

PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA FALTA DISCIPLINAR TAMBÉM PUNIDA COMO CRIME

Sergio De Andréa Ferreira

Professor Titular de Direito Administrativo no Rio de Janeiro,
Advogado, Desembargador Federal aposentado,
Ex-Membro do Ministério Público, Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e
do Instituto dos Advogados Brasileiros

1 – A unidade do direito punitivo

1. O **Direito Administrativo Punitivo**, que se divide em **Interno** ou **Disciplinar** (vinculado ao **poder hierárquico** e ao **poder disciplinar**), e **Externo** (referente ao **poder de polícia**), é espécie do mesmo gênero que abriga o **Direito Criminal**.

2. Com efeito, ambos lidam com os **poderes governamentais**, traduzidos no *ius persequendi*, a compreender o poder de investigação, de instrução e de efetivação de medidas cautelares; o *ius accusationis* cujo exercício se dá através da “ação” punitiva, que gera a **obrigação** de o órgão público decidir; a **pretensão punitiva**, isto é, o poder de exigir a punição; e o *ius puniendi*, **direito potestativo**, exercido quando da **condenação**, da **imposição da pena**, direito que nasce com a prática do **ato ilícito**, já que a **punibilidade**, isto é, a imponibilidade, a aplicabilidade da **sanção**, para a sua ulterior **execução** - que decorre do exercício do *ius exequendi* -, é um **efeito jurídico** da prática da **ilicitude**.

3. **Crime e infração disciplinar** são ambos integrantes do gênero **delito**, ou seja, **ato ilícito absoluto**, que atinge lesivamente ou põe em risco **direito absoluto** (patrimônio, vida, liberdade) ou **interesse juridicamente protegido** (a fé pública, a moralidade administrativa), oponíveis erga omnes, e que são os **bens (objetos) tutelados pelo Direito**, que contrapõe, a essa espécie de **ilicitude**, a **pena - criminal ou administrativa -**, como **sanção**.

Esta, em ambos os campos, é de índole **punitiva**, e não **civil-reparatória**. Atinge o status da **pessoa (Direito Penal)**; do **administrado (Direito Administrativo Punitivo Externo)** ou do **agente público (Direito Disciplinar)**. Afeta o exercício de poderes e direitos (como quando há a restrição da liberdade); opera sua caducidade (como na demissão); alcança o status dignitatis (na censura, por exemplo).

4. Dada essa irmandade, é que a **Constituição Federal**, na sua **declaração de direitos**, inscrita no **art. 5º**, assegura aos **litigantes**, em **processo judicial** ou **administrativo**, o **devido processo legal** (inciso LIV); e a ambos os **processos** estende as garantias do **contraditório** e da **ampla defesa** com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV).

5. Em acórdão unânime, de que fui Relator, no TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO (Apelação Cível nº 92.02.09615-5/RJ, 2ª Turma, DJ de 18.02.93), lê-se: ‘Inter-relacionamento das instâncias criminal e administrativa. O direito penal ‘*latu sensu*’ ou

direito punitivo, é o gênero de que são espécies o direito criminal (direito penal 'stricto sensu') e o direito administrativo punitivo, ambos a lidar com delitos, com ilícitos absolutos, e com sanções que atingem o 'status' do indivíduo, seja, quanto ao primeiro ramo, como pessoa, seja, quanto ao segundo, como funcionário público. Identidade da prescrição, quando os fatos, criminal e disciplinar, são os mesmos: arts. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90; art. 213, parágrafo único, da Lei nº 1.711/52."

2 – A extinção da punibilidade

6. A **punibilidade**, isto é, a **aplicabilidade**, pelo **Poder Público**, da **sanção punitiva**, **extingue-se**, dentre outras causas, pela **prescrição** e pela **decadência**. Ambas, fenômenos jurídicos vinculados ao **transcurso do tempo**.

A **prescrição** é a **neutralização**, ou, na linguagem ponteana, o **encobrimento da pretensão**.

A **decadência**, **preclusão** ou **caducidade** é a **extinção** do próprio **direito**: "preclui o que deixa de estar incluído no mundo jurídico" (PONTES, Tratado de Direito Privado, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, VI: 135).

No **Direito Punitivo**, há **direitos** e **pretensões** em jogo, e se caracterizam hipóteses de **decadência** e de **prescrição** (cf. Código Penal, art. 107, IV; art. 142, da Lei nº 8.112, de 11.12.90).

3 – A prescrição e a decadência no campo criminal

7. No campo **criminal**, o **direito de ação** do **Ministério Público** - que corresponde ao **poder**, inerente a seu **ofício**, de exigir a **atuação jurisdicional**, sofre o impacto do **prazo prescricional**, eis que a **ação penal pública**, a veicular o **ius accusationis**, a **pretensão punitiva**, tem de ser promovida em tempo hábil, de modo que a **persecutio criminis**, **judicial**, possa, antes de ocorrida a **prescrição daquela pretensão**, ser iniciada, com o **recebimento da denúncia**, que instaura o **processo penal**, em **juízo**.

O **direito de queixa do ofendido** está sujeito a **prazo decadencial** (art. 103 do CP), por ser **direito potestativo**, formativo da **relação jurídica com o Estado**, que passa a ter a **obrigação**, de cumprimento exigível, de exercer seu **ius persequendi**, de **apuração da ocorrência do fato**, da **caracterização** de sua **autoria** e **circunstâncias**, para poder concluir, pela existência, ou não, da **punibilidade**, e prestar a jurisdição, exercitando, se cabível, o **ius puniendi**, mediante a **aplicação da pena**.

8. A **pretensão punitiva** é o **poder** de **exigir**, do **Estado-juiz**, após a **persecução**, a **aplicação da pena**: é a **pretensão "a ver punido"**, ligada, pois, de modo imediato, à **punibilidade**, efeito característico do **delito**.

Está vinculada ao **ius accusationis** do **Ministério Público** ou do **querelante**, e, como **pretensão**, sujeita a **prescrição**, nos termos do disposto dos arts. 109 e 111 do CP.

É a **prescrição** que ocorre **antes do trânsito em julgado da condenação**.

Como **prescrição**, está sujeita a causas **impeditivas** (CP, art. 116) e **interruptivas** (CP, art. 117).

9. Com a **sentença condenatória**, o juiz reconhece existir, in casu, o ius puniendi, e o exerce, ius que constitui **direito potestativo** de formação de **relação jurídica em face do réu**, criando-lhe a **situação jurídica de condenado**, com a **obrigação** de se submeter à **pena**, de cumpri-la.

Esse ius puniendi, tal como a **pretensão punitiva**, nasce com a efetiva prática, pelo réu, do **delito**, e é, do mesmo modo do que a segunda, uma outra face da **punibilidade**, presente, se, além da existência do **crime**, não houver fatos que a **afastem** ou **extingam**.

Na **condenação**, o **juiz** declara a existência da **pretensão punitiva** do acusador e do ius puniendi da própria **Justiça**, pela configuração da **punibilidade**.

9.1. Se há **prescrição** da **pretensão punitiva**, o **direito de punir** não chega a ser validamente exercitável, e, daí, na ocorrência daquela **prescrição**, nenhum gravame sancionador pode resultar para o réu.

9.2. O ius puniendi, como **direito potestativo** que nasce com o **delito punível**, está sujeito a **decadência**, e tem de ser exercido no **prazo preclusivo** correspondente, sob pena de **extinção**, conforme é próprio da **decadência**.

9.3. A **pretensão executória**, que se irradia da **condenação**, está, como **pretensão**, sujeita a **prescrição** (**prescrição depois do trânsito em julgado da condenação**), e tem, também, suas **causas interruptivas**: CP, arts. 110, 112 e 117.

10. Como **primeira** modalidade **prescricional**, temos a **prescrição prospectiva** da **pretensão punitiva**, que flui, com eventuais **impedimentos** e **interrupções**, até o **trânsito em julgado da sentença** ou **decisão**, sendo que, até a **coisa julgada da condenação para a acusação** ou o **improvemento de seu recurso**, é calculada com base no máximo da **pena em abstrato**, e, a partir de então, pela **pena em concreto** (arts. 109 e 110, § 1º, do CP).

É que, com a consumação da **definitividade** do resultado em relação à **acusação**, em termos de impossibilidade de majoração sancionatória, esgota-se o exercício, por essa, da **pretensão punitiva**.

A Súmula STF nº 146 enuncia que a prescrição pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação, é prescrição da ação penal. A **extinção da punibilidade** é ab ovo.

11. Pela **pena individualizada** também é computada a **prescrição prospectiva** da **pretensão executória**, **segunda** das espécies **prescricionais**, e que corre a partir do **trânsito em julgado da condenação** (CP, art. 110).

12. A par da **prescrição prospectiva**, existe o que se chama a **prescrição retroativa da pretensão punitiva**, que, após tumultuado histórico, tem, hoje, amparo nos §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal:

“§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.

“§2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. “

13. Os penalistas têm percebido que a **prescrição retroativa** encerra diferenças de **natureza** e de **conteúdo** em relação à **prescrição prospectiva da pretensão punitiva** e da **pretensão executória**.

O mesmo DAMÁSIO E. DE JESUS (Prescrição Penal cit., p.137) vislumbrou, já na reforma legislativa de 1977, **três espécies de prescrição**: (a) a da **pretensão punitiva**; (b) a da **pretensão executória**; e (c) a da **pretensão retroativa**.

Mesmo atualmente, quando caracteriza a **prescrição retroativa** como sendo uma das modalidades de **prescrição da pretensão punitiva**, o Autor mantém, na estrutura de sua obra específica sobre o assunto, a tripartição, estudando cada uma das três formas, separadamente.

Aliás, é o que fazem os doutrinadores em geral.

14. PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, VI, p. 98 e s.) salienta que se tem desatendido à distinção entre **prescrição** e **decadência**, “encambulhando-se conceitos”, de tal sorte que o Código Civil, no art. 178, § 10, VII, coloca, como sublinha o Autor, a ação rescisória como se prescrevesse: trata-se, aí, em verdade, de prazo decadencial.

Assim, como é comum no Direito Objetivo Brasileiro, o **Código Penal** não aprofundou, no capítulo da **extinção da punibilidade**, o instituto da **decadência**, a que se refere, genericamente, no art. 107, IV, sendo certo que os Autores, a propósito, tratam, apenas, da **decadência do direito de queixa e de representação** (art. 103).

15. As conseqüências da fixação, da pena in concreto, sobre os fatos processuais ocorridos, preteritamente, a partir da prática do delito, com atingimento da sua **punibilidade**, e antes do **trânsito em julgado da condenação**, envolvem dois institutos diversos: a **prescrição da pretensão punitiva**, titularizada pelo **acusador**, e a **decadência do direito de punir**, privativo do **Estado-juiz**.

15.1. Na **prescrição retroativa da pretensão punitiva**, a idéia de **retroatividade** traduz a adoção, ab initio, do quantum da pena em concreto (CP, art. 110, § 1º), em substituição ao máximo da pena cominada (CP, art. 109); bem como a contagem retrospectiva.

15.2. Na **decadência do direito potestativo de punir**, o sentimento de **retroatividade** decorre do fato de que, tendo começado a fluir o respectivo **prazo preclusivo**, a contar do **tempo do crime** (CP, art. 4º), só pode, todavia, ser constatada a ocorrência da **extinção** do ius, a partir da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, e com base na pena por aquela fixada, que não mais poderá ser majorada; embora a **caducidade** tenha ocorrido muito antes da res judicata acusatória. É que o ius puniendi nasce com a prática do **crime** e é **individualizado**, tendo-se de levar em conta, em sede de **extinção da punibilidade** daquele réu determinado, o quantum infligido.

16. O **trânsito em julgado da condenação** para a **acusação** significa a **crystalização do objeto da pretensão punitiva**.

Outrossim, a **condenação**, não mais sujeita a **majorações**, corresponde à **concretização do direito de punir**, como **direito potestativo**, que, nesta qualidade, conforme salientado anteriormente, está sujeito a **decadência**.

16.1. Somente com a **sentença condenatória** é que o juiz **reconhece a existência do direito de punir**, e, em seguida, o **exerce**, com a **individualização da pena**.

Com a **declaração**, fica **proclamada a existência**, desde o **momento do crime**, do referido **direito**. Somente depois desta **declaração**, se poderá verificar se está sendo ele tempestivamente

exercido, para o que se considerará a **pena em concreto**, após o **trânsito em julgado para a acusação**, a que o art. 109, § 1º, equipara o **improvemento do recurso acusatório**.

Repita-se que o *ius puniendi* governamental é **individualizado**: existe ou não, in casu, nascendo com a prática do crime.

16.2. Mercê da **existência do direito de punir, definitivamente proclamada**, e uma vez reconhecida a incoerência de sua **preclusão**, e com o **trânsito em julgado pleno**, em relação às partes e erga omnes, resulta a formação final do **título executivo penal**, criando, por si só, a **obrigação do condenado de cumprir a pena** que lhe foi aplicada; e, para o Estado, a **pretensão executória**, que sucede à **pretensão punitiva** a qual se exauriu com a **coisa julgada**. **Pretensões**, essas, como vimos, submetidas a **prazo prescricional**.

17. Não pode causar perplexidade o reconhecimento da **coexistência** dos dois institutos - a **prescrição da pretensão punitiva** (quer **prospectiva**, quer **retroativa**) e a **decadência do direito de punir** -, eis que inteiramente **compossíveis**.

17.1. Com efeito, nascem, para o **Ministério Público** ou o **ofendido**, conforme a hipótese, com o **delito**, a **pretensão punitiva**; e, para o **Estado-juiz**, o **direito de punir**.

Pelos princípios do *ne procedat iudex ex officio* e do *nulla poena sine iudicio*, o exercício do **direito de punir** pressupõe o do **direito de acusar**, que se veicula pela promoção da **“ação” penal**, a gerar o **processo criminal**, com o desenvolvimento, também prévio, em relação à **punição**, da *persecutio criminis*, o que consubstancia o atendimento aos princípios do **devido processo legal** e do **contraditório** e da **ampla defesa**.

17.2. Sobrepara a noção de **punibilidade**, de se tratar de **delito “punível”**, capaz de gerar a **aplicação de pena**.

Por isso, o que afeta o **direito de acusação** - como a **prescrição da pretensão** que lhe é cognata, a **pretensão punitiva**; ou a **decadência do direito de queixa** -, extingüindo a **punibilidade**, inviabiliza não só o **exercício**, mas como a própria **verificação** e conseqüente **proclamação**, da **existência ou não do direito de punir**.

Em decorrência, só se cogita e só se pode cogitar de **direito de punir** e de **decadência**, se a **pretensão punitiva** estiver incólume.

17.3. Lembremos que a **fluência simultânea de prazo prescricional** e de **prazo decadencial**, cada um relacionado com direitos e pretensões distintas, ocorre também no que tange, de um lado, com a **decadência do direito de queixa** ou de **representação**, ligados ao **direito de ação**; e de outro, com a **prescrição da pretensão punitiva**, vinculada ao *ius accusationis*.

17.4. Embora, o Código Penal, no capítulo da **extinção da punibilidade**, não haja aprofundado o tratamento da **decadência do direito de punir**, esta se acha, no entanto, albergada no citado **art. 107, IV** - que não se dirige, necessária e exclusivamente, à **decadência do direito de queixa e de representação** -, e, em certa medida, no **art. 110, § 1º**, pois que a **verificação da decadência é retroativa**, porquanto - repetimos - somente com a declaração de existência do direito potestativo de punir e de seu efetivo exercício com a condenação, transitada esta em julgado para a acusação, é que se pode efetuar tal verificação.

17.5. Os **prazos decadenciais** só podem ser os do art. 109 do CP - sempre, é claro, pelas razões já abundantemente apontadas, considerando-se a **pena concretizada** - , que se aplicam às várias hipóteses (cf. art. 110), salvo os de **decadência do direito de queixa ou de representação** e o de **perempção**, que são prazos, específicos, menores (art. 103).

18. Havendo **recurso da defesa**, o exercício do **direito de punir** não se tornou **definitivo**, não se **aperfeiçoou** porque, ou haverá a **absolvição**, e ficará evidenciada sua **inexistência**; ou se **diminuirá a pena**, e tal afetará a **extensão dos prazos prescricional (pretensão punitiva) e preclusivo (direito de punir)**; ou haverá **confirmação da condenação**, o que corresponde a **igual exercício do mesmo direito de punir**.

Por isso, no **interregno** entre o **trânsito em julgado para a acusação** e a **coisa julgada plena**, poderá ter lugar a **extinção do direito de punir**, pela **decadência**.

4 – Prescrição e decadência no campo administrativo-disciplinar

19. No acórdão TRF-2ª Região, de que fui Relator, e antes invocado, salientei:

“Permito-me, preliminarmente, resumir minha posição em tese sobre a matéria, de resto já conhecida dos ilustres pares e dos jurisdicionados. Com efeito, em processo anteriormente julgado (nº 90.02.21214-3), assim votei:

“.....’O Direito Disciplinar Administrativo é uma espécie do gênero do Direito Penal, ‘lato sensu’, ou, mais exatamente, uma espécie do gênero Direito Punitivo: assim, como teremos o Direito Criminal, teremos o Direito Administrativo Punitivo, o Direito Tributário Punitivo, o Direito Trabalhista Punitivo. São direitos que visam, no seu capítulo da responsabilização das pessoas, não a reparação, mas, a imposição de uma sanção, uma situação onerosa para o apenado, que o atinja no seu ‘status’, para fazer com que aquele indivíduo deixe de ser primário, para ser alguém que já tenha um estigma no seu currículo. Daí, ser uma das conseqüências, da sentença criminal, a inscrição do nome do condenado no rol dos culpados. Isto é como um estigma, a pessoa nunca mais será a mesma.

Quando se afirma que quem cumpriu a pena está quite com a sociedade, não é verdade. Isso vai repercutir na reincidência. Daí, a importância da reabilitação, na falência. Há uma diferença entre a responsabilidade patrimonial do falido e sua condição de falido, enquanto pessoa incapaz de comerciar inabilitada para o exercício do comércio durante algum tempo. Assim, essa nota desabonadora nos antecedentes é que caracteriza o Direito Punitivo, seja traduzida a pena na desconstituição de uma situação, como é o caso da demissão, seja na imposição de uma multa ou, como é mais comum, no Direito Criminal, na perda temporária da liberdade. Lembro-me da distinção, feita pelo Professor BENJAMIN DE MORAES, entre o Direito Penal e o Direito Punitivo Administrativo, como espécies do mesmo gênero.

Estamos diante do que chamamos de delitos, de ilícitos absolutos. O que está em jogo, quer na esfera administrativa disciplinar, quer na esfera penal, é a violação de um direito

absoluto ou de algum interesse 'erga omnes', que o direito tutela, considera legítimo.

.....
A unidade do Direito Punitivo é inquestionável'. “

20. Já muito antes, e com muito maior autoridade, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (Direito e Processo Disciplinar, 2ª ed., p. 172) prelecionava:

“Se é verdade que existe uma diferenciação entre o direito penal comum e o chamado direito penal administrativo, os princípios, entretanto, que informam as bases dos dois, são os mesmos.”

21. Especificamente quanto ao tema de **prescrição e decadência**, citemos expressivo trecho de parecer de BULHÕES PEDREIRA (Revista de Direito Administrativo, 205: 345), em que salienta:

“A prescrição é aplicável no Direito Público, inclusive ao poder do Estado de impor sanções, tanto penais quanto administrativas, e, neste caso, opera efeitos de decadência ou caducidade: se entre a prática do ilícito e a aplicação da sanção medeia período de tempo capaz de desautorizar a repressão, o que se extingue é o poder do Estado em relação a determinado crime ou infração administrativa.

Conforme expõe MARIA ALESSANDRA SANDULLI ('Le Sanzioni Amministrative Pecuniarie', Napoli, ed. Eugenio Jovene, 1983, p. 227/238):

‘No âmbito do Direito Penal a ‘prescrição do crime’ é definida em doutrina, sinteticamente, como ‘causa de extinção do crime, constituída pelo decurso de certo período de tempo sem que à sua eventual prática se siga uma sentença condenatória irrecorrível.

Mais propriamente do que uma prescrição da averiguação de certa transgressão, o fenômeno em exame deve pois, a nosso ver, qualificar-se como decadência do poder de denunciar a transgressão em relação a determinado sujeito, com a conseqüente falta, em relação a este último, de uma condição de exercício da função punitiva.’

Essa é também a opinião de RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA ('Infrações e Sanções Administrativas', São Paulo, RT, 1985, p. 107):

‘Opera-se a perda do direito de punir, fundamentalmente, pela prescrição, ou seja, o decurso do tempo entre a infração e a sanção sugere a desnecessidade de sua aplicação. Destina-se a prescrição a resguardar a segurança jurídica, a estabilidade das relações formadas.

Falam os autores em decadência e prescrição. Efetuemos, inicialmente, uma distinção que se nos afigura fundamental. A decadência ocorre quando a atuação do Poder Público independe de qualquer atuação correlata do particular. Quando depende apenas da Administração a iniciativa para apuração da infração, e deixa esta de agir, há decadência.’

No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 589):

‘Prescrição administrativa: a prescrição, como instituto jurídico, pressupõe a existência de uma ação judicial apta à defesa de um direito porque ela significa a perda da respectiva ação, por inércia do seu titular. Mas impropriamente se fala em prescrição administrativa para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus

servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público.

A **prescrição administrativa** opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais (...), pois é restrita à atividade interna da Administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer. “

22. Como se vê, também no **Direito Administrativo Punitivo**, é mister fixar a diferenciação entre os espaços da **prescrição** e da **decadência**.

22.1. Como o **Direito Penal** e o **Direito Punitivo** são espécies de um mesmo gênero, o sistema **preclusivo** e **prescricional** tem a mesma formatação em ambos os ramos jurídicos.

No **Direito Disciplinar**, tal como no **Direito Criminal**, temos, com a mesma natureza, o ius actionis, o ius accusationis, a **pretensão punitiva**, o ius persequendi, o ius puniendi e o ius exequendi.

As diferenças - irrelevantes para as influências do **transcurso do tempo** sobre esses **direitos, poderes e pretensões** - residem no desenvolvimento do respectivo exercício tão-somente na **instância administrativa**, sem interferência judicial; na **“ação” administrativa** e no **poder acusatório** exercidos por um **órgão provocador**, que leva a que outro exercite a **persecução administrativa**, para que, a final, a **inflicção da sanção disciplinar** se possa dar, na concretização do **direito de punir**, que nasce, se constata e se exerce, individualizadamente, in casu.

Como já salientamos, a índole cognata dos dois segmentos do **Direito Punitivo** impõe que a Carta Magna Nacional trate, com total **identidade**, os **litigantes** (e o reconhecimento da existência de um **litígio**, de uma **lide**, do confronto **acusação x defesa**, é de extrema relevância) no **processo judicial** e no **administrativo**, assegurando a esses **litigantes** (e - o que é também fundamental - um deles será um **órgão** ou uma **entidade governamental**) as garantias do **devido processo legal**, do **contraditório**, da **ampla defesa**: CF, art. 5º, LIV e LV.

Se o **Direito Penal** só limitadamente trata de **decadência**, a legislação de **Direito Disciplinar** só alude a **prescrição**, o que não significa, como já salientado, que se devam ignorar a existência e a ocorrência dessa, mesmo em áreas de que a legislação cuida da **caducidade** como fenômeno jurídico **prescricional**.

Nesta linha, é de se identificar a **prescrição** a atingir o ius actionis, o ius accusationis, com reflexos no ius persequendi.

Com relação ao ius puniendi, o que ocorre é a **decadência**, nos termos antes vistos.

22.2. Por outro lado, a legislação sobre **Direito Disciplinar** fala de **prescrição da falta**, tal como, no **Direito Penal**, se faz referência à **prescrição do crime**; a que determinado **crime** prescreve em tantos anos.

Anote-se que esta dicção, embora equivocada sob vários ângulos, traduz o sentimento de que a partir dos **fatos**, dos **atos** que constituem o **substrato**, o **suporte fático infracional** ou **criminoso**, não só começam a fluir prazos que **encobrem, neutralizam** as **pretensões e ações**, mas igualmente trato temporal, de caráter **decadencial**, que **extingue** o **direito de punir**, que nascera com o **delito**.

O **ato delituoso, criminal** ou **disciplinar**, deixa de ser **puniável**, não só porque não mais se pode

acionar, acusar, pretender ver-se punido, processar-se, como, o que é o clímax da impunibilidade porque, embora existisse, o direito de punir se extinguiu pelo transcurso do tempo.

22.3. Outro ponto comum de inquestionável significação é que as concepções prospectiva e retroativa, em sede prescricional e preclusiva, prevalecem, tanto no Direito Penal, quanto no Direito Punitivo, pela decisiva importância da concretização da sanção, como tradução do caráter individualizado do ius puniendi.

É, aliás, de se reiterar que, em termos de direito de punir, e de sua extinção, a visão retroativa lhe é ínsita.

5 – A identidade do regime jurídico da extinção da punibilidade criminal e disciplinar, quando os fatos delituosos são os mesmos nas duas áreas

23. É certo que existem diferenças jurídicas entre o ilícito criminal e o ilícito disciplinar, que estão presentes, ainda que o mesmo fato ou o mesmo conjunto de fatos seja, simultaneamente, crime e infração funcional.

23.1. Essas diferenças dizem respeito, porém, tão-somente, a certos aspectos da qualificação de direito desses fatos, mantida a natureza comum de delito, de ilícito absoluto, submetido a sanção de índole punitiva.

23.2 Essas distinções jurídicas limitam-se a: (a) o crime tem pertinência com o agente enquanto simplesmente pessoa, ao passo que a falta disciplinar o tem com o sujeito ativo na condição de servidor público; (b) no primeiro, estão sob proteção bens jurídicos individuais e coletivos variados, inclusive a higidez da administração pública (arts. 315 e seguintes do Código Penal); no segundo, a ordem administrativa interna; (c) o crime é tipificado, o que, em geral, incorre com a infração administrativa.

24. Tais diferenciações não são, todavia, de molde a afastar decisivos efeitos jurídicos comuns, quando o suporte fático é o mesmo.

24.1. Assim, a proclamada independência das instâncias penal, civil e administrativa, com a cumulabilidade das punições (art. 1.525, 1ª parte, do Código Civil, e art. 45 do Decreto-lei RJ nº 220/75), não ilide, no caso de absolvição criminal, as decisivas conseqüências, idênticas, nas demais esferas, quando, exatamente, se decidiram, dentre outras hipóteses (es- trito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito, legítima defesa: art. 65 do Código de Processo Penal), os aspectos factuais do substrato jurígeno: a existência, ou inexistência material do fato, e sua autoria (art. 1.525, 2ª parte, do Código Civil; art. 66 do CPP).

24.2. Por isso, o enunciado da Súmula STF nº 18, segundo a qual, “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”, deve ser entendida com extrema precisão, como, com acuidade, sintetizou o Ministro VICTOR NUNES LEAL na ementa da Ação Rescisória nº 598 (Direito Sumular, ROBERTO ROSAS, RT, São Paulo, comentários ao referido verbete):

“1) Imputado ao funcionário um fato único, definido em tese como crime, não funcional, a absolvição criminal exclui a punição administrativa (CC, art. 1.525).

2) Não sendo funcional o crime, não se pode falar em ‘resíduo administrativo’, em face da absolvição pela Justiça criminal, se não tiverem sido feitas outras acusações ao funcionário”.

25. É regra assente, no **Direito Administrativo Brasileiro**, que os **prazos prescricionais e preclusivos da ação disciplinar** e do **direito de punir** são os do **Direito Penal**, quando os **mesmos fatos são imputados**, ao agente público, como **infração disciplinar** e como **crime**.

25.1. É essa a norma, no âmbito federal, do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 11.12.90:

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

25.2. No **Município do Rio de Janeiro**, a Lei Rio nº 91, de 14.03.79, preceitua, em seu art. 184, § 1º:

“A falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este”.

25.3. Na esfera da **Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro**, o art. 57, §1º, do **Decreto-lei RJ nº 220, de 18.07.75**, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis Estaduais; e o art. 303, § 1º, do seu **Regulamento**, aprovado pelo **Decreto RJ nº 2.479, de 08.03.79**, estabelecem:

“A falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este”.

25.4. ALBERTO BONFIM (O Processo Administrativo – Na Teoria e na Prática, Rio, Freitas Bastos, p. 122), referindo-se, ainda, ao antigo Estatuto Federal (Lei nº 1.711, de 28.10.52), é expressivo:

“Assinale-se, entretanto, que, tendo o art. 226 do Estatuto determinado a simultânea apuração da falta disciplinar e do delito criminal, a prescrição da punibilidade na esfera administrativa se subordina a que ocorrer na judiciária, já que o parágrafo do art. 213 do Estatuto usa o vocábulo ‘juntamente’”.

25.5. Em acórdão com ementa que proclama que, “quando a falta disciplinar importar em crime, a prescrição coincidirá com a do Código Penal” (TFR, 1ª Turma, Remessa ‘Ex Officio’ nº 88.333), o Relator, Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, cita GUIMARÃES MENEGALE (Estatuto dos Funcionários, 2ª ed., 2: 624):

“Convencionou-se, não obstante, como no direito civil e no direito penal, a fixação de contérmino à tolerância ou à incerteza da autoridade, a quem não será lícito prolongar indefinidamente a expectativa do inculcado, ao mesmo tempo em que se descarta o interesse da disciplina, sem desagradá-la com a presteza exigida pelas necessidades da ordem administrativa. Em matéria de repressão disciplinar, com efeito, tolerância ou incerteza exageradas geram relaxamento da autoridade. A solução, portanto, é delimitar, no tempo, a eficácia potencial da penalidade, conter a força da punição e descarregá-la em momento determinado, no calor da infração, com a plenitude de seus efeitos psicológicos, ou extingui-la, para

relegar ao esquecimento um fato cuja desagradável repercussão normalmente já terá cessado.”

Sobre a inter-relação **crime - falta disciplinar** o voto desenvolveu:

“Embora sejam, em princípio, independentes entre si as cominações penais e disciplinares (art. 200 da Lei nº 1.711), no caso em exame não se pode invocar a Súmula nº 18 do Colendo Supremo Tribunal Federal porque a autoridade coatora não provou a existência de falta residual não atingida pela extinção da punibilidade decretada na ação penal. Ao contrário, tudo nos leva a crer estar o impetrante sendo acusado pela OAB por uma ‘falta também prevista em lei penal como crime, por uma falta que tipificou o crime falimentar cuja punibilidade já foi extinta pela decretação da prescrição. Ora, o Pretório Excelso já decidiu que:

‘A falta disciplinar, também prescrita, na lei penal, como crime prescreve juntamente com este’ (MS nº 19.986, Relator o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, RDA, nº 130, P. 189).

‘Aplicam-se às penas disciplinares, as normas de prescrição do direito penal’ (RE nº 78.917, Relator o eminente Ministro Luiz Gallotti, RDA, nº 123, p. 213).

.....
Assim, qualquer que seja a falta praticada pelo funcionário da União, se o evento constituir crime e a punibilidade for extinta pela prescrição, ela igualmente não poderá ser invocada para justificar a destempe a exoneração do servidor.”.

25.6. Os dois citados acórdãos, do STF, são de fundamental importância.

O primeiro realça a relevância do sentido do termo **juntamente**, a traduzir a **identidade do momento da ocorrência da extinção da punibilidade penal e disciplinar**.

O segundo explicita, com raro acerto, que o fenômeno jurídico que tem lugar é o da **mesmidade das normas, a identidade de regime jurídico**.

26. Em outras palavras, sendo os **mesmos os fatos**, não obstante as diferenciações de **qualificação jurídica** antes apontadas - inclusive decorrentes do fato de que o **crime é tipificado**, e o **ilícito disciplinar não o é** -, incidem, em matéria de **extinção de punibilidade disciplinar**, as **normas de Direito Penal**.

26.1. É mister gizar que a **identidade dos efeitos prescricionais e preclusivos** quanto aos **crimes** e as **faltas disciplinares** são correspondentes aos **mesmos fatos**, ao **mesmo suporte fático**.

Daí, a redação clara do Estatuto Estadual, em seu art. 57, § 1º:

“A falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este”.

Falta = fato.

26.2. O que comanda a hipótese é a ocorrência da **prescrição e preclusão criminais**, com todas as suas **regras**, inclusive aquelas sobre **prescrição retroativa**: o reflexo **prescrição e preclusão** sobre o **regime disciplinar** é ipso iure e completa.

26.3. Havendo a **identidade do suporte fático**, o **regime** que preside a **extinção da punibilidade disciplinar** é o da **extinção da punibilidade criminal**.

Há o **transplante das normas penais** para o campo **disciplinar**: a **recepção** daquelas pelo **Direito Administrativo**.

O Estado perde **poderes, direitos e pretensões** no **Direito Punitivo** como um todo: a **extinção da punibilidade** é completa.

26.4. Como salienta OSCAR TENÓRIO (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Rio, Borsoi, 2ª ed., p. 111), é comum o emprego, pelo legislador, da **remissão** expressa feito por um preceito legal a instituto semelhante, “a fim de que eles se subordinem às mesmas disposições.”

27. Esta noção, fundamental, de que o que importa, para essa **recepção**, é a **identidade factual**, está bem clara em recente legislação.

27.1. Com efeito, Medida Provisória, já em sua décima primeira reedição (MP nº1.778-11, de 06.05.99), estabelece **prazo de prescrição** para o exercício de **ação punitiva** pela Administração Pública Federal.

Por disposição expressa (art. 5º), suas regras não se aplicam “às infrações de natureza funcional”.

É, contudo, interessante anotar as semelhanças entre o regime dessas últimas e o do diploma normativo em tela, que diz respeito (art. 1º) à “ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor”, ou seja, referente ao **Direito Administrativo Punitivo Externo**.

27.2. Em primeiro lugar, a MP reconhece (ementa e art. 1º) a existência de um *ius puniendi*, a que corresponde um **poder de agir**, uma **ação**, sendo, *ius e ação*, de **direito material**, de **direito substantivo**, e não de **direito processual, instrumental, adjetivo**.

Aliás, o Estatuto Federal de 1939 (Decreto-lei nº 1.713, de 28.10.39) era, igualmente, explícito quanto à identificação de tal **ação punitiva**, ao denominar seu **Título III** com a designação **Dos deveres e da ação disciplinar**.

Também a vigente lei federal do **Regime Jurídico Único** (art. 142 da Lei nº 8.112/90) é taxativa em proclamar a existência da **ação disciplinar** que **prescreve** em determinados prazos.

27.3. Respalda-se, outrossim, a MP em pauta, igualmente no princípio da **interpenetração** das ordens **penal e administrativa**, ao preceituar (art. 1º, § 2º) que “**quando o objeto da ação punitiva também constitui crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal**”.

Objeto = fatos.

28. É certo que o art. 67, II, do CPP estatui que não impedirá a propositura de ação civil “a decisão que julgar extinta a punibilidade”.

28.1. Cumpre, porém, ressaltar que se trata de regra que diz respeito ao inter-relacionamento entre a **instância criminal** e a **civil**, isto é, de índole **reparatória**, no campo do **ressarcimento**, e não dos dois ramos do **Direito Punitivo Estatal**, o **Penal** e o **Administrativo-disciplinar**.

Com efeito, o dispositivo antes reproduzido compõe o Título IV do CPP, sob a denominação **Da Ação Civil**, que trata, especificamente, da **reparação do dano** (art. 63), do seu **ressarcimento** (art. 64).

Destarte, quando o CPP alude a **civil** - o mesmo ocorrendo com o **Código Civil**, no art. 1.525 -, está referindo-se ao **civil stricto sensu**, e, portanto, ao espaço **indenizatório**.

29. Sabemos que, no concernente à vinculação entre **crime e falta disciplinar**, ius accusationis, **pretensão punitiva e poder de punir, penal e administrativo**, e muito especificamente, no que tange à matéria **prescricional e decadencial**, a legislação é explícita, quanto à influência inafastável desses fenômenos jurídicos, ocorridos na área do **Direito Penal**, sobre a do **Direito Administrativo**.

No acórdão de que fui Relator, já antes invocado, desenvolvi a seguinte argumentação:

“Reiteradamente nos vêm, para julgamento, questões como esta, em que funcionário público é indiciado na esfera administrativa e nela punido com a pena de demissão; e, pelo mesmo fato, é processado judicialmente, no âmbito criminal, e absolvido.

É truísmo afirmar-se a chamada independência das instâncias porque o próprio interesse que está em jogo é diverso. No campo criminal, é toda a sociedade, é a punição pela contrariedade, como se costuma dizer, do mínimo do mínimo ético. No campo civil, a matéria coloca-se em termos patrimoniais, de perda de poderes, como o pátrio-poder e, principalmente, de reparação. No campo administrativo, o que está em jogo é a saúde, a higidez dos quadros administrativos, quer dizer, os interesses corporativos da instituição administrativa. Assim, é possível que um ato, um fato, uma ação ou omissão, se caracterize como um ilícito administrativo, mas não seja caracterizado como um ilícito penal, pois, neste campo, a busca da verdade tem que ser mais profunda, a penalidade é sempre de maior gravidade, atinge o ‘status’ da pessoa, enquanto pessoa, e não apenas como funcionário público; conseqüentemente, a condenação exige um conjunto de elementos rigorosos.

Não se pode negar o inter-relacionamento entre as instâncias. O Código Civil, no art. 1.525 e o Código de Processo Penal, nos arts. 65 e seguintes, traçam algumas normas, que na verdade, tratam do inter-relacionamento entre a instância civil, no sentido estrito, e não cível, e a instância penal. Assim, uma das regras está no Código Civil e a outra, está no título, que tem como designação, **Da Ação Civil**.

Estas regras tratam especificamente do inter-relacionamento entre a esfera de Direito Civil, questões patrimoniais, de reparação, de ressarcimento, e a esfera penal.

Sabemos, conforme o disposto no art. 1.525. do Código Civil, que:

‘A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime’.

Isso está desenvolvido no Código de Processo Penal, arts. 66 e 67:

‘Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a proposição da ação civil:

- I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
- II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;
- III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.⁷

Quando se trata do inter-relacionamento entre as instâncias penal e disciplinar, do Direito Administrativo Punitivo, a questão muda.

Ora, se estamos diante de um fato de uma mesma natureza, um fato delituoso, no sentido de um ilícito absoluto porque se trata de um desvio de mercadorias do antigo SAPS, está em jogo, não o patrimônio do SAPS, mas o fato de que alguém, no caso, o servidor público, cometeu um delito, uma violação, uma ofensa ao direito absoluto da pessoa jurídica, isto é, ao seu direito de propriedade.

O fato, em si, na essência, é o mesmo. A punição, o procedimento, o tipo de sanção é que varia, tendo em vista a função e a finalidade do Direito Penal e do Direito Administrativo Punitivo. Como são espécies do mesmo gênero, têm uma parte comum, que se manifesta em várias normas, como esta de que, se for reconhecida a inexistência material do fato, não poderá haver a punição, na esfera administrativa, o mesmo ocorrendo, se for negada a autoria, ou se houver a prescrição, segundo o disposto no art. 213, da Lei nº 1.711/52, em seu parágrafo único:

‘A falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este.’

30. É, certamente, justo que, se os mesmos **fatos** são, simultaneamente, **crime** e **falta disciplinar** , a **extinção da punibilidade** se dê sob o regime do **Direito Penal** que é mais abrangente do que o **Direito Administrativo Punitivo** .

30.1. Se a incidência do **regime jurídico-criminal** leva a que a **prescrição** , a **preclusão** se dê, antes do previsto especificamente na legislação administrativa, não se justifica que tenha lugar a punição disciplinar,

Ao contrário, caso o prazo da **prescrição criminal** seja mais longo, há razão para que se estenda a **punibilidade administrativa** .

30.2. A regra da **recepção** , pelo **Direito Disciplinar** , do **regime jurídico preclusivo e prescricional do Direito Penal** , pode, destarte, favorecer ou onerar o servidor.

Exemplifica IVAN BARBOSA RIGOLIN (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis. São Paulo, Saraiva, 1992, p. 239):

‘O resultado de semelhante procedimento interpretativo fará diferir, em alguns casos, daqueles prazos prescricionais previstos nos incisos I a III deste artigo. Apenas por exemplo, a prática de aplicação irregular de dinheiro público é infração administrativa prevista no inciso VIII do artigo 132 da Lei nº 8.112, punível com demissão cuja ação disciplinar prescreve em cinco anos. Dentro do Código Penal aquele mesmo tipo é previsto no artigo 315, como ‘emprego irregular de verbas ou rendas públicas’, sendo que, combinando-se a respectiva penalidade com o disposto no art. 109, VI, a prescrição da ação penal para o

caso é de dois anos. Neste caso, como o fato é crime, deixa de prevalecer a prescrição da Lei nº 8.112, art. 142, I, para predominar aquela do Código Penal, art. 109, VI.”.

31 Não há que se falar de **resíduo administrativo**.

31.1. No acórdão, antes citado, de que fomos Relator, salientamos a “ausência de resíduo administrativo, pois que a caracterização da falta disciplinar residual exige algo conexo, complementar” ao **fato criminal** coincidente com a **falta disciplinar**.

31.2. E esse **algo**, que é de natureza **fática**, necessita, para que se consubstancie, que se caracterize um **novo suporte factual**, conexo com o primeiro, decorrendo desse **complemento** aditivo a **configuração jurídica disciplinar** correspondente, e que nada tem a ver com os **atos** ao mesmo tempo **criminosos** e **infracionais**.

31.3. Enfim, a noção de **resíduo administrativo é fática**: é o que, **factualmente**, so-beja em relação ao **substrato do crime** e que tenha **identidade** de **qualificação jurídica** como **ilícito disciplinar**.

31.4. Repitamos a precisa lição de VICTOR NUNES LEAL, antes citada:

“1) Imputado ao funcionário um fato único, definido em tese como crime, não funcional, a absolvição criminal exclui a punição administrativa (CC, art. 1.525).

2) Não sendo funcional o crime, não se pode falar em ‘resíduo administrativo’, em face da absolvição pela Justiça criminal, se não tiverem sido feitas outras acusações ao funcionário”.