

**ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR – INSTITUTO SUPERIOR DE
CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA PÚBLICA DA POLÍCIA
MILITAR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO POLICIAL MILITAR E
SEGURANÇA PÚBLICA (CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE
OFICIAIS – CAO)**

MARCELO DERGOS RIBEIRO

***A PRESCRIÇÃO DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA
POLÍCIA MILITAR DO ESPÍRITO SANTO:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL***

**CARIACICA - ES
2017**

MARCELO DERGOS RIBEIRO

***A PRESCRIÇÃO DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA
POLÍCIA MILITAR DO ESPÍRITO SANTO:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL***

Monografia apresentada ao Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais da Academia de Polícia Militar do Espírito Santo – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Pública, como requisito parcial para a obtenção da titulação de especialista em Segurança Pública.

Orientador:
Rogério Fernandes Lima.
Especialista em Segurança Pública

**CARIACICA
2017**

MARCELO DERGOS RIBEIRO

***A PRESCRIÇÃO DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA
POLÍCIA MILITAR DO ESPÍRITO SANTO:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL***

Academia de Polícia Militar – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Pública da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo Curso de Especialização em Gestão Policial Militar e Segurança Pública (Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais – CAO), como requisito parcial para a obtenção da titulação de especialista em Segurança Pública.

Aprovada em: Cariacica-ES, 25 de setembro de 2017.

BANCA AVALIADORA:

Rogério Fernandes Lima – Ten Cel QOC PM
Especialista em Segurança Pública
Presidente da Associação dos Oficiais da Polícia Militar do Espírito Santo, lotado na
Diretoria de Recursos Humanos da PMES

Gastão dos Santos Alves Junior – Maj QOC PM
Especialista em Segurança Pública
Chefe da Divisão de Inteligência Correicional da Corregedoria da PMES

Marcia Sizenando Soares Andrade – Maj QOC PM
Especialista em Segurança Pública
Chefe da Divisão de Procedimento e Processos Administrativos Disciplinares da
Corregedoria da PMES

Agradecimentos

A minha esposa Luciana Delai Barbosa Dergos por todo amor, apoio, paciência e dedicação durante toda a nossa jornada.

As todos os amigos que compartilharam seus conhecimentos e obras de renomados autores do direito pátrio, tornando possível assim a finalização desse trabalho.

"Ontem, os que nos precederam, e nós hoje, lançamos sobre os ombros das gerações futuras que nos sucederão o peso de todas as questões que não fomos capazes de resolver com inteligência e decisão".

*(Carlos Bernardo González Pecotche,
Escritor, pedagogo e conferencista argentino).*

RESUMO

A presente pesquisa consiste em uma análise da relação existente entre o instituto da prescrição dos processos administrativos disciplinares da Polícia Militar do Espírito Santo e seu desalinhamento contra os preceitos constitucionais e legais vigentes. Regulado por um decreto estadual editado no ano 2000, o Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais (RDME) da PMES ainda apresenta inúmeras falhas, mesmo após quase 30 (trinta) anos de promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir da análise histórica e jurídica do instituto da prescrição, buscou-se analisar os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro que emanam da Constituição Federal e de seus diplomas legais, traçando um paralelo simultâneo com a realidade processual administrativa da PMES. Para tal finalidade, serão estudados os conceitos do instituto da prescrição, segurança jurídica, duração razoável do processo, dentre outros previstos na Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais. Serão abordados os pressupostos de legitimidade da Administração Pública, e o dever de reconhecimento, de ofício, da prescrição dos processos administrativos no âmbito da PMES. Serão estudados ainda os mecanismos de controle contra desvios ou abusos de poder e, como conclusão do trabalho, apontados os caminhos para solucionar tal problemática.

Palavras-Chave: **Prescrição. Processo. Constituição Federal. Administração Pública. Polícia Militar.**

ABSTRACT

The present research consists of an analysis of the relationship between the prescription institute about administrative disciplinary processes in the Espírito Santo State's Military Police, and its misalignment against the constitutional and legal precepts in force. Regulated by a state decree published in the year 2000, the PMES's Disciplinary Rules (RDME) still present numerous flaws, even after almost 30 (thirty) years of promulgation of the Federal Constitution of 1988. Based on the historical and legal analysis of the institute of prescription, it was sought to analyze the fundamental principles of the Brazilian legal system that emanate from the Federal Constitution and its legal diplomas, drawing a simultaneous parallel with the procedural administrative reality of the PMES. For this purpose, the concepts of the institute of prescription, legal certainty, reasonable length of the process, among others provided for in the Federal Constitution and other infraconstitutional norms, will be studied. It will also study the legitimacy assumptions of the Public Administration, and the duty to recognize, officially, the prescription of administrative processes within the PMES. The mechanisms of control against authority deviations or abuses will also be studied and, as a conclusion of this study, the ways to solve such problems are pointed out.

Keywords: **Prescription. Process. Federal Constitution. Public Administration. Military Police.**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. APRESENTAÇÃO DO TEMA	11
2.1 APRESENTAÇÃO.....	11
2.2 PROBLEMA	11
2.3 JUSTIFICATIVA.....	12
2.4 OBJETIVO GERAL.....	13
2.5 OBJETIVO ESPECÍFICO.....	13
3. METODOLOGIA.....	14
3.1 QUANTO AOS OBJETIVOS (FINS).....	14
3.2 QUANTO AOS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS (MEIOS):	15
4. MARCO TEÓRICO	16
4.1 PRESCRIÇÃO: CONCEITO E DEFINIÇÕES.....	17
4.2 ORIGENS HISTÓRICAS DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO.....	17
4.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E HERANÇAS DE DIREITO INTERNACIONAL.....	19
4.4 INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO VIGENTE.....	21
4.5 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO.....	23
4.6 TIPOS DE PRESCRIÇÃO	25
4.6.1 <i>Prescrição da Pretensão Punitiva</i>	26
4.6.2 <i>Prescrição Genuína</i>	27
4.6.3 <i>Prescrição Intercorrente ou Superveniente</i>	27
4.6.4 <i>Prescrição Retroativa</i>	28
4.6.5 <i>Prescrição da Pretensão Executória</i>	29
4.7 EFEITOS DA PRESCRIÇÃO	30
4.7.1 <i>Efeitos da Prescrição da Pretensão Punitiva:</i>	30
4.7.2 <i>Efeitos da Prescrição da Pretensão Executória</i>	31
4.8 DISTINÇÃO ENTRE CAUSAS SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS.....	32
4.9 HIPÓTESES DE IMPRESCRITIBILIDADE ADMITIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	32
4.10 PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA: MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E ADMISSIBILIDADE PACIFICADA	34
5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	37
5.1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	37
5.2 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE	38
5.3 PRINCÍPIO DA OBEDIÊNCIA À FORMA E AOS PROCEDIMENTOS	39
5.4 PRINCÍPIO DA GRATUIDADE	40
5.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO	41
5.6 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE	42
5.7 PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DE INSTÂNCIAS	43
5.8 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL	44
5.9 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR	44
6. SEGURANÇA JURÍDICA DO ADMINISTRADO: PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DO ADMINISTRADOR	46
6.1 BOA-FÉ, SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA.....	47
6.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA.....	47
6.3 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM SENTIDO OBJETIVO.....	48

7. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DA PROPORCIONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO	49
7.1 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	49
7.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	52
8. INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA PMES.....	56
8.1 PREVISÃO LEGAL E REGULAMENTAR.....	56
8.2 TIPOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS	57
8.2.1 <i>Sindicância</i>	57
8.2.2 <i>Processo Administrativo Disciplinar de Rito Ordinário (PAD-RO)</i>	58
8.2.3 <i>Processo Administrativo Disciplinar de Rito Sumário (PAD-RS)</i>	59
8.3 PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR.....	60
9. DESVIO E ABUSO DE PODER: EXISTÊNCIA DE MECANISMOS DE CONTROLE E RESPONSABILIDADE.....	63
9.1 COMPREENSÃO DO SENTIDO DE ABUSO DO PODER	63
9.1.1 <i>Formas de Abuso: Excesso e Desvio de Poder</i>	64
9.1.2 <i>Efeitos do Abuso de Poder</i>	65
9.2 ABUSO DE PODER E ILEGALIDADE	66
10. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA ADMINISTRATIVA.....	68
10.1 SUPRESSÃO DE PARCELA DO LAPSO PRESCRICIONAL E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	69
10.2 VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO..	75
11. CONCLUSÃO	82
12. REFERÊNCIAS	86

1. INTRODUÇÃO

Em 1978, a Assembléia Legislativa do Espírito Santo (ALES) promulgou a Lei nº 3.196, em 09/01/1978, lei esta denominada “Estatuto da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo” (PMES).

A referida lei destina-se a regular a situação, as obrigações, os deveres, os direitos e as prerrogativas dos policiais militares, dispondo, em seu Art. 1º: *“O presente Estatuto regula a situação, as obrigações, e os deveres, direitos e prerrogativas dos policiais militares da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo”*, delimitando, assim, a abrangência jurídica da referida norma do ordenamento estadual.

Em seu Art. 45, o Estatuto da PMES estabelece previsão legal ao Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais (RDME), quando prescreve que *“O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar especificará e classificará as transgressões disciplinares e estabelecerá as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento policial militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares”*.

Assim, com o decurso do tempo, no ano 2000, foi editado o Decreto Estadual nº 254-R, em 11/08/2000, aprovando o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Espírito Santo, sendo este o atual regulamento disciplinar vigente na PMES.

Entretanto, apesar de ser editado em 2000, o Decreto Estadual nº 254-R já nasceu deficiente, em visíveis desalinhamentos com a Constituição Federal de 1988, mesmo passados 12 (doze) anos após a promulgação da Lei Maior da República brasileira.

Um de seus graves descompassos encontra-se previsto no seu Art. 145, que dispõe sobre a prescrição do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) na PMES. O referido artigo dispõe, em seu *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, que a ação disciplinar prescreverá em 02 (dois) anos e que o prazo de prescrição começa a correr da data da ocorrência do fato ou da prática do ato, sendo interrompido pela abertura de

sindicância ou a instauração de processo disciplinar, que interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. Uma vez interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção. Sob uma análise jurídica, sem um prazo razoável para a solução do processo, estamos diante de uma hipótese de **prescrição *ad eternum***.

Inicia-se aqui, então, o objetivo do presente trabalho: desenvolver uma análise inédita do instituto da prescrição previsto no RDME, estabelecendo, ao mesmo tempo, uma análise do seu (des)alinhamento com a Constituição Federal e com os demais diplomas pátrios vigentes.

Para tanto, serão abordados temas de fundamental importância para a compreensão da extensão constitucional e infraconstitucional do tema, tais como os princípios administrativos insculpidos na Constituição Federal e nos diplomas legais vigentes, o conceito de prescrição, interrupção e suspensão do processo, necessidade de observância do princípio de duração razoável do processo, segurança jurídica do administrado, os perigos de uma prescrição eterna, a prescrição como faculdade de agir do Estado, o dever do Estado de reconhecer a prescrição de ofício, e ainda, os perigos de inobservância de tais previsões pelas autoridades públicas, com as responsabilizações decorrentes de eventual desvio ou abuso de poder.

Contando com as contribuições de renomados juristas brasileiros, cujas memoráveis lições e obras de referências encontram-se disponíveis para consulta das gerações atuais e futuras, tal estudo tem ainda o escopo de reforçar aos operadores da legislação castrense a necessidade da legalidade em suas ações, pautando-as através dos dispositivos normativos vigentes conforme os ensinamentos mais atualizados dos juristas pátrios, evitando, desta forma, pesadas responsabilidades decorrentes da inobservância legislativa e doutrinária.

Abandonando os comportamentos ultrapassados e desalinhados das gerações que nos precederam, que não encontram muito mais espaço restante após quase 30 (trinta) anos de vigência da Carta Magna, iniciamos os trabalhos do presente estudo, solicitando a atenção de todos os que se interessem em deixar sua parcela de contribuição na construção de um futuro melhor.

2. APRESENTAÇÃO DO TEMA

2.1 APRESENTAÇÃO

A presente monografia destina-se a estudar os preceitos legais do sistema jurídico brasileiro que demonstram os desvios de constitucionalidade do instituto da prescrição nos Processos Administrativos Disciplinares (PAD) instaurados na Polícia Militar do Espírito Santo (PMES).

Delimitando um espaço de tempo razoável para que a segurança jurídica dos policiais militares seja assegurada, não ficando à mercê da eterna vontade estatal, será analisada a razoabilidade do tempo para se solucionar um Processo Administrativo Disciplinar da PMES, com a devida observância dos preceitos jurídicos que norteiam o instituto da prescrição, discutindo os motivos da necessidade de realinhamento do instituto da prescrição, pela instituição Guardiã da Sociedade, aquela que deve dar o primeiro exemplo aos seus administrados e cidadãos.

Diante disso, esta monografia fará uma abordagem quanto ao questionamento: o instituto da prescrição dos Processos Administrativos Disciplinares da PMES encontra-se alinhado com as disposições constitucionais e legais vigentes? Se a resposta for negativa, existe risco de responsabilização legal aos operadores da referida norma? Há possibilidade de aplicação do instituto da prescrição do RDME da PMES em conformidade com o ordenamento jurídico vigente?

2.2 PROBLEMA

Na PMES, em seu Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais do Estado do Espírito Santo (RDME), a prescrição aparece em seu Art. 145 em que se observa que se não instaurada a Portaria no prazo de 02 (dois) anos para apuração do fato, é identificada a prescrição. De outra forma, fora dessa previsão, não se tem um prazo explícito para solução do procedimento, incorrendo da hipótese jurídica de imprescritibilidade, criando a possibilidade de uma prescrição *ad eternum*, preceito

este completamente inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se, desta forma, evitar interna e externamente um desgaste do setor correcional e da imagem da instituição, uma vez que o acionamento do poder judiciário, para que este reveja as decisões internas de procedimentos administrativos, com o objetivo de reformar as soluções proferidas pela Corporação, é fator de descrédito e desgaste institucional.

Não é legalmente cabível, nem moralmente admissível, que a Instituição Guardiã da sociedade capixaba seja a primeira violadora dos direitos a que se dispõe a proteger. Se os direitos dos seus administrados não são assegurados nem dentro de sua própria casa, onde então serão? E o que pensará o cidadão que depende desta proteção? Qual imagem ele guardará da instituição que se destina a protegê-lo? Tais perguntas servem de reflexão, pois o problema a ser estudado segue adiante.

Dentro do que já foi exposto em relação ao assunto em tela, o problema existente resume-se no seguinte questionamento: o instituto da prescrição dos Processos Administrativos Disciplinares da PMES encontra-se alinhado com as disposições constitucionais e legais vigentes? Se a resposta for negativa, existe risco de responsabilização legal aos operadores da referida norma? Há possibilidade de aplicação do instituto da prescrição do RDME da PMES em conformidade com o ordenamento jurídico vigente?

2.3 JUSTIFICATIVA

Tal como brevemente exposto, verifica-se a previsão regulamentar da aplicação das penas administrativas além do tempo razoável, com duração indefinida do processo administrativo, violando segurança jurídica do administrado, além de diversos outros preceitos fundamentais em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, que serão detalhadamente analisados no presente estudo.

A proposta dessa monografia justifica-se, portanto, pela necessidade de um estudo sobre a prescrição dos Processos Administrativos Disciplinares na PMES, pois o RDME da PMES não prevê o instituto da prescrição em consonância com o atual

ordenamento jurídico brasileiro, havendo necessidade, desta forma, de analisar o modelo de prescrição existente no ordenamento brasileiro e as formas de adequação da prescrição prevista no regulamento disciplinar.

2.4 OBJETIVO GERAL

O objetivo principal desta monografia é **analisar a prescrição dos Processos Administrativos Disciplinares na PMES, regulamentado pelo Art. 145 do Decreto Estadual nº 254-R de 2000, confrontando-o com o ordenamento jurídico pátrio, com as lições de renomados juristas e com o entendimento dos tribunais superiores.**

2.5 OBJETIVO ESPECÍFICO

Em decorrência do objetivo amplo anteriormente exposto, a presente monografia buscará atender aos seguintes específicos, sempre com fundamentação nas disposições constitucionais e legais vigentes:

- a)** Analisar a forma de como é tratada a prescrição no RDME em vigor;
- b)** Analisar o instituto da prescrição vigente no sistema jurídico brasileiro;
- c)** Buscar em nosso ordenamento jurídico, fundamentos para normatização do instituto da prescrição nos Processos Administrativos Disciplinares (PADs) da PMES, em consonância com a legislação em vigor;
- d)** Analisar os riscos inerentes aos desvios e abusos de poder relativos à inobservância dos diplomas pátrios;
- e)** Traçar linhas gerais, para que se faça existir na PMES, limites contra a hipótese da prescrição *ad eternum*, seja qual for a modalidade do Processo Administrativo Disciplinar instaurado.

3. METODOLOGIA

A metodologia de pesquisa do presente trabalho monográfico será delineada através da análise jurídica e doutrinária da legislação castrense da PMES, com enfoque no Decreto Estadual nº 254-R de 2000, que estabelece o atual RDME da PMES.

Será dado destaque ao instituto da prescrição vigente no atual Regulamento Disciplinar da PMES, regulamentado pelo Art. 145 do referido decreto, buscando compreender as consequências decorrentes de sua aplicação atual, em contraposição com as normas dos demais diplomas vigentes no Brasil.

A coleta de dados para o presente estudo será essencialmente descritiva (transcrição dos dispositivos normativos em vigor), bibliográfica (obras de renomados professores juristas) e documental (publicação de artigos e de decisões dos tribunais pátrios).

3.1 QUANTO AOS OBJETIVOS (FINS)

Quanto aos objetivos a serem atingidos, e segundo a conceituação adotada por Antônio Carlos GIL (GIL, 2008)¹, o tipo de pesquisa utilizado no desenvolvimento da presente monografia classifica-se como **pesquisa explicativa**, pois parte de uma premissa hipotética (possibilidade de uma prescrição *ad eternum*), e com base em conhecimentos científicos já produzidos em áreas correlatas (obras de juristas e decisões de tribunais), busca **explicar** o desalinhamento do instituto da prescrição vigente na legislação castrense da PMES.

Através da pesquisa explicativa, busca-se compreender os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência de tais fenômenos. Por ser o tipo de pesquisa que mais se aprofunda o conhecimento da realidade, dada sua complexidade, é o tipo de pesquisa mais indicada ao presente estudo.

¹ GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

3.2 QUANTO AOS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS (MEIOS):

A fim de atingir os objetivos pretendidos, e seguindo a classificação proposta por CERVO, BERVIAN e DA SILVA (2007) ², a pesquisa da presente monografia classifica-se como:

- a) **Pesquisa descritiva:** para CERVO, BERVIAN e DA SILVA (2007), este tipo de pesquisa ocorre quando se registra, analisa e correlaciona fatos ou fenômenos, sem manipulá-los. Nesta esteira de trabalho, a exposição e descrição dos enunciados jurídicos postos, sem a manipulação ou tratamento de dados, confere o caráter descritivo da presente pesquisa;
- b) **Pesquisa bibliográfica:** a presente pesquisa será desenvolvida a partir de materiais publicadas em livros, dissertações, teses e obras doutrinárias de renomados professores e juristas brasileiros, conferindo assim uma maior compreensão, dissecação e sustentação bibliográfica durante a análise do problema estudado;
- c) **Pesquisa documental:** a monografia em questão utilizará ainda de um trabalho investigativo de pesquisa e coleta de dados documentais, constantes em publicações de artigos jurídicos e decisões dos tribunais pátrios, veiculados através dos boletins oficiais de publicidade da administração pública. .

Assim, uma vez exposta a metodologia de trabalho empregada na monografia em questão, passaremos à pesquisa de produções científicas que possibilitem uma compreensão mais detalhada sobre o tema proposto, conforme fundamentação descrita e relacionada no marco teórico, que segue compilado no capítulo a seguir.

² CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; DA SILVA, Roberto. *Metodologia Científica*. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

4. MARCO TEÓRICO

Com a finalidade de estudar o instituto da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, e fundamentar as análises que serão desenvolvidas em face da aplicação da prescrição no âmbito da PMES, a fundamentação teórica do presente estudo terá como base os ensinamentos de professores doutores e ilustres juristas, tais como: **Cezar Roberto Bitencourt, Celso Antônio Bandeira Mello, Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Luiz Flávio Gomes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Nestor Távora, Rosmar Rodrigues de Alencar, Rogério Greco, Rogério Sanches Cunha, J. J. Canotilho**, dentre outros, todos eles ilustres professores e renomados estudiosos do direito.

A definição de um marco teórico sólido garante a sistematização do conhecimento, diferenciando o conhecimento empírico, baseado somente no senso comum, do conhecimento científico, caracterizado pela consistência e confiabilidade. Desta forma, torna-se possível verificar e a realizar comparações entre a hipótese analisada, os fatos constatados e os resultados encontrados.

Utilizando-se de tais conhecimentos científicos, pautados pela solidez, referência e confiabilidade, a hipótese a ser analisada no presente estudo é se a aplicação do instituto da prescrição nos Processos Administrativos Disciplinares na PMES encontra-se em conformidade com as disposições constitucionais e legais vigentes.

Para isso, utilizaremos no marco teórico as contribuições de estudos no campo do Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal e Direito Processual Penal. Estes dois últimos ramos do direito serão de fundamental importância para o presente estudo, tendo em vista que os diplomas repressivos em vigor possuem natureza sancionatória e punitiva, que em muito se aproxima da natureza sancionatória dos Processos Administrativos Disciplinares no âmbito da PMES.

Com base nos ramos do direito citados, e dos renomados autores especializados em cada assunto, iniciaremos a fundamentação científica do tema com o estudo da definição do instituto da prescrição e de seus conceitos correlatos.

4.1 PRESCRIÇÃO: CONCEITO E DEFINIÇÕES

Ensina o ilustre professor penalista **Rogério Greco**³ que a prescrição, como causa extintiva da punibilidade, veio prevista no Art. 107, IV, Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940), além de ter sido regulada pelos Arts. 109 a 119 do mesmo diploma legal. Ao estudar as causas extintivas da punibilidade, em algumas situações o Estado pode abrir mão do seu direito de punir e, em outras hipóteses, pode vir a perdê-lo. A prescrição é uma das situações em que o Estado, em virtude do decurso de certo espaço de tempo, perde seu *ius puniendi*, ou seja, **seu direito de punir** ⁴.

Conforme ensina o renomado autor (GRECO, 2017), com a prescrição existe a **perda do direito de punir**, e não a renúncia ao direito de punir por parte do Estado. O Estado pode renunciar ao seu exclusivo *ius puniendi* quando concede, por exemplo, a anistia, a graça e o indulto. Nessas hipóteses, embora podendo levar a efeito o seu direito de punir, o Estado dele abre mão, ao contrário do que ocorre com a prescrição, quando, **mesmo querendo, não poderá exercê-lo**.

Dessa forma, poderíamos conceituar a prescrição como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, **por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei**, faz com que ocorra a **extinção da punibilidade**.

Vários fundamentos surgiram ao longo dos anos para justificar a necessidade da prescrição, podendo-se destacar, dentre eles, o esquecimento a respeito da infração penal, o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, a dispersão de provas, além do fator de pacificação para aquele que praticou a infração penal, pois um erro cometido no passado não pode persegui-lo para sempre.

4.2 ORIGENS HISTÓRICAS DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

⁴ *Ius puniendi* (do latim, “direito de punir”). É a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias. GRECO, *op. cit.*

Uma vez compreendido o atual conceito do instituto da prescrição vigente no ordenamento brasileiro, precisamos compreender, ainda que de forma breve, as origens deste instituto, para que possamos entender sua função teleológica e a finalidade que o mantém nos dias correntes.

Segundo ACQUAVIVA (2010) ⁵, o termo **prescrição** se origina do latim *praescriptio, onis*, derivado do supino *praescribere*, **pré-escrever**, traduzido literalmente como uma epígrafe ou título preliminar, introdução, preâmbulo, sendo empregado em Direito como uma **arguição preliminar**, uma objeção a ser levantada preliminarmente.

Segundo CLARO (2008) ⁶, “o termo *prescrição* tem origem no latim, no vocábulo *praescriptio*, do verbo *praescribere* que deriva da junção dos vocábulos latinos *prae* e *scribere*, cujo significado consiste em **escrever antes, pré-escrever**”.

A prescrição é encontrada no Direito Romano, nos editos e formulários dos pretores, em cuja época vigorou o regime do processo ordinário. Em caso de lide, o pretor se encarregava de indicar um juiz para a realização do julgamento, além de orientar e definir diretrizes pelas quais o magistrado nomeado julgaria. A essa orientação dava-se o nome de fórmula.

Ocorre que a partir do ano 520 de Roma, a *Lei Æbutia* passou a determinar um prazo para as ações temporárias, em contraposição às ações do Direito quitário ⁷, que eram perpétuas. Ao expedir a fórmula, precedendo a sua primeira parte (chamada demonstrativo), o pretor estatua em nota introdutória, isto é, prescrevia, ou seja, **pré-escrevia** que, se o prazo da ação houvesse sido extinto o magistrado não teria entrado no mérito litígio, ficando o réu, automaticamente, absolvido. Essa é a verdadeira da origem do termo moderno prescrição”. (MARTINS; FIGUEIREDO; 2006) ⁸.

⁵ ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva*. 12 ed. São Paulo: Editora Jurídico Brasileira, 2004.

⁶ CLARO, Adriano Ricardo. *Prescrição Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

⁷ Modalidade de Direito das Obrigações vigente à época do Império Romano (nota do autor).

⁸ MARTINS, Alan; FIGUEIREDO, Antônio Borges de. *Prescrição e decadência no direito civil*. 3 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2006.

Buscando as origens romanas do instituto da prescrição, compreende-se o provir do instituto da antiquíssima figura latina, derivando a sua nomenclatura do fato de que, na Roma Antiga, certos prazos para o exercício de direito eram “*pré-escritos (quer dizer, colocados antes) pelos pretores (juízes antigos)*”, limitando e reclamando de direitos subjetivos (RICARDO D. RABINOVIC-BERMAN *apud* CLARO, 2008) ⁹.

Também incursionando pelas noções etmológicas, lembra a lição que o termo prescrição deriva da locução latina *praescriptio*, com significado de “*escrever antes ou no começo*” (LEAL *apud* CLARO, 2008) ¹⁰.

Sendo assim, a prescrição, conforme o posicionamento de vários autores, é um instituto antigo, observado desde o Direito romano, que tem como matéria o tempo. **Observa-se que desde antigas eras, o tempo para a aplicação da pena era questionado.**

Nesse viés esse instituto foi sendo estudado e sendo identificados vários conceitos de prescrição tanto em relação a pena, quanto em relação a execução desta. Assim, ao longo dos anos e da evolução da consciência moral dos povos, o instituto da prescrição foi também evoluindo, conforme estudaremos no tópico seguinte da presente monografia.

4.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E HERANÇAS DE DIREITO INTERNACIONAL

Uma vez compreendido o conceito de prescrição e suas origens, e ainda como compreensão essencial da função teleológica do referido instituto, faremos uma breve análise da evolução histórica do instituto da prescrição e das influências do direito internacional na construção do entendimento pátrio vigente.

O renomado doutor penalista **Cezar Roberto Bitencourt** ¹¹ ensina que a prescrição

⁹ CLARO, 2008. *Op. Cit.*

¹⁰ CLARO, 2008. *Op. Cit.*

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

não pode se eternizar sobre alguém como uma espada de Dâmocles¹², eternamente pendurada sobre a cabeça do indivíduo.

Nesse sentido, o renomado doutor (BITENCOURT, 2012) ensina que com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, **não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa o lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.**

Escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas causas modificadoras, prescreve o direito estatal à punição do infrator. **Assim, pode-se definir prescrição como “a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”.**

Assim, a prescrição constitui causa extintiva da punibilidade (Art. 107, inciso IV, do Código Penal). A Constituição Brasileira de 1988 declara apenas duas hipóteses que são imprescritíveis: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Art. 5º, incisos XLII e XLIV da CF).

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a prescrição é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal. **A prescrição é de ordem pública, devendo ser decretada de ofício**, a requerimento do Ministério Público ou do interessado. **Constitui preliminar de mérito:** ocorrida a prescrição, o juiz não poderá enfrentar o mérito; **deverá, de plano, declarar a prescrição, em qualquer fase do processo.**

¹² A expressão “Espada de Dâmocles” origina-se de uma antiga parábola moral, popularizada pelo filósofo romano Cícero, em seu livro, *Tusculan Disputations*, escrito no ano 45 a.C. Para Cícero, o conto de Dionísio e Dâmocles representava a idéia de que quem vive subjugado pelo poder, com uma espada pendurada por um fio sobre sua cabeça, vive sempre sob o fantasma da ansiedade e da morte, e que “*não pode haver felicidade para aquele que está sob apreensões constantes*”. (Nota do Autor).

A controvérsia em torno da prescrição penal remonta muitos séculos da história da civilização. Os costumes e a cultura de cada povo ditavam os parâmetros para que se aceitasse a liberação de um criminoso pelo simples decurso do tempo. O primeiro texto legal que tratou da prescrição foi a *Lex Julia*, datada do ano 18 a.C., para determinados crimes. Ampliou-se, posteriormente, à generalidade dos crimes, com exceção do parricídio, parto suposto, e alguns outros. O desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e no direito de outros povos. Na Idade Média, procurou-se adotar exagerada redução dos prazos prescricionais, motivando enérgica reação, posto que teve como resultado a grande dificuldade em se configurar a ocorrência de prescrição.

Mas essa era somente a prescrição da ação, isto é, da pretensão punitiva. A prescrição da condenação, no entanto, surgiu na França, com o Código Penal de 1791. A Revolução Francesa parece ter favorecido esse acontecimento. Outros países, em seguida, também adotaram essa outra espécie de prescrição. No Brasil, somente a partir do Código Penal de 1890 passou-se a adotar a prescrição da condenação (Art. 72), sendo que a prescrição da ação penal já foi adotada a partir do Código Criminal de 1830.

Quanto à prescrição retroativa, por fim, sua discussão começou antes mesmo de o Código Penal de 1940 entrar em vigor, que foi o primeiro diploma legal a adotá-la. Na verdade, o legislador desse Código adotou o princípio de que a sanção concretizada na sentença, sem possibilidade de agravação diante da inexistência de recurso da acusação, era a sanção *ab initio*¹³ justa para o fato praticado pelo agente, revelando-se a pena abstrata muito severa e injusta para regular prazo prescricional

4.4 INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO VIGENTE

Uma vez compreendida a breve evolução histórica do instituto da prescrição, e a influência do direito internacional na construção do pensamento pátrio, tal entendimento tomou a forma delineada como hoje existe no ordenamento vigente,

¹³ *Ab initio*: do latim, “desde o começo”.

tal como veremos agora.

Para uma melhor compreensão do tema, é de fundamental importância registrar as notáveis lições do professor **Celso Delmanto Júnior**¹⁴, Doutor em Direito Processual Penal. Para DELMANTO (2010), a prescrição impõe ao Estado um prazo máximo para perseguir pessoas acusadas de um crime, **havendo, em nossa Constituição, somente duas exceções**: o crime de racismo e a ação de grupos armados contra o Estado democrático. O Estatuto de Roma também tornou imprescritível o crime de tortura praticado durante ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil.

Embora existam posicionamentos críticos que alegam que a prescrição seria um prêmio para o criminoso pela ineficiência estatal, ela é fundamental em toda democracia, como instrumento de controle do Estado.

Isso ocorre porque os prazos prescricionais impõem que o Estado efetivamente se movimente para investigar crimes, sob pena de perder o poder de fazê-lo, diminuindo assim as chances de erro judiciário, já que, com o tempo, as provas vão se tornando mais frágeis.

A prescrição evita, também, que cidadãos sejam eternamente perseguidos, mesmo porque, como dizia Rui Barbosa, "*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*", perdendo o seu sentido. Tudo isso se manifesta em respeito à vítima e a seus familiares, à sociedade e até mesmo ao próprio cidadão investigado, presumido inocente, uma vez que todos têm o direito a um julgamento justo em um prazo razoável.

Ainda hoje se discute a respeito da **natureza jurídica da prescrição**, ou seja, se a prescrição é um instituto jurídico de natureza material (penal), processual (processual penal) ou mista.

¹⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. A caminho de um Estado policesco. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 02 jun. 2010. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-caminho-de-um-estado-policesco-imp-,560413>>. Acesso em: 02 set. 2017.

BITENCOURT (2010)¹⁵ preleciona ainda que “*para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal, e, nessas circunstâncias, conta-se o dia do seu início*”, posição esta igualmente compartilhada por GRECO (2017).

Tal compreensão é de fundamental importância para o estudo da prescrição no âmbito da PMES, pois uma vez que estudamos o *ius puniendi* do Estado, e sendo a prescrição um instituto de direito material, tem-se o dia do fato como referência objetiva para início do prazo prescricional, restringindo-se o livre-arbítrio do Estado e de seus operadores.

4.5 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

Segundo GRECO (2017), A legislação penal prevê duas espécies de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

Através do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o Estado perde a possibilidade de formar o seu título executivo de natureza judicial. Embora, em algumas situações, o Estado chegue até a proferir um decreto condenatório, tal decisão não terá a força de título executivo, em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

A conclusão pela prescrição da pretensão punitiva terá repercussões importantíssimas tanto na esfera penal, civil e administrativa. O réu do processo no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva ainda continuará a gozar do status de primário e **não poderá ver maculado seus antecedentes penais**, ou seja, será como se não tivesse praticado a infração penal.

Na esfera cível, a vítima não terá como executar o decreto condenatório, quando houver, visto que **a prescrição da pretensão punitiva impede a formação do título executivo judicial.**

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

Na esfera administrativa, Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁶ e Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ afirmam que a prescrição administrativa importa na declaração de nulidade do ato restritivo de direito, e produz efeitos retroativos à data em que foi emitido.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

*“A incidência da prescrição da pretensão punitiva importa na rescisão da sentença condenatória, que não faz coisa julgada material, e na supressão de seus efeitos principais e acessórios, resultando, ainda, na perda do direito de ação cognitiva, pois **extingue a pretensão do Estado em obter qualquer decisão a respeito do fato criminoso, não acarretando nenhuma responsabilidade para o acusado, tampouco marcando seus antecedentes ou gerando futura reincidência. Equivale, na verdade, à exata proclamação de inocência, pois são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse existido ou sido praticado o crime**” (MS 6.877/DF, Mandado de Segurança 2000/0027913-7, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 25/4/2001, DJ 21/5/2001, p. 55).” [grifo nosso].*

Contudo, se a prescrição disser respeito à pretensão executória, o Estado, em razão do decurso do tempo, somente terá perdido o direito de executar sua decisão. O título executório foi formado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas não poderá ser executado.

O condenado, se vier a praticar novo crime, poderá ser considerado reincidente. Caso a condenação anterior não sirva para efeitos de reincidência, como na hipótese do Art. 64, inciso I, do Código Penal, ainda assim importará em maus antecedentes. A vítima do delito terá à sua disposição o título executivo judicial criado pela sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do Art. 515, inciso VI, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

É por este motivo que se faz importante a distinção entre a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, que será detalhada adiante na presente monografia.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Atlas: 15 ed. p. 226: como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos ex tunc, ou seja, a partir de então).

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros: 20. Ed, p.447

Relembrando as lições do ilustre professor **Damásio de Jesus**¹⁸, com a prática do crime, o direito abstrato de punir do Estado concretiza-se, dando origem a um conflito entre o direito estatal de punir e o direito de liberdade do indivíduo.

O Ministério Público deduz em juízo a pretensão punitiva estatal através da denúncia, que, segundo DAMÁSIO (1988), é “*a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao direito de punir concreto do Estado. Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação*”.

No mesmo sentido, FRANCO (2005)¹⁹ explica que com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* concreto transforma-se em *ius punitiois*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória. Da distinção entre *ius puniendi* (direito de punir) e *ius punitiois* (direito de executar a punição) decorre a classificação da prescrição em prescrição da pretensão punitiva, impropriamente denominada prescrição da ação penal, e prescrição da pretensão executória, também chamada de prescrição da pena. **Em qualquer um dos dois casos, o Estado estará impedido de fazer valer, a qualquer custo, uma punição ao indivíduo.**

4.6 TIPOS DE PRESCRIÇÃO

Como visto anteriormente, é importante traçar a distinção entre a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, pois a primeira está relacionada ao direito de punir do Estado, enquanto a segunda se refere ao Direito do Estado de executar a punição.

Tal compreensão é importante para a construção e desenvolvimento dos capítulos

¹⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹⁹ FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

seguintes. Caso o leitor já domine todos os detalhes do tema, recomendamos seguir ao capítulo seguinte. Caso não domine o assunto em sua profundidade, recomendamos o estudo que segue adiante, a fim de compreender o entendimento dos juristas e dos tribunais sobre assunto, e acompanhar a linha de trabalho da presente pesquisa.

4.6.1 Prescrição da Pretensão Punitiva

Em nosso ordenamento jurídico existem duas espécies de prescrição, que tem como referência o trânsito em julgado da sentença condenatória para as partes (Ministério Público e Réu).

A Prescrição da Pretensão Punitiva é aquela que ocorre em data anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público e Réu.

Por outro lado, a Prescrição da Pretensão Executória é aquela que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para Ministério Público e Réu.

Assim, o **critério fundamental** que distingue as duas espécies de prescrição – prescrição da pretensão punitiva e prescrição da punição executória – constitui o trânsito em julgado da sentença final condenatória, isto é, uma **sentença condenatória irrecorrível** (CLARO, 2008).

O ordenamento jurídico brasileiro trata da prescrição da pretensão punitiva como sendo aquela que ocorre em data anterior a sentença condenatória irrecorrível. Destaca-se que o grau de jurisdição que reconhece essa prescrição não importa, isso é, ela pode ser questionada a qualquer tempo e em qualquer instância jurisdicional, tendo esgotado os prazos para o Ministério Público e o Réu.

Ainda de acordo com CLARO (2008), "*(...) a definição da espécie de prescrição gera importantes e distintas consequências. Assim, a identificação da espécie de prescrição que está a se reconhecer influi nos efeitos que acarretará*".

A prescrição da pretensão punitiva, por sua vez, divide-se em três subespécies, a

saber:

- a) Prescrição da pretensão punitiva **genuína**;
- b) Prescrição da pretensão punitiva **intercorrente**;
- c) Prescrição da pretensão punitiva **retroativa**.

O critério que diferencia essas três formas de prescrição da pretensão punitiva consiste na pena que será utilizada para o seu cálculo da sanção. Segundo as lições do autor, CLARO (2008) ainda observa o seguinte:

- a) Se a prescrição da pretensão punitiva for calculada com base na pena cominada em abstrato, é da prescrição genuína que se cuida;
- b) Se a prescrição da pretensão punitiva for calculada com base na pena fixada no caso concreto, ou é da prescrição retroativa ou é da prescrição intercorrente que se cuida.

4.6.2 Prescrição Genuína

É aquela que calcula o tempo da prescrição, tendo como base a pena em abstrato. De acordo com o artigo 109 do Código Penal, ela é calculada com base na pena máxima cominada em abstrato à infração penal, sendo chamada de genuína por ser a única que usa como referência a pena prevista.

4.6.3 Prescrição Intercorrente ou Superveniente

CLARO (2008) trata a prescrição da pretensão punitiva, analisando-a com base na pena concreta fixada na sentença.

Esta prescrição tem como marco inicial de sua contagem a publicação da sentença penal condenatória, na qual o juiz fixou a pena concreta do réu no caso em julgamento. A sua análise é possível em decorrência de um dos seguintes pressupostos:

- a) Trânsito em julgado para acusação; ou,
- b) Improvimento do recurso da acusação.

A previsão legal na prescrição da prescrição intercorrente encontra-se no Art.110, §1º, do CP (Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940), que dispõe:

Art. 110. “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”.

A prescrição chama-se “intercorrente” porque acontece dentro do tempo no esperado do trânsito em julgado da sentença para a defesa (e também para o Ministério Público, quando seu recurso não é aceito).

Ao mesmo tempo, enquanto o recurso do réu ou sua intimação da sentença não transita em julgado, está ocorrendo o lapso temporal da prescrição da pretensão punitiva intercorrente.

A mesma também é denominada de “superveniente” ou “subsequente”, porque é analisada depois da sentença condenatória publicada. Quando o Ministério Público não recorre da sentença, isso dá a certeza que a pena proferida é aquela que servirá como base para o cálculo da prescrição.

4.6.4 Prescrição Retroativa

A prescrição retroativa é aquela que tem como base a pena concreta fixada na sentença, tendo como referência para início de sua contagem a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Nesse instituto, a prescrição é chamada retroativa por ter como referência a sentença condenatória recorrível a contar da data do fato, retroagindo no tempo, motivo pelo qual essa espécie é chamada de “prescrição retroativa”.

Segundo (CLARO, 2008), o mecanismo da prescrição retroativa é idêntico ao da prescrição intercorrente, ou seja, com o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (Ministério Público, assistente de acusação, querelante) ou com o improvimento de seu recurso, a pena fixada na sentença,

ainda que não seja definitiva (porque não transitou em julgado para defesa), jamais poderá sofrer aumento, em decorrência do princípio do *non reformatio in pejus*²⁰.

É de conhecimento geral que **a prescrição retroativa no ordenamento jurídico brasileiro está pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula 146**, que estabelece:

SÚMULA 146

A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

4.6.5 Prescrição da Pretensão Executória

A prescrição da pretensão executória manifesta-se depois da sentença condenatória irrecorrível. O juiz da Vara de Execuções, geralmente, é quem analisa e decreta, pelo fato que é reconhecida após o trânsito em julgado da sentença final condenatória para o Ministério Público e o Réu.

Assim, consta pacificado na Súmula 611 do STF, aplicável em relação ao princípio *novatio legis in melius*²¹:

SÚMULA 611

Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

Corroborando o mesmo sentido, importante ainda destacar o princípio já previsto no Art. 2º, parágrafo único do CP:

Lei penal no tempo

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

²⁰ *Non reformatio in pejus*: do latim, "não reformar em prejuízo", "não reformar para prejudicar". Vedação de decisão mais gravosa em desfavor do réu.

²¹ *Novatio legis in melius*: do latim, "nova lei melhor", "nova lei em benefício". Surgimento de lei posterior menos gravosa ao réu.

Ainda segundo CLARO (2008), a prescrição da pretensão executória não tem nenhuma subespécie. Sempre é verificada após o trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória, e regula-se a partir da pena aplicada no caso concreto. Sofre aumento de um terço, caso o condenado seja reincidente, conforme a regra do Art. 110, *caput*, do Código Penal:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A definição da prescrição da pretensão executória é baseada no **Art. 109 do Código Penal Brasileiro**, dispositivo este que voltaremos a estudar nos capítulos seguintes.

4.7 EFEITOS DA PRESCRIÇÃO

A prescrição da pretensão punitiva produz efeitos diferentes da prescrição executória, pelo fato de existir uma sentença condenatória irrecorrível. Sendo assim, as implicações da prescrição são de acordo com seu tipo:

4.7.1 Efeitos da Prescrição da Pretensão Punitiva:

Analisando as implicações da prescrição, é preciso entender os efeitos que ocorrem quando da condenação estabelecida em sentença penal e suas implicações podem ser divididos em duas categorias: principal e secundários.

Para CLARO (2008), o efeito principal de uma condenação constitui, sem dúvida, a imposição de sanção penal, ou seja, a pena imposta ao imputável e a medida de segurança imposta ao semi-imputável, porque, neste último caso, a sentença penal tem natureza jurídica de sentença condenatória, haja vista que o juiz primeiro condena o agente semi-imputável e lhe estabelece a pena privativa de liberdade diminuída e, na sequência, sendo necessário, substitui a sua pena por medida de segurança, conforme o sistema vicariante previsto no Art. 98 do Código Penal.

Ensina ainda o autor que os efeitos secundários (também denominados indiretos, reflexos ou acessórios), por sua vez, são consequências da sentença condenatória,

mas que não se relacionam com a própria finalidade da pretensão punitiva estatal, consistente na aplicação de sanção penal ao autor de infração penal.

São aqueles que, ao lado do efeito principal, afetam a vida do condenado, indiretamente. Esses efeitos podem ser divididos em duas espécies: os efeitos secundários penais e os efeitos secundários extrapenais.

Nesta direção, qualquer proposição de prescrição que ocasione a perda da pretensão punitiva (prescrição genuína, intercorrente ou retroativa), verifica-se a data anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória e, conseqüentemente, labora como se não houvesse sentença alguma. E acontece que não perdura nenhuma consequência, seja de caráter (principal ou secundário), seja de caráter extrapenal, quando for reconhecida qualquer forma de prescrição da pretensão punitiva.

Sendo assim, a prescrição da pretensão punitiva impossibilita a instauração de inquérito penal ou o início de ação penal, caso não tenham iniciado. Caso esteja tramitando termo circunstanciado em juizado especial, inquérito policial ou processo criminal, constatada prescrição da pretensão punitiva, devem ser encerrados sem contestação pelo juiz, em decorrência da evidência da extinção da punibilidade.

A prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado. A prescrição da pretensão punitiva acarreta a extinção de punibilidade e tem como consequência a **eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido.**

4.7.2 Efeitos da Prescrição da Pretensão Executória

Diante disto, os efeitos da sentença condenatória (execução e cumprimento da sanção penal) são suspensos, e os demais efeitos (secundários, penais e extrapenais), em razão da sentença penal condenatória irrecorrível, podem continuar a pesar sobre o condenado, mas sem que seja possível, no entanto, que o Estado possa fazer cumprir o direito de executar a pena.

4.8 DISTINÇÃO ENTRE CAUSAS SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS

O lapso prescricional começa a correr a partir da data da consumação do crime ou do dia em que cessou a atividade criminosa (Art. 111 do CP), apresentando, contudo, causas que o suspendem (Art. 116) ou o interrompem (Art. 117).

O importante, neste momento do estudo, é ressaltar a diferença fundamental entre as causas suspensivas e interruptivas. Não iremos discorrer na presente monografia acerca das causas suspensiva e interruptivas da prescrição, pois este não é o escopo do presente trabalho. O que nos importa é compreender a diferença conceitual entre a terminologia "interrupção" e "suspensão", e a diferença de efeitos que cada uma gera aos prazos do processo.

A interrupção verifica-se quando um prazo que estava correndo, para de correr por conta de uma ação. Caso este prazo volte a correr começará a ser contado do começo novamente. Conta-se novamente do zero.

No caso da **suspensão**, o prazo que estava correndo fica suspenso, **até que se resolva o motivo que provocou a suspensão**. Após isso, o prazo começará a contar de onde parou.

Tal compreensão será de fundamental importância, visto **que o legislador castrense criou, com o uso equivocado da terminologia jurídica, uma figura inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro**, tal como veremos nos capítulos a seguir.

4.9 HIPÓTESES DE IMPRESCRITIBILIDADE ADMITIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ressalta o renomado professor doutor Fernando Capez ²², que **as hipóteses de imprescritibilidade encontram-se elencadas taxativamente no Texto**

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Constitucional, no seu Art. 5º, inciso XLII (crime de racismo) e inciso XLIV (ações de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o estado democrático), de modo que não se admite que sejam ampliadas pela legislação infraconstitucional.

O máximo possível ao legislador infraconstitucional é regular tais condutas através de **lei em sentido estrito** (Art. 5º, inciso II, da CF), tal como foi feito através da Lei nº 7.716/89 (crime de racismo) e Leis nº 7.170/83 e 9.034/95 (ação de grupos armados contra o estado democrático).

Observe que cabe ao legislador apenas regular tais condutas, e não criar ou inovar outras hipóteses de imprescritibilidade além daquelas taxativamente elencadas na Constituição Federal.

Conforme preleciona CAPEZ (2016), e necessário buscar-se um período máximo, após o qual o processo continuaria **suspense**, mas a prescrição voltaria a correr pelo tempo restante (estava apenas suspensa). Ressalte-se aqui a terminologia correta utilizada pelo ilustre professor Fernando Capez: **SUSPENSÃO DO PROCESSO, E NÃO INTERRUPTÃO**.

Leciona ainda CAPEZ (2016) que este período máximo não pode ser o mesmo para todos os crimes, pois haveria ofensa ao princípio da proporcionalidade. Imaginemos um mesmo prazo de suspensão para uma contravenção e um latrocínio. Não seria, portanto, razoável. **Desta forma, o período máximo de suspensão deve ser o da prescrição calculada com base no máximo cominado abstratamente para a espécie.**

Neste sentido, ensina o ilustre professor Damásio de Jesus ²³:

“O prazo da suspensão da prescrição não pode ser eterno. Caso contrário, estaríamos criando uma causa de imprescritibilidade. As hipóteses que não admitem a prescrição estão enumeradas na CF, não podendo ser alargadas pela lei ordinária. Ora, permitindo-se a

²³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

suspensão da prescrição sem limite temporal, esta, não comparecendo o réu em juízo, jamais ocorreria, encerrando-se o processo somente com sua morte, causa extintiva da punibilidade (CP, Art. 107, I). Se, em face do crime, o Estado perde, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva, não é lógico que, diante da revelia, pudesse exercê-la indefinidamente. Por isso, entendemos que o limite da suspensão do curso prescricional corresponde aos prazos do Art. 109 do CP, considerando-se o máximo da pena privativa de liberdade imposta abstratamente. Nesse sentido, é o teor da Súmula 415 do STJ: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”. Assim, p. ex., suspensa a ação penal por crime de lesão corporal leve (CP, Art. 129, caput), o impedimento do curso prescricional tem o termo máximo de quatro anos (CP, Art. 109, V), i. e., o prazo prescricional da pretensão punitiva só pode ficar suspenso por quatro anos. Nesse limite, recomeça a ser contado o lapso extintivo, que é de quatro anos, considerada a pena máxima abstrata, computando-se o tempo anterior à suspensão. Cremos constituir um critério justo. Se, para permitir a perda da punibilidade pela prescrição o legislador entendeu adequados os prazos do Art. 109, da mesma forma devem ser apreciados como justos na disciplina da suspensão do prazo extintivo da pretensão punitiva” (Boletim IBCCrim, n. 42, p. 3). [grifo nosso].

Fazemos questão de ressaltar, novamente transcrito, o enunciado trazido por DAMÁSIO (2016): ***“O prazo da suspensão da prescrição não pode ser eterno. Caso contrário, estaríamos criando uma causa de imprescritibilidade. As hipóteses que não admitem a prescrição estão enumeradas na CF, não podendo ser alargadas pela lei ordinária”.***

E o mesmo enunciado preleciona ainda: ***“Ora, permitindo-se a suspensão da prescrição sem limite temporal, esta, não comparecendo o réu em juízo, jamais ocorreria, encerrando-se o processo somente com sua morte, causa extintiva da punibilidade”.***

Trazemos ainda a seguinte reflexão, que não necessita de maiores esforços para a plena compreensão de seus efeitos legais no âmbito da prescrição de um Regulamento Disciplinar: se a prescrição não pode ser alargada pela lei ordinária, muito menos por um decreto regulamentar – como é o caso do Decreto nº 254-R de 2000 – e menos ainda, pela mera vontade de seus operadores.

4.10 PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA: MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E ADMISSIBILIDADE PACIFICADA

Embora as esferas administrativas e penais sejam independentes entre si, ambas compartilham diversos princípios e instrumentos processuais. No Direito Processual

Penal, a prescrição é matéria de ordem pública, conforme disposto no Art. 61 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/ 1941):

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Também na esfera administrativa o reconhecimento da prescrição é matéria de ordem pública, cuja admissibilidade é pacificada pelos juristas e tribunais, tal como veremos a seguir.

Segundo a conceituada professora **Maria Sylvia Zanella di Pietro**²⁴, costuma-se falar em prescrição administrativa em diferentes sentidos: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.

Nesses casos, como em outros semelhantes, em que o prazo é estabelecido em benefício da própria Administração, para bom andamento dos serviços públicos, nada impede que ela conheça de recursos extemporâneos, desde que constate assistir razão ao interessado; isto porque, no exercício da função de **tutela da legalidade, a Administração pode e deve, mesmo sem provocação do administrado, rever os seus atos ilegais**, até com o objetivo de evitar demandas judiciais inúteis, que poderão terminar com decisão a ela favorável. Na Lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, embora se estabeleça que o recurso não será conhecido quando interposto fora do prazo (Art. 63, inciso), admite-se que, nesse caso, a Administração possa rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa ²⁵.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²⁵ Preclusão Administrativa: conforme definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*preclusão é a perda de uma oportunidade processual (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso do tempo previsto para seu exercício, acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo). Difere da prescrição em que nesta o que se perde é o direito de ação, pelo quê seu termo inicial é sempre anterior ao processo, ao passo que a preclusão opera no interior do processo.*” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Interessante é a colocação feita por Régis Fernandes de Oliveira (1978) ²⁶; segundo seu modo de ver, não há, com relação ao Poder Público, prazo para que se reconheça a invalidação de qualquer ato, pouco importando se nulo ou anulável; para ele, **"ao administrador sempre cabe reconhecer a nulidade de algum ato, desde que praticado com vício, bem como decretar-lhe a nulidade, já que qualquer deles é incompatível com a indisponibilidade do interesse público"**.

Na esfera federal, a questão ficou pacificada com a Lei nº 9.784/99, cujo artigo 54 veio estabelecer que *"o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo se comprovada má-fé"*.

A título de exemplo, na esfera federal, prescreve em 180 dias a pena de advertência, em dois anos a de suspensão e em cinco anos as de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão (Art. 142 da Lei nº 8.112/1990 ²⁷).

Cita ainda a autora, a título de exemplo, que no Estado de São Paulo, os prazos são de dois e cinco anos, respectivamente (Art. 261 do Estatuto). **Ressalte-se ainda que em ambas as leis, a falta disciplinar, também prevista em lei como crime, prescreverá juntamente com este.**

²⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

²⁷ Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 02 set. 2017

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Ensina também professora DI PIETRO (2014) ²⁸ que existem alguns princípios comuns aos processos administrativo e judicial que constituem objeto de estudo da teoria geral do processo: tais são os princípios da publicidade, da ampla defesa, do contraditório, do impulso oficial, da obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos em lei. E existem outros princípios que são próprios do direito administrativo, como o da oficialidade, o da gratuidade, o da atipicidade.

A Lei nº 9.784/1999 menciona, no artigo 2º, *caput*, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ensina ainda a renomada professora que embora não referidos especificamente nesse dispositivo, outros princípios decorrem implicitamente da lei, como o da impessoalidade e o da participação do administrado nos atos do processo (DI PIETRO, 2014).

5.1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Esse princípio, agora previsto expressamente no Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, aplica-se a todo o processo administrativo. Por ser pública a atividade da Administração, os processos que ela desenvolve devem estar abertos ao acesso dos interessados.

Esse direito de acesso ao processo administrativo é mais amplo do que o de acesso ao processo judicial. No processo judicial, em regra, apenas as partes e seus defensores podem exercer o direito, enquanto **no processo administrativo, qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse**

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo Art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna de 1988.

Ainda é possível restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (Art. 5º, inciso LX). A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, estabelece, no Art. 2º, parágrafo único, a exigência de *"divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição"*, conforme inciso V, e a *"garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio"*, conforme inciso X. Além disso, o Art. 3º, inciso II, inclui entre os direitos do administrado o de *"ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas"*.

5.2 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

Esse princípio também é mais amplo no processo administrativo. No processo judicial, ele só existe depois de instaurada a relação processual, cabendo ao juiz movimentar o procedimento nas suas várias fases até a decisão final. No âmbito administrativo, esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração, independentemente de provocação do administrado e ainda a possibilidade de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias a sua adequada instrução.

Essa executoriedade, sendo inerente à atuação administrativa, existe mesmo que não haja previsão legal; como a Administração Pública está obrigada a satisfazer ao interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir os seus fins. Na Lei nº 9.784/99, está previsto, como um dos critérios a serem observados nos processos administrativos, a *"impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados"*, conforme Art. 2º, inciso XII. No Art. 5º, está expresso que o processo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado, e o Art. 29 contém a determinação de que as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à

tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

A lei ainda permite que nos processos administrativos de que resultem sanções a revisão se faça a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, ficando expressamente vedado o agravamento da sanção. Embora a lei só faça referência à revisão de ofício nos processos de que resultem sanção, é evidente que tal possibilidade existe em relação a qualquer ato da Administração, uma vez reconhecido ter ele sido praticado com inobservância da lei. Trata-se de aplicação do poder de autotutela sobre os atos administrativos, reconhecido pela Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, que, em última análise, decorre do princípio da legalidade.

Nesse sentido, dispõe o entendimento do excelso tribunal:

SÚMULA 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

5.3 PRINCÍPIO DA OBEDIÊNCIA À FORMA E AOS PROCEDIMENTOS

Quanto a este princípio, a sua aplicação é muito mais rígida no processo judicial do que no administrativo; por isso mesmo, em relação a este, costuma-se falar em princípio do informalismo.

Informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas.

Às vezes, a lei impõe determinadas formalidades ou estabelece um procedimento mais rígido, prescrevendo a nulidade para o caso de sua inobservância. Isso ocorre

como garantia para o particular de que as pretensões confiadas aos órgãos administrativos serão solucionadas nos termos da lei.

Além disso, constituem o instrumento adequado para permitir o controle administrativo pelos Poderes Legislativo e Judicial. A necessidade de maior formalismo existe nos processos que envolvem interesses dos particulares, como é o caso dos processos de licitação, disciplinar e tributário.

Nesses casos, confrontam-se, de um lado, o interesse público, a exigir formas mais simples e rápidas para a solução dos processos, e, de outro, o interesse particular, que requer formas mais rígidas, para evitar o arbítrio e a ofensa a seus direitos individuais.

É o que está expresso no Art. 2º, incisos VIII e IX, da Lei nº 9.784/1999, que exige, nos processos administrativos, a *"observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados"* e a *"adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados"*.

Trata-se de aplicar o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em relação às formas. Ainda na mesma linha do informalismo, o Art. 22 da referida lei estabelece que *"os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir"*. Inclusive o reconhecimento de firma, salvo imposição legal para casos específicos, só pode ser exigido quando houver dúvida de autenticidade, conforme §2º, e a autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo próprio órgão administrativo, conforme §3º.

5.4 PRINCÍPIO DA GRATUIDADE

Sendo a Administração Pública uma das partes do processo administrativo, não se justifica a mesma onerosidade que existe no processo judicial (v. item 14.1). A regra da gratuidade está agora expressa no artigo 2º, parágrafo único, inciso XI, da Lei nº 9.784, que proíbe "cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em

lei". A menos que haja leis específicas exigindo cobrança de determinados atos, a regra é a da gratuidade dos atos processuais. Inclusive para fins de propositura de recurso na esfera administrativa, o STJ manifestou o entendimento, através da Súmula nº 373, de que *"é ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo"*.

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme visto no Capítulo 17 (item 17.3.2.1), agora objeto da Súmula Vinculante nº 21: *"É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiros ou bens para admissibilidade de recurso administrativo."*

5.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Este princípio, amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência já na vigência de Constituições anteriores, está agora expresso no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Na Lei nº 9.784/99, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão mencionados no Art. 2º, entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública.

O princípio da ampla defesa é **aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado** sobre as pessoas físicas e jurídicas. É o que decorre do Art. 5º, LV, da Constituição Federal, e que também está expresso no Art. 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os *"direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio"*.

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, possibilitando a oportunidade de resposta. Ele supõe o

conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Para tanto, exige alguns requisitos: a) notificação dos atos processuais à parte interessada; b) possibilidade de exame das provas constantes do processo; c) direito de assistir à inquirição de testemunhas; d) direito de apresentar defesa escrita.

Em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei nº 9.784/99 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei (Art. 3º, incisos II, III e IV) .

O Art. 46 da referida lei repete, em termos semelhantes, a mesma norma quanto ao direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, **ressalvando, porém, os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.**

5.6 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE

No direito penal, o crime constitui uma atividade típica (ação ou omissão ajustada a um modelo legal), antijurídica (contrária ao direito) e culpável. No direito administrativo, existe a exigência de antijuridicidade, que constitui aplicação do princípio da legalidade, significando que o ilícito administrativo tem que ter previsão legal. No entanto, a tipicidade nem sempre está presente, tendo em vista que muitas infrações administrativas, ainda que previstas em lei, não são descritas com precisão, ou seja, não correspondem a um modelo definido em lei.

5.7 PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DE INSTÂNCIAS

O princípio da pluralidade de instâncias decorre do poder de autotutela de que dispõe a Administração Pública e que lhe permite rever os próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos.

Esse poder está reconhecido pelo Superior Tribunal Federal, conforme Súmulas nº 346 e 473 do STF. Levando em conta que é dado ao superior hierárquico rever sempre os atos dos seus subordinados, como poder inerente à hierarquia e independente de previsão legal, haverá tantas instâncias administrativas quantas forem as autoridades com atribuições superpostas na estrutura hierárquica.

Importante trazeremos a aqui o conteúdo dos enunciados do excelso tribunal:

SÚMULA 346

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

SÚMULA 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Também quanto ao princípio da pluralidade de instâncias existem algumas diferenças entre o processo civil e o administrativo. No processo administrativo (ao contrário do processo civil), é possível: a) alegar em instância superior o que não foi argüido de início; b) reexaminar a matéria de fato; c) produzir novas provas.

O que não se pode impedir é o direito de recorrer, já que ele é assegurado pelo Art. 5º, inciso LV, da Constituição, como inerente ao direito de defesa e ao contraditório. Cabe lembrar que, **independentemente de ter-se esgotado a via administrativa, ainda cabe reclamação administrativa ao Supremo Tribunal Federal quando o ato administrativo contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-la indevidamente** ²⁹.

²⁹ Artigo 103-A, §3º, da Constituição Federal de 1998, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm> Acesso em: 02 set. 2017.

5.8 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

Há que se ter sempre presente a ideia de que o processo é instrumento para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir. Por isso mesmo, devem ser evitados os formalismos excessivos, não essenciais à legalidade do procedimento que só possam onerar inutilmente a Administração Pública, emperrando a máquina administrativa.

Desse princípio decorre outro, que é o do aproveitamento dos atos processuais, que admite o saneamento do processo quando se tratar de nulidade sanável, cuja inobservância não prejudique a Administração ou o Administrado.

5.9 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, referido no Preâmbulo da Constituição de 1988, proclamado em seu Art. 1º e reafirmado no parágrafo único, com a regra de que *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição"*.

Essas são modalidades de participação na gestão da atividade administrativa do Estado. Como instrumentos de controle, podem ser mencionados, dentre outros:

- a) Direito à informação** (Art. 5º, XXXIII), com o que se assegura ao cidadão a possibilidade de conhecer os assuntos que estão sendo tratados no âmbito da Administração Pública;
- b) Mandado de Injunção**, instituído precisamente para suprir a omissão do Poder Público na regulamentação de normas constitucionais (Art. 5º, LXXI) ;
- c) Ação Popular**, como meio posto nas mãos do cidadão para provocar o controle jurisdicional na defesa do interesse coletivo (Art. 52, LXXIII) ;
- d) Direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas** (Art. 74, §2º, da CF, que dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou

sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.);

- e) Direito de fazer reclamações e denunciar irregularidades perante ouvidorias de justiça, não só contra membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, mas também contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público, conforme o caso (Art. 103-B, §72, e Art. 130-A, § 52, da Constituição Federal, acrescentados pela Emenda Constitucional nº 45/04).

Todos esses exemplos servem para demonstrar a presença do princípio da participação do administrado na Administração Pública, dentro de um objetivo maior de descentralizar as formas de sua atuação e de ampliar os instrumentos de controle contra eventuais desvios de poder do Estado.

6. SEGURANÇA JURÍDICA DO ADMINISTRADO: PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DO ADMINISTRADOR

O princípio da segurança jurídica tem sido objeto de recentes estudos que detalharam bastante seu conteúdo, tanto na Europa quanto no Brasil. Diversos temas tradicionais ganharam nova luz, bem como assuntos inéditos começaram a ser discutidos. Fala-se hoje em “*proteção à confiança legítima*”, “*teoria dos atos próprios*”, “*venire contra factum proprium*”³⁰, e “*autolimitação administrativa*”.

Ensina o renomado professor Alexandre MAZA (2013)³¹ que **princípio da segurança jurídica é um fundamento geral do ordenamento, sendo aplicável a todos os ramos do Direito**. Seu conteúdo volta-se à **garantia de estabilidade, ordem, paz social e previsibilidade das atuações estatais**. **Alinha-se à finalidade primeira da ordem jurídica que é propiciar segurança e estabilidade no convívio social**, evitando mudanças abruptas, sobressaltos e surpresas decorrentes de ações governamentais.

Assim, constitui um elemento conservador inserido na ordem normativa visando a manutenção do *status quo*, de modo a “*evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais*”.

Preleciona MAZA (2013) que em termos práticos, o principal emprego de tal princípio no Direito Administrativo está na **proibição de aplicação retroativa de novas interpretações de dispositivos legais e normas administrativas**. É nesse sentido que deve ser compreendida a regra prevista no Art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei n. 9.784/1999: “*Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação*”.

³⁰ *Venire contra factum proprium*: do latim, “vedação de comportamento contraditório”.

³¹ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

6.1 BOA-FÉ, SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

É bastante comum encontrar referências doutrinárias à conexão entre os princípios da boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança. Embora próximos, é possível identificar conteúdos distintos para os três princípios.

O princípio da boa-fé tem origem no direito privado, ligando-se à ideia de que nas relações jurídicas as partes devem proceder corretamente, com lisura, lealdade, e agir de acordo com a palavra empenhada. Esse é o seu sentido objetivo.

Já a boa-fé subjetiva consiste no aspecto psicológico de o agente acreditar que atua em conformidade com o direito. No Direito Administrativo, a boa-fé objetiva, que deve ser demonstrada tanto pela Administração quanto pelos particulares, aplica-se nos contextos específicos do contrato administrativo e da responsabilidade pré-negocial do Estado. Pode-se dizer que o princípio da boa-fé trouxe para o Direito Administrativo a discussão sobre a necessidade de preservação do valor da segurança jurídica.

Quanto ao princípio da segurança jurídica, pode ele ser analisado em duas acepções. Em sentido objetivo, estabelece limites à retroatividade dos atos estatais, impedindo que prejudiquem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Art. 5º, XXXVI, da CF). Pode ser invocado tanto pelo Estado quanto por particulares. Em sentido subjetivo, é também denominado de princípio da proteção à confiança legítima. Seu conteúdo exige uma previsibilidade ou calculabilidade emanada dos atos estatais. A proteção à confiança só pode ser invocada pelo particular, nunca pelo Estado.

Convém analisar esses dois aspectos da segurança jurídica mais detalhadamente, pois neles se fundamenta a legitimidade da atuação da autoridade pública.

6.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

O princípio da segurança jurídica em sentido subjetivo (*vertrauensschutz*), ou

princípio da proteção à confiança legítima, foi uma criação da jurisprudência alemã no período pós Segunda Guerra Mundial, surgindo como reação a atos e normas legais que surpreendiam bruscamente seus destinatários.

Hoje é compreendido pela doutrina como uma exigência de atuação leal e coerente do Estado, de modo a proibir comportamentos administrativos contraditórios. Assim, os cidadãos devem esperar da **Administração Pública a adoção de posturas que preservem a paz social e a tranquilidade**. As decisões estatais devem ser tomadas sem sobressaltos ou mudanças abruptas de direção.

6.3 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM SENTIDO OBJETIVO

A segurança jurídica em sentido objetivo (*rechtssicherheit*) constitui um mecanismo de estabilização da ordem jurídica (certeza do direito) na medida em que limita a eficácia retroativa de leis e atos administrativos, impedindo que a modificação de comandos normativos prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Art. 5º, XXXVI, da CF). Desse modo, opera no campo do direito intertemporal, podendo ser invocada tanto em favor do particular quanto do Estado.

Ensina ainda o renomado professor que o **princípio constitucional da segurança jurídica é instrumento autocorretor do Estado de Direito**, promovendo uma blindagem do próprio sistema (endosseguença) contra conflitos e instabilidades geradas pelas normas dentro do ordenamento. São exemplos de institutos a serviço dessa endosseguença: prescrição, decadência e coisa julgada.

7. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DA PROPORCIONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Em virtude da importância do tema, optou-se por registrar um breve capítulo acerca da importância do princípio da duração razoável do processo e os problemas decorrentes de uma relação processual distendida no tempo.

Tendo em vista que tanto o processo penal quanto o processo administrativo disciplinar possuem natureza sancionatória, tal princípio se comunica entre ambos os ramos do direito, uma vez que o ordenamento jurídico, por definição, é um sistema de conhecimentos e diplomas interligados e coerentes entre si.

7.1 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Acerca de tão importante assunto, os ensinam os professores processualistas **Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar** (2016) ³² que o processo penal é também ferramenta de verbalização da Constituição Federal, sendo **instrumento de contenção do abuso estatal**.

Neste sentido, assinala o professor **Aury Lopes Júnior (2006)** que o processo, *“como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais”*, ³³ de forma a assegurar os indivíduos dos excessos do Estado. Por isso, *“o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos”* ³⁴.

Ensinam ainda os renomados autores que o processo não se impõe (TÁVORA;

³² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

³³ LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁴ LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALENCAR, 2016). É necessário que venha a legitimar-se, e isso só é possível quando ele se apresenta também como **garantia de respeito** aos preceitos primários fundamentais estabelecidos na Carta Magna, notadamente no seu Art. 5º. É o processo que tem que se adequar às exigências constitucionais, e não o inverso. **Não se tem como exigir do processo que ele forneça resultados adequados, céleres, seguros, se não há estrutura para que se desenvolva a reflexão e maturação necessária sobre os fatos.**

O alicerce do processo é a instrução contraditória, que permitirá ao magistrado cognição plena acerca da imputação e da contra-imputação, na dialética necessária a toda discussão em juízo, como residência segura do provimento almejado. Sem o alicerce, as bases certamente irão ruir, não servindo de nada a construção açodada, se ao final o resultado obtido virá abaixo.

Ensinam ainda os renomados doutores: ***“Processo às pressas descuro não só da preservação das prerrogativas constitucionais básicas, mas também estará, muitas vezes, despido de lastro probatório idôneo, o que lhe retira toda a credibilidade”***. A Carta Magna, ao estabelecer, no seu Art. 5º, inciso LXXVIII, o **princípio da razoável duração do processo**, almeja-se evitar dilações processuais indevidas, criando-se uma espécie de tempo virtual, como parâmetro para a extensão do processo.

Nesta esteira, a leitura da Constituição Federal e da própria Convenção Americana de Direitos Humanos ³⁵ permitem verificar que, na ausência de parâmetros temporais pré-estabelecidos, o controle acerca da razoabilidade da duração do

³⁵ A *Convenção Americana de Direitos Humanos*, também conhecida como *Pacto de São José de Costa Rica*, foi assinada na cidade de San José, na República de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Foi registrada perante a Organização das Nações Unidas em 27 de agosto de 1979, sob registro nº 17955. **O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração, conforme Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm> e <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

processo será feito a partir de observação concreta identificadas pelo juiz da causa.

O tempo do processo, qualquer que seja ele, deve ser visto como garantia, e não como meta, vinculado ao princípio do *due process of law*³⁶, uma vez que é correlato a um processo justo. **Evita excessos, pois a existência do processo já traz desastrosas consequências ao réu, inclusive de caráter econômico, e, por essa razão, é indubitável que existe interesse do imputado na solução da incerteza.**

E nesse sentido, muito precisamente nos alertam os ilustres professores (TÁVORA; ALENCAR, 2016), que deve ser lida com ressalvas a afirmação de que a dilação processual interessa necessariamente à defesa, que busca na prescrição o respaldo para procrastinar o procedimento. O retardo aproveita a quem não tem razão, independente do polo da relação processual. **Sendo o réu inocente, tem total interesse na solução imediata do conflito, retirando o peso de carregar consigo uma imputação injusta.**

A seu turno, a resposta punitiva deslocada no tempo pode soar como sinônimo de injustiça, que é aquela feita a destempo. É que, consoante salientado por Francisco ROSITO (2008)³⁷, *“o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça”*, resolvendo *“o direito material a quem efetivamente o tem, sem deixar de respeitar o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes e o dever de adequada fundamentação, sob pena de violarmos garantias transcendentais do nosso sistema”*.

Por outro lado, o tempo do processo não pode ter por indicador o tempo social. **O tempo da sociedade tem por parâmetro o imediato, a rapidez, a eficiência, o que, não raro, é incompatível com o grau de reflexão exigido no processo**

³⁶ *Due Process of Law*: do inglês, “devido processo legal”. É um princípio legal proveniente do direito anglo-saxão, no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei. Tal princípio é reconhecido, previsto e aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, inciso LIV. (Nota do Autor).

³⁷ ROSITO, Francisco. Princípio da duração razoável do processo. *Revista de Processo*, a.33, n.161, p.36, jul. 2008.

criminal, para que as garantias mínimas do réu não sejam atropeladas (em alta velocidade!). Como preleciona Augusto Jobim do AMARAL (2008)³⁸, *"legitimam-se arbitrariedades e atropelos processuais a partir de termos a que tudo se aplica, porque aludem a uma razão auto-fundada e não intersubjetiva"*. É o que Aury LOPES JUNIOR (2006). entende por **eficiência antigarantista**³⁹.

7.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Leciona BITENCOURT (2012) que *"desde o Iluminismo procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos"*. Nesse sentido, ilustra Mariângela Gama de Magalhães GOMES (2003)⁴⁰, afirmando:

"No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo".

Ensina ainda o professor doutor BITENCOURT (2012):

"(...) as idéias do Iluminismo e do Direito Natural diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada".

E, de forma precisa, BITENCOURT (2012) alerta que a *"mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a conseqüente proibição de excesso"*.

Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como os da proporcionalidade, da razoabilidade, da lesividade e da dignidade da pessoa humana.

³⁸ AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³⁹ LOPES JR (2006). *Op. cit.*

⁴⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITENCOURT (2012) ensina ainda que o modelo político definido pelo Estado Democrático de Direito vigente preconiza que todo o Estado, em seus três Poderes, resulta vinculado em relação aos fins eleitos para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis.

Segundo BITENCOURT (2012), a primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não apenas como simples critério interpretativo, mas também como **garantia legitimadora e limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional**. Assim, deparamo-nos com um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais:

- a) **adequação teleológica**: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas, sim, por valores éticos deduzidos da própria Constituição Federal – vedação do arbítrio (*Übermassverbot*)⁴¹;
- b) **necessidade** (*Erforderlichkeit*)⁴²: o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende;
- c) **proporcionalidade *stricto sensu***⁴³: todo representante do Estado está obrigado, ao mesmo tempo, a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar recursos (ou meios) desproporcionais.

Conforme ensina BITENCOURT (2012), o campo de abrangência, e, por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da

⁴¹ *Übermassverbot*: do alemão, “proibição de excesso”.

⁴² *Erforderlichkeit*: do alemão, “necessidade”.

⁴³ *Stricto sensu*: do latim, “sentido restrito”.

voluntas legislatoris ⁴⁴, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é função privativa do Parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, **o uso abusivo do “poder de fazer leis had hocs”**, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o vício de inconstitucionalidade.

Segundo a sensata decisão do Ministro Gilmar Mendes ⁴⁵,

“A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip ⁴⁶; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) ou ao princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito”. [grifo nosso].

Registre-se, tal como lembra CANOTILHO (2008)⁴⁷, que “o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário”.

Ensina ainda o renomado doutor constitucionalista que CANOTILHO (2008):

O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo nosso sistema constitucional, afrontando diretamente o princípio da proporcionalidade, como estamos demonstrando. O Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade ⁴⁸.

⁴⁴ *Voluntas legislatoris*: do latim, “vontade do legislador” (expressa em lei).

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁶ *Verhältnismässigkeitsprinzip*: do alemão, “princípio da proporcionalidade”

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2008.

⁴⁸ Os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* não se confundem, embora estejam intimamente ligados. Possuem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum (BITENCOURT, 2011).

BITENCOURT (2012) esclarece ainda que a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade viabiliza o **controle de sua razoabilidade**, que inclui, inclusive, a fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Assim, **a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade**. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão administrado.

Assim, o conceito de prescrição foi evoluindo até tomar a forma conhecida no ordenamento jurídico brasileiro vigente, cuja delimitação atual, prevista em nossos diplomas normativos, será estudada no tópico seguinte.

8. INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA PMES

8.1 PREVISÃO LEGAL E REGULAMENTAR

A Lei nº 3.196/78, promulgada pela Assembleia Legislativa do Espírito Santo em 09/01/1978, autodenominou-se como Estatuto da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo, e destinou-se a regular a situação, as obrigações, e os deveres, direitos e prerrogativas de seus policiais militares, conforme se observa:

LEI Nº 3.196, de 09.01.1978

Regula a situação, as obrigações, os deveres, os direitos e as prerrogativas dos policiais militares

Art. 1º – O presente Estatuto regula a situação, as obrigações, e os deveres, direitos e prerrogativas dos policiais militares da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo.

No Art. 45, o Estatuto da PMES estabelece previsão legal ao Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não comporta a existência de decretos autônomos, ou seja, sem lei anterior que lhes sustentem. Assim, dispõe o referido artigo:

DECRETO Nº 254-R, DE 11 DE AGOSTO DE 2000

Aprova o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Espírito Santo

(...)

Art. 45 - O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar especificará e classificará as transgressões disciplinares e estabelecerá as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento policial militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

§ 1º - As penas disciplinares de detenção ou prisão não podem ultrapassar de trinta dias.

*§ 2º - À praça especial, aplicam se, também as disposições disciplinares previstas no regulamento do estabelecimento de ensino onde estiver matriculado. **[grifo nosso]**.*

Observa-se explicitamente no Estatuto da PMES que o Regulamento Disciplinar possui natureza sancionatória, estabelecendo previsão de um rol de vedação de condutas, denominadas transgressões disciplinares, e a aplicação das penas a elas correspondentes.

Por este motivo, tal como já demonstrado anteriormente, aplicam-se subsidiariamente, os princípios constitucionais, administrativos e processuais penais, naquilo que a legislação for omissa ⁴⁹.

8.2 TIPOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

O Decreto Estadual nº 254-R de 2000 prevê a possibilidade de instauração, aos policiais militares, de três tipos de processos, com finalidades distintas: a Sindicância, o Processo Administrativo Disciplinar de Rito Ordinário (PAD-RO) e o Processo Administrativo Disciplinar de Rito Sumário (PAD-RS).

Tais procedimentos serão descritos a seguir, conforme previsões contidas no Regulamento Disciplinar vigente.

8.2.1 Sindicância

A sindicância é o tipo de processo administrativo previsto no Art. 81 do RDME, constitui procedimento inquisitório de apuração, onde não há contraditório, conforme assim previsto no Art. 82, §1º, do RDME da PMES.

A sindicância é o processo administrativo apuratório destinado a apurar transgressões disciplinares, quando não houver elementos suficientes para instauração de processo disciplinar, por falta de indícios da autoria ou não estar caracterizada adequadamente, em tese, a infração disciplinar.

*DECRETO Nº 254-R, DE 11 DE AGOSTO DE 2000
Aprova o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Espírito Santo*

*CAPÍTULO IV
Sindicância*

Instauração de sindicância

⁴⁹ Decreto-Lei Nn 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376/2010). Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso: 02 set. 2017.

Art. 81 – A autoridade competente para aplicar sanção disciplinar, nos termos deste Regulamento, não havendo elementos suficientes para instauração de processo disciplinar, por falta de indícios da autoria ou não estar caracterizada adequadamente, em tese, a infração disciplinar, poderá determinar, preliminarmente, a instauração de sindicância, designando autoridade sindicante, com o prazo máximo de 15 (quinze) dias, prorrogável por até igual período, para sua conclusão.

Resultado da sindicância

Art. 82 – Da sindicância poderá resultar:

I – o arquivamento dos autos;

II – a adoção de medidas administrativas;

III – a instauração de processo administrativo disciplinar;

IV – a instauração de Inquérito Policial Militar ou encaminhamento à autoridade competente, se concluído haver indício de crime.

§1º – Sendo a sindicância procedimento inquisitório de apuração, onde não há contraditório, quando resultar em imputação de responsabilidade disciplinar, a aplicação da sanção disciplinar dependerá da instauração de processo administrativo disciplinar de rito ordinário ou sumário.

§2º – Quando a imputação de responsabilidade disciplinar resultar de Inquérito o procedimento será análogo ao previsto no parágrafo anterior.

8.2.2 Processo Administrativo Disciplinar de Rito Ordinário (PAD-RO)

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é o conjunto de atos, executados cronologicamente, para investigar fato definido no Decreto Estadual nº 254-R de 2000 (RDME) como transgressão disciplinar.

Os processos administrativos disciplinares dividem-se em dois tipos: o de rito ordinário (previsto no Art. 75, §1º, RDME) e o de rito sumário (previsto no Art. 75, §2º, RDME). Assim dispõe o regulamento disciplinar:

CAPÍTULO I

Disposições Preliminares

Processo Administrativo Disciplinar

Art. 74 – O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é o conjunto de atos, executados cronologicamente, para investigar fato definido neste Regulamento ou em outra legislação como transgressão disciplinar, garantindo-se ao acusado o direito de ampla defesa e do contraditório, a fim de que a autoridade competente obtenha elementos suficientes para sua convicção e decisão sobre a aplicação de sanção disciplinar.

Ritos

Art. 75 – O PAD rege-se pelo rito ordinário e pelo rito sumário.

Rito Ordinário

§1º – O PAD terá rito ordinário para apuração de transgressões disciplinares e julgamento do acusado, nas hipóteses previstas no artigo 30, Incisos I e II, ou em outros casos, a critério da autoridade competente.

Rito sumário

§2º – O PAD terá rito sumário para apuração de transgressões disciplinares e julgamento do acusado, exceto nas situações do parágrafo anterior.

O Processo Administrativo Disciplinar de Rito Ordinário (PAD-RO) é destinado, essencialmente, a julgar as transgressões disciplinares previstas no Art. 30, incisos I e II, do RDME:

Aplicação do licenciamento a bem da disciplina

Art. 30 – O licenciamento a bem da disciplina poderá ser aplicado, quando:

I – a transgressão afetar o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro, considerando-se:

a) sentimento do dever, o envolvimento em uma tomada de consciência perante o caso concreto e a realidade, implicando no reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento coerente, justo e equânime;

b) honra pessoal, a qualidade íntima do militar estadual que se conduz com integridade, honestidade, honradez e justiça, observando com rigor os deveres morais que deve ter consigo e com seus semelhantes;

c) pundonor militar, o sentimento de dignidade própria com que ilustra e dignifica a Corporação, conduzindo-se com honestidade, decência e retidão moral;

d) decoro, a qualidade baseada no respeito próprio, dos companheiros e da comunidade a que serve, baseado no mais digno desempenho da profissão militar;

II – o militar, estando no comportamento “mau”, praticar uma transgressão disciplinar gravíssima ou grave, duas médias ou três leves, no período de 01 (um) ano;

Importante ainda ressaltar que o PAD-RO possui caráter demissionário da função pública, acarretando licenciamento a bem da disciplina, nos casos de policiais militares sem estabilidade assegurada, em especial às praças (soldado a subtenente) com menos de 10 (dez) anos de serviço.

A estabilidade é um direito assegurado ao servidor público, conforme disposto em legislação específica. A aplicação do PAD-RO com finalidade de licenciamento a bem da disciplina encontra-se previsto no Art. 113 c/c Art. 48, alínea "a", da Lei 3.196/78 (Estatuto da PMES), cujo rito processual segue o disposto nos Arts. 83 e seguintes do RDME.

8.2.3 Processo Administrativo Disciplinar de Rito Sumário (PAD-RS)

O Processo Administrativo Disciplinar de Rito Sumário (PAD-RS) é destinado, a princípio, a apurar as transgressões disciplinares, tendo como Encarregado militar

estadual mais antigo que o acusado, e assegurando-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

Conforme pode-se compreender do Art. 128, *caput*, do RDME, a aplicação do PAD-RS é a regra geral, sendo a instauração de PAD-RO destinado a situações excepcionais.

CAPÍTULO VI

Processo Administrativo Disciplinar de Rito Sumário

Rito sumário

Art. 128 – As transgressões disciplinares, a princípio, serão apuradas em processo administrativo disciplinar de rito sumário, tendo como Encarregado militar estadual mais antigo que o acusado, assegurando-se, contudo, ao acusado, o contraditório e a ampla defesa. [grifo nosso]

O PAD-RS segue as fases e rito processual previsto nos Art. 129 e seguintes do RDME, destinando-se, em regra, à apuração das transgressões disciplinares previstas nos Art. 133 a 144 do mesmo regulamento, com todo o seu extensivo rol de condutas detalhadas nas inúmeras alíneas e incisos que compõem este capítulo do Regulamento Disciplinar.

8.3 PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR

Um dos graves descompassos do atual Regulamento Disciplinar da PMES encontra-se previsto no seu Art. 145, que dispõe sobre a prescrição do Processo Administrativo Disciplinar.

Para uma melhor compreensão, faremos a transcrição ⁵⁰ do referido artigo e de seus parágrafos, que dispõem, *in verbis*:

DECRETO Nº 254-R, DE 11 DE AGOSTO DE 2000
Aprova o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Espírito Santo

(...)

Prescrição

⁵⁰ POLÍCIA MILITAR DO ESPÍRITO SANTO. *Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais do Estado do Espírito Santo (RDME)*. Disponível em: <<http://www.pm.es.gov.br/legislacao/legislacao.aspx>>. Acesso em: 02 set. 2019

Art. 145 – A ação disciplinar prescreverá em 02 (dois) anos.

Início do prazo prescricional

§1º – O prazo de prescrição começa a correr da data da ocorrência do fato ou da prática do ato.

Interrupção da prescrição

§2º – A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

Reinício do prazo prescricional

§3º – Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

O referido artigo dispõe que a ação disciplinar prescreverá em 02 (dois) anos e que o prazo de prescrição começa a correr da data da ocorrência do fato ou da prática do ato, sendo interrompido pela abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar, que interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

Entretanto, como não há a definição, ou a delimitação, de um prazo razoável para a Administração solucionar o processo, estamos diante de uma hipótese de **prescrição *ad eternum***.

Relembrando as lições de BITENCOURT (2012), estamos diante de uma espada de Dâmocles: se a administração demorar 5, 10 ou 15 anos para solucionar um procedimento, o administrado terá sempre uma espada pendurada por um fio sob sua cabeça, retirando-lhe a paz necessária ao seu bom desempenho e ao seu bem-estar social.

Nesta hipótese, mesmo que o administrador invoque o princípio da *autotutela* e da *autoexecutoriedade* da Administração Pública, ainda assim ele se atropela em seus atos, pois o princípio da *indisponibilidade do interesse público* remete aos **princípios maiores do ordenamento jurídico vigente**: o princípio constitucional do devido processo legal, da presunção de inocência e da duração razoável do processo, voltados ao **interesse público maior: a garantia de estabilidade, da ordem e da paz social**.

Em breves reflexões, e remontando às lições da história, devemos lembrar que não somos mais pretores romanos, ou monarcas absolutistas: somos agentes públicos de um Estado Democrático de Direito. **Devemos ser os primeiros garantidores (e não os primeiros violadores)** dos direitos dos cidadãos e administrados ao quais nos propomos a proteger.

Senão, nada faremos de diferente, e **em nada seremos diferentes que aqueles que nos precederam em eras passadas**, de onde se extrai a reflexão constante nas primeiras páginas deste trabalho:

"Ontem, os que nos precederam, e nós hoje, lançamos sobre os ombros das gerações futuras que nos sucederão o peso de todas as questões que não fomos capazes de resolver com inteligência e decisão". (Carlos Bernardo González Pecotche, Escritor, pedagogo e conferencista argentino).

9. DESVIO E ABUSO DE PODER: EXISTÊNCIA DE MECANISMOS DE CONTROLE E RESPONSABILIDADE

Como *produção acadêmica*, fica no ar a sensação de que o último capítulo restou inconcluso. É esta sim a finalidade, pois como *contribuição acadêmica*, nosso trabalho ainda não se finalizou.

Se por um lado estudamos a espada de Dâmocles pendente sobre a cabeça do administrado, por outro lado precisamos analisar que também existem outras espadas que pesam sobre a cabeça do administrador público. São as hipóteses que, agindo em desconformidade com o ordenamento jurídico em vigor, pode a autoridade administrativa incorrer em desvios ou abusos de poder.

A fim de evitar tais circunstâncias, e potenciais desdobramentos e responsabilizações, iniciaremos o presente capítulo estudando os comportamentos dos quais Precisamos estudar as circunstâncias que devem ser, a todo custo, observadas pelas autoridades públicas em geral.

Para tanto, contaremos com as preciosas lições do valoroso mestre e doutor **José dos Santos Carvalho Filho (2017)** ⁵¹, em importante aula sobre os desvios e abusos de poder praticados pelas autoridades públicas.

9.1 COMPREENSÃO DO SENTIDO DE ABUSO DO PODER

Nos ensina o notável professor CARVALHO FILHO (2017) que nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos administradores. Como a atuação destes deve sujeitar-se aos parâmetros legais, a conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial. A utilização do poder, portanto, deve guardar conformidade com o que a lei dispuser.

Podemos, então, dizer que abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador,

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei.

9.1.1 Formas de Abuso: Excesso e Desvio de Poder

A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas:

- 1ª) O agente atua fora dos limites de sua competência; e
- 2ª) O agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo.

No primeiro caso, diz-se que o agente atuou com “*excesso de poder*” e no segundo, com “*desvio de poder*”. Excesso de poder é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu.

Já o “desvio de poder” é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu, como bem assinala LAUBADÈRE *apud* CARVALHO FILHO (2017). A finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima. Por isso é que tal vício é também denominado de desvio de finalidade, denominação, aliás, adotada na lei que disciplina a ação popular (Lei nº 4.717/1965, Art. 2º, parágrafo único, alínea “e”).

O desvio de poder é conduta mais visível nos atos discricionários. Decorre desse fato a dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a ilegitimidade vem dissimulada sob a aparência da perfeita legalidade. Observa a esse respeito CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (1988)⁵²: “*Trata-se, pois, de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretensão interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio*”. Não obstante, ainda que sem prova ostensiva, é

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder, *Revista de Direito Administrativo*, 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45835/44095>>. Acesso em: 02 set. 2017.

possível extrair da conduta do agente os dados indicadores do desvio de finalidade, sobretudo à luz do objetivo que a inspirou.

Em preciosa monografia sobre o tema, CRETELLA JUNIOR ⁵³, também reconhecendo a dificuldade da prova, oferece, entretanto, a noção dos sintomas denunciadores do desvio de poder. Chama sintoma “qualquer traço, interno ou externo, direto, indireto ou circunstancial que revele a distorção da vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo de interesse público, mas por motivo privado”.

9.1.2 Efeitos do Abuso de Poder

Agindo com abuso de poder, por qualquer de suas formas, o agente submete sua conduta à revisão, judicial ou administrativa. O abuso de poder não pode compatibilizar-se com as regras da legalidade, de modo que, constatado o abuso, cabe repará-lo.

A invalidação da conduta abusiva pode dar-se na própria esfera administrativa (autotutela) ou através de ação judicial, inclusive por mandado de segurança (Art. 5º, inciso LXIX, CF). Por outro lado, o abuso de poder constitui, em certas circunstâncias, ilícito penal, como dispõe a Lei nº 4.898/1965, que estabelece sanções para o agente da conduta abusiva.

O comportamento abusivo de autoridades públicas só pode ser eficazmente combatido pelo instrumento do controle, seja qual for o Poder estatal em que seja exercido. A ausência de controle rende ensejo à prática de abuso de poder; assim, para coibi-lo, necessária se torna a criação de mecanismos adequados à identificação do abuso e de seu autor, bem como das consequências jurídicas a que estará sujeito o responsável pela ilegalidade. Sensível a tais situações, aliás, a Emenda Constitucional 45/2004 determinou a instituição de órgãos específicos no combate a abuso de poder cometido por integrantes do Poder Judiciário e do

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

Ministério Público (Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público), admitindo reclamações dos interessados e punição aos responsáveis.⁵⁴

9.2 ABUSO DE PODER E ILEGALIDADE

Pela própria natureza do fato em si, todo abuso de poder se configura como ilegalidade. Não se pode conceber que a conduta de um agente, fora dos limites de sua competência ou despida da finalidade da lei, possa compatibilizar-se com a legalidade. É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa ou judicial.

Conforme pensamento adotado por vários autores, a ilegalidade é gênero do qual o abuso de poder é espécie⁵⁵. Há autores, todavia, que entendem diversamente, ao consignar que nem todo abuso de poder constitui ilegalidade⁵⁶.

Com a devida vênia a esses renomados juristas, pensamos que todo abuso de poder é realmente uma afronta ao princípio da legalidade. Por isso mesmo, não se houve o legislador constituinte com a devida técnica ao delinear o *habeas corpus* (Art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (Art. 5º, LXIX) e o direito de petição (Art. 5º, XXXIV, “a”), fixando como pressuposto dessas garantias o fato de haver na conduta administrativa “ilegalidade ou abuso de poder”, dando a falsa impressão de serem fenômenos diversos e ensejando a errônea interpretação de que poderia haver abuso de poder legal, o que seria inegável *contradictio in terminis*.

Precisa é a lição de Seabra FAGUNDES (1979) a respeito dessa alternativa constitucional, que, de resto, repete a que continha o Art. 153, §§ 20 e 21, da Constituição de 1967: “A conceituação do abuso de poder terá caráter meramente teórico, por isto que, do ponto de vista prático do cabimento do mandado de

⁵⁴ Arts. 103-B, § 4º, III e IV, e 130-A, § 2º, II e III, CF, com a redação da citada EC nº 45/2004.

⁵⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

⁵⁶ SIDOU, José Maria OTHON. *As garantias ativas dos direitos coletivos*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 248. No mesmo sentido: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 59.

segurança, a distinção pouco importa. Sendo o abuso de poder espécie do gênero ilegalidade, onde esta se constate caberá aquele remédio, sem embargo da classificação que se lhe possa emprestar.” A doutrina majoritária, adota o mesmo pensamento sobre o tema ⁵⁷.

O poder administrativo, como visto, é conferido para ser devidamente utilizado e só dessa forma é que se pode afirmar a presença da legalidade, que lhe confere legitimidade. Sem a utilização conforme a lei, o abuso de poder jamais poderá refugiar seu caráter de ilegalidade velada.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993. No mesmo sentido: FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito administrativo didático*, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

10. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA ADMINISTRATIVA

Preleciona o renomado professor doutor BITENCOURT (2012)⁵⁸ que a Supressão de parcela da prescrição retroativa é uma inconstitucionalidade manifesta

O instituto da prescrição, admitido desde o Direito Romano, atende a inúmeros objetivos, dentre os quais, **evitar a eternização da persecução penal**, garantir a duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII da CF/88, Art. 7º, “5”, Art. 8º, “1” do Pacto de San José da Costa Rica) e, acima de tudo, respeitar a dignidade humana.

A regra geral na Constituição Federal é da prescritibilidade das infrações penais, excluindo expressamente apenas as hipóteses constantes no Art. 5º, incisos XLII e XLIV. Em outros termos, considerou imprescritíveis somente o racismo (Lei nº 7.716/89) e os crimes decorrentes da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (Leis nº. 7.170/83 e nº 9.034/95).

Os prazos, contudo, em que essa prescrição pode configurar-se, é **“objeto da legislação infraconstitucional, que pode legislar sobre prescrição, desde que, respeitando a garantia da duração razoável do processo, não a suprima ou não a exclua, ainda que parcialmente, a prescrição retroativa”**, tornando inútil, ou no mínimo, contraditória a tentativa de sua regulamentação em sentido oposto.

BITENCOURT (2012) esclarece ainda que a regência inicial baseada na prescrição *in abstracto*, isto é, com base na pena máxima cominada, deve-se exclusivamente à inexistência de elementos para a individualização da pena, *in concreto*, que demanda a existência do devido processo legal. Encontrada a pena aplicável, evidentemente, será ela o parâmetro para o exame da incidência da prescrição em todo o seu percurso, sendo vedada a supressão de qualquer de suas fases, antes

⁵⁸ BITENCOURT (2012). *Op. cit.*

ou depois do recebimento da denúncia.

Em outros termos, a **prescrição retroativa é um corolário dos princípios da personalidade e da individualização da pena**, além de demonstrar, *in concreto*, que é exatamente a sanção merecida desde o momento em que se consumou o fato delituoso (e não aquela abstratamente prevista na norma incriminadora, que apenas tem a função de estabelecer os limites, mínimo e máximo, dentro dos quais o magistrado deverá dosar a pena aplicável ao caso concreto).

A irrazoável demora da investigação do processo, enfim, da *persecutio criminis* atinge diretamente a dignidade da pessoa humana (que não pode ficar ad eterno sob suspeita ou investigação estatal). Com efeito, a aplicação da pena depois de decorrido um longo período de tempo encontrará, com certeza, um acusado completamente modificado, distante, diferente daquele que praticou a infração penal; é como se fosse outro homem que estaria sendo julgado, e não aquele que cometeu a infração penal (BOTTINI, 2010) ⁵⁹.

Relembra ainda BITENCOURT (2012) que ***"não se pode esquecer que em um Estado Constitucional Democrático de Direito a lei penal não vige somente para punir o infrator, mas igualmente para proteger o cidadão contra os abusos freqüentemente praticados pelo Estado, constituindo uma espécie de Carta Magna do cidadão investigado, contra os abusos do poder repressivo estatal"***.

10.1 SUPRESSÃO DE PARCELA DO LAPSO PRESCRICIONAL E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ainda em profundas lições sobre o tema, questiona BITENCOURT (2012): Qual seria o fundamento lógico, jurídico ou político para que o tempo de prescrição contado após o recebimento da denúncia seja diferente daquele contado antes deste fato? Haveria algum fundamento de outra natureza, dentro da razoabilidade?

⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo, Novas regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/10, *Boletim IBCCrim*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 6-7, jun. 2010.

Segundo o referido autor, no sistema penal brasileiro, os prazos prescricionais estão diretamente vinculados à duração das penas, nos termos contidos no Art. 109 de nosso Código Penal.

Dito de outra forma, a extensão do prazo prescricional está diretamente relacionada à gravidade da pena tanto daquela cominada (Art. 109) quanto a que for concretizada na decisão condenatória (Art. 110). Comprova-se aqui, claramente, a adoção do princípio da proporcionalidade, ou seja, a pena mais grave corresponde ao lapso prescricional mais extenso; a pena menos grave corresponde à prescrição em menor prazo.

BITENCOURT (2012) ensina ainda que a prescrição *in abstracto* trabalha com uma pena hipotética, ante a ausência de uma pena real, que só poderá existir, isto é, somente se concretizará em futura decisão condenatória, quando surgirá a verdadeira pena, não somente a pena legal, mas a pena justa. A prescrição abstrata desconsidera a individualização da pena e a culpabilidade de cada um, pairando apenas como limite máximo, ante a ausência da pena individualizada, e cederá somente quando esta passar a existir, sem possibilidade de ser elevada (com trânsito em julgado para a acusação).

Constata-se que na hipótese da prescrição abstrata não existe proporção entre culpabilidade, pena e prescrição real, trinômio que somente aparecerá quando for a pena individualizada em decisão condenatória; embora exista proporcionalidade, é verdade, entre os lapsos prescricionais e a gravidade das sanções cominadas (*in abstracto*), como destacamos acima, ainda que sobre uma pena hipotética.

Enfim, concretizada a condenação, desaparece a razão de ser da pena hipotética, que perde sua função indicadora dos limites, mínimo e máximo, dentro dos quais o juiz deve dosar a pena final. Conseqüentemente, a prescrição com base na pena abstrata, isto é, hipotética, deixa de produzir qualquer efeito sobre o condenado, cujo lapso prescricional passará a ser medido pela pena real, que é sua pena

individualizada, após o trânsito em julgado para a acusação. O sistema é justo – destaca Herman Herschander ⁶⁰ –, *“pois respeita a proporcionalidade que deve informar a resposta estatal à infração, moldando ao mesmo tempo a pena e os prazos para o exercício da resposta penal”*. Apenas concretizada torna efetivos a individualização da pena e o devido processo legal (Arts. 1º, II, III, 4º, II, 5º, XXXV, XLVI, LIV, LXXVIII, §§ 1º, 2º e 3º, e Art. 93, IX, da CF).

Por outro lado, não se pode esquecer de que a culpabilidade é a medida da pena, a qual não pode ir além desse limite. Dessa forma, deve-se reconhecer que a culpabilidade repercute diretamente na pena e indiretamente na prescrição. Nesse sentido, por sua pertinência, invocamos a conclusão de **Herman Herschander**, *in verbis*: *“Há, portanto, no direito penal vigente, uma busca de proporcionalidade entre culpabilidade, pena e prescrição. A culpabilidade deve ser a medida da pena; a pena deve ser a medida da prescrição”*.

Consequentemente, dessa inafastável correlação entre culpabilidade, pena e prescrição, pode-se concluir que, assim como a Constituição assegura expressamente, como garantia fundamental, a individualização da pena, implicitamente está impondo a individualização da prescrição, que se configura com a prescrição pela pena in concreto. Portanto, a prescrição, necessariamente, deve guardar proporção com a pena aplicada (individualizada); logo, a supressão do lapso prescricional entre o fato e o recebimento da denúncia viola os princípios da proporcionalidade, da culpabilidade, da individualização da pena e da própria prescrição. Com efeito, como destaca Herman Herschander, *“a concretização da pena concretiza igualmente o prazo da prescrição. Individualizada a pena, estará individualizada a prescrição”*.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada. No entanto, o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por

⁶⁰ HERSCHANDER, Herman. Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010: ofensa à individualização do prazo prescricional, *Boletim do IBCCrim*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 212, jul de 2010.

Beccaria), sendo recepcionado pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (Art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (Art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (Art. 5º, XLII, XLIII e XLIV), determinação de penas alternativas para infrações de menor potencial ofensivo etc.

Desde o Iluminismo procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos. Nesse sentido, ilustra **Mariângela Gama de Magalhães GOMES (2003)**⁶¹, explanando:

“No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo”.

Ensina ainda GOMES (2003) que as idéias do Iluminismo e do Direito Natural diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a conseqüente proibição de excesso. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como os da proporcionalidade, da razoabilidade, da lesividade e da dignidade da pessoa humana.

Ensina ainda o professor Paulo BONAVIDES (1994)⁶²:

“O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado – em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça – resulta vinculado em relação aos fins eleitos para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomáticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos”.

⁶¹ GOMES (2003). *Op. cit.*

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

As consequências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não apenas como simples critério interpretativo, mas também como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

O campo de abrangência, e, por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é função privativa do Parlamento.

No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito”, tal como já referenciados anteriormente.

Tal como lembra o sábio professor J.J. CANOTILHO (2008) ⁶³, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário.

O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo nosso sistema constitucional, afrontando diretamente o princípio da proporcionalidade, como estamos demonstrando.

Ensina ainda CANOTILHO (2008) que:

“Como se sabe, a exigência de proporcionalidade e razoabilidade encontram-se diretamente relacionadas, e traduz uma limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por

⁶³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2008.

viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no Art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público”.

O professor Luiz Flávio GOMES (2005) lembra ainda que “*esses excessos precisam encontrar, dentro do sistema político-jurídico, alguma forma ou algum meio de, se não evitá-los, pelo menos, questioná-los, ou mesmo reduzi-los a níveis toleráveis*”.

Uma das possibilidades em um Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, *adverte o doutrinador argentino Guillermo YACOBUCCI*⁶⁴:

“A função jurisdicional nesse controle — pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente pela importância do bem jurídico protegido e a inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor lesão particular”.

O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação “*custo x benefício*” para o cidadão e para a própria ordem jurídica.

Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, pela adequação espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos. Nessa linha, destaca Gilmar Mendes, a modo de conclusão: “*em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa*”.

⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

10.2 VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Ensina ainda BITENCOURT (2012) que a organização política e jurídica de todas as nações independentes confere ao Estado as condições, os meios e toda a estrutura necessária para desenvolver a persecução penal em prazo razoável, nos moldes assegurados não apenas pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos como também pela nossa Carta Maior (Art. 5º, inc. LXXVIII). Não se pode ignorar que a excessiva demora (além do prazo razoável) da prestação jurisdicional efetiva deve-se exclusivamente à inoperância do Estado, que, com frequência, não cumpre suas funções institucionais em tempo razoável.

O ônus da inoperância do Estado não pode mais recair sobre os ombros do cidadão acusado, preso ou solto. Aliás, nesse sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem recomendando uma releitura do tempo do processo, que não pode ser confundido com o tempo absoluto e objetivo, devendo relacionar-se à subjetividade individual do acusado, que não se interrompe e nem se suspende em momento algum. Beccaria, a seu tempo, já afirmava que, mais que a gravidade ou extensão da pena, é a celeridade processual que pode produzir os melhores efeitos sobre o acusado.

Vários organismos internacionais têm se preocupado com a razoabilidade do prazo processual, reconhecendo que o seu alongamento desmesurado ofende, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos idos de 1950, assegurou o direito à duração razoável do processo, prevendo em seu Art. 6º, n. 1, o seguinte:

“Toda pessoa tem direito a um julgamento dentro de um tempo razoável, perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada. A sentença deve ser lida publicamente, mas o acesso à sala de audiência pode ser vetado à imprensa e ao público durante todo o processo ou parte dele, no interesse da moral, da ordem pública, ou da segurança nacional de uma sociedade democrática, quando o exigirem os interesses dos menores ou a tutela da vida privada das partes, em que a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça”.

Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) estabelece em seu Art. 7º, n. 5:

“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo”.

Neste sentido, são extremamente pertinentes as lições da jurista Ana MESSUTI (2003), quando afirma que o processo penal encerra em si uma pena (*la pena del banquillo*), ou conjunto de penas, se preferirem, que mesmo possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra seu preço e sofre um sobre custo inflacionário proporcional à sua duração ⁶⁵. Com efeito, o processo penal, mesmo considerado como instrumento de garantia de direitos fundamentais, pode significar um grave prejuízo ao acusado, especialmente **quando se alonga além do prazo razoável, na medida em que denigre, macula e enxovalha a honra e a dignidade do cidadão processado.**

A despeito da presunção constitucional de não culpabilidade, aos olhos da sociedade o processado é um malfeitor, desonrado e infrator que merece ser castigado.

Em outras palavras, na concepção da opinião pública, o “investigado” já é presumidamente culpado, exatamente o contrário da presunção constitucional.

Irretocável, mais uma vez, as lições do ilustre professor BITENCOURT (2012):

*“Para quem é processado, **criminal ou administrativamente**, o tempo arrasta-se letargicamente num clima de angústia, insegurança e ansiedade, transformando-se em pena por excelência, tão ou mais angustiante que a própria pena privativa de liberdade”. [grifo nosso]*

Além disso, **“a inegável restrição da liberdade que o processo acarreta, associada ao sentimento de incerteza a respeito da futura submissão à medida extrema da privação da liberdade, provoca sensação de angústia que, mesmo**

⁶⁵ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

estando solto o acusado, se confunde, ainda que guardadas as proporções, comas sensações experimentadas dentro do cárcere”.

É um importante alerta, frente à equivocada tendência de considerar que qualquer abuso ou excesso está justificado pela sentença condenatória ao final proferida, como se o "fim" justificasse os arbitrários "meios" empregados.

Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não é apenas um instrumento destinado apenas à efetivação do poder de punir mas também meio de garantia contra os excessos do poder repressivo estatal. A nova ordem democrática procura conter a natural ânsia de exasperação punitiva do poder constituído, exigindo que o processo não se conduza somente com objetivo repressor, mas que se transforme em instrumento de garantia do indivíduo perante o Estado.

Na realidade, é inadmissível que se interprete restritivamente o disposto no Art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, como, desafortunadamente, vem fazendo, majoritariamente, a jurisprudência brasileira, ou seja, limitando-se a relaxar a prisão cautelar quando eventualmente existente. Dessa forma, a demora excessivamente injustificada em solucionar os casos penais impõe que o Estado, por inoperância, incompetência ou inaptidão “abra mão” de seu poder de punir porque, na verdade, já o exerceu por meio da submissão do acusado ou investigado a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia enquanto se desenrola o processo. Embora os textos jurídicos não o digam expressamente, o processo penal, via de regra, tem um marco temporal, além do qual não pode subsistir, por ultrapassar o prazo razoável assegurado na Constituição Federal.

Esse marco, que é individualizado pela gravidade da infração penal objeto da persecução penal e da sanção correspondente, abstratamente considerada, encontra-se inserto no Art. 109 do Código Penal. Concretamente, esse lapso temporal adequa-se, na ausência de outra previsão infraconstitucional, às determinações constantes dos Arts. 110 (pena concretizada) e Art. 117 (causas interruptivas), ambos do mesmo diploma penal material. Aliás, ao contrário do que geralmente ocorre, com a definição do prazo razoável, em termos de prescrição dispõe-se claramente de dados objetivos para a definição do que seja a duração

razoável para o exercício da persecução penal.

Esses marcos temporais estão contidos no Art. 109 combinado com o Art. 110. Em outros termos, referidos lapsos temporais enunciados nesses dispositivos representam o tempo razoável considerado pelo legislador para início e conclusão da *persecutio criminis*. Assim, o tempo razoável oscilará segundo a gravidade da infração penal, por exemplo, vinte anos, o prazo mais elástico, para os crimes mais graves (Art. 109, I), e **dois anos, o prazo mais exíguo, para as pequenas infrações (Art. 114, I, e Art. 109, VI)**.

Esses prazos, por si mesmos longos, são consideravelmente ampliados pelas causas interruptivas constantes do Art. 117 e seus incisos, na medida que reiniciam sua contagem, desde o início: interrompida a prescrição, volta a correr novamente, por inteiro.

Em outras palavras, o prazo prescricional, pela pena in concreto, pode ocorrer várias vezes, no mesmo processo, desde que incompleto. Significa reconhecer que não há prazo fixo para o término ou duração do processo penal, variando segundo o caso concreto, nos limites, logicamente, estabelecidos pelo disposto nos Art. 109 e 110 do Código penal, e, agora, sob a garantia constitucional, de não poder ultrapassar sua duração razoável.

Evidentemente, na ótica do legislador, nos dispositivos que acabamos de referir está identificado o lapso temporal que é considerado prazo razoável (atualmente reconhecido como garantia constitucional), dentro do qual o Estado pode e deve exercer a *persecutio criminis* ⁶⁶. Nessas condições, como suprimir parte desse tempo – entre o fato e o recebimento da denúncia – (que pode ser fatal para a pretensão punitiva), para o fim de excluí-lo, pura e simplesmente, da garantia constitucional definida como duração razoável do processo? Teria legitimidade o legislador infraconstitucional para excluir lapsos temporais do cômputo do prazo razoável, quiçá, tornando inócua sua garantia constitucional? Quais seriam os limites

⁶⁶ *Persecutio criminis*: do latim, “perseguição do crime” (persecução criminal).

para essa suposta liberalidade?⁶⁷

Com efeito, excluir o tempo anterior ao recebimento da denúncia significa dar carta branca às autoridades repressoras – desrespeitando a garantia da duração razoável do processo – para “engavetarem” os procedimentos investigatórios, perenizá-los, usá-los quando bem entenderem, como “moeda de troca”, instrumentos de corrupção, de chantagem, pairando, ilegitimamente, como espada de Dâmocles, que a qualquer momento pode recair sobre a cabeça do investigado/processado.

Não se pode ignorar, por outro lado, os naturais efeitos estigmatizantes do processo penal, cujo alongamento funciona como uma verdadeira pena, sem julgamento, sem condenação e sem individualização. Destaque-se, nessa linha, a eloquente manifestação de Luigi FERRAJOLI (2002)⁶⁸:

⁶⁷ O Código de Processo Penal Paraguaio, em seus Arts. 136, 137 e 138, determina a extinção do processo que perdure mais de quatro anos, em primeiro grau, ou mais de cinco anos, neles computado o tempo para julgamento dos recursos. **Após decorrido esse prazo, o processo deverá ser extinto, com presunção de morosidade dos funcionários do Estado e direito de indenização à vítima processada:**

PARAGUAY – LEY Nº. 1286-98
CODIGO PROCESAL PENAL

*Artículo 136. DURACION MAXIMA. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento. **Este plazo sólo se podrá extender por seis meses más cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de permitir la tramitación de los recursos.** La fuga o rebeldía del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento. Cuando comparezca o sea capturado, se reiniciará el plazo.*

*Artículo 137. EFECTOS. Vencido el plazo previsto en el artículo anterior **el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal**, conforme a lo previsto por este código. **Cuando se declare la extinción de la acción penal por morosidad judicial, la víctima deberá ser indemnizada por los funcionarios responsables y por el Estado.** Se presumirá la negligencia de los funcionarios actuantes, salvo prueba en contrario. En caso de insolvencia del funcionario, responderá directamente el Estado, sin perjuicio de su derecho a repetir. Código Procesal Penal de Paraguay Primera Parte*

*Artículo 138. PRESCRIPCION. La duración del procedimiento no podrá superar el plazo previsto para la prescripción de la acción penal, cuando este sea inferior al máximo establecido en este capítulo. **[grifo nosso]***

Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/index.php/legislacao/estrangeira/codigo-processos-penais/html>>. Acessado em: 02 set. 2017.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

“É indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada –, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida, mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje se pode falar em valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena, mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão”. [grifo nosso].

Seguindo essa orientação pode-se concluir que o tempo é essencialmente corolário do poder punitivo, especialmente quando submete o cidadão a um processo penal, que se mostra abusivo quando ultrapassa o prazo razoável, justificando-se a corajosa e exemplar decisão do magistrado Marcos Peixoto, em sentença proferida no processo n. 2006.038.004747-1, na 2ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu, no qual, salientou que, diante de um processo arrastado por excessivo período de tempo, submeter o acusado à pena significa afrontar suas funções ao invés de realizá-las. Dessa forma, a demora injustificada em dar resposta aos casos penais impõe que o Estado, por inoperância própria, “abra mão” de seu direito de punir porque, na verdade, **já o exerceu por meio da submissão do réu a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia.**

Um processo que perdura por tempo superior aos marcos estabelecidos nos Arts. 109 e Art. 110 do CP, – **e em se tratando de processo administrativo na PMES, superior aos 02 (dois) anos previsto no RDME** – além do prazo razoável garantido pela nossa Carta Política, a ausência de sem perspectiva de conclusão final viola flagrantemente a garantia da duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII), vulnera o devido processo legal (Art. 5º, LIV) e a segurança jurídica (Art. 5º, XXXIII), e, por consequência, atinge a própria dignidade da pessoa humana. O direito a um processo em tempo razoável é um corolário do devido processo legal. Em outros termos, o processo com duração razoável é uma consequência inafástavel do due process of Law, com o qual se confunde.

Concluindo, deve-se sopesar, de um lado, os valores constitucionais do exercício do poder-dever de julgar (Art. 5º, XXXV) e, de outro, o direito subjetivo à razoável duração do processo, aliás, reforçado, com o que denominou Dotti, a “**cláusula de eficiência**”, qual seja, assegurar os “... meios que garantam a celeridade de sua

tramitação” (Art. 5º, LXXVIII da CF de 1988). Referido princípio – razoável duração do processo – é chancelado pelo conhecido Pacto de San José da Costa Rica (Art. 7º, “5”, Art 8º, “1”). Eventual dúvida dirime-se em favor da prevalência dos direitos fundamentais do jurisdicionado, como asseguram o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de outras convenções internacionais.

Conforme importantes lições de BITENCOURT (2012), pode-se questionar a prescrição, os prazos, a morosidade judicial, e sua relação com a impunidade. **Tais questionamentos, no entanto, não legitimam a criação de distorções que desrespeitem os princípios da proporcionalidade, da duração razoável do processo e da culpabilidade**, fazendo incidir, de forma idêntica, a norma penal sobre comportamentos ontologicamente diferentes, sem um mínimo de individualização.

11. CONCLUSÃO

O objetivo principal desta monografia foi analisar a prescrição dos Processos Administrativos Disciplinares na PMES, regulamentado pelo Art. 145 do Decreto Estadual nº 254-R de 2000, confrontando-o com o ordenamento jurídico pátrio, com as lições de renomados juristas e com o entendimento dos tribunais superiores.

Após todo o exposto nos capítulos anteriores, resta evidente que o instituto da prescrição do Processo Administrativo Disciplinar na PMES encontra-se desalinhado dos princípios constitucionais e diplomas infraconstitucionais, mesmo após quase 30 (trinta) anos de promulgação da Constituição Federal vigente.

Verifica-se, portanto, um grave erro de terminologia utilizada pelo legislador castrense, ao confundir o termo "interrupção" com o termo "suspensão", na redação dada ao Art. 145 do RDME da PMES.

O citado artigo dispõe, em seu *caput* e parágrafos, que a ação disciplinar prescreverá em 02 (dois) anos; que prazo de prescrição começa a correr da data da ocorrência do fato ou da prática do ato; que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente; e que interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Tal hipótese é completamente incoerente com o ordenamento jurídico pátrio. Isto porque, em utilizando o termo "*interrupção*", a contagem do prazo prescricional começará a ser contado do zero, partirá do começo novamente, permanecendo "*interrompido*" até a decisão final da autoridade competente. Como não há prazo razoável estabelecido para a solução dos procedimentos administrativos disciplinares na PMES, estaríamos diante de uma hipótese de **imprescritibilidade**, com a espada de Dâmoques eternamente pendente sob o administrado, condição esta totalmente inadmissível e explicitamente contrária à Constituição Federal vigente.

Relembrando as lições do renomado **professor doutor Fernando Capez**, as **hipóteses de imprescritibilidade encontram-se elencadas taxativamente no Texto Constitucional**, no seu Art. 5º, inciso XLII (crime de racismo) e inciso XLIV (ações de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o estado democrático), de modo que não se admite que sejam ampliadas pela legislação infraconstitucional.

O máximo possível ao legislador infraconstitucional é regular tais condutas através de **lei em sentido estrito** (Art. 5º, inciso II, da CF), tal como foi feito através da Lei nº 7.716/89 (crime de racismo) e Leis nº 7.170/83 e 9.034/95 (ação de grupos armados contra o estado democrático). Observe que cabe ao legislador apenas regular tais condutas, e não criar ou inovar outras hipóteses de imprescritibilidade além daquelas taxativamente elencadas na Constituição Federal.

Se nem a lei ordinária pode alargar as hipóteses de imprescritibilidade previstas na Carta Magna, muito menos ainda um mero decreto estadual.

Necessário ainda ressaltar que é indispensável a existência de um período máximo, após o qual o processo continuaria **SUSPENSO**, no qual a prescrição voltaria a correr pelo tempo restante. Ressalte-se aqui a terminologia correta utilizada pelo ilustre professor Fernando Capez: **SUSPENSÃO DO PROCESSO, E NÃO INTERRUPTÃO**.

Pressupondo-se que o legislador castrense tenha equivocado ao utilizar o termo "interrupção", quanto deveria utilizar o termo "SUSPENSÃO", talvez por pouco ou nenhuma experiência no campo das ciências jurídicas, **criou-se a figura de uma prescrição *ad eternum* no Regulamento Disciplinar da PMES, carreando consigo a hipótese de imprescritibilidade**, idéia esta contrária a todos os posicionamentos dos juristas pátrios, dos tribunais superiores, dos diplomas vigentes e da Lei Maior da República.

Caso o agente público, ou autoridade competente, aplicasse o Art. 145, §§ 2º e 3º do RDME, na acepção literal do termo "interrupção", ele estaria em flagrante

desrespeito e inobservância de toda a legislação vigente e posta pelos tribunais acerca do assunto, induzido ao erro por um redator castrense com poucos conhecimentos sobre o assunto.

A esse respeito, seguimos a linha dos renomados juristas pátrios, estabelecendo o prazo máximo de prescrição dos Processos Administrativos Disciplinares na PMES em 2 (dois) anos, **com ou sem resolução de mérito da autoridade administrativa**. Assim, deverá a autoridade administrativa, a contar da data da prática do ato ou da ocorrência do fato, solucionar o respectivo processo no **prazo razoável** de 02 (dois) anos, em que a **SUSPENSÃO** de prazo seria cabível ao lapso temporal estritamente necessário à apuração do processo, sob o risco de afronta direta à Constituição Federal vigente.

Não havendo manifestação da autoridade neste prazo, deve a administração pública **observar e declarar, de ofício, a prescrição (pré-inscrição)** do processo, antes de sua manifestação de mérito, sob o risco de violar os diplomas constitucionais e infraconstitucionais vigentes, podendo incorrer em abuso de poder e sanções penais, cíveis e administrativas correlatas ao desvio do ato.

Assim, como solução ao dilema constitucional, resta à autoridade, pautada pelo princípio da *legalidade em sentido estrito*, da *autotutela* e *autoexecutoriedade*, aplicar o Art. 145 e seus parágrafos como **CAUSAS SUSPENSIVAS** – que dependem de outro ato administrativo para sua continuidade – computando o prazo de 02 (dois) anos previstos no *caput* como **prazo máximo** da prescrição em abstrato.

Ressaltamos ainda que **tal problemática pode facilmente ser solucionada** por meio de portaria do Comando Geral ou publicação de instruções complementares ao RDME, em aditamento da Corregedoria da PMES.

Não obstante a falta de precisão terminológica, o atual "entendimento" da prescrição vigente nos processos administrativos da PMES encontra-se em desalinhamento explícito dos preceitos constitucionais. Podemos então afirmar, com lastro nos estudos de ilustres juristas pátrios, que o regulamento disciplinar vigente encontra-se

eivado de **INCONSTITUCIONALIDADE**, em grave desalinhamento à Constituição Federal vigente.

Caso entenda por agir em desconformidade com todo o ordenamento jurídico posto, baseado tão somente em entendimentos pessoais, restará ao servidor público arcar com o peso das ações decorrentes de desvio ou abuso de poder, motivo pelo qual alertamos acerca do perigo induzido pelo legislador primário do texto do regulamentar, ao utilizar equivocadamente a terminologia inapropriada.

E mais uma vez, a fim de que fique registrada a contribuição acadêmica do presente trabalho, devemos lembrar novamente que não somos mais pretores romanos, ou monarcas absolutistas: somos agentes públicos de um Estado Democrático de Direito.

Devemos, portanto, sermos os primeiros garantidores (e não os primeiros violadores) dos direitos dos cidadãos e administrados ao quais nos propomos a proteger.

A palavra convence, o exemplo arrasta. Cabe a cada um, dar o seu exemplo, pautado na legitimidade dos agentes da lei encarregados da proteção e da preservação dos direitos constitucionais dos seus cidadãos e administrados.

12. REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 12 ed. São Paulo: Editora Jurídico Brasileira, 2004.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOTTINI, Pierpaolo, Novas regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/10, **Boletim IBCCrim**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 6-7, jun. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; DA SILVA, Roberto. **Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CLARO, Adriano Ricardo. **Prescrição Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. A caminho de um Estado policialesco. *O Estado de São Paulo*: São Paulo, 02 jun. 2010. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-caminho-de-um-estado-policialesco-imp-,560413>>. Acesso em: 02 set. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito administrativo didático**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 59.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HERSCHANDER, Herman. Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010: ofensa à individualização do prazo prescricional. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 212, jul de 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR. Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Alan; FIGUEIREDO, Antônio Borges de. **Prescrição e decadência no direito civil**. 3 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder, **Revista de Direito Administrativo**, 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45835/44095>>. Acesso em: 02 set. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

POLÍCIA MILITAR DO ESPÍRITO SANTO. **Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais do Estado do Espírito Santo (RDME)**. Disponível em: <<http://www.pm.es.gov.br/legislacao/legislacao.aspx>>. Acesso em: 02 set. 2019

ROSITO, Francisco. Princípio da duração razoável do processo. **Revista de Processo**, a.33, n.161, p.36, jul. 2008.

SIDOU, José Maria OTHON. **As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 248.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm. 2016.