

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO
ESCOLA DE GOVERNO PROFESSOR PAULO NEVES DE CARVALHO
Pós Graduação em Direito Administrativo

Nathália Vilarino Rodrigues

**A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Belo Horizonte
2014

Nathália Vilarino Rodrigues

**A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

Monografia Jurídica apresentada à Fundação João Pinheiro de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Pós Graduação em Direito Administrativo.

Orientadora: Camila Antunes Notaro.

Belo Horizonte
2014

Nathália Vilarino Rodrigues

**A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

Monografia Jurídica apresentada à Fundação João Pinheiro de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Pós Graduação em Direito Administrativo.

Camila Antunes Notaro (Orientadora) – Fundação João Pinheiro

Belo Horizonte, 17 de março de 2014.

“Suba o primeiro degrau com fé. Não é necessário que você veja toda a escada. Apenas dê o primeiro passo.”

(Martin Luther King)

RESUMO

O instituto da prescrição possui o condão de por fim às situações jurídicas que não foram exercidas por certo lapso de tempo. Funciona a prescrição como uma garantia criada pela ordem jurídica capaz de proporcionar segurança e paz social. A perpetuidade de litígios não é concebida no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo vigendo a regra da prescritibilidade para o direito público, no campo disciplinar, as administrações públicas, por regramentos próprios (estatuto dos servidores públicos), sempre estagnaram a prescrição intercorrente, pois preconizam, em geral, que a instauração de sindicância ou de inquérito administrativo interrompem a fruição da prescrição, congelando-a até que o mesmo seja decidido. O objetivo deste trabalho é verificar a possibilidade de aplicação da prescrição após instauração de Processo Administrativo Disciplinar, quando da ocorrência de demora injustificada para prolação de decisão final pela autoridade competente, buscando, assim, analisar a ocorrência da prescrição intercorrente. Ao fim pretende-se esclarecer se a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. Defende-se no trabalho a idéia de que nos casos em que, apesar da instauração tempestiva do processo administrativo, há demora injustificada na prolação da decisão final pelo ente público, é possível o reconhecimento da prescrição, chamada de "intercorrente".

PALAVRAS CHAVE: Prescrição, prescrição intercorrente, processo administrativo disciplinar, interrupção da prescrição.

ABSTRACT

The institute Prescription has the power to put an end to legal situations which were not exercised during a certain period of time. The prescription works as a security created by the legal system capable of providing security and social peace. The perpetuity of disputes is not conceived in the Brazilian legal system. Although the rule prescribibility to public law remains in force, disciplinary field in public administrations, by their own rules (statute of public employees) always stagnated prescription intercurrent as advocate, in general, that the initiation of receivership or administrative inquiry disrupt the enjoyment of prescription freezing it until it is decided. The objective of this work is the definition of prescription after the establishment of the Administrative Process Discipline, upon the occurrence of undue delay to delivery of the final decision by the competent authority, seeking thereby to analyze the occurrence of intercurrent prescription. At the end, we intend to clarify whether opening an inquiry or bringing of disciplinary proceedings interrupts the limitation period until the final decision issued by the competent authority. It is argued, on this job, the idea that, in cases where, despite the timely establishment of the administrative process, there is undue delay in the delivery of the final decision by the public entity, it is possible to recognize prescription, called "intercurrent".

KEYWORDS: Prescription, prescription intercurrent, administrative disciplinary proceedings, interruption of prescription.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO CIVIL	9
2.1. Da Prescrição	9
2.2. Da Decadência	1
	4
3. DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO PENAL	
	1
3.1. Da Prescrição	7
3.2. Da Decadência	1
	7
4. DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO	2
5. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	0
6. DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	2
	2
6.1. Do Prazo inicial da Prescrição Disciplinar	
6.2. Da Interrupção do Prazo Prescricional	2
	8
7. DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PELA PRESCRIÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR	3
	5
7.1. Princípio da Eficiência na Administração Pública	
7.2. Do Enunciado nº 4 da CGU	3
7.3. Da Responsabilização em caso de Prescrição	7
	4
8. CONCLUSÃO	3
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

1. INTRODUÇÃO

O instituto da prescrição possui o condão de pôr fim nas situações jurídicas que não foram executadas por certo lapso de tempo.

Assim, a inércia no exercício de determinado direito material, dentro de um prazo assinalado em lei, possui, em alguns casos, a força de dar por encerradas situações lesivas ao interesse próprio ou de outrem.

Funciona a prescrição como uma garantia criada pela ordem jurídica capaz de proporcionar segurança e a paz social.

A perpetuidade de litígios não é concebida no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco a pretensão de instaurá-los, tendo em vista que a regra é a prescritibilidade, considerando que tal situação infringe diretamente a Carta Magna que garante a duração razoável do processo, segurança jurídica e a prescritibilidade.

De certo modo, a prescrição também funciona, indiretamente, como uma penalidade ao titular do direito que, por sua inércia, concorreu para que o transcurso do tempo desse por encerrada uma situação lesiva ao direito.

No campo do direito público, a prescrição funciona também como fator de estabilidade na relação dos administrados com a Administração Pública e vice-versa.

Mesmo vigendo a regra da prescritibilidade para o direito público, no campo disciplinar, as administrações públicas, por regramentos próprios (estatuto dos servidores públicos), sempre estagnaram a prescrição intercorrente, pois preconizam, em geral, que a instauração de sindicância ou de processo administrativo, que é o instrumento utilizado pela administração para apuração das faltas disciplinares cometidas por seus servidores, interrompem a fruição da prescrição, estagnando-a até que o mesmo seja decidido.

Essa regra fere os princípios da prescritibilidade e da segurança jurídica, tendo em vista que a indefinição quanto ao tempo do curso do procedimento disciplinar não poderá interromper a consumação da prescrição, sob pena de instauração da instabilidade jurídica.

Considerando que a interrupção por prazo indeterminado da prescrição em procedimento disciplinar fere princípios constitucionais, traçou-se como objetivo geral verificar a possibilidade de aplicação da prescrição após instauração de Processo Administrativo Disciplinar, quando da ocorrência de demora injustificada para prolação de decisão final pela autoridade competente, buscando, assim, analisar a ocorrência da prescrição intercorrente.

Justifica-se este estudo pelo disposto no artigo 142, § 3º, da Lei 8112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, onde não reconhece a prescrição após instauração de Processo Administrativo Disciplinar.

Tanto no que se refere à instauração do processo administrativo para apuração da infração, quanto no que tange à sua finalização, com a publicação de uma decisão definitiva pelo ente administrativo, a celeridade e a eficiência são elementos imprescindíveis. Uma vez que, conforme determina a legislação, há a perda do direito de punir em virtude do decurso do prazo prescricional, seja antes da instauração da sindicância ou processo disciplinar, seja durante a tramitação dos mesmos.

Espera-se que este estudo ofereça contribuições para diversos órgãos da administração pública, no sentido de torná-la mais eficiente em relação à aplicação de penalidade disciplinar.

O trabalho será iniciado com o objetivo de se esclarecer a seguinte pergunta: “*A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente*”?

Assim, este estudo partirá da hipótese básica de que, a inércia dos entes públicos na apuração das infrações disciplinares é recorrente nas várias esferas do governo brasileiro. O decurso do tempo, contudo, é elemento importante na responsabilização daquele que, mediante ação ou omissão, cometeu infração aos deveres disciplinares.

Defende-se a ideia de que nos casos em que, apesar da instauração tempestiva do processo administrativo, há demora injustificada na prolação da decisão final pelo ente público é possível o reconhecimento da prescrição, chamada de "intercorrente".

Para elaboração do presente trabalho serão realizadas pesquisas documentais e bibliográficas, sendo consultadas doutrinas, jurisprudências e artigos jurídicos, bem como será feita a análise da Legislação pertinente.

2. DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO DIREITO CIVIL

2.1. Da Prescrição

O tempo é elemento fundamental nas relações jurídicas em que participa o indivíduo. Isto porque existe interesse da sociedade em atribuir juridicidade àquelas situações que se prolongaram no tempo. O decurso do tempo tem grande influência na aquisição e na extinção de direitos.

Para que haja tranquilidade na ordem jurídica e pela consolidação dos direitos, é que se faz necessário o instituto da prescrição. Nesse sentido, Gonçalves entende que:

“A prescrição é indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos; sem ela, nada seria permanente; o proprietário jamais estaria seguro de seus direitos, e o devedor livre de pagar duas vezes a mesma dívida”. (GONÇALVES, 2009, p. 472).

No Direito Civil, entende-se por prescrição a perda do direito à pretensão em razão do decurso do tempo. O atual Código Civil adotou o vocábulo “pretensão” para indicar que não se trata do direito subjetivo público abstrato de ação. Trata-se a pretensão de um “poder” de exigir de outrem uma ação ou omissão. Segundo o art. 189 do C.C:

“Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Existem duas espécies de prescrição: a extintiva, pela qual se extinguem direitos, e a aquisitiva, também denominada usucapião, pela qual se adquirem direitos. A prescrição extintiva é tratada na parte geral do Código Civil, já que esta tem alcance amplo, irradiando efeitos em todos os ramos do direito. Já a prescrição aquisitiva foi tratada na parte de direito das coisas, pois esta apenas é aplicada neste ramo do direito.

Algumas pretensões, de acordo com Gonçalves, são imprescritíveis. Contudo, a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção. Segundo o autor, não prescrevem:

- a) *“as ações que protegem os direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral, à imagem, ao nome, Às obras literárias, artísticas ou científicas etc.;*
- b) *as que se prendem ao estado das pessoas (estado de filiação, a qualidade de cidadania, a condição conjugal). Não prescrevem, assim, as ações de separação judicial, de interdição, de investigação de paternidade etc.;*
- c) *as de exercício facultativo (ou potestativo), em que não existe direito violado, como as destinadas a extinguir o condomínio (ação de divisão ou de venda de coisa comum – art. 1.320), a de pedir meação no muro vizinho (CC, arts. 1.297 e 1.327) etc.;*
- d) *as referentes a bens públicos de qualquer natureza, que são imprescritíveis;*
- e) *as que protegem o direito de propriedade, que é perpétuo (reivindicatória);*
- f) *as pretensões de reaver bens confiados à guarda de outrem, a título de depósito, penhor ou mandato. O depositário, o credor pignoratício e o mandatário, não tendo posse com ânimo de dono, não podem alegar usucapião;*
- g) *as destinadas a anular inscrição do nome empresarial feita com violação de lei ou do contrato (CC, art. 1.167)”.(GONÇALVES, 2009, p. 475)*

Sendo assim, excetuadas as pretensões citadas, todas as demais se sujeitam ao prazo prescricional. Ressalte-se que somente as ações condenatórias podem sofrer os efeitos da prescrição, porque somente estas pretendem alcançar pretensões e só os direitos que visam uma prestação possibilitam ação condenatória.

Entende-se por prazo prescricional o espaço de tempo que decorre entre seu termo inicial e final. A regra estabelecida no Código Civil é que a prescrição ocorre em dez anos, quando não fixado prazo menor por lei, sendo este o prazo máximo da prescrição.

Os prazos de prescrição aplicáveis no Direito Civil estão taxativamente previstos nos artigos 205 e 206 do Código Civil 2002.

Para as demais pretensões as quais o Código Civil não previu prazo menor, a prescrição ocorrerá em 10 (dez) anos, conforme mencionado.

É admissível impedimento ou suspensão e interrupção do prazo prescricional.
Segundo Diniz:

“As causas interruptivas são as que inutilizam a prescrição iniciada, de modo que o seu prazo recomeça a correr da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo que a interromper”. (DINIZ, 2003, p. 339).

[...]

“As causas impeditivas da prescrição são as circunstâncias que impedem que seu curso inicie e, as suspensivas as que paralisam temporariamente o seu curso; superado o fato suspensivo, a prescrição continua a correr, computado o tempo decorrido antes dele”. (DINIZ, 2003, p. 341).

As causas que impedem ou suspendem e as causas que interrompem a prescrição estão previstas nos artigos 197 à 202 do Código Civil de 2002.

A prescrição é um instituto de interesse privado que pode ser renunciado, tácita ou expressamente, porém, não se admite a renúncia prévia, ou seja, antes que se tenha consumado, conforme reza o art. 191 do C.C:

“Art. 191. *A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.*

Conclui-se, então, que são dois os critérios para a validade da renúncia: O primeiro, que a prescrição já esteja consumada, e o segundo, que não prejudique terceiro. Atendidos esses requisitos, a renúncia pode ser expressa, que decorre da manifestação

taxativa, inequívoca, escrita ou verbal do devedor que dela não pretende se utilizar, ou tácita, que é presumida através de atos da parte interessada contrários ao reconhecimento da prescrição, como, por exemplo, o pagamento de uma dívida que já esteja prescrita, nos termos do artigo supracitado.

De acordo com art. 193 do C.C., “*a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita*”. O art. 194 do C.C. negava a alegação de prescrição de ofício pelo juiz. Contudo, a Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, revogou este artigo e alterou a redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, tornando obrigatório o pronunciamento da prescrição, de ofício, pelo juiz. O pronunciamento de ofício, porém, não retira do devedor a possibilidade de renunciar à prescrição.

Conforme art. 192 do C.C., os prazos prescricionais não podem ser modificados pela vontade das partes. A prescrição não gera direito adquirido. Seu prazo pode ser ampliado ou reduzido por lei superveniente, ou transformado em prazo decadencial.

2.2. Da decadência

Decadência é a perda de um direito, previsto em lei, que não foi exercido pelo seu titular dentro do prazo legal; é a perda do direito em si, em razão do decurso do tempo.

Toda decadência tem como objeto um direito potestativo, que são aqueles direitos que produzem efeitos pela simples manifestação de vontade do titular, mas nem todo direito potestativo se submete à decadência, porque aqueles que não possuem prazo prescrito em lei não podem decair.

Alguns direitos potestativos possuem prazo para o seu exercício, outros não. Alguns exigem chancela estatal ou homologação para o seu exercício e outros não. O direito potestativo é sempre de interesse público.

Os prazos de decadência começam a fluir no momento em que nasce o direito e são estabelecidos em cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.

Os prazos decadenciais não admitem suspensão e interrupção, salvo disposição legal em contrário, como no caso do art. 26, § 2º, do CDC, que admite, nessa hipótese especialíssima, a interrupção ou suspensão do prazo de decadência, conforme abaixo:

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

[...]

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento”.

Não flui o prazo decadencial contra absolutamente incapazes e, aos relativamente incapazes, é permitido que responsabilizem os representantes e assistentes que derem causa a decadência, não alegando oportunamente em seu favor.

Não admite renúncia a decadência, devido à sua própria natureza, que é de interesse público, portanto as partes não podem afastar sua incidência. Entretanto, tal regra não se aplica nos casos de prazos decadenciais convencionais, ou seja, aqueles pactuados entre as partes, aplicando-se somente para os prazos legais.

O juiz deve conhecer da decadência de ofício. Trata-se de um dever e não de uma faculdade. Ainda que se trate de direitos patrimoniais, a decadência pode ser decretada de ofício, quando estabelecida por lei.

Quando a decadência for convencional, ou seja, não estabelecida por lei, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer tempo ou grau de jurisdição, não podendo a alegação ser suprida pelo juiz.:

Por fim, as ações constitutivas e desconstitutivas, ou seja, àquelas que criam ou extinguem situações jurídicas, que tem prazo especial de exercício fixado em lei, submetem-se à decadência. Assim, não é a ação que decai, mas o direito que veicula.

3. DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO DIREITO PENAL

3.1. Da Prescrição

A prescrição, de acordo com o inciso IV do artigo 107 do Código Penal, é uma causa de extinção da punibilidade. Assim, a partir de sua ocorrência, o Estado não pode mais punir o autor de um ato ilícito ou executar a pena imposta.

A prescrição, quando ocorre antes de ajuizada a ação ou durante o seu curso é denominada prescrição da pretensão punitiva. Já a prescrição ocorrida após o trânsito em julgado da sentença condenatória denomina-se prescrição da pretensão executória.

O prazo para ocorrência da prescrição da pretensão punitiva é regulado pelo art. 109 do CP, levando-se em consideração o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, conforme abaixo:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

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

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

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

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

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

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.”

Por sua vez, o início do prazo prescricional é fixado pelo artigo 111 do CP:

“Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido;

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.”

De acordo com o artigo 61 do Código de Processo Penal, a prescrição deverá ser determinada de ofício, pelo juiz, ou por provocação das partes em qualquer fase do processo.

Cumpre salientar que o prazo prescricional está sujeito à interrupção e suspensão. No caso de ocorrência de uma causa interruptiva do prazo prescricional, este recomeça

novamente por inteiro, como se tivesse iniciado no momento em que surgiu a causa interruptora, nos termos do art. 117, § 2º, do CP. Conforme este artigo, são causas de interrupção da prescrição:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

Por outro lado, as causas suspensivas paralisam a prescrição enquanto durar a causa. Cessado o efeito da causa suspensiva, a prescrição recomeça a correr, computando-se no prazo o tempo decorrido antes dela. Dispõe o art. 116 do CP que:

“Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”.

Ainda sobre a suspensão do prazo prescricional, dispõe o art. 366 do CPP que:

“Art. 366 - Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

Para Garcia, “*caracteriza as causas suspensivas o aparecimento de um obstáculo à ação repressora, que, forçosamente, se detém. Mas a inatividade é justificada. Por isso, não há cogitar de prescrição durante o tempo em que perdura o impedimento*”. (GARCIA, 1978, p. 695).

Assim, entende-se que a prescrição não deve correr durante o surgimento de uma causa suspensiva pelo fato de, em virtude desta, o interessado ficar impedido de agir, portanto, é compreensível que não corra o prazo prescricional.

Quanto à prescrição da pretensão executória, esta diz respeito a prescrição da execução da pena fixada por sentença penal transitada em julgado. Nesse caso, os prazos considerados são os mesmos do art. 109 do CP, porém não se considera o máximo da pena privativa de liberdade cominada, mas sim a pena fixada e imposta na sentença, conforme art. 110 do citado diploma legal, que dispõe:

“Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

O prazo da prescrição da pretensão executória inicia-se após o trânsito em julgado para a acusação, pois, a partir daí, não mais será possível qualquer alteração em prejuízo das partes. Assim prevê o art. 112 do CP:

“Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena”.

No caso do inciso II do supracitado artigo, a execução é interrompida quando o condenado deixa de cumprir a pena que lhe foi imposta por motivo de fuga, abandono do regime aberto ou, ainda, quando deixa de seguir as restrições de direito.

3.2. Da Decadência

A decadência, no direito penal, é, assim como a prescrição, uma causa de extinção de punibilidade que consiste na perda do direito de ação, pelo ofendido, ante sua inércia, em razão do decurso de certo tempo fixado em lei. Sendo assim, a decadência somente pode ocorrer antes da propositura da ação. Após proposta a ação penal, não há que se falar em decadência.

A decadência atinge o direito de queixa ou de representação e, portanto, só é aplicável àquelas hipóteses em que se permite o início da ação por meio da queixa ou às de ação pública dependente de representação. Tendo sido feita a representação pelo ofendido ou seu representante legal, não há mais que se falar em decadência, pois o instituto não alcança eventual demora do representante do Ministério Público em oferecer a denúncia.

Segundo o art. 103 do CP, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 06 (seis) meses, contados do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º, do art. 100, isto é, da ação privada subsidiária, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia. Em igual sentido é o art. 38 do CPP, que diz:

“Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, parágrafo único, e 31”.

Nos crimes que se procedem mediante ação penal pública incondicionada, a denúncia pode ser ofertada a qualquer tempo pelo Ministério Público, antes que ocorra a prescrição pelo lapso estabelecido em lei e independentemente de qualquer condição de procedibilidade, não havendo incidência nestas hipóteses do instituto da decadência.

No entanto, a decadência aplica-se na ação penal privada subsidiária da pública, ou seja, quando o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia no prazo legal (5 dias – réu preso, ou 15 dias – réu solto, art. 46 CPP) inicia-se o prazo decadencial para o oferecimento da denúncia, pelo ofendido, conforme art. 100, § 3º do CP e art. 29 do CPP. Neste caso,

conforme art. 103 do CP, o prazo decadencial é de 06 (seis) meses, contados do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Ao contrário da prescrição, a decadência não está sujeita a causas interruptivas ou suspensivas. Sobre esse assunto, Bitencourt explica que:

“Esse prazo, tampouco se interrompe com o pedido de explicações em juízo, também conhecido como interpelação judicial, previsto no art. 144 do CP. Igualmente o pedido de instauração de inquérito policial ou mesmo a popular "queixa" apresentada na polícia não tem o condão de interromper o curso do prazo decadencial. A própria queixa inepta ou nula oferecida em juízo não interrompe a decadência, pois é tida como se não tivesse ocorrido. (BITENCOURT, 2007, p. 703).

A cessação da decadência ocorre com a interposição da queixa-crime, dentro do prazo legal, em juízo, quando a ação penal for privada, ou com o oferecimento da representação, seja em juízo, perante a autoridade policial ou diante do representante do Ministério Público, no caso da ação penal ser pública condicionada.

4. DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A prescrição deve ser assegurada como meio de garantir a segurança jurídica, que é princípio fundamental do Estado de Direito, eis que este traz estabilidade para as relações jurídicas.

Segundo Marques, o prazo prescricional no Direito Administrativo possui duas vertentes, conforme menciona:

“Podemos conceituar a prescrição administrativa sob duas óticas: a da Administração Pública em relação ao administrado e deste em relação à Administração. Na primeira, é a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos ou para que aplique penalidades administrativas, de outro, é a perda do prazo de que goza o particular para recorrer de decisão administrativa”. (MARQUES, 2002, p.1).

“Preliminarmente, cumpre ressaltar que o instituto da prescrição administrativa não se confunde com o da prescrição civil e o da prescrição penal, pois estes se referem ao âmbito judicial” (MARQUES, 2002, p.1). Por isso, fez-se necessário conceituar, nos capítulos anteriores, os institutos da prescrição e a decadência no âmbito do direito civil e do direito penal, para somente então fazer-se o estudo do que se trata a prescrição administrativa.

Também se faz necessário diferenciar os institutos da prescrição e da decadência, para posteriormente ter-se uma ideia de como cada um deles funciona na esfera administrativa. Nesse contexto, explica Marques:

“A prescrição seria, em singelas palavras, a extinção do direito de ação em razão da inércia do seu titular pelo decurso de determinado lapso temporal. O que se extingue é a ação e não propriamente o direito, ficando este incólume, impoluto. Entretanto, este não terá nenhuma eficácia no plano prático, porquanto não poderá ser efetivamente desfrutado...”

[...]

Já a decadência revela-se como a extinção do próprio direito, pelo escoamento do prazo legal estabelecido para seu devido exercício. Não pressupõe obrigatoriamente uma ação como a prescrição, mas simplesmente um direito (geralmente potestativo). Ademais, os prazos prescricionais interrompem-se e suspendem-se, enquanto os decadenciais não....”(MARQUES.2002.p.1).

A Administração Pública tem o privilégio de rever seus atos administrativos sem que precise acionar o judiciário, o que lhe é conferido pelo princípio da autotutela administrativa. Moraes, comentando o referido princípio enfatiza:

“A Administração Pública tem o dever de zelar pela legalidade, moralidade e eficiência de seus atos, condutas e decisões, bem como por sua adequação ao interesse público, e pode anulá-los se considerá-los ilegais ou imorais e revogá-los caso entenda que os mesmos são inoportunos e inconvenientes, independentemente da atuação do Poder Judiciário. (MORAES, 2002. p.118-119).”

Conforme menciona Marques, (2002, p.1), não se aplica o instituto da prescrição no relativo à autotutela administrativa, mas sim o da decadência, considerando a prerrogativa que possui a administração de rever seus atos sem que, para tanto, necessite ingressar no judiciário.

A prescrição pressupõe uma ação processual, sendo assim, devido ao princípio da autotutela administrativa, aplica-se a decadência à perda da pretensão da Administração de invalidar os seus atos.

Essa diretriz encontra adequado agasalho na opinião de Mello, que explica:

"Em face do que se apontou sobre a diferença entre prescrição e decadência, verifica-se facilmente que a perda da possibilidade de a Administração prover sobre dada matéria em decorrência do transcurso do prazo dentro do qual poderia se manifestar não se assemelha à prescrição. Com efeito, não se trata, como nesta, do não exercício tempestivo de um meio, de uma via, previsto para defesa de um direito que se entenda ameaçado ou violado.

Trata-se pura e simplesmente, da omissão do tempestivo exercício da própria pretensão substantiva (não adjetiva) da Administração, isto é, de seu dever-poder; logo, o que estará em pauta, in casu, é o não-exercício, a bom tempo, do que corresponderia, do Direito Privado, ao próprio exercício do direito". (MELLO, 2008, p. 1031).

Para que melhor se firme a ideia acima defendida, corroborando no mesmo sentido está a doutrina de Zancaner, abaixo transcrita:

"Se, em razão do exposto, podemos concluir que no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica, o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvalidáveis, devido ao fato de a Administração Pública não precisar valer-se da ação, ao contrário do que se passa com os particulares, para exercitar o seu poder de invalidar. Logo, o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação que advém da matéria objeto desse estudo. Tanto é exato tal assertiva que não se concebe a possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo para a Administração invalidar, característica essa da decadência, em oposição à prescrição.

Assim, muito embora a doutrina tenha utilizado o prazo prescricional como forma de sanar os atos inválidos, este consiste em prazo decadencial, para poder surtir os efeitos em razão dos quais é invocado". (ZANCANER, 1996, p. 77).

Utilizar o termo "prescrição administrativa", para a perda do direito de revisão da Administração dos seus atos pelo decurso do tempo, encontra-se terminologicamente inapropriada. A Administração tem, devido ao princípio da autotutela, o direito ou prerrogativa de rever seus próprios atos administrativos, seja para anulá-los, quando eivados de vício, ou para revogá-los, por conveniência ou oportunidade. É, portanto, prazo decadencial.

Quanto à invalidação dos atos administrativos, o princípio da autotutela não é absoluto, uma vez que pressupõe que o ato esteja eivado de vício para que, somente assim, seja anulado.

Importante que seja dado o conceito de ato administrativo, já que a decadência recairá sobre a pretensão de revê-los. Mello conceitua ato administrativo como:

“Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”. (MELLO, 2008, p. 378).

O ato administrativo é, portanto, o meio pelo qual se concretiza a função administrativa, através da exteriorização da vontade de seus agentes públicos ou delegatários.

Devido ao Princípio da Legalidade, a Administração Pública somente pode realizar o que a lei autoriza. A ela é conferido por lei a prerrogativa de invalidar tais atos, caso verifique que os mesmos estejam eivados de ilegalidade.

Sobre a invalidação dos atos administrativos, Silva disserta que:

"O desfazimento dos atos viciados pela própria Administração ocorre mediante a invalidação, que pode ser conceituada como a eliminação de um ato administrativo, por outro ato ou por decisão judicial, em virtude de violação à ordem jurídica, com a desconstituição dos efeitos por ele produzidos.

[...]

A invalidação ou anulação é, pois, feita por meio de um ato administrativo que desfaz o outro (tal técnica foi elaborada pelo Conselho de Estado Francês no início do século XX), incidindo apenas sobre o ato, na hipótese de este não ter ainda gerado efeitos, ou sobre o ato e seus efeitos”. (SILVA, 2001, p.83).

Também se faz necessário esclarecer o aspecto temporal da invalidação do ato, tendo em vista ser de suma importância saber se a Administração pode, a qualquer tempo, invalidar seus atos.

Para Di Pietro, no direito administrativo, denomina-se decadência, *“de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para*

aplicação de penalidades administrativas”, por isso o aspecto temporal deve ser analisado por estes dois lados. (DI PIETRO, 2001, p. 596).

De acordo com Marques, (2002, p.1), no primeiro caso, ou seja, o prazo prescricional para o particular recorrer de decisão administrativa, encontram-se em leis esparsas normas estabelecendo tais prazos. Já no tocante ao prazo decadencial de que tem a Administração Pública para rever seus atos viciados, estabelece o artigo 54, caput, da Lei nº. 9.784/99 que:

“Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

No caso da exceção citada pelo artigo 54, ou seja, quando configurada a má-fé, o prazo decadencial somente começará a correr da data da ciência da fraude pela administração.

Segundo Marques, (2002, p.1), a decadência administrativa nada mais é do que uma nítida manifestação do princípio da proteção da confiança. Este princípio se apresenta como uma dedução do Estado Democrático de Direito e tem por finalidade precípua a obtenção de estabilidade e previsibilidade dos atos estatais.

O prazo prescricional das ações a favor ou contra a Fazenda Pública rege-se pelos princípios do Código Civil, salvo as peculiaridades estabelecidas em leis especiais. Leciona Meirelles que:

“A prescrição das ações pessoais contra a fazenda pública e suas autarquias é de cinco anos, conforme estabelece o decreto ditatorial (com força de lei) 20.910, de 6.1.32, complementado pelo Dec.-lei 4.597, de 19.8.42. Essa Prescrição quinquenal constitui a regra em favor de todas as Fazendas, autarquias, fundações públicas e empresas estatais.

[...]

A prescrição das ações reais contra a fazenda pública tem sido considerada pelos Tribunais como sendo a comum de dez ou quinze anos, e não a quinquenal do Dec. 20.910/32. E sobejam razões para essa orientação jurisprudencial, uma vez que não se pode admitir pretendesse o legislador alterar o instituto da propriedade, ao abreviar a prescrição em favor da Fazenda Pública. (MEIRELLES, 2007, p.732-733).

Portanto, a prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública é de cinco anos, já em relação às ações reais, o prazo prescricional é de dez ou quinze anos, nos termos

estabelecidos no Código Civil, uma vez que admitir prazo prescricional de cinco anos nas ações reais em favor da Fazenda Pública seria o mesmo que admitir um novo meio de adquirir, não admitido por lei.

De acordo com o art. 3º do Decreto Lei 4.597/42:

“Art. 3º - A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio”.

No entanto, o STF editou a súmula 383, que atenuou o rigor da referida lei, adotando o entendimento de que:

“A prescrição em favor da fazenda pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo”. (STF, Súmula 383).

Assim, se a prescrição for interrompida pelo ajuizamento da ação ou mandado de segurança, suspende-se o prazo desde a citação ou a notificação e só é restabelecido no final da demanda.

A prescrição das ações contra o Poder Público também pode ser suspensa nas hipóteses comuns de suspensão previstas na legislação civil, e notadamente pela interposição de recursos e reclamações administrativas.

Quanto à prescrição das ações da Fazenda Pública contra o particular, regula-se pela lei comum civil ou comercial. Porém, para cobrança de crédito tributário a prescrição, bem como a decadência, é quinquenal, nos termos dos arts. 173 e 174 do Código tributário Nacional. Já em relação às contribuições previdenciárias, os prazos de prescrição e decadência são fixados em dez anos, conforme arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91.

Uma vez definidos e diferenciados os institutos da prescrição e da decadência no âmbito dos direitos civil, penal e administrativo, no capítulo seguinte partiremos para a análise do que é o processo administrativo disciplinar, para tornar mais fácil o entendimento da aplicação da prescrição/decadência no âmbito deste.

5. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar é o meio formal de apuração de infrações funcionais, cuja tramitação é prevista em leis e outras normas regulamentares, geralmente de caráter estatutário.

Segundo Meirelles:

" é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração". (MEIRELLES, 1998, p. 567).

Define-se falta grave como uma conduta ilícito-administrativa ou a quebra de deveres do servidor para com a Administração. A estas condutas irregulares se dá o nome de infrações funcionais.

De acordo com Pepeu, (1999, p.1), a punição de faltas graves dos servidores decorre do Poder Disciplinar, que existe devido à necessidade e o interesse de

aperfeiçoamento do serviço público. Essas pessoas devem se subordinar às normas de funcionamento do serviço ou estabelecimento que passam a pertencer.

Segundo Pepeu, o Poder Disciplinar pode ser conceituado como *“a força inerente à Administração Pública de apurar irregularidades e infligir sanções a pessoas adstritas ao regime disciplinar dos órgãos e serviços públicos”*. (PEPEU, 1999, p.1).

O mencionado poder possui natureza discricionária, em relação a possibilidade de aplicação de penas. Assim, pode a Administração, após análise de cada caso concreto, aplicar a punição que achar mais adequada à falta do servidor, sempre dentro dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e desde que dentro da legislação pertinente, seja federal, estadual ou municipal, uma vez que não há prévia definição em lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção, tal como ocorre no direito penal.

Tal discricionabilidade dada à Administração tem caráter de poder-dever, não compreendendo a possibilidade de não aplicação da pena pelo superior hierárquico, inclusive sujeitando à sanção criminal, caso seja omissivo. Não sendo o superior hierárquico competente para aplicação da pena, é seu dever levar ao conhecimento da autoridade competente.

Para que a punição disciplinar seja válida, é necessário que o ato administrativo que aplicou a penalidade seja devidamente motivado pela autoridade administrativa, sob pena de anulação pelo Poder Judiciário, por evidenciar lesão a direito. A motivação deve evidenciar a conformação da pena com a falta disciplinar e permitir que se confira a todo tempo a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa.

No âmbito federal, de acordo com o art. 127 da Lei 8112/90, que estabelece o regime estatutário dos servidores públicos federais, as penas disciplinares são de advertência; suspensão; demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada, sendo imprescindível o processo administrativo disciplinar para aplicação das penas de suspensão superior à trinta dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade e destituição do cargo em comissão.

O Processo administrativo disciplinar é dividido em três fases, conforme explica Pepeu:

“O Processo Administrativo Disciplinar compreende três fases, a instauração, o inquérito administrativo dividido em instrução, defesa e relatório, e o julgamento. Se a Autoridade Administrativa não tiver elementos suficientes para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar, quer por dúvidas quanto a autoria do fato ou por quanto a irregularidade ou não no serviço público procederá à sindicância, que de toda forma estará inclusa nos autos do processo administrativo disciplinar, a sindicância também é utilizada para a aplicação de punição quando o ato não exigir, expressamente, o Processo Administrativo”. (PEPEU. 1999. p.1)

A instauração ocorre com a publicação da portaria inaugural pela autoridade administrativa competente. Na portaria é constituída a comissão de servidores que executará a instrução do processo. É de suma importância que conste neste ato inicial, de forma clara e precisa, o objeto da lide de forma a possibilitar a ampla defesa do processado.

O Inquérito Administrativo é dividido em três sub-fases: Instrução, Defesa e Relatório.

Na instrução serão apurados de forma precisa os fatos que originaram o Processo Administrativo Disciplinar. A Comissão designada para apurar os fatos tem nesta fase do processo a oportunidade de produzir as provas para a elucidação dos fatos.

A defesa compreende os princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidos expressamente na nossa Constituição, devendo ser assegurado ao processado a oportunidade de se defender amplamente dos fatos que lhe foram imputados, devendo ainda, ser seguido o devido processo legal, sob pena de anulação do ato.

O relatório deve ser elaborado pela comissão processante, contendo uma apreciação sucinta dos atos ocorridos no processo e uma sugestão de penalidade, caso seja verificado autoria e materialidade em relação à infração disciplinar, ou sugestão de absolvição/arquivamento, no caso de ficar comprovado a inocência do processado, ou caso não se tenha obtido provas suficientes do cometimento da falta disciplinar. O relatório não carrega efeito vinculativo para a autoridade julgadora, que pode tomar decisão diferente da sugerida, desde que informe os motivos que levaram a discordar do relatório.

O julgamento é realizado pela mesma autoridade administrativa que instaurou o processo. Consiste na decisão acerca do objeto do ilícito em questão. Esta decisão possui

efeito vinculativo para o processado, e deve ser baseada em elementos probatórios existentes dentro do processo administrativo disciplinar.

Se o ilícito administrativo supostamente praticado pelo servidor também for configurado como crime, será enviada cópia dos autos ao Ministério Público, para que seja apurado na esfera do direito penal. Neste caso, surge o questionamento quanto a comunicabilidade ou não de instâncias no caso de decisão no juízo criminal contrária à decisão administrativa.

Conforme Pepeu, (1999, p. 1), no caso de condenação no juízo criminal e absolvição na instância administrativa, ocorre a comunicabilidade de decisões, pois o juízo cível e a Administração Pública não podem divergir da decisão tomada no juízo criminal, face ao artigo 935 do código civil de 2002, que diz:

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

Já em relação ao contrário, ou seja, no caso de absolvição no juízo criminal, Pepeu explica que:

“Quanto a absolvição no juízo criminal a solução se configura de forma mais complicada, no caso de haver condenação na instância administrativa, existem, entretanto, dois casos em que a sentença no juízo penal vincula a autoridade administrativa a decidir de forma idêntica:

I – Estar provada a inexistência do fato;

II – Negativa de Autoria (de acordo com artigo 65 do CPP”).(PEPEU, 2001, p. 1).

No mesmo sentido, a Suprema Corte já decidiu de forma idêntica:

“Se a Decisão absolutória proferida no juízo criminal não deixa resíduo a ser apreciado na instância administrativa, não há como subsistir a pena disciplinar”. (STF, in RDA 123/216).

Portanto, se o juízo criminal decidir que o fato não existiu, ou que o fato foi cometido por pessoa diversa do servidor processado, a decisão vincula a esfera administrativa, não podendo se aplicar pena disciplinar ao servidor.

Sobre este assunto, Pepeu menciona que:

“No caso em que a absolvição criminal se dá por não haver prova da existência do fato; não haver prova de ter o réu concorrido para a infração penal, não existir prova suficiente para a condenação; não repercutem na esfera administrativa as decisões pois as provas que não são suficientes para comprovar um ilícito penal, podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo.

E no caso de decisão negativa por não constituir o fato infração penal? Tendo em vista que o ilícito administrativo pode corresponder a uma infração disciplinar que não constitui crime, por não afetar os bens fundamentais da vida em sociedade, ainda assim a punição deve subsistir face a autonomia do processo disciplinar”. (PEPEU, 1999, P.1).

A decisão no Processo Administrativo Disciplinar não faz coisa julgada no ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual, no caso de ilegalidade, ele poderá ser revisto, a qualquer tempo, na esfera do judiciário. A garantia da recorribilidade no processo administrativo está prevista, em relação à administração pública federal, no artigo 177 e seguintes do Regime Jurídico Único.

Todavia, segundo explica Pepeu (1999, p.1), não cabe ao Poder Judiciário majorar ou alterar sanções aplicadas administrativamente. Isso atingiria o princípio da Separação dos Poderes consagrado na Carta Magna. O que é permitido ao juiz é somente a invalidação do ato, no caso de ilegalidade, para resguardar a discricionariedade administrativa.

Dentre os vários princípios que norteiam o Processo Administrativo pode-se citar como mais relevantes ao presente estudo os seguintes: o da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, do informalismo, da oficialidade, da gratuidade, da atipicidade e da verdade material.

O princípio da publicidade tem por finalidade tornar públicos os atos da Administração. Este princípio assegura ao particular o direito fundamental à informação e confere transparência aos atos administrativos.

A publicação dos atos, de um lado, permite ao particular atentar para os atos da Administração que podem, direta ou indiretamente, invadir sua esfera de interesses, possibilitando uma forma mais eficaz de controle de tais atos pelo particular. Lado outro, este ente se torna transparente, permitindo a ciência do teor de seus atos.

O controle dos atos da Administração Pública é direito e dever do cidadão. É seu direito que o princípio da publicidade seja respeitado, possibilitando o conhecimento dos atos

da administração, do mesmo modo, é seu dever manifestar-se em desfavor dos atos que ofenderam os seus direitos.

Os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa estão previstos no artigo 5º, LV, da Constituição da República, que dispõe: *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*.

Estes princípios devem ser observados em todos os processos, sejam judiciais ou administrativos, tendo em vista que se trata de uma garantia constitucional.

Além da possibilidade de manifestação no processo, pressupõem irrestrito acesso aos autos e a todos os documentos e informações nele contidos, com antecedência e tempo razoável para serem contraditados, para que se garanta pleno conhecimento da acusação e dos documentos que a fundamentam.

Também se garante a ciência prévia e em tempo razoável de todos os atos processuais, possibilitando a presença do acusado em audiências, oitivas de testemunhas e diligências, podendo deles participar, argumentar, impugnar e recorrer, garantindo o direito de resposta.

O princípio do informalismo possibilita a dispensa de alguns requisitos formais. Desde que não traga prejuízos para terceiros nem comprometimento do interesse público, o processo administrativo deve ser simples, sem exigências formais abusivas e ilógicas. No processo administrativo, os atos processuais produzem efeitos jurídicos regulares se, apesar de não observado certo formalismo no procedimento, o interesse público a que destinados tenha sido alcançado.

Diante do fato de que a administração pública tem o dever de satisfazer o interesse público, ela não pode, para isso, depender da iniciativa de algum particular. O princípio da oficialidade se revela pelo poder de iniciativa da Administração pública para instaurar o processo, para instruí-lo, podendo, para tanto, realizar diligências, investigar fatos de que venha a ter conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações e para rever suas decisões.

O princípio da gratuidade impede a cobrança de despesas processuais, salvo nos casos previstos em lei, nos termos do artigo 2º, XI, da Lei n. 9.784/99. Não seria razoável que sendo a Administração Pública uma das partes e principal interessada na apuração e aplicação da pena ao suposto infrator, que o processo disciplinar ainda onerasse o Agente Administrativo. Por isso o Processo Administrativo Disciplinar rege-se pelo Princípio da Gratuidade.

O princípio da atipicidade no processo administrativo disciplinar, corresponde à discricionariedade que o administrador possui de enquadrar a falta à pena disciplinar mais adequada, tendo em vista que, diferentemente do que ocorre no direito penal, nem todas as faltas disciplinares estão tipificadas em Lei, portanto, deve-se observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da penalidade, sob pena de ser considerado arbitrário.

O princípio da verdade material autoriza a Administração a buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados, podendo utilizar-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento.

No processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. O pré falado princípio autoriza, no caso de julgamento em 2ª instância administrativa, a possibilidade de conduzir ao recorrente a uma decisão pior que a obtida na 1ª instância, caso seja obtida nova prova que demonstre que a conduta do processado foi mais gravosa que a conhecida até a 1ª instância.

Todos os mencionados princípios devem ser observados pelas autoridades no Processo Administrativo Disciplinar, além de ser lhes ser exigida uma conduta administrativa dotada de probidade, decoro e boa-fé, bem como uma razoável adequação dos meios aos fins, vedando-se sanções além das necessárias para atender o interesse público.

Esclarecido o conceito, finalidade, importância, trâmite e princípios do processo administrativo disciplinar, será discutido no próximo capítulo a possibilidade de aplicação da

prescrição após este ser instaurado, tornando-se mais fácil a análise após o entendimento deste capítulo.

6. DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A perda do direito de punir em virtude do prazo prescricional ocorre tanto antes da instauração da sindicância ou processo disciplinar, tanto quanto durante a tramitação do mesmo.

A instauração tempestiva do processo interrompe o prazo prescricional, conforme determina o parágrafo 3º, do art. 142, da Lei 8.112, permanecendo assim até a decisão final proferida por autoridade competente.

Porém, mesmo nos casos em que há a instauração tempestiva de procedimento disciplinar, uma vez ultrapassado o prazo para a conclusão do procedimento, é possível que seja reconhecida a prescrição intercorrente.

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

O STF possui o entendimento de que a prescrição flui normalmente no processo administrativo disciplinar, conforme exposto pelo Ministro Moreira Alves:

"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".(STF, MS nº 20.069, 1976).

Mesmo vigorando a regra da prescritibilidade, ainda há resistência da Administração em se reconhecer a prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar, tendo em vista que os estatutos dos servidores públicos, sobretudo o estatuto federal, estabelece em seu artigo 142, parágrafo 3º, que a instauração de processo administrativo disciplinar interrompe a prescrição até que o mesmo seja concluído. Sobre esse assunto, menciona Mattos:

"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.

[...]

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 também como crime. Ou seja, este

parágrafo, por seguir similitude com a legislação penal quanto à prescrição estipulada, determina o início de sua fluidez 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. (MATTOS, 2005, p.1).

Para garantir que vigore a segurança jurídica, o STF limitou o disposto no parágrafo 3º, do artigo 142, da Lei nº. 8.112/90, cuja redação prevê a interrupção da prescrição até que a decisão final do processo administrativo seja proferida por autoridade competente, conforme decisão que será mencionada em sessão específica.

Conforme Mattos, (2005, p.1), no caso do § 3º, do art. 142, do estatuto dos servidores públicos federais, estabeleceu-se que sua redação afronta princípios constitucionais como o da razoabilidade e o da duração razoável do processo, e, por isso, deve prevalecer a prescrição intercorrente no procedimento administrativo disciplinar, não vigorando a interrupção da prescrição por prazo indeterminado, até que se conclua o processo. Sobre o assunto, o autor disserta:

“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”.(MATTOS, 2005, P.1)

Outra divergência se encontra disposta no § 1º do referido artigo 142, que dispõe que o prazo prescricional inicia-se da data em que o fato se tornou conhecido, o que traz ao ordenamento jurídico exatamente o contrário do que se espera dele, visto que a insegurança jurídica não é admitida.

Segundo Mattos, (2005, p.1), é necessário uma nova interpretação do referido § 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 indefinido o início do prazo prescricional, em total afronta à segurança e a estabilidade que vigoram no ordenamento legal.

Portanto, acertado é o posicionamento do STF quanto a presente ilegalidade legislativa, que deverá ser interpretada com a devida e necessária adequação ao ordenamento

jurídico, sob pena de violação do instituto da prescrição, que visa resguardar a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas. Este entendimento da Corte Suprema será analisado na sessão seguinte.

O processo administrativo disciplinar não pode violar as regras da prescritibilidade e da segurança jurídica, devendo assegurar ao administrado a garantia constitucional da duração razoável do processo, não o submetendo à perpetuidade dos litígios.

6.1 - Do prazo inicial da prescrição disciplinar: crítica ao § 1º, do artigo 142, da lei nº 8.112/90

A lei nº 8.112/90, estabelece em seu artigo 142, § 1º, que a prescrição do processo administrativo disciplinar inicia-se da data em que a falta disciplinar se tornou conhecida, desconsiderando a data em que ela ocorreu.

Conveniente que se transcreva o referido artigo, para uma melhor reflexão:

"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".

A redação do supramencionado parágrafo primeiro fere a regra da prescritibilidade, tendo em vista que não é admitido pelo direito que o termo inicial da

prescrição seja instável, eternizando assim o poder sancionatório do Estado, tendo em vista que a regra é a da prescrição e não a da sua interrupção por prazo indeterminado.

O poder punitivo do Estado não é ilimitado, devendo ser respeitado o aspecto temporal, sob pena de se ter violado o princípio da segurança jurídica e a paz social.

Para o exercício do poder disciplinar do Estado, inicialmente é necessário a quebra de um dever legal do servidor para com a administração pública. Esta quebra de deveres ou ilícito-administrativo, produzirá efeitos a partir do momento em que foi praticado. Mattos explica que:

“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”. (MATTOS, 2005, p.1).

Araújo, (1994, p.249), ao discorrer sobre este tema, menciona que mesmo com a determinação constitucional presente no art. 37, § 5º, para fixação, por lei, dos prazos de prescrição de ilícitos administrativos, existem certas aberrações decorrentes dos dispositivos estatutários, especialmente federais, como se acham em vigor, e a seguir, dispõe que:

“... 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 deixe de ser punível antes da infração menos grave.

[...]

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 da ameaça de punição.” (ARAÚJO, 1994, p. 249).

A partir dos ensinamentos citados, verifica-se que é inaceitável que o agente público, após praticar um ilícito administrativo, tenha que aguardar que a administração tome ciência do fato, para, somente após, ter iniciado o prazo prescricional, sujeitando-o à aplicação de penalidade a qualquer tempo.

Sobre este tema, Mattos argumenta:

“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". (MATTOS, 2005, p.1).

Ocorre que para a infração disciplinar capitulada também como crime, nos termos do § 2º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, o critério para fixação do termo inicial é outro, ou seja, é contado a partir da data em que o fato se consumou, e não da ciência da administração, eis que se aplica os prazos de prescrição previstos para a lei penal. Assim, quando a infração funcional for também crime, como nos casos de 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 ilícito praticado.

Conforme Mattos (2005, p.1), a divergência encontra-se no fato de que uma mesma legislação estabelece dois critérios diferentes para fixação do termo inicial da prescrição de faltas disciplinares puníveis, administrativamente, com a mesma pena.

A prescrição no direito administrativo disciplinar deve seguir a mesma regra prevista no Código Penal, pois tanto na esfera penal quanto na administrativa, o termo inicial da prescrição é o da data em que o fato se consumou, tendo em vista que o relevante para o direito é o momento em que o agente público praticou o ato contrário ao comando da lei e não o momento em que este se tornou conhecido, evitando assim que ocorra o prolongamento indevido da prescrição e instabilidade nas relações jurídicas.

Mattos (2005, p.1), menciona o voto vencedor do Ministro Moreira Alves, no MS nº 20.069, no qual este argumentou sobre a insegurança jurídica gerada pela imprescritibilidade das faltas disciplinares:

[...]

"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 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?"

[...]

"... 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."(STF, MS nº 20.069. 1976).

Não é razoável que a prescrição da pena de demissão tenha seu termo inicial distinto conforme a infração, ou seja, quando a infração for tipificada também como crime, inicia-se a prescrição na data em que este se consumou, já no caso em que a irregularidade funcional se trata de ilícito meramente administrativo, o termo inicial é o da data do conhecimento da Administração Pública.

A redação do § 1º, do art. 142, da Lei nº. 8.112/90 é inconcebível pelo ordenamento jurídico, pois privilegia a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa. Por isso, o referido dispositivo legal deve ser interpretado com o devido ponderamento jurídico, de forma que o servidor aproveite as normas de prescrição do direito penal, como mencionado por Cretella Júnior:

"... 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'.

[...]

"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." (CRETELLA JUNIOR, 1998, p.12).

Conforme dito pelo Ministro Humberto Gomes de Barros (STJ. REsp. nº. 19560/RJ, 1ª T., DJ de 18 out. 1993, p. 21.841) *"a punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teológica, com a sanção penal"*, o que leva a concluir que não existe fundamento razoável capaz de validar a distinção do termo inicial da prescrição, inclusive para as mesmas penas disciplinares.

Na mesma linha está o entendimento de Mattos:

Não pode servir o direito como eternização de uma punição disciplinar futura, que possa ser aplicada quando a Administração Pública 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. 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. (MATTOS, 2005, p.1).

A 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 como destinatário de direitos fundamentais, garantias e de deveres.

Partindo dessa premissa, todos os indivíduos passam a ter constitucionalmente assegurado, no art. 5º, LXXVIII da CR/88, não só a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, como também a duração razoável do processo, com a utilização de meios que garantam a celeridade de sua tramitação, não sendo o art. 142, § 1º recepcionado pela Constituição.

A razoável duração do processo administrativo disciplinar é aquela disposta na própria Lei nº. 8.112/90, que estabelece que entre a instauração e o julgamento, o prazo máximo é de 140 dias.

Portanto, a norma estabelecida no parágrafo 1º, do art. 142, da Lei nº. 8.112/90, deve ser interpretada moderadamente, sob pena de tornar imprescritível a falta disciplinar, até que a Administração Pública declare o seu conhecimento pleno ao fato investigado no PAD.

O elástico 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.

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.

6.2 – Da Interrupção do Prazo Prescricional – crítica ao § 3º do artigo 142, da lei nº. 8.112/90

De acordo com os artigos 152 e 167 da lei 8.112/90, o prazo máximo previsto para conclusão do processo administrativo disciplinar, é de 140 (cento e quarenta) dias, conforme abaixo:

“Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

[...]

Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

[...]

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

É inconstitucional interromper a prescrição por tempo indeterminado, até que se conclua o processo administrativo, em face da garantia preexistente da celeridade processual, quer perante o Poder Judiciário, quer na esfera administrativa.

A Constituição consagra em seu art. 37, § 5º, a prescritibilidade dos atos ilícitos administrativos, ressalvando apenas as ações de ressarcimento ao erário, que não se vinculam aos prazos estabelecidos pelo instituto da prescrição.

Assim, se a Administração não toma providência para sua apuração e responsabilização do agente em tempo razoável, ou seja, em até 140 dias, a apuração e a punição do ilícito administrativo fica prejudicado, gerando a prescrição intercorrente para a administração e perda do seu direito de punir.

Aos litigantes em processos judiciais e administrativos é assegurado o direito à celeridade do processo, o que significa dizer que a interrupção do prazo de prescrição de

ilícito administrativo por tempo indeterminado, até que se conclua o processo, viola o art. 5º, LXXVIII, da CF.

Mattos (2005, p.1), citou decisão onde o STF se manifestou contrariamente à interrupção da prescrição na forma prevista nos §§ 3º e 4º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90. Este foi o posicionamento do Min. Marco Aurélio, no RMS nº 23.436/DF, que 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 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."(STF, RMS nº. 23.436/DF,1999).

Como visto, o STF não admite que, uma vez instaurado procedimento disciplinar, a prescrição seja interrompida, pelo tempo que for necessário, até a sua conclusão, tendo em vista que nosso sistema constitucional não admite a inexistência de prescrição, salvo nos casos previstos no artigo 5º, XLIV da Constituição. Por isso, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente no processo administrativo Disciplinar.

Conforme dito por Mattos *"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 arbútrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes."* (MATTOS, 2005, p.2).

Por esses motivos, o STF entendeu que ultrapassados os 140 dias alusivos a conclusão do processo, a prescrição volta a correr por inteiro, como se verifica na ementa do julgamento do RMS nº. 23436/DF citada por Mattos, (2005, p.2):

"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." (STF, RMS nº. 23436/DF, 1999).

A prescrição intercorrente é reconhecida pelo STF, em razão de não ser admitida a interrupção do prazo da prescrição eternamente. Este é o entendimento da Corte Suprema, uma vez que não se admite uma interpretação restritiva ao instituto da prescrição intercorrente, tal qual vigente também no direito penal.

Como visto, após instaurado o processo administrativo disciplinar, a administração tem 140 dias para concluir o procedimento. Não sendo concluído neste período, reinicia-se o prazo para a prescrição em sua integralidade. Caso a administração, embora tenha instaurado procedimento disciplinar tempestivamente, dê causa à prescrição, devido a demora injustificada para a sua conclusão, poderá ser imputada responsabilidade à quem deu causa a prescrição, o que será explicado no capítulo seguinte.

7. DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PELA PRESCRIÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR

7.1. Princípio da Eficiência na Administração Pública

O objetivo do processo administrativo disciplinar não é a aplicação de penalidade ao servidor, sendo esta mera consequência em caso de ser constatado autoria e materialidade de cometimento de ilícito administrativo. O verdadeiro objetivo é o esclarecimento dos fatos.

Sendo assim, nada impede que a Administração instaure procedimento disciplinar para apurar falta disciplinar que já se sabe prescrita, com objetivo apenas de esclarecer os fatos, tendo em vista que, relativamente à aplicação de pena, o mesmo seja ineficaz. Sobre este tema, discorre Ferreira:

“Porém, não devemos esquecer que, uma vez prescrita a ação disciplinar, a administração não mais detém direito de agir para responsabilizar o servidor, restando prejudicada a efetividade do processo. Daí, é evidente que se faz necessário invocar também do princípio da eficiência, mandamento constitucional que se reveste de caráter obrigatório, sobretudo no modelo contemporâneo de gestão administrativa”. (FERREIRA, 2012, p.1).

Embora não exista impedimento para que a Administração instaure procedimento disciplinar para apurar ilícito administrativo prescrito, é importante considerar o princípio da eficiência, tendo em vista que tal ato oneraria os cofres públicos para, ao fim, não produzir efeitos práticos, devendo ser analisado cada caso concreto para se verificar a necessidade de instauração.

O princípio da eficiência tem por objetivo atingir bons resultados na prestação do serviço público, buscando um equilíbrio entre produtividade e economicidade. Segundo rege a doutrina de Carvalho Filho:

“O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 27).

Nesse sentido, é o conceito do princípio da eficiência posto por Moraes:

"Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social." (MORAES, 1999, p. 30).

A prescrição da ação disciplinar, com a conseqüente perda do direito de punir administrativamente o servidor infrator, atrai a incidência do art. 52 da Lei nº 9.784/99, que dispõe:

“Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente”.

Segundo Ferreira (2012, p. 1), mesmo que a finalidade do processo administrativo disciplinar seja esclarecer a verdade material e não a aplicação de pena, sendo, ainda, direito do servidor decisão que declare sua ausência de culpa, deve-se considerar o princípio da eficiência, tendo em vista que este princípio não será atendido quando a máquina estatal for movida para apurar eventual falta disciplinar que já se sabe prescrita, senão quando a particularidade do caso concreto torne necessária essa medida. Nesse sentido, posiciona-se Ferreira:

“Ora, se a Administração perdeu o direito punitivo disciplinar, de que valerá a realização de despesas, dedicação de tempo e mobilização de recursos humanos no sentido de ser instaurado procedimento disciplinar para, só ao seu final, ainda que seja porventura constatado ilícito disciplinar, fique evidenciado que o respectivo procedimento não poderá gerar efeitos práticos? A nosso ver, seria desproporcional tal proposta, em afronta direta aos princípios constitucionais da eficiência, além de outros, como os princípios da razoabilidade, do interesse público, e da economia processual, daí porque não vislumbramos a necessidade de tal medida.

[...]

Vale ressaltar que a aplicação do referido entendimento deve guardar maior cautela para hipóteses, em tese, de penalidade de advertência ou suspensão. Primeiro, porque nestes casos o reconhecimento da prescrição antes de instaurado o apuratório pode incidir em pré-julgamento, o que já se sabe ser de todo abominado. Segundo, porque no curso da apuração pode vir à tona elementos hábeis a configurar ilícitos mais graves, a princípio não identificados, podendo ser possível a pena de demissão, com prazo prescricional maior.” (FERREIRA, 2012, p.1).

Importante esclarecer que o procedimento disciplinar somente deve deixar de ser instaurado quando observada ineficácia de medida disciplinar máxima, ou seja, após cinco anos, que é o prazo máximo de prescrição previsto para infrações disciplinares, pois após esse período a administração já terá perdido o seu poder punitivo por completo.

De acordo com Ferreira, (2012, p. 1), também devem ser analisados de forma minuciosa os casos onde existem mais de um servidor envolvido, podendo ensejar penalidades diferentes para cada servidor, bem como nas infrações disciplinares previstas também como crime, tendo em vista que nesses casos, conforme já visto, aplica-se a

prescrição estabelecida pela Lei penal. Sendo assim, o mais correto é que se analise a particularidade de cada caso concreto, não sendo possível a adoção de uma medida genérica.

7.2. Do Enunciado nº. 4 da CGU

Embora não seja o mais adequado, do ponto de vista da eficiência, a instauração de processo administrativo disciplinar para apuração de ilícito administrativo já prescrito, não há norma que autorize a Administração a deixar de proceder desta forma, caso entenda pertinente.

No intuito de suprir a lacuna legal, a Controladoria Geral da União emitiu seu posicionamento, através do Enunciado nº. 4, que dispõe:

“Enunciado CGU nº. 4. Prescrição. Instauração. A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso”.

A partir desse Enunciado, a Administração fica respaldada para deixar de instaurar procedimento disciplinar quando o ilícito administrativo já estiver prescrito, desde que seja devidamente motivado, ficando a critério da administração decidir se há necessidade ou não de instauração. Sobre esse assunto, posiciona-se Ferreira:

“Trata-se, na verdade, de flexibilização do dever imposto à autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar. A partir do presente Enunciado, abre-se possibilidade para que não seja deflagrado processo disciplinar se, em sede de juízo preliminar à instauração, verifique-se a ocorrência da prescrição, com a conseqüente extinção da punibilidade. Nesse caso, a autoridade administrativa fica autorizada a ponderar a utilidade e a importância de eventual instauração, considerando as peculiaridades do caso concreto, devendo fazê-lo motivadamente.

Esse era o posicionamento que há tempos vínhamos defendendo e que, agora, revela-se sensível aos olhos do órgão central do sistema de correição, sendo um grande avanço no sentido de que essa tese seja, de fato, posta em utilização. O intuito é adequar as práticas dos agentes públicos ao direito administrativo contemporâneo, que exige a eficiência na gestão e o combate ao desperdício dos recursos públicos”. (FERREIRA, 2012, p.2).

Dispõe o Decreto nº 5.480/05, em seu art. 4º, I, que “*compete ao Órgão Central do Sistema definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição*”. Portanto, a Controladoria Geral da União, sendo o órgão central do sistema de correição do poder executivo federal, emitiu o mencionado Enunciado nº. 4 com intuito de normatizar a situação e respaldar o gestor público.

7.3. Da Responsabilização em caso de Prescrição

A flexibilização dada ao gestor público pelo Enunciado nº. 4, em relação à instauração de procedimento disciplinar para apuração de falta prescrita, gera a possibilidade de o mesmo deixar o tempo passar propositalmente, para se ver livre do trabalho de apuração.

No entanto, o gestor público que adotar essa conduta, atrairá para si a responsabilidade da prescrição, pois, não sendo possível a aplicação de penalidade ao servidor infrator em virtude da prescrição, a autoridade que lhe deu causa, deverá ser responsabilizada pela sua negligência. Assim entende Ferreira:

“Ora, de um jeito ou de outro, se a autoridade administrativa deixou transcorrer o prazo prescricional antes de instaurar o processo disciplinar, a pena não poderá mais ser aplicada ao infrator, ainda que se instaure o devido procedimento, eis que já houve a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição. Logo, se houve ou não culpa, ou até dolo, por parte da autoridade administrativa na ocorrência da prescrição, é preciso verificar, objetivamente, que isso em nada muda o resultado prático de eventual instauração disciplinar tardia, em todo caso prejudicada pela extinção da punibilidade já ocorrida.

Contudo, no exato momento em que a ação disciplinar torna-se inoperante e a punibilidade do ilícito administrativo é fulminada pela prescrição, surge, neste instante, nova infração disciplinar, qual seja: a conduta da autoridade que dá causa à prescrição. Agora, este se torna o novo objeto da causa”. (FERREIRA, 2012, p.2).

A responsabilização da autoridade que der causa à prescrição está prevista no parágrafo 2º, do artigo 169, da Lei 8112/90, que dispõe:

“Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior

declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

[...]

§ 2º. A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, § 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV”.

Sendo assim, se considerarmos o princípio da eficiência, não faz sentido instaurar procedimento disciplinar para apuração de ilícito administrativo já prescrito, tendo em vista que não mais será possível a aplicação de penalidade ao servidor. Porém, a autoridade que deu causa à prescrição deve ser responsabilizada por sua negligência, devendo ser instaurado procedimento disciplinar para investigar sua conduta.

8 – CONCLUSÃO

Como visto, a prescrição é uma regra aplicável em diversos ramos do direito, pois seu propósito é resguardar o princípio da segurança jurídica. Sem a prescrição o direito não alcança o seu propósito de atender ao interesse público que visa à estabilidade e confiança no ordenamento jurídico.

No direito disciplinar, a regra não poderia ser diferente, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que a prescrição não possui limite no processo disciplinar, fluindo normalmente.

Contudo, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, em sintonia com grande parte dos demais estatutos, preconiza que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a consumação da prescrição, que volta a correr somente após a decisão final da autoridade competente.

Uma regra que estimula a insegurança jurídica e a imprescritibilidade, como no caso da interrupção por tempo indeterminado da prescrição, não pode vigorar em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que a regra é a prescritibilidade.

É de ser interpretada com moderação a interrupção da prescrição, tendo em vista que a imprescritibilidade não é a regra e sim a exceção. Se o administrado não for resguardado pela segurança jurídica, a instabilidade prevaleceria.

Além do mais, se a prescrição não ocorresse para a Administração Pública investigar e punir seus servidores, esses, a seu turno, poderiam também, em prazo indeterminado acionar o Poder público para reclamar ou requerer seus direitos.

Como essas hipóteses não se afiguram razoáveis para a estabilidade das relações públicas e privadas, a prescrição harmoniza ambos os lados, e estabiliza o que já se esgotou pelo tempo decorrido.

Não sendo possível a aplicação de penalidade em processo disciplinar após transcorrido o prazo prescricional, deve-se, nesse caso, voltar o foco para apuração da responsabilidade de quem deu causa a prescrição, o que será o novo objeto de apuração.

Assim, conclui-se que seria irrazoável que o processo disciplinar ficasse exposto a eternidade, ou seja, a sua conclusão não pode ser ao bel prazer da Administração Pública, tendo em vista que atentaria contra todas as garantias que a segurança jurídica representa, tirando a paz da vida dos administrados, por isso não restam dúvidas de que a prescrição intercorrente deve ser plenamente aplicável no processo administrativo disciplinar.

Para dar continuidade a este trabalho, sugere-se o estudo das legislações dos servidores estaduais, a fim de se reconhecer a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar em âmbito estadual, bem como a análise de casos concretos, onde houveram decisões favoráveis ao reconhecimento da prescrição, para melhor ilustrar a aplicação desta regra.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1. p. 703.

BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

BRASIL. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

BRASIL. Decreto-Lei 4.597, de 19 de agosto de 1942. Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2007.

CGU. Comissão de Coordenação de Correição. Enunciado nº. 04/2012 Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/correicao/Enunciados/Enunciado04.pdf>>. Acesso em 15 set. 2013.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Ed. Atlas: São Paulo, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 20. ed. rev. aum. SP: Saraiva 2003.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. A instauração de processo administrativo disciplinar na ocorrência de prescrição: obrigação ou discricionariedade administrativa? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3159, 24 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21149>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**; Vol. I; Tomo II; Edit. Max Limond; 3ª Edição. 1978. pg. 695.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro**. 7ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva. 2009.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O instituto da prescrição no direito administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3070>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Prescrição do processo disciplinar começa a fluir da data do fato investigado. Crítica aberta ao § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90. **Jus Navigandi**,

Teresina, ano 10, n. 720, 25 jun. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6931>>. Acesso em: 24 out. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. Ed. Atlas: São Paulo, 2002, p. 118-119.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Ed. Malheiros: São Paulo, 33ª edição. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Malheiros: São Paulo, 25ª edição, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 30.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. Da decadência no Direito Criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3135, 31 jan. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20970>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

PEPEU, Sérgio Ricardo Freire de Sousa. Processo administrativo disciplinar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 37, 1 dez. 1999 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/401>>. Acesso em: 9 ago. 2013.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. Ed. Max Limonad: São Paulo, 2001.

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

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

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

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

STJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp nº 19560/RJ, 1ª T., *DJ* de 18 out. 1993, p. 21.841.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos atos administrativos**. Ed. Malheiros: São Paulo, 1996, p. 77.