

PRESCRIÇÃO DO PROCESSO DISCIPLINAR COMEÇA A FLUIR DA DATA DO FATO INVESTIGADO – CRÍTICA ABERTA AO § 1º, DO ARTIGO 142, DA LEI Nº 8.112/90

I – INTRODUÇÃO

A estabilidade das relações jurídicas é uma preocupação real de toda sociedade, ainda mais quando se trata do poder público. Não é salutar para o direito que nas relações das pessoas, entre si ou com o Estado, não vigore a segurança jurídica, capaz de proteger o passado, pelo decurso do tempo.

Triste seria o ser humano que não pudesse ter no tempo passado a segurança de que seus atos, certos ou errados, após o tempo prescricional decorrido, estão imortalizados.

O transcurso dos prazos elencados pelos diversos ordenamentos legais extingue determinada pretensão, pela falta do exercício no lapso de tempo previsto na lei.¹

Segundo orientação de Câmara Leal,² o prazo de prescrição é verificado quando presentes os seguintes elementos: *a)* uma ação ajuizável; *b)* a inércia do titular; *c)* o tempo e; *d)* extinção das ações por negligência do seu titular.

Funciona a prescrição, em qualquer área do direito,³ como matéria de ordem pública, capaz de estabilizar as relações jurídicas, independentemente do direito em que se funda a pretensão.

Essa garantia estabelecida pela ordem jurídica tem como escopo proporcionar a segurança e a paz social,⁴ tendo em conta que exceto os direitos inalienáveis e imperecíveis por sua própria natureza – exemplo: direitos da personalidade ou da cidadania – a regra geral estabelece um limite temporal para o exercício de um direito não como punição pela inércia do seu titular, mas como necessidade de evitar-se a perpetuidade de litígios.

O tempo funciona como senhor da razão, cicatrizando chagas de injustiças, ou curando atos defeituosos, que passam por um período de maturação até que se tornem inatingíveis.⁵

¹ Cf. ALVES, Vilson Rodrigues. *Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*. 2ª ed., Campinas: ed. Bookseller, 2004, p. 70.

² LEAL, Antônio Luiz Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. 3ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 1978, p. 12.

³ Cf. NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. São Paulo: ed. Saraiva, 2004, p. 1.

⁴ “A prescrição tem por base o interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas.” EM nº L-20, de 7.08.1974, Consultoria Geral da República, da lavra do eminente Rafael Mayer, Processo PR nº 6774/74, *in RDA* 118:384.

⁵ Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Comentada e Interpretada*. Rio de Janeiro: ed. América Jurídica, 2005, p. 721.

Daí porque, Caio Mário da Silva Pereira⁶ deixou assente que “a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção”, despontando a imprescritibilidade “como imoral e atentatória à estabilidade das relações sociais.”⁷

Na área do direito administrativo, desde novembro de 1976, o STF firmou entendimento de que a prescrição não possui limite no processo disciplinar, fluindo normalmente, como se infere na exposição do Min. Moreira Alves:⁸ “E, em matéria de prescrição em nosso sistema jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que se falar em *ius singulare*, uma vez que a regra é a prescritibilidade.”

Todavia, apesar da regra ser a da prescritibilidade, o art. 142, da Lei nº 8.112/90, possui graves equívocos sobre a matéria, pois estabelece em seus parágrafos exatamente o contrário, sendo totalmente incongruente.

Isto porque, apesar de seguir toda a tradição da prescrição pública, estabelecida inicialmente pelo Decreto nº 20.910/32, que impõe o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de “todo o direito” público, sem exceção, o legislador não foi técnico quando da fixação do seu marco inicial, chegando ao ponto de violar não só a regra da prescritibilidade, como fixar momentos distintos para o *dies a quo* do aludido instituto, como se isso fosse possível.

Os cultores do direito não podem permitir que tamanha falha legislativa possa se eternizar em nosso ordenamento jurídico para trazer a insegurança para os servidores públicos.

Apesar do art. 142, da Lei nº 8.112/90, fixar para o processo disciplinar o limite temporal de 5 (cinco) anos quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, os seus §§ 1º, 2º e 3º, são conflitantes entre si e trazem em seu âmago verdadeira insensatez, pois, como visto anteriormente, a regra é a da prescritibilidade, como forma da ordem jurídica contemplar a justiça e a equidade, através dos princípios da estabilidade e da segurança.

Não podemos admitir que o parágrafo primeiro do aludido art. 142, da Lei nº 8.112/90, estabeleça o início do prazo de prescrição a partir da data em que o fato jurídico investigado se tornou conhecido, pois é cediço que os efeitos de um ato público ocorrem quando o mesmo é praticado. A publicação do ato em Diário Oficial ou em jornal de grande circulação torna pública para terceiros a existência de determinado procedimento. Mas este fato não é tão relevante, pois não se discute no presente momento a publicidade do ato público e sim se a prescrição será iniciada a contar da data em que o fato foi consumado ou quando se tornou conhecido.

A incoerência é tão grande, que o parágrafo 2º do mesmo art. 142, da citada lei impõe o prazo de prescrição previsto na lei penal para as infrações disciplinares capituladas

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1974, p. 477.

⁷ Cf. NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. São Paulo: ed. Saraiva, 2004, p. 1.

⁸ STF, Rel. p/ acórdão min. Moreira Alves, MS nº 20.069, Pleno, julgado em 24.11.76, *RDA* 135:78.

também como crime. Ou seja, este parágrafo, por seguir similitude com a legislação penal quanto à prescrição estipulada, determina o início de sua fluência a partir do dia em que o crime se consumou, conforme disposto no art. 111, § 1º, do Código Penal, e não da ciência/publicidade do mesmo, eis que esta é a regra da lei penal, havendo exceções.

Não bastassem estas ilegais divergências, o fato jurídico irracional é que o disposto no parágrafo primeiro traz ao ordenamento jurídico exatamente o contrário do que se espera dele, visto que a insegurança jurídica, desde o período da história Medieval não é mais admitida e, em nome da estabilidade das relações jurídicas, o STF colocou limites no disposto pelo parágrafo 3º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, que propugnava pela interrupção da prescrição *ad eternum*, até que decisão final fosse proferida por autoridade competente quando da abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar.

Estabeleceu-se, na hipótese do parágrafo 3º, do art. 142, da Lei *sub oculis* que o texto legal é inverso, ou seja, prevalece a “prescrição intercorrente” no procedimento administrativo disciplinar, não vigorando a interrupção da prescrição,⁹ tal qual ocorre no direito penal.

Assim, houve a devida e necessária adaptação dos §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.112/90, à Constituição Federal, que estipula como imprescritíveis apenas os crimes de racismo, o ressarcimento ao erário e crime praticado pela ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Fora dessas situações legais, a regra é justamente a da prescritibilidade dos atos e fatos praticados.

Por esta razão, o STF estabeleceu, com ampla aceitação doutrinária, a regra da prescrição intercorrente no processo disciplinar e adequando os efeitos da redação dos parágrafos 3º e 4º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, a realidade de nosso ordenamento jurídico.

Sucedendo que é necessário um redimensionamento da interpretação do retromencionado § 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, por parte da doutrina e da jurisprudência, tendo em vista que ele afronta a regra da prescritibilidade, deixando indefinida a situação jurídica, em total colisão à segurança e a estabilidade que vigoram no ordenamento legal.

Portanto, deixamos explícito o nosso posicionamento quanto à presente ilegalidade legislativa, que deverá ser interpretada com o devido e o necessário ponderamento jurídico, sob pena de criar um grande desserviço ao direito.

A inviolabilidade do passado é regra que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, sendo instituído o instituto da prescrição exatamente para resguardar a segurança jurídica. Nunca é demais lembrar as sábias palavras de Portalis, citadas por

⁹ Aprofundar nas seguintes decisões do STF: RMS nº 23436/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJ de 15.10.99, p. 28; MS nº 22.728/PR, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ de 13.11.98, p. 5; MS nº 23.176/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ de 10.09.99, p. 3; RMS nº 21.562/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ de 26.06.94, p. 16.637.

Vicente Raó:¹⁰ “O homem, que não ocupa um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres se não pudesse se julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada, por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza, só o futuro é incerto e essa própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar através do sistema da legislação o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, reviver nossas dores, sem nos restituir nossas esperanças.”

II – O FATOR TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PÚBLICAS

O direito público, tal qual o privado, elenca a “prescrição” como instituto informador de todo o seu ordenamento jurídico, trazendo a certeza para as relações disciplinadas pelas suas normas. É regra geral de ordem pública¹¹ a prescritibilidade das relações jurídico-administrativas, eis que condicionada ao tempo, assim como todos os fatores humanos, a começar pelo biológico.

Nessa circunstância, a segurança jurídica funciona como princípio diretor e basilar na salvaguarda da passividade e estabilidade das relações jurídicas.¹²

A proteção da confiança, da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados pertence ao rol dos princípios constitucionais fundamentais do Estado de Direito, segundo observação do insigne mestre Canotilho:¹³ “Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo dos novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais.”

Sendo certo que a base de toda a formação teórica do direito administrativo é a prossecução do interesse público, razão de ser dos poderes administrativos, segundo ponderação de Fábio Medina Osório.¹⁴

Assim, a segurança jurídica estabelece limites aos quais se submetem as Administrações Públicas. Sendo que um dos limites mais importantes para o direito público é a estabilidade das situações constituídas pelo transcurso do tempo, capaz de estabelecer inequívoca certeza jurídica.

¹⁰ RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3ª ed. Anotada e Atualizada por Ovídio Rocha Sandoval, São Paulo: ed. RT, 1991, p. 323.

¹¹ Cf. CORDEIRO, Renato Sabrosa. *Prescrição Administrativa*. ed. Renovar, RDA 207/105-120.

¹² MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. “O Instituto da Prescrição no Direito administrativo”, in *raphapeixoto@hotmail.com*, p. 3.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Administrativo Constitucional*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, ps. 264/265.

¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *O Direito Administrativo Sancionado*, São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 39.

Certeza esta que se consolida nos célebres institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para o direito adquirido, irretroatividade das leis e da coisa julgada, todos alçados à condição de dogmas constitucionais (art. 5º, XXXVI).

Nessa ordem de idéias de proteção ao tempo que já transcorreu, foi firmado o conceito da prescrição, “vale dizer, da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo.”¹⁵

Exatamente enaltecendo o valor fundamental da segurança jurídica e o da justiça quando do julgamento que afastou a validade dos §§ 3º e 4º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, que interrompia o prazo da prescrição quando aberta a sindicância ou instaurado o processo disciplinar, o Ministro Marco Aurélio, relator do RMS nº 23436/DF,¹⁶ enalteceu o fator do transcurso do tempo nas relações jurídicas disciplinares: “É sabido que dois valores se fazem presentes: o primeiro, alusivo à Justiça, a direcionar a possibilidade de ter-se o implemento a qualquer instante; já o segundo está ligado à segurança jurídica, à estabilidade das relações e, portanto, à própria paz social que deve ser restabelecida num menor tempo possível. Não é crível que se admita encerrar a ordem jurídica, verdadeira espada de Dâmodos a desabar sobre a cabeça do servidor a qualquer momento.”

Prestigiou a Excelsa Corte os fundamentos da validade do Estado Democrático de Direito consistente nos dois vetores: a segurança e a justiça.

Especialmente no direito administrativo, como consequência do Estado Democrático, foi construída proteção especial para as situações consolidadas, mesmo que irregularmente, como consequência da teoria do fato consumado, exatamente para estabilizar a relação do Poder Público com os seus servidores ou com terceiros.

Mesmo contra dispositivos de direito público e privado concebidos de forma irregular, o direito administrativo criou a estabilização do ato nulo e do anulável, exatamente para possibilitar a proeminência do interesse público.

Em perfeita dicção, o saudoso administrativista lusitano, Marcelo Caetano,¹⁷ deixou registrado que a prescrição administrativa cura o ato que possa ser enquadrado no futuro como ilegal: “O ato doente cura-se com o decurso do tempo, e isso se dá porque o legislador pensa que a ilegalidade cometida não é tão grave que deva sobrepor-se ao interesse de pôr termo à insegurança dos direitos. Aos interessados, incluindo os representantes do interesse público, é facultada a anulação do ato; mas se não usarem oportunamente dessa faculdade, o interesse geral impõe que não fique indefinidamente a pesar sobre este ato a ameaça de anulação.”

Essa estabilização do transcurso do tempo convalida o ato nulo e anulável, diferentemente do direito civil que preconiza que o ato visceralmente nulo será sempre irregular, podendo ser anulado a qualquer tempo.

¹⁵ NASSAR, Elody. *Ob. cit. ant.*, p. 18.

¹⁶ STF, Rel. Min. Marco Aurélio, RMS nº 23436/DF, 1ª T., DJ de 15.10.99, p. 28.

¹⁷ CAETANO, Marcelo. *Princípios de Direito Administrativo*. Coimbra: ed. Almedina, 1996, p. 187.

Exatamente nesse sentido, a Advocacia Geral da União, acatando posicionamento da sugestão da Consultoria do Ministério da Justiça estabelecido pelo Parecer nº 074/93, para não pairar dúvida nos processos administrativos sob sua alçada, criou o Parecer nº GQ-10, de 6 de outubro de 1993,¹⁸ com poder de vincular os órgãos públicos federais a seguinte determinação: “Ato nulo – Revisão – Prescrição Quinquenal. - A prescrição quinquenal prevista no artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32 abrange tanto o ato nulo, quando o anulável. – Revisão do Parecer JCF, de 30 de novembro de 1992, da Consultoria Geral da República.”

Em rigorosa convergência com o posicionamento administrativo declinado, bem antes da sua elaboração, Francisco Campos¹⁹ já escrevia sobre limites temporais para a revisão de atos administrativos que já produziram efeitos, ensinando que: “a irretratabilidade dos atos administrativos, que decidem sobre a situação individual, é, ainda, um imperativo de segurança jurídica.”

Ainda sobre a estabilidade das relações jurídicas, Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁰ arremata: “Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior. Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações - noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente - tem especial relevo no direito administrativo. Não obrigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida. Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos.”

Da mesma forma, Lúcia Valle Figueiredo²¹ ensina: “Destarte, por força de erro administrativo, podem surgir situações consumadas, direitos adquiridos de boa-fé. Diante das situações fáticas constituídas, rever tais promoções (hipótese consideradas) seria atritar com princípios maiores do ordenamento jurídico, sobretudo com a segurança jurídica, princípio maior de todos, sobre o princípio, como diz Norberto Bobio.”

E José Frederico Marques, se filiando a corrente citada, adverte que o “limite imposto à revogabilidade está no respeito aos direitos subjetivos perfeitos criados pelo ato administrativo.”²²

O processo administrativo disciplinar segue o mesmo princípio de segurança jurídica, onde o tempo possui a força de estabilizar a relação do agente com o Poder

¹⁸ RDA 194:307-314.

¹⁹ CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. vol. II, Rio de Janeiro: ed. Forense, 1967, p. 7.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed., São Paulo: ed. Malheiros, 1994, ps. 297/298.

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: ed. Malheiros, 1994, p. 151.

²² RDA 39:18

Público, não como forma de estímulo à possíveis irregularidades, mas sim para manter efetiva a paz social.

III – DO PRAZO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR, CRÍTICA AO § 1º, DO ARTIGO 142, DA LEI Nº 8.112/90

A lei nº 8.112/90, que estabelece o regime estatutário da função pública federal, bem como alguns estatutos dos servidores públicos de vários Estados brasileiros, estabelece a contagem do prazo inicial da prescrição do processo disciplinar a partir do momento em que o fato investigado se tornou conhecido, desprezando a data em que ele ocorreu.

Para melhor reflexão, transcreve-se o aludido artigo 142, da Lei nº 8.112/90:

“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 á 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.”

Não se pode concordar com a redação do parágrafo primeiro supra transcrito, pois ela fere o próprio plasmado da prescrição que é possibilitar a segurança jurídica e a paz

social. Isto porque a instabilidade do *dies a quo* do prazo prescricional não é admitido pelo direito, tendo em vista que a regra geral é a da prescrição e não a da sua interrupção ou suspensão definitivamente.

Pelo contrário, o direito sancionatório traz no postulado da segurança jurídica o seu ponto basilar, sendo defeso a eternização de acusações ou de processos disciplinares.

O *ius puniendi* do Estado decorre da prática do ato ilícito do agente público, não sendo contudo ilimitado o exercício do poder punitivo, que encontra limites temporais como consequência da necessidade de não se aviltar o princípio da segurança jurídica, que tanto preconizam os países que estabeleceram em suas normas fundamentais o Estado Democrático de Direito.

Para a ultimação do *ius puniendi* do Estado, inicialmente é necessário o comportamento contrário às normas legais previamente estabelecidas.

Verificado então a prática do ato ilícito pelo servidor público, o termo inicial da prescrição disciplinar é o do dia em que o mesmo foi praticado, sendo ilegal considerar-se o dia de sua ciência pela Administração, pois, como representante do Poder Público, seus atos produzem efeitos jurídicos a partir da ocasião em que foram praticados.

Ou seja, é totalmente ilegal e contrário ao direito afirmar-se que um preposto do Poder Público, ao praticar um ato ilícito funcional, tenha que aguardar a Administração alegar que tomou conhecimento do fato oficialmente/publicamente.

Ora, o servidor público, como preposto do Estado, quando pratica um ato representando o seu órgão ou repartição pública, ao lesar ou violar direitos de pessoas ou terceiros, concede ao lesado a oportunidade de tentar reformar ou anular seus atos até 5 (cinco) anos do dia em que foi praticado o ato e não do conhecimento do mesmo pela Administração Pública.

Porque inverter este princípio quando se trata de ato ilícito administrativo do servidor público, ao ponto de considerar o *dies a quo* o da data do conhecimento da Administração Pública?

Não existe justificção para tal ilegalidade, visto que o dia em que começa a fluir o prazo prescricional (*dies a quo*) é aquele em que se pratica o ato ilícito.

No caso da infração disciplinar, a situação é bem curiosa, pois ela se subdivide em ilícito criminal e em infração que apenas viola normas legais não penais. Assim, elas são divididas em dois grupos: as faltas disciplinares oriundas de um crime previsto no Código Penal e aquelas que não possuem essa característica.

Na infração-disciplinar capitulada como crime, segundo o § 2º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, a prescrição é contada “a partir do fato”, independentemente da autoridade administrativa ter tido ciência do evento, eis que remete os prazos de prescrição previstos para a lei penal. Assim, quando a infração investigada for: peculato, concussão, corrupção

passiva, prevaricação, facilitação de contrabando, advocacia administrativa, violação de sigilo funcional, abandono de cargo ou função, a prescrição começa a fluir da consumação do fato ilícito praticado e investigado.

Sucedo que o mesmo direito administrativo disciplinar estabelece, na infração que não seja capitulada como crime, outro critério para o termo inicial da prescrição, qual seja, é contado da ciência da Administração e não da prática fato tido como irregular (§ 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90).

Ora, o problema relativo a prescrição não pode sofrer uma regra diversa da prevista no Código Penal, pois tanto no momento da consumação do crime, quanto no dia da prática da infração disciplinar, o termo inicial da prescrição é o da data em que o crime se consumou, conforme previsto no art. 111, I ao VI, do CP, onde existe a previsão de exceções à regra geral do inc. I.

Isto porque, o que se torna relevante para o direito é o momento em que o agente público praticou o ato contrário ao comando da lei.

Nosso direito penal inspirou-se na Lei nº 261, da França, onde o seu artigo 34, estatui que o prazo prescricional começa a fluir do dia em que foi cometido o delito.

Por esta razão, o art. 79, do Código Penal Brasileiro de 1890, estabeleceu: “Art. 79 – A prescrição da ação resulta exclusivamente do lapso do tempo decorrido do dia em que o crime foi cometido.”

Assim, desde essa fase do direito penal, se estabeleceu como regra geral que o prazo prescricional flui da data em que o crime se consumou e não quando o fato se tornou público/conhecido, para que não ocorra o indevido alargamento extremado da prescrição, criando incerteza nas relações jurídicas, contrário ao estabelecido na atual redação do art. 111, I, do Código Penal (termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final), havendo exceções.

Não é admissível que a Administração Pública se beneficie da sua inércia para trazer a instabilidade jurídica para os seus subordinados.

Contra a instabilidade jurídica gerada pela imprescritibilidade manifestou-se o Min. Moreira Alves,²³ através de seu brilhante voto vencedor no MS nº 20.069, onde asseverou que “se até as faltas mais graves – e, por isso mesmo, também definidas como crimes – são, de modo genérico, suscetíveis de prescrição, no plano administrativo, não há como pretender-se que a imprescritibilidade continue a ser o princípio geral, por corresponder ao escopo da sanção administrativa, ou seja, o interesse superior da boa ordem do serviço público (...) Em matéria de demissão, não há qualquer razão, por causa da gravidade, para se considerar que possa prescrever a pretensão punitiva da Administração Pública, quanto a crimes e à ausência ao serviço, 60 dias interpoladamente sem causa justificada, e não possa prescrever a mesma pretensão, quanto à faltas menos graves do que as definidas como crime e que, como ausência contumaz, são de natureza meramente funcional. Haverá quem

²³ STF, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, Ms nº 20069, julgado em 24.11.76, *RDA* 135:75.

sustente que é o interesse superior da boa ordem do serviço público que permite a prescritibilidade, quanto à faltas que configuram crime, e a imprescritibilidade, no tocante a algumas poucas de natureza meramente funcional?”

A seguir, o eminente Min. Moreira Alves²⁴ arremata: “... noutras palavras, se os crimes ditos contra a Administração, tipificados no Código Penal estão sob o amparo da prescrição penal, por que motivo não introduziu esse instituto também no âmbito administrativo? Fosse por deliberado propósito, fosse por mera omissão, o vigente Estatuto recusou guarida à prescrição da falta disciplinar. Postou-se, assim, como a célebre espada do episódio de Dâmodos sobre a cabeça do servidor público, acessando-lhe com a ameaça de punição em qualquer época até a mais remota, depois de cometido e olvidado o fato.”

Não entendemos como a prescrição no direito administrativo sancionador não é a mesma para todos os casos infracionais, tendo em vista que é muito mais amplo do que o direito penal, podendo incidir em campos distintos, como por exemplo: ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública,²⁵ disciplinar, etc.

Vigora em nosso direito positivo, como já dito alhures, a regra da prescritibilidade, ferindo a razoabilidade dividir o termo inicial da prescrição da grave pena de demissão, ou seja, quando for oriunda de uma infração tipificada como crime, o *dies a quo* é o da data em que este se consumou, ao passo que se a irregularidade funcional for derivada de disposições estatutárias, o termo inicial é o da data do conhecimento da Administração Pública.

Não concordamos com essa ilegal e irrazoável distinção do termo inicial da prescrição para a mesma pena de demissão do servidor público.

A redação do § 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90 é insustentável, pois ela privilegia a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa, como averbado por José Cretella Júnior:²⁶ “... é insustentável a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa, defendida por ilustres cultores do Direito Administrativo, porque o fundamento da prescrição tem de ser buscado na categoria jurídica, sendo o mesmo para o Direito Penal e para o Direito Disciplinar, havendo diferenças, é claro, apenas naquilo que o Direito Positivo de cada país preceituou para uma e outra figura. A prescrição penal e a prescrição administrativa são espécies, repetimos, entre outras, da figura categorial ‘prescrição’, que reponta em vários ramos do Direito, definindo-se genericamente, como ‘a perda do direito de punir, em decorrência do tempo.’ ‘Os Estatutos do funcionalismo brasileiro dispõem que a punibilidade da falta administrativa também prevista em lei como crime, prescreve no mesmo prazo correspondente à prescrição da punibilidade deste. No caso, deixam de vigorar as regras *estatutárias*, estabelecidas pelo Direito Disciplinar e aplicadas quando tudo ainda se passa na esfera administrativa, para prevalecer a orientação do Direito Penal, fixada no capítulo ‘Da extinção da punibilidade’, catalogada na Parte Geral do nosso Código Penal.’”

²⁴ STF, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, Ms nº 20069, julgado em 24.11.76, RDA 135:76.

²⁵ Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *cit.ant.*, p. 17.

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. “Prescrição Administrativa”. in *Revista dos Tribunais* 544/12, Ed. RT.

Outrossim, no tocante à fixação do *dies a quo* de incidência da prescrição, José Cretella Júnior²⁷ defende também a interpretação extensiva das disposições estatutárias, a fim de que o servidor público se beneficie das regras penais da prescrição “a partir do fato” e jamais “a partir da ciência do fato”, *verbis*: “No estudo da prescrição da falta disciplinar, o aspecto mais relevante é a fixação do *dies a quo*, do momento ‘a partir do qual’ principia a fluir o prazo para a extinção da iniciativa de punir. O prazo, na esfera administrativa, pode escoar-se em decorrência: *a*) da inércia da Administração que, conhecendo o fato, deixa, por qualquer motivo, de abrir o devido processo administrativo para apura-lo; *b*) da ignorância ou insciência do fato; *c*) do processo administrativo aberto, mas indefinidamente prolongado, até a prescrição, pelo decurso do tempo, fixado no Estatuto.’ ‘A terceira hipótese é equiparada também ao que decorre na esfera do Direito Penal quando, cometida a infração, a prescrição atinge o poder punitivo do Estado, antes da condenação, no decorrer do processo, cumprindo à Administração distinguir se trata de ilícito administrativo puro ou ilícito administrativo crime.’ ‘Em suma, a extrema gravidade da pena de demissão, não há a menor dúvida de que se deve dar às disposições estatutárias pertinentes interpretação extensiva, a fim de que o agente beneficie-se com as regras penais da prescrição ‘a partir do fato’ e jamais ‘a partir da ciência do fato’. Do contrário, chegaríamos ao absurdo, repetimos, de ser beneficiado com a regra da prescrição penal o agente público que cometeu crime contra a Administração ao qual o Estatuto comina a pena de demissão e de ser prejudicado com a regra da prescrição estatutária o funcionário que cometeu puro ilícito administrativo, ao qual, também, a pena cominada é a demissão.”

Incorporando essas razões, o Min. Fernando Gonçalves,²⁸ na espécie do inc. IX, do art. 117, da Lei nº 8.112/90, que versa sobre a violação à dignidade da função pública, conferiu interpretação extensiva das disposições estatutárias às regras penais da prescrição e estabeleceu o *dies a quo* a partir da ocorrência do fato: “... na espécie, o art. 117, IX, da Lei nº 8.112/91, deve a prescrição regular-se pelo art. 142 daquele Diploma Legal, que prevê o prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato, em face da extrema gravidade da pena de demissão.”

Também não se pode deixar de olvidar que “a punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teológica, com a sanção penal”,²⁹ o que leva a concluir que não existe fundamento razoável capaz de validar a discriminação *sub oculis* do *dies a quo* da prescrição, inclusive para as mesmas penas disciplinares.

Avalisando a presente tese, o insigne Procurador Regional da República, Dr. Brasilino Pereira dos Santos,³⁰ manifestou o seu inconformismo com a separação do direito administrativo do direito penal quando a prescrição for regulada pelo § 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, definindo-se como “um tamanho absurdo”, tendo em vista que “conta-se a prescrição do momento da consumação do crime, apenas excetuando-se a hipótese de falsidade de assentamento de registro civil.”

²⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. *cit. ant.*, p. 12.

²⁸ STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, MS 6877/DF, 3ª S., DJ de 21.05.2001, p. 55.

²⁹ STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RESP nº 19560/RJ, 1ª T., DJ de 18.10.93, p. 21841.

³⁰ SANTOS, Brasilino Pereira dos. *O prazo da prescrição de punição disciplinar começa a correr do momento em que o fato se tornou conhecido?* Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2278>>. Acesso em: 08 jun. 2005.

Para Edmir Netto de Araújo,³¹ a presente situação narrada se afigura como aberração dos dispositivos estatutários federais: “... certas aberrações decorrentes dos dispositivos estatutários, especialmente federais, como se acham em vigor, mesmo cumprida a determinação constitucional (art. 37, § 5º) para fixação, por lei, dos prazos de prescrição de ilícitos administrativos. 1) a primeira delas: a prescrição da ação disciplinar do ilícito administrativo que ocasiona demissão, mesmo agravada, tem seu termo inicial da data do conhecimento da infração, ao passo que a falta-crime a tem na data do fato. Ou seja, é provável que, muitas vezes, a infração mais grave deixa de ser punível antes da infração menos grave. 2) A fixação do *dies a quo* na data do conhecimento da autoridade, e interrupção da prescrição pela instauração do respectivo procedimento administrativo levam a outros absurdos: será quase impossível ao servidor, especialmente federal, na prática livrar-se de punição.”

O direito não pode servir como eternização de uma futura punição disciplinar, capaz de ser manejada quando a Administração Pública se dignar a afirmar que tomou conhecimento de um fato após o transcurso do tempo. O *ius puniendi* não é absoluto e perpétuo, ele se sujeita à regra da segurança jurídica e do princípio da razoabilidade, dentre outros, exatamente para possibilitar a paz coletiva, afastando a idéia de um processo perpétuo.³²

O prazo de cinco anos, contados a partir do ato tido como irregular não é suficiente para promover a apuração disciplinar, e se for o caso, após o *due process of law*, estabelecer a penalidade?

Entendendo que este critério é mais do que suficiente para apurar a impunidade.

Em nosso comentário à Lei nº 8.112/90, já havíamos averbado que: “O prazo de prescrição é contado da data do ato tido como violador de deveres funcionais, pois não se admite, em hipótese alguma, que a Administração Pública não conheça seus atos, que são públicos a todos, sendo-lhe defeso alegar torpeza ou desconhecimento.”³³

³¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito Administrativo e o seu Processo*, São Paulo: ed. Rt, 1994, p. 249.

³² Serrano Neves, com maestria repudiou a idéia do processo perpétuo: “O *ius puniendi* – convenhamos – nos regimes organizados sob claros e sólidos princípios liberais e libertários, não poder ser absoluto e perpétuo. Há de sujeitar-se, necessariamente, a certas restrições. Por mais respeitável que seja, em sede de direito penal disciplinar, o *criterium* tradicionalista, não nos parece muito respeitável a idéia de que o Estado, por si ou por seus órgãos de administração delegada, deve, humanamente, cercar seus administrados de umas tantas garantias, humanamente, cercar seus administrados de umas tantas garantias de sua própria inércia, ou omissão, ou esquecimento, ou indiferença quanto ao uso, por ele próprio, e segundo a lei, do direito de processar e de punir. ‘Sob os regimes realmente liberais – fundados, pois, em postulados rigorosamente democráticos – não se tolera a idéia de processo perpétuo, seja este relativo ao direito comum, seja ao disciplinar.’” (Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Guanaraba, Ano II, vol. 3, p. 206, sob o título “Decadência e Prescrição no Processo Disciplinar”), *apud* SANTOS, Brasiliano Pereira dos. *O Prazo de punição disciplinar começa a correr do momento em que o fato de tornou conhecido?*, cit. ant., ps. 7/8.

³³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*. Rio de Janeiro: ed. América Jurídica, 2005, p. 721.

Portanto, a interrupção do início da contagem do prazo de prescrição até que a Administração Pública declare que tomou conhecimento do fato tido como ilícito administrativo não se coaduna com o instituto da prescritibilidade que permeia os Estados Democráticos de Direito, como se demonstrará no próximo tópico.

IV – O § 1º, DO ARTIGO 142, DA LEI Nº 8.112/90, INTERPRETADO EM SUA LITERALIDADE FERRE O ART. 5º, LXXVIII, DA CF (INSERIDO PELA EC Nº 45/2004)

Da forma como está redigido o § 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, ele não é recepcionado pela redação do art. 5º, LXXVIII,³⁴ da Constituição Federal, que garante a todos, no âmbito judicial ou administrativo, duração razoável do processo, com a utilização de meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ora, não é mais admissível que possa haver na legislação infraconstitucional preceito capaz de impedir o curso da prescrição no processo administrativo disciplinar de forma permanente, até que a Administração Pública declare a sua ciência ou conhecimento de um ato praticado por seu preposto e em seu nome.

Essa filosofia de que o Estado está acima de tudo e de todos já foi superada pelo direito constitucional moderno, visto que a essência do poder é a manutenção da preservação do homem, não como servo, mas como destinatário de direitos fundamentais, garantias e de deveres.

Partindo dessa indelegável premissa, todos os indivíduos passam a ter constitucionalmente assegurado não só a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, como também a celeridade na tramitação de processo administrativo.

Sendo entendido como celeridade a fluência de um tempo razoável no transcurso de procedimentos judiciais e administrativos, contrapondo-se a sua interrupção ou suspensão *ad eternum* do prazo de prescrição no procedimento disciplinar, visto que o Poder Público também é destinatário do comando constitucional a que alude o inc. LXXVIII, do art. 5º.

Importante esclarecer que a duração razoável de procedimento administrativo, abrange tanto o processo disciplinar como os demais atos da Administração Pública, sendo que tal princípio se vinculou aos direitos fundamentais a que disciplinam o art. 5º e seus incisos da Magna Carta.

Aliás, o direito português já elencava em sua Lei Fundamental (art. 20.4) tal dispositivo: “Art. 20.4 - todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade³⁵ deixou explicitado seu entendimento no que se refere a importância de defesa dos direitos fundamentais ao aduzir que “esse

³⁴ Art. 5º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed., Coimbra: ed. Almedina, p. 34.

direitos (pelo menos, esses) devem ser considerados patrimônio espiritual comum da humanidade e não admitem, hoje, nem mais uma leitura, nem pretextos econômicos ou políticos para a violação de seu conteúdo essencial.”

Sendo certo que o direito à tutela jurisdicional tempestiva e eficaz vige também perante o Réu ou investigado, como expressado por Alexandra Mendes Spalding:³⁶ “Entende-se que, ao contestar um pedido formulado em seu desfavor, o réu também está buscando o provimento jurisdicional, ainda que no sentido contrário àquele demandado pelo autor contra o Estado-Juiz.”

Compartilha desse entendimento Humberto Theodoro Júnior³⁷ quando incorpora as lições de Enrico Túlio Liebman: “Na lição de Liebman: ‘A ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional. Exerce-a, na verdade, não apenas o autor, mas igualmente o réu, ao se opor à pretensão do primeiro e postular do Estado um provimento contrário ao procurado por parte daquele que propôs a causa, isto é, a declaração de ausência do direito subjetivo invocado pelo autor. Assim, como é lícito ao autor propor uma ação declaratória negativa, e isto reconhecidamente é exercício do direito de ação, que é autônomo e abstrato, o mesmo passa quanto ao réu, que ao contestar requer uma sentença declaratória negativa. E, é justamente, isto que obtém quando o pedido do autor é declarado improcedente.”

Por igual, esse também é o entendimento de Ovídio Batista:³⁸ “Ambos, porém, tanto o autor que age quanto o réu que se defende, têm igual pretensão de tutela jurídica, e, portanto, idêntico direito de obter uma sentença de mérito. Diz-se pretensão de tutela jurídica a este poder atribuído a qualquer pessoa que exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional, consistente não no auxílio que o juiz possa dar àquele em favor de quem ele haja reconhecido a existência de direito e julgado procedente o pedido, mas na simples atividade jurisdicional, consistente não no auxílio que o juiz possa dar àquele em favor de quem ele haja reconhecido a existência de direito e julgado procedente o pedido, mas na simples atividade jurisdicional, mesmo que esta conclua por negar ao interessado a proteção que o Juiz daria se a situação que o autor descreve no processo fosse verdadeira e não infirmada pela nova. Têm, pois, direito a jurisdição tanto o autor que põe em movimento com sua ‘ação’ quanto o réu que apenas se defende e, mesmo sem agir, com sua presença em juízo, reagindo à ação contrária do autor, exige também ele que o Estado, assim provocado pela ação, preste-lhe idêntica tutela, decidindo a controvérsia e recusando-se a realizar a ação de direito material que o autor falsamente se dissera titular, julgando a ação improcedente.”

A razoável duração do processo administrativo disciplinar é aquela estabelecida na própria Lei nº 8.112/90 entre a defesa e o julgamento (140 dias). Sucede que este prazo

³⁶ SPALDING, Alexandra Mendes. “Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do art. 5º, da CF Inserido pela EC 45/2004”, *In Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. São Paulo: ed. RT, 2005, p. 35.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*, vol. 1, 18ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 1996, p. 78.

³⁸ SILVA, Ovidio Araujo Baptista. *Curso de Direito Civil*. vol. 1, 4ª ed., São Paulo: ed. RT, p. 103.

nunca foi obedecido pela Administração Pública até o presente momento, mesmo porque o inc. LXXVIII, do art. 5º, da CF é recente, derivado da EC 45/2004.

Pelo ordenamento constitucional atual, a extrapolação de 140 dias da tramitação do processo administrativo disciplinar não pode mais possibilitar a interrupção indefinida da prescrição intercorrente, pois ela deverá ser contada do dia da ocorrência do fato investigado, com carência dos respectivos 140 dias.

Defender na atualidade a tese da suspensão da prescrição ou sua interrupção indefinidamente é inconstitucional, em face da garantia pré-existente da celeridade processual, quer perante o Poder Judiciário, quer na esfera administrativa.

Essa garantia da celeridade processual, sem dilações indevidas já faz parte da Constituição da Espanha de 1978 (art. 24.2), onde todos os cidadãos possuem o direito de terem os seus pleitos, mesmo que réus, decididos em um prazo razoável.

Aliás, desde a Declaração dos Direitos do Homem de 1798, que seu art. 9º, já dispunha: “... la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona.”

Portanto, esta nova fase do direito público não mais comporta uma duração do processo administrativo disciplinar que não seja “razoável” e com a “celeridade de sua tramitação”. Ou pelas palavras de Sérgio Bermudes:³⁹ “A celeridade da tramitação traduz-se na presteza da prática de cada ato do processo, porquanto a demora na prática de um deles repercute, negativamente no conjunto, como acontece com a retenção de um trem num dos pontos de parada do seu percurso. Atos praticados celeremente asseguram a duração razoável senão rápida do processo, o qual outra coisa não é, desde a etimologia, que um conjunto de atos que se sucedem para a consecução de determinado fim.”

O princípio é o da prescribibilidade dos atos ilícitos administrativos (art. 37, § 5º, da CF), visto que a Carta Federal ressalva apenas o ressarcimento ao erário, não se vinculando aos prazos, que deverão respeitar o instituto da prescrição. Dessa forma, a apuração e a punição do ilícito administrativo fica prejudicado “se a Administração não toma providência para sua apuração e responsabilização do agente, sua inércia gera a perda do seu *ius persequendi*.”⁴⁰

A inércia da apuração ou da conclusão do processo administrativo disciplinar faz nascer a prescrição intercorrente quanto à Administração “em face de administrados.”⁴¹

Melhor dizendo, segue o exemplo do julgado do Tribunal Supremo da Espanha, que fixou o entendimento que: “El transcurso del tiempo, através de la prescripción, produce importantes efectos jurídicos, transformando determinadas situaciones de hecho en verdaderos estados de derechos en el sentido que reclama la seguridad jurídica como uno de

³⁹ BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2005, p. 11.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: ed. Malheiros, 2005, p. 348.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Cit. ant.*, p. 348.

los principios que informan el ordenamiento legal y que aparece recogido en el art. 9.3 CE...”

A “celeridade processual é um direito dos litigantes em processos judiciais e administrativos”,⁴² o que significa dizer que a suspensão ou a interrupção do *dies a quo* do prazo de prescrição de ilícito administrativo viola o art. 5º, LXXVIII, da CF.

Portanto, a interrupção ou a suspensão do prazo de prescrição disciplinar, quando o ilícito for administrativo, possui o seu *dies a quo* na data do fato investigado, a teor do que foi estabelecido pelo STF em caso análogos (§§ 3º e 4º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90.

V - DO INÍCIO DO PRAZO (*DIES A QUO*) NO PROCESSO DISCIPLINAR COMPARADO

Os países que possuem o direito constitucional semelhante ao brasileiro, também estipulam, no instituto da prescrição, a devida garantia de que o poder punitivo não se eternizará no tempo.

Especificamente no Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local (Decreto-Lei nº 24/84) de Portugal, o seu artigo 4º prescreve dois tipos de prescrição, sendo que a primeira situação é aquela que estipula a prescrição de 3 (três) anos, a contar da data em que a falta foi cometida. Já a outra hipótese é aquela do conhecimento do fato pelo superior máximo hierárquico no prazo de 3 meses: “Art. 4.1 - O direito de instaurar procedimento disciplinar prescreve passados 3 anos sobre a data em que a falta houver sido cometida. Art. 4.2 - Prescreverá igualmente se, conhecida a falta pelo dirigente máximo do serviço, não for instaurado o competente procedimento disciplinar, no prazo de 3 meses. Art. 4.3 - Se o facto qualificado de infração disciplinar for também considerado infração penal e os prazos de prescrição do procedimento criminal forem superiores a 3 anos, aplicar-se-ão ao procedimento disciplinar os prazos estabelecidos na lei penal.”

O Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, M. Leal – Henriques, cita o julgado no Proc. nº 123/87, de 11.03.88, da PGR (DR II Série, de 10.10.88): “A prescrição, como instituto do direito punitivo, relativa ao procedimento e às penas, e tanto em direito disciplinar como em direito penal, assenta no pressuposto de que o decurso de determinado lapso de tempo, mais ou menos longo, faz desaparecer as razões determinantes da punição ou do cumprimento da pena, as quais cedem por essa circunstância à vantagem de estabilizar as relações de serviço ou as relações da vida social perturbadas pela verificação dos factos tipificados como falta ou como infração penal. Com efeito, a autoridade que detém o poder disciplinar não mantém ilimitadamente no tempo a actuação do seu direito sancionador. Decorrido que seja certo lapso de tempo determinado na lei, não poderá ser desencadeada a acção disciplinar pelos factos passados, porque o procedimento disciplinar prescreveu. Constituindo o direito disciplinar um ramos do direito punitivo, a natureza da prescrição e as razões que pressupõem a actuação do instituto e do

⁴² PALLARINI JÚNIOR, Sydney. “LVIII – Celeridade Processual – Garantia Constitucional Pré-Existente à EC n. 45 – Alcance da ‘Nova’ Norma (art. 5º, LXXVIII, da CF)”, in *Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*, cit. ant., p. 768.

respectivo regime, assumem-se substancialmente idênticas ao seu tratamento no âmbito do direito penal. Revelam aqui, razões de ordem processual e da motivação substancial; essencialmente estas como justificadoras da ocorrência da prescrição, nomeadamente as que se relacionam com o fim das suas penas. A acção do tempo torna impossível ou inútil a realização desses fins, apaga, ou esbate a necessidade de retribuição; passados anos a infracção esqueceu, a reacção social e a inquietação por ela provocada foram-se desvanecendo, até desaparecer, a sanção perdeu o interesse e o significado. A prescrição é, assim, um instituto de direito substantivo, que constitui uma das vias de extinção da responsabilidade do infrator e que se assenta no pressuposto de que o decurso de determinado lapso de tempo faz desaparecer as exigências de efectivação da pena, que deixou de ter actualidade, em vista do que o Estado renuncia ao seu direito de punir.”

No procedimento administrativo sancionador da Espanha (Lei 30/92) da Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas, o princípio é o mesmo do português, tendo o seu *dies a quo* da prescrição a data em que a infracção foi cometida.

O art. 132, da Lei espanhola nº 30/92, estabelece: “132.1 – Las infracciones y sanciones prescriban según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a seis meses y las impuestas por faltas leves al año. 132.2 – El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.”

Em sólidas palavras, Jesús Gonzáles Pères⁴³ afirma que a prescrição disciplinar na Espanha se inicia no dia em que a infracção foi cometida.

Nesse tema de prescrição de sanções disciplinares, também, na América Latina a contagem da mesma se inicia da data do ato investigado e não do conhecimento da Administração. Assim funciona, por exemplo na Lei Federal mexicana ao estabelecer que a faculdade da autoridade competente para impor sanções administrativas prescreve em 5 (cinco) anos (art. 79).

O Código Disciplinário Único (Lei nº 200/95) colombiano também se regula pelo princípio *sub oculis*, a teor do que dispõe o seu art. 38: “Art. 38 – Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienes las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.”

Em sentido similar, o Perú segue o mesmo passo, onde a sua Lei que regula as funções públicas é clara quando detalha o procedimento sancionatório em geral, e trata da prescrição em seu art. 231: “Art. 233.1 – La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de los plazos para la prescripción de los demás responsabilidades que la infracción pudiera ameritar. En caso de no estar determinado, prescribirá en cinco

⁴³ “El plazo de prescripción empezará a contarse el día en que la infracción se hubiese cometido (art. 132.2, LRJPA)”, (PÉRES, Jesús Gonzalez. *Manual de Procedimiento Administrativo*. 2ª ed., Madrid: ed. Civitas, 2002, p. 437).

años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada.”

A Lei Orgânica de Ordenação Urbanística de 1987, da Venezuela (art. 117), fixa a prescrição “a los 5 años a contar de la fecha de la infracción.”

Diversos são os países, inclusive a França, que estabelecem o *dies a quo* da prescrição do direito disciplinar o momento em que foi cometida a lesão ao bem protegido pelo direito administrativo.

Não compactuamos com o disposto na Lei nº 8.112/90, no seu § 1º, do art. 142, que dispõe de modo diverso da legislação dos Países cujos ordenamentos jurídicos são extremamente científicos e evoluídos.

Destarte, faz-se necessário alterar o disposto no § 1º acima referido, que além de inconstitucional é incompatível como Estado Democrático de Direito, violando literalmente a Carta Magna.

VI – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF NÃO PERMITE A INTERPRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INDEFINIDAMENTE

O instituto da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar é uma das conseqüências do princípio da segurança jurídica, que exige a manutenção da prescritibilidade.

Dessa maneira o STF mantendo-se fiel a este posicionamento não permite que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompa a prescrição eternamente, mesmo havendo norma legal que estabeleça o contrário (§§ 3º e 4º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90. Em especial, sobre a interrupção e a suspensão da prescrição, a que aludem os §§ 3º e 4º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, incidentes sobre o processo disciplinar, a Excelsa Suprema Corte seguiu o escoreito posicionamento do Min. Marco Aurélio, e que no RMS nº 23.436/DF⁴⁴ assim explicitou: “Ora, cuida-se de institutos diversos quando se trata da interrupção e da suspensão. A primeira resulta, uma vez exaurido o ato que a motivou, em novo curso do prazo, desprezando-se os dias transcorridos. Já a suspensão conduz à permanência no tempo enquanto não afastada a respectiva causa, computando-se os dias transcorridos até então e que, assim, devem ser somados aos que sobejarem. Por outro lado, não se coaduna com o nosso sistema constitucional, especialmente no campo das penas, sejam de índole criminal ou administrativa, exceto relativamente ao crime revelado pela ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático – inciso XLIV do art. 5º, da CF/88, a inexistência de prescrição. Inconcebível é que se entenda, interpretando os preceitos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, uma vez aberta a sindicância ou instaurado o processo disciplinar, não se cogite mais, seja qual foi o tempo que se leve para a conclusão do feito, da incidência da prescrição. É sabido que dois valores se fazem presentes: o primeiro, alusivo à Justiça, a direcionar a possibilidade de ter-se o implemento a qualquer instante; já o segundo está ligado à segurança jurídica, à estabilidade das

⁴⁴ STF, RMS nº 23436/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15.10.1999, p. 28.

relações e, portanto, à própria paz social que deve ser restabelecida num menor tempo possível. Não é crível que se admita encerrar a ordem jurídica verdadeira espada de Dâmodos a desabar sobre a cabeça do servidor a qualquer momento.”

Esta regra pacificada pelo STF estabelece a prescrição intercorrente no Processo Administrativo Disciplinar, tendo em vista ser ilegal a interrupção do prazo prescricional, que “começa a correr de novo e por inteiro a partir do próprio fato interruptivo, à semelhança de como sucede no direito penal.”⁴⁵

Por igual, a suspensão indefinida da prescrição não prevalece nos países que preconizam o Estado Democrático de Direito, visto que a segurança das relações jurídicas faz parte integrante da essência do ordenamento legal, também sendo inconcebível sua suspensão.

Assim, o Egrégio Sodalício afastou a eficácia do parágrafo 3º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, por entender que a respectiva interrupção nele prevista, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo a conclusão do procedimento disciplinar e a aplicação da pena (arts. 152 e 167 da citada lei), como se verifica na ementa do julgamento do RMS nº 23436/DF: “Prescrição - Processo Administrativo - Interrupção. A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei - voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional. Precedente: Mandado de Segurança nº 22.728-1/PR, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de novembro de 1998.”

Ora, o princípio é o mesmo para o § 1º, do art. 142, da Lei em comento, tendo em vista que a interrupção prevista, até a ciência da Administração Pública do fato investigado, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias para o julgamento do processo administrativo disciplinar.

Essa é a consequência lógica da prescrição intercorrente reconhecida pelo STF, em razão de não ser admitida a interrupção do prazo da prescrição eternamente.

Tal qual a regra do § 3º, o § 1º, do mesmo artigo 142, da Lei nº 8.112/90, pela interpretação do STF, é atingido pela prescrição intercorrente após os 140 dias entre a instauração e o julgamento do PAD. Ou seja, a Administração Pública, se a pena da infração disciplinar for a de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, terá 140 dias corridos como interrupção da prescrição, tempo suficiente para o poder público tomar conhecimento de irregularidades, voltando a fluir o prazo prescricional normalmente.

Esta é a regra de coerência fixada pelo STF, pois não se admite uma interpretação restritiva ao instituto da prescrição intercorrente, tal qual vigente também no direito penal.

⁴⁵ STF, Rel. Min. Marco Aurélio, RMS nº 23.436/DF, Segunda Turma, DJ de 15.10.99, p. 28.

Tanto a esfera administrativa como a penal são destinatárias da prescrição intercorrente, segundo o estipulado pelo STF.

Dessa forma, o fluxo da prescrição volta a correr por inteiro se a Administração Pública não instaurar o processo administrativo disciplinar após 140 dias da data do fato tido como irregular. Assim, o *dies a quo* do prazo de prescrição da falta disciplinar, que não possua correlação com ilícito criminal, segundo o STF é de 140 dias, contados do dia do cometimento do ato investigado.

Nesse sentido, segue o seguinte julgado:⁴⁶ “I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal.”

A interpretação analógica desses julgados voltados para o § 3º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, direciona-se também para o seu parágrafo primeiro, pois a partir do momento em que foi estabelecida a possibilidade jurídica da existência de prescrição intercorrente do PAD quando o assunto é a interrupção do *dies a quo*, pois a regra é a da prescritibilidade e não a da indefinição *ad eternum*.

Portanto, a norma estabelecida no parágrafo 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, “está a merecer moderada interpretação, sob pena de tornar imprescritível”⁴⁷ a falta disciplinar, até que a Administração Pública declare o seu conhecimento pleno ao fato investigado no PAD.

O elasticamento da prescrição a que alude o § 1º, do art. 142, da lei em tela é inconcebível, pois a regra é justamente a inversa, ou seja, é a da prescrição intercorrente.

Dessa maneira, é inadmissível a interrupção da prescrição indefinidamente, pois tal situação é afrontosa ao princípio básico do Estado de Direito que “é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes.”⁴⁸

Mantendo efetivo o princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito, o STF estabilizou situações criadas administrativamente irregulares, pertinentes à contratação de servidores da INFRAERO sem concurso público há mais de dez anos. Isto porque o princípio da segurança jurídica prestigia o transcurso do tempo como forma de

⁴⁶ STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Ms nº 23.299/SP, Pleno, DJ de 12.04.2002, p. 55.

⁴⁷ STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, RMS nº 21.562/DF, 1ª T., DJ de 24.06.94, p. 16.637.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado de Direito”, in *Cadernos Democráticos*. Coleção Fundação Mário Soares, Lisboa: ed. gradiva, 1999, p. 2.

estabilização das relações jurídicas de direito público, como se infere no julgamento do MS nº 22357/DF,⁴⁹ assim ementado: “Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido.”

E nada é mais inconcebível em um ordenamento jurídico do que a eternização de demandas disciplinares. O preceito é o da prescrição como efeito de estabilizar as relações jurídicas, regulando o interesse da coletividade e do Estado.

VII – CONCLUSÃO

Após o presente arrazoado, concluímos pela interpretação atual do parágrafo primeiro, da Lei nº 8.112/90, no qual deverá ser observado e aplicado a regra da “prescrição intercorrente”, reconhecida pelo STF, para trazer estabilidade às relações públicas.

Assim, após 140 dias do ato administrativo tido como ilegal, a Administração Pública não poderá alegar que a prescrição está interrompida, pois este será o *dies a quo* para o início do prazo prescricional.

Interpretar de forma diversa é desqualificar a regra estabelecida pelas decisões do STF de reconhecimento da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar também em relação ao disposto no § 3º, do art. 142, da lei em comento.

Rio de Janeiro, 7 de junho de 2005.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

⁴⁹ STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Ms nº 22.357/DF, Pleno, DJ de 5.11.2004, p. 06.

