

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LORENA BITELLO LOBO BARBOSA

**Reflexões acerca da Lei de Improbidade Administrativa: o prazo prescricional aplicável
aos empregados públicos da Petrobras que exercem cargos comissionados na
Companhia**

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LORENA BITELLO LOBO BARBOSA

**Reflexões acerca da Lei de Improbidade Administrativa: o prazo prescricional aplicável
aos empregados públicos da Petrobras que exercem cargos comissionados na
Companhia**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação
Getulio Vargas como requisito para a obtenção de
grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Silvana Batini Cesar Góes

Rio de Janeiro, dezembro de 2019

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Reflexões acerca da Lei de Improbidade Administrativa: o prazo prescricional aplicável aos empregados públicos da Petrobras que exercem cargos comissionados na Companhia

Elaborado por LORENA BITELLO LOBO BARBOSA

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação da professora Silvana Batini Cesar Góes, apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito na Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: **Silvana Batini Cesar Góes**

Nome do Examinador 1: **Carlos Roberto Jatahy**

Nome do Examinador 2: **Gustavo da Rocha Schmidt**

Assinaturas:

Silvana Batini Cesar Góes (Professora Orientadora)

Carlos Roberto Jatahy (Examinador 1)

Gustavo da Rocha Schmidt (Examinador 2)

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, _____ de _____ de 2019.

À minha mãe, por ser meu maior (e melhor) exemplo de ser humano e pela dose diária de amor e cuidado.

Ao Thor, um dos grandes amores da minha vida e meu fiel companheiro de muitas noites de estudo por 5 maravilhosos anos – sinto sua falta.

À minha irmã, a pessoa que mais me incentivou e acreditou em mim nos últimos 22 anos.

Ao meu pai, por todo o amor, por acreditar nos meus sonhos e por me ensinar a sonhar alto.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe: meu mais sincero obrigada. Você é a responsável pela minha inesgotável curiosidade e contínua vontade de aprender, me ensinando desde pequena sobre a importância de uma boa educação. Obrigada por ter feito tanto para que isso fosse possível. É uma vitória nossa. Você é meu porto seguro e é a primeira pessoa que eu penso quando sinto que preciso de forças. Minha gratidão eterna por ser sua filha e por poder te ter como mãe e melhor amiga nessa vida.

À minha irmã, meu grande amor e minha maior inspiração. Obrigada pelos 22 anos de ensinamentos diários. Você é o melhor exemplo que tenho de alguém que sabe curtir a vida. Agradeço todos os dias pela oportunidade de conviver com um ser humano tão incrível. Você torna tudo mais feliz, equilibrado e leve. Estaremos sempre juntas e te sinto presente em todos os momentos.

Ao meu pai, o grande responsável pela minha escolha pela FGV, meu muito obrigada. Obrigada por ter sido sempre presente, carinhoso e compreensivo. Obrigada por acreditar tanto em mim e por me fazer sentir a filha mais incrível do mundo. O seu amor e apoio foram essenciais para essa conquista.

Ao tio Renato, uma das pessoas mais doces que eu conheço. Obrigada por me fazer ver a vida com outros olhos e me ensinar tanto sobre simplicidade, bondade e paciência. O seu jeito simples de ser trouxe paz e alegria para a minha vida e eu serei eternamente grata por esse encontro que, no fundo, sei que tinha que acontecer.

Ao Ti, pelos longos anos que passamos juntos e por toda a amizade e amor que construímos. Te agradeço por todo o carinho e por toda a evolução que tive ao seu lado.

Ao Hórus Miguel, que ressignificou toda a dor da perda do Thor e trouxe, novamente, a alegria. Obrigada por ser tão doce e por me passar tanta serenidade. Você ganhou meu coração e é um dos principais motivos para que o ano tenha sido tão incrível.

À Dê: eu tenho a plena noção de que sem o seu apoio incondicional, tudo teria sido mais difícil. Obrigada por ser tão atenciosa e por cuidar tanto de mim.

À Bia e à Cela: sem vocês, isso não teria sido possível. Obrigada por me acolherem com tanto amor e carinho. Vocês fizeram muito além do necessário e eu espero que vocês saibam o quanto as amo e o quanto sou grata por tudo. Todas as vezes que eu falar de amizade, lembrarei de

vocês. Que eu possa retribuir um pouco do que vocês foram e são para mim – obrigada pela infinita dose de generosidade, cuidado e amor.

Ao Left Side, obrigada pelos últimos 5 anos. Eu não acreditava na possibilidade de criar laços tão fortes na faculdade – me enganei. Que nossos caminhos continuem cruzados e que possamos continuar a criar muitas memórias juntos. Vocês viraram uma segunda família.

Ao Matheus e à Nê, vocês sabem a importância que têm e que tiveram nos últimos anos. Muito obrigada por aguentarem comigo as tempestades dessa vida e por aproveitarem os momentos de calma. Amo vocês.

Ao Luiz: o meu mais sincero obrigada por ter mudado completamente meu ano e por acreditar tanto em mim e fazer questão de me ver crescer. Por mais difícil que pareça, você é ainda mais incrível como pessoa do que como profissional. Tenho uma admiração infinita por você. Espero me tornar ao menos um pouco do que você é.

À Silvana, sem dúvidas uma das professoras mais brilhantes com quem já tive contato nesta curta caminhada, muito obrigada pela orientação, pela paciência e pelos ensinamentos. Foi um prazer imenso ser sua aluna e orientanda.

À turma de 2015.1, agradeço por todos os momentos que passamos juntos. Vocês foram incríveis, generosos e receptivos. Que o caminho de cada um seja repleto de alegrias e conquistas. Tenho certeza de que vocês vão ganhar o mundo.

A todos os professores, funcionários e colaboradores da Fundação, em especial ao Thiago, Cris, Marília e Lucca: muito obrigada. Vocês foram fundamentais nessa jornada.

A todos que não foram citados, mas que de alguma forma contribuíram para meu crescimento, aprendizado e evolução como ser humano, aluna e profissional. Citá-los me custaria extrapolar qualquer limite razoável de páginas de agradecimento, mas saibam que agradeço de coração por tudo que fizeram.

*“Do we settle for the world as it is, or do we
work for the world as it should be?”*

— Michelle Obama, Becoming

RESUMO:

O presente artigo visa analisar qual seria o prazo prescricional aplicável às Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa contra agentes públicos que, ao mesmo tempo, são empregados públicos da Petrobrás e exercem cargo comissionado. A controvérsia em torno da definição do prazo aplicado a tais agentes decorre da incerteza sobre qual função (em sentido amplo) deve permanecer, se o emprego público ou o cargo comissionado, uma vez que a Lei nº 8.229 de 1991, (“Lei de Improbidade Administrativa”), é silente sobre essa situação. Para elucidar o problema, serão estudadas decisões sobre o prazo prescricional das ações de improbidade nas quais estão envolvidos ex-empregados públicos da Petrobras que exerciam cargos comissionados na Companhia. O trabalho defende, ao fim, a aplicação do prazo prescricional de 5 anos por entender pela prevalência do cargo comissionado, mas também assume a possibilidade de prevalência do emprego público (tal como tem decidido o Tribunal Regional Federal da 4ª Região nas ações de improbidade estudadas), situação na qual defende a aplicação analógica do prazo prescricional de 5 anos.

PALAVRAS-CHAVE

Ação de Improbidade Administrativa. Prazo Prescricional. Empregado Público. Agente Público. Cargo Comissionado. Prazo Quinquenal. Analogia. Petrobras.

ABSTRACT:

This article aims to analyze what would be the statute of limitations applicable to Civil Public Actions of Administrative Improbability against public officials who are former Petrobras' public employees and also held commissioned positions in the Company. The controversy over the definition of the limitation period that must be applied to such agents relies on the uncertainty about which position should remain, whether public employment or the commissioned position, since the provisions of Law No. 8,229 of 1991 (Administrative Improbability Law) does not set forth solutions for this specific situation. The controversy will be discussed through the analysis of the decisions regarding the limitation period applied in Civil Public Actions of Administrative Improbability that have as defendants' individuals in the abovementioned situation (former Petrobras' public employees who held commissioned positions in the Company). The article defends the application of the five-year limitation period due to the understanding that the commissioned position is the one that must predominate. However, the article also accepts the possibility of the prevalence of the public employment (as well as the decisions rendered by the Federal Regional Court of Appeals of the 4th Region, responsible for the administrative improbity actions analyzed herein), situation in which it argues for the analogical application of the five-year limitation period.

KEYWORDS

Civil Public Action of Administrative Improbability. Limitation Period. Public employee. Public Official. Commissioned position. Five-year Limitation Period. Analogy. Petrobras.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1.BREVES NOÇÕES SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	6
1.1. Dos Atos de Improbidade Administrativa previstos na Lei nº 8.429/92	6
1.2. Dos sujeitos da Lei de Improbidade Administrativa	7
1.2.1. Sujeitos passivos da Lei de Improbidade Administrativa.....	8
1.2.2. Sujeitos ativos da Lei de Improbidade Administrativa	9
2.DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS PREVISTOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	10
3.ESTUDO DE CASO – O PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL AOS EMPREGADOS PÚBLICOS DA PETROBRAS QUE EXERCIAM CARGOS COMISSIONADOS NA COMPANHIA	16
3.1. Das Ações de Improbidade Administrativa – estudo das decisões relativas aos prazos prescricionais	16
3.1.1. Ação de Improbidade de Paulo Roberto Costa	16
3.1.2. Da ação de improbidade de Eduardo Musa e Jorge Zelada	18
3.2. Natureza jurídica dos cargos ocupados pelos agentes públicos nas ações de improbidade estudadas	19
3.3. A aplicabilidade dos prazos prescricionais nos casos concretos	21
3.3.1. Caso concreto: aplicabilidade do prazo prescricional previsto no art. 23, incisos I e II	21
3.3.2. Os requisitos para aplicação do inciso II: as possíveis “leis” aplicáveis aos empregados públicos que cometam faltas disciplinares puníveis com demissão.....	22
3.3.3. A alternativa jurisprudencial: aplicação analógica da Lei nº 8.112/1990	24
4.POR QUE A ANALOGIA À LEI Nº 8.112/90 NÃO É APLICÁVEL A EMPREGADOS DA PETROBRAS?	25
4.1. Os empregados públicos não são sujeitos da Lei nº 8.112/90.....	25
4.2. Inexistência de demissão a bem do serviço público no âmbito da Petrobras.....	27
5.EMPREGADOS PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO: QUAL PRAZO PRESCRICIONAL DEVE SER APLICADO?	28
5.1. Não há omissão que enseje a utilização de analogia	29

5.2. Preponderância do exercício de cargo em comissão sobre os empregos públicos nos casos estudados	29
5.3. Da vedação à analogia in malam partem no âmbito da Lei Improbidade Administrativa.....	31
5.4. Da violação ao princípio constitucional da proporcionalidade quando da aplicação do prazo prescricional do art. 23, inciso II, nos casos concretos	32
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

Fruto de uma colonização marcada pelo emaranhamento entre as esferas pública e privada, pela busca insaciável do lucro e pela ideia de que a coisa pública tinha como único objetivo a satisfação pessoal daqueles que ascendiam ao poder, a corrupção, envolta de um ambiente absolutamente não comprometido com valores éticos, morais e voltados para o coletivo, se instaurou no Brasil.¹

Séculos depois, em junho de 1992 foi aprovada e publicada a Lei nº 8.429/92, tipicamente conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (“LIA”), oriunda da iminente necessidade de regulamentação do art. 37, §4º², da Constituição da República Federativa Brasileira (“CRFB/88”).

Apesar do considerável lapso temporal decorrente entre esses dois eventos, eles estão intrinsecamente relacionados: a corrupção há muito instaurada no país resultou, na atualidade, na urgente necessidade de criação de mecanismos capazes de combatê-la.

E é justamente dentre esses mecanismos que se encontra a Lei de Improbidade Administrativa³, cuja própria Exposição de Motivos não permite dúvidas quanto aos objetivos da referida norma:

Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima,

¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa** – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 49-51.

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em: 09/10/2019.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual** – 6ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 6.

depende de procedimento legal adequado - o devido processo legal - impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito.⁴

Recentemente, o referido diploma normativo ganhou mais holofotes com a deflagração da Operação Lava Jato, considerada a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil⁵, inicialmente responsável pela apuração de desvio em contratos firmados com a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras (“Petrobras”).

Até julho de 2019, a Operação originou 10 acusações de improbidade administrativa contra 63 pessoas físicas, 18 empresas e 3 partidos políticos, com o montante do valor total do ressarcimento ao erário (incluindo multas) pleiteado pelo Ministério Público Federal ultrapassando a cifra de R\$40 bilhões de reais.⁶

Entretanto, em que pese a importância desse mecanismo de combate à corrupção – sobretudo no âmbito da referida Operação – a Lei de Improbidade possui inúmeras lacunas que, com o julgamento de casos emblemáticos, estão cada vez mais em evidência, ensejando (re)discussões e reflexões acerca das questões controvertidas provenientes da técnica legislativa utilizada na elaboração da LIA⁷.

⁴ Ministro de Estado da Justiça. **Exposição de motivos nº EM. GM/SAA/0388 de 14 de agosto de 1991** (referente à Lei nº 8.429/1992). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaoodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 09/11/2019.

⁵ De acordo com o Ministério Público Federal: “A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a investigação já apresentou resultados eficientes, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos. O caso se expandiu e, hoje, além de desvios apurados em contratos com a Petrobras, avança em diversas frentes tanto em outros órgãos federais, quanto em contratos irregulares celebrados com governos estaduais.

Atualmente, a operação conta com desdobramentos na primeira instância no Rio de Janeiro, Distrito Federal e São Paulo, além de inquéritos e ações tramitando no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF) para apurar fatos atribuídos a pessoas com foro por prerrogativa de função. Pelo menos 12 países iniciaram suas próprias investigações a partir de informações compartilhadas por meio de acordos de cooperação internacional. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados.” (Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Entenda o caso – Operação Lava Jato). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 09/11/2019.

⁶ Os números são estritamente relacionados aos desdobramentos da Operação Lava Jato no Paraná. Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. A Lava Jato em números no Paraná – dados atualizados até 5 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 10/10/2019.

⁷ Um dos pontos mais controvertidos da Lei – igualmente debatido nas ações originadas da Operação Lava Jato – consistia na dúvida quanto à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário em casos de prática de atos de improbidade, uma vez que a lei se quedou silente quanto a este tópico. Entretanto, ainda que em caso não relacionado à Operação Lava Jato, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as ações de ressarcimento por atos de

Sem dúvidas, um dos artigos mais criticados pela doutrina é o art. 23⁸, referente aos prazos prescricionais aplicáveis às ações de improbidade administrativa. A principal problemática oriunda do referido dispositivo consiste na ausência de uniformidade no prazo prescricional, que concede tratamento diferenciado, sem razão aparente, os agentes aos quais a Lei é aplicável.⁹

Enquanto determina prazo quinquenal para os que ocupam cargos temporários na Administração Pública, a LIA não estipula prazo para os agentes que exercem emprego ou cargo efetivo na Administração Pública¹⁰, deixando à mercê de “lei específica” que puna faltas disciplinares com demissão a bem do serviço público a determinação do lapso temporal no qual ocorrerá a prescrição.¹¹

Especificamente decorrente (i) da problemática inerente ao dispositivo¹², tendo em vista que a efetividade do art. 23, inciso II depende exclusivamente de outra norma¹³, (ii) da incerteza

improbidade praticados com dolo são imprescritíveis. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852.475/SP – São Paulo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 08/08/2018. Publicação no DJE: 25/03/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15339769948&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10/10/2019

⁸ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 6933, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Último acesso em: 22/10/2019.

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do 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.

[...]”

⁹ TASSI, José Antônio. **Lei de Improbidade Administrativa: estudo sobre o prazo prescricional**. Boletim Científico ESMPU, Brasília/DF, a. 10, n. 36, Edição Especial, 2011, p. 103. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7910/06%20Jose%20Antonio%20Tassi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15/09/2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Op. cit.**, p. 113.

¹⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Op. cit.**, p. 756.

¹¹ Nesse sentido, “Com isso, deve o intérprete investigar o estatuto funcional do servidor acusado de improbidade administrativa para concluir pelo prazo prescricional a ser observado. Trata-se, a nosso ver, de técnica legislativa inadequada e que acarreta dificuldades concretas”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Op. cit.**, p. 113.”

¹² O prazo prescricional previsto no art. 23, inciso II, da LIA, assim como uma norma penal em branco, requer uma complementação concedida por outra norma, tal como estatutos próprios que prevejam a demissão como punição para faltas disciplinares. Como é aplicável também aos empregados – e a todos os entes da federação –, cria-se uma incerteza contundente acerca do prazo prescricional de cada caso concreto. Nesse sentido, “Em consequência, abre-se a possibilidade de prazos diferenciados de prescrição para as sanções de improbidade aplicadas aos servidores estatutários federais, estaduais, distritais e municipais, o que nos afigura uma afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O ideal, em nossa visão, seria a fixação de um prazo único para todos aqueles que praticam atos de improbidade [...]”.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Op. cit.**, 113.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 6933, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Último acesso em: 22/10/2019.

do funcionamento do prazo prescricional da LIA ante casos concretos e (iii) da relevância do assunto em épocas de Operação Lava Jato, na qual as decisões estão cotidianamente exposta aos escrutínios da mídia, é que torna-se urgente o tema aqui estudado.

Ante a ausência de uniformidade quanto ao prazo prescricional, surge um ululante questionamento quando da aplicação da lei a casos concretos decorrentes da Lava Jato: o que fazer, portanto, com os agentes públicos, empregados públicos da Petrobras – Sociedade de Economia Mista exploradora de atividade econômica – que exercem cargos comissionados?

A controvérsia relativa a essa questão se subdivide em duas incertezas: a primeira, referente à qual função (*lato sensu*) deve prevalecer, se o emprego público ou o cargo comissionado. Só assim seria possível determinar, *a priori*, qual o prazo aplicável. A segunda, por sua vez, decorre da hipótese de prevalência do emprego público, tal como tem ocorrido, e, diante disso, qual seria a lei específica aplicável aos empregados públicos da Petrobras.

Quanto à questão proposta, a jurisprudência pátria tem se firmado no sentido de preferir o cargo ao emprego, aplicando o art. 23, inciso II, da LIA. Dessa forma, na suposta ausência de lei aplicável, tem sido utilizada por analogia a Lei nº 8.112/90, responsável pela regulamentação do Estatuto Servidores Públicos, agentes submetidos a regime absolutamente incompatível com o regime dos empregados públicos.

Essa analogia tem, em diversos casos, propiciado a incidência do prazo previsto no art. 142, §2º¹⁴, do referido Estatuto, que prevê aplicação do prazo previsto na seara penal quando o ato ímprobo também for caracterizado como crime, como não raro ocorre no âmbito das ações de improbidade relacionadas à Operação Lava Jato, ensejando a incidência de longos prazos prescricionais.

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

[...]

II - dentro do 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.” (grifo nosso).

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/12/1990, Página 23935 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 15/11/2019.

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

[...]

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

Diante disso, o presente artigo se propõe a defender, através da análise de decisões referentes aos prazos prescricionais aplicáveis a empregados públicos da Petrobras detentores de cargos comissionados, que o prazo prescricional aplicável aos indivíduos que se encontram nessa situação deve ser o de 5 anos, seja pela aplicação do art. 23, inciso I, seja pela aplicação do art. 23, inciso II.

Para elucidar a questão, foram selecionadas ações de improbidade que tratam da problemática de forma cristalina: serão estudadas as decisões referentes ao prazo prescricional aplicado nas ações que possuem como sujeitos Paulo Roberto Costa, Eduardo da Costa Vaz Musa e Jorge Zelada – todos empregados públicos de carreira da Petrobras que passaram a exercer cargos comissionados na Companhia, como será melhor explicado em tópico posterior.¹⁵

A opção por analisar decisões decorre da necessidade de transpor a questão teórica (qual o prazo prescricional aplicável) para a prática, através do estudo sobre qual prazo prescricional está, de fato, sendo aplicado diante da omissão da Lei de Improbidade. Em suma, as decisões de 1ª instância - que determinavam a aplicação do prazo quinquenal para essa situação específica - estão sendo alteradas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, responsável por julgar as ações de improbidade administrativa da Lava Jato em trâmite no Paraná.

Dessa forma, trata-se, em última análise, não apenas da defesa da aplicação do prazo quinquenal às ações de improbidade cujos agentes se encontram na situação fático-jurídica aqui abordada, mas também de crítica fundamentada ao prazo que tem sido aplicado no caso concreto, uma vez que (i) desconsidera por completo o cargo comissionado e (ii) é pautado em norma absolutamente incompatível com a sistemática do emprego público, sem qualquer análise aprofundada sobre as particularidades do tema.

Assim, o artigo será estruturado de forma a realizar breve introdução sobre a Lei de Improbidade, seus agentes e seus prazos prescricionais para, enfim, discutir os casos concretos e defender que (i) o cargo comissionado deve prevalecer sobre o emprego público, motivo pelo qual aos agentes supracitados aplica-se o prazo quinquenal e, se assim não for entendido, (ii)

¹⁵ A busca pelas ações de improbidade e as respectivas decisões relativas ao prazo prescricional aplicável nestas ações foi realizada através de busca independente na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A escolha dos agentes públicos foi realizada através de busca em diversos sítios eletrônicos sobre quais empregados públicos detentores de cargos comissionados na Petrobras estavam envolvidos em ações de improbidade na Lava Jato.

os empregados públicos da Petrobras, exploradora de atividade econômica, se submetem ao prazo de prescrição de 5 anos por ausência de lei específica, o que implica a obrigatória aplicação analógica do art. 23, inciso I.

Dessa forma, evitar-se-ia que a inaptidão da Lei para lidar com situações específicas referentes à prescrição, tais como a supramencionada, permita o preenchimento de zonas cinzentas através de violação aos princípios norteadores do Direito Administrativo Sancionador, como será oportunamente explicado.

1. BREVES NOÇÕES SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1. Dos Atos de Improbidade Administrativa previstos na Lei nº 8.429/92

Conforme mencionado, oriunda da iminente necessidade de regulamentação do art. 37, §4º, da CRFB/88, a Lei de Improbidade Administrativa destaca-se no cenário legislativo brasileiro como um importante mecanismo de combate à corrupção¹⁶, além de atuar, por óbvio, como uma forma de controle da probidade administrativa que, na lição de Hely Lopes Meireles, consiste:

O dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos. O velho e esquecido conceito romano do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas e penais, nos seguintes termos: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (art. 37, § 4º).¹⁷

Em que pese a definição pelo art. 37, §4º, CRFB/88, de algumas sanções já aplicáveis aos agentes que agissem de forma ímproba, a LIA foi responsável pela regulamentação do tema, ampliando o rol das possíveis sanções e conferindo amplo tratamento aos atos considerados como ímprobos.

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Op. cit.**, p. 6.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** – 42. Ed. atual. até a Emenda Constitucional de 90, de 15.9.2015. – São Paulo: MALHEIROS, 2016. p. 118

Atualmente, são 4 os atos de Improbidade enumerados pela Lei: (i) os Ato de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento ilícito, (ii) os Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário, (iii) os Atos de Improbidade Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário (incluídos apenas em 2016) e, por fim, (iv) os Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública¹⁸.

Dos atos supramencionados, a jurisprudência pátria já se firmou no sentido de que (i) e (iv) dependem da presença do elemento subjetivo dolo, enquanto o ato previsto no item (ii) admite a forma dolosa ou culposa.¹⁹²⁰

1.2. Dos sujeitos da Lei de Improbidade Administrativa

Indispensável a ressalva a ser feita de que não se pretende, neste artigo, discutir as possíveis questões entorno dos sujeitos ativos e passivos da Lei de Improbidade Administrativa.

O que se intenta é, na realidade, fornecer uma breve explicação sobre os sujeitos ativos e passivos da Lei, tendo em vista, como se verá adiante, que a determinação dos sujeitos ativos depende da prévia determinação dos sujeitos passivos e que os sujeitos ativos são, se não objeto

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 6933, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Último acesso em: 22/10/2019. Artigos 9º, 10º, 10-A e 11.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Improbidade Administrativa 30/AM. Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 28/09/2011. “AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE. (...) 2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10. 3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juízes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados. 4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92).” (grifo meu)

²⁰ Quanto ao ato de improbidade previsto no item (iii), referente ao art. 10-A, inserido na Lei nº 8.429/92 em 2016, a doutrina defende que o elemento subjetivo exigido para sua configuração é dolo, uma vez que o dispositivo não determinou, tal como o art. 10 da mesma Lei, a possibilidade de caracterização do ato de improbidade na forma culposa, vide: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual – 6ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 97 e GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Op. Cit.**, p. 408.

central do presente trabalho, indispensáveis para a discussão que aqui se propõe pois o prazo prescricional das ações de improbidade depende diretamente da qualidade que goza o agente praticante do ato.

1.2.1. Sujeitos passivos da Lei de Improbidade Administrativa

Conforme lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves,

a identificação do sujeito passivo deve preceder à própria análise da condição do agente, pois somente serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei nº 8.429/1992, aqueles praticados em detrimento a) da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; b) de empresa incorporada ao patrimônio público, o que, salvo melhor juízo, denota que esse ente deixou de ter individualidade própria e suas atividades foram absorvidas pelo ente incorporador, sendo este, não aquele, o verdadeiro sujeito passivo do ato, ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) do patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivos, fiscal ou creditício, de órgão público.²¹

Disso depreende-se que a LIA optou por exaustivamente narrar os órgãos e entidades contra os quais atos de improbidade podem ser praticados, deixando claro que, se os atos referidos no tópico anterior forem praticados contra qualquer um não listados no trecho em destaque, não serão considerados atos de improbidade.

Dessa forma, consectário lógico é que deve ser, *a priori*, determinado o agente contra o qual o ato de improbidade é praticado²² para que, então, se passe à análise e identificação do sujeito ativo do ato. Isso porque se o agente contra o qual o ato foi praticado não encontrar proteção normativa, não haverá improbidade na forma da LIA.

²¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Op. cit.**, p.298.

²² *Ibidem*, p. 297.

1.2.2. Sujeitos ativos da Lei de Improbidade Administrativa

Conforme mencionado, esse tópico merece especial atenção pois se relaciona intrinsecamente com o objeto de discussão do presente artigo. Isso porque ainda que toda lei nasça com um objetivo determinado e com uma aplicabilidade direcionada, na Lei de Improbidade a determinação dos sujeitos ativo se estende para além da esfera de possibilidade de satisfação dos propósitos do diploma normativo.

Nela, a determinação do sujeito em cada caso concreto serve para a definição do prazo prescricional que será aplicável a todos aqueles que ocuparão o lugar dos réus de determinada ação de improbidade.

No caso da LIA, “os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem o auxílio de terceiros”²³. Na exata forma da referida Lei,

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta²⁴

Da leitura dos artigos supramencionados podemos, de plano, extrair duas relevantes informações: a primeira refere-se ao já mencionado fato de que a Lei determinou seus sujeitos ativos de forma entrelaçada a seus sujeitos passivos, o que se pode depreender do trecho “reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, aquele que exerce [...] nas entidades mencionadas no artigo anterior”²⁵.

A segunda, por sua vez, consiste na possibilidade de o particular também pode ser sujeito ativo de atos de improbidade administrativa, bastando, para tanto, que “induz a ou

²³ Ibidem, p. 331.

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 6933, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Último acesso em: 22/10/2019. Art. 3º

²⁵ Ibidem, Art. 2º.

concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”²⁶.

Assim, levando em conta que os sujeitos ativos são enquadrados nos agentes que exercem “mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades e os órgãos mencionados no artigo 1º e parágrafo único da LIA²⁷, pode se depreender que, em breve análise do art. 1º e seu parágrafo único, a LIA utilizou conceito muito abrangente que o Código Penal para determinar quem são os agentes públicos²⁸, como lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

nesta linha, para os fins da Lei de Improbidade, tanto será agente público o presidente de uma autarquia, como o proprietário de uma pequena empresa do ramo de laticínios que tenha recebido incentivos, fiscais ou creditícios, para desenvolver sua atividade²⁹.

Dessa forma, tem-se amplas possibilidades de agentes que possam vir a praticar atos ímprobos. Essa multiplicidade também afetou a prescrição, tendo em vista que a cada um deles poderá ser aplicado prazo prescricional distinto a depender da função exercida, como será visto adiante.

2. DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS PREVISTOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

²⁶ Ibidem, Art. 3º.

²⁷ Ibidem, Art. 1º.

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.”

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20/10/2019.

“Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)”

²⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Op. cit.**, p. 332.

Conforme mencionado, os prazos prescricionais previstos na LIA levam em conta o vínculo que o agente público possui com a Administração Pública – se temporário ou efetivo.

Nesse sentido,

A individualização do lapso prescricional no âmbito da LIA é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Em vista disto, a Lei de Improbidade estabelece dois prazos distintos de prescrição para a ação civil de improbidade administrativa.³⁰³¹

Tais prazos estão perfeitamente dispostos no art. 23 da LIA. Veja:

"Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do 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.

[...]”³²

De acordo com essa definição, não restam dúvidas quanto ao prazo aplicável àqueles que exercem mandato, cargo em comissão ou função de confiança: tais agentes estarão impreterivelmente submetidos a prazo prescricional de 5 anos.

Entretanto, situação distinta atinge os servidores e empregados relacionados no inciso II. Na forma clara do próprio dispositivo, é necessário o preenchimento concomitante de três requisitos para determinação do prazo prescricional: (i) em primeiro lugar, é necessária a existência de lei específica que abarque a classe, (ii) em segundo, a referida lei deve dispor

³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, [et al.]. **Comentários à lei de improbidade administrativa**: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.060.529/MG – Minas Gerais. Órgão julgador: 2.ª T. Julgamento em: 08.09.2009, rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 18.09.2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6045471/recurso-especial-resp-1060529-mg-2008-0112461-8/inteiro-teor-12175982?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19/10/2019.

³² Há um terceiro prazo prescricional previsto no art. 23, inciso III da LIA. Entretanto, o inciso foi suprimido pois destoa do objeto de estudo do presente artigo.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 6933, 3 jun. 1992.

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”

sobre faltas disciplinares puníveis com demissão e, por fim, (iii) a demissão prevista deve ser a bem do serviço público.

Certamente, todos esses requisitos culminam, em última instância, na ausência de leis específicas capazes de determinar a prescrição em alguns casos concretos.

Na forma como foi redigido, o artigo 23 não abarca todas as hipóteses com as quais terá que lidar o operador do direito, além de ser alvo de inúmeras críticas por conta da ausência de uniformidade referente ao prazo prescricional de agentes da mesma classe (servidores municipais, estaduais, federais), que viola diretamente o princípio da isonomia.³³

Em tema tão crítico quanto a prescrição que, nas palavras de Pontes de Miranda “serve[m] à paz social e à segurança jurídica”³⁴, é de extrema sensibilidade a discussão do prazo que o Estado possui para responsabilizar um indivíduo por improbidade, matéria que carrega consigo penas demasiado – e justificadamente – severas.

Uma das hipóteses não previstas pela Lei de Improbidade diz respeito, em específico, ao tema do presente artigo. Perante os prazos prescricionais distintos previstos para cargos efetivos e para cargos comissionados, qual seria o prazo aplicável para agentes que cumulam ambos³⁵³⁶?

³³ PEREIRA, Wilson Medeiros, SILVA, Marco Felipe Durães. **A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA PRESCRICIONAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA RELEITURA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA ACTIO NATA**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, Junho, 2018. P. 491. “No que concerne ao art. 23, II, aponta-se a violação à isonomia decorrente da distribuição da previsão prescricional pelos diversos estatutos de servidores, o que acaba por desencadear a possibilidade de injusto tratamento para a mesma conduta, uma vez que um ente da Administração pode dar à matéria um tratamento mais rigoroso do que outro ente, de forma que os subordinados ao estatuto de servidores daquele serão mais prejudicados que os subordinados ao estatuto de servidores deste, ainda que idêntica seja a conduta”

³⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas. BookSeller, 2000. vol. VI. P. 137.

³⁵ Vale ressaltar que, nesse ponto, não se trata de cumulação indevida de cargo. Notadamente, a doutrina e a jurisprudência pátria reconhecem a possibilidade de cumulação de cargos quando há remuneração apenas pelo exercício de uma das atividades acumuladas. Nesse sentido:

MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. Cit.**, p. 420. “A proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Assim, como veda a acumulação remunerada, inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou empregos do serviço público desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades acumuladas”.

³⁶ No mesmo sentido:

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.023486-0. Juiz Federal Convocado Leopoldo Muylaert. Órgão julgador: Sexta Turma Especializada. Data de Julgamento: 29/11/2010. Data de Publicação: 03/12/2010. “[...]1- A Constituição Federal somente veda a acumulação de cargos e empregos públicos quando houver remuneração de ambos. [...] 2- O referido dispositivo constitucional (art. 37, XVI, da CF/88) não impede a multiplicidade de vínculos funcionais com o serviço público, mas a remuneração pelo exercício de mais de um cargo estatal. A proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser

Diante da lacuna, veja o r. entendimento do Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, precursor de entendimento emblemático sobre o tema³⁷:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. LEI N. 8.429/92, ART. 23, I E II. CARGO EFETIVO. CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO COMISSIONADA. EXERCÍCIO CONCOMITANTE OU NÃO. PREVALÊNCIA DO VÍNCULO EFETIVO, EM DETRIMENTO DO TEMPORÁRIO, PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Duas situações são bem definidas no tocante à contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa: se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo a quo no primeiro dia após a cessação do vínculo; em outro passo, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.429/92.

2. Não cuida a Lei de Improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado.

3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Doutrina.

4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, no caso de vínculo definitivo como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias como as comissionadas desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo.

5. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.

6. Recurso especial provido, para reformar o acórdão do Tribunal de origem em que se julgaram os embargos infringentes (fl. 617) e restabelecer o acórdão que decidiu as apelações (fl. 497).

interpretada ampliativamente, como deseja a Administração. Assim, não existindo remuneração de um deles, por força de licença para tratar de interesses particulares, não existe desrespeito à norma constitucional. [...]”. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17875766/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-200651010234860-rj-20065101023486-0>. Acesso em: 12/10/2019.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.060.529/MG – Minas Gerais. Órgão julgador: 2.^a T. Julgamento em: 08.09.2009, rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 18.09.2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6045471/recurso-especial-resp-1060529-mg-2008-0112461-8/inteiro-teor-12175982?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19/10/2019.

Dessa forma, o critério adotado para determinar a vinculação a um prazo ou outro foi, no caso do STJ, a vinculação permanente com a Administração Pública, que ocorre apenas no caso do cargo efetivo.

Nessa hipótese, a situação parece facilmente resolvida: aplica-se o prazo previsto para a prescrição de punição a bem do serviço (art. 23, inciso II), usualmente previstas nos estatutos aplicáveis a determinada categoria de servidores públicos³⁸.

Assim, *prima facie*, parece estar resolvida uma das controvérsias objeto do presente artigo³⁹ – relativo à prevalência no caso de exercício concomitante de cargo efetivo e de cargo comissionado. Todavia, a problemática não se resolve de forma tão simples.

Nesse sentido, vale ressaltar a pertinente análise realizada por José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

Situação que pode causar alguma dúvida é aquela relativa à prescrição quando o servidor, além de seu cargo efetivo, desempenha, simultaneamente e ao tempo da prática do ato de improbidade, alguma função de confiança ou ocupa cargo em comissão. A lei foi silente a respeito. Levando-se em consideração que o servidor efetivo, ao ser investido em cargo em comissão ou função de confiança, passa a desempenhar as funções destes últimos postos, eventual ato de improbidade decorrerá rigorosamente dessas funções, e não das atribuídas ao cargo efetivo. Assim, deve aplicar-se o art. 23, I, da LIA, sendo de cinco anos o prazo prescricional.⁴⁰

³⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, [et al.]. **Op. cit.**

“Já para os servidores em regime de contratação efetiva por concurso público que ocupem cargos ou empregos públicos, o prazo prescricional obedecerá o quanto disposto no estatuto funcional (federal, estadual, distrital ou municipal) sobre a falta funcional cometida. De acordo com o art. 142 da Lei 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União), a ação disciplinar prescreverá: (a) em 5 (cinco) anos, quando às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão [...] As infrações disciplinares, também capituladas como crime, seguirão os prazos previstos na legislação penal (art. 142, §2.º, da Lei 8.112/1990 c.c art. 109 do CP).”

³⁹ O presente artigo visa, como mencionado, estudar o prazo prescricional aplicável aos empregados públicos da Petrobras que exercem cargos comissionados na Companhia. Assim, a temática divide-se em duas questões: a primeira, referente a qual cargo deve prevalecer e a segunda diz respeito ao estudo do prazo aplicável no caso de prevalência do emprego público.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. P. 785

De forma geral, essa crítica tanto se aplica ao cargo efetivo como ao emprego público, uma vez que tanto neste como naquele os atos reputados ímprobos estão intrinsecamente relacionados ao exercício de cargo em comissão.

Além disso, especificamente em relação ao empregado público, poder-se-ia afastar a aplicação da referida jurisprudência também pelo fato de ela não tratar de emprego público, mas apenas de cargo efetivo, situação jurídica distinta, na qual o vínculo com a Administração Pública é pautado na estabilidade⁴¹.

Nesse sentido, veja a distinção feita por Hely Lopes Meirelles:

Os empregados públicos são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT, daí serem chamados de "celetistas". Não ocupam cargo público e sendo celetistas, não têm condição de adquirir a estabilidade constitucional (CF, art. 41), nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar, como os titulares de cargo efetivo e os agentes políticos [...]⁴²

Dessa forma, ao afastar a aplicação da jurisprudência, pode-se argumentar pela aplicabilidade do prazo quinquenal previsto para o cargo comissionado aos empregados públicos.

Entretanto, ainda que se considere a aplicabilidade da jurisprudência aos empregados – o que se admite apenas a título de argumentação –, o prazo aplicável ainda assim seria o

⁴¹ Ibidem., p. 785. “Reza o art. 41 da CF que são estáveis os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Por sua vez, dita o § 1º do mesmo dispositivo que é condicionada e limitada a perda do cargo no caso de servidor estável. Esses elementos indicam que o instituto não se aplica aos servidores trabalhistas. A nomeação e o cargo, já o consignamos, são figuras somente compatíveis com o regime estatutário, e guardam inteira incompatibilidade com o regime trabalhista. Este regime é contratual e, com tal natureza, não se processa qualquer nomeação nem o servidor ocupa cargo algum. No regime trabalhista ora vigente sequer subsiste o instituto da estabilidade trabalhista, como já houve anteriormente.”

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. cit.**, P. 388-389. No mesmo sentido, veja: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 526. “[...] a partir da Emenda nº 19, que só assegura estabilidade ao servidor nomeado para cargo de provimento efetivo, não mais se justifica a outorga de estabilidade ao servidor celetista, que é contratado (e não nomeado) para emprego (e não cargo). A distinção entre cargo e emprego resulta claramente da Constituição, especialmente do artigo 37, I, II e VIII, e também do respectivo regime previdenciário. Os ocupantes de emprego são beneficiados com os direitos sociais previstos no artigo 7º (proteção contra despedida arbitrária, seguro-desemprego, fundo de garantia), não assegurados aos servidores estatutários.”

quinquenal, pela ausência de lei específica aplicável a essa categoria, como será discutido adiante.

3. ESTUDO DE CASO – O PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL AOS EMPREGADOS PÚBLICOS DA PETROBRAS QUE EXERCIAM CARGOS COMISSIONADOS NA COMPANHIA

As ações de improbidade que serão estudadas neste artigo consistem em desdobramentos da Operação Lava Jato e possuem como sujeitos ativos ex-empregados públicos de carreira da Petrobras que, na época dos fatos alegados nas ações de improbidade, exerciam cargos comissionados na referida Companhia

Ambas as ações e agravos escolhidos foram selecionados através de busca jurisprudencial no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, “TRF-4” com as palavras chave “improbidade administrativa”, “prazo prescricional” e o nome dos agentes que, dentre outros envolvidos na Operação Lava Jato, ostentavam a qualidade de empregados e detentores de cargos comissionados.

Dentre os múltiplos resultados, foram selecionados dois agravos que tratavam da discussão acerca do prazo prescricional das ações de improbidade quando os agentes públicos eram empregados de carreira, mas, em algum momento, passaram a exercer os cargos comissionados descritos abaixo.

3.1. Das Ações de Improbidade Administrativa – estudo das decisões relativas aos prazos prescricionais

3.1.1. Ação de Improbidade de Paulo Roberto Costa

Paulo Roberto Costa é ex-empregado público e ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, tendo ingressado na estatal em 1977 e exercido o cargo comissionado entre os anos de 2004 e 2012.

Em que pese as múltiplas ações de improbidade ajuizadas contra ele, estuda-se aqui especificamente a ação de improbidade nº 5057144-14.2018.4.04.7000, relacionada aos atos de corrupção, cartelização e ao esquema de propina adotado quando Paulo Roberto Costa exercia o referido cargo de Diretor na Sociedade de Economia Mista.

Nessa ação de improbidade, o Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap decidiu pela prescrição da ação em relação a Paulo Roberto Costa por entender pela prevalência do cargo comissionado. Nos termos da decisão,

De fato, a jurisprudência tem-se manifestado no sentido de que o prazo de prescrição em ação civil de improbidade referente aos empregados públicos deve seguir o prazo previsto no regime estatutário do ente federado a que pertencente a estatal [...] O que se percebe, portanto, é que a jurisprudência tem aplicado, por analogia, o prazo previsto no estatuto disciplinar do ente federado ao qual pertence a estatal regida pelo direito privado, diante da omissão prevista no art.23, II da Lei 8.429/92.14 [...] Sucede, porém, que, no caso concreto, não há se falar em omissão, a fim de colmatar a lacuna com outro preceito. Isso porque, de maneira clara, há prazo aplicável àquele que pratica ato de improbidade no exercício de cargo comissionado: art.23, I da Lei 8.429/92. como Paulo Roberto Costa saiu há mais de cinco anos da diretoria de abastecimento, é forçoso o acolhimento da prescrição da presente demanda, o que se aplica, por consequência, aos particulares⁴³.

Entretanto, o entendimento foi reformado através de agravo da Petrobras⁴⁴, da relatoria da Ministra Vivian Galvão:

Com efeito, em relação aos agentes exercentes de mandato, cargo em comissão ou função de confiança, a pretensão punitiva prescreve em cinco anos, a contar da cessação do respectivo exercício. Já para os agentes públicos, titulares de cargo ou emprego público efetivo, o prazo prescricional corresponde àquele previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (Lei n.º 8.112/1990 - as faltas disciplinares puníveis com pena de demissão prescrevem em cinco anos, contados da data em que o fato tornou-se conhecido (art. 142, I, e art. 142, §

⁴³ BRASIL. Justiça Federal do Paraná. Ação de Improbidade Administrativa: AIA nº 5057144-14.2018.4.04.7000. Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701549036161260700048862574227&evento=758&key=d88aa20a808ed60ba0de5ed22260e169c372dceb4fa6e076bc70424f1548b52a&hash=4443b21b1868312ff875d31b2adbaa5c. Acesso em: 15.10.2019.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento. AgInst nº 5008486-70.2019.4.04.0000. Min. Relatora Vivian Josete Pantaleão. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000971233&versao_gproc=241&crc_gproc=90254093&t.

1º), porém, se a infração também for capitulada como crime, aplica-se o prazo de prescrição previsto na lei penal.

Sem realizar qualquer análise sobre a situação peculiar de Paulo Roberto Costa (empregado público detentor de cargo comissionado), a relatora optou por simplesmente aplicar o prazo prescricional previsto no Estatuto dos Servidores Públicos, normativo absolutamente incompatível com o regime celetista ao qual os empregados de sociedade de economia mista (tal como a Petrobras) se sujeitam⁴⁵.

3.1.2. Da ação de improbidade de Eduardo Musa e Jorge Zelada

Eduardo Musa e Jorge Zelada são ex-empregados públicos de carreira da Petrobras.

Musa tornou-se Gerente-Geral da área internacional da Companhia em 2006 e se aposentou em janeiro de 2009, ainda no cargo⁴⁶. Já Jorge Zelada ingressou na Petrobras em 1980 e tornou-se Diretor Internacional em 2008⁴⁷, deixando a Companhia e a Diretoria Internacional em 2012⁴⁸.

Ambos são réus na ação de improbidade nº 5027641-79.2017.4.04.7000, em trâmite na Justiça Federal do Paraná.

Apesar da decisão de deferimento do bloqueio liminar suscitado pelo Ministério Público não ter abordado a matéria de prescrição em relação aos agentes, o particular envolvido nesta

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. cit.**, p. 785. “Para concretizar mais um dos vetores do projeto de reforma administrativa do Estado, iniciado pela EC n o 19/1998, o Governo Federal fez editar a Lei n o 9.962, de 22.2.2000, disciplinando o que o legislador denominou de regime de emprego público, que nada mais é do que a aplicação do regime trabalhista comum à relação entre a Administração e o respectivo servidor. [...] Prevê que o regime de emprego público será regido pela CLT (Decreto-lei n o 5.452/1943) e pela legislação trabalhista correlata, considerando-as aplicáveis naquilo que a lei não dispuser em contrário (art. 1º). Dessa ressalva, infere-se que a Lei n o 9.962 é a legislação básica e que as demais haverão de ter caráter subsidiário: só prevalecem se forem compatíveis com aquela. [...] A lei não submete a seu regime os servidores estatutários regidos pela Lei n o 8.112/1990 [...]”.

⁴⁶ Termo de declaração nº 3 – Consórcio Integra – OSX E MENDES JUNIOR. Colaborador: Eduardo Musa. 20.08.2015. Informação disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/09/1_OUT8-dela%C3%A7%C3%A3o-de-musa-sobre-osx-consorcio-integra.pdf. Acesso em: 16.10.2019.

⁴⁷ Relações com Investidores. Mudanças na Diretoria Executiva- Petrobras. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/7527/c-7527-ptb.html>. Acesso em: 15.10.2018

⁴⁸ VALOR ECONÔMICO. Zelada reafirma em CPI que não teve influência em compra de Pasadena. 06.08.2014. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2014/08/06/zelada-reafirma-em-cpi-que-nao-teve-influencia-em-compra-de-pasadena.ghtml>. Acesso em: 10.10.2019.

ação de improbidade agravou do deferimento da medida de bloqueio liminar e alegou prescrição da pretensão punitiva em seu favor⁴⁹.

Ante a alegação da agravante – que se baseou no prazo prescricional aplicável a Jorge Zelada e Eduardo Musa, uma vez que ao particular em ação de improbidade é aplicável o prazo previsto ao agente público⁵⁰ - o relator, no mesmo sentido da reforma ocorrida no agravo da Petrobras, determinou a aplicação do art. 23, inciso II, da LIA, aplicando analogicamente o Estatuto dos Servidores Públicos sem realizar qualquer abordagem sobre a especificidade do caso em tela.

Entretanto, esse entendimento não deve prevalecer. Em primeiro lugar, pela prevalência do cargo comissionado sobre o emprego público, vez que os atos reputados ímprobos são oriundos dos atos de gestão, intrínsecos e indissociáveis dos cargos ocupados pelos agentes públicos, não havendo, portanto, omissão a ser sanada. Em segundo, porque a analogia realizada de forma automática aplica aos empregados um diploma normativo incompatível com a relação jurídica que eles possuem com a Administração Pública e, se determinada a prevalência pelo emprego público, deve-se aplicar a analogia mais benéfica, qual seja, o prazo previsto no art. 23, inciso I.

3.2. Natureza jurídica dos cargos ocupados pelos agentes públicos nas ações de improbidade estudadas

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento. AgInst nº 50159366420194040000. Min. Relator Rogerio Fraveto. “Segundo o entendimento de que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude, e de que o prazo prescricional da ação de improbidade referente à Vantage International e aos demais corréus seria de 5 (cinco) anos, contados a partir da saída do último agente público supostamente envolvido nos ilícitos apurados na ação de improbidade, afirma que estaria prescrita a pretensão. Sustenta que, consoante a narrativa do MPF e da União, dois agentes públicos estariam envolvidos no alegado esquema de pagamento de propina: (i) Eduardo Musa, então Gerente da Área Internacional da Petrobras, que saiu da estatal em fevereiro de 2009; e (ii) Jorge Zelada, que, à época, atuava como Diretor Internacional da Petrobras, e pediu renúncia do cargo no dia 20.07.12. Defende que o prazo prescricional da Vantage International seria de 5 (cinco) anos contados a partir de 20.07.12, data em que Jorge Zelada – último agente supostamente envolvido nos ilícitos a se desligar da Petrobras – foi exonerado. Dessa forma, alega ser possível aferir que o prazo prescricional do exercício da pretensão contra a agravante teria se findado no dia 20.07.17”. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000971233&versao_gproc=241&crc_gproc=90254093&t. Acesso em: 10.10.2019.

⁵⁰ STJ, AgRg no REsp 1.541.598/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13/11/2015

Nas ações de improbidade supramencionadas, figuram como réus agentes envolvidos na Lava-Jato que eram empregados públicos concursados da Petrobras, mas, à época dos fatos compreendidos como ímprobos, ocupavam cargos de gestão.

O art. 20 do atual Estatuto Social da Petrobras estabelece que a Diretoria Executiva da Companhia – da qual fazem parte os cargos de Diretor Internacional e de Abastecimento - é eleita pelo Conselho de Administração e possui um prazo de gestão máximo de 2 (dois) anos. Assim, sendo um cargo de livre nomeação e exoneração e temporário, é indiscutível sua natureza jurídica de cargo em comissão⁵¹⁵².

Já em relação ao cargo de Gerente Geral da área internacional exercido por Eduardo Musa, uma leitura sistemática do Estatuto da Companhia permite concluir se tratar de cargo comissionado.

A previsão do art. 49 do referido diploma é no sentido de que as funções da Administração Superior – que abarcam as funções gerenciais – vinculadas tanto ao Conselho de Administração como à Diretoria Executiva serão excepcionalmente atribuídas a pessoas que não integrem o quadro permanente da Companhia – indicando ser possível a nomeação para cargos gerenciais de pessoas estranhas ao quadro efetivo da Petrobras⁵³.

⁵¹ Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. 27.04.2017. Disponível em: <http://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 17.10.2019.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. cit.**, 721. “Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).”

⁵³ Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. 27.04.2017. Disponível em: <http://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 17.10.2019. “Art. 49- As funções da Administração Superior e as responsabilidades dos respectivos titulares serão definidas no Plano Básico de Organização da Companhia. [...] §2º- As funções a que se refere o caput deste artigo, vinculadas à Diretoria Executiva ou aos seus membros, poderão, mediante proposta e justificativa da Diretoria Executiva e aprovação do Conselho de Administração, de forma excepcional, ser atribuídas a técnicos ou especialistas que não integrem o quadro permanente da Companhia, por meio de contratos de livre nomeação e exoneração.”

Além disso, os artigos 34⁵⁴ e 36⁵⁵ determinam que a Diretoria Executiva é responsável pela indicação e formalização das designações para funções gerenciais. Nesse sentido, tal como o cargo de diretor, a função gerencial ostenta características como (1) possibilidade de ser destinada a pessoas que não fazem parte do quadro efetivo da Petrobras e (2) livre nomeação pela Diretoria, sua natureza jurídica também é de cargo em comissão.

3.3. A aplicabilidade dos prazos prescricionais nos casos concretos

Conforme estudado, o art. 23 da LIA estabelece diferentes prazos prescricionais a depender do sujeito passivo da ação de improbidade administrativa: o inciso I dispõe sobre o prazo prescricional aplicável aos detentores de mandato e ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança, enquanto o inciso II determina o prazo aplicável àqueles que estejam no exercício de cargo efetivo ou emprego e que possam cometer faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

3.3.1. Caso concreto: aplicabilidade do prazo prescricional previsto no art. 23, incisos I e II

Como os agentes das ações de improbidade aqui estudadas exercem cargo em comissão, há perfeita subsunção à hipótese do art. 23, inciso I, visto que o único requisito para aplicação do dispositivo é o exercício do cargo qualificado. Dessa forma, Paulo Roberto Costa, Zelada e Musa estariam sujeitos a um prazo prescricional de 5 anos contados da data do fim do exercício dos respectivos cargos de Diretor de Abastecimento, Diretor Internacional e Gerente Geral.

Trata-se, no caso, tal como reconhecido na decisão de 1º grau da ação de improbidade ajuizada contra Paulo Roberto Costa, de uma simples subsunção do fato à norma – não há dúvidas quanto à aplicação.

⁵⁴ Ibidem. “Art. 34- Compete à Diretoria Executiva: [...] e) a indicação dos Gerentes Executivos da Companhia, com base nos critérios estabelecidos pelo Conselho de Administração.”

⁵⁵ Ibidem. “Art. 36- Compete, individualmente: [...] §9º – Ao Presidente e a cada Diretor Executivo, dentre as áreas de contato descritas no Plano Básico de Organização; [...] II- admitir e demitir empregados e formalizar as designações para cargos e funções gerenciais;”

Entretanto, também seria possível cogitar da aplicação do inciso II ao caso em tela, por ser aplicável àqueles que exerçam emprego público, visto que todos os agentes também eram empregados públicos da Petrobras.

Contudo, diferentemente do que ocorre no inciso I, a incidência do inciso II requer considerar outros elementos além do simples exercício de emprego público, razão pela qual a exegese do inciso I deve prevalecer na presente hipótese, como será detalhado a seguir.

3.3.2. Os requisitos para aplicação do inciso II: as possíveis “leis” aplicáveis aos empregados públicos que cometam faltas disciplinares puníveis com demissão

Em sua literalidade, o inciso II prevê que as ações de improbidade podem ser propostas “dentro do 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”. Dessa forma, há dois requisitos para a incidência do inciso II, quais sejam: (i) deve ser um caso de exercício de cargo efetivo ou emprego e (ii) os agentes no exercício de cargo ou emprego devem, também, ser sujeitos passivos de uma determinada lei que preveja a imposição de faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Nas ações estudadas, como já mencionado, os agentes públicos envolvidos na ação de improbidade são empregados públicos da Petrobras, sociedade de economia mista sujeita ao regime jurídico de direito privado. É doutrinaria e jurisprudencialmente pacífico que, diferentemente dos servidores públicos, a legislação aplicável aos empregados públicos é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁵⁶, visto que eles não gozam de prerrogativas próprias dos servidores, como, por exemplo, a estabilidade. Ainda, a aplicação da CLT está expressamente prevista no art. 47 do Estatuto da Petrobras, que determina que seus empregados estão sujeitos 1) à aplicação da legislação do trabalho, 2) aos regulamentos internos da

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 388-389. “Os empregados públicos são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT, daí serem chamados de “celetistas. Não ocupam cargo público e sendo celetistas, não têm condição de adquirir a estabilidade constitucional (CF, art. 41), nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar, como os titulares de cargo efetivo e os agentes políticos [...]”

Companhia e 3) às normas legais aplicáveis aos empregados das sociedades de economia mista, nesta ordem.

Dessa forma, como o prazo prescricional aplicável no caso de emprego público depende do prazo das sanções puníveis com demissão previstas em lei específica, a primeira lei supostamente aplicável capaz de determinar esse prazo seria a própria CLT, a qual, no entanto, não prevê termo específico para tal hipótese.

Há quem entenda que o prazo prescricional extraído da CLT é o prazo de 30 (trinta) dias, previsto no art. 853⁵⁷, que determina que o empregador deve ajuizar em 30 (trinta) dias o inquérito para apuração de falta grave de empregado estável. Como a falta grave é um dos motivos que pode justificar a demissão, utilizar-se-ia esse prazo a fim de suprir a falta de um prazo que se aproxime do exigido pelo art. 23, inciso II, LIA, que trata expressamente de um prazo prescricional para faltas disciplinares previsto em lei específica.

Entretanto, há precedente do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual prazo da CLT não é aplicável pois, além de se tratar de prazo decadencial – e não prescricional –, trata de situação que não se amolda ao previsto na LIA⁵⁸: conforme mencionado, enquanto a LIA prevê que a lei discipline sobre faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, a CLT dispõe apenas de prazo para o empregador apresentar reclamação contra o empregado por falta grave vinculada à relação de trabalho.

Assim, excluída a hipótese de a lei prevista no inciso II ser a CLT, e levando em consideração o conceito de “lei” em sentido amplo, pode-se recorrer às normas internas da Petrobras, notadamente o Guia de Conduta, o qual prevê que o descumprimento das orientações previstas sujeitará o “infrator” à aplicação das medidas e sanções administrativas pertinentes, que, de acordo com o Estatuto da Petrobras, podem ser, dentre outras, a demissão (art. 36, §9º, inc. I). Vale ressaltar, inclusive, que, apesar da previsão da demissão como sanção para agentes

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DO, seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

“Art. 853 - Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado.”

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 19.264/SP – São Paulo. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 19/04/2012

públicos, nenhum dos envolvidos nas ações de improbidade da Petrobrás foi submetido a tal penalidade pelos fatos narrados na ação de improbidade administrativa.

Entretanto, apesar da existência do supramencionado Guia, específico em relação à Petrobras, a jurisprudência tem optado por aplicar a Lei nº 8.112/90, em que pese a literalidade do disposto na própria Lei quanto à sua aplicabilidade exclusiva aos servidores públicos, isto é: aqueles regidos pelo regime estatutário, absolutamente distinto do que ocorre com os empregados da Petrobras (ou de qualquer outra estatal exploradora de atividade econômica), regidos pela CLT⁵⁹.

3.3.3. A alternativa jurisprudencial: aplicação analógica da Lei nº 8.112/1990

Em julgado emblemático, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.366.167/RS, decidiu pela aplicação analógica da Lei nº 8.112/90 aos empregados públicos. Na origem, a 3ª Turma do TRF4 havia determinado, em razão da inexistência da lei específica aplicável a empregados públicos de que trata o art. 23, inciso II, da LIA, que ao empregado fosse aplicado, analogicamente, o prazo prescricional de 5 anos, conforme art. 23, inciso I, do mesmo diploma.

No presente caso, que se distingue em alguns pontos do caso paradigma, há dois principais pressupostos que foram utilizados para justificar a aplicação da Lei nº 8.112/90: o primeiro é que Paulo Roberto Costa, Musa e Zelada devem ser considerados como empregados públicos, apesar de exercerem cargo comissionado.

O segundo é que não há, no âmbito da legislação aplicável aos empregados públicos de Estatais, lei que preveja a possibilidade de demissão como sanção, conforme exige o art. 23, inciso II, da LIA, e, por isso deve ser aplicada a Lei nº 8.112/90 - que trata de regime jurídico distinto do aplicável aos empregados.

⁵⁹ Corregedoria-Geral da União. **Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais**. Brasília, agosto de 2018, p. 9. “Na condição de estatutários, os servidores, ao tomarem posse no cargo que ocupam, passam a aderir a um regime previamente estabelecido em lei que só pode ser modificado unilateralmente. Como bem aponta Di Pietro, não existe possibilidade de modificação das normas ali dispostas por meio de contrato, uma vez que são de ordem pública, cogentes e não derogáveis pelas partes. Nesse sentido, distanciam-se dos empregados que mantêm vínculo trabalhista, ao não possuírem direito adquirido frente a alterações que porventura venham a ocorrer no regime ao qual se submeteram.”

Dessa forma, aplicar-se-ia o art. 142, §2º da Lei nº 8.112/90⁶⁰, que determina que será aplicado o prazo prescricional previsto no Código Penal às infrações disciplinares capituladas também como crime. Como os fatos da ação de improbidade em tela também são tipificados como corrupção passiva na esfera penal (havendo, inclusive, sentença condenatória naquela esfera), conforme já mencionado, o termo prescricional seria o mesmo previsto naquele âmbito (16 anos), como entendeu o Des. Relator Rogerio Favreto nos autos da ação de improbidade de Jorge Zelada e Eduardo Musa.

A princípio, a lógica foi a mesma utilizada no julgamento do REsp supramencionado, no qual o STJ preencheu a suposta lacuna legislativa sobre o tema com a remissão analógica da Lei nº 8.112/90 de forma automática, sem se debruçar sobre a distinção entre os regimes e sem analisar qualquer outra possibilidade de analogia mais benéfica.

Entretanto, enquanto no STJ o caso referia-se exclusivamente a empregado público (não detentor de cargo comissionado), nas ações estudadas há cumulatividade do emprego com o cargo comissionado. Diante de situação tão específica, é imprescindível uma análise mais profunda sobre o tema – uma vez que além da problemática sobre qual cargo deve prevalecer, há também a questão sobre qual é a lei específica aplicável ao empregado.

De qualquer maneira, a ausência de maior aprofundamento sobre o tema impediu a análise cuja conclusão, em última instância, seria pela impossibilidade de aplicação analógica da Lei nº 8.112/90, uma vez que ela não é direcionada aos empregados públicos.

4. POR QUE A ANALOGIA À LEI Nº 8.112/90 NÃO É APLICÁVEL A EMPREGADOS DA PETROBRAS?

4.1. Os empregados públicos não são sujeitos da Lei nº 8.112/90

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/12/1990, Página 23935 (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 18/10/2019.

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

[...]

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

A analogia à Lei nº 8.112/90 não deve prevalecer porque o referido diploma não abrange o regime jurídico aplicável aos empregados públicos, sobretudo aos empregados de sociedades de economia mista, cujo tratamento é dispensado pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

De acordo com seu próprio preâmbulo, a Lei nº 8.112/90 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, excluindo-se de forma expressa sua aplicabilidade aos empregados públicos.⁶¹

Paulo Roberto Costa, Musa e Zelada não são servidores públicos – como já mencionado, os servidores públicos tratados pela Lei são aqueles estatutários - e, também, ainda que fossem considerados servidores, seriam “servidores” de sociedade de economia mista, entidade não prevista na Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos Servidores. Assim, tem-se que a lei é duplamente inaplicável.

Além disso, através de uma leitura sistemática do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, é nítida sua intenção de organizar apenas o regime dos servidores públicos e disciplinar a atuação desses na Administração Pública direta, autárquica e fundacional – a Lei nº 8.112/90 não foi pensada para regular os funcionários de entidades exploradoras de atividade econômica. Inclusive, quando da sua criação, o pessoal técnico das Agências Reguladoras, que exercem função própria de Estado, ainda era regido pelo regime celetista, o que o próprio STF entendeu ser incompatível com a natureza dessas entidades, determinando, a partir de então, a aplicação do regime jurídico estatutário⁶², em nova indicação de que a Lei nº 8.112/90 não foi criada, sob hipótese alguma, para ter como sujeito passivo os empregados públicos.

Dessa forma, não é razoável que uma lei expressa e reconhecidamente não aplicável aos empregados públicos o seja nas circunstâncias supramencionadas, de forma prejudicial aos réus

⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/12/1990, Página 23935 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 15/11/2019. Preâmbulo: “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”

⁶² CUNHA, Bruno Queiroz. As agências reguladoras brasileiras e seu hibridismo burocrático in Burocracia e Políticas públicas no Brasil. Brasília: Ipea: Enap, 2018. Capítulo 15. P. 392. Pp.384-405 “Após o caráter celetista dos quadros das agências ter sido sustado por determinação judicial, observando decisão do Supremo Tribunal Federal (STF),5 seguiu-se daí um segundo marco importante, a Lei no 10.871/2004. Essa lei cria cargos efetivos nas agências, sob o amparo da Lei no 8.112/1990, isto é, o regime estatutário dos servidores públicos federais. Surgem com essa lei os cargos de especialista em regulação, técnico em regulação, analista administrativo e técnico administrativo por agência reguladora.”

que, nesse caso, não gozam dos benefícios estabelecidos, tal como a estabilidade, mas estariam sujeitos, por conta da aplicação analógica, a prazos prescricionais mais gravosos.

4.2. Inexistência de demissão a bem do serviço público no âmbito da Petrobras

Em relação ao art. 23, inciso II, da LIA, não basta apenas que a referida “lei” aplicável à categoria do agente público envolvido na ação de improbidade preveja falta disciplinar punível com demissão: esta precisa ser realizada a bem do serviço público.

Nesse sentido, impende distinguir as empresas estatais (i) exploradoras de atividade econômica e (ii) prestadoras de serviços públicos. Por essência, as estatais exploradoras de atividade econômica não prestam serviços públicos. Significa dizer que a lógica da assim chamada "demissão [de empregados] a bem do serviço público" efetivamente existe, mas tão somente no âmbito de entidades voltadas ao serviço público.

Ou seja: a Lei nº 8.112/90 torna-se absolutamente inaplicável aos empregados da Petrobras. O STF, no julgamento da ADI 3273, concluiu que a Petrobras não é prestadora de serviço público e que não pode ser compreendida como delegada da União, sendo qualificada como companhia que explora atividade econômica e se sujeita ao regime jurídico das empresas privadas. Dessa maneira, se a Petrobras não presta serviço público, não é possível que a demissão no âmbito da Companhia seja realizada a bem deste.

No âmbito das estatais, a hipótese poderia ser distinta para empregado de empresa pública prestadora de serviços públicos, como, por exemplo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), à luz do RE 589.998, mas, em se tratando de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, o conceito é inaplicável.

Dessa forma, como a Lei nº 8.112/90 trata de servidores públicos da Administração Pública Direta e Indireta que realizam atividades próprias de Estado (leia-se: serviço público), é justificável que demissões ocorram a bem do serviço público. Entretanto, como dito acima, essa dinâmica não se aplica à Petrobras.

Nesse sentido, o regime é tão distinto que a jurisprudência do STF⁶³ se firmou no sentido de que não é necessária motivação para demissão de empregado público de sociedade de economia mista. Isso porque rege-se a relação do Estado com o empregado de sociedade de economia mista prestadora de serviço econômico pelas regras do direito privado, que certamente não são pautadas pelo “bem do serviço público”. Veja:

Bem, é verdade que, por vontade constitucional, o ingresso do Estado na atividade econômica é medida excepcional. Afinal sua vocação natural é o serviço público, um plexo de competência que, como sabemos, é exercido com muita dificuldade prática pelo Poder Público, ainda quando concede ou permite, delegando a particulares. Em que pese às restrições existentes, sabemos que as mais variadas razões levaram o ingresso do Estado a atividades tipicamente econômicas, fora de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo; entretanto, muitas vezes, tal fato ocorreu devido ao desinteresse da iniciativa privada, por motivos que só as regras do mercado conhecem. Assim, no mercado, em regime privado, o Estado, por meio de suas empresas públicas e sociedades de economia mista, quando em concorrência com particulares, deve ser regido pelas regras de direito privado, inclusive em suas relações com seus empregados, sendo aí, possível, excepcionalmente, se por razões de sobrevivência concorrencial, dispensar de forma imotivada. É o caso do Banco do Brasil e da PETROBRÁS.⁶⁴

5. EMPREGADOS PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO: QUAL PRAZO PRESCRICIONAL DEVE SER APLICADO?

Tendo em vista que os agentes das referidas ações de improbidade aqui estudadas são empregados concursados da Petrobras, mas também exerciam cargos comissionados quando da época dos fatos alegados como ímprobos, há o questionamento de qual cargo deve prevalecer para fins de contagem de prazo prescricional.

De fato, caso superados os argumentos expostos acima quanto à inaplicabilidade da analogia à Lei nº 8.112/90, seria possível, no caso concreto, cogitar aplicar tanto o inciso I (uma

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 589998 – Piauí. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20.03.2013, DJe em 12.09.2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=169674101&ext=.pdf>. Acesso em: 05/11/2019.

⁶⁴ SALIM, Adib Pereira Netto. A dispensa de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas em regime de monopólio. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 43, n. 73, p. 19-27, jan./jun. 2006.

vez que os agentes públicos exerciam cargos em comissão) quanto o inciso II, com analogia à Lei nº 8.112/90 (pois ambos também era empregados públicos da Petrobras).

Neste tópico, serão listados os motivos pelos quais o prazo prescricional aplicável deve ser o do art. 23, inciso I, da LIA.

5.1. Não há omissão que enseje a utilização de analogia

Em primeiro lugar, no caso da ação de improbidade administrativa na qual Paulo Roberto Costa, Musa e Zelada constam como réus, não há necessidade de aplicação analógica de qualquer dispositivo, uma vez que os fatos levam à aplicabilidade direta do art. 23, inciso I, da LIA, relativa a detentores de cargos em comissão, tais como os cargos de Gerente-Geral e Diretor da Petrobras.

De acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro ("LINDB"), a analogia é ferramenta hermenêutica aplicável "quando a lei for omissa". Se não há omissão, portanto, não há que se recorrer a qualquer analogia. E esta é, como explicitado, a exata situação do caso: Paulo Roberto Costa, Musa e Zelada ocupavam cargos em comissão, portanto, há a perfeita subsunção ao disposto no art. 23, inciso I, LIA, que prevê o prazo prescricional de 5 anos no caso de exercício de cargos em comissão.

5.2. Preponderância do exercício de cargo em comissão sobre os empregos públicos nos casos estudados

A análise relativa a qual "*função*" deve preponderar, isto é, se cargo comissionado ou emprego público, perpassa por uma análise fática do caso em questão e uma análise jurisprudencial sobre como os Tribunais Superiores têm decidido sobre o tema.

Em primeiro lugar, no que tange à análise fática, Paulo Roberto Costa, Musa e Zelada são acusados por atos cometidos apenas durante o tempo em que exerciam a função de Gerente Geral da área internacional e a função de Diretor Internacional. Os atos pretensamente praticados são, inclusive, atos de gestão vinculados ao exercício dos respectivos cargos em

comissão, pois impossíveis de serem praticados por empregados públicos desprovidos de tal qualidade.

Dessa forma, não há qualquer razão para a consideração do emprego em detrimento do cargo comissionado se o exercício do emprego é irrelevante para a prática do suposto ato ímprobo. Entretanto, a preponderância do emprego ocorreu em todas as decisões de 2º grau referentes às ações aqui estudadas. Assim, houve a aplicação do art. 23, inciso II, com analogia ao prazo da Lei nº 8.112/90, qual seja, 16 anos contados da data da ciência do fato pelo órgão ministerial⁶⁵.

No caso em questão, todos os agentes tiveram como último vínculo com a Administração Pública os cargos de Gerente-Geral e de Diretor Internacional e de Abastecimento. De acordo com o depoimento do próprio Musa nos autos da colaboração realizada com o Ministério Público Federal, ele informa que de 2006 até se aposentar, ficou como Gerente-Geral da Área Internacional da Petrobras. Já Zelada, na ata da 6ª reunião da CPI⁶⁶ destinada a apurar irregularidades envolvendo a Petrobras, informa que ficou como Diretor da Área Internacional da Petrobras até 2012, data que coincide com sua aposentadoria. Assim, a aposentadoria dos corréus foi concomitante à saída dos cargos.

No mesmo sentido, situação análoga ocorreu a Paulo Roberto Costa, que teve o último vínculo se aposentou da estatal em abril de 2012, mesma época em que ele deixou o cargo comissionado de Diretor de Abastecimento⁶⁷.

⁶⁵ Isso ocorre devido à configuração do crime de corrupção passiva, ensejando o prazo prescricional da esfera criminal. BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/12/1990, Página 23935 (Publicação Original).

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

[...]

§ 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.”

⁶⁶ Comissão Parlamentar Inquérito, criada pelo Requerimento nº 302, de 2014, “destinada a apurar irregularidades envolvendo a empresa Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), ocorridas entre os anos de 2005 e 2014 e relacionadas à compra da Refinaria de Pasadena, no Texas (EUA); ao lançamento ao mar de plataformas inacabadas; ao pagamento de propina a funcionários da estatal pela companhia holandesa SMB Offshore; e ao superfaturamento na construção de refinarias.” Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8AB31FB2464F0BA101465E1030532E8D>. Acesso em: 16.10.2019.

⁶⁷ Informação extraída do depoimento prestado por Paulo Roberto Costa nos autos da ação penal n. 502621282.2014.404.7000, da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Entretanto, a jurisprudência emblemática do STJ que considera a prevalência do emprego público – e que tem guiado as decisões de segunda instância – assim o faz por considerar que o vínculo entre o agente e a Administração Pública não cessa com a exoneração do cargo comissionado. Veja:

5. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.⁶⁸

Acontece que, até mesmo nos casos em que os agentes possuem como último vínculo com a Administração Pública o cargo comissionado, os tribunais têm considerado o emprego. Isso porque inexistente na legislação pátria qualquer norma nesse sentido: não há nenhum dispositivo que determine a adoção do cargo relacionado ao último vínculo com a Administração Pública.

Parece, em última instância, tratar-se de uma justificativa – que não se sustenta – para permitir a persecução dos agentes envolvidos nos atos ilícitos, tendo em vista que a consideração do cargo comissionado implicaria na prescrição do feito.

5.3. Da vedação à analogia *in malam partem* no âmbito da Lei Improbidade Administrativa

Ainda que prevaleça o entendimento do que o emprego público prepondera sobre o cargo comissionado, o prazo prescricional a ser aplicado deve ser o prazo de 5 anos previstos no art. 23, I, da LIA.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.060.529/MG – Minas Gerais. Órgão julgador: 2.^a T. Julgamento em: 08.09.2009, rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 18.09.2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6045471/recurso-especial-resp-1060529-mg-2008-0112461-8/inteiro-teor-12175982?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19/10/2019.

Significa dizer que, mesmo que o art. 23, II, da LIA, fosse a norma correta, ainda seria necessário recorrer à analogia para sanar sua omissão quanto à lei aplicável a sanções puníveis com pena de demissão.

Contudo, isso não implicaria no socorro automático à exegese da Lei nº 8.112/90, pois haveria duas hipóteses possíveis: aplicar, analogicamente, o art. 23, inciso I, LIA, com a incidência do prazo prescricional de 5 anos contados a partir da saída da função pública ou, como adiantado, aplicar recorrer à aplicação analógica da Lei nº 8.112/90, a qual culminaria na incidência de prazo prescricional de 16 (dezesseis) anos contados da data em que a Administração Pública tomasse ciência do fato.

Em tais circunstâncias, deve-se observar o princípio da vedação à analogia *in malam partem*, aplicável, também, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, como já determinado pelo STJ no julgamento do REsp 1.216.190/RS⁶⁹, de modo que, diante de alternativas possivelmente (in)aplicáveis, deve prevalecer a a menos gravosa. A analogia à Lei nº 8.112/90, portanto, configura analogia *in malam partem*, por sujeitar o réu a regime prescricional mais severo.

Portanto, a única forma de evitar a analogia *in malam partem* é através da aplicação de prazo prescricional menos gravoso para o réu, do que necessariamente dimanaria a aplicação do art. 23, I, da LIA.

5.4. Da violação ao princípio constitucional da proporcionalidade quando da aplicação do prazo prescricional do art. 23, inciso II, nos casos concretos

Por fim, a prevalência do emprego público em detrimento do cargo em comissão para fins de cômputo da prescrição em hipóteses tais quais a presente ensejaria violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.216.190. Relator: Ministro Mauro Campbell. Julgado em 02.12.2012. Dje em 14/12/2010. “Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada *in malam partem*, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador.”

Nas ações estudadas, os agentes – e, por consequência, os particulares - estão sendo submetidos a um prazo prescricional de 16 anos apenas em razão de seu vínculo de empregados públicos, a despeito de, ao mesmo tempo, exercerem cargo comissionados.

Como já visto, apesar de o fato de eles serem empregados públicos em nada influencia ou se relaciona com o exercício de cargos comissionados à época dos supostos atos ímprobos – visto que, uma das características já mencionadas desses cargos é que podem ser exercidos até mesmo por pessoas estranhas ao quadro de funcionários da Petrobras –, a eleição do termo prescricional pretensamente previsto para empregados públicos, com alusão à Lei nº 8.112/90, ensejaria cenários completamente injustificáveis.

Ilustrativamente, se o atual Diretor-Presidente da Petrobrás – que não é um empregado público – eventualmente cometer um ato de improbidade também caracterizador, em tese, de crime de corrupção passiva, em concurso de pessoas com um engenheiro da Petrobras (ou qualquer outro empregado da companhia), ele seria submetido ao prazo prescricional de 5 anos, enquanto ao mero engenheiro, sem qualquer poder decisório ou representativo da Petrobras, seria imputado o prazo prescricional de 16 anos.

Naturalmente, via de regra, o juízo de reprovabilidade de hipotético cometimento de ato de improbidade pelo Diretor-Presidente da companhia seria muito mais grave do que a valoração da conduta de um empregado qualquer, o que não se compatibiliza com a previsão de prazo prescricional mais extenso para o último, sob pena de violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, chega-se à conclusão de que a Lei nº 8.112/90 é inaplicável para empregados públicos de empresa estatal exploradora de atividade econômica porque (i) eles não constam dentre os sujeitos passivos específicos da Lei nº 8.112/90, aplicável apenas aos servidores públicos; (ii) a eles é aplicada a Consolidação das Leis Trabalhistas e (iii) as sociedades de economia mista, tal como a Petrobras, não constam no rol taxativo das entidades às quais a Lei expressamente se refere.

Além disso, como demonstrado, não há qualquer omissão legislativa que leve à aplicação analógica de qualquer diploma normativo: trata-se de subsunção direta e simples à literalidade do art. 23, inciso I, da LIA, pois os agentes públicos são detentores de cargos comissionados;

Quando os agentes são (i) ocupantes de cargos em comissão e (ii) empregados públicos de estatal exploradora de atividade econômica, poder-se-ia cogitar tanto da aplicação do inciso I, quanto do inciso II, ambos do art. 23. Nada obstante, há evidente prevalência da qualidade de ocupante de cargo em comissão, uma vez que os atos ímprobos supostamente praticados eram atos próprios dos cargos em comissão, sendo o emprego público irrelevante para seu cometimento; (Nesse tópico, será necessário fazer a análise do vínculo com a Administração Pública dos dois agentes públicos – estudo do caso do Paulo Roberto, no qual entendeu-se que, por ele não ter saído da PB na qualidade de ocupante de cargo em comissão, o TRF4 entendeu que prevaleceria o emprego público).

Entretanto, ainda que se entenda pela prevalência do emprego público em detrimento do cargo comissionado, estar-se-ia diante da possível incidência tanto do inciso I (porque os agentes públicos de empresa pública de direito privado que serão estudados exercem cargos comissionados) quanto do inciso II (porque os agentes públicos estudados são empregados públicos). Nessa hipótese, o inciso I deve prevalecer porque, embora nenhum dos incisos seja perfeitamente aplicável a empregados públicos de estatal exploradora de atividade econômica, a aplicação do inciso II com analogia à Lei nº 8.112/90 implicaria na indevida incidência de prazo prescricional mais gravoso, em violação (i) ao princípio da vedação à analogia in malam partem e (ii) ao princípio da proporcionalidade.

Por isso, conclui-se que (i) deve haver a aplicação direta do art. 23, I da LIA, tendo em vista que os agentes públicos exerciam cargo comissionado. E, se assim não for entendido, prevalecendo o exercício de emprego público em estatal exploradora de atividade econômica, (ii) deve haver a aplicação analógica ao art. 23, I, tendo em vista que é a analogia menos gravosa aos réus. Assim independentemente da função que prevalecerá, conclui-se pela incidência do prazo prescricional de 5 anos contados a partir do fim do exercício da função pública, na forma do art. 23, inciso I, da LIA.

REFERÊNCIAS

Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

Corregedoria-Geral da União. **Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais**. Brasília, agosto de 2018

CUNHA, Bruno Queiroz. **As agências reguladoras brasileiras e seu hibridismo burocrático** in Burocracia e Políticas públicas no Brasil. Brasília: Ipea: Enap, 2018. Capítulo 15. Pp.384-405

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, [et al.]. **Comentários à lei de improbidade administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa** – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** – 42. Ed. atual. até a Emenda Constitucional de 90, de 15.9.2015. – São Paulo: MALHEIROS, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas. BookSeller, 2000. vol. VI.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual** – 6ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PEREIRA, Wilson Medeiros, SILVA, Marco Felipe Durães. **A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA PRESCRICIONAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA RELEITURA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA ACTIO NATA**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho, 2018. Pp. 476-514.

SALIM, Adib Pereira Netto. **A dispensa de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas em regime de monopólio**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 43, n. 73, p. 19-27, jan./jun. 2006.

TASSI, José Antônio. Lei de Improbidade Administrativa: **estudo sobre o prazo prescricional**. Boletim Científico ESMPU, Brasília/DF, a. 10, n. 36, Edição Especial, p. 101-134, 2011, p. 103. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7910/06%20Jose%20Antonio%20Tassi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15/11/2019.

Legislação

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09/10/2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20/10/2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DO, seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 12/10/2019

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/12/1990, Página 23935 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 15/11/2019.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 6933, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 22/10/2019.

Jurisprudência

BRASIL. Justiça Federal do Paraná. Ação de Improbidade Administrativa: AIA nº 5057144-14.2018.4.04.7000. Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701549036161260700048862574227&evento=758&key=d88aa20a808ed60ba0de5ed22260e169c372dceb4fa6e076bc70424f1548b52a&hash=4443b21b1868312ff875d31b2adbaa5c. Acesso em: 15.10.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 19.264/SP – São Paulo. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 19/04/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.216.190. Relator: Ministro Mauro Campbell. Julgado em 02.12.2012. Dje em 14/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.060.529/MG – Minas Gerais. Órgão julgador: 2.ª T. Julgamento em: 08.09.2009, rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 18.09.2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6045471/recurso-especial-resp-1060529-mg-2008-0112461-8/inteiro-teor-12175982?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Improbidade Administrativa 30/AM. Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 28/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 589998 – Piauí. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20.03.2013, DJe em 12.09.2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=169674101&ext=.pdf>. Acesso em: 05/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852.475/SP – São Paulo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 08/08/2018. Publicação no DJE: 25/03/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15339769948&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 10/10/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.023486-0. Juiz Federal Convocado Leopoldo Muylaert. Órgão julgador: Sexta Turma Especializada. Data de Julgamento: 29/11/2010. Data de Publicação: 03/12/2010. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17875766/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-200651010234860-rj-20065101023486-0>. Acesso em: 12/10/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5008486-70.2019.4.04.0000. Min. Relatora Vivian Josete Pantaleão. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000971233&versao_gproc=241&crc_gproc=90254093&t. Acesso em: 12/10/2019.

Sítios eletrônicos

Comissão Parlamentar Inquérito, criada pelo Requerimento nº 302, de 2014. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8AB31FB2464F0BA101465E1030532E8D>. Acesso em: 16.10.2019.

Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. 27.04.2017. Disponível em: <http://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 17.10.2019.

Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. A Lava Jato em números no Paraná. Resultados da Operação Lava Jato. <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 10/10/2019.

Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. A Lava Jato em números no Paraná – dados atualizados até 5 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 10/10/2019.

Ministro de Estado da Justiça. Exposição de motivos nº EM. GM/SAA/0388 de 14 de agosto de 1991 (referente à Lei nº 8.429/1992). Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 09/11/2019.

Relações com Investidores. Mudanças na Diretoria Executiva- Petrobras. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/7527/c-7527-ptb.html>. Acesso em: 15.10.2018.

Termo de declaração nº 3 – Consórcio Integra – OSX E MENDES JUNIOR. Colaborador: Eduardo Musa. 20.08.2015. Informação disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/09/1_OUT8-dela%C3%A7%C3%A3o-de-musa-sobre-osx-consorcio-integra.pdf. Acesso em: 16.10.2019.

VALOR ECONÔMICO. Zelada reafirma em CPI que não teve influência em compra de Pasadena. 06.08.2014. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2014/08/06/zelada-reafirma-em-cpi-que-nao-teve-influencia-em-compra-de-pasadena.ghtml>. Acesso em: 10.10.2019.