

A PRESCRIÇÃO PENAL E A SUA INCIDÊNCIA NA ESFERA
ADMINISTRATIVA
(exegese do § 2º do artigo 142 da Lei 8.112/90)

Wilson Kozlowski
Procurador Federal da Comissão de Valores Mobiliários – CVM
Ex-Assessor Jurídico do Gabinete Civil do Estado do Rio de Janeiro
Ex-advogado residente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

I – Introdução; II – A responsabilidade administrativa e criminal do servidor; III – Efeitos da sentença penal na esfera administrativa; IV – O resíduo administrativo; V – A prescrição penal e a esfera administrativa (§ 2º do artigo 142 da Lei 8.112/90); VI – Conclusão

I – Introdução

A prescrição sempre foi objeto de inúmeras controvérsias, seja acerca de sua natureza, função e, principalmente, distinção frente ao instituto da decadência. Não serão nestas breves notas que trata-la-emos em toda a sua amplitude¹¹.

O tema em debate faz parte do cotidiano da Administração Pública. Os regramentos dos servidores trazem, de maneira geral, o dispositivo que vincula a prescrição da falta administrativa à do crime. Como exemplo, temos o parágrafo único do artigo 213 da Lei 1.711 de 28.10.1952 – antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, o § 1º do artigo 57 do Decreto-lei n.º 220 de 18.07.1975 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro e o § 2º do artigo 142 da Lei 8.112, de 11.12.1990. Este último, objeto de nosso estudo, dispõe: “Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”.

1

Resta saber qual o sentido possível desta previsão e em que casos é lícito ao servidor alegar, em seu favor, a prescrição do crime, podendo ocasionar até sua reintegração nos quadros da Administração.

II – A Responsabilidade administrativa e criminal do servidor

Os servidores públicos podem ser responsabilizados por infrações/ilícitos civis, administrativos e criminais.

Por algum tempo vicejava discussão doutrinária acerca da possibilidade do servidor ser punido nas três esferas. Isto decorre da visão penalista do ilícito, encabeçada pelo insigne Nelson Hungria², que entendia existir uma fundamental identidade entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, sendo que as punições não poderiam incidir cumulativamente em razão do princípio do *non bis in idem*. Grosso modo, a figura dos círculos concêntricos consegue representar a relação de dependência entre as esferas civil, administrativa e penal, restando ao Direito Penal a menor área, em virtude do princípio da intervenção mínima³.

Para os administrativistas⁴, a seu turno, o mesmo fato pode dar azo à punição penal, administrativa e civil, já que as três esferas são, em princípio, independentes entre si.

Entretanto, tal posição carece de alguns esclarecimentos. Não basta apenas afirmar a independência das punições, é mister que se explique de maneira fundamentada a sua *ratio*. Para tanto, temos que a melhor justificativa está na identificação do bem jurídico atingido. Isto porque o fato ilícito pode ofender bens jurídicos diferentes, tutelados de maneira diversa, sem contudo ofender o princípio do *non bis in idem*.

Um exemplo servirá para afastar qualquer dúvida. Digamos que um servidor do Ministério da Fazenda ofereça a uma empresa dados confidenciais sobre a política cambial do país, alertando os novos rumos a serem tomados pelo Governo, em troca duma remuneração a título de “consultoria”. Este servidor, após ser devidamente processado, é condenado a

6 (seis) meses de detenção por estar incurso no artigo 325 do Código Penal⁵. Poderia a Administração, pelo mesmo fato, demiti-lo? É certo que o Código Penal comina a perda do cargo somente para o caso das penas privativas de liberdade, iguais ou superiores a 1 (um) ano, aplicadas em virtude de crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública⁶. Não obstante, o dever de probidade do servidor para com a Administração foi rompido. A confiança, base de qualquer relação, já não existe mais. Este indivíduo deve permanecer nos quadros públicos? A justificativa para a demissão, em casos semelhantes, está justamente na infração do estatuto pelo servidor. Não interessa o crime e os efeitos da condenação traçados no artigo 92 do CP, o que importa é que o ato de revelar os segredos do trato cambial conseguiu atingir dois bens juridicamente tutelados (regular funcionamento da Administração e probidade administrativa *lato sensu*), sendo, ao mesmo tempo, uma conduta socialmente reprovável (crime) e um desrespeito às regras que regem a relação servidor-Administração (passível de demissão).

Neste sentido, temos os ensinamentos dos eméritos professores Odete Medauar e Gustavo Amaral, que espancam qualquer dúvida:

“O poder disciplinar é atribuído à autoridade administrativa com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão, irregularidades de diversos tipos. (...) Não deve ser confundido com o poder penal do Estado. Este é exercido pelo Poder Judiciário, norteador pelo processo penal; visa à repressão de condutas qualificadas como crimes e contravenções; portanto, tem a finalidade precípua de preservar a ordem e a convivência na sociedade como um todo. O poder disciplinar, por sua vez, é atividade administrativa, regida pelo direito administrativo, segundo normas do processo administrativo; visa à punição de condutas, qualificadas em estatutos ou demais leis, como infrações funcionais; tem a finalidade de preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço. (...) A diferença entre as duas atuações possibilita sua concomitância ante a mesma conduta do servidor, ensejando a imposição conjunta de

sanção disciplinar e de sanção penal, sem que seja caracterizado o "bis in idem"⁷."

"A sanção penal tem por escopo principal reprimir condutas nocivas à sociedade cuja gravidade entende-se suficiente para, até, privar alguém de sua liberdade. Já a sanção disciplinar tem por escopo reprimir condutas nocivas ao bom funcionamento da Administração Pública, podendo chegar, num grau máximo, à exclusão do status de servidor público, mas, jamais, à perda da liberdade. Daí porque as infrações não se confundem nem se absorvem."⁸

No que diz respeito ao ilícito civil, a independência da recomposição patrimonial frente à responsabilidade criminal é preceito consagrado no direito ocidental, declarada na primeira parte do artigo 935 do Novo Código Civil, não cabendo maiores discussões.

III – Efeitos da sentença penal na esfera administrativa

Como afirmado acima, a propalada independência entre as esferas de repressão se dá em princípio, não afastando de plano os efeitos da sentença penal. Isto decorre de um raciocínio muito singelo.

Qualquer punição possui dois antecedentes lógicos que são a materialidade do fato e a autoria. É evidente que só existirá ilícito se o fato realmente ocorreu (materialidade) e se o sujeito passivo do processo (civil, administrativo ou penal) for o autor. É teratológica a punição daquele que não foi o autor do fato ilícito ou se este mesmo fato nunca existiu.

Com estas considerações, temos que, em regra, a sentença penal absolutória por negativa de autoria ou por ausência de materialidade do fato sempre reflete na esfera administrativa, fundamentando o trancamento do processo administrativo disciplinar e até a reintegração do servidor demitido em razão do fato criminoso⁹.

Entretanto, o réu pode ser absolvido por outros motivos expressos nos incisos do artigo 386 do CPP, *in verbis* :

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal)¹⁰;

VI - não existir prova suficiente para a condenação.

Destas causas, apenas as constantes dos incisos I e parte do inciso V podem ser alegadas em favor do servidor, pois as demais não afastam a responsabilidade – que, como sabido, decorre da violação de um dever jurídico originário. A parte do inciso V que interessa é a que se refere às causas de exclusão da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito¹¹).

O artigo 65 do CPP¹², no título da reparação civil do ato ilícito, impõe ao juízo cível a observação da sentença penal que reconhecer uma das causas de exclusão de ilicitude. É óbvio que aquele que age lícitamente não pode ser responsabilizado por nada. Toda responsabilidade – seja ela civil, administrativa ou penal – decorre da inobservância de um dever jurídico. Ora, se a ação foi lícita – pois que o servidor agiu dentro do seu direito e sem abuso – nada há a ser reparado, impedindo, portanto, qualquer punição.

Ainda neste título, o legislador positivou mais alguns critérios de ineficácia no cível (estendida ao âmbito administrativo) da sentença penal. Critérios estes largamente reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência. Destarte, temos os artigos 66 e 67 do CPP, *in verbis* :

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não

tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Portanto, a sentença penal somente produz efeitos favoráveis ao servidor quando : I – negar a autoria; II – negar a existência do fato ou III – reconhecer uma das excludentes de ilicitude.

IV – O resíduo administrativo

É corrente que a chamada falta residual, ou resíduo administrativo, corresponde àquela conduta contrária ao dever de lealdade¹³ que, não obstante a absolvição penal, dá ensejo à punição administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, no verbete 18 da súmula da sua jurisprudência predominante, sedimentou o entendimento, largamente majoritário na doutrina e nos tribunais, de que “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

Pode ocorrer que o juízo criminal tenha absolvido com base na ausência de provas de que o servidor foi o autor do fato, ou por não existir prova suficiente para a condenação, ou por não estar provada a existência do fato, ou pelo fato não ser típico e, ainda assim, subsistir a punição administrativa. A que se deve tal proceder? Primeiro, a obrigatoriedade da observância da sentença penal em favor do servidor já foi por nós tratada. Segundo, “a falta ou insuficiência de provas para fins penais não implica necessariamente falta ou insuficiência de provas para caracterizar a conduta como infração administrativa; e o fato que não constitui infração penal, pode

constituir infração administrativa disciplinar”¹⁴. Deste modo, “a falta residual, aquele “minus” que as autoridades administrativas apuraram, basta para condenar o funcionário, administrativamente, amparado como legítimo e inatacável o ato administrativo”¹⁵.

O valor das provas no processo administrativo não é o mesmo no processo penal. Este deve cuidar das limitações ao *ius puniendi*, protegendo, em última análise, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88). Já o processo administrativo, por visar ao melhor interesse da Administração, é mais fluido, adequando-se à realidade sem as barreiras dos tipos penais. Isto não quer dizer que não existe limite à atuação estatal, já que o parâmetro mor do agir na Administração Pública é o *due process of law* substantivo e formal (art. 5º LIV e LV da CRFB/88 c/c art. 2º da Lei n.º 9.784/99)¹⁶.

Os indícios, por exemplo, podem servir como base para a punição administrativa e, ao mesmo tempo, não serem suficientes para fundamentar a sanção penal. O Direito Administrativo “é especialmente receptivo à prova indiciária, até porque essa modalidade de prova é fundamental no estabelecimento de pautas de “razoabilidade” dos julgamentos”¹⁷.

Dessarte, a reintegração, que “é o remédio contra a demissão ilegal”¹⁸, somente é válida quando não subsiste a falta residual pois “absolvido no juízo penal, não tem o funcionário público o direito subjetivo de pleitear a reintegração, porque restou um resíduo, um “minus”, suficiente para caracterizar o ilícito administrativo”. Esta falta “persiste e justifica a decisão administrativa, erigindo-se como se fosse a “res judicata” administrativa, intangível, inatacável, irreformável”¹⁹.

V – A prescrição penal e a esfera administrativa (§ 2º do artigo 142 da Lei 8.112/90)

A prescrição penal, como forma de extinção da punibilidade, pode ocorrer antes ou depois de transitar em julgado a sentença condenatória (art. 109 e 110 do CP). A contagem de cada uma delas é diferente, pois a primeira

refere-se à pena *in abstracto* e a segunda à pena *in concreto*. Melhor dizendo, a prescrição antes de transitada em julgado a sentença condenatória vincula-se, na sua contagem, à pena prevista no tipo penal abstratamente, enquanto que a segunda forma de prescrição vincula-se à pena prevista no título judicial, ou seja, na sentença – após todo o cálculo da pena. É o que decorre do texto legal:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

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)

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Após esta breve nota, podemos partir para o nosso objeto : qual o prazo prescricional a ser respeitado quando a lei diz: “Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime” (§ 2º do artigo 142 da Lei 8.112/90)? Conta-se pela pena *in concreto* ou pela pena *in abstracto*?

Existem diversas possibilidades. Dentre elas colhemos a seguinte: um servidor é processado criminalmente e, por fim, absolvido por falta de provas e por que a pena *in concreto* estaria prescrita se fosse aplicada. Esta prescrição pode influenciar a instância administrativa?

Primeiramente, vamos recordar que quando a sentença penal reconhece a extinção da punibilidade, esta sentença não exonera a responsabilidade pela quebra do dever civil ou administrativo (art. 67 CPP). Diante disso, subsiste para o servidor a responsabilidade administrativa.

Pode, no entanto, incidir a prescrição da pena *in concreto*? A resposta passa pelo momento lógico do reconhecimento desta. Se o juízo criminal somente vai saber, com exatidão, o *quantum* da pena e, igualmente, a prescrição *in concreto* quando do trânsito em julgado da sentença é, no mínimo, um contra-senso impedir a Administração de proceder à responsabilização do servidor. Estaríamos vinculando a atividade administrativa disciplinar ao término do processo penal, obrigando a Administração a conservar em seus quadros um agente indesejável e nocivo. Cairíamos no absurdo de que ao servidor melhor seria cometer um crime contra a Administração Pública do que uma falta simples, já que a última é independente do juízo criminal.

A *ratio* de dispositivos que vinculam a prescrição administrativa à do crime está na proteção do interesse público, ampliando, no mais das vezes,

os prazos para a Administração punir²⁰. Esta ampliação decorre da vinculação da punição administrativa à prescrição da pena *in abstracto*. Esta é a única interpretação possível livre das conseqüências absurdas acima descritas.

Diante disso, temos que a prescrição penal referida pelo § 2º do artigo 142 da Lei 8.112/90 é a da pena *in abstracto*, considerando o tipo e sua pena máxima descrita na lei.

VI – Conclusão

1 – Um fato pode ofender diversos deveres / bens jurídicos, gerando diversas punições (criminais, civis ou administrativas) na medida de cada quebra de dever, sem ofender a regra do *non bis in idem*;

2 – A Administração pode punir seus servidores por faltas não contidas no tipo penal (resíduo administrativo);

3 – Em regra, as instâncias de punição não se comunicam. Mas pode ocorrer da sentença do juízo penal decidir sobre elementos essenciais da quebra de dever, influenciando a esfera administrativa. Tais decisões versam sobre: a prova da negativa de autoria; a ausência de materialidade do fato ou; sobre as excludentes de ilicitude;

4 – Dentre as interpretações possíveis do disposto no § 2º do artigo 142 da Lei 8.112/90, preferimos aquela que vincula a prescrição administrativa à prescrição da pena *in abstracto* no juízo penal. Desta forma, homenageamos a independência das instâncias punitivas e a segurança da relações jurídicas, com critérios de contagem do prazo prescricional conhecidos de antemão, tanto pela Administração quanto pelo servidor acusado de quebra do dever de lealdade.

¹¹ Para aqueles que desejam desmistificar o assunto, fica a recomendação de duas obras importantíssimas: **Programa de Direito Civil**, de SAN TIAGO DANTAS (Rio de Janeiro : Forense. 2000. pp. 341/351 – especificamente o capítulo XXXII), e **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis** (São Paulo: Revista dos Tribunais volume 744. Ano 86. out/97. p. 725-750), de AGNELO AMORIM

FILHO. A primeira dispensa comentários, eis que se encontra no reduzido rol de obras clássicas e, ao mesmo tempo, extremamente atuais, funcionando como um dos pilares de qualquer aprendizado da ciência jurídica. Já o opúsculo do professor AGNELO AMORIM cumpre à risca sua proposta, apresentando um critério que, a despeito do rigor científico, prima pela forma didática.

² **Ilícito administrativo e ilícito penal.** RDA – Seleção Histórica. Rio de Janeiro : FGV – Renovar. 1991. p. 17

³ “(...) só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.”

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1991. p. 25. V. tb. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Editora Revan: Rio de Janeiro. 4ª edição. 1999. pp. 84/90.

⁴ Por todos, ver MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo : Malheiros. 1993. pp. 413-420.

⁵ **Violação de sigilo funcional**

“Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

⁶ Art. 92 – São também efeitos da condenação:

I- a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT. 1998. p. 315.

⁸ AMARAL, Gustavo. Parecer 04/97 – GAM – Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. pp. 04-05.

⁹ O Novo Código Civil dispõe da seguinte forma : “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

¹⁰ Com a reforma da Parte Geral do CP, temos que os artigos referidos são : 20, 22, 23, 26 e 28 § 1º .

¹¹ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

¹² “Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

¹³ ANTÔNIO QUEIROZ TELLES conclui que “a doutrina, à luz das várias legislações, tem procurado classificar os deveres dos servidores, resultando desta tarefa o entendimento de que o mais importante deles é o que diz respeito à lealdade, do qual derivam os demais” **Introdução ao Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: RT. 2000, p. 377.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. op. cit. p. 326.

¹⁵ CRETELLA Júnior, José. **Repercussão da sentença penal na esfera administrativa**, in Revista de Direito Público – RDP. vol. 17. p. 46.

¹⁶ “A ausência de **tipicidade** nas faltas disciplinares não indica entretanto, que a ação administrativa se realize de modo arbitrário ou injurídico”. Idem. Ibidem. p. 43.

¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 1ª ed. São Paulo : RT. 2000. p. 365.

¹⁸ RDA 25/92.

¹⁹ CRETELLA Júnior, José. op. cit. p. 49.

²⁰ Podendo ocorrer o inverso, como no caso do abandono de função previsto no *caput* do artigo 323 do CP, que termina por reduzir o prazo para a aplicação da pena de demissão para dois anos (art. 109, VI, CP).