

A Prescrição em Abstrato no Processo Administrativo Disciplinar

Edmir Netto de Araújo¹

Dentre os casos de extinção da pena disciplinar, tema dos mais controvertidos diz respeito à *prescrição*, uma das formas pela qual o decurso de certo lapso de tempo afeta relações jurídicas.

No Direito Penal, como sabemos, de há muito que a doutrina (por exemplo, **Edgard Magalhães Noronha**, *Direito Penal*. Ed. Saraiva, 1968, p. 506, v. 1) afirma que *prescrição* é a perda do **direito de punir**. Pelo decurso de certo tempo, a inação do Estado em apurar e punir infrações penais lhe obsta o exercício do *jus puniendi*, seja antes da condenação, obstaculizando o processo, seja depois dela, impedindo então a efetiva aplicação da pena.

Já na esfera do Direito Civil, a noção de *prescrição* se dirige mais à ação necessária para fazer valer o direito subjetivo em questão: a prescrição atinge a ação e, como diziam os civilistas clássicos (como **Washington de Barros Monteiro**, *Curso de Direito Civil*. Ed. Saraiva, 1960, p. 297, Parte Geral), por via oblíqua, faz desaparecer o direito tutelado, pois, embora ainda existente a situação jurídica, o infrator civil não poderia mais ser processado para a efetiva operacionalidade de tal situação. Seria o oposto da *decadência*. Neste caso, quando o direito deve ser exercido dentro de certo prazo e isso não ocorre, o **direito** é que se extingue, extinguindo obliquamente a ação.

Prescrição também se distingue de noções similares, como a *preclusão* (perda, extinção ou consumação de faculdade processual – no curso do processo, portanto –, como ensinavam **Moacyr Amaral Santos**, *Direito Processual Civil*. Ed. Max Limonad, 1962, v. 1, p. 342; ou **Hely Lopes Meirelles**, *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, 2000, p. 626-627), como a *perempção* (extinção do pro-

¹ Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

cesso por abandono de sua movimentação pelo autor) ou ainda a *deserção* (periclitamento de recurso por falta de preparo pelo recorrente).

Voltando ainda às diferenças entre prescrição e decadência, se esta atinge, como visto, o direito, nota-se que a ocorrência da prescrição não faz necessariamente com que um ato ilícito passe a ser lícito, ou que o direito deixe de existir: o que se impede é que a parte (Estado ou particular) use dos meios legais – processuais que o ordenamento jurídico prevê para que esse direito (de punir, de obter uma condenação patrimonial, p. ex.) seja operacionalizado, sendo essa sutil diferença motivo pelo qual muitos cultores do Direito menos avisados empreguem uma noção pela outra.

Então, reforçando ainda o elenco dessas diferenças, devemos lembrar que na *decadência* o prazo decadencial é fatal, pois não se suspende ou interrompe, extinguindo o direito em seu decurso final. Já no caso da *prescrição*, isto pode ocorrer. Por circunstâncias de fato ou de direito, por normas jurídicas gerais ou específicas, o lapso prescricional pode ser **suspensão** (quando se conta o prazo anterior à suspensão para acrescentá-lo ao posterior) ou **interrompido** (quando, verificado o evento ou a condição que autoriza a interrupção, o prazo prescricional recomeça, pois conta-se novamente e por inteiro. O termo inicial da decadência é o do nascimento do direito, o da prescrição é o da violação da norma e, no caso do ilícito administrativo puro, é o do conhecimento da violação pela autoridade competente para o processo (Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, 2006, p. 958).

Caminhemos mais ainda para o detalhe no Direito Administrativo. Neste, o direito positivo não prevê a prescrição da pena **imposta**, como no Direito Penal, mas do **direito de punir** (que alguns chamam de pretensão punitiva), porque, diferentemente do Direito Penal, em que a aplicação da pena (em regra, privação da liberdade pessoal) reclama, de ordinário, a presença do réu, no Direito Administrativo as penas disciplinares não exigem a presença do indiciado, bastando sua intimação, pessoal ou por publicação (conforme o ordenamento), para sua execução.

Além disso, e também por isso, a prescrição operante **antes** da aplicação da pena não é causa de extinção **da pena**, que ainda não existe juridicamente, mas de extinção **da punibilidade**, pois, por óbvio, só se pode extinguir o que existe (Edmir Netto de Araújo, *O ilícito administrativo e seu processo*. Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 241).

Por essa razão, dissemos há pouco que a prescrição não tem o condão de juridicizar um comportamento caracterizado como infração, que existiu como infração, não prescrevendo a falta mas o direito de processar e punir por ela, sendo portanto a prescrição um fato sanatório que não retira da falta seu caráter de ato antijurídico (Edmir Netto de Araújo, *Convalidação do ato administrativo*. Editora LTR, 1999, p. 150).

Tomando estas assertivas e descendo ao campo específico do direito disciplinar e seu processo, alguns autores até entendem que, por várias razões, os prazos prescricionais que os estatutos funcionais apontam (os prazos de prescrição “interna” ou administrativa são geralmente objeto de leis funcionais, de matéria administrativa, de cada unidade da federação, ao contrário da prescrição “externa” ou judicial, objeto de leis civis ou processuais, de caráter nacional) seriam, na verdade, casos de **decadência** (ou caducidade), pois as **faltas** não prescrevem (com o que concordamos) e não haveria **ação** (do que discordamos) para aplicar a punição disciplinar (**Mário Masagão**), *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 267; **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Forense, 1989, p. 172; **José Armando da Costa**, *Teoria e prática do direito disciplinar*. Ed. Forense, 1981, p. 277; **Weida Zancaner**, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 75).

Todavia, o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que exige o *due process of law* para a privação da liberdade ou de bens do cidadão, é complementado pelo inciso seguinte (LV), que assegura “aos litigantes em **processo** judicial ou **administrativo** (destaques nossos) e aos acusados em geral”, “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Esse processo administrativo é o devido processo legal que a Constituição Federal exige para instalar o contraditório e garantir a ampla defesa, e configura a **ação administrativa** de que, por exemplo, o artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, fala **expressamente**, a qual pode tomar diversas denominações nos vários diplomas estatutários, tais como processo administrativo disciplinar, processo administrativo, inquérito administrativo, sindicância punitiva, sindicância e outros, sendo exigido o procedimento mais rígido e complexo, como o processo administrativo disciplinar, para as punições mais graves, como as demissórias.

Além do mais, considerando que os prazos decadenciais **não** se interrompem ou suspendem, como dito há pouco, e que os prazos prescricionais administrativos se **interrompem**, pela instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar (como, por exemplo, artigo 261, § 2º, da Lei estadual paulista nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, com a redação dada pela Lei Complementar nº 942, de 6 de junho de 2003), ou **suspendem**, quando autorizado o sobrestamento do feito disciplinar para aguardar decisão judicial sobre o mesmo fato ilícito (art. 261, § 4º, “1”, do mesmo diploma legal), parece claro que os prazos questionados são mesmo de **prescrição** e não de decadência.

Quanto ao tema da prescrição, por falta também descrita como crime pelos Estatutos funcionais, a questão merece estudo mais acurado.

Os tipos de faltas que o agente público/servidor poderá cometer resumem-se a: ilícito administrativo criminal e ilícito administrativo puro, conforme estejam descritos nas leis administrativas e penais ou somente nos diplomas legais administrativos.

Dessas, apenas a infração administrativa penal recebe, em matéria de prescrição, tratamento especial, pois a punibilidade da falta tipificada *como crime*, segundo os diplomas estatutários, prescreve **juntamente com ele**. Remete-se então o estudo da prescrição, nesses casos, aos dispositivos pertinentes do Código Penal.

Todavia, caso se adotasse a prescrição correspondente à pena apurada **afinal** no processo criminal, o processo administrativo disciplinar a este ficaria atrelado, e, como sabemos, a repercussão obrigatória da decisão judicial no processo administrativo só se dá quanto à negação do fato ou da autoria (arts. 66 do CPP e 935 do CC) ou ao reconhecimento de excludente de criminalidade (art. 65 do CPP), lembrando que, ao contrário, não impede a ação “civil” (em oposição a “penal”) a decisão que, entre outras hipóteses, julgar extinta a punibilidade (art. 67, II, do CPP) do réu.

O Estado de São Paulo tem adotado, desde muito tempo (Pareceres AJG nº 2.051/85, PA-3 nº 128/75 e PA-3 nº 202/85 e respectivos aditamentos), a posição de que, nas faltas disciplinares que também configuram crimes, não se deve concluir pelo mero transplante de prazos prescricionais correspondentes às penas concretizadas nas sentenças finais condenatórias à esfera disciplinar, preponderando na intelecção dos dispositivos estatutários (que não obrigam essa repercussão) o princípio da independência das instâncias disciplinar e criminal, como se decidiu no julgamento, pelo TJSP, do Mandado de Segurança 276.202-Comarca de São Paulo, segundo o qual o artigo 261, inciso III, da Lei nº 10.261/68, apenas toma por empréstimo o prazo de prescrição **abstratamente** previsto para a infração penal correspondente.

No entanto, este aspecto, concernente à *contagem* desse prazo prescricional *vinculado à pena criminal*, raramente é versado pelos administrativistas em geral.

Nosso Código Penal não estabelece penas singulares especificadas para os crimes, mas sim dois termos ou parâmetros, um *mínimo* e um *máximo*, para que o Juiz proceda à dosimetria da pena, de acordo com fatos ou circunstâncias agravantes ou atenuantes. Por exemplo, o crime de *peculato* (art. 312 do CP) é punido com reclusão, **de dois a doze anos** (além da multa), e quando se inicia o processo disciplinar por prática de *crime contra a Administração pública* (p. ex., art. 257, inciso II, da Lei estadual paulista nº 10.261, de 28 de outubro de 1968), ao mesmo tempo, não se sabe *nessa* ocasião se o acusado seria absolvido e, se condenado, a que *quantidade* de pena o seria, pois poderia ser qualquer uma entre aqueles dois parâmetros. Nem por qual crime seria sentenciado.

A interpretação corrente, que tem prevalecido na Administração (na Administração estadual paulista, **obrigatoriamente**, por força do Despacho Normativo do Governador do Estado, publicado no DOE de 4 de outubro de 1985, Processo PGE nº 90.152/85), com forte apoio jurisprudencial (confirmam-se, por exemplo, as decisões do STF, RE 95.207-DF, RTJ 103:800; MS 19.986, RDA 130:189; RE 64.261-SP, DJU de 25-4-69; STJ, RMS 5.143-RJ, DJU 22-3-99; TJSP, MS 276.202-SP, e MS 8.908-0-SP, RJTJSP 116:381; TRF 4ª Região, em RT 739:713), é que o

lapso prescricional da falta, que é também crime, é contado pela quantidade da pena para ele prevista *em abstrato*, e não pela pena *em concreto*, efetivamente aplicada pela Justiça pública para o crime.

Ou seja, quando a falta disciplinar é descrita também como ilícito penal (crimes contra a Administração Pública, a Fazenda Pública, a fé pública, ou previstos nas leis de segurança ou defesa nacional, mais outros assim caracterizados na portaria inicial do processo administrativo disciplinar (p. ex., Lei paulista nº 10.261/68, art. 257, incisos II, III, V, VI, VII, VIII, X), é, portanto, aplicável nesse caso a **prescrição em abstrato**, que no Código Penal está ementada como “**prescrição antes de transitar em julgado a sentença**”, regulada pelo artigo 109 e seus incisos I a VI do mesmo diploma legal:

“Art.109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

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

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

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

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

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

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

Como se vê, nesse caso, para o processo administrativo o que importa é a *imputação* feita ao indiciado na *portaria inicial* de enquadramento (é claro que deve ser corroborada pela apuração posterior), pouco ou nada importando a pena efetivamente aplicada, em concreto, no processo crime, ou a absolvição não comunicável (aquela que não se dá por negação do fato ou autoria ou por excludente de criminalidade), para a finalidade de configurar a *prescrição administrativa* da falta.

Só em caso de desclassificação da infração é que, no Estatuto estadual paulista (Lei nº 10.261/68, art. 261, § 3º, “1” e “2”), se observa o lapso prescricional referente à pena aplicada, ou, em caso de atenuação, a pena em tese cabível (**Edmir Netto de Araújo**. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 960).

Trata-se, na verdade, de orientação antiga, de ordinário adotada pelos órgãos administrativos (cf. **Clenício da Silva Duarte**, *Estudos de Direito Administrativo*. v. 2, Pareceres, publicado pelo DASP – Serviço de Documentação, 1965) já desde a época do Estatuto Federal de 1952, e seguida por especialistas (p. ex.: **Egberto Maia Luz**, *Direito Administrativo Disciplinar*, Ed. J. Bushatsky, 1977, p. 187; **Eurí-**

pedes Carvalho Pimenta, *Causas da extinção da pena disciplinar*. Estudos FUNDAP, nº 2, 1983, p. 28-36; **Hélio Helene**, *Da prescrição no direito disciplinar*. RDA nº 86:350/361), no sentido de que, antes da sentença final, a prescrição, *in abstracto*, regula-se pelo máximo da pena cominada ao crime, e esse máximo depende da classificação legal do delito.

Esta, por sua vez, decorre do fato em si, isto é, das circunstâncias conhecidas que o rodeiam e não das incidentes sobre a pessoa do agente, que irão influir na dosagem da pena a ser imposta dentro dos limites do mínimo e do máximo da cominação. Estas circunstâncias é que não podem ser apuradas antes da sentença final, donde a regra da regulação prescricional da ação pelo máximo da pena cominada no dispositivo dado como atingido.

Por outro lado, de acordo com a doutrina (p. ex., **Tourinho Filho**, *Processo Penal*, Editora Saraiva, 1992, p. 187, v. 4) e jurisprudência predominante (STF, em RDA 152:77 e RTJ 143:848, dentre vários outros arestos), é pacífico que o indiciado se defende **dos fatos descritos na portaria inicial** e não de sua qualificação legal, ou daquela constante de indiciamento em inquérito policial, de denúncia, da própria ação penal e nem mesmo de despacho judicial de arquivamento de inquérito, que entenda que o fato não constitui crime, ou que ocorre a *prescrição* em concreto.

Assim sendo, tratando-se de “*prescrição antes de transitar em julgado a sentença*”, como referido no Código Penal, pouco importa que o inquérito policial pelos mesmos fatos tenha sido aceito ou arquivado, que tenha havido denúncia pelo Ministério Público, aceita pelo juiz, que tenha prosseguido a ação penal e que esta tenha sido decidida com condenação ou absolvição (exceto, é claro, quando a sentença reconhece expressamente a inexistência do fato, nega a autoria ou admite excludente de criminalidade). Na verdade, é até mesmo irrelevante que tenha sido instaurado inquérito policial (**Edmir Netto de Araújo**, *Curso*, cit., p. 960).

Esta interpretação é ratificada pelo artigo 67 e seus incisos I, II e III do Código de Processo Penal, que afirmam não impedirem a ação civil (ação “*não penal*”, portanto também a **administrativa**) o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, a decisão que julgar extinta a punibilidade ou a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime, além da Súmula nº 18 do STF, que permite a punição administrativa pelo **resíduo**.

Remanesce, ainda, uma questão: os Estatutos fixam o “*dies a quo*” na data em que o fato “*se tornou conhecido*”. Mas, conhecido de quem? Da autoridade ou do público em geral?

O Estatuto atual da União, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, trata da prescrição administrativa da seguinte forma:

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

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

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

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

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

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

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

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

Embora o § 1º não especifique de quem “o fato se tornou conhecido”, a Administração Federal, já desde a Formulação DASP nº 76, da época do revogado Estatuto de 1952, tem entendido que o lapso prescricional se inicia quando o fato se tornou conhecido da autoridade competente para instaurar ou determinar a instauração do procedimento administrativo (inquérito, sindicância), e na prática contar-se-á da instauração, pois esta interrompe a prescrição. No entanto, é claro que, tratando-se de falta-crime, a prescrição regular-se-á pela lei penal, como diz a própria norma estatutária em seu artigo 142, § 2º, iniciando-se na data do *fato ilícito*, mas também interrompendo-se (§ 3º) pela instauração de sindicância ou de processo disciplinar.

Por sua vez, a Lei estadual paulista nº 10.261/68, já com a redação dada pela Lei Complementar nº 942/2003, assim disciplina a matéria da prescrição:

“Art. 261. Extingue-se a punibilidade pela prescrição:

I – da falta sujeita à pena de repreensão, suspensão ou multa, em 2 (dois) anos;

II – da falta sujeita à pena de demissão, de demissão a bem do serviço público e de cassação da aposentadoria ou disponibilidade, em 5 (cinco) anos;

III – da falta prevista em lei como infração penal, no prazo de prescrição em abstrato da pena criminal, se for superior a 5 (cinco) anos.

§ 1º A prescrição começa a correr:

1 – do dia em que a falta for cometida;

2 – do dia em que tenha cessado a continuação ou a permanência, nas faltas continuadas ou permanentes.

§ 2º Interrompem a prescrição a portaria que instaura sindicância e a que instaura processo administrativo.

§ 3º O lapso prescricional corresponde:

1 – na hipótese de desclassificação da infração, ao da pena efetivamente aplicada;

2 – na hipótese de mitigação ou atenuação, ao da pena em tese cabível.

§ 4º A prescrição não corre:

1 – enquanto sobrestado o processo administrativo para aguardar decisão judicial, na forma do § 3º do artigo 250;

2 – enquanto insubsistente o vínculo funcional que venha a ser restabelecido.

§ 5º Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.

§ 6º A decisão que reconhecer a existência de prescrição deverá desde logo determinar, quando for o caso, as providências necessárias à apuração da responsabilidade pela sua ocorrência.”

Seria raríssimo e improvável o caso em que a autoridade tomasse conhecimento da infração e não adotasse qualquer providência (sindicância ou processo administrativo), deixando se escoar *in albis* o prazo prescricional, ou mesmo a hipótese (esta não tão rara) de que o funcionário fosse enquadrado administrativamente depois de transitar em julgado a sentença criminal.

Assim, na prática, a prescrição é **interrompida** e **recomeça**, portanto, a fluir o respectivo prazo a partir da **data da portaria inicial** de instauração do procedimento administrativo disciplinar, aplicando-se, conforme o caso, os incisos I a VI do artigo 109 do Código Penal, para os ilícitos administrativos que, ao mesmo tempo, encontram enquadramento como infração penal.

Embora possa até ser criticável essa sistemática de fixação de termo inicial da prescrição, a verdade é que as decisões judiciais (como, p. ex., o RE 78.949-SP, STF, em RDA 128:232) são favoráveis a esse posicionamento, o que tem ocasionado decisões administrativas e mesmo judiciais pelo não reconhecimento da prescrição **interna** (prescrição “administrativa”) em casos nos quais, na correspondente infração penal, o réu teve sua punibilidade extinta por prescrição, considerada *in concreto*.

Em conclusão, no caso anteriormente exemplificado de **peculato** (art. 312 do CP), a prescrição *in abstracto* iria se verificar em **dezesseis** anos contados da data do conhecimento da falta pela Administração, pois o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze, aplicando-se, portanto, o inciso II do artigo 109 do Código Penal. E, também, deve ficar bem claro que, no caso da prescrição em abstrato, calculada antes da decisão judicial penal transitada em julgado, o que prescreve não é “a falta”, e muito menos a pena a ser aplicada (que, juridicamente, ainda não existe), mas a punibilidade do autor para aquele fato praticado.