

PARECERES

PROCURADORIA DE PESSOAL

PARECER Nº 01/94 - CÂNDIDO GUILHERME GAFFRÉE THOMPSON

Prescrição de penalidade disciplinar - Sentido e alcance do § 1º do art. 57 do Estatuto dos Servidores Civis do Estado.

1. Objetivando cassar medidas contra ele adotadas em função do apurado em inquérito administrativo - vêm a ser elas a anulação de um enquadramento e o submetimento a uma suspensão de cento e oitenta dias -, o servidor Geraldo Dias dos Santos encetou o presente procedimento mediante o requerimento de fls. 9/13, onde, entre outras arguições de fundo e de forma, alegou que a punição disciplinar lhe foi imposta a despeito de encontrar-se prescrita (cf. fls. 13, trecho final).

Os demais argumentos rejeitou-os a ilustre autora do parecer que apreciou o pedido; este último, porém, acolheu-o ela, por entender que, aplicada uma sanção disciplinar, passa a prescrição a contar-se com base na penalidade já concretizada, e não mais em nome da que, *in abstractu*, comina a lei à falta. Considerando por certo o Código Penal, no particular, fonte subsidiária do Estatuto dos Servidores do Estado, (embora dê a uma primeira vista a impressão contrária), escreveu a fls. 48/53 a douta Coordenadora Jurídica de Instrução Processual do Gabinete Civil, Dr^a Mariana de Oliveira:

"Entende o ilustre Supervisor das Comissões Permanentes de Inquérito Administrativo, que a penalidade imposta ao servidor não poderia ter sido atingida pela prescrição, uma vez que, ao uso de documento falso, a lei penal comina pena de reclusão de dois a seis anos, caso em que a prescrição só ocorreria em doze anos.

Com todo respeito que sempre mereceram os opinamentos do Senhor Supervisor, Dr. Emydgio Fernandes dos Santos, signatário do parecer de fls. 43/44, dele discordo, no particular.

Como se sabe, pena cominada na lei, difere de pena concretizada na sentença. A prescrição, a que se refere o senhor Supervisor, é prescrição *in abstractu*, isto é, da pena cominada.

Na hipótese dos autos, no momento em que a Administração aplicou a penalidade, concretizando-a no Decreto que suspendeu o servidor, a prescrição passou a regular-se, não mais pela penalidade cominada ao ilícito, mas sim pela que, efetivamente, foi aplicada. Descabe, pois, o paralelo com a lei penal, uma vez que o citado inciso III, do artigo 109, não se refere a um *quantum* de pena já determinado, mas a limites de quantidade, dentro dos quais ocorre a prescrição.

Ainda que, num elastério de interpretação, quiséssemos fazer valer o disposto no art. 57, § 1º, do Dec.-Lei nº 220, de 18.07.75, segundo o qual "a falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este", tal dispositivo não invalidaria o raciocínio anterior, por isso que, no Juízo criminal, a prescrição regular-se-ia pela pena concretizada na sentença que viesse a ser proferida. Assim, por qualquer dos ângulos que se examine a hipótese, tem-se como certo que a prescrição, na hipótese dos autos, nos termos do art.57, I do Dec.-Lei nº 220, de 18.07.75, é de dois anos, começando a fluir da data em que a Administração veio a

tomar ciência do evento punível, interrompendo-se pela abertura do processo administrativo disciplinar".

Indo ter o processo ao Sr. Subsecretário-Chefe do Gabinete Civil, decidiu ele remetê-lo a esta Procuradoria, com o fim de obter pronunciamento acerca da tese supra-ressumida, já que, tendo embora no recente Parecer PG nº 2/93-ARSJ apreciado o tema, ali se cingira o órgão a examinar hipótese em que a alegação de prescrição lançada fora quando ainda inaplicada a sanção.

Assim feito o relatório, passo a opinar.

2. Antes de qualquer outra coisa, devo anotar que, em meu entendimento - a matéria é, sem dúvida, polêmica -, somente se aplicam nesta unidade federativa preceitos do Código Penal, quando enquadrável o caso no § 1º do art. 57 do Dec.-Lei nº 220/75, cujos termos são:

"§ 1º - A falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este".

Conforme ressaltou LEOPOLDO BRAGA (*Direito Disciplinar*, p. 16 da edição de 1971), existe, entre o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Penal, diferenças fundamentais, que os tornam "dois direitos" perfeitamente independentes. Eis o que deixou dito o mestre sobre o tema:

"É bem conhecida dos estudiosos do assunto a tendência, ainda hoje manifestada por alguns autores, de ver no direito disciplinar um ramo, dependência ou parte especial do direito penal, dadas as profundas analogias que tem com este último, de cuja "índole" participa, no dizer de BIELSA⁽³⁵⁾, e "onde se encontram os elementos essenciais do direito disciplinar, sob o aspecto doutrinário como o técnico", talqualmente registra THEMISTOCLES CAVALCANTI invocando F. Campos (*Comentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, p. 238 e seguintes)⁽³⁶⁾. E daí dimanam as impróprias denominações que, por vezes, lhe têm sido dadas, como as de "direito penal administrativo", "direito penal disciplinar" etc.

Trata-se, porém, de dois direitos, aproximados, mas diversos, relacionados, mas distintos. Diferenciados, sobretudo, por uma série de características e peculiaridades marcantes e inconfundíveis, já no campo dos princípios doutrinários, já no direito positivo incorporado às codificações legislativas ou às técnicas e práticas da administração".

Especificamente sobre o problema da prescrição no Direito Disciplinar, o mesmo autor, após detido exame, se reporta à obra *La Prescripción de la Acción y de la Pena Disciplinaria*, de VILLEGAS BASAVILBASO, onde considera que o ponto foi "magistralmente tratado" (*op. cit.*, p. 42). Eis o trecho a que alude o jurista citado:

"En ausencia de un ordenamiento legal que regule la materia en examen, cuáles serán las normas del derecho positivo aplicables por analogía? Serán las que disciplinan la prescripción civil ou la penal? Las primeras son inaplicables, por cuanto la relación de empleo y función públicos no es un contrato de derecho privado, y como ya se ha explicado las normas de derecho administrativo disciplinan intereses públicos y las normas de derecho privado, intereses particulares, y por tanto, la identidad de razón, uno de los elementos insitos em la analogía jurídica, dificulta el uso de este proceso discursivo".

"En cuanto a la aplicación de las normas del derecho penal sustantivo, es de observar que responden a otras finalidades distintas esencialmente a las del derecho disciplinario. En aquel derecho, con excepción de las acciones dependientes de instancia privada y privadas - ajenas en absoluto el derecho disciplinario - la acción es pública, pero necesariamente es de ejercicio obligatorio. No existe a este respecto la oportunidad para ponerla en movimiento, que es propia de la acción disciplinaria. Es por estos motivos que el instituto de la prescripción penal no es procedente: la identidad de razón también dificulta el uso de la analogía jurídica."

Estas consideraciones permiten afirmar que em defecto de disposiciones expresas que regulen la prescripción de la acción y de la pena disciplinarias, *ni las respectivas normas de la prescripción civil ni las de la prescripción penal son de aplicación.* (grifos meus).

Ainda aqueles que advogam posições contrárias, reconhecem que esta vem a ser a postura de boa parte da doutrina. Assim, por exemplo, EGBERTO MAIA LUZ (*Direito Administrativo Disciplinar*, p. 185 da edição de 1977):

"Já ficou bastante explícito neste livro que, embora doutrinadores e exegetas mais formalistas não admitam que o Direito Penal seja supletivo ou mesmo subsidiário do Direito Administrativo Disciplinar, ele, o Direito Penal, via de regra, oferece as suas normas altamente salutares para indicar com bastante procedência a regra a ser seguida na administração pública face ao problema prescricional."

De qualquer modo, a mim se afigura irresponsável, no que respeita ao direito positivo deste Estado, o seguinte argumento *a contrario sensu*: se o § 1º do art. 57 do Estatuto somente remete ao Código Penal no caso específico de que cuida, nos outros não há como cogitar desta solução, já que outro dispositivo inexistente naquele diploma a fazer igual remissão, quer abrangendo o Direito Disciplinar como um todo, quer visando à prescrição das penalidades em particular.

3. Estabelecido que é apenas da aplicação deste dispositivo que se há de cuidar - a hipótese é, realmente, da prática de um ato que configura, a um tempo, falta disciplinar e crime legalmente tipificado - , cabe fixar seu sentido e alcance, com rigor técnico.

A meu ver, três podem ser as posições perfilhadas com referência à interpretação desta norma estatutária, resultando delas as seguintes aplicações:

1. constituindo também crime, o ato ou omissão que constitui falta disciplinar só prescreverá se e quando efetiva e definitivamente se der a prescrição penal;

2. constituindo também crime, o ato ou omissão que constitui falta disciplinar prescreverá no regime do Código Penal, cabendo distinguir entre prescrição da pena *in concreto* e *in abstractu*;

3. constituindo também crime, o ato ou omissão que constitui falta disciplinar prescreverá nos prazos próprios fixados *in abstractu* para os crimes no Código Penal, dado que a remissão do § 1º do art. 57 do Estatuto deve ser interpretada restritivamente.

4. A primeira destas proposições deve ser rejeitada, em minha opinião, inobstante seja aquela que mais se afeiçoe à literalidade do preceito estatutário em trato. A ter-se, com efeito, um grande apego à letra da lei, seria de concluir-se que a falta disciplinar que configure também crime apenas prescreve quando o próprio delito seja dado por prescrito, uma vez que só então poderá prescrever "juntamente com este" (cf. parte final do § 1º do art. 57 do Dec.-Lei nº 220/75).

Tal interpretação implicaria, todavia, em baralhar as instâncias administrativa e penal, cujo apartamento vem sendo preservado com boas razões. A propósito, HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 420 da 1ª edição).

"A punição administrativa ou disciplinar não depende do processo civil ou criminal a que se sujeite também o funcionário pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar os desfechos dos demais processos".

"A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao funcionário antes do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque, como já vimos, o ilícito administrativo independe do ilícito penal".

Acolhida a proposição sob exame à autoridade administrativa seria vedado examinar alegações de prescrição; a pena disciplinar prescreveria por efeito de uma declaração judicial que em nome do fenômeno desse por extinta a ação penal. E é afinal o próprio Dec.-Lei nº 220/75 que consagra o andamento autônomo e desembaraçado dos inquéritos administrativos, ao dispor:

"Art. 45 - As cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa".

5. A segunda das proposições postas no item nº 3 do presente trabalho envolve, ao que me parece, uma dificuldade insuperável. No Direito Penal, todos os prazos prescricionais estão fixados, de forma perfeitamente clara, segundo haja ou não sentença transitada em julgado. Trata dos primeiros o art. 109 do diploma competente e dos segundos o art. 110.

Ora, decisão administrativa jamais passa em julgado. E esta diferença não é, absolutamente, de somenos; antes corresponde à pedra de toque do ato jurisdicional. Destinando-se ambos, o ato administrativo e o jurisdicional, a definir situações jurídicas individuais, este último se identifica justamente por representar a fixação definitiva (coisa julgada) da exegese (cf. M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 26 da 3ª edição).

Verdade é que se poderia argumentar com a substituição, para o caso, da noção de coisa julgada propriamente dita, pela algo polêmica noção de coisa julgada administrativa. No que respeita, contudo, ao Direito Disciplinar só existe a situação caracterizada como tal, e isto mesmo para alguns, no que concerne ao servidor, visto como ele somente poderá pretender revisão de inquérito administrativo quando aduzir fatos novos, comprobatórios de sua inocência (Estatuto, art. 77).

Para a administração não há nada parecido. Pelo contrário, o princípio prevalente é o de que a aplicação da pena disciplinar se faz mediante ato discricionário, passível portanto de ser revisto a qualquer tempo, nos termos de jurisprudência notoriamente sumulada. Não há, pois, como transpor para o Direito Administrativo Disciplinar o regime que vige para a contagem dos prazos prescricionais no Direito Penal.

7. Fico, por isso, com a proposição colocada sob número 3 do item de igual número.

Tenho por perfeitamente natural que, só tendo o Estatuto tratado de prazos prescricionais *in abstractu*, somente a prazos deste gênero tenha visado no Código Penal. Esta interpretação é que me parece em harmonia com o regime adotado para a contagem de tais prazos por aquele diploma; não envolve uma ruptura com o seu sistema. Assim, quando o § 1º do art. 57 do Dec.-Lei nº 220/75 estabelece que a falta prescreve, na hipótese ali traçada,

juntamente com o delito correspondente, quis dizer apenas que se sujeita ao prazo prescricional para este fixado, *in abstractu* na lei própria. Nada mais.

Aliás, a douta signatária do parecer de fls. 48/52 - trabalho de que estou ousando neste momento divergir - integrou por lapso de tempo considerável a Supervisão das Comissões Permanentes de Inquérito, órgão que parece simplesmente ignorar a tese proposta (v. fls. 43/44).

Meu parecer é, pois, pela denegação do pedido.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 1994.

Cândido Guilherme Gaffrée Thompson

Procurador do Estado

Mais uma vez, o ilustrado Procurador do Estado CÂNDIDO GUILHERME GAFFRÉE THOMPSON vem nos brindar com um seguro e bem lançado PARECER, cujo brilhantismo salta aos olhos mesmo do mais descuidado dos leitores, vindo a deslindar questão somente afeiçoada àqueles que bem sabem interpretar o Direito, fixando o alcance de suas normas.

Neste escopo, o ilustre Procurador procedeu à interpretação do § 1º do art. 57, do Estatuto Funcional, instituído pelo Decreto-Lei nº 220/75, o qual cuida da prescrição das faltas disciplinares também consideradas como crime, sujeitando esta, diferentemente das demais, ao mesmo prazo prescricional previsto na lei penal.

Assim, o Parecer em apreço examinou três proposições, as quais, todas, ao menos aparentemente, solucionavam o problema, sendo formuladas da forma seguinte:

1. constituindo também crime, o ato ou omissão que constitui falta disciplinar só prescreverá se e quando efetiva e definitivamente se der a prescrição penal;
2. constituindo também crime, o ato ou omissão que constitui falta disciplinar prescreverá no regime do Código Penal, cabendo distinguir entre prescrição de pena *in concreto* e *in abstractu*;
3. constituindo também crime, o ato ou omissão que constitui falta disciplinar prescreverá nos prazos próprios fixados *in abstractu* para os crimes no Código Penal, dado que a remissão do § 1º do art. 57 do Estatuto deve ser interpretada restritivamente."

Além de, como exaustivamente demonstrado no Parecer nº 01/94- CGGT, não se poder confundir as sanções penais com as faltas disciplinares, cada qual submetida ao âmbito normativo do Direito a que pertencem, Penal e Administrativo, respectivamente, não é de ser aceita esta primeira proposição, pois, mesmo que a lei estadual se remetesse à norma penal, de forma a submeter o Executivo à vontade daquela relativamente à aplicação de sanções a seus servidores, haveríamos de concluir pela inconstitucionalidade do hipotético preceito estatutário, pois estaria a lei subtraindo do Executivo parcela competencial que, indiscutivelmente, lhe pertence, decorrendo a mesma de seus poderes de autotutela e disciplinar sobre seus servidores.

Entretanto, esta proposição é afastada pelo próprio Decreto-Lei nº 220/75, o qual, em seu art. 45, destaca a independência entre as cominações civis, penais e administrativas.

A segunda proposição, embora seja aquela pela qual mais se afeiçoe à interpretação de normas penais, também não merece aplicação na hipótese vertente.

Tivesse a pena disciplinar caráter semelhante ao da sanção penal e não teríamos dúvida em adotar esta segunda proposição como regra para a interpretação do art. 57, § 1º,

pois seria a mesma, individualmente, a que mais favorece ao servidor, atendendo, assim, ao princípio *in dubio pro reu*.

Todavia, não estamos diante de uma sanção penal, conforme bem demonstrado no Parecer em exame.

A aplicabilidade à esfera administrativa das denominadas prescrições *in abstractu* e *in concreto* tornaria praticamente impossível a adoção de qualquer pena disciplinar, eis que o *quantum* de pena criminalmente estabelecido é bem superior aos limites estatuídos no âmbito administrativo.

Desta sorte, só seria admissível a adoção na íntegra do regime prescricional da lei penal se houvesse identidade entre o quantitativo de pena estabelecido naquela lei e no estatuto funcional, o que inócorre.

Por fim, a lei estadual se refere apenas à prescrição, sem distingui-la relativamente ao momento de sua aplicação, tal como se sucede na esfera penal, onde poderá a mesma afastar o exame da culpabilidade ou impedir a punição do agente.

Onde a lei não distingue não é lícito ao intérprete distinguir.

A terceira e última proposição é, portanto, aquela que melhor se adequa ao disposto no § 1º do art. 57, do Decreto-Lei nº 220/75, sendo de se concluir que, assim como o brilhante Parecer em apreço, o dispositivo prefalado, ao se remeter à lei penal, o fez tão somente com referência à prescrição *in abstractu*.

Sugiro, em face do brilhantismo do Parecer e do interesse da questão, além de sua aprovação, seja o mesmo encaminhado por cópia ao CEJUR a fim de que seja publicado na Revista de Direito desta Procuradoria.

Em 19 de janeiro de 1994

Sérgio Luiz Barbosa Neves
Procurador - Assessor

VISTO

1 - Aprovo o bem lançado Parecer nº 01/94 - CGGT, subscrito pelo ilustre Procurador CÂNDIDO GUILHERME GAFFRÉE THOMPSON (fls. 56/66), visado pela Chefia da d. Procuradoria Administrativa e complementado pela manifestação de fls. 68/71, expendida pelo douto Procurador-Assessor SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES.

"Constituindo também crime, o ato ou omissão que constitui falta disciplinar prescreverá nos prazos próprios fixados *in abstractu* para os crimes no Código Penal, dado que a remissão do § 1º do art. 57 do Estatuto deve ser interpretada restritivamente."

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil.

2 - Determino o encaminhamento, ao CEJUR, de cópias do Parecer de fls. 56/66 e respectivo Visto (fls. 66), bem como da manifestação de fls. 68/71 e do presente Visto, visando à publicação das referidas peças na Revista de Direito desta PGE.

Em 24 de janeiro de 1994

Luiz Carlos Guimarães Castro
Subprocurador-Geral do Estado

Proc. nº E - 09/5350/029/91