


Revista da

CGU

ANO VI
Julho/2011
ISSN 1981-674X

Edição Especial - Direito Disciplinar

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**



Controladoria-Geral da União

Revista da CGU
Edição Especial - Correição

Brasília, DF
Julho /2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Elias Romão
Ouvidor-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site www.cgu.gov.br

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

376 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

umário

O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar 14

Alessandra Lopes de Pinho

A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil 27

Alan Lacerda de Souza

Uma (re)leitura do poder correicional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão 37

Ana Cláudia de Moraes

Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92.... 50

André Luís Schulz

Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?..... 62

Darcy de Souza Branco Neto

Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão..... 72

Débora Queiroz Afonso

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

Eduardo Athayde de Souza Moreira..... 88

Prescrição no processo administrativo disciplinar..... 107

Emília Cássia de Sousa

O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar..... 129

Érika Lemância Santos Lôbo

Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões..... 140

Fernando Toledo Carneiro

O controle social e a transparência pública na democracia brasileira..... 150

Ivo de Souza Borges

Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário..... 160

José Olímpio Barbacena Filho

Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias..... 171

Laurent Nancym Carvalho Pimentel

A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal..... 185

Marcelo Pontes Vianna

O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?..... 199

Maria do Rosário Ferreira

O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal..... 212

Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes

A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar..... 224

Maxwell Novais Oliveira

Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal.....	236
<i>Mileni Fonseca Krubniki Teodoro</i>	
Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares.....	248
<i>Oswaldo Fernandes de Araújo</i>	
O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.....	269
<i>Patrícia Ramos e Silva Santos</i>	
Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.....	282
<i>Rafael Oliveira Prado</i>	
Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais.....	292
<i>Ricardo Cravo Midlej Silva</i>	
A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro.....	305
<i>Roberto Vieira Medeiros</i>	
Enriquecimento ilícito como modalidade de crime.....	315
<i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>	
A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares.....	323
<i>Sabrina Pitacci Simões</i>	
Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas.....	341
<i>Tatiana Spinelli</i>	
Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa.....	354
<i>Waldir João Ferreira da Silva Júnior</i>	

Prescrição no processo administrativo disciplinar¹

Emilia Cassia de Sousa, Bacharelado em Ciências Contábeis e Direito (PUC-Goiás), Especialista em Direito Administrativo Disciplinar (Unb), Analista de Finanças e Controle da CGU.

Introdução

É objeto de estudo deste trabalho a prescrição no Processo Administrativo Disciplinar, com particular atenção à aplicação da prescrição penal.

De início, constata-se que, embora haja expressa determinação legal (art. 142, §2º, da Lei 8.112/90, *in verbis*: “Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”), não é o que geralmente ocorre na prática.

Usualmente o reconhecimento da prescrição se restringe à prevista no referido artigo 142, ignorando-se o previsto no citado parágrafo, ainda que o ilícito administrativo também se tenha mostrado infração penal, sendo raros os casos em que os prazos previstos no Código Penal tenham sido utilizados.

Os termos gerais expressos no estatuto administrativo dificultam o seu efetivo cumprimento, abrindo margem a interpretações extensivas, o que não se vislumbra possível em se tratando do instituto prescricional.

Ao contrário, a observância adequada do prazo prescricional nos procedimentos administrativos, principalmente o previsto na legislação penal, representa a concretização dos objetivos presentes nos princípios e preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Além disso, possibilita o efetivo cumprimento das decisões neles exaradas, a redução do montante de processos arquivados em decorrência do excesso de prazo para sua conclusão, com todas as penalidades administrativas prescritas, bem como o impedimento de imposição daquelas já prescritas, posto que, em muitos casos, o prazo previsto na lei penal é menor que o previsto inicialmente para as faltas administrativas.

Tem-se vivenciado que o instituto da prescrição não tem sido utilizado na amplitude que a legislação prevê. De modo geral, a conclusão dos procedimentos administrativos é demorada, muitas vezes pela ausência de pessoal capacitado e disponível, e a decisão somente é proferida após concretizada a prescrição ordinária. Isso inviabiliza a aplicação da pena correspondente à infração praticada pelo servidor, resultando apenas em anotação das penalidades cabíveis nos assentamentos funcionais de servido-

¹ Aqui o enfoque se restringe ao âmbito da Lei nº 8.112/90.

res que comprovadamente cometeram infrações administrativas.

O legislador previu, também na Lei 8.112/90, prazo suficiente para a realização de todo o procedimento, com respeito aos princípios constitucionais e legais. Uma vez que se conclua pela responsabilização do servidor, deve lhe ser aplicada punição correspondente no âmbito administrativo.

E, nos casos de maior gravidade, comprovado o cometimento de infração administrativa também tipificada como crime, o prazo previsto para aplicação da sanção administrativa passa a ser aquele previsto no Código Penal, ainda que a infração tenha sido apurada no Processo Administrativo Disciplinar.

Diante disso, o domínio do instituto prescricional auxilia uma investigação mais cuidadosa e profunda dos procedimentos administrativos, além de dar maior efetividade às decisões decorrentes, as quais seriam realmente cumpridas.

Soma-se a isso que a ampliação do prazo para apuração das infrações administrativas torna os procedimentos administrativos disciplinares mais eficazes, previne a ocorrência de outras irregularidades semelhantes e impede que seja imposta penalidade prescrita ao servidor acusado.

Para demonstrar-se o até aqui exposto, serão abordados os aspectos gerais do instituto prescricional, iniciando-se por breve histórico, conceituação, fundamentos, elementos, natureza e prescrição como garantia constitucional. Em seguida, a prescrição no âmbito admi-

nistrativo, de modo geral e especificamente nos procedimentos disciplinares, inclusive a aplicação da prescrição penal no PAD. Por fim, a viabilidade de se considerar a prescrição da pretensão executória.

1. Prescrição

1.1. Breve histórico²

A prescrição teve sua origem no Direito Processual Romano, ou seja, relacionada com a ação. No regime formulário, o pretor era o responsável pela acusação e a conduzia observando a seguinte "fórmula": *demonstratio, intentio, condenatio, adjudicatio*. As espécies de ações até então existentes se encontravam taxativamente previstas.

O advento da Lei Aebutia, no ano 520 de Roma, possibilitou ao pretor criar novas ações, ainda não previstas pelo Direito Honorário, ocasião em que deveria determinar o prazo em que o processo deveria estar concluído. Surgiram, então, as ações temporárias, as quais se contrapunham às ações quirítárias, que eram perpétuas.

Quando apresentada uma ação temporária, verificava-se a conformidade desta com o prazo a ela relacionado e, se não observado, era feita uma anotação preliminar pelo pretor. Essa parte preliminar, ou introdutória, era denominada *praescriptio*, uma vez que se apresentava antes da fórmula (*demonstratio*). Como consequência, o julgador absolveria o réu, sem que o mérito fosse apreciado. A causa era extinta e não

2 Cf. TRIPPO, Maria Regina. Imprescritibilidade Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 29.

haveria possibilidade jurídica para existir a demanda em sede judicial. Em outras palavras, a ação que era interposta depois do prazo determinado não surtiria qualquer efeito.

1.2. Conceito

Segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, “prescrição” originou-se do latim *praescriptione* e decorre do verbo *praescribere*, escrever antes do começo ou no início.

Pode ser definida, no aspecto jurídico, citando-se Clóvis Beviláqua³, como sendo a *“perda da ação atribuída a um direito, que fica assim juridicamente desprotegido, em consequência do não uso dela durante determinado tempo”* e também como *“a maneira pela qual se extingue a punibilidade do autor de um crime ou contravenção, por não haver o Estado exercido contra ele no tempo legal o seu direito de ação, ou por não ter efetivado a condenação que lhe impôs”*. A doutrina jurídica mais tradicional costuma definir o instituto jurídico da prescrição como a extinção do direito de ação, ou seja, se, após um determinado período definido em lei, não for ajuizada a ação cabível, de modo a dar cumprimento à pretensão resistida, não poderá fazê-lo em momento posterior. Câmara Leal⁴ definiu o instituto como sendo *“a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”*.

3 BEVILACQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 286.

4 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Da prescrição e Decadência: Teoria Geral do Direito Civil. 2ª ed. atual. por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 26.

Constata-se que, no conceito clássico, a pretensão e o direito de ação eram confundidos, como se fossem sinônimos. A ação se extinguiria em face do não exercício do direito, como se a própria ação estivesse prescrita, e não o direito por ela protegido. O direito e a ação para protegê-lo se misturavam (v. g. artigo 75, Código Civil de 1916).

Modernamente, a doutrina distingue prescrição do direito e o direito de ação. O Código Civil atual adotou esse posicionamento, diferenciando ação e pretensão. O artigo 189 dispõe que, violado um direito, nasce, para o titular, a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos estabelecidos nos artigos 205 e 206 do referido diploma legal, ou nos outros prazos legais dispostos em leis especiais. Com isso, a inércia da pessoa em recorrer ao Judiciário para fazer valer o seu direito extingue a pretensão, e não a ação (direito pertencente ao indivíduo de ter o seu caso solucionado pelo Judiciário, com ou sem sentença de mérito), tendo sido evitada a linguagem do direito antigo, segundo a qual a prescrição provocaria a perda da ação.

Após essas considerações, observa-se que a *“prescrição representa o fenômeno extintivo de uma pretensão ajuizável por meio de uma ação, em razão da inércia de seu titular, durante um determinado espaço de tempo que a lei estabelece para este fim. O silêncio da relação jurídica durante um espaço de tempo determinado pela lei significa a perda da pretensão atribuída a um direito e da sua correspondente capacidade defensiva por meio de uma ação”*.

1.3. Fundamento

Ao tratar do fundamento jurídico da prescrição, José Armando da Costa⁵ assevera o seguinte:

“Inúmeras são as razões que procuram conferir legitimidade a esse instituto de origem pretoriana. A doutrina, por demais densa, larga e variada a esse respeito, aponta vários fundamentos na área civilística – onde predominam os direitos disponíveis, a saber: a) reprimenda ou castigo à incúria e à negligência; b) ação devastadora do tempo; c) presunção da extinção do direito; d) presunção de abandono ou renúncia; e) desobstrução da justiça com diminuição das demandas; f) proteção ao devedor; g) interesse social no particular aspecto da estabilidade das relações jurídicas.”

A esse respeito, assevera José dos Santos Carvalho Filho⁶ que:

“(...) O fundamento da prescrição administrativa é o mesmo da prescrição comum: o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. O direito não pode ficar à mercê de eternas pendências, provocando uma situação de instabilidade no grupo social. O tempo é necessário para proporcionar essa estabilização. Desse modo, se o titular de um direito fica inerte para exercê-lo, surge, em certo prazo, situação oposta que passa a impedi-lo do exercício. Ou seja, a inércia do titular do direito cria situação favorável a terceiros, que acabam por se beneficiar daquela situação de inércia. É a essa situação que se denomina prescrição.”

5 COSTA, José Armando da. Prescrição Disciplinar. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2006, p. 51.

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 731.

Complementa essas assertivas a orientação de Câmara Leal⁷, abaixo transcrita:

“Toda a instituição legislativa deve assentar-se sobre um motivo de ordem jurídico-social porque, mesmo quando a lei tem por fim prover a um interesse privado, ela age precipuamente no interesse público, visto como essa é a sua função, pela influência que o equilíbrio das relações privadas exerce sobre a ordem pública. Colocada a questão nesse terreno, devemos reconhecer que o único fundamento aceitável da prescrição é o interesse jurídico-social.”

Também leciona que a prescrição é uma punição para quem deixa de exercer determinado direito em um lapso temporal previamente definido em lei⁸:

“(...) não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social.”

Pelo exposto, o interesse jurídico-social pela estabilidade das relações jurídicas prevalece e tem por objetivo impedir a perpetuação do desequilíbrio e da desarmonia sociais gerados pela agressão ao direito, extinguindo as ações porventura cabíveis, mas não utilizadas no tempo previsto, de modo que determinadas situações ou relações jurídicas não tenham efeito eterno, privi-

7 CÂMARA LEAL. Op. cit., p. 29.

8 CÂMARA LEAL. Idem. p. 30.

legiando, assim, a segurança jurídica e a ordem social e estabilizando as situações de fato e as relações jurídicas. Por esse meio, a estabilidade do direito e a harmonia social são restauradas, fazendo cessar a incerteza antes provocada.

1.4. Elementos

Da lição de Câmara Leal⁹, extrai-se que, para ocorrer a prescrição, é necessário que se configurem todos os seus elementos integrantes, quais sejam a) existência de uma ação exercitável (*actio nata*); b) inércia do titular da ação pelo seu não exercício; c) continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; d) ausência de algum fato ou ato com eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional, atribuída por lei.

Segundo a expressão romana, são exigidas ainda duas condições para se considerar exercitável a ação: um direito atual (completamente adquirido) imputado ao seu titular e uma violação desse direito, sendo o objetivo da ação remover essa violação.

Dessa forma, se o titular do direito pleiteado em juízo se conservou inativo, deixando de protegê-lo pela ação por determinado tempo e cooperando para a permanência do desequilíbrio antijurídico, compete ao Estado remover essa situação e restabelecer o equilíbrio, por meio de uma providência que corrija a inércia do titular do direito: a prescrição.

Tal entendimento é corroborado por Venosa¹⁰, que afirma que “o exercício

de um direito não pode ficar pendente indefinidamente. Deve ser exercido pelo titular dentro de determinado prazo. Isto não ocorrendo, perderá o titular a prerrogativa de fazer valer seu direito”.

A inércia na defesa ou na tomada de iniciativa de determinado direito material, dentro de um prazo assinalado em lei, possui a força de sepultar situações lesivas ao interesse próprio ou de outrem, em decorrência de imposição legal que fixe o prazo para a incidência da prescrição.

Entretanto, em se tratando de um direito futuro, ou seja, não atual, este não é passível de ser violado e também não dá causa ao nascimento de uma ação. Pendente alguma condição suspensiva ou seu termo inicial, não é exigível e, igualmente, não haverá pretensão até que seja realizada a condição ou o termo, não se computando, assim, o curso prescricional.

1.5. Natureza

Acerca da natureza da prescrição, se um fenômeno objetivo ou subjetivo, admite Câmara Leal¹¹ que a doutrina não é pacífica. Alguns defendem ser puramente objetiva, tendo o início decorrendo do fato da violação, independentemente da ciência ou do conhecimento do titular; outros consideram ser um fenômeno subjetivo, e, dessa maneira, o conhecimento da violação pelo titular do direito em questão para que se inicie a prescrição é essencial.

No entanto, entende o autor ora em comento não parecer racional aceitar a ocorrência da prescrição, ou iniciar sua contagem, sem que o eventual autor da

9 Cf. CÂMARA LEAL, op. cit., p. 10.

10 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. v 1, p. 629.

11 Cf. CÂMARA LEAL. Idem, p. 30.

ação conheça a violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular, não se concebe a prescrição sem a negligência, e esta certamente não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação.

Ressalva, entretanto, que a contagem do prazo da prescrição da data da ciência da violação deve ser limitada às prescrições de curto prazo, porque, naquelas de longo prazo, a própria ignorância da violação pelo titular demonstra sua negligência, pois não percebeu, por longo período, que direito seu fora ofendido.

Por tudo isso, tem-se que não é a inércia momentânea que a lei pune com a prescrição, mas sim a prolongada, fruto da negligência do titular do direito. Por essa razão, a lei fixa um prazo para o exercício da ação, o qual, ultrapassado sem que haja o seu ajuizamento, concretiza a prescrição, privando o titular do exercício do direito.

1.6. Prescrição como Garantia Constitucional

O princípio da prescritibilidade é ressaltado em lição de Pontes de Miranda¹², o qual assevera que a prescrição alcança todas as pretensões e ações, sejam relacionadas a direitos pessoais, reais, privados, sejam relacionadas a direitos públicos. É a regra geral, sendo a imprescritibilidade exceção.

Isso é assegurado pela nossa Constituição Federal, que prevê a imprescritibilidade apenas diante das hipóteses de crime de racismo e do terro-

rismo, por grupos armados civis ou militares (artigo 5º, XLII, XLIV da CF/88), e desde que realizados contra a ordem constitucional ou contra o Estado Democrático, por considerá-los de maior gravidade, reservando-lhes tratamento mais rigoroso.

Quanto aos prazos decorrentes de ilícitos administrativos, há determinação constitucional para que sua regulação seja feita por lei (artigo 37, § 5º): *“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”*.

As restrições aos direitos fundamentais, por sua natureza, são taxativas, e a Carta Magna não autorizou o legislador derivado ou o aplicador do direito a dotar de imprescritibilidade outras situações, mas tão somente estabelecer novos prazos prescricionais.

Ao se interpretar a Constituição como um todo, verifica-se que o instituto da prescrição é, acima de tudo, um direito constitucional de todo indi-

A prescrição alcança todas as pretensões e ações, sejam relacionadas a direitos pessoais, reais, privados, sejam relacionadas a direitos públicos. É a regra geral, sendo a imprescritibilidade exceção.

12 CF. MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, v. 6, § 666, p. 127.

A prescrição é direito fundamental e princípio informador do sistema jurídico pátrio, dotado de proteção constitucional.

víduo, limitando, no tempo e em razão do seu não exercício, o poder punitivo pelo Estado ou a exigência de reparação pelo particular.

Também é previsto, no próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, o direito ao processo célere, devendo o Estado-Juiz agir dentro de um período razoável de tempo. De um lado, cabe ao Estado agir com vistas a processar e julgar o autor de determinada infração dentro de padrões razoáveis de tempo; por outro lado, essa norma constitucional pode ser percebida, do ponto de vista garantista, como um direito do cidadão de ver o resultado desse processo com a brevidade possível, de modo a observar o princípio da celeridade, dado que a Constituição Federal impõe sanção ao Estado e ao particular diante de sua inércia, aplicando a prescrição.

Conclui-se, então, que a prescrição é direito fundamental e princípio informador do sistema jurídico pátrio, dotado de proteção constitucional.

2. Prescrição administrativa

A prescrição também encontra guarida no Direito Administrativo, uma vez que a simples possibilidade de a Administração Pública rever seus atos a qualquer momento viria de encontro a

tudo o que até aqui se expôs e causaria transtornos gravíssimos a toda a sociedade – administrados ou servidores públicos –, em especial diante da instabilidade jurídica que se instalaria.

Ao tratar do tema, Hely Lopes Meirelles¹³ ensina que a expressão “prescrição administrativa” é utilizada “para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público”.

Aponta ainda o citado mestre que:

“A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais (...), pois é restrita à atividade interna da Administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer. Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que ‘a regra é a prescritibilidade’”.

Dispondo acerca do prazo para a solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública, o Decreto nº 20.910/32 declara, em seu artigo 1º, que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim

13 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 17ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1992. p. 583-584.

todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal Estadual e Municipal seja qual for sua natureza prescrevem em cinco anos”.

Inferese que tal comando abrange as ações de interessados em face do poder público e também funciona como obstáculo à Administração Pública em seu poder revogatório, quando fizer uso da faculdade de autocontrole de seus atos administrativos, querendo os revogar ou anular. Não obstante possua o ente público, por autorização legal, a faculdade de rever os seus atos, somente o pode fazer observando o prazo de cinco anos, sob pena de, não observado esse lapso temporal, não poder exercitar o direito de autotutela em outra oportunidade. Acrescenta-se que a barreira

A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação.

prescricional é dirigida tanto ao ente público como ao administrado, e o prazo começa a fluir da data do ato ou do fato o qual a Administração pretende rever; uma vez ultrapassado, torna consolidadas as situações eventualmente passíveis de alteração.

Diante disso, a prescrição administrativa estabiliza as relações intersubjetivas, tornando-as irreversíveis, porque estabelecidas sob o manto da boa-fé. Ainda que o ato administrativo tenha

sido criado com aparente irregularidade, seus efeitos são convalidados, conforme expresso no artigo 54, da Lei Federal nº 9.784/99, que restringe o direito do autocontrole, fixando o prazo improrrogável de 5 (cinco) anos, salvo comprovada má-fé. Conquanto seja obrigação do Estado rever seu ato nulo, deve observar essa limitação. É nesse sentido o posicionamento defendido pela doutrina e pela jurisprudência, visto que, se diversamente praticado, acarretaria instabilidade jurídica, além de contrariar o princípio clássico “a parte útil não deve ser afetada pela inútil”.

3. Prescrição administrativa disciplinar

Buscando valorizar o princípio da celeridade no processo administrativo disciplinar e evitar que a apuração se prolongue demasiadamente, a prescrição administrativa acarreta a extinção da punibilidade. Corroborar essa assertiva Edmir Netto de Araújo¹⁴, que afirma que:

“A prescrição é causa de extinção de punibilidade do servidor pela falta considerada, que difere dos institutos afins como a preclusão, a perempção, a deserção e a decadência. Ela atinge o direito de processar e punir do Estado, antes da condenação, obstando o processo ou depois, impedindo a execução da pena e, em ambos os casos, extinguindo a punibilidade do fato, em razão do decurso do tempo e da inércia ou omissão das providências nesse sentido, a cargo do Estado. Prescrição não depende de ato, mas é fato jurígeno. (...) Assim, a prescrição, que opera antes da

14 ARAÚJO, Edmir Netto de. Contrato Administrativo. São Paulo: RT, 1986, p. 290 e 241.

aplicação da pena (repreensão, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade), não pode ser considerada como causa de extinção da pena, que ainda não existe, mas de extinção de punibilidade, pois só se extingue o que já existe em aplicação.”

Nelson Rodrigues Breitman¹⁵ enumera como objetivos da prescrição disciplinar os seguintes:

“a) forçar os dirigentes públicos para que responsabilizem o mais rápido possível o servidor faltoso, a fim de que a regularidade volte logo ao seu leito de normalidade;

b) pacificar a certeza e segurança das relações jurídicas entre a administração e o seu funcionário, evitando, assim, que fique o infrator disciplinar intranquilo pelo resto de sua vida funcional;

c) desencorajar a negligência dos chefes hierárquicos, com vistas a tornar o serviço público o mais eficiente possível.”

Por ser de ordem pública e encontrar expressa determinação no art. 112, da Lei nº 8.112/90, a prescrição administrativa deve ser declarada de ofício, quando do julgamento pela autoridade competente, independentemente de provocação da parte interessada. Se arguida pelo servidor investigado, em sua defesa, a Comissão processante pode fazer referência a esse fato no seu relatório final, mas não resolver a questão.

Uma vez reconhecida sua ocorrência, resta ao ente público a anotação do fato nos registros funcionais do servidor, conforme autorização contida no

¹⁵ BREITMAN, Nelson Rodrigues. Prescrição disciplinar: uma abordagem didática, com base na jurisprudência.

A prescrição é causa de extinção de punibilidade do servidor pela falta considerada, que difere dos institutos afins como a preclusão, a perempção, a deserção e a decadência.

artigo 170, da Lei nº 8.112/90. Caso o registro ainda não tenha sido cancelado (artigo 131), a falta prescrita deverá ser considerada como antecedente funcional (artigo 128), após regular apuração de infração diversa em procedimento administrativo disciplinar.

A prescrição da ação disciplinar é regida pelo artigo 142, da Lei 8.112/1990. De início, observa-se que o legislador optou por escalonar os efeitos da prescrição, determinando o cômputo de prazo menor para as infrações por ele consideradas menos gravosas e maior para aquelas mais graves. Dispôs três prazos distintos, quais sejam 180 (cento e oitenta) dias para as faltas puníveis com advertência; 2 (dois) anos, se a pena for suspensão; e 5 (cinco) anos, se demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

Na sequência, determinou como *dies a quo* aquele em que o fato se tornou conhecido. Controvérsias surgiram acerca da aplicabilidade desse dispositivo. Afirmou-se que tal estabeleceria a imprescritibilidade. Isso seria inadmissível, pois, caso nunca fosse descoberta a infração, haveria afronta a todo o sistema jurídico pátrio, em especial à Constituição

Federal, que apenas previu como imprescritível, na esfera administrativa, ações que visassem o ressarcimento de danos ao erário (CF, art. 37, §5º).

Autores asseveram que, criadas normas regulamentadoras dificultando excessivamente seu acontecimento, tornam o fato imprescritível, ainda que de forma dissimulada, o que ocorreria se estabelecida causa impeditiva do início ou da continuidade da prescrição, sem indicar seu término, possibilitando que a prescrição jamais pudesse incidir. A doutrina denomina essa hipótese de imprescritibilidade relativa ou quase imprescritibilidade¹⁶, o que também seria vedado pela Carta Magna.

No entanto, é necessário observar que o dispositivo legal, ao estabelecer como termo inicial para a contagem do prazo prescricional o conhecimento do fato, objetivou dificultar que irregularidades encobertas ou de difícil conhecimento ficassem impunes. Além disso, uma vez que não conhecidas, não estaria caracterizada a inércia da Administração Pública em apurar fato do qual sequer tinha conhecimento.

Cretella Júnior¹⁷ equipara a hipótese de ignorância do fato com o que ocorre, no âmbito penal, com *crimina occulta*, infrações penais cometidas longe do conhecimento da coletividade ou de qualquer indivíduo, por serem restritas aos registros civis. Cita como exemplo o crime de bigamia, o de falsificação ou alteração de assentamento do Registro Civil, circunstâncias em que a prescrição

se inicia a *die scientiae* (a partir da ciência do fato), ou, como diz a lei “*da data em que o fato se tornou conhecido* (art. 11, ‘d’, do CP)”.

Muitas vezes as infrações praticadas, e até mesmo os crimes contra o patrimônio público, somente se tornam conhecidas quando o servidor ou o agente político deixa o cargo, ocasião em que o ilícito já poderia estar prescrito. Isso fortalece a decisão do legislador de adotar a data da ciência do fato como marco inicial para a prescrição.

Ademais, a permanência nos quadros públicos de servidores que cometeram faltas graves ou gravíssimas, mas que conseguiram as omitir eficientemente, não se harmoniza com os anseios sociais, nem com os princípios jurídicos que norteiam a Administração Pública como um todo, sobretudo o da moralidade administrativa, também protegido constitucionalmente e, portanto, de observância e cumprimento obrigatórios, tendo a pena disciplinar como um dos instrumentos de sua preservação.

Outro debate versa acerca da possibilidade de considerar conhecido o fato quando da ciência deste por qualquer pessoa na Administração Pública. Tendo em vista que a lei não foi suficientemente clara, possibilitou diversas interpretações divergentes.

O assunto já foi abordado pela Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer AGU GQ-55, vinculante para todos os órgãos da Administração Pública Federal – o qual, embora não objetivasse estudar o § 1º do artigo 142, mas sim fixar a norma aplicável na

16 TRIPPO, Maria Regina. Imprescritibilidade Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

17 CRETELLA Júnior, José. Prescrição da falta administrativa in Revista dos Tribunais, ano 70, Vol. 544, fevereiro de 1981, p.21.

fixação do prazo prescricional em falta cometida sob égide da Lei nº 1.711/52, foi apurado quando em vigor a Lei nº 8.112/90 –, restando assentado, em referido parecer, que o termo inicial da prescrição somente se dá quando a autoridade competente para instaurar o feito disciplinar toma ciência do cometimento da infração.

Acórdãos do Supremo Tribunal Federal foram prolatados confirmando esse entendimento (STJ MS 8251, MS 8595 e MS 8998). Registra-se, no entanto, haver decisão diversa prolatada no MS 11974, cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz.

A despeito de respeitáveis fundamentos adotados pela Ministra, defende-se que, nos casos em que a competência correccional se encontrar inserida na via hierárquica, o prazo prescricional se inicia na data em que o titular em exercício do órgão ou da unidade ou a autoridade competente para instaurar a ação disciplinar teve conhecimento do fato.

Igualmente dá início ao cômputo do prazo o conhecimento da infração pela corregedoria instalada dentro da estrutura do órgão público ou mesmo pela Controladoria-Geral da União (CGU) – também competente para instaurar processos disciplinares no âmbito da Administração Pública Federal, conforme artigo 20, § 5º, da Lei nº 10.683/2003 c/c artigo 4º, VIII, do Decreto nº 5.480/2006 –, o que ocorrer primeiro.

Já os parágrafos 3º e 4º do art. 142, da Lei nº 8.112/90 versam acerca da interrupção do prazo prescricional. Dispõe o § 3º do artigo 142 que a ins-

tauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar interrompe a prescrição. Dessa forma, tem-se a delimitação de dois instantes em que a punibilidade pode ser atingida pela prescrição: antes e depois da instauração de sindicância ou PAD, reiniciando integralmente o prazo após a decisão proferida no procedimento – o prazo recomeça a partir do dia em que cessar a causa interruptiva (conforme leitura literal dos §§ 3º e 4º do citado artigo).

Diante disso, para se averiguar a ocorrência ou não da prescrição, observa-se, primeiramente, se a data da publicação do ato instaurador do processo administrativo disciplinar ou da sindicância apenadora é anterior ao prazo fixado para prescrição. Assim, o direito de o Estado punir a infração administrativa somente remanescerá se observado o prazo, *a priori*, de cinco anos da data da ciência da infração investigada pelo órgão competente, ou não mais caberá a abertura de feito, visto que estará prescrita a pretensão punitiva e não caberá punição ao servidor público por sua transgressão funcional. Em se tratando de infração punível com as penas de suspensão ou advertência, o lapso temporal entre o conhecimento da irregularidade pelo ente administrativo e a instauração do procedimento não poderá superar 2 anos e 180 dias, respectivamente (art. 145, II e III e § 1º, da Lei nº 8.112/90). Também se deve considerar se se configura a conduta como crime contra a Administração Pública (arts. 312 a 326, Código Penal e legislação extravagante), quando serão utilizados os prazos previstos na lei criminal (art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90)¹⁸.

18 Será abordado de forma mais detalhada no próximo capítulo.

Ressalta-se, ainda, que somente tem o condão de interromper o curso do prazo prescricional sindicância punitiva ou disciplinar (artigo 145, Lei 8.112/1990), ou seja, aquela em que se possa aplicar penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias. Aquela sindicância preliminar, meramente investigativa, em que muitas vezes se almeje localizar elementos para identificação da autoria do fato investigado, não exerce o contraditório e não interrompe o fluxo prescricional, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (ROMS 10316 e AgRg no MS 13.072).

Por analogia, outros procedimentos meramente investigativos, como a auditoria, por exemplo, também não interrompem a contagem da prescrição. Apenas aqueles que possam infligir punição ao servidor, com observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, podem interromper o fluxo do prazo prescricional.

Registra-se que a interrupção da prescrição somente ocorre uma vez. Mesmo que haja seguidas reconduções das comissões processantes ou que seja instaurado PAD após a conclusão da sindicância, não ocorrerá reinício da contagem do prazo prescricional. Em igual sentido há manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU): Parecer AGU GQ-144 (não vinculante).

Registra-se, mais, que, uma vez anulado o ato instaurador do procedimento administrativo, o prazo prescricional deve ser integralmente computado desde a data da ciência da autoridade, não ocorrendo, portanto, qualquer interrup-

ção, conforme expresso no acórdão prolatado no MS 8192-STJ.

Mesmo que instaurado o procedimento administrativo disciplinar antes do transcurso do prazo prescricional quando da ciência pela autoridade, pode ocorrer a extinção do direito de punir estatal pela excessiva demora da tramitação sem julgamento do feito (prescrição intercorrente). Embora haja previsão legislativa expressa assegurando a interrupção desse prazo até decisão final, o entendimento da Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer AGU GQ-159 (vinculante), bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, são em sentido diverso. Vide Mandados de Segurança nº 22.728 e 23.299-STF.

Portanto, o fluxo prescricional, interrompido com a respectiva instauração, volta a correr integralmente, após transcorrido o limite temporal para conclusão e julgamento da sindicância e do processo disciplinar, quais sejam, para sindicância, $30 + 30 + 20 = 80$ dias; PAD, $60 + 60 + 20 = 140$ dias; e rito sumário, $30 + 15 + 5 = 50$ dias (art. 133, § 4º, 145, 152 e 167, da Lei nº 8.112/90).

Também foi consagrada a prescrição retroativa, aquela que se apura em relação à data de abertura do processo disciplinar ou do procedimento sindicante, pelos mesmos marcos cronológicos. Quando do julgamento do feito, ao ser fixada a pena a ser aplicada, previamente se verifica a observância do prazo prescricional correspondente, tanto a partir do conhecimento do fato quanto da instauração do feito e de sua conclusão. Devem ser consideradas as datas

da ciência pela autoridade, da instauração e da conclusão do feito e, se não obedecido o prazo referente, em quaisquer desses momentos, estará concretizada a prescrição e extinta a punibilidade, restando apenas a anotação do fato nos assentos funcionais do servidor.

Por fim, anota-se que a suspensão do curso prescricional no procedimento administrativo disciplinar ocorre como exceção e apenas se o servidor investigado conseguir impedir o curso da apuração no âmbito administrativo, em decorrência de determinação judicial. Durante esse sobrestamento, o curso do prazo prescricional está suspenso e, de consequência, somente voltará a fluir, no que restar, quando revertida a medida judicial ou findos seus efeitos.

Tal se dá em vista de não se poder conferir à Administração qualquer punição ao dar cumprimento à decisão judicial, posto que estaria impedida de dar prosseguimento aos processos ou incorreria o responsável em desobediência à ordem judicial, não se configurando inércia. Nesse sentido, existem decisões do Superior Tribunal de Justiça no MS nº 7.095, no MS nº 9.586 e no RMS nº 10.265.

Ressalta-se, por oportuno, que, se a decisão for no sentido de se refazer algum ato que não impeça a continuação dos trabalhos, não haverá reflexo no prazo prescricional.

4. Aplicação da prescrição penal no PAD

Várias dificuldades surgem ao se buscar dar cumprimento ao §2º, do artigo 142, da Lei 8.112/1990. Como an-

tes anotado, a legislação administrativa determina que a contagem do prazo prescricional a ser observado nos procedimentos administrativos disciplinares começa com o conhecimento do fato pela autoridade competente. Já a legislação criminal dispõe que a prescrição é contada da data do cometimento do ilícito penal. Ademais, algumas correntes defendem que, ao se aplicar esse dispositivo, devem ser transportados todos os princípios e normativos relativos à prescrição criminal para o procedimento administrativo, quais sejam, *dies a quo*, causas de interrupção e suspensão, utilizando para o cálculo a pena *in abstracto* ou *in concreto* (antes ou após o trânsito em julgado de sentença condenatória) etc. Entretanto, esse posicionamento não parece o mais adequado, como abaixo se perceberá.

De início, por pertinentes, reproduzem-se as anotações realizadas por Antônio Carlos Alencar Carvalho¹⁹, ao tratar da origem do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90:

“Da lição doutrinária de Caio Tácito, endossada pela cátedra luminar do ministro Moreira Alves, explica-se que os ilícitos administrativos existiram primeiro e não eram capitulados no âmbito do direito penal. Porém, devido à gravidade das infrações disciplinares, passaram à categoria de crimes. Nessas hipóteses é que se pode afirmar que a falta administrativa também constitui delito criminoso, e, por isso, em princípio, o prazo prescricional para punição dessas trans-

19 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90.

gressões disciplinares será o estipulado na lei criminal”, (art. 142, § 2º, Lei 8.112/90).

Patenteia-se que o dispositivo atual do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, se refere, portanto, aos crimes contra a Administração Pública, definidos nos artigos 312 a 326 do Código Penal e em algumas normas legais esparsas, como a Lei Federal 6.766/1979 (art. 50, I a III). É nesses casos que se devem computar os prazos prescricionais para imposição de penalidades administrativas pelos marcos cronológicos da legislação criminal, porquanto essas infrações é que sempre foram, antes de se converterem em ilícitos penais, faltas disciplinares.

Os ilícitos disciplinares não eram infrações criminais, mas meras transgressões dos deveres e do regime funcional dos servidores públicos. Somente mais tarde, em face do interesse da sociedade no regular funcionamento da Administração Pública e do prejuízo à coletividade causado pelas infrações cometidas pelos servidores, é que certos ilícitos disciplinares foram também albergados pelo direito penal.

Aí é que as faltas administrativas se tornaram aquelas que também se constituíram crimes (contra a Administração Pública), aludidas pelo § 2º do art. 142 da Lei 8.112/90, mera reprodução do dispositivo do art. 213, par. único, da Lei 1.711/1952 (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, revogada pela Lei 8.112/90).

Observa-se, dessas lições, que algumas infrações disciplinares, pela lesividade imposta à sociedade, foram também definidas como infrações penais;

são os chamados “Crimes Praticados por Funcionário Público Contra a Administração em Geral” (Capítulo I do Título XI - Dos Crimes Contra a Administração Pública, do Código Penal), sendo apenas esses que possibilitam a aplicação da prescrição penal no procedimento administrativo disciplinar. Nos artigos 109 e 110 do Código Penal estão estabelecidos os marcos temporais para se computar a prescrição penal, antes e após o transitar em julgado da sentença, respectivamente.

Destaca-se que as infrações a serem repelidas, nas duas esferas, são distintas, como bem destacou Júlio César Costa da Silveira²⁰:

“Importa destacar que ilícito administrativo e ilícito penal, na sua constituição essencial, não configuram ilícitos do mesmo gênero, dado que, no mínimo, se mostram qualitativamente diversos. (...) Nessa senda, no que se refere ao prazo inicial de instauração do processo disciplinar, importa delimitar se tal prazo inicia: à semelhança da lei penal, da data da prática do ato; ou se inicia da data em que a autoridade responsável pela punição toma ciência. Tal definição resulta de extrema importância, na medida em que o servidor que tenha praticado um crime seria mais beneficiado que um servidor que praticou apenas uma falta; no que se refere ao curso do prazo prescricional. Portanto, a utilização, como dies a quo do prazo prescricional, como sendo o da data do fato, pode, em tese, permitir o advento mais seguro da prescritibilidade da sanção, porquanto não dependeria da ciência

20 SILVEIRA, Júlio César Costa da. Da Prescrição Administrativa e o Princípio da Segurança Jurídica: Significado e Sentido. p. 103-4.

do fato por parte da autoridade administrativa, dado que, em tese, entre a data do fato e o do seu conhecimento pela autoridade, poderão decorrer dias, senão meses, até anos.”

Face aos dois termos iniciais possíveis, *ad argumentandum tantum*, recohe-se que na doutrina tem preponderado como regra mais adequada a adstrita ao momento do conhecimento do ato por parte da autoridade. Tal percepção se dá sobretudo em razão da necessidade permanente de se preservar o interesse público. (grifo não original)

Quanto aos crimes comuns porventura praticados por funcionários públicos, em nada se relacionam com as infrações disciplinares. Crimes como estupro, sequestro, homicídio, estelionato, dentre outros, sempre tiveram justificativa e natureza próprias, desvinculadas, em sua essência, de comportamentos praticados contra a Administração Pública por servidores públicos; são crimes praticados por qualquer pessoa, agredindo valores protegidos por toda a sociedade.

Por isso, novamente se salienta, não dão causa à utilização dos prazos prescricionais em procedimentos administrativos, a menos que anteriormente previstos também como infração disciplinar na legislação própria, mormente em razão do princípio da legalidade, protegido constitucionalmente. Reforça essa assertiva estar previsto, no próprio estatuto dos servidores públicos federais, o auxílio-reclusão (art. 229, Lei nº 8.112/90), a ser pago à família do servidor preso, durante o cumprimento de pena criminal por crime comum.

Ressalta-se, ainda em face do princípio da legalidade, que é indispensável que a conduta esteja condizente com a previsão normativa de ilícito, seja administrativo, seja criminal. Desse modo, para que se imponha a responsabilidade administrativa aos servidores, a sua conduta deverá ter infringido dever funcional expresso no respectivo normativo funcional. Da mesma forma, para que haja responsabilidade criminal, a conduta a ser enquadrada deverá estar perfeitamente tipificada em alguma das infrações estatuídas na legislação penal, quer seja no Código Penal, quer seja na legislação especial.

Destarte, não se pode cogitar responsabilidade administrativa e penalidade de qualquer servidor público se não há previsão do fato e da pena na legislação, ou serão dados poderes ao administrador público de criar faltas disciplinares quando a lei não o fez e discricionariedade onde a lei não a autorizou, e, de consequência, tem-se um arbítrio. Mais, se inexistente previsão legal do fato como causa de punição dentre aquelas expressamente tipificadas no normativo disciplinar, não poderá incidir o previsto no artigo 142, § 2º, da Lei 8112/90, para responsabilização administrativa dos servidores pela prática de crime. E, de igual forma, resta prejudicada a contagem de marcos cronológicos da lei criminal para punição administrativa, uma vez que, se o fato não é punível, descabe falar de lapsos temporais para o exercício do direito de punir na esfera disciplinar.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no acórdão prolatado em APC 1999.01.00.113141-7-DF,

cuja relatora foi a Desembargadora Federal Mônica Neves Aguiar Silva Castro, unânime.

São relacionados por Palhares Moreira Reis²¹, como faltas disciplinares tipificadas na Lei 8.112/1990 e crime no Código Penal, os seguintes: a aplicação irregular de dinheiro público, se ocorre desvio (art. 132, VIII, Lei 8.112/90), e o peculato, na forma de desvio de recursos públicos (art. 312, Código Penal); a revelação de segredo do qual o servidor se apropriou em razão do cargo (art. 132, IX, Lei nº 8.112/90 e art. 325, CP); corrupção (art. 132, XI, Lei nº 8.112/90 e art. 317, CP); além do abandono de cargo (art. 138, na Lei 8.112/90 e art. 323, CP).

Não se deve, no entanto, confundir essa situação com o enquadramento administrativo no art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, uma vez que, para demissão do servidor faltoso com fulcro nesse dispositivo, conforme precedentes vinculantes da AGU e jurisprudência dos tribunais superiores, é exigida a condenação penal com trânsito em julgado para aplicação da pena capital.

Acerca da apuração de falta residual no procedimento administrativo, não contida no crime, não é capaz de ampliar o prazo prescricional contido na lei penal, como consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 18: *“Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”*.

21 REIS, Palhares Moreira. Processo Disciplinar. 2a. ed. rev. e atual., Brasília: Consulex, 1999. p. 289-290.

Em consequência, apesar de a Administração Pública poder punir as faltas exclusivamente disciplinares cometidas por servidor público, naquelas consideradas faltas residuais, autônomas, ou diante de crimes comuns, o prazo prescricional a ser computado no âmbito administrativo será o previsto no estatuto disciplinar, e não o constante da lei penal, sob pena de ser configurada a ilegalidade.

Em tempo, não se pode confundir a perda do cargo em decorrência da pena criminal, visto que nesta não se estará aplicando uma sanção administrativa, nem necessária à instauração de processo disciplinar. Isso porque se trata do efeito acessório e expresso de sentença penal condenatória, por conter decisão pela aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, em crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou pela aplicação de pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos, nos demais casos (artigo 92, I, “a” e “b”, CP).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconheceu serem utilizados os parâmetros constantes da legislação administrativa, como a data do conhecimento pela autoridade como *dies a quo* da prescrição no procedimento administrativo, citando-se como exemplo os julgados MS 10078 e ROMS 13395.

No entanto, quanto ao momento a partir do qual seria possível se buscar, na legislação penal, o prazo prescricional, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça estabeleceram vários pressupostos para que se pudesse usar

o prazo prescricional penal no âmbito administrativo. Tais pressupostos, resalta-se, não foram fixados pelo legislador. E mais, em regra, as instâncias de punição judicial e administrativa não se comunicam, exceto se a sentença do juízo penal decidir sobre a prova da negativa de autoria, a ausência de materialidade do fato (art. 126, Lei 8.112/90), ou sobre as excludentes de ilicitude, quando a decisão refletirá na esfera administrativa.

O principal requisito criado pelo STJ para utilização da prescrição penal no procedimento administrativa se constitui na exigência de que tenha havido, ao menos, a apresentação de denúncia pelo Ministério Público, que pode ser estendida ao recebimento desta pelo Juiz. A absolvição do servidor por falta de provas, segundo orientação do STJ, também impede essa aplicação.

Afirma igualmente que a mera correlação entre a conduta do servidor e a tipificada no Código Penal é insuficiente para que se utilize o prazo prescricional penal, por entender que, se apenas existem indícios de crime, o qual nem sequer teria sido apurado, ou formulada denúncia ao juízo penal competente, devem incidir as regras administrativas do estatuto disciplinar do funcionalismo, no concernente à prescrição do direito de punir faltas exclusivamente funcionais, como se verifica nas decisões prolatadas no ROMS 14420/RS, ROMS 10699/RS e RMS 13395/RS.

Por outro lado, estando a ação penal em trâmite, havendo aplicação de *sursis* processual ou absolvição penal por prescrição penal retroativa, a manifestação do STJ é no sentido de dar validade

de para a aplicação do § 2º do artigo 142, com utilização dos prazos de prescrição previstos na lei penal (ROMS 18093, EDROMS 18551 e ROMS 15363).

Então, segundo os julgados do STJ, enquanto o processo penal ainda estiver em curso, mais especificamente enquanto ainda houver possibilidade de recursos para a acusação, aplicam-se os prazos previstos no artigo 109 do CP, tomando-se por base a pena máxima do crime. Após o trânsito em julgado para a acusação, computam-se os prazos estabelecidos no artigo 109 do CP, com base na pena efetivamente aplicada.

Todavia, há decisão unânime do plenário do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do Mandado de Segurança nº 24.013, em que se decidiu, para aplicação do prazo previsto na lei penal em procedimento administrativo, não ser requisito ter sido o juízo penal provocado pelo ente competente, em face da prevalência do princípio da independência das instâncias penal e administrativa.

Nesse sentido, a decisão prevê que, para utilização do prazo prescricional penal não é necessário que haja inquérito criminal instaurado, denúncia apresentada ao juízo criminal, ação penal em curso, sentença penal prolatada, tampouco sentença penal transitada em julgado, ao contrário, afirma essa aplicação *"independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito"*.

A Controladoria-Geral da União sugere a adoção desse posicionamento, por privilegiar o princípio da indepen-

dência das instâncias e por ter derivado de decisão unânime proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. No entanto, *ad cautelam*, aconselha que se tenha como meta a observância do prazo prescricional da Lei nº 8.112, de 11/12/90, qual seja, de cinco anos para penas capitais.

Nada obstante, havendo manifestação pela Comissão processante, devidamente acolhida pela autoridade julgadora competente, de que o fato investigado, enquadrado como infração, também configure ilícito penal, poderá se adotar a prescrição penal, mesmo sem a provocação criminal, conforme a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal.

5. Prescrição da pretensão executória

O artigo 142 da Lei nº 8.112/90 preceitua que a prescrição da ação disciplinar, como acima explicitado, extingue a punibilidade e não faz qualquer referência quanto à executoriedade da pena, até porque são momentos distintos, não podendo ser tratados como se idênticos fossem.

O ato administrativo pelo qual se aplica penalidade disciplinar gera seus efeitos jurídicos a partir de sua publicação no Diário Oficial. Essa publicação deve ser efetivada antes do término do prazo prescricional relativo à pena definida na decisão, ou estará extinta a pretensão punitiva, por prescrita.

No entanto, concluído tempestivamente o procedimento administrativo disciplinar e publicado o julgamento,

impondo quaisquer das sanções previstas no artigo 142, como regra geral, essa publicação produz, de forma imediata e plena, os efeitos jurídicos. Porém, ainda resta possível a ocorrência da prescrição, posto que existem medidas a serem adotadas pelo ente administrativo, buscando executar a decisão.

Em se tratando de advertência e censura, instantaneamente se efetiva, em face do constrangimento imposto ao servidor faltoso, formalmente reprimido por sua conduta irregular. A eficácia repressiva é produzida na publicação de reprovação da autoridade administrativa superior; entretanto, restam as anotações ou os registros nos assentamentos funcionais do apenado. Para a suspensão, além desse registro, devem ser tomadas medidas de modo a impedir o exercício funcional do servidor nos dias em que tiver de cumprir a penalidade, além de não se efetivar o pagamento relacionado a esse período, ou o equivalente valor da multa, se for esta aplicada. Quanto à demissão, embora resulte imediatamente na expulsão do serviço público e na perda do cargo pelo servidor punido (assim como a destituição do cargo em comissão ou de função comissionada, na cassação de aposentadoria), alguns procedimentos são realizados para que se proceda à consequente exclusão da folha de pagamento e perda da remuneração.

Para esses atos executórios, após o término do procedimento administrativo e efetiva publicação da pena, não há previsão expressa no ordenamento jurídico acerca do prazo em que devem ser executados ou do prescricional a ser aplicado quando da inexecução da pena.

A doutrina, por outro lado, distingue a prescrição aplicável à apuração da falta disciplinar, da qual poderá advir responsabilidade do servidor investigado, daquela prescrição para a execução da pena então imposta. Sobre a matéria, leciona José Armando da Costa²²:

“Doutrinariamente, distingue-se a prescrição da falta disciplinar da prescrição da sanção disciplinar. A prescrição da falta ocorre quando não é promovida, dentro do prazo fixado na lei, a responsabilização do funcionário transgressor; ao passo que a prescrição da pena tem ensejo quando a sanção, embora já aplicada, deixa de ser executada durante certo lapso de tempo.”

No Direito Disciplinar brasileiro, somente há prescrição da falta disciplinar; não havendo nenhum regime disciplinar, dentre nós, que regulamente a prescrição da pena imposta, a não ser que se possam aplicar, por analogia, as disposições do Direito Penal pertinentes. Mas, tal suprimento pela lei penal não é bem acatado pelos nossos administrativistas, nem pelos tribunais e nem pela justiça disciplinar interna, e, muito menos ainda, pelos órgãos oficiais da administração pública.”

Confirmando esse entendimento, Renato Luiz Mello Varoto²³, comentando Edmir Netto de Araújo, ressalta:

“No âmbito do direito administrativo não encontramos, no direito positivo, a prescrição da pena imposta (como no d. penal), mas só do direito de punir. Isto se dá, basicamente, pelas ca-

racterísticas que possui, diferentes da pena criminal (em regra, privação de liberdade pessoal): esta, em princípio, demanda a presença do réu para sua aplicação, ao contrário das penalidades disciplinares (dentre as quais não há privação de liberdade) que, de ordinário, não exigem a presença do funcionário para sua imposição.”

Com efeito, não caberia se falar em prescrição da execução da penalidade disciplinar, ainda mais pelo fato de ter sido publicada logo após o respectivo julgamento. Ao contrário, após concluído todo o procedimento administrativo disciplinar no tempo devido, com decisão de aplicação da pena a servidor faltoso por praticar conduta proibida ou contrária aos deveres funcionais, os atos decorrentes deveriam ser executados imediatamente. Contudo, muitas vezes não é o que ocorre. E um dilema é estabelecido.

Inexistindo previsão normativa acerca do prazo prescricional quanto à pretensão executória no âmbito do processo administrativo disciplinar, mas se considerando que a pena foi devidamente publicada em tempo hábil, deve-se concluir pela possibilidade da Administração Pública executar a penalidade imposta ao servidor, ante a patente ausência de óbice legal.

Haveria de ser previsto, de forma expressa, a prescrição da pretensão executória no ordenamento jurídico federal ou mesmo nos outros entes federados, hipótese em que incidiria o eventualmente instituído marco temporal extintivo da execução da pena já aplicada.

22 COSTA, José Armando da. Controle Judicial do Ato Disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 81.

23 VAROTO, Renato Luiz Mello. Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

O princípio da segurança jurídica e o da boa-fé devem incidir em casos concretos, ainda que configurada excessiva demora pela Administração na adoção de medidas materiais para a execução da pena disciplinar já publicada, buscando-se privilegiar a proteção da confiança do servidor (julgado culpado, mas contra quem não se executou a penalidade ainda), em contraposição ao interesse público em cumprir a decisão publicada, mas não executada, ainda que por injustificada e exclusiva inércia administrativa.

Em casos extremos, em que houver a inexecução de penas publicadas há muito tempo, mas não seguidas das providências executórias pertinentes – uma vez que não há disposição legal expressa e, portanto, não cabe falar em prescrição da exatoriedade da pena regularmente publicada, de forma paliativa –, pode-se aplicar o limite temporal imposto pelo artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 e artigo 54, da Lei Federal nº 9.784/99, já citados, de modo a impedir que seja estabelecida a imprescritibilidade. Deve-se aplicar um limite, para que a situação não perca eternamente, posto que, como já se viu, tal situação é inconstitucional e vai de encontro a todo o sistema vigente.

Conclusão

Concretizada a prescrição, ocorre a extinção da punibilidade, possibilitando apenas a anotação do fato nos assentamentos funcionais do servidor. Esse instituto privilegia a segurança jurídica e a paz social, além de ser garantia constitucional. Não objetiva, assim, proteger o servidor infrator, mas evitar que a apu-

ração disciplinar se prolongue indefinidamente.

A prescrição da ação disciplinar é regida pelo artigo 142 da Lei nº 8.112/90, que dispõe três prazos distintos para apurar o prazo prescricional, de acordo com as penas a serem aplicadas. A instauração de sindicância disciplinar ou de Processo Administrativo Disciplinar interrompe a prescrição, por uma única vez, sendo que os procedimentos meramente investigativos não têm o condão de interromper o fluxo prescricional. Dessa forma, a punibilidade pode ser alcançada pela prescrição em dois momentos distintos: antes da instauração de sindicância ou PAD e depois dessa instauração.

A ciência do fato pelo titular do órgão ou da autoridade competente para instauração do procedimento disciplinar faz com que se inicie o prazo prescricional e a prescrição recomeça a correr, por inteiro após o prazo previsto para conclusão do procedimento disciplinar, em face de posicionamento unânime dos tribunais superiores e parecer vinculante da AGU. O prazo previsto para a conclusão de PAD pelo rito ordinário é de 140 dias; para a sindicância disciplinar, é de 80 dias; e, no caso do PAD sob rito sumário, de 50 dias, após o qual se recomeçará o fluxo prescricional, impulsionando a apuração, de modo que não se possa delongar indefinidamente.

Nos casos de sobrestamento judicial do PAD, o prazo prescricional não flui enquanto vigorar a decisão da Justiça de manter o PAD suspenso ou que impeça a aplicação de penalidade, ainda que não haja previsão legal expressa nesse sentido. Cessado o efeito da decisão judicial, o prazo prescricional volta

a fluir, aproveitando-se o tempo já decorrido antes da suspensão.

Caso a sindicância disciplinar ou o PAD sejam anulados desde o início, a interrupção do prazo de prescrição se dará apenas com a instauração de uma nova sindicância disciplinar ou PAD, devendo o prazo ser computado desde a data da ciência pela autoridade.

Conforme teor do § 2º do artigo 142, as infrações disciplinares com correspondente tipificação criminal deverão respeitar os prazos de prescrição estabelecidos no Código Penal, aplicando-se exclusivamente prazo prescricional ali fixado, embora a forma de computar (*dies a quo*, interrupção do prazo com a instauração de PAD etc.) continue sendo a regida pela legislação administrativa.

Segundo orientação jurisprudencial do STJ, a simples correspondência entre a tipificação da infração administrativa e do ilícito penal não autoriza a aplicação do prazo prescricional previsto na lei penal, necessitando, para tanto, o recebimento, pelo Juízo Criminal competente, da denúncia em face do servidor acusado de fatos correlatos, sendo utilizado o artigo 109, do CP, nos casos antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, e o artigo 110, após esse trânsito.

Acórdão unânime do STF, entretanto, afirma ser irrelevante a existência de ação penal em curso. Esse posicionamento privilegia o princípio da independência das instâncias e o disposto na legislação pertinente.

Ademais, se somente é possível saber, com exatidão, a pena efetivamente aplicada e, igualmente, a prescrição *in concreto* quando do trânsito em

ulgado da sentença penal condenatória, é desproporcional e atenta contra a legislação e o princípio da independência entre as instâncias exigir que a Administração aguarde o término do processo penal para então proceder à responsabilização do servidor, obrigando o ente administrativo a conservar em seus quadros um agente indesejável e nocivo. Tornaria, ainda, mais vantajoso ao servidor que cometesse um crime contra a Administração Pública do que uma falta simples, já que a última é independente do juízo criminal e é regida pelos prazos administrativos.

A razão de existir o dispositivo que vincula a prescrição administrativa à do crime está na proteção do interesse público, ampliando, na maioria das vezes, os prazos para que a Administração efetive a punição após o devido processo administrativo. Ressalta-se que, em alguns casos, pode ocorrer o inverso, como no caso do abandono de função previsto no *caput* do artigo 323 do CP, que termina por reduzir a possibilidade de aplicação da pena de demissão para dois anos (art. 109, VI, CP).

Diante disso, temos que o mais correto para aplicação da prescrição penal referida pelo § 2º do artigo 142 da Lei 8.112/90 é a pena *in abstracto*, considerando o tipo e sua pena máxima descrita na lei. Entretanto, é mais prudente para a Administração considerar o prazo de prescrição na forma mais conservadora possível, de modo a se evitar possível anulação judicial, que inviabilizaria a adequada punição do servidor infrator.

Referências Bibliográficas

TRIPPO, Maria Regina. Imprescritibilidade Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BEVILACQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Da prescrição e Decadência: Teoria Geral do Direito Civil. 2.^a ed. atual. por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, José Armando da. Prescrição Disciplinar. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. v 1.

MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, v. 6, § 666.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29a. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Contrato Administrativo. São Paulo: RT, 1986.

BREITMAN, Nelson Rodrigues. Prescrição disciplinar: uma abordagem didática, com base na jurisprudência. [on-line] Disponível na internet via WWW. URL: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11800>>. (Consultado em: 12/11/2008).

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90. Jus Navigandi. [on-line] Disponível na internet via WWW. URL: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9181>>. (Consultado em: 28/07/2008).

SILVEIRA, Júlio César Costa da. Da Prescrição Administrativa e o Princípio da Segurança Jurídica: Significado e Sentido.

REIS, Palhares Moreira. Processo Disciplinar. 2a. ed. rev. e atual., Brasília: Consulex, 1999. p. 289-290.

COSTA, José Armando da. Controle Judicial do Ato Disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

VAROTO, Renato Luiz Mello. Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Manual de PAD. Apostila de Texto. [on-line] Disponível na internet no endereço <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/Arquivos/ApostilaTextoCGU.pdf>>. (Atualizada até março 2010).