

O instituto da prescrição no processo administrativo disciplinar militar

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 foi e continuará sendo nos últimos tempos um dos grandes marcos da nação brasileira. Depois de vários rompimentos da ordem democrática e até mesmo do desrespeito as Instituições, o Brasil retornou ao convívio das nações que têm na lei a base de toda a sua civilização. Certa vez, os romanos disseram, “que cedam as armas à toga”. Somente os Estados que deixaram de lado a autotutela e passaram a seguir os preceitos legais foi possível à prevalência das decisões judiciais proferidas sob o crivo da ampla defesa e do contraditório afastando desta forma o arbítrio daqueles que se esquecem que a liberdade é um direito fundamental do cidadão e que somente pode ser cerceada por meio de uma decisão proferida por um poder competente, que no Estado de Direito é o Poder Judiciário.

Apesar de ter sido aprovada por um Congresso Constituinte naquele momento o texto constitucional atendeu aos anseios da população, que não mais aceitava determinadas posturas que se encontravam divorciadas da realidade brasileira. Mas, infelizmente, no decorrer dos anos, a Constituição brasileira vem sofrendo várias emendas em nome da chamada governabilidade, o que tem modificado de forma considerável o texto que foi escrito pelos constituintes de 1988. Na realidade, uma nova Constituição tem sido escrita pelo Poder Constituinte Derivado que tem respeitado por enquanto apenas e tão somente as disposições que foram consideradas cláusulas pétreas, caso contrário até mesmo estas já teriam sido modificadas.

Segundo ensina a história, o Brasil é uma nação jovem, mas que já teve sete Constituições, o que demonstra a instabilidade do país quanto ao seu processo constitucional. Os Estados Unidos da América, E.UA, possuem a mesma Constituição desde a Declaração de Independência, com mais de duzentos anos de vigência. No Brasil, nenhuma Constituição até o presente momento conseguiu completar *100 anos de vigência*, sendo que a atual em menos de 20 anos já possui mais de cinquenta emendas constitucionais, o que deve servir como uma alerta aos estudiosos do direito.

Há muito tempo, Rui Barbosa, *que foi e continuará sendo um paradigma para todos aqueles que militam na área jurídica, afirmava que a Constituição é a rainha das leis, a verdadeira soberana dos povos*. Para que esta afirmação continue sendo verdadeira, é preciso que todas as pessoas, brasileiros ou estrangeiros, que vivem no território nacional observem e respeitem as normas estabelecidas na Constituição, que é a expressão de vontade do povo, o qual é o verdadeiro detentor do poder e para quem devem estar voltadas todas as Instituições, Cíveis ou Militares.

2. Processo administrativo e os princípios constitucionais

O processo administrativo disciplinar em regra destina-se aos integrantes da Administração Pública, federal, estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta. *A Constituição Federal de 1988 contrariando as Constituições anteriores, 1824,*

1891, 1934, 1937, 1946, 1967, estabeleceu princípios que passaram a alcançar a seara administrativa. Por força destes princípios, nenhuma pessoa, civil ou militar, poderá perder os seus bens ou a sua liberdade sem que lhe seja assegurada à ampla defesa e o contraditório, que não deve ser virtual, mas efetiva. O processo somente poderá ser denominado de devido processo legal quando assegurar de forma efetiva a ampla defesa e o contraditório.

Os princípios constitucionais não são normas de eficácia contida, mas verdadeiras disposições que se aplicam de forma efetiva tanto no âmbito da administração civil como no âmbito da administração militar. A não observância destes princípios traz como consequência a nulidade das decisões proferidas pelas autoridades administrativas.

O Poder Judiciário não pode e não deve ser apenas um homologar das decisões proferidas pela Administração Pública. Todas as vezes que o juiz verificar que houve uma ilegalidade ou mesmo que o mérito do ato administrativo se afastou dos princípios constitucionais, ou se encontra marcado pelo excesso, pelo arbítrio, ou qualquer outra situação, deverá corrigir esta situação.

A teoria segundo a qual o Poder Judiciário não tem competência para analisar o mérito do ato administrativo e que foi tão defendido por Hely Lopes Meirelles e outros não deve mais prevalecer em respeito ao vigente texto constitucional. Afinal, caso seja necessário e em atendimento ao princípio constitucional segundo o qual, “nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário”, art. 5º, inciso XXXV, da CF, o juiz deverá adentrar no mérito do ato administrativo, o que não significa interferência na autonomia da Administração Pública, mas o cumprimento de um direito fundamental assegurado a todos aqueles que vivem no território nacional.

Atualmente, o processo administrativo disciplinar encontra-se sujeito aos princípios constitucionais. As afirmativas segundo as quais o processo administrativo não se assemelha ao processo judicial com o advento da Constituição Federal de 1988 perdeu o seu significado. Na realidade, o que existe são as espécies de procedimentos que devem ser observados conforme a natureza da transgressão disciplinar praticada, na busca de um processo administrativo disciplinar constitucional.

Ainda que o procedimento seja sumário os institutos da ampla defesa e do contraditório devem estar presentes sob pena de violação dos preceitos constitucionais. A disciplina e hierarquia são e continuaram sendo os pilares das forças militares, mas isto não significa que sanções disciplinares poderão se afastar das disposições que foram estabelecidas pelo legislador constituinte de 1988.

3. Processo administrativo disciplinar militar e o instituto da prescrição

A prescrição pode ser definida de uma forma bem simples como sendo a perda do direito de ação. Esse instituto se encontra presente no campo do direito em diversas

searas, como por exemplo, *no âmbito do direito penal, direito civil, direito administrativo, direito administrativo disciplinar militar, entre outros. Segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, no aspecto jurídico a prescrição pode ser definida como sendo, “a perda da ação atribuída a um direito, que fica assim juridicamente desprotegido, em consequência do não uso dela durante determinado tempo”*.¹

No Estado de Direito, a Constituição encontra-se no ápice da pirâmide das normas jurídicas provenientes do Poder Legislativo sendo que as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com o texto constitucional sob pena de serem consideradas inconstitucionais. O art. 5º, inciso XXXV, da CF, estabeleceu o *sistema único de jurisdição*, diferentemente de outros países como, por exemplo, a Espanha, onde existe o *sistema dúplice de jurisdição*.

Neste sentido, a doutrina segundo a qual o Poder Judiciário, Estadual ou Federal, não pode analisar o mérito do ato administrativo vem sendo superada, como por exemplo, pela Escola Revisionista do Direito Administrativo, como demonstraram de forma técnica e científica, *Celso Antonio Bandeira de Mello, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratarem cada qual a sua maneira sobre a discricionariedade do ato administrativo*.

É importante se observar, que em alguns Estados-membros da Federação, a Administração Pública Militar não tem exercido o seu direito de punir, *jus puniendi*, dentro do prazo estabelecido em lei, o que traz como consequência a extinção da punibilidade do acusado, e consequentemente a extinção do processo e o arquivamento dos autos como medida de Justiça.

O Código de Ética e Disciplina dos Militares Estaduais, que é uma Lei Estadual, no art. 90 estabelece in verbis, “Art. 90 – Contados da data em que foi praticada a transgressão, a ação disciplinar prescreve em: I – cento e vinte dias, se transgressão leve; II – um ano, se transgressão média; III – dois anos, se transgressão grave”.

Tomando-se como base o texto do art. 90, do Código de Ética e Disciplina, ao contrário do que ocorre com outros Estatutos de Servidores, este estabelece que o termo de início da contagem do prazo prescricional se inicia na data em que é praticada a transgressão disciplinar, e não a partir da data em que a autoridade administrativa toma ciência da prática da falta disciplinar, como ocorre, por exemplo, no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo.

Além disso, o texto não estabelece as causas de interrupção da prescrição, como também acontece em outros regulamentos disciplinares ou Estatutos de Funcionários, *o que demonstra que a lei deve e precisa ser atualizada tendo em vista os argumentos apresentados pela Administração Pública nas defesas que apresenta nos processos judiciais onde figura como parte*.

¹ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Edição Eletrônica, verbete prescrição.

Não se pode esquecer ainda, que o Código de Ética e Disciplina é uma norma de *aplicação imediata* e que, portanto alcançou os processos que se encontravam em andamento, e neste sentido o prazo prescricional estabelecido no *art. 90 também alcançou os processos administrativos que se encontravam no âmbito da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar*. A respeito do assunto o inciso VI, do art. 96, do Código dos Militares estabelece que, “*VI – aplicam-se aos procedimentos administrativo-disciplinares em andamento as disposições deste Código, aproveitando-se os atos já concluídos*”.

Afinal, o administrado não pode e não deve ser penalizado pelo simples fato de a administração pública não ter processado e julgado os atos que por ele foram praticados dentro do prazo que foi estabelecido pela lei. *A segurança jurídica é um instituto que tem por o objetivo a pacificação dos conflitos sociais e a prescrição e a decadência são institutos que uma vez configurados produzem todos os seus efeitos legais*.

Uma leitura ainda que perfunctória das disposições disciplinares existentes em outros Estados, como, por exemplo, Ceará e São Paulo, demonstram que os regulamentos daqueles Estados estabeleceram de forma expressa as causas de interrupção da prescrição, e uma delas é a abertura de do processo administrativo.

Mas , apesar da abertura do processo administrativo não se admite que entre a data da portaria e a decisão da autoridade administrativa tenham se passado um prazo superior a aquele que foi estabelecido pela lei, que no caso dos autos seria de um ano.

Neste sentido, destaca-se o art. 74 da Lei 13.407, do Estado do Ceará, Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado segundo o qual, Art. 74. *Extingue-se a punibilidade da transgressão disciplinar pela: I - passagem do transgressor da reserva remunerada para a reforma ou morte deste; II - prescrição. § 1º. A prescrição de que trata o inciso II deste artigo se verifica: a) em 2 (dois) anos, para transgressão sujeita à advertência e repreensão; b) em 3 (três) anos, para transgressão sujeita à permanência disciplinar; c) em 4 (quatro) anos, para transgressão sujeita à custódia disciplinar; d) em 5 (cinco) anos, para transgressão sujeita á reforma administrativa; disciplinar, demissão, expulsão e proibição do uso do uniforme e do porte de arma; e) no mesmo prazo e condição estabelecida na legislação penal, especialmente no código penal ou penal militar, para transgressão compreendida também como crime. § 2º. O início da contagem do prazo de prescrição de qualquer transgressão disciplinar é da data em que foi praticada, interrompendo-se pela instauração de sindicância, de conselho de justificação ou disciplina ou de processo administrativo-disciplinar ou pelo sobrestamento destes.*

O administrado, civil ou militar, não pode e não deve viver como na passagem da mitologia grega segundo a qual, Damôcles ficou aguardando que a espada segurada pelo fio da crina de um cavalo pudesse a qualquer momento cair sobre a sua cabeça.

Para se evitar as situações de incertezas foi que o legislador criou os institutos da prescrição e da decadência, que são institutos de segurança jurídica.

3. Inconstitucionalidades do prazo prescricional

No intuito de se combater a tese construída por uma parte da doutrina especializada, segundo a qual, *a prescrição somente pode ser interrompida com base em disposições expressamente estabelecidas em uma norma jurídica proveniente do Poder Legislativo*, uma nova teoria tem surgido entre os estudiosos do direito administrativo militar. Esta teoria pode ser denominada como sendo a *teoria da inconstitucionalidade* de norma estadual que venha a estabelecer um tratamento diferenciado entre *funcionários civis* e funcionários militares no tocante ao prazo prescricional da falta disciplinar.

Em razão da natureza da questão, verifica-se de imediato que esta deverá ser resolvida, seja no controle concentrado, ou no controle difuso, pelo Supremo Tribunal Federal, S.T.F, que é o guardião da Constituição Federal, uma vez que as decisões proferidas pelos Juízes, Federais ou Estaduais, ou pelos Tribunais, Federais ou Estaduais, a princípio somente produzem efeitos entre as partes, a não ser no *tocante ao Tribunal de Justiça quanto chamado a decidir uma questão referente a inconstitucionalidade* de uma lei estadual, ou de uma lei municipal, em face da Constituição do Estado, conforme estabeleceu expressamente a Constituição Federal de 1988.

Apesar deste fundamento, existem princípios que devem ser levados em consideração quando da análise da questão. Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 expressamente estabeleceu uma diferença entre os *funcionários públicos militares e os funcionários públicos civis*, o que permite que exista uma diferenciação entre eles *quanto a determinados institutos jurídicos*.

Os funcionários civis ficam sujeitos ao Código Penal Brasileiro, enquanto que os funcionários militares ficam sujeitos ao Código Penal Militar, que em determinadas situações estabelece *um tratamento muito mais rigoroso* do que aquele dispensado aos civis. Por exemplo, se dois funcionários estaduais praticarem o crime de peculato, sendo o autor policial militar e o co-autor policial civil, o primeiro infrator caso seja primário e de bons antecedentes ficará sujeito a uma pena de três anos de reclusão, enquanto que o co-autor com as mesmas condições ficará sujeito a uma pena mínima de dois anos de reclusão. *Nestes casos, não se costuma invocar o princípio da igualdade ou da isonomia no momento da fixação da pena*.

Uma análise detalhada da Constituição Federal de 1988 leva a conclusão que a Carta Política não cuidou dos prazos referentes quanto ao instituto da prescrição, deixando esta disciplina para o legislador derivado, tanto no âmbito dos Estados-membros, Distrito Federal, como da União e dos Municípios. Neste sentido, não existe nenhuma inconstitucionalidade no fato de um Estatuto Militar estabelecer um prazo

prescricional menor no caso de faltas administrativas diferentemente do que ocorre com o prazo previsto para os servidores civis.

A interpretação da norma jurídica não deve estar voltada apenas em favor do Estado, *pro administração*, mas deve ser analisada com base em todo o ordenamento jurídico. *Se o militar fica sujeito a determinados regramentos que lhe são desfavoráveis*, não existe nenhuma inconstitucionalidade se em outras hipóteses fica sujeito a um tratamento mais benéfico, como ocorreu com o instituto da prescrição em alguns Estados-membros da Federação.

No Estado de São Paulo, o militar, praça, soldado a subtenente, somente adquire estabilidade com 10 anos de efetivo serviço prestado na Corporação, o mesmo ocorrendo no Estado do Paraná, Rio Grande do Sul, Brasília, entre outros, e nem por isso esta norma foi *declarada inconstitucional* por ferir o princípio da igualdade ou da isonomia. Verifique-se o seguinte exemplo. Se dois irmãos ingressarem no serviço público, um na Polícia Civil e o outro na Polícia Militar, no Estado do Paraná, o primeiro irá adquirir a estabilidade com três de serviço e o segundo com 10 anos de serviço. *Assim, deverá a norma que rege os militares naquele Estado ser declarada inconstitucional?* A resposta a esta indagação é não, uma vez que a lei poderá diferenciar o tratamento dispensado ao funcionário militar e ao funcionário civil.

Portanto, a questão referente ao prazo prescricional tem como fundamento a lei. *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.*

O Estado-administração deve exercer o seu direito de punir em qualquer campo do direito dentro prazo estabelecido em lei, e se o Estado não consegue fazê-lo não existe outro caminho que não seja o reconhecimento da prescrição.

4. Considerações finais

A prescrição é uma das causas de extinção do processo administrativo disciplinar, ou na melhor doutrina, da ação disciplinar, que deve ser observada e respeitada pela Administração Pública, Civil ou Militar. O direito de punir denominado de *jus puniendi* tem uma data de nascimento e também uma data para o seu término. Neste interregno, a Administração Pública deve exercer o direito que lhe foi concedido pela lei sob pena de não mais poder fazê-lo após o decurso de um determinado prazo. Afinal, o administrado não pode e não deve ficar sujeito a uma vontade da administração militar que possa se prolongar no tempo e no espaço.

O administrado, funcionário público civil ou militar, no curso do processo disciplinar possui direitos que lhe foram concedidos pela Constituição Federal de 1988. Neste sentido, o administrado não pode e não deve ser penalizado pela inércia da Administração Pública, que sob diversas alegações que não encontram respaldo na

lei não exerce de forma efetiva o seu direito de punir, apesar de ter tomado conhecimento dos fatos. *A falta de estrutura por parte do Estado* não pode justificar a concessão de benefícios que não são concedidos de igual forma aos particulares em um processo judicial, ou mesmo em um processo administrativo, onde o fundamento é a igualdade processual para o exercício dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Verifica-se que administração militar em algumas localidades não criou a estrutura necessária para que possa dar efetividade aos regulamentos disciplinares e também aos preceitos que foram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. A falta de uma estrutura administrativa com oficiais designados exclusivamente para atuarem junto aos processos administrativos muitas vezes têm impedido a regular marcha do processo, tendo em vista que o servidor militar apesar de estar sujeito aos regulamentos disciplinares possui direito que lhe foram concedidos pelo vigente texto constitucional.

Os regulamentos disciplinares devem prever de forma objetiva as causas de interrupção dos prazos prescricionais em atendimento ao princípio da legalidade que também se aplica ao processo administrativo disciplinar militar, ainda que algumas correntes pro-administração, como por exemplo, Farlei Martins de Oliveira, Jorge César de Assis, entre outros, não entendam desta forma. Não cabe ao Poder Judiciário suprir as deficiências do Estado. Somente o aprimoramento da estrutura é que poderá conduzir a uma efetividade do processo administrativo militar.

Nas hipóteses em que os regulamentos disciplinares não estabelecem causas de interrupção do prazo prescricional, o lapso temporal começa a correr do dia em que a falta disciplinar é praticada, a não ser que seja uma falta que dificulte a autoridade administrativa militar tomar conhecimento dos fatos. Neste caso, o prazo prescricional começa a correr do dia em que autoridade tomar conhecimento do fato, e termina no prazo estabelecido pelo regulamento, sem qualquer possibilidade de interrupção uma vez que a lei não estabeleceu estas situações.

Neste sentido, se o regulamento disciplinar militar ou código de ética e disciplina, terminologia adotada, por exemplo, pelos Estados do Ceará e Minas Gerais, estabelecerem que a transgressão disciplinar de natureza grave prescreve em dois anos, a Administração Pública Militar terá este prazo para proferir uma decisão a respeito do caso, sob pena de ver o seu direito de punir prescrito.

Deve-se observar ainda, que não existe nenhuma inconstitucionalidade no fato de uma falta disciplinar militar de natureza grave prescrever em um prazo menor ao previsto para uma transgressão disciplinar também de natureza grave estabelecidas para um funcionário público civil. Se assim não o fosse, a pena para o peculato previsto no Código Penal Militar deveria ser igual a pena estabelecida para o funcionário público civil, o que não ocorre. O peculato previsto no CPM estabelece pena mínima de três anos, enquanto o peculato previsto no Código Penal estabelece pena mínima de dois anos.

Afinal, o administrado, civil ou militar, não pode e não deve viver como na passagem da mitologia grega segundo a qual, Damôcles ficou aguardando que a espada segurada pelo fio da crina de um cavalo pudesse a qualquer momento cair sobre a sua cabeça. Para se evitar as situações de incertezas foi que o legislador criou os institutos da prescrição e da decadência, que são institutos de segurança jurídica. Se assim não o fosse, os romanos não teriam criado o brocardo segundo o qual o direito não socorre àqueles que dormem.

Referências Bibliográficas

- ASSIS, Jorge César de. *Código Penal Militar*. Curitiba, Editora Juruá, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – Para uma Teoria Geral da Política*. 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. “Estudos de Direito Administrativo”. Coord. Yussef Cahali. São Paulo:RT, 1996.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. 2ª. Ed, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2005.
- _____. “Contencioso Administrativo Militar – Devido Processo Legal”, in Revista Síntese Trabalhista, nº 71, mai/1995, pp. 173-175.
- _____. Princípio da Legalidade na Transgressão Disciplinar Militar foi publicado originariamente na Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 49, n ° 286, ago/2001, p. 68-70.
- ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional*. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1990.

Legislação

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio

Constituições Brasileiras de 1824 a 1988 vol. I e II, org. BECKER, Antonio,
Pacto de São José da Costa Rica. Revista Brasileira de Ciências Criminais do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. nº 1, jan/mar, 1993. p. 253 e ss.
Código Penal Militar – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez
de Oliveira. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
Código de Processo Penal Militar – organização dos textos, notas remissivas e
índices por Juarez de Oliveira. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
Regulamento Disciplinar da Marinha – organização e notas Jair Lot Vieira, Bauru:
Edipro, 1993.
Regulamento Disciplinar do Exército – organização e notas Jair Lot Vieira, Bauru:
Edipro, 1993.