

O EFEITO SUSPENSIVO NOS RECURSOS DISCIPLINARES MILITARES

Alexsandro Souza de Salles

INTRODUÇÃO

É corrente, no ambiente dos quartéis, mais especificamente no Exército Brasileiro, a idéia de que não se pode conceder o efeito suspensivo diante da interposição de um recurso contra uma sanção disciplinar aplicada. De fato, seguindo os postulados do Direito Administrativo, lastreado pelo princípio da legitimidade, em que se supõe válidos os atos da administração, não há sentido em fazer suspender estes efeitos enquanto não houver prova inequívoca de erro ou de prejuízo para a administração. No entanto, embora o processo disciplinar militar esteja inserido no âmbito do direito administrativo, deve-se considerar que as sanções disciplinares aplicáveis aos diversos tipos de transgressões previstas no regulamento são muito próximas das penas previstas para os ilícitos penais, pois se resumem, em regra, a restrição da liberdade individual – as detenções e prisões. Daí a necessidade de se fazer analogia com este ramo do direito, nestas questões. Em que pese a manutenção da hierarquia e disciplina, pilares das instituições castrenses, não se pode ignorar as garantias de liberdade individual, de contraditório e da ampla defesa nos processos em geral, expressos na carta constitucional de 1988.

Na visão de Luiz Flávio Gomes “*não existe diferença ontológica entre crime ou infração administrativa, ou entre sanção penal ou sanção administrativa.*” (Rosa apud Gomes, 2009, pg 10)

É importante ressaltar, no entanto, que embora não haja previsão expressa da suspensão dos efeitos do ato sancionatório, o aplicador da sanção, em geral o comandante, pode utilizar-se do princípio da autotutela e do poder discricionário que permitem a suspensão dos seus atos diante de possível ilegalidade, evitando trazer conseqüências mais danosas à administração.

Diante das questões até aqui apresentadas é que se pretende desenvolver o tema. Primeiro, será feita uma breve explanação sobre a sanção administrativa militar. Em seguida, será mostrado como se processa o ato sancionatório na administração militar, seguido do estudo do recurso disciplinar. Tudo com a finalidade de se analisar a viabilidade de concessão do efeito suspensivo nos recursos disciplinares e, em que casos poderia ser aplicado este efeito.

SANÇÃO ADMINISTRATIVA MILITAR

Inicialmente é importante que se tenha o conhecimento do que são as sanções disciplinares, como e quando são aplicadas.

No Exército Brasileiro, as transgressões disciplinares estão descritas, taxativamente, num diploma denominado Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), assim como os atos ilícitos no Código Penal. Também estão expressas neste diploma as sanções previstas para as transgressões, as autoridades competentes para aplicação e os respectivos procedimentos.

As sanções disciplinares variam de acordo com o art 24 do RDE, de Advertência e Repreensão, Detenção, Prisão, até a Exclusão a Bem da Disciplina, devendo ser aplicada segundo um critério de avaliação subjetiva das transgressões cometidas, que segue uma gradação de leve, média ou grave.

A aplicação da medida disciplinar decorre do poder do superior hierárquico de fiscalizar a conduta de seus subordinados de acordo com o que estabelece o Estatuto dos Militares e os regulamentos do Exército, tendo por fim a preservação da disciplina no âmbito da caserna. Segundo Carvalho Filho: “*O direito punitivo funcional se enquadra dentro do direito administrativo, e emana da relação entre a Administração Pública e seus servidores, exatamente para preservar a disciplina que deve reinar na organização administrativa.*” (Carvalho Filho, 2008, pg 61)

A grande diferença existente entre a administração militar e a comum, no entanto, reside no tipo de sanção aplicada, o que, por si só, exige considerações diversas e uma análise especial, tendo em vista as peculiaridades que traduzem a vida castrense.

Neste sentido, muito relevante se faz a consideração de Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2009), a respeito do assunto, que diz que “*O processo administrativo (civil ou militar) deve respeitar os princípios constitucionais, e todas as garantias do Direito Penal devem valer para as infrações administrativas.*” (pg. 10)

Portanto, como será visto a seguir, em razão da preservação da hierarquia e disciplina, o trâmite para aplicação da sanção é célere, quase imediato e seus efeitos sentidos da mesma forma. No entanto, não se pode prescindir da legalidade, da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Para a aplicação da sanção disciplinar é preciso que ocorra uma das faltas descritas no anexo I, do RDE, caracterizadoras das chamadas Transgressões Disciplinares. Caracterizada a falta, o julgador emitirá um Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD) ao transgressor que apresentará por escrito suas razões para o julgamento da autoridade. Após analisar estas razões, a autoridade, motivadamente, emite seu parecer sobre o fato, indicando se é ou não o caso de aplicação de sanção, seus atenuantes e agravantes, a gravidade da conduta e a sanção a ser imposta.

Se o julgador não estiver seguro da materialidade ou da autoria do fato, pode mandar instaurar uma sindicância a fim de melhorar apurar as condições que envolvem o fato, podendo decidir sobre o mesmo, após a conclusão deste processo.

Embora bastante sumário, o FATD, garante ao transgressor o contraditório e ampla defesa, que pode estar apenas na descrição das razões do fato, bem como na juntada de provas e documentos pertinentes, além de ser possível o pedido de abertura de sindicância para melhor apuração do ocorrido.

O que não se pode perder de vista é que a apuração da transgressão deve ocorrer observando-se os princípios da legalidade e do devido processo legal. Além disto, a administração militar, no que tange a aplicação de medidas disciplinares, é *suis generis*, pois mais se aproxima ao Processo Penal do que do Administrativo, uma vez que trata de restrição de liberdade. Portanto, por analogia, parece mais adequada a aplicação dos princípios informadores do processo penal, como o princípio do *in dubio pro réu*. O ilustre jurista Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2009), observa que: “*A ausência de provas seguras, ou de elementos que possam demonstrar que o acusado tenha violado o disposto no regulamento disciplinar leva à sua absolvição, com fundamento no princípio da inocência.*” (pg 5).

Se, contudo, o transgressor estiver convicto de sua inocência ou de que foi violado qualquer dos princípios constitucionais, pode dispor dos recursos disciplinares expressos no RDE e Estatuto dos Militares.

RECURSOS DISCIPLINARES

No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2008), “*Recursos Administrativos são os meios formais de controle administrativo, através dos quais o interessado postula, junto a órgãos da administração, a revisão de determinado ato administrativo.*”(pg. 846)

O fundamento jurídico para interposição dos recursos disciplinares encontram fundamento no art 5º, XXXIV(direito de petição) e LV(contraditório e ampla defesa). Neste sentido, O RDE, no capítulo V, seção I, estabelece os tipos de recursos cabíveis contra as sanções aplicadas, o modo e a quem são dirigidos estes recursos. Eles são dois: O pedido de reconsideração de ato, dirigido a autoridade de quem emanou a decisão, e o recurso disciplinar, dirigido a autoridade superior, sucessivamente, até que seja julgado pelo comandante do Exército.

Após publicada a sanção, o militar tem o prazo de cinco dias para interpor o recurso. Recebido o recurso, a autoridade tem o prazo de dez dias para decisão.

Ora, somados, estes prazos chegam a quinze dias. Isto se for contado somente o pedido de reconsideração de ato. Se o militar recorrer da decisão deste primeiro recurso, serão necessários mais quinze dias, somando trinta dias.

A sanção máxima admitida às transgressões disciplinares, com exceção da exclusão a bem da disciplina (que não constitui privação de liberdade), é a prisão por trinta dias (reclusão em regime fechado). Caso seja aplicada uma sanção máxima e não seja concedido o efeito suspensivo a um recurso de reconsideração de ato, o militar terá cumprido metade da sanção até que obtenha o resultado de seu pedido (cinco dias para interposição do recurso e dez dias para julgamento da autoridade). Ora, ainda que seja provido o recurso, não há como reverter a lesão sofrida com a perda de liberdade. Nos casos em que a sanção estabelecida se constitui em perda de liberdade por um período menor, quando chegar a ser julgada a reconsideração de ato, o militar já poderá estar em liberdade por ter cumprido integralmente a sanção e o recurso perde o objeto.

Este tipo de situação também pode influenciar na decisão da autoridade ao avaliar o pedido de reconsideração de ato, influenciando de forma negativa a sua decisão. Dificilmente a autoridade vai revogar um ato que já que produziu efeito, sem a condição de poder reverter este efeito produzido.

Note-se que a evolução do processo penal caminhou para a proteção da liberdade, em casos semelhantes. Fernando Capez destaca esta evolução afirmando que:

“A apelação da sentença absolutória não tem efeito suspensivo, a da sentença condenatória somente teria se o réu fosse primário e tivesse bons antecedentes. Com o advento, no entanto, da lei 11.719/2008, o art 594 do CPP, que dispunha que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes , assim reconhecido em sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto, foi revogado expressamente. Assim o réu somente será preso se estiverem presentes os requisitos da Prisão Preventiva”.(Capez, 2011,pg 746) - (g.n.)

A própria legislação penal militar, previne o cerceamento de liberdade quando concede o efeito suspensivo dos recursos , no art 533, do CPPM:

Art 533 – A apelação da sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto nos art. 227, 527 e 606.

Além de tudo, uma consideração importante a respeito do processo punitivo é que é extremamente sumário, utilizando-se, em regra, o FATD. A prova da acusação é feita pelo próprio julgador, exceto quando a falta é cometida contra a sua pessoa. Desta forma, já se vê aí, grande prejuízo para o subordinado. Na lição de Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, vê-se que “*No processo administrativo, a prova da acusação é feita pelo próprio órgão julgador, o que lhe retira a imparcialidade necessária para a aplicação da justiça.*” (Rosa, 2009, pg 5).

É a partir deste ponto, após apresentados os aspectos formais constantes do processo sancionatório, que surge a indagação a respeito das conseqüências e da viabilidade da não aplicação do efeito suspensivo nestes casos.

APLICABILIDADE DO EFEITO SUSPENSIVO

De fato, embora o RDE se esteie nos princípios do contraditório e da ampla defesa, além da defesa do direito de petição do administrado, silenciou sobre os efeitos dos recursos que disponibiliza. Sendo assim, seguindo o entendimento de corrente majoritária no direito administrativo, no silêncio da lei, o efeito é apenas devolutivo. Ocorre que como já visto, a aplicação da sanção disciplinar militar cerceia o direito de liberdade e, embora a constituição da república reconheça a prisão disciplinar, defende, a seu turno, a liberdade como regra. Ainda, em seu art 5º, LVII, materializa o princípio da inocência, exigindo o trânsito em julgado para que alguém seja considerado culpado. Ora, não há óbices para que seja aplicado o efeito suspensivo nos casos de sanções que cerceiam a liberdade individual. Até mesmo porque, se for considerado de extrema gravidade o fato, que necessite de uma resposta imediata a fim de se ver preservar a hierarquia e a disciplina, o próprio regulamento autoriza a aplicação de medida de pronta intervenção:

Art 3º [...]

§ 3º - O militar poderá ser preso disciplinarmente, por prazo que não ultrapasse setenta e duas horas, se necessário para a preservação do decoro da classe ou houver necessidade de pronta intervenção.

Cabe ressaltar a posição de Carvalho Filho, de que “*nada impede que o recurso com efeito devolutivo seja recebido pela autoridade competente com efeito suspensivo.*”

A própria lei 9784, que em seu art 61, aduz que o efeito suspensivo somente será concedido mediante expressa determinação legal, em seu parágrafo único ressalva que: “*Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso*”.(g.n.)

Dessa maneira, além de conferir maior garantia ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelo administrado, o recebimento do recurso no efeito suspensivo previne a administração de ações judiciais como o *Habeas Corpus* e o Mandado de Segurança. É o que assegura Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Com efeito, quando a lei prevê recurso com efeito suspensivo, o ato não produz efeito e, portanto, não causa lesão, enquanto não decidido o recurso interposto no prazo legal. Não havendo lesão, faltará interesse de agir para a propositura da ação.”(Di Pietro, 2007, pg. 675).

É o que se extrai do artigo 5º, I, da Lei nº 12016/09, que regula a ação de mandado de segurança. Ele prevê o descabimento de ação judicial contra ato administrativo ainda sujeito a recurso administrativo com efeito suspensivo.

Ressalte-se, contudo, que não há a pretensão de se determinar que todo recurso deva ser recebido no efeito suspensivo. Porém, a autoridade não deve fixar a idéia de que o efeito suspensivo inexistente no processo punitivo militar. Por óbvio, a autoridade, no exercício do poder discricionário, tem condições de perceber e reconhecer o recurso meramente protelatório, bem como pode reconhecer uma possível falha material ou formal no processo. Não é concebível que alguém tenha seu direito de liberdade cerceado e somente depois de hostilizado seja reconhecida a sua inocência. No caso de cerceamento de liberdade, depois de produzido o efeito, não há como restaurar a lesão sofrida ao reformar o ato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2009), entende a justiça como o elemento essencial das instituições, alertando sobre a importância de serem respeitados o devido processo legal e as garantias constitucionais na busca dos objetivos do estado democrático de direito.

Com efeito, a caserna é um ambiente em que se prioriza a justiça e a igualdade. E é nesta linha de pensamento que deve se pautar a administração, no exercício de seu poder sancionador.

Como já visto, e é sabido, o universo militar é revestido de uma série de peculiaridades e especialidades que o definem. Assim sendo, não há como tratar ordinariamente, uma das mais expressivas especialidades da atividade militar como é o caso da perda da liberdade como sanção, que só é prevista nas administrações militares.

Desta forma, considerando tudo até então exposto, fica o entendimento de que há a necessidade de se ter uma maior atenção sobre o assunto, pois não só é possível o recebimento do recurso no efeito suspensivo, como é desejável que seja assim, nos casos de cerceamento de liberdade e naqueles que a autoridade não identificar a atitude meramente protelatória do administrado.

Ao comandante, autoridade sancionadora, cabe este difícil papel de avaliar cada caso em particular e exercitar os poderes a ele concedidos pela administração na busca pela aplicação da justiça.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 19ª Edição., Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 20ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR – Teoria e Prática**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.