

**PROCESSO Nº 00190.110853/2020-11**

INTERESSADO: Corregedoria da FUNAI.

1. ASSUNTO

1.1. Consulta. Prescrição intercorrente no Direito Administrativo Disciplinar.

2. REFERÊNCIAS

2.1. Lei nº.8.112/1990;

2.2. Lei nº.9.784/1999;

2.3. Lei nº.9.873/1999;

2.4. Lei nº.12.846/2013.

3. ANÁLISE

3.1. Trata-se de consulta formulada pela Corregedoria da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e encaminhada pela Coordenação-Geral de Promoção de Integridade (COPIS) à Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos (CGUNE), com o seguinte teor:

Em virtude da mudança de gestão havida na Unidade Correcional da Funai, em meados do ano corrente, verificou-se a presença de inúmeros processos administrativos autuados para apurar a responsabilidade disciplinar de servidores, os quais foram recebidos pela Corregedoria há mais de cinco anos (muitos datam de 2011) e, desde então, permanecem paralisados, sem que nenhum despacho tenha sido expedido a fim de prosseguir com o feito, tampouco tendente a instaurar eventual procedimento disciplinar.

Dos processos supramencionados, por volta de 100 (cem) deles envolvem infrações disciplinares também capituladas como crimes licitatórios, previstos na Lei nº 8.666/93, tendo em vista a contratação direta de pessoal, bem como de pessoas jurídicas prestadoras de serviços e fornecedoras de produtos. Ressalte-se que, na maioria dos casos trazidos à baila, os fatos ocorreram há quase 10 (dez) anos, de modo que o decurso de todo esse lapso temporal torna impossível a apuração dos mesmos, em razão de uma infinidade de situações como, por exemplo, falecimento de servidores/testemunhas, perecimento de processos físicos, dentre outros, o que denota uma perda do resultado útil da deflagração da persecução disciplinar. Sem considerar, ainda, a notória falta de efetivo em nossa unidade correcional, o que vem demandando esforços hercúleos e direcionados para que os processos mais recentes também não sejam atingidos pela prescrição. Diante do elevado número de processos em situação análoga ao acima delineado, ad cautelam, consulto-os sobre:

1. Nos casos em que sequer houve a instauração de procedimento disciplinar e o processo administrativo se encontra paralisado por longos anos, aplica-se a prescrição intercorrente prevista no §1º, art. 1º da Lei nº 9.873/1999 ("Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso")?

2. Considerando o entendimento constante da Nota Técnica nº 2170/2019/CGUNE/CRG, de acordo com o qual os prazos prescricionais previstos na Lei nº 9.784/99 se aplicam aos procedimentos licitatórios e contratuais, por falta de previsão legal nas respectivas leis especiais (Lei nº 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11), é possível a aplicação da prescrição intercorrente prevista no §1º, art. 1º da Lei nº 9.873/1999 nos procedimentos apuratórios (PAR e PAD) que deriverem de um mesmo ato ilícito também tipificado como crime (a quase totalidade gira apenas em torno de crime licitatório e sem deflagração de persecução penal)?

3. Existe a possibilidade de aplicação de prescrição intercorrente no Processo Administrativo Disciplinar - PAD? Caso positivo, qual seria o prazo e o que poderiam nos auxiliar como fundamentação?

3.2. O questionamento central da consulta refere-se à possibilidade de incidência do fenômeno da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar, nos termos do artigo 1º, §1º, da Lei nº.9.873/1999, *in verbis*:

Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º. Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º. Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

3.3. Primeiramente, cumpre destacar que o normativo supracitado refere-se ao prazo prescricional aplicável à ação punitiva da Administração Pública Federal no exercício do seu poder de polícia, o qual não se confunde com o exercício do poder disciplinar. No primeiro caso, o poder de polícia se dirige a todos e deriva do princípio geral da supremacia do interesse público sobre o privado, o qual autoriza à Administração Pública condicionar, limitar, restringir e disciplinar o exercício dos direitos e atividades de particulares, nos termos do artigo 78 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

3.4. Por sua vez, o poder disciplinar decorre do poder de supremacia especial que rege a relação entre os particulares sujeitos à autoridade interna da Administração Pública, a exemplo dos agentes públicos e dos contratados (pessoas físicas ou jurídicas) para prestar serviços e fornecer bens. O poder disciplinar conferido à Administração Pública envolve a competência de apurar as infrações e aplicar sanções, previstas pela lei e pelo contrato. Por se tratar de poder disciplinar, não se aplica o regimento da Lei n.9.873/1999, e sim a Lei nº.8.112/1990 no caso de irregularidades praticadas por agentes públicos, e a Lei nº.12.846/2013 nos casos

envolvendo entes privados.

3.5. De acordo com o entendimento do Órgão Central, a fluência do prazo prescricional verificada anteriormente à instauração do processo de apuração não afasta a utilidade do processo disciplinar, pois caso a infração disciplinar possa também ser tipificada como crime ou ato de improbidade administrativa, a apuração realizada em sede disciplinar pode instruir eventual ação criminal ou ação de improbidade. Nesse sentido, cumpre transcrever o entendimento às fls. 363 do Manual de Processo Administrativo Disciplinar desta Corregedoria-Geral da União, versão de setembro de 2020:

O processo disciplinar tem como objetivo esclarecer os fatos, buscar a verdade material ou real, e não punir. Com isso, ainda que a análise quanto ao cabimento do processo disciplinar se desse após o vencimento do prazo de prescrição e, portanto, já extinta a punibilidade, a Administração poderá decidir pela instauração e apuração das supostas irregularidades.

A AGU, por meio da Nota Decor/CGU/AGU nº 73/2009-MCL, aprovada pelo Despacho -CGU/AGU nº 1.938/2009, do Consultor-Geral da União, entendeu no mesmo sentido:

Nota Decor/CGU/AGU nº 163/2008-PCN (...) 31. Face ao exposto, conclui-se que a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal não constitui causa prejudicial à instauração de Processo Administrativo Disciplinar para fins de apurar infração funcional imputada a servidor público. (...) 33. Caso a infração seja capitulada como crime, deverão os autos ser remetidos para o Ministério Público, a fim de que adote as providências cabíveis (art. 172, da Lei nº 8.112/90). Constatado dano ao erário ou a terceiros, os autos deverão ser encaminhados ao órgão responsável para o ajuizamento da competente ação ordinária, face à imprescritibilidade da ação de responsabilização do servidor público (art. 37, § 5º, da Constituição Federal e art. 122, da Lei nº 8.112/90).

3.6. Caso os fatos apurados no bojo do processo administrativo disciplinar não possam ser enquadrados como crime ou ato de improbidade, ou ainda a autoridade competente verificar concretamente que nenhuma utilidade prática decorreria daquela instauração, o artigo 52 da Lei nº.9.784/1999 admite a não deflagração fundamentada da seara disciplinar. *In verbis*:

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.

3.7. No mesmo sentido, o Enunciado nº.04, editado pela Comissão de Coordenação de Correição da Controladoria-Geral da União, publicado no Diário Oficial da União de 05 de maio de 2011, Seção 1, página 22, admite a possibilidade de não instauração de processo disciplinar quando se verificar a prescrição das penalidades expulivas. Transcreve-se o trecho de fls.364 do Manual:

Em relação a não instauração em razão da prescrição para a aplicação de penas expulivas, a decisão da autoridade poderá encontrar respaldo legal no art. 52 da Lei nº 9.784/99 e no Enunciado CGU nº 04, abaixo transcrito:

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. Enunciado CGU nº 4, publicado no DOU de 5/5/2011, seção 1, página 22

Entretanto, diante de períodos de tempo inferiores e, ou de indícios de cometimento de irregularidades menos graves, para as quais é cabível a aplicação das penalidades de advertência ou suspensão, recomenda-se instaurar o processo disciplinar no caso de prescrição dessas penalidades, tendo em vista que a apuração dos fatos poderá resultar no descobrimento de outros ilícitos mais graves e que, a princípio, não foram identificados. Além disso, esse ilícito poderá ter repercussão criminal, caso em que a prescrição deverá ser computada de acordo com as regras estabelecidas na lei penal, ou repercussão civil.

3.8. Depreende-se do trecho supracitado que remanescendo a possibilidade em abstrato de imposição de penalidade por fato menos grave, punível por suspensão ou advertência, ou quando for possível o enquadramento dos fatos em lei penal, deve ser instaurado o processo administrativo de responsabilização. Ainda, deve-se destacar que a instauração de processo disciplinar com fulcro na prescrição aplicável pela lei penal, nos moldes do artigo 142, §2º, da Lei nº.8.112/1990, não exige a efetiva deflagração da persecução penal naquele caso concreto, conforme estabelece o Parecer Vinculante JL nº.06, de 10 de novembro de 2020, do Advogado-Geral da União, *in verbis*:

1. Aprovo o Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU, e elevo à apreciação superior proposta de revogação do Parecer nº AM-02 e do Parecer nº AM-03 (DOU12.4.2019).

2. Por conseguinte, consolide-se o entendimento no sentido de que a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, prescinde de persecução penal, ou seja, para a aplicação dos prazos prescricionais criminais às infrações disciplinares é suficiente que referenciadas infrações também sejam, em tese, capituladas como crime pela Administração Pública, sendo absolutamente irrelevante a existência ou não de inquérito policial ou ação penal, ressalvada a existência de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (art. 126 da Lei nº de 1990).

3. Conforme demonstrado no Parecer ora aprovado, do preceito da independência relativa das instâncias administrativa e criminal, de que trata os arts. 125 e 126 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, decorre a conclusão no sentido de que eventual enquadramento de infração disciplinar como crime para os fins do § 2º do art. 142 da Lei nº de 1990, é atividade tipicamente administrativa, realizada em estrito cumprimento de expresso comando legal e para a exclusiva finalidade de determinar o prazo prescricional aplicável à persecução disciplinar, não representando, portanto, interferência nem tampouco indevida intromissão da Administração na atuação da jurisdição penal.

4. O entendimento ora consolidado decorre, outrossim, do princípio da segurança jurídica, uma vez que a prescrição é seu corolário e se presta justamente para consolidar situações jurídicas em virtude do lapso temporal decorrido, desta maneira é impróprio que a determinação do prazo prescricional aplicável na esfera disciplinar dependa da atuação da instância penal.

5. O posicionamento do Parecer AM-02 e do Parecer nº AM-03 decorreu, precipuamente, dos termos da jurisprudência então vigente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a qual exigia que houvesse ao menos inquérito policial em trâmite para que à Administração Pública fosse possível proceder a persecução disciplinar a partir dos prazos prescricionais penais. Observa-se, não obstante, que após a edição do Parecer nº AM-02 e do Parecer nº AM-03, aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 9 de abril de 2019, e publicados no Diário Oficial da União que circulou em 12 de abril de 2019, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido oposto, conforme bem lançado no Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU, e consoante se verifica do recente precedente que segue:

ADMINISTRATIVO.PROCESSOADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE. PENALIDADE DE DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE. HISTÓRICO DA DEMANDA

...

8. A Primeira Seção firmou o entendimento de que, "para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/1990, não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor" (MS 20.857/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/

...

(AgInt nº RMS 58.488/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 02/10/2020) (grifos nossos)

3.9. Por fim, mesmo que verificada a prescrição da apuração dos fatos irregulares que seriam objeto de determinado PAD ou PAR, deve-se sempre alertar à autoridade competente a necessidade de investigar no caso concreto a existência de eventuais indícios que apontem para a ocorrência intencional de tal inércia administrativa. Caso presentes tais indícios, a Administração deve tomar as providências necessárias para sua apuração em atendimento ao artigo 143 da Lei nº.8.112/1990.

3.10. Portanto, em resposta à consulta formulada pela Corregedoria da FUNAI, orienta-se:

I - A instauração de processo administrativo disciplinar e de processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica, com fulcro respectivamente nas Leis nº.8.112/1990 e 12.846/2013, representa o exercício do poder disciplinar pela Administração Pública e, como tal, não autoriza a incidência da Lei nº.9.873/1999, cujos prazos aplicam-se ao exercício do poder de polícia em face do particular, conforme explicitado nos itens 3.3 e 3.4;

II - A autoridade competente para instauração do processo disciplinar pode, de forma fundamentada, justificar a não deflagração da seara disciplinar com fundamento no artigo 52 da Lei nº.9.784/1999 e no Enunciado CGU nº.04/2011, nos moldes dos itens 3.6 e 3.7;

III - A utilização do prazo prescricional previsto na lei penal para justificar a instauração de processo disciplinar não exige a prévia deflagração da seara penal pelas instâncias competentes, em observância ao teor do Parecer Vinculante JL nº.06, de 10 de novembro de 2020, do Advogado-Geral da União;

IV - A fluência do prazo prescricional no caso concreto não impede à apuração de eventual responsabilidade dolosa pela inércia administrativa na apuração.

4. CONCLUSÃO

4.1. Diante de todo o exposto, submete-se o presente entendimento à consideração da Sra. Coordenadora-Geral de Uniformização de Entendimentos.



Documento assinado eletronicamente por **STEFANIE GROENWOLD CAMPOS, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 30/12/2020, às 20:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1777225 e o código CRC 622AFA14



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CGUNE

1. Estou de acordo com a Nota Técnica nº 3560/2020/CGUNE/CRG, que conclui pela inaplicabilidade da prescrição intercorrente ao processo disciplinar, sendo que o escoamento do prazo prescricional poderá, no caso concreto, ensejar apuração de eventual responsabilidade dolosa pela inércia administrativa na apuração.
2. Assim, encaminho a referida Nota Técnica à apreciação da Senhora Corregedora-Geral da União, Substituta.



Documento assinado eletronicamente por **CARLA RODRIGUES COTTA, Coordenador-Geral de Uniformização de Entendimentos**, em 30/12/2020, às 21:02, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1781937 e o código CRC 2CBAA004



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CRG

1. Aprovo a Nota Técnica nº 3560/2020/CGUNE/CRG, conforme Despacho CGUNE 1781937.
2. À COPIS para dar ciência do entendimento desta CRG à FUNAI.



Documento assinado eletronicamente por **ELIANE PRADO DE ANDRADE ISHIDA, Corregedora-Geral da União, Substituta**, em 31/12/2020, às 11:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1782680 e o código CRC F0345894

Referência: Processo nº 00190.110853/2020-11

SEI nº 1782680