
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: QUANDO APLICAR O PRAZO PRESCRICIONAL PENAL?

*ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS: WHEN
SHOULD CRIMINAL STATUTE OF LIMITATIONS BE
APPLIED?*

*Ana Karenina Silva Ramalho Andrade¹
Rafael Monteiro de Castro do Nascimento²*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Poder Administrativo Disciplinar: ilícito administrativo puro e ilícito administrativo penal; 2. Prescrição no processo administrativo disciplinar; 3. A aplicação da prescrição penal no processo administrativo disciplinar a partir do entendimento dos tribunais superiores; 4. Conclusão; Referências.

-
- 1 Advogada da União. Doutoranda e Mestre em Direito pela UnB. Diretora do Departamento de Servidores Públicos e de Militares da Procuradoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União. Membro-efetivo da ABPC (Associação Brasileira de Direito Processual Civil). Membro da ANNEP (Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo). Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual)
 - 2 Advogado da União. Membro da Coordenação-Geral de Atuação Estratégica do Departamento de Servidores Públicos e de Militares da Procuradoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

RESUMO: Por força do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, a ação disciplinar da Administração Pública se sujeita aos prazos prescricionais previstos na lei penal, quando as infrações são também capituladas como crimes. Nesse contexto, surgiu controvérsia jurídica de grande aplicação prática, relacionada à necessidade ou não de efetiva persecução penal para incidência da referida norma. Paralelamente, também são objeto de debate controvérsias relacionadas à utilização do prazo prescricional penal abstrato ou concreto e à aplicabilidade de prazos inferiores aos cinco anos fixos para ilícitos administrativos puros. O objetivo do presente estudo consiste em analisar o entendimento dos Tribunais Superiores acerca das controvérsias delineadas. Foi realizada pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, bem como análise quantitativa e qualitativa dos precedentes. Concluiu-se que a jurisprudência se firmou no sentido da desnecessidade de persecução criminal efetiva para incidência do prazo prescricional penal, bastando que a infração seja capitulada como crime, em abstrato.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Disciplinar. Processo Administrativo Disciplinar. Prescrição. Tipo Penal.

ABSTRACT: According to article 142, § 2º, of Law nº 8112, of 1990, criminal statute of limitations periods apply to public servants infractions, whenever these are also considered crimes. In that context, emerges a legal controversy related to the need of effective criminal prosecution, in order to enforce the mentioned legal rule. Besides, there are often disputes related to which period in the criminal legislation should be considered, as well to the possibility that this rule comes to reduce the administrative statute of limitations for regular violations. This paper intends to analyze the understanding of Superior Courts about the outlined controversies, by bibliographic, documentary and jurisprudential research. The quantitative and qualitative analysis of the precedents revealed that the jurisprudence was established in the sense that there is no need of effective criminal prosecution, so that criminal statute of limitations apply by simple coincidence of the administrative infraction and crime abstract descriptions.

KEYWORDS: Public Servants. Administrative Infractions. Statute of Limitations. Criminal Prosecution.

INTRODUÇÃO

A relação entre a passagem do tempo e o direito sempre foi objeto de investigação dos estudiosos em geral. Na área jurídica, o tempo ganha importância quando é aplicado o postulado constitucional da segurança jurídica.

Como efeito colateral da garantia constitucional susmencionada, ganha relevo o estudo do instituto jurídico da prescrição, com a definição de sua abrangência e aplicabilidade, especialmente, no campo do direito administrativo.

A partir de tal premissa, constata-se a importância da análise da aplicação da prescrição ao exercício do poder disciplinar, considerando a natureza do ilícito administrativo (administrativo puro ou administrativo penal) e que o processo administrativo disciplinar (PAD) é um processo restritivo de direito.

Em decorrência disso, destaca-se as situações em que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foram instados a se pronunciarem sobre adequada interpretação do arcabouço jurídico atinente ao prazo prescricional aplicado quando o ilícito administrativo é considerado crime em tese.

Emergem como paradigmáticos os julgamentos dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.656.383/SC, pelo Superior Tribunal de Justiça, e do Recurso em Mandado de Segurança nº 31.506, pelo Supremo Tribunal Federal. Constata-se que a partir dos citados julgados, as Cortes Superiores buscaram traçar as balizas necessárias para definição do prazo prescricional nas situações já mencionadas.

Partindo de tais balizas, foi proposto, na I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, o enunciado a seguir: Não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei n. 8.112/1990 e a mudança do Parecer Vinculante AM 03/2019. Porém, o tema ainda suscita debates.

A partir de então surgem os problemas a serem investigados: Quando será possível aplicar o prazo prescricional penal do art. 142, da Lei 8.112/90? É possível aplicar um prazo prescricional menor de cinco anos quando o ilícito administrativo penal configurar crime de bagatela?

Eis o objetivo do presente estudo: identificar quando é possível aplicar o prazo prescricional penal nas apurações de ilícitos administrativos penais e se há exceções.

Para isso, no primeiro tópico, abordaremos o poder administrativo disciplinar e todos os seus contornos e vicissitudes.

Em seguida, analisaremos o arcabouço normativo da Lei 8.112/90 que disciplinou os prazos prescricionais e suas possibilidades de aplicação.

Ao final, serão analisados os principais julgados do STJ e do STF sobre a matéria e contextualizada a mudança jurisprudência ocorrida com o julgamento do EREsp nº 1.656.383/SC, apresentando as conclusões quanto ao atual entendimento dos Tribunais.

1 PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: ILÍCITO ADMINISTRATIVO PURO E ILÍCITO ADMINISTRATIVO PENAL

Antes da abordagem específica da aplicação do prazo prescricional penal nos processos administrativos disciplinares, é preciso analisar a configuração do poder administrativo disciplinar e seus contornos como poder-dever da administração pública.

O ordenamento jurídico outorga ao administrador público o poder³ de punir internamente servidores e particulares que estejam sujeito à disciplina administrativa, nas hipóteses de identificação de ilícito administrativo. Tal poder é nomeado na doutrina como poder disciplinar⁴.

Acrescenta-se ainda que não se trata de uma discricionariedade do administrador, uma vez que não existe um juízo de oportunidade e conveniência, ou seja, formada a sua convicção, com fundamento nos elementos constantes no processo administrativo disciplinar, sua conduta, está vinculada. Porém, isso não significa a impossibilidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Outro ponto importante e digno de destaque é que apesar de possuir o mesmo escopo do poder de polícia (aplicar punição), o poder disciplinar visa punir pessoas que possuem relação específica com a administração pública, ou seja, ele decorre do sistema hierárquico.

De acordo com Marçal Justin Filho, a definição da responsabilidade administrativa:

Consiste no dever de o agente estatal responder pelos efeitos jurídico-administrativos dos atos praticados no desempenho de atividade administrativa estatal, inclusive suportando a sanção administrativa cominada em lei pela prática de ato ilícito.”⁵

3 Jose dos Santos Carvalho Filho não qualifica o poder disciplinar como poder da administração, mas sim como fato administrativo, uma vez que falta a fisionomia inerente às prerrogativas de direito público que cercam os verdadeiros poderes administrativos. (CARVALHO FILHO, p. 63, 2011)

4 Poder Disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.122.

5 JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 989.

A partir de tal definição, é perceptível que a infração aos deveres inerente ao exercício da função pública gera efeitos, entre eles, a possibilidade de punição disciplinar.

As penalidades administrativas oriundas do poder disciplinar são aplicadas em decorrência do resultado das apurações desenvolvidas em processos administrativos disciplinares⁶ ou meios sumários, nos quais se que constataam o cometimento de algum ilícito administrativo.

De acordo com a doutrina, os ilícitos administrativos são classificados como: ilícitos administrativos puros e ilícitos administrativos penais.

Os ilícitos administrativos puros ocorrem quando há uma infringência de uma ordem jurídica administrativa. Já os ilícitos administrativos penais ocorrem quando quebra também a ordem jurídica penal, ou seja, quando configuram também uma conduta criminal ou contravertida.

Ocorre que o poder disciplinar não é ilimitado e eterno, uma vez que é aplicável ao referido poder o instituto da prescrição do *jus puniendi*, com fundamento no postulado da segurança jurídica, o que passa a ser objeto de análise no próximo tópico.

2 PRESCRIÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

É cediço que a Administração Pública é atingida pelo decurso do tempo quando não atua de forma diligente no exercício do seu poder-dever disciplinar, ou seja, a ela também se aplica o regime da prescrição, como forma de proporcionar segurança jurídica.

A prescrição no direito administrativo disciplinar serve como um obstáculo para evitar que se eternize o poder da aplicação de punições disciplinares aos servidores públicos.

O Estatuto dos Servidores Públicos – Lei 8.112/90, ao tratar do tema prescrição, estabelece no seu art. 142, o seguinte, *in verbis*:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

6 Angélica Petinan classifica o os processos administrativos disciplinares, como exemplo de processo administrativo restritivo. (PETIAN, 2011, p. 107). Porém, é imperioso ressaltar que qualquer punição funcional aplicada deve ser resultado de uma instauração de processo administrativo desenvolvido sob os postulados do contraditório e da ampla defesa.

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1o O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2o Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3o A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4o Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Considerando que as infrações disciplinares se subdividem em ilícitos administrativos puros e ilícitos administrativos penais surgiu a controvérsia de quando se aplicaria o prazo prescricional penal nos processos administrativos disciplinares. Seria apenas quando fosse configurado o crime em tese? Ou seria necessário o início da persecução penal? Quando se considera iniciada a persecução penal? E na hipótese de o prazo prescricional penal ser menor do que o prazo prescricional administrativo, qual deve ser aplicado?

Sem respostas definidas na legislação, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a solucionar essa lacuna e no exercício de sua missão de Corte Superior, responsável pela uniformização da legislação infraconstitucional definiu algumas balizas, o que será objeto de análise no próximo tópico.

3 A APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES A PARTIR DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

a) Delimitação do objeto e metodologia

Considerando os objetivos do presente estudo, optou-se pela delimitação institucional da pesquisa, especificamente em relação Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF)⁷.

A escolha do STJ se deve ao fato de que compete a essa Corte a uniformização da interpretação sobre a legislação federal, principal

⁷ Foram excluídos, portanto, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar, ante a competência específica das referidas cortes, que, em regra, não abrange a controvérsia jurídica ora analisada.

contorno da controvérsia jurídica sob exame. Por seu turno, a inclusão do STF justifica-se pela necessidade de avaliar a existência de possível viés constitucional do tema e eventual contradição com o entendimento do STJ.

Como metodologia, empregou-se a pesquisa de jurisprudência nos sítios eletrônicos dos referidos Tribunais Superiores⁸, mediante utilização de termos diversificados⁹, capazes de abarcar os julgamentos colegiados que tenham apreciado a controvérsia.

No caso do Superior Tribunal de Justiça, foram localizados 91 (noventa e um) acórdãos, proferidos entre o ano 2000 e 2020. Considerando o grande número de decisões e o objetivo de identificar o atual entendimento do STJ, optou-se por delimitar temporalmente a pesquisa, somente em relação aos acórdãos julgados a partir do ano de 2016, totalizando 28 (vinte e oito) arestos que atendiam a esse critério¹⁰.

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, foram localizados 7 (sete) acórdãos sobre a matéria em comento¹¹, sem qualquer delimitação temporal, tendo se optado pela análise de todos, diante do reduzido universo de decisões.

Os referidos julgados foram analisados e classificados de acordo com o seu posicionamento acerca de três pontos relacionados à questão jurídica sob exame: a) necessidade ou não de persecução criminal efetiva para incidência do prazo prescricional penal; b) utilização do prazo prescricional abstrato, relativo à *pena máxima cominada ao crime*, ou concreto, regulado pela pena aplicada na condenação; c) aplicabilidade de prazos prescricionais penais inferiores ao prazo administrativo genérico de 5 (cinco) anos, para infrações punidas com demissão.

Deve-se ressaltar que diversos arestos *não apresentavam posicionamento claro sobre os pontos acima, seja porque a questão não fora submetida a julgamento*¹², seja porque as circunstâncias fáticas do processo permitiam

8 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> e <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 set. 2020.

9 Termo de pesquisa utilizado: (PAD OU "PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR") PRESCR% PENAL CRIME PRAZO (PERSECU% OU DENUNCIA OU INVESTI% OU CONDEN% OU INQUÉRITO OU "AÇÃO PENAL"). Utilizou-se como operador padrão o "MESMO", conectivo que realiza a busca dos termos no mesmo campo ou subcampo do julgado.

10 Embora a pesquisa tenha retornado 29 (vinte e nove) resultados, observou-se que dois deles se referiam ao mesmo processo, apresentando dois acórdãos distintos: um sobre preliminares e prescrição, outro sobre o mérito propriamente dito (MS nº 20.857/DF).

11 Embora a pesquisa tenha retornado 8 (oito) resultados, optou-se pela retirada do mais antigo deles, MS nº 20.645, datado do ano de 1987, por ser o julgamento anterior à própria vigência do dispositivo legal sob exame (art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990).

12 Casos de julgados que não se manifestam sobre a incidência do prazo abstrato ou concreto, pois o servidor ainda não fora condenado criminalmente por ocasião do julgamento.

o deslinde da controvérsia sem necessidade de decidir sobre a matéria¹³. Nesses casos, os acórdãos foram considerados neutros.

b) Resultados e análise da jurisprudência

i. Desnecessidade de persecução criminal efetiva para aplicação do prazo prescricional penal em PAD

No tocante à controvérsia principal, observa-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores encontra-se atualmente consolidada no sentido da desnecessidade de persecução criminal efetiva para aplicação do prazo prescricional penal em PAD.

Com efeito, a análise quantitativa demonstrou que 9 (nove) julgados do STJ posicionam-se dessa forma, contra apenas 4 (quatro) contrários e 15 (quinze) neutros. Destaca-se que a consolidação da jurisprudência desse Tribunal é recente, sendo oito dos julgados nesse sentido proferidos nos anos de 2019 e 2020, ao passo que os quatro em sentido contrários *são datados do ano de 2016 ou anteriores*.

A análise qualitativa dos referidos julgados também aponta para a mesma conclusão, merecendo relevo o acórdão proferido no MS 20.857/DF, julgado pela Primeira Seção do STJ, em 22/05/2019, no qual se traçou breve histórico da mudança de jurisprudência da Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO. PRESCRIÇÃO. LEI PENAL. APLICAÇÃO ÀS INFRAÇÕES DISCIPLINARES TAMBÉM CAPITULADAS COMO CRIME. ART. 142, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990. EXISTÊNCIA DE APURAÇÃO CRIMINAL. DESNECESSIDADE. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRECEDENTES DO STF. SEDIMENTAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO SOBRE A MATÉRIA. PRESCRIÇÃO AFASTADA NO CASO CONCRETO. WRIT DENEGADO NO PONTO DEBATIDO.

1. Era entendimento dominante desta Corte Superior o de que “a aplicação do prazo previsto na lei penal exige a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do Servidor. Sobre o tema: MS 13.926/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJE 24/4/2013; MS 15. 462/DF, Rel. Min. Humberto Martins,

¹³ Casos de alguns julgados em que servidores sofriam persecução criminal, fundamento suficiente para ensejar a aplicação do prazo penal, sem se manifestar sobre a exigibilidade dessa circunstância.

DJe 22/3/2011 e MS 13.356/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 1º/10/2013”.

2. Referido posicionamento era adotado tanto pela Terceira Seção do STJ - quando tinha competência para o julgamento dessa matéria - quanto pela Primeira Seção, inclusive em precedente por mim relatado (MS 13.926/DF, DJe 24/4/2013).

3. Ocorre que, em precedente recente (EDv nos EREsp 1.656.383-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 27/6/2018, DJe 5/9/2018), a Primeira Seção superou seu posicionamento anterior sobre o tema, passando a entender que, diante da rigorosa independência das esferas administrativa e criminal, não se pode entender que a existência de apuração criminal é pré-requisito para a utilização do prazo prescricional penal.

4. Não se pode olvidar, a propósito, o entendimento unânime do Plenário do STF no MS 23.242-SP (Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 10/4/2002) e no MS 24.013-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 31/3/2005), de que as instâncias administrativa e penal são independentes, sendo irrelevante, para a aplicação do prazo prescricional previsto para o crime, que tenha ou não sido concluído o inquérito policial ou a ação penal a respeito dos fatos ocorridos.

5. Tal posição da Suprema Corte corrobora o entendimento atual da Primeira Seção do STJ sobre a matéria, pois, diante da independência entre as instâncias administrativa e criminal, fica dispensada a demonstração da existência da apuração criminal da conduta do servidor para fins da aplicação do prazo prescricional penal.

6. Ou seja, tanto para o STF quanto para o STJ, para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei n. 8.112/1990, não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor. Isso porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de apuração criminal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada à segurança jurídica. Assim, o critério para fixação do prazo prescricional deve ser o mais objetivo possível - justamente o previsto no dispositivo legal referido -, e não oscilar de forma a gerar instabilidade e insegurança jurídica para todo o sistema.

7. A inexistência de notícia nos autos sobre a instauração da apuração criminal quanto aos fatos imputados à impetrante no caso concreto não impede a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990.

8. O prazo prescricional pela pena em abstrato prevista para os crimes em tela, tipificados nos arts. 163, 299, 312, § 1º, 317, 359-B e 359-D do Código Penal (cuja pena máxima entre todos é de doze anos), é de 16 (doze) anos, consoante o art. 109, inc. II, do Código Penal.

9. Por essa razão, fica claro que o prazo prescricional para a instauração do processo administrativo disciplinar não se consumou, uma vez que o PAD foi instaurado em 7/8/2008, sendo finalizado o prazo de 140 dias para sua conclusão em 26/12/2008, e a exoneração da impetrante do cargo em comissão foi publicada em 2 de janeiro de 2014.

10. Mandado de segurança denegado no ponto debatido, com o afastamento da prejudicial de prescrição, devendo os autos retornarem ao Relator para apreciação dos demais pontos de mérito.

(MS 20.857/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2019, DJe 12/06/2019 – grifos acrescidos)

Como se vê, a referida orientação foi primeiramente firmada em sede de ação de improbidade administrativa¹⁴, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.656.383/SC, julgados em 27/06/2018, pela Primeira Seção, mediante acórdão que será retomado na análise do próximo ponto controvertido.

Ademais, nota-se que o fundamento determinante para a decisão consistiu na independência das instâncias penal, civil e administrativa, preceito que impede que a existência de persecução penal efetiva seja considerada requisito para a aplicação do prazo prescricional penal em PAD.

14 Isso se deve ao fato de que o artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.429/1990 remete ao “prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”.

Além de guardar coerência com a independência de instâncias, o entendimento é consistente com a redação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90, pois o referido dispositivo não prevê a aplicação do prazo penal em caso de apuração criminal da conduta do servidor, mas sim no caso de infrações administrativas capituladas como crimes, denotando o caráter abstrato da condição de incidência da norma.

Por seu turno, a análise quantitativa dos acórdãos do STF teve como resultado 4 (quatro) arestos no sentido da desnecessidade de persecução criminal efetiva e 3 (neutros), não havendo um único precedente em sentido contrário. Os acórdãos foram proferidos pela Segunda Turma (dois, de 2019 e 2016), Primeira Turma (2015) e Plenário (2004), cumprindo transcrever a ementa do aresto de 2015, por exprimir sinteticamente a orientação da Corte:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUCTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL. 1. Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, **independentemente da instauração de ação penal. Precedente: MS 24.013, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.**(RMS 31506 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25-03-2015 PUBLIC 26-03-2015)

Portanto, a Corte Constitucional já firmara *há* longa data entendimento idêntico ao recentemente consolidado no STJ. Ainda, identificou-se que os precedentes da Suprema Corte foram proferidos em sede de mandado de segurança, o que denota o caráter infraconstitucional da matéria e reforça a autoridade da orientação do STJ.

ii. Utilização do prazo prescricional cominado abstratamente ao crime, com acórdãos pontuais em sentido diverso

A adoção do entendimento de que a incidência do prazo prescricional penal prescinde de persecução penal efetiva aparentemente conduziria à conclusão de que o prazo a ser adotado é cominado abstratamente ao crime. Desse modo, restaria preservada a independência da instância

administrativa, não vindo uma sentença penal a produzir quaisquer efeitos sobre aquela esfera, fora das estritas hipóteses legais¹⁵.

Esse foi o entendimento adotado pela Primeira Seção do STJ, no julgamento dos já citados Embargos de Divergência no REsp nº 1.656.383/SC:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO PENAL. PENA EM ABSTRATO. OBSERVÂNCIA.

1. A contagem prescricional da ação de improbidade administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990.

2. Se a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, II), para fins de avaliação do prazo prescricional, faz remissão ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 142, § 2º) que, por sua vez, no caso de infrações disciplinares também capituladas como crime, submete-se à disciplina da lei penal, não há dúvida de que “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...] regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”, conforme expressa disposição do art. 109, caput, do Estatuto Repressor.

3. Deve ser considerada a pena in abstrato para o cálculo do prazo prescricional, “a um porque o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto. A dois (e levando em consideração a assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.” (REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/09/2010).

4. Embargos de divergência desprovidos.

15 Conforme art. 126 da Lei nº 8.112/1990, “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”.

(EDv nos EREsp 1656383/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 05/09/2018 – grifos acrescentados)

Corroborando esse entendimento, foram localizados 5 (cinco) acórdãos do STJ, todos posteriores ao julgamento dos citados embargos de divergência, sendo um da Segunda Turma e quatro da Primeira Seção, inclusive o mais recente deles¹⁶.

Não obstante, a pesquisa demonstrou que ainda há julgados do STJ sendo proferidos em sentido diverso, pela incidência do prazo prescricional concreto, no caso de já haver sentença penal proferida em relação aos mesmos fatos.

Com efeito, foram localizados 11 (onze) acórdãos do STJ aplicando o prazo prescricional concreto, quatro dos quais proferidos após o julgamento dos embargos de divergência, sendo três da Primeira Turma e um da própria Primeira Seção, abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL DO QUADRO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS - IBRAM CEDIDA AO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA DE AMBOS OS ENTES FEDERADOS PARA A APURAÇÃO DOS FATOS. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO ANTERIOR. AFASTADA A ALEGADA DUPLICIDADE DE PUNIÇÃO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PENA EM CONCRETO. PRAZOS PREVISTOS NA LEI PENAL. PENA DE DEMISSÃO APLICADA PELA MINISTRA DE ESTADO DA CULTURA. NÃO CONFIGURAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ORDEM DENEGADA.

(...) III. A prescrição segue o disposto na legislação penal quando o ilícito disciplinar é também capitulado como crime. Considerada a pena aplicada em concreto de 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, o lapso prescricional a ser aplicado é de 8

¹⁶ “(...)10. No caso, não há informação atualizada sobre o resultado da Ação Penal 5000477-52.2016.4.04.7008/PR, sendo impossível verificar o andamento do processo no Tribunal Regional Federal da 4ª Região - em segredo de justiça. Contudo, como ressaltado, tal é irrelevante para o feito, pois a pena deve ser calculada em abstrato. (...)” (MS 25.401/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2020, DJe 28/08/2020).

(oito) anos, nos termos do previsto no art. 109, IV, do Código Penal.

(...) VI. Ordem denegada.

(MS 17.590/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 13/12/2019)

Dessa forma, infere-se que a jurisprudência do STJ já se firmou no sentido da aplicação do prazo prescricional abstrato, mas não tem sido observada por acórdãos pontuais em sentido diverso, sendo possível que tais inconsistências venham a ser corrigidas ou que o entendimento outrora firmado venha a ser revisado.

Registra-se que não foram localizados precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre essa controvérsia específica.

iii. Ausência de jurisprudência firmada quanto à possibilidade aplicação de prazo prescricional penal menor do que o prazo administrativo

Por fim, constata-se ainda um terceiro ponto da questão jurídica sob exame, consubstanciado na possibilidade ou não de incidência de prazo prescricional penal menor do que o prazo administrativo genérico de 5 (cinco) anos para infrações puníveis com demissão, definido no art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/90.

Com efeito, há prazos prescricionais penais inferiores a cinco anos, de maneira que sua aplicação a infrações puníveis com demissão poderia ensejar sua redução. Essa consequência se revela presumivelmente contrária ao princípio da isonomia e à teleologia da norma, uma vez que ilícitos administrativos penais, *que ostentam* maior gravidade e reprovabilidade, teriam prazo prescricional menor do que os ilícitos administrativos puros.

Sobre esse ponto, a análise quantitativa dos acórdãos revela se tratar de questão ainda incipiente na jurisprudência dos Tribunais Superiores, *pois* localizados apenas 2 (dois) julgados do STJ e nenhum do STF sobre o tema. Confira-se ilustrativamente um deles:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. DEFERIMENTO TÁCITO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ILÍCITO TIPIFICADO COMO CRIME. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO APÓS O TRANSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NA LEI PENAL. RECURSO PROVIDO.

(...) 3. No presente caso, o agente público foi anteriormente condenado a dois anos de reclusão pelo mesmo ilícito administrativo, sendo certo que, entre a posterior instauração do Processo Administrativo, em 03/01/2001, e a publicação de seu ato demissório, em 12/06/2008, transcorreram mais de sete anos, **tempo superior ao quadriênio fixado no art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, do Código Penal Brasileiro, razão pela qual deve ser reconhecida, em favor do impetrante/recorrente, a prescrição da pretensão sancionadora da Administração Pública.**

4. Recurso ordinário a que se dá provimento para, cassando o acórdão recorrido, conceder a segurança, com efeitos funcionais desde a publicação do ato demissório e efeitos financeiros desde a impetração.

(RMS 36.941/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 29/06/2017 – grifos acrescidos)

Analisando-se qualitativamente os julgados, verificou-se que ambos aplicaram prazos prescricionais penais inferiores a 5 (cinco) anos, porém sem apresentar fundamentação para tanto. A rigor, sequer é possível identificar se a tese de impossibilidade de redução do prazo prescricional foi suscitada, pois a controvérsia não foi problematizada nos acórdãos, que aplicaram a regra de maneira automática e sem menção a argumentos contrários.

Outrossim, considerando a atualidade do julgamento, pertinente registrar a recente decisão monocrática da Ministra Assusete Magalhães, proferida no Recurso Especial nº 1.840.161/RS e publicada em 25/06/2020, na qual também foi aplicado prazo prescricional penal inferior a 5 (cinco) anos, em relação a infração administrativa disciplinar.

Ainda que possam existir outras decisões monocráticas sobre o tema, a ausência de pronunciamentos colegiados recentes, que apreciem fundamentadamente a controvérsia, denota que esse entendimento não está consolidado na jurisprudência, devendo ser avaliado futuramente pelos Tribunais Superiores.

5 CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, constatou-se que a aplicação do prazo prescricional penal em processos administrativos disciplinares, na forma do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90, é cercada de controvérsias relacionadas aos requisitos da norma, prazos efetivamente aplicáveis e hipóteses de não incidência.

Demonstrou-se que os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal são atualmente pacíficos e harmônicos no sentido da desnecessidade de persecução criminal efetiva para aplicação do prazo prescricional em processo administrativo disciplinar, bastando que a infração em abstrato seja capitulada como crime, como prevê literalmente o dispositivo legal analisado.

A jurisprudência do STF sempre foi no sentido descrito, apresentando precedentes datados dos anos de 2004 a 2019. Em que pese a jurisprudência do STJ tenha oscilado sobre o ponto durante muito tempo, a questão foi definitivamente resolvida com o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.656.383/SC e do MS 20.857/DF, pela Primeira Seção, no ano de 2019.

A controvérsia não apresenta contornos constitucionais e diz respeito essencialmente à interpretação da legislação infraconstitucional. O fundamento determinante para a orientação jurisprudencial consistiu no preceito da independência de instância penal, civil e administrativa, afirmando-se a autonomia desta última.

No tocante aos prazos efetivamente aplicáveis, nota-se que a questão também foi abordada no julgamento do EREsp nº 1.656.383/SC, tendo sido adotado o entendimento de que deve incidir o prazo prescricional cominado ao crime em abstrato.

Embora a orientação tenha sido confirmada por arestos que sucederam o referido julgamento, constatou-se que alguns acórdãos em sentido contrário ainda têm sido proferidos pelo próprio STJ, os quais podem ser considerados desvios pontuais a serem corrigidos ou uma incipiente tentativa de revisão dessa orientação.

Por fim, não foi possível detectar julgados colegiados recentes e em número suficiente que abordassem a controvérsia relacionada à possibilidade de aplicação de prazo prescricional penal menor do que o prazo administrativo, o que denota a inexistência de jurisprudência uniformizada sobre essa matéria.

Portanto, sugere-se que futuramente sejam realizados novos estudos, para reanalisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ou mesmo de outros Tribunais nacionais, quanto às controvérsias relativas à utilização do prazo prescricional penal abstrato ou concreto e à possibilidade ou não de aplicação de prazos prescricionais penais menores do que cinco anos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.656.383/SC.* Relator: Ministro Gurgel De Faria. Primeira Seção. Julgado em 27/06/2018. Brasília, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 05 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Mandado de Segurança nº 17.590/DF.* Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Primeira Seção. Julgado em 11/12/2019. Brasília, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 13 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Mandado de Segurança nº 20.857/DF.* Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Ministro Og Fernandes, Primeira Seção. Julgado em 22/05/2019. Brasília, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 12 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso em Mandado de Segurança nº 36.941/RS.* Relator: Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. Julgado em 20/06/2017. Brasília, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 29 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança nº 31.506.* Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 03/03/2015. Brasília, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 26 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo.* 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PETIAN, Angélica. *Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito.* São Paulo: Malheiros, 2011.

