARROSO¹⁷, pelo qual a lei infraconstitucional tem um caráter subordinante e “a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito.” Enfim, uma das consequências desse fenômeno é a *vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária*, de forma que os institutos do Direito Administrativo devem ser interpretados à luz dos postulados constitucionais.

Também é pacífico que os princípios constitucionais são incidentes no Direito Administrativo Sancionatório, dentre os quais o da *legalidade*, do *devido processo legal*, da *ampla defesa e contraditório*, da *duração razoável do*

processo etc. Importa, assim, verificar quais os parâmetros de atuação da autoridade do Estado em face da prescrição nas infrações disciplinares e à luz da *competência constitucional* para a disciplina das infrações disciplinares militares.

2. DESENVOLVIMENTO. A prescrição deve, pois, *ter como fonte a lei*. Assim o é no **RDPM de SP** (LC 893/01) e em vários Regulamentos Disciplinares congêneres nas Policiais Militares dos Estados-Membros.

Contrariamente, nas três Forças Armadas (FFAA), como bem registra JORGE LUIZ NOGUEIRA DE ABREU¹⁸, “os regulamentos disciplinares não estabelecem prazos para aplicação de punição disciplinar”, todavia, como sustenta o autor - com o qual concordamos - **nem por isso há de se cogitar da imprescritibilidade nas infrações disciplinares militares**. Assim, referido autor anota **quatro bons argumentos que afastam a imprescritibilidade**: a) se nos crimes em geral não há imprescritibilidade, por decorrência lógica nas infrações disciplinares, que são um *minus*, ela não há de existir; b)

“Também é pacífico que os princípios constitucionais são incidentes no Direito Administrativo Sancionatório.”

o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que no terreno do direito disciplinar, não há de se falar em *jus singulare*, uma vez que a regra é da prescritibilidade; c) a doutrina de Hely Lopes Meirelles enfrenta a questão assim se posicionando: não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito à sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo; d) a imprescritibilidade inviabilizaria o tipo penal do artigo 322 do CPM.¹⁹

14 Assim, citem-se FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 430-445.; e também Romeu Felipe Bacellar Filho, Maysa, Abrahão Tavares Verzola; e GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1097.

15 Nesse sentido, cf. STJ, RMS 24.559/PR, quinta turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julga, julgamento em 03.12.2009, “Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina”.

16 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 430-445.

17 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2016, pp. 411/415; e A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

18 ABREU, Jorge Luiz de. Manual de Direito Disciplinar Militar. Curitiba: Juruá, 2015, p. 319.

19 ABREU, Jorge Luiz de, op. cit. pp. 319/320.

2.1 CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO. Nesse passo, é de se constatar a existência de duas infrações disciplinares: a) as puras e b) as faltas crime. As *puras* têm a prescrição fixada nos estatutos correspondentes das instituições militares, ou ensejam a aplicação da analogia *in bonam partem*, para se evitar a imprescritibilidade. As *faltas crime* acompanham a prescrição fixada na Lei Penal, comum ou militar, conforme o caso.

Note-se que o RD da Polícia Militar do Estado de São Paulo estabelece que **a falta disciplinar prescreve em 05 (cinco) anos, contados do cometimento da falta disciplinar**, salvo se esta **se constituir em crime**, quando, então, o **prazo da prescrição segue o estabelecido no Código Penal, comum ou militar**. Logo, o citado RDPM estabelece o dia *a quo* e o dia *ad quem*, limitando o *ius puniendi* estatal em matéria disciplinar militar.

Na mesma linha, para os integrantes das FFAA o **Conselho de Justificação** (Lei 5.836/72, art. 18) e o **Conselho de Disciplina** (Decreto 71.500/72, art. 17) pontuam que a falta disciplinar ensejadora daqueles processos podem ocorrer, **desde que não ultrapassados 06 (seis) anos da data em que aquela foi praticada**.

Muito embora os regulamentos disciplinares das FFAA não disciplinem o prazo prescricional, vemos com segurança, assim como sustenta JORGE LUIZ NOGUEIRA DE ABREU, que **“o prazo prescricional para aplicação disciplinar aos militares federais é de seis anos”**, aplicando-se a analogia permitida em matéria disciplinar, ou seja, *in bonam partem*.

Em nosso ordenamento jurídico, **a imprescritibilidade da falta disciplinar, a nosso ver, está afastada**, entendimento este que encontra apoio na doutrina e na jurisprudência, conforme visto anteriormente, sendo desarrazoado conceber que o legislador ordinário tenha admitido possível estabelecer a imprescritibilidade implícita²⁰. **Daí ser consenso entre os operadores do Direito o cabimento da analogia in bonam partem**.

2.2 INTERRUPTÃO E/OU SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. Ronaldo Roth, ora coautor deste artigo, ao comentar sobre a *Lei do Conselho de Justificação* destinada aos Oficiais das Forças Armadas (Lei 5.836/72, art. 18), defendeu outrora que as *infrações administrativas* ensejadoras daquele processo administrativo **prescrevem em seis anos, contados da data da prática do fato** (*infração administrativa pura*), quer se trate de falta disciplinar (com quebra do princípio da hierarquia) ou falta não disciplinar (com violação de deveres sem indisciplina), ressaltando a Lei que **quando o fato se constitua crime militar** (*infrações-crime*) o prazo prescricional segue o disposto no Código Penal Militar.²¹ Importante destacar, todavia, que a referida Lei 5.836/72 **não estabeleceu causas de interrupção ou suspensão da prescrição para as infrações administrativas puras**, de forma que decorrido o prazo de *seis anos* do fato, a prescrição será inevitável.²²

Diante da natureza do *instituto da prescrição*, fácil verificar que a **analogia**, que é *um instituto de integração do Direito*, no Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador somente pode ser empregada *in bonam partem*, à semelhança do Direito Penal. Registre-se, outrossim, que *o recurso à analogia é limitado* diante da natureza do ramo do Direito estudado, cabendo a lição hermenêutica de CARLOS MAXIMILIANO no sentido de que “em matéria de *privilégios*, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a *liberdade*, ou *restringem outros direitos*, não se admite o uso da analogia.”²³ Logo, vedado está o recurso à analogia *in malam partem* no Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador.

Com efeito, para os integrantes das FFAA, é de se reconhecer que **a contagem da prescrição** quando o fato envolver hipótese que fundamenta a instauração do **Conselho de Justificação**, será *ininterrupta* desde a data do fato, **sendo incabível a interrupção e/ou a suspensão de seu prazo** sob pretexto de qualquer

20 ROTH, Ronaldo João, A prescrição, os recursos e a atuação do Ministério Público no Conselho de Justificação, in “Temas de Direito Militar”, São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 39.

21 ROTH, Ronaldo João, Op. cit. pp. 38/39.

22 ROTH, Ronaldo João, Op. cit. p. 39.

23 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 213.

motivo estranho à lei, situação essa que igualmente se aplica no **Conselho de Disciplina**.

2.3 O SILÊNCIO DOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES MILITARES EM RELAÇÃO AO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO. Em que pese alguns Regulamentos Disciplinares militares serem silentes, especificamente o RDPM do Estado de São Paulo (LC nº 893/01) prevê que a ação disciplinar da Administração prescreverá em **05 (cinco) anos** contados da data da prática da transgressão disciplinar, prevendo, ainda que se esta também for prevista como crime, submetendo-se ao prazo da prescrição penal (art. 85, §§1º e 2º). Por outro lado, o referido RDPM de SP silencia quanto a eventuais causas de interrupção e/ou suspensão do prazo prescricional.

Assim, para reflexão, formulamos as seguintes questões, *com base no silêncio da lei sobre a prescrição das infrações disciplinares*: (a) estas seriam imprescritíveis? (b) é possível a admissão de causas de interrupção ou suspensão da prescrição aplicadas subsidiariamente?

É cediço que a imprescritibilidade é exceção e deve ser explícita no ordenamento jurídico. Aliás, depreende-se essa interpretação diante do comando constitucional do art. 37, § 5º, CF: *A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.* Logo, **todos os ilícitos administrativos são prescritíveis**, inclusive as **infrações disciplinares militares**.

Não se deve olvidar, outrossim, que **a prescritibilidade da ação disciplinar administrativa homenageia**

o princípio constitucional da segurança jurídica, que é da essência do Estado de Direito. E a prescrição no direito, como dito, é medida de estabilidade e de segurança jurídica.

O **princípio da segurança jurídica** é elemento fundamental do Estado de Direito e o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que *o Estado em tema de punições disciplinares não pode exercer sua autoridade de forma abusiva e arbitrária devendo, pois, em seus procedimentos, a fiel observância do devido processo legal, sob pena de nulidade do ato administrativo punitivo ou da medida restritiva de direitos.*²⁴

Ademais, importante destacar que a **prescrição é instituto jurídico de direito material**. Logo, como já apontamos anteriormente nesse tema, embora incabível a analogia *in malam partem*, admissível é a *analogia in bonam partem*.²⁵ Nessa linha, já decidiu o STJ, 5ª T., no RMS nº 16.264/GO – Rel. Min. Laurita Vaz, J. 21.03.06.²⁶

Assim, a nosso ver, pensamos que diante do *silêncio da lei sobre a previsão de prazo prescricional das infrações disciplinares militares*, como ocorre

nas FFAA, cabível a analogia *in bonam partem* - para o suprimento de lacuna - a aplicação subsidiária do Decreto nº 71.500/72 (Conselho de Disciplina - CD) e a Lei 5.836/72 (Conselho de Justificação - CJ), ambos estabelecendo em **seis anos** o prazo prescricional.²⁷

Já em relação à **admissão de causas de interrupção ou suspensão da prescrição não previstas expressamente na lei regente** - como ocorre com os *regulamentos disciplinares das FFAA e de algumas das Forças Militares Auxiliares que também silenciam sobre*

“É cediço que a imprescritibilidade é exceção e deve ser explícita no ordenamento jurídico.”

24 STF, 2ª T. Agravo de Instrumento nº 241.201 AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, J. 27.08.02.

25 Esse também é o entendimento de COSTA, Alexandre Henriques da. NEVES, Cícero Robson Coimbra. COSTA, Marcos José da. ROCHA, Abelardo Júlio da. SILVA, Marcelino Fernandes da. MELLO, Rogério Luís Marques de. Direito Administrativo Disciplinar Militar – Regulamento da Polícia Militar de São Paulo – São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 283.

26 STJ, 5ª T., no RMS nº 16.264/GO – Rel. Min. Laurita Vaz, J. 21.03.06.: “(...) 3. No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou análogicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal. 4. Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito. (...)”

27 STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no RMS 46678/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 15.12.15: 4. O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que o silêncio da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN quanto à prescrição das penalidades cometidas por magistrado deve ser colmatado pela aplicação subsidiária da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União). Precedentes.

essa matéria –, a nosso ver, sustentado no **princípio da segurança jurídica**, há de haver também a aplicação da analogia *in bonam partem* para a solução prevista expressamente no Decreto nº 71.500/72 (Conselho de Disciplina) e a Lei 5.836/72 (Conselho de Justificação), **que não preveem nenhuma causa de interrupção e nem de suspensão da prescrição para a ação punitiva do Estado contra transgressões disciplinares militares ensejadoras do CJ e do CD**. Aliás, no próprio Decreto Lei Federal 667/69²⁸, que reorganiza as Forças Auxiliares, o legislador já estabeleceu a legislação disciplinar do Exército como o azimute para suprimento de lacunas das instituições militares estaduais.

Frise-se, mais uma vez, que sendo a prescrição uma regra de direito material e, não sendo expressamente prevista num determinado regramento jurídico, não se admite *analogia in malam partem* em detrimento do faltoso. Some-se a esse argumento, ainda, que se a legislação militar correlata não previu causas de interrupção e/ou suspensão da prescrição para a ação disciplinar contra infrações graves - que justificam a instauração de CD e CJ para ensejar expulsão e demissão do militar -, muito menos há de se admitir a analogia *in malam partem* para criar causas paralisadoras da prescrição nos processos que apuram transgressões disciplinares mais brandas que ensejam apenas sanções administrativas simples.

2.4 SUSPENSÃO DO PROCESSO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. Como vimos alhures, a visão garantista do instituto da prescrição não deixa espaço para se admitir, **sem previsão expressa e específica da lei para o caso concreto, a possibilidade de interrupção ou de suspensão do prazo prescricional**, em razão do não cabimento da analogia *in malam partem* para tanto.

Nesse cenário, tem aplicação **a teoria do garantismo**, que tem como seu maior expoente LUIGI FERRAJOLI²⁹ lecionando a aplicação da citada teoria

em todos os ramos do Direito, **dentre eles, destacamos aqui, o Direito Administrativo Sancionador ou Disciplinar**, pois, dentre as acepções do termo garantismo, é ele um **modelo normativo de direito** onde reside a “estrita legalidade” que implica na minimização da violência e na maximização da liberdade quando da aplicação da lei por parte do Estado.

Válida, portanto, a lição de PAULO TADEU RODRIGUES ROSA que afirma que “a norma jurídica deve estabelecer, de forma expressa, o prazo da prescrição no processo administrativo, o seu termo inicial e o seu termo final, as causas de interrupção, entre outras disposições. Se a lei não estabelece causas de interrupção, não cabe ao intérprete fazê-lo.”³⁰

Destarte, entendemos **incabível a suspensão ou interrupção da prescrição da ação disciplinar quando há discussão judicial tirada do processo administrativo, se a lei regente (Regulamento Disciplinar) não disciplinou a matéria**. É inaplicável a regra da legislação comum ao processo disciplinar militar porque além do silêncio da lei específica no âmbito militar existe o comando do citado art. 18 do DL 667/69, o qual remete a solução ao Regulamento do Exército que também é omissivo na matéria. Portanto, esgotado o suprimento de lacuna para subsidiar a solução da questão, incabível a aplicação de legislação comum *in malam partem*, pois, o silêncio da lei específica da instituição militar correspondente não pode ser afastado para prejudicar direito do militar processado (isto é, suspender a curso da prescrição enquanto houver a discussão judicial pendente).

Em consequência, a solução da matéria, como demonstrado, deve se esgotar na legislação militar e não buscar solução nefasta junto à legislação comum em detrimento do direito do militar processado. De igual modo, incabível a utilização de jurisprudência, inclusive de tribunais superiores, que não se harmoniza com o Regulamento Disciplinar.

Se o Estado, por meio do Judiciário (Estado-Juiz) ou por meio do Executivo (Estado-Administração),

28 Decreto-Lei 667/69 - Art 18. As Polícias Militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação.

29 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo. Tradução Ana Paula Zomer Sica et alii. São Paulo: RT, 2010, pp. 785/788.

30 ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. O instituto da prescrição no processo administrativo disciplinar militar. Jusmilitaris, 25-1-2007. Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/index.php?s=documentos&c=2>. Acesso em: 31 maio 2011.

paralisou ou suspendeu as atividades do processo ou procedimento administrativo disciplinar, pelo fato do militar processado discutir judicialmente direito que lhe foi violado na instrução daqueles feitos, não cabe, a nosso ver, ao Judiciário, suspender de ofício a prescrição sem respaldo da lei, porquanto estar-se-ia admitindo uma dilação do prazo prescricional ao arrepio da lei e em verdadeira penalização do militar, por via transversa, pelo fato de optar exercer seu direito constitucional de socorrer-se do judiciário.

O suporte desse entendimento reside nos direitos fundamentais assegurados pela Lei Maior de forma que, se o militar processado **está exercendo um direito constitucional que é o de acionar o Judiciário** (art. 5º, XXXV, CF), **não pode, por isso, ser penalizado com a imposição da delonga da prescrição** - sobretudo porque o Regulamento Disciplinar não previu tal possibilidade³¹ -, **sob pena de violação também da garantia constitucional da duração razoável do processo** (art. 5º, LXXVIII, CF) e, de igual modo, do **devido processo legal** (art. 5º, LIV, CF). Logo, **se ausente norma legal expressa sobre causa de interrupção e/ou suspensão da prescrição**, em face das garantias constitucionais, **incabível se subtrair do militar processado a contagem da prescrição enquanto paralisado o feito administrativo por decisão judicial** (como é o caso de SP aos servidores públicos civis: Lei 10.261/68, art. 261, § 4º, 1), pois, como já decidiu o STJ, “**não se aplica a analogia in malan partem no âmbito do Direito Administrativo Sancionador**” (STJ, REsp. 1216190/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, J. 2/12/2010, DJe. 14/12/2010).

Há de se ter cautela, portanto, nos casos de infração disciplinar militar, na utilização de **jurisprudência calcada em lei federal destinada ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União** (Lei 8.112/90), a qual dispõe expressamente sobre causa de **interrupção da prescrição** (art. 142, § 3º), ou de **lei estadual** que contemple a **interrupção** e a **suspensão da prescrição** em caso de paralisação do feito por decisão judicial,

pois é prevalente, pelo princípio da especialidade, a lei regente, se não previu a exclusão da contagem da prescrição naquele período, pela vedação da analogia *in malan partem*.

Assim, no cotejo entre o **RDPM de SP** (LC 893/01) com a legislação comum do **Estatuto dos Servidores Públicos Civis de SP** (Lei 10.261/68), se o primeiro diploma legal estabelece que **a ação disciplinar prescreve em cinco anos**, a contar da data do cometimento da transgressão disciplinar (art. 85, §§ 1º e 2º, RDPM/SP), e prevê **apenas uma causa de interrupção da prescrição** (interposição de recurso disciplinar), **incabível se aplicar outras causas de interrupção previstas no segundo diploma legal** (instauração de sindicância ou do processo), **bem como a causa de suspensão da prescrição ali prevista** (quando o processo administrativo for sobrestado para aguardar decisão judicial - art. 261, § 4º, 1, da Lei 10.261/68), que depende da **autoridade administrativa que irá aplicar a pena** e não do juiz que conduz o processo judicial. Igualmente, deve se repelir a aplicação de jurisprudência que implique a analogia *in malan partem*.

3. CONCLUSÃO. O **devido processo legal adjetivo** é a garantia formal de observância de um procedimento legal que assegura às partes, em processos administrativos ou judiciais, o direito à ampla defesa e ao contraditório, dentre outras garantias constitucionais.

O **Direito Administrativo Sancionador** tem como fonte a lei e, assim como o **Direito Penal**, deriva do **direito punitivo estatal** calcado no conjunto de princípios e regras garantidores dos direitos dos processados que informa o *ius puniendi* estatal. Logo, existe legalidade estrita na aplicação da sanção que, necessariamente, depende do **devido processo legal**, sob pena de se tornar ilegítima e arbitrária.

Nessa linha, é no conceito de **Estado Democrático de Direito** e no de legitimidade da ação estatal que o **Direito Administrativo Militar Sancionador** encontra o seu núcleo fundamental com a necessária e indispensável preocupação de **contenção do poder** aplicado pelo Estado.

31 Em sentido contrário, TJM/SP, Apelação Cível nº 2.824/12, Rel. Juiz Cel PM Avivaldi Nogueira Junior, J. 9.05.13: “(...) A ordem judicial, enquanto válida, tolhe à Administração o exercício do seu direito de punir e, por via de consequência, suspende a prescrição, visto que não se trata de inércia da Administração Pública em exercitar sua prerrogativa, mas de provimento judicial inibitório.

Assim, o *ius puniendi* estatal nas infrações disciplinares militares, deve observar com rigor os contornos jurídicos que englobam os princípios que informam o Direito Administrativo Sancionador, assim referidos: ao *devido processo legal*, na sua vertente *adjetiva* (ampla defesa/contraditório) e na sua vertente *substantiva* (proporcionalidade/razoabilidade); à *segurança jurídica*; à *legalidade* e à *tipicidade*.

No que pertine à **prescrição das faltas disciplinares militares**, de se afastar a imprescritibilidade das mesmas por ser incompatível com o Estado Democrático de Direito e contrária ao comando da norma do artigo 37, § 5º, CF.

Igualmente, **em relação à contagem da prescrição**, que é matéria de **estrita legalidade**, assim como ocorre no Direito Penal, as hipóteses de **interrupção** e de **suspensão devem ser estabelecidas na lei, não cabendo, assim, a aplicação de analogia in malan partem** diante do **silêncio** do Regulamento Disciplinar regente da instituição militar, o qual, como demonstrado e pelas mesmas razões, **deve afastar o emprego de jurisprudência que prejudique o direito do militar processado**, pois, nessa matéria, apenas é cabível **analogia in bonan partem**.

Em consequência, o **sobrestamento do processo ou do procedimento administrativo disciplinar**, por **determinação judicial**, não autoriza o Judiciário a determinar o não cômputo do prazo prescricional – numa indisfarçável suspensão velada – naquele período **sem respaldo expresso da lei específica** da Unidade da Federação, *diante da competência concorrente dos Estados em legislar sobre o regime jurídico dos mi-*

litares. Pensar o contrário, seria admitir que o **Judiciário pode legislar e, assim, punir o militar processado por exercer o direito fundamental de discutir a violação do seu direito junto ao Poder Judiciário** (art. 5º, XXXV, CF), **com evidente aniquilamento do direito fundamental e da garantia constitucional da duração razoável do processo** (art. 5º, LXXVIII, CF) e **ao arrepio do devido processo legal** (art. 5º, LIV, CF).

Com efeito, no âmbito militar, ante o princípio da legalidade, incabível a utilização de jurisprudência conforme aquela mencionada anteriormente (*TJM/SP, Apelação Cível nº 2.824/12, Rel. Juiz Cel PM Avivaldi Nogueira Junior, J. 09.05.13*) que entende o contrário do defendido nesse artigo, vez que nosso ponto de partida e compromisso são com os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna, segundo a qual, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário *processa e julga* e o Legislativo *legisla*, não podendo o juiz de direito **penalizar, com a suspensão do curso da prescrição, o cidadão que exerça o seu direito de cidadania e que procure, legitimamente, o Judiciário para coibir abusos do Executivo**.

Assim, diante do *princípio da legalidade estrita* e de outros princípios e garantias constitucionais e legais do Direito Penal e do Direito Processual Penal – comum ou militar –, **em matéria de prescrição só há espaço para aplicação de analogia in bonam partem** no silêncio do Regulamento Disciplinar regente, **vedando-se**, assim, a analogia que, *a contrário sensu*, venha **prejudicar o militar processado ou o emprego de jurisprudência que se distancie do estatuto legal específico**.

PROMOTOR, ADVOGADO E MILITAR ASSOCIE-SE À AMAJME

Promotores, Advogados e Militares das Forças Armadas e das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares podem se associar à Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, na condição de sócios especiais, recebendo o Jornal da AMAJME e a Revista "Direito Militar", além de redução das taxas de inscrições nos eventos promovidos por esta Associação.

MAIORES INFORMAÇÕES:

Fone 48 – 3224.3488 Fax 3224.3491

E-mail: amajme@uol.com.br / amajme@amajme-sc.com.br - www.amajme-sc.com.br

Av. Osmar Cunha, 183, Ed. Ceisar Center Bloco "B" Sala 1109

Centro Florianópolis – SC – CEP: 88015-100