

ano 19 - n. 76 | abril/junho – 2019  
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i76  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional  
[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

**FORUM**

## FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

### Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

#### Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

#### Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

#### Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

#### Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

#### Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

#### Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

#### Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

# A prescrição regulada pela lei penal no campo da improbidade administrativa e uma perspectiva a partir da teoria dos jogos

*The prescription regulated by the criminal law in the field of administrative improbity and a perspective from the theory of games*

**Fábio Macedo Nascimento\***

Universidade Católica de Brasília (Brasil)  
fabiompdf@gmail.com  
<http://orcid.org/0000-0002-2649-3216>

**Júlio César de Aguiar\*\***

Universidade Católica de Brasília (Brasil)  
juliocesar.deaguiar@gmail.com  
<http://orcid.org/0000-0002-8252-2894>

**Recebido/Received:** 27.06.2018 / June 27<sup>th</sup>, 2018  
**Aprovado/Approved:** 24.06.2019 / June 24<sup>th</sup>, 2019

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: NASCIMENTO, Fábio Macedo; AGUIAR, Júlio César de. A prescrição regulada pela lei penal no campo da improbidade administrativa e uma perspectiva a partir da teoria dos jogos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 225-252, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1004.

\* Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Especialista pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *E-mail*: fabiompdf@gmail.com.

\*\* Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília (Brasília-DF, Brasil), atuando na linha de pesquisa Direito, Ciências, Instituições e Desenvolvimento. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e PhD in Law pela University of Aberdeen, UK. Bacharel em Direito e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Procurador da Fazenda Nacional, atuando na Consultoria de Assuntos Financeiros do Ministério da Fazenda. *E-mail*: juliocesar.deaguiar@gmail.com.

**Resumo:** O art. 23, no seu inc. II, da Lei nº 8.429/92, adotou, como prazo prescricional relativo às ações de improbidade ante agentes públicos efetivos, o tratamento dispensado por lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, a qual, por sua vez, no caso de o ato ímprobo também ser capitulado como crime, remete-se à lei penal. É justamente este processo integrativo em tema tão sensível quanto à prescrição que o presente artigo pretende abordar, buscando basicamente definir se as intempéries da jurisdição criminal condicionam, ou não, o exercício da jurisdição civil, tecendo-se, por fim, uma análise a partir da teoria dos jogos.

**Palavras-chave:** Prescrição. Improbidade administrativa. Agente público efetivo. Integração. Lei penal. Jogos.

**Abstract:** The article 23, section II, of Law 8.429/92, adopted as a statute of limitations regarding actions of improbity in the face of effective public servers the treatment provided by a specific law for disciplinary offenses punishable by dismissal for the good of the public service, which, in turn, in case the administrative misconduct is also capitulated as a crime, refers to the criminal law. It is precisely this integrative process in a subject as sensitive as the prescribed period that the present article intends to address, basically seeking to determine if the setback of the criminal jurisdiction condition or not the exercise of civil jurisdiction. Finally, an analysis is made from the theory of games.

**Keywords:** Time-barring. Administrative misconduct. Effective public server. Integration process. Penal law. Games.

**Sumário:** Introdução – **1** O tratamento da prescrição na esfera disciplinar administrativa e na seara criminal – **2** A corrente que interpreta a integração normativa em sua plenitude – **3** Segurança jurídica e persecução: a tese do conhecimento *ex ante* – **4** As intempéries da jurisdição criminal e a afetação à instância civil – **5** Uma análise a partir da teoria dos jogos: “a persecução do ímprobo” – Conclusões – Referências

## Introdução

Concebida como um imperativo de ordem pública, a prescrição é naturalizada em nosso ordenamento jurídico como fator imprescindível à harmonia das relações sociais, já que intimamente ligada ao sobrevalor da segurança jurídica e, em última análise, à própria noção de dignidade do ser humano.<sup>1</sup>

Com efeito, não apenas o exercício de determinadas pretensões não deve restar eternizado, como também há de ser previamente conhecido o exato momento estabelecido pelo legislador para que o legitimado em restabelecer o equilíbrio o faça. A ausência de um limite traria invariavelmente instabilidade às relações interpessoais.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> “A confiança é uma concepção muito complexa e estruturada do mundo e não pode ser estabelecida sem uma sociedade definitivamente complexa, que, por sua vez, não pode ser estabelecida sem a confiança”. Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

<sup>2</sup> “A atual era histórica vem desencadeando a designada crise da modernidade, em especial na seara jurídica, sendo que os paradigmas outrora existentes estão sendo substituídos pela informalidade, deslegalização e descrença na força normativa do direito. Diante de tamanha receança, alega que necessário se faz prestigiar a previsibilidade nas relações humanas, em especial, nas relações Estadocidadãos, possibilitando reforço à segurança jurídica e, conseqüentemente, proporcionando estabilidade

É por esse motivo que o decurso do prazo associado à inércia aparece como pressuposto fundamental da prescrição, com vistas a assegurar a garantia individual de não ser processado depois do prazo permitido e, para além disso, estabelecer certa organização das instituições do Estado de Direito, as quais, porquanto, devem uma atuação responsiva em defesa da sociedade e da própria ordem jurídica atingida.<sup>3</sup>

A propósito, não bastasse o natural efeito deletério para a colheita de provas num momento muito distante em relação à data do fato,<sup>4</sup> com o instituto da prescrição busca-se evitar que os conflitos se perpetuem indefinidamente no tempo,<sup>5</sup> estabelecendo-se a noção de que a recomposição da ordem jurídica lesada deva ficar limitada a lapsos temporais objetivamente prefixados e conhecíveis.<sup>6</sup>

No presente estudo, pretende-se avaliar como alcançar resposta segura acerca das regras de aplicação que circundam o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva na seara da improbidade administrativa, notadamente quando o ato ímprobo for cometido por agente público que ocupe cargo ou emprego efetivo e, além disso, puder o mesmo ato ser também capitulado como crime.

Isso porque, no art. 23, inc. II, da Lei nº 8.429/92, de 1992, deixou-se ao legislador local a tarefa de definir tal prazo prescricional, preconizando-se uma integração a partir das normas de direito administrativo que regem as faltas disciplinares puníveis com a sanção de demissão. Cada ente federativo pode disciplinar o tema, que envolve o regime jurídico de seu servidor público, com relevante autonomia, já que, reconhecidamente, na esteira constitucional de

---

ao ambiente social". Cf. QUINTELLA, Guilherme Camargos. A confiança como base das relações sociais pós-modernas: sua indispensabilidade à atividade estatal, em especial na seara tributária. O mecanismo subjetivo de proteção da confiança legítima. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, jul./dez. 2009.

<sup>3</sup> "Nesse liame, o direito exerce um papel fundamental na organização da sociedade, ao buscar a tutela da confiança pela estabilização de expectativas contrafáticas". Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade IberoAmericana, 2002.

<sup>4</sup> "A entropia é unidade que mede, num sistema físico fechado, conforme a segunda lei da termodinâmica, a tendência de que algo organizado sempre se direciona, gradativa e espontaneamente, à desordem. Ou seja, é uma medida da desordem para se avaliar a ideia de processos irreversíveis na ciência, como uma 'seta do tempo'". Cf. CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 43-44.

<sup>5</sup> "[...] é inadmissível oferecer o benefício da eternidade ao titular do direito que se conduz com inércia. A ele se opõe o princípio da segurança jurídica e o da estabilidade das relações jurídicas". Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa*. Prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 107.

<sup>6</sup> "Como reação ao 'vale-tudo' e ao extremo relativismo pós-moderno, Niklas Luhmann propôs o necessário fechamento do sistema para que ele, a partir de si mesmo, produza operações próprias a possibilitar o conhecimento. E, diante de tal fechamento do sistema, muito se tem ponderado acerca de como conciliar valores de estabilidade e segurança com a sabida noção fluida do Direito. A resposta parece repousar em esforços que garantam que o sistema jurídico possa se diferenciar do ambiente e, assim, cumprir a sua função social: a de atender as expectativas, sustentando-se na previsibilidade e na estabilidade". Cf. QUINTELLA, Guilherme Camargos. A confiança como base das relações sociais pós-modernas: sua indispensabilidade à atividade estatal, em especial na seara tributária. O mecanismo subjetivo de proteção da confiança legítima. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, jul./dez. 2009.

organização dos estados-membros e dos municípios, sobretudo em relação a este assunto específico, são estes entes dotados de autolegislação.<sup>7</sup>

Observa-se, contudo, que não se tem a pretensão de se debater questões afetas ao pacto federativo, aos eventuais tratamentos díspares atribuídos pelos entes em relação ao mesmo assunto e, tampouco, às imbricações das possíveis dissonâncias que tais disparidades ocasionariam a valores constitucionais uníssonos que permeiam o instituto da prescrição.<sup>8</sup>

Limita-se esta análise a desvendar, ao fim e ao cabo, somente se as intempéries associadas à prescrição no processo penal devem, ou não, ser importadas à persecução exercitada na jurisdição civil, no campo da improbidade administrativa, bem assim quais seriam as implicações de se adotar um ou outro entendimento.

Demais disso, destaca-se que a integração normativa que ora se estuda é opção legislativa bastante inusitada do legislador brasileiro,<sup>9</sup> assim como o é o cálculo da prescrição pela pena aplicada *in concreto*,<sup>10</sup> motivo por que não se vislumbra, em relação ao presente tema, exercício que se possa tecer com o auxílio do direito comparado. Ou seja, improvável a hipótese de haver outro país que adote uma lei de improbidade cuja norma relativa à prescrição seja deixada a dispersos estatutos administrativos, os quais, por sua vez, remetam-se à lei penal e, além disso, valham-se do cálculo da prescrição pela pena aplicada *in concreto*.

<sup>7</sup> “A grande variedade de leis específicas provoca, em algumas situações, interpretações complexas, e nem poderia deixar de ser assim, já que obriga o intérprete a recorrer a essa multifária legislação para identificar se houve ou não prescrição”. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa*. Prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 108.

<sup>8</sup> “Na verdade, é preciso reconhecer que todos os estatutos devem guardar compatibilidade com a Constituição. Nesta é encontrado um verdadeiro estatuto supralegal, ou seja, um conjunto de normas que, disciplinando vários aspectos do regime estatutário, não pode ser confrontado pelas leis locais”. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa*. Prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 161.

<sup>9</sup> “Será necessário verificar em cada unidade política da Federação como a matéria foi legislada, o que leva a concluir pela infelicidade da opção legislativa”. Cf. SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa*: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010. p. 182.

<sup>10</sup> “A prescrição retroativa é produto de uma construção pretoriana. O Supremo Tribunal Federal, a partir do ano de 1961, editou a Súmula 146, com o seguinte verbete: ‘A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação’. Esse entendimento do Supremo fundamentou-se na redação original do art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940, que, na ausência de recurso da acusação, impedia que a pena aplicada fosse elevada, devendo servir de base para o cálculo da prescrição. Nesse período, a nossa Corte Suprema passou a admitir que a prescrição incidisse sobre lapso temporal anterior à sentença condenatória e, inclusive, antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa. A prescrição retroativa leva em consideração a pena aplicada, *in concreto*, na sentença condenatória, contrariamente à prescrição *in abstracto*, que tem como referência o máximo de pena cominada ao delicto. A prescrição retroativa (igualmente a intercorrente), como subespécie da prescrição da pretensão punitiva, constitui exceção à contagem dos prazos do art. 109. Tem como fundamento o princípio da pena justa, significando que, ausente recurso da acusação ou improvido este, a pena aplicada na sentença era, desde a prática do fato, a necessária e suficiente para aquele caso concreto”. Cf. PESCUA, Leandro Recchiutti Gonsalves. Prescrição retroativa: a chancela da impunidade. *Jus.com.br*, mar. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6420>. Acesso em: 16 jun. 2018.

Enfim, estabelecidos os limites e objetivos, destaca-se que será apresentado, inicialmente, o tratamento da prescrição na esfera disciplinar administrativa e na seara criminal, para então depois se avaliar a vertente que sustenta seja a referida integração normativa realizada em sua plenitude e a tese do conhecimento *ex ante*, que defende haja determinada estanqueidade entre as instâncias penal e civil.

Ao final, com apoio numa perspectiva crítica relacionada aos argumentos de cunho jurídico de cada uma delas e sob uma ótica preliminar da teoria analítico-comportamental do direito,<sup>11</sup> valendo-se dos ensinamentos da teoria dos jogos, demonstrar-se-á que a mutabilidade do prazo prescricional na esfera da improbidade administrativa é inviável, haja vista que, além de atentar contra os pilares do instituto da prescrição em si, fomentaria uma solução que, sob o ponto de vista processual, ensejaria um desequilíbrio variável e manipulável pelas partes, o que, conseqüentemente, afetaria a garantia constitucional da segurança jurídica.

## 1 O tratamento da prescrição na esfera disciplinar administrativa e na seara criminal

De acordo com o art. 39 da Constituição da República de 1988,<sup>12</sup> todos os entes federativos possuem competência para instituir o regime jurídico único de seus servidores públicos e, nesse diapasão, o poder-dever de legislar sobre normas que cuidam de tal regime, incluindo-se aí o aspecto disciplinar do servidor. Como já antecipado, é com supedâneo nisso que cada ente federativo tem autonomia para legislar sobre as penas de demissão e os prazos prescricionais para a persecução no âmbito do processo administrativo disciplinar, sendo este o prazo que se toma por empréstimo ao servidor público efetivo que comete algum ato de improbidade administrativa, consoante disposto na Lei nº 8.429/92.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> “O objetivo da análise comportamental de uma norma jurídica é, primeiramente, o mapeamento da rede de comportamentos entrelaçados que a compõe, seguindo-se a análise das respectivas contingências comportamentais, a partir da qual se pode partir para propostas de intervenção, visando tornar os comportamentos em questão mais prováveis e, dessa forma, tornando a norma jurídica mais eficaz, ou seja, a ligação entre comportamento e sanção mais provável, de modo a aumentar o poder dissuasório do direito”. Cf. AGUIAR, Júlio César de. Análise comportamental do direito: uma abordagem do direito como ciência do comportamento humano aplicada. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, v. 34, n. 2, p. 245-273, 2014 e AGUIAR, Júlio César de. O direito como sistema de contingências sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, v. 37, n. 2, p. 164-196, 2013.

<sup>12</sup> “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas” (*vide* ADI nº 2.135-4).

<sup>13</sup> “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”.

Em regra, fica estabelecido o prazo de 5 (cinco) anos a contar da data em que é possível se tomar conhecimento do ato ilícito, havendo, excepcionalmente, algumas variações pelos entes federativos afora.<sup>14</sup> Pode-se dizer ainda que, comumente, estabelece-se, quando o ato disciplinar punível na esfera administrativa também for capitulado como crime, que valerão os prazos prescricionais da lei penal,<sup>15</sup> que basicamente são aqueles estabelecidos no Código Penal. Há ente federativo, a exemplo do Distrito Federal, que preconiza ainda a necessidade de haver ação penal em curso.<sup>16</sup>

Dessa forma, a questão fundamental que ora se coloca é saber se, na integração normativa requerida pela lei de improbidade – para o caso de o ato ímprobo também configurar um crime –, além de se utilizar os prazos considerados em abstrato, que aparecem previstos no art. 109 do referido código repressivo,<sup>17</sup> devem ser também consideradas as normas ligadas às causas impeditivas e interruptivas, às causas que possibilitam o aumento ou a diminuição desses prazos, bem ainda aquelas atreladas à contagem retroativa, regulada pela pena concretamente aplicada, isto é, depois de já se ter um provimento condenatório que tenha feito uma primeira dosimetria.

A fim de ilustrar melhor a preocupação aqui trazida, imaginemos um caso hipotético em que um servidor público, dentro da esteira de suas atribuições, deixou de observar algumas formalidades pertinentes à dispensa de licitação, tendo contratado diretamente com o particular para o oferecimento de um serviço ao ente federativo sem garantir minimamente que se seguiu os ditames da Lei nº 8.666/93, nos termos do art. 24.

Em tese, o seu ato constituiu a prática de improbidade administrativa por atentar contra os princípios da Administração Pública, já que violou os deveres de lealdade às instituições e da legalidade, bem assim, notadamente, porque deixou de praticar ato que deveria tê-lo feito de ofício.<sup>18</sup> Isto é, a desídia do mencionado

<sup>14</sup> Exemplificando, no estado do Rio Grande do Sul este prazo é de 2 anos, no Paraná e em Pernambuco o prazo é de 4 anos, em Goiás é de 6 anos e na lei do estado de Minas Gerais sequer existe a previsão de prazo para demissão a bem do serviço público, mas tão somente o de demissão por abandono de cargo.

<sup>15</sup> Inviável pesquisar se nos mais de cinco mil e quinhentos municípios brasileiros há esse tipo de previsão em suas legislações de regência do tema, porém, pelo menos nos vinte e seis estados-membros e no Distrito Federal, pode-se dizer que sim.

<sup>16</sup> Lei Complementar nº 840/2011: “Art. 208. A ação disciplinar prescreve em: I – cinco anos, quanto à demissão [...]. §5º Os prazos de prescrição previstos na lei penal, havendo ação penal em curso, aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”.

<sup>17</sup> “Prescrição antes de transitar em julgado a sentença. 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: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). 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. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)”.

<sup>18</sup> “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e

servidor ao não observar formalidades preconizadas no ordenamento jurídico acarretou uma série de violações ao processo de contratação alinhavado pela lei de licitações, na medida em que, desconsiderados os parâmetros que possibilitariam um esmoreito ajuste direto, houve gasto do dinheiro público de forma equivocada, sem se atender às premissas estabelecidas pelo legislador. Dispensou-se uma disputa sem se assegurar que tal decisão era a correta, deixando-se descoberto o argumento legal para uma contratação direta e, assim, acarretando o atingimento dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Repare que este ato ímprobo também pode ser capitulado como o crime do art. 89 da referida lei,<sup>19</sup> porquanto chama-se à baila a regra consistente em se utilizar o prazo prescricional da lei penal para se avaliar qual deve ser o prazo máximo para se exercitar a persecução em sede de improbidade administrativa.

A primeira análise que se tece é aquela a partir do supracitado art. 109 do Código Penal. Se o delito do art. 89 da Lei nº 8.666/93 possui pena máxima de 5 (cinco) anos de detenção, incide o inc. III, que preleciona o seguinte: a prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se em 12 (doze) anos se o máximo da pena é superior a quatro e não excede oito.

Portanto, a contar da data em que se pode tomar conhecimento do fato, tanto para a persecução penal quanto para a persecução em sede de improbidade administrativa, poderá o promotor de justiça com atribuições demandar a questão ilícita em ações próprias pelo período de 12 (doze) anos.

Os questionamentos começam a aparecer quando, por acaso, já houver sentença transitada em julgado na seara penal e, ainda na iminência de se demandar na esfera da improbidade administrativa, a pena atribuída tiver sido de 3 (três) anos, por exemplo.

Será que nesse caso deveríamos nos valer do art. 110 em combinação com o inc. IV do art. 109 do código repressivo<sup>20</sup> para adotarmos como prazo prescricional o período de 8 (oito) anos, qual seja, o prazo estipulado de acordo com a pena aplicada *in concreto*?

---

lealdade às instituições, e notadamente: [...]; II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; [...]”.

<sup>19</sup> “Art. 89. Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”.

<sup>20</sup> “Prescrição depois de transitado em julgado sentença final condenatória. Art. 110. A prescrição depois de transitado 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”; “Art. 109. A prescrição, antes de transitado 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: [...] IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; [...]”.

Isto é, se houve registro policial do fato em janeiro de 2010 e a sentença criminal transitou em julgado definindo uma pena de 3 (três) anos em dezembro de 2017, pode o promotor de justiça que atua na seara da improbidade administrativa, que acreditava até novembro de 2017 que o seu prazo era de 12 (doze) anos, isto é, até janeiro de 2022, iniciar a ação civil em fevereiro de 2018? Teria o prazo de persecução em sede de improbidade se alterado com a superveniência do trânsito em julgado na esfera criminal?

Considerando que o condenado na esfera criminal é reincidente, terá o promotor de justiça que atua na seara da improbidade administrativa de analisar este aspecto da sentença penal condenatória e, então, contabilizar o aumento de um terço ao prazo de 8 (oito) anos, conforme preconiza a parte final do *caput* do art. 110 do Código Penal? Teria ele, nesse caso, até o mês de setembro do ano de 2020 para a iniciar a ação civil por responsabilização da improbidade administrativa?

E, se o criminoso tinha 20 anos de idade ao tempo do crime ou mais de 70 anos na data da sentença, teria o promotor de justiça que atua na seara da improbidade administrativa perdido o seu prazo desde janeiro de 2014? Deveria ele, lá nos idos de 2013, supor que isso pudesse acontecer, considerando que o condenado já possuía 68 ou 69 anos de idade e então ter feito uma análise de projeção para adivinhar a data em que o Judiciário sentenciaria o fato criminoso denunciado, para não ser depois surpreendido com a questão de o réu ter completado os seus 70 anos?

Consideremos agora que pendente estivesse o processo criminal de outro processo cível em que se discutia se determinada formalidade não observada pelo réu, no rito do procedimento de dispensa de licitação, era, de fato, algo que poderia ter sido olvidado ou não, de modo que durante todo este tempo de espera pela decisão no juízo cível tenha o prazo prescricional na seara criminal ficado impedido de correr.

Visto isso, deveria o promotor de justiça que atua na seara da improbidade administrativa conhecer se, no bojo do processo criminal, houve decisão que suspendeu o prazo prescricional para então descontar este período em sua análise referente à propositura da ação civil?

Pois bem. Muitas são as nuances a serem consideradas caso se adote o entendimento de que também se deve considerar as normas ligadas às causas impeditivas e interruptivas dos prazos prescricionais em matéria penal, bem como das que os ampliam ou reduzem ou das regras atreladas à contagem retroativa ou superveniente, regulada pela pena concretamente aplicada. Inclusive o tratamento de tais variantes agravar-se-ia em locais em que os membros do Ministério Público possuem repartição de suas atribuições, onde o promotor que atua na área criminal não é o mesmo que trabalha na seara cível da improbidade administrativa.

Passemos então a ponderar os argumentos da corrente que interpreta a integração normativa em sua plenitude.

## 2 A corrente que interpreta a integração normativa em sua plenitude

É bem de se ver que há alguma doutrina que interpreta a integração normativa que ora se analisa em sua forma plena, isto é, que se filia à ideia de se tomar por empréstimo todas as nuances que possam existir nas considerações acerca da prescrição no bojo do processo penal e do caso concreto em si.<sup>21</sup>

Sustenta-se, para tanto, que não se há falar em independência entre as instâncias civil e penal para se defender uma estanqueidade exata entre elas, já que tal argumento sequer possui esteio constitucional e, por isso, não deve servir como elemento estruturante da própria função jurisdicional. Aduz-se a isso a noção de que os limites da interpenetração entre as instâncias devem mesmo ser deixados ao legislador infraconstitucional.

Nessa esteira, defende-se que a atividade persecutória do Estado deve gerar efeitos unos e indivisíveis – já que se trata de direito sancionador –, de forma que a jurisdição cível se mantenha adstrita ao que foi deliberado na penal.

Alega-se, ainda, que, se a simbiose não for completa, surge um *tertium genus*, haja vista que o simples ajuizamento da ação cível interromperia o contato entre as instâncias, afastando-se a aplicação do sistema regente da prescrição no âmbito penal por uma atividade cognoscitiva (pela interposição de uma ação cível) em detrimento da punibilidade do crime, a qual, segundo esta corrente, é o cerne do que almejado pelo legislador.

Destacam-se decisões do Superior Tribunal de Justiça que tratam da influência da prescrição penal retroativa, pautada com base na pena aplicada *in concreto*, para fulminar a persecução na esfera administrativa, ressaltando-se, todavia, a hipótese de remanescer resíduo nesta seara.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 753-754.

<sup>22</sup> “MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EFEITOS. REPERCUSSÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. FALTA ADMINISTRATIVA RESIDUAL. PENA DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. LEI Nº 8.112/91. 1. A incidência da prescrição da pretensão punitiva importa na rescisão da sentença condenatória, que não faz coisa julgada material, e na supressão de seus efeitos principais e acessórios, resultando, ainda, na perda do direito da ação cognitiva, pois extingue a pretensão do Estado em obter qualquer decisão a respeito do fato criminoso, não acarretando nenhuma responsabilidade para o acusado, tampouco marcando seus antecedentes ou gerando futura reincidência. Equivale, na verdade, à exata proclamação de inocência, pois são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse existido ou sido praticado o crime. 2. Em face da existência de falta administrativa residual (súm. 18/STF), na espécie, o art. 11.7, IX, da Lei nº 8.112/91, deve a prescrição regular-se pelo art. 142 daquele diploma legal, que prevê o prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato, em face da extrema gravidade da pena de demissão. In casu, os fatos ocorreram em 11.09.90 e o

Para além disso, fala-se ainda da necessidade de existência de investigação na seara criminal para que se possa socorrer-se da prescrição do direito penal, entendendo-se que, se a conduta se subsume a um tipo penal, o mínimo que se espera é que tenha se iniciada a apuração do fato na esfera penal, consoante alguns julgados do Superior Tribunal<sup>23</sup> dos quais se extrai que a razão para se conceber

processo administrativo foi iniciado em 10.06.99 (fls. 138), quando transcorridos mais de cinco anos. Ainda que o termo a quo seja o da ciência da Administração, incide a causa extintiva, pois consoante verifica-se da análise dos autos, o Ministério da Educação teve ciência dos fatos em 24.05.91, quando da resposta à correspondência enviada ao Ministro pelo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, encaminhando documentação referente ao enquadramento dos impetrantes, isso sem levar em consideração a divulgação pela imprensa (fls. 107) e a instauração de Inquérito Civil Público pelo Ministério Público Federal (fls. 112). 3. Segurança concedida para tornar sem efeito a cassação da aposentadoria de Alfeu Hermenegildo e determinar a reintegração dos demais impetrantes” (MS nº 6.877/DF. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Terceira Seção, j. 25.4.2001. *DJ*, 21 maio 2001, p. 55).

“RECLAMAÇÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL. MESMA CONDUTA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA ESFERA PENAL. INEXISTÊNCIA DE FALTA RESIDUAL. IMPOSSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO, SOB O PRETEXTO DE DAR A CONDUTA TIPIFICAÇÃO DIFERENTE, PROSSEGUIR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 244 DA LC 75/93. I – O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva afasta qualquer efeito civil, administrativo, processual, etc, que decorreria do processo ou da sentença condenatória. O parágrafo único do art. 244 da Lei Complementar n.º 75/93 prevê: ‘A falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com este’. Reconhecida esta em função do tipo penal ao qual o representante do parquet titular da ação penal, enquadrando a conduta, classificação aceita pelo Juiz competente, não pode, a mesma conduta, continuar a ser investigada no âmbito administrativo. O dispositivo acima mencionado estabelece tratamento específico ao procedimento administrativo disciplinar, quando a conduta se subsumir, também, em tipo penal, certo que afirmado, pela própria Comissão de Inquérito do Ministério Público, inexistir conduta ou falta residual a ser apurada. II – A decisão pelo prosseguimento do processo administrativo está a negar eficácia àquela tomada no âmbito desta Corte – Ação Penal 112/DF, onde reconhecida a prescrição e determinado o arquivamento dos autos, conforme o Regimento Interno do STJ. III – Reclamação conhecida e julgada procedente” (Rcl nº 611/DF. Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, j. 18.10.2000. *DJ*, 4 fev. 2002, p. 248).

<sup>23</sup> “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. INEXISTÊNCIA DE APURAÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRAZO ADMINISTRATIVO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. PRECEDENTES. 1. A regra geral do prazo prescricional para a punição administrativa de demissão é de cinco anos, nos termos do art. 142, I, da Lei n. 8.112/90, entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo disciplinar. 2. Quando o servidor público comete infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplicará o prazo prescricional da legislação penal se os fatos também forem apurados em ação penal. 3. Precedentes: RMS 19.087/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 19.6.2008, DJe 4.8.2008; MS 12.884/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, j. 9.4.2008, DJe 22.4.2008; RMS 18.688/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 9.2.2005. 4. No presente caso não há notícia de apuração criminal, razão pela qual deve ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no art. 142, I, da Lei n. 8.112/90. 5. É incontroverso nos autos que os fatos desabonadores foram conhecidos pela Administração em 7.4.2000, e que o prazo prescricional foi interrompido em 7.3.2008, com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), caracterizando a prescrição quinquenal para a punição dos servidores públicos. Segurança concedida” (MS nº 15.462/DF. Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, j. 14.3.2011. *DJe*, 22 mar. 2011).

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL EXONERADO. PENA DE SUSPENSÃO POR TRINTA DIAS. CONVERSÃO DA EXONERAÇÃO EM DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. ART. 142 DA LEI 8.112/90. 1. Em se tratando da pena de destituição de cargo em comissão aplicada a ex-servidor por ter praticado infrações sujeitas à suspensão por trinta dias, o prazo prescricional é de dois anos, nos termos do artigo 142, II, c/c artigo 135 da Lei nº 8.112/90. 2. Transcorridos mais de dois anos entre a data do reinício da contagem do prazo prescricional, após 140 (cento e quarenta) dias da instauração do primeiro processo administrativo disciplinar, e o ato que determinou a aplicação da pena de destituição de cargo em comissão, é de se

tal ideia é o fato de que a instância administrativa não pode meramente se valer dos prazos penais se sequer a instância judicial criminal fora acionada.

Visa-se, portanto, a coibir que haja uma integração normativa em nível artificial, que busque uma contagem de prazo atrelada tipicamente à atividade judiciária criminal sem que necessariamente aquela atividade tenha ocorrido, isto é, sem que sequer o crime tenha sido processado.

### 3 Segurança jurídica e persecução: a tese do conhecimento *ex ante*

A despeito do posicionamento anterior, exsurge doutrina que aponta para os equívocos de se admitir que as intempéries da jurisdição criminal devam afetar a instância civil,<sup>24</sup> considerando que muitos seriam os problemas advindos com as tantas variações possíveis nos casos concretos.

Destaca-se, de antemão, que a jurisprudência pátria selecionada pela primeira corrente<sup>25</sup> trata de casos concretos em que se avaliara a persecução de ilícito administrativo ante a possibilidade de ser ele capitulado também como crime, e não propriamente da questão integrativa que ora se analisa, que, diferentemente, diz respeito ao ato ímprobo que é tipificado como ato criminoso.

Ou seja, tratar de ilícito administrativo é diferente de tratar de ato de improbidade administrativa, assim como também deve ser a conclusão sobre os processos integrativos de cada qual. É com base neste contexto que o estudo referente à prescrição relativa à persecução na esfera cível, na seara da improbidade, há de ter enfoque adequado, diverso do que mostrado nos julgados acima. Aliás, nem é esse o principal argumento utilizado pela tese do conhecimento *ex ante*. Antes mesmo disso, toma-se como baluarte o fato de que os estatutos disciplinares não dizem que a prescrição da falta administrativa se conta pelas mesmas regras que a prescrição penal, mas sim que a falta administrativa prescreve junto com o crime, ou que ela prescreve junto com a ação penal.

Daí porque se deve crer que o legislador fixou que o lapso de tempo de prescrição da infração disciplinar é o mesmo da infração penal, e não que se aplica ao direito disciplinar todas as regras da prescrição do direito penal. Há quem diga que, se a última hipótese fosse a correta, alcançaríamos o absurdo de o recebimento da

---

entender prescrita a pretensão punitiva estatal. 3. Segurança concedida" (MS nº 12.666/DF. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, j. 23.2.2011. *DJe*, 10 mar. 2011).

<sup>24</sup> Hugo Nigro Mazzilli, Carvalho dos Santos Filho, Sérgio Turra Sobrane e Carlos Eduardo Terçarolli adotam o entendimento de que apenas a norma do art. 109 do Código Penal deve servir à integração, de molde a se evitar seja importada qualquer outra norma afeta à prescrição do direito penal à seara da improbidade administrativa.

<sup>25</sup> *Vide* notas 12 e 13.

denúncia criminal, a pronúncia, a decisão confirmatória de pronúncia, a sentença condenatória recorrível, o início ou a continuação do cumprimento da pena e a reincidência serem causas a interromper a prescrição da pretensão na seara civil.<sup>26</sup>

Além disso, a revelia ficta no processo penal suspenderia também o prazo prescricional, ainda que já tivesse o acusado sido citado no bojo da ação civil de responsabilização por improbidade administrativa.

Dessa forma, a corrente que agora se analisa estanca o momento de entrelaçamento das jurisdições penal e civil, a nosso ver acertadamente, de maneira que, ajuizada a ação civil, mais nenhuma influência deve ser transportada da esfera penal para a cível. Ou seja, o juízo sobre a integração deve ser feito no ato da propositura da ação civil, quando então o promotor de justiça com atribuições nesta seara avalia se o ato ímprobo que pretende imputar também se amolda a algum tipo penal e, assim, utiliza-se do prazo prescricional previsto no Código Penal, a saber, do prazo contado a partir da pena cominada em abstrato.<sup>27</sup>

Ainda que o ato criminoso tenha sido processado tempos antes e já exista aplicação de pena em concreto, deve-se continuar o exercício de contagem de acordo com a pena do crime em abstrato.

Com efeito, se diante de um processo penal ainda inacabado não devemos admitir a influência, no processo cível, das variações atinentes ao caso concreto, com a mesma razão de direito devemos impedir que o cálculo com base na pena aplicada seja utilizado no caso de o processo penal já ter se findado, de maneira a não se criar sistemas diferentes que pudessem ensejar uma manipulação de ações nas diversas esferas com o fim de retardar ou antecipar um prazo que, em princípio, deve ser seguro e previamente conhecido.

Repare, ainda, que da mesma forma que este raciocínio beneficia o investigado por um lado, qual seja, o fato de não se permitir importar as causas penais interruptivas do prazo prescricional para a ação civil – de modo que o prazo para persegui-lo pela improbidade corre livre, sem interrupções ocasionadas por questões processuais penais –, deve-se, por outro lado, aceitar que as demais normas que lhe desfavoreçam também sejam devidamente aplicadas, como o exemplo dado acima de não se aproveitar a superveniência de uma extinção da punibilidade penal pela prescrição intercorrente ou retroativa.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 522.

<sup>27</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 185 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa*. Prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 163-164.

<sup>28</sup> Frise-se que o raciocínio exposto fora pautado em analogia à ideia estabelecida por Carlos Eduardo Terçarolli, em sua obra *Improbidade administrativa: no exercício das funções do Ministério Público* (Curitiba: Juruá, 2002. p. 84).

Portanto, somente com estes dois pesos e duas medidas é que se cria um sistema integrativo com coerência lógica, tomando-se como premissa fundamental a ideia de se poder e dever definir “prazo prescricional” pelo conhecimento *ex ante* de suas balizas.

Quer-se com isso dizer que um vetor constitucional de tamanha importância, como a segurança jurídica, há de ser associado à necessidade de conhecimento prévio pelo indivíduo acerca do tempo limite em que poderá ser imputado por algo. Para tanto, de bom alvitre se estabeleça seja a integração definida a partir de prazos cominados *in abstracto*, isto é, sem a influência de aspectos que digam respeito à variabilidade circunstancial do caso concreto na seara criminal.

Outra providência indispensável é dizer que tal avaliação deve ser deixada ao promotor que detém atribuições para processar a ação que visa a responsabilizar o gestor por ato de improbidade administrativa na esfera cível, de modo que, ao propô-la, deve examinar com acuidade a legislação e definir se utilizará o prazo penal ou não,<sup>29</sup> considerando, é claro, se o ato ímprobo também importa em adequação típica na seara do crime.

#### 4 As intempéries da jurisdição criminal e a afetação à instância civil

Vistos os argumentos possíveis das duas teses antagônicas, é possível agora avaliar sobre o acerto de cada qual, primeiramente numa perspectiva crítica relacionada aos argumentos de cunho jurídico; depois, sob uma ótica preliminar da teoria analítico – comportamental do direito, valendo-se dos ensinamentos da teoria dos jogos.

Pois bem. Em nível argumentativo, alegar falta de esteio constitucional para o princípio da independência entre as instâncias civil e penal, a fim de defender uma penetração máxima de uma na outra, é, definitivamente, desviar-se do foco do problema discutido. E isso se notabiliza quando percebemos que esta interpenetração logo encontraria barreiras, sobretudo porque se trata de um processo integrativo requisitado pelo legislador.

Explique-se.

Este processo integrativo ocorre notadamente em torno de um fator que se remete à segurança jurídica, qual seja, a prescrição, de modo que, como antecipado

<sup>29</sup> Quanto a saber até que medida o promotor com atribuição cível poderá ter este seu juízo de valor afetado pelo promotor com atribuição criminal – no tocante a eventual adequação típica penal que já tenha sido formulada ou mesmo descartada, ou ainda à existência de investigação –, vale apenas destacar que o assunto não será desenvolvido no presente artigo, mas certo é que há quem condicione a atividade da jurisdição civil à atividade na instância criminal.

no tópico anterior, cuida-se de instituto com forte amparo na Constituição da República.

Portanto, não é a “independência entre as instâncias” o objeto a se evocar para falar em elementos estruturantes da função jurisdicional, mas sim como se perfectibiliza o ponto de ligação entre elas – entre as instâncias –, que, na presente discussão, é conferido pelo legislador. A propósito, foi através da Lei nº 8.429 de 1992 que se estabeleceu uma necessidade de se recorrer a um processo integrativo, em busca de um tempo limite para a persecução, tudo com o desiderato de desvendar a prescrição da pretensão em nível civil.

Ou seja, não basta avaliar somente a “independência das instâncias” em um conceito puro e estagnante, até porque em nosso ordenamento possuímos diversos pontos utilizados pelo legislador para alinhar uma tendência de querer interligar ou separar as instâncias, como exemplo, a influência causada pela absolvição por inexistência de fato ou a constatação de que o autor demandado não foi o responsável pela conduta processada.

Quer-se com isso dizer que não é falando sobre independência de forma simples que se alcança o correto caminho a sustentar posição de estanqueidade ou junção plena entre as instâncias civil e penal. Há muitos outros fatores que devem ser ponderados e, para tanto, o importante é que se avalie o aspecto que o legislador escolhe para permitir a interação entre elas ou afastá-las. No presente estudo, repita-se, o ponto fulcral é a prescrição da pretensão em sede civil, no tocante à improbidade administrativa, a qual, por opção legislativa, foi condicionada à integração com a lei penal em determinados casos – se o ato ímprobo puder ser capitulado também como crime – e aos estatutos administrativos em outros – quando aquela hipótese não ocorrer.

No mais, não se desconhece que, de fato, os limites da interpenetração entre as instâncias devem mesmo ser deixados ao legislador ordinário – aliás, é o que ora se defende –, mas também não se olvida que este legislador, na medida em que opta por analogias e integrações, escolhe apoiar-se em valores, institutos e princípios, os quais, enfatize-se, podem aparecer preconizados diretamente na Constituição. Por isso deve ele observar a devida cautela para não legislar em desacordo com a Carta Magna. É a isso, portanto, que o legislador se submete quando trata de integração normativa envolvendo o tradicional instituto da prescrição.

Nem se diga que a atividade persecutória do Estado deva gerar efeitos unos e indivisíveis, por se tratar de direito sancionador, pois não seria permitindo que todas as nuances ocorridas no processo penal fossem transportadas par e passo ao processo civil o adequado raciocínio a garantir uma desejada unicidade. A propósito, considerando a vertente que adota estritamente a importação somente

da norma do art. 109 do código, pode-se dizer que há também um resultado único, ainda que atrelado a determinado tempo.

A diferença é que, para esta segunda corrente, o marco de análise do parâmetro deve ser avaliado *ex ante*, em atendimento ao simples processo integrativo que preleciona que vale o mesmo prazo da lei penal, e não aos “sem número” de detalhes que podem advir de um caso concreto processado no âmbito penal. E repare que isso não é dar soluções diversas à esfera civil e penal. Ao contrário, unificam-se as instâncias em torno de uma premissa – a prescrição em abstrato no momento do ajuizamento da ação civil.

Também não significa que se esteja criando um terceiro gênero de contagem da prescrição, como aparece sustentado pela primeira vertente.<sup>30</sup> Ainda que se adote que o ajuizamento da ação cível interrompe o contato entre as instâncias, para efeito de se marcar o tempo em que se efetiva a contagem do prazo prescricional, não se está a concluir que é a interposição de uma ação – e não mais a punibilidade do crime – que define a lógica do sistema. Está-se apenas dizendo que um legitimado ativo para demandar sobre determinado objeto, por meio da devida causa de pedir e pedido, pode – e deve – tecer o seu juízo de valor acerca do prazo prescricional, a fim de avaliar e garantir o sucesso de sua empreitada jurídica. Veja que nesse simples exercício processual nada há de transposição de parâmetros fixados pelo legislador. Avalia-se apenas se há viabilidade para a análise do mérito, continuando, porquanto, a questão criminal como sendo a principal a delinear o processo integrativo almejado pelo legislador.

Quanto ao mais, enfatize-se que não é acertado dizer que a jurisprudência pátria possua definida a sua opção por uma ou outra corrente. Afinal, como antecipado, o Superior Tribunal trata da questão entre a falta administrativa disciplinar e a sua consequência na esfera penal, enquanto crime, e não da questão entre a improbidade administrativa e a seara criminal.

Apesar de perpassarmos pela disciplina que rege a demissão do servidor público, deve a integração requerida pela Lei nº 8.429 ser vista de forma direta – quando o ato ímprobo também for capitulado como crime. Isto é, pouco importa o que se decidiria para a esfera disciplinar em sede administrativa, pois o disciplinamento agora diz respeito à jurisdição civil, não se devendo confundir a nomenclatura “improbidade administrativa” com esfera administrativa. Ou seja, o que há é uma ação civil que, caso o ilícito narrado possa ser amoldado a um tipo penal, toma por empréstimo a legislação penal para efeito de contagem de um prazo.

<sup>30</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 753-754.

Portanto, o raciocínio feito pelo Superior Tribunal nos julgados trazidos com supedâneo à primeira corrente não serve como argumento para defender algo em torno da improbidade, pois não foi isso que Tribunal julgou. A propósito, o que foi decidido foi que, se não havia falta residual no caso concreto e o caso penal tinha sido extinto pela prescrição, não caberia outro rumo à esfera administrativa que não o arquivamento. Houvesse falta residual, poder-se-ia continuar a persecução na esfera administrativa.

Demais disso, ao contrário do que a primeira vertente sinalizou, os julgados no âmbito do Superior Tribunal, em sua Segunda Turma, esmeram-se em tudo aquilo que vem sustentado pela segunda vertente, senão vejamos:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ERRO MATERIAL. RECORRENTE BENEFICIADO PELA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. APLICAÇÃO DA PENA DE DESERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. ART. 109 DO CP. PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. INDEPENDÊNCIA PROCESSUAL ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO PENAL. RESGUARDO DO VETOR SEGURANÇA JURÍDICA.

1. Caracterizado erro material quanto à premissa de fato segundo a qual o apelo extremo estaria deserto, pois o embargante, na verdade, encontrava-se beneficiado pela assistência judiciária gratuita. 2. No que se refere ao recurso especial, tem-se que a causa de pedir da presente ação civil pública é o cometimento de atos sobre os quais recai também capitulação penal, o que atrai a incidência do art. 23, inc. II, da Lei de Improbidade Administrativa e das normas que daí advêm como consequência de estrita remissão legal.

3. Os prazos prescricionais, portanto, serão sempre aqueles tangentes às faltas disciplinares puníveis com demissão.

4. A seu turno, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 142, §2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crimes – o que ocorre na hipótese. No Código Penal, a prescrição vem regulada no art. 109.

5. Entender que o prazo prescricional penal se aplica exclusivamente quando há apuração criminal (prescrição regulada pela pena em concreto) resultaria em condicionar o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa à apresentação de demanda penal.

6. Não é possível construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais tout court, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto.

7. O lapso prescricional da ação de improbidade administrativa não pode variar ao talante da existência ou não de apuração criminal,

justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.

8. Precedente: REsp 1.106.657/SC, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 17.8.2010.

9. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento. (EDcl no REsp nº 914.853/RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 16.12.2010. *DJe*, 8 fev. 2011)

No mesmo sentido são os julgados no bojo do AgInt no REsp nº 1.575.993/DF, REsp nº 1.656.383/SC, AgInt no REsp nº 1.575.993/DF, REsp nº 1.386.162/SE e MS nº 16.567/DF, sendo este último julgado pela 1ª Seção do mencionado Tribunal.

## 5 Uma análise a partir da teoria dos jogos: “a perseguição do ímprobo”

Ultrapassada a discussão em nível eminentemente jurídico, é interessante agora debater o tema à luz da análise econômica do direito e de sua contribuição do ponto de vista epistemológico, na medida em que a juseconomia se apresenta como alternativa moderna que visa a avaliar a adequação de determinada norma às suas reais consequências.<sup>31</sup>

Antes, porém, bom enfatizar que, embora se entenda comprometida a adesão à corrente que se desvie da necessária segurança que há de circundar a prescrição – já que se trata de instituto secular construído em pilares elevados à importância constitucional –,<sup>32</sup> mostra-se interessante, para atestar a forma mais viável de se interpretar a norma ora em pauta, tecer-se uma análise comportamental do direito.<sup>33</sup>

Dessa forma, com vistas a reforçar a dificuldade de se tratar a prescrição de forma variável, sem a devida estabilização, chamar-se-á agora à baila algumas ponderações juseconômicas, sob a formatação de um jogo, a fim de se concluir

---

<sup>31</sup> GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

<sup>32</sup> Com efeito, tecer considerações adversas em determinada ordem que possa atingir a segurança jurídica parece afrontar não apenas a noção basilar do referido instituto, mas também a sua função circunscrita ao princípio da legalidade, o qual exige uma noção de prévio conhecimento das regras objetivamente postas.

<sup>33</sup> “A teoria analítico-comportamental do direito propõe o conceito de rede comportamental jurídica como o mais adequado à descrição do caráter sistêmico das normas jurídicas e, conseqüentemente, da ordem jurídica como um todo, em que a probabilidade de ocorrência de cada um dos comportamentos jurídicos que compõem tal ordem social depende das alterações nas probabilidades de ocorrência dos demais, as quais, por sua vez, são determinadas em grande parte pelas conseqüências reforçadoras ou punitivas experimentadas direta ou indiretamente pelo agente quando da ocorrência de tais comportamentos em situações similares no passado”. Cf. AGUIAR, Júlio César de. *Teoria analítico-comportamental do direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2017. p. 126.

que o processo integrativo em discussão possui um ponto de equilíbrio ideal se for levada em conta a adaptação da norma ao seio social.

Saliente-se que a teoria dos jogos, definida como o estudo das decisões em situação interativa, não se restringe à economia, sendo também bastante utilizada em ciência política, sociologia, entre outras. Cuida-se de análise em que se apura o resultado de determinada ação na medida em que tal ação não depende apenas dela, mas também dos outros tomadores de decisão, tudo num formato pautado em raciocínio lógico-comportamental.

Em “o dilema dos prisioneiros”, talvez o mais comum dos exemplos em teoria dos jogos, dois indivíduos aprisionados, suspeitos de terem cometido um crime conjuntamente, são colocados em salas diferentes, de modo que a comunicação entre eles não seja possível, e a cada um é perguntado se cometeram o crime ou não. Os policiais, para induzi-los a confessar, propõem que se o suspeito não confessar e o seu parceiro o fizer, denunciando-o também, a pena será máxima para o que não confessou (dez anos) e será zerada para o que confessou. Se ambos confessarem, a pena será reduzida à metade, ficando cada qual com cinco anos. E, diante da eventual falta de evidências, se nenhum confessar o crime, apenas continuarão presos por mais um ano.

Instintivamente percebe-se, a princípio, que a melhor solução para ambos é não confessar e ficarem presos somente por um ano. Acontece que nenhum dos dois sabe o que o outro fará, de maneira que fica mais viável, a qualquer deles, confessar, já que, caso o outro não o faça, terá a liberdade imediata e, caso o outro confesse também, pegará os cinco anos de pena. Assim, sabendo da possível traição de seu companheiro, ambos têm fortes estímulos a confessar o crime, procurando reduzir a sua pena ou até se ver livre.<sup>34</sup>

A representação do “dilema dos prisioneiros” é a seguinte:

		<i>Prisioneiro 2</i>	
		Silêncio	Delação
<i>Prisioneiro 1</i>	Silêncio	-1;-1 (1)	-10;0 (2)
	Delação	0; - 10 (3)	5;5 (4)

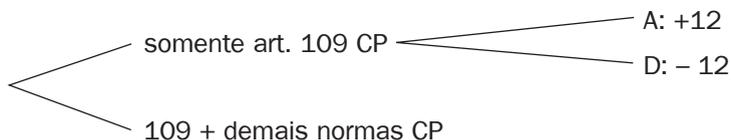
Visto isso, caracterizemos “a perseguição do ímprobo” identificando os jogadores, as ações possíveis e o conjunto de informações disponíveis para cada um deles, supondo-se pudessem eles escolher aquela jogada que melhor lhes

<sup>34</sup> GREMAUD, Amaury Patrick; BRAGA, Márcio Bobik. Teoria dos jogos: uma introdução. In: GREMAUD, Amaury Patrick; PINHO, Diva Benevides *et al.* (Coord.). *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.

aprouvessem. No entanto, sobreleve-se que, diferentemente da matriz de *payoffs* do dilema dos prisioneiros, expor-se-á a princípio a ideia inicial das estratégias processuais de cada qual e, em seguida, os resultados num modelo sequencial de jogo, por se entender mais apropriado à compreensão das partes do todo e das diversas contingências da norma que se examina.<sup>35</sup>

Pois então. Sendo o cenário A aquele em que se considera como válida a tese do conhecimento *ex ante*, a saber, a vertente que defende que deva haver importação, para a seara da improbidade administrativa, apenas da norma do art. 109 do Código Penal, avaliar-se-ão as possíveis jogadas pensadas por acusação e defesa. O mesmo será realizado para o cenário B, através do qual se considerará, por hipótese, seja prevalente o entendimento de que se deva importar não apenas a norma do art. 109, mas todas as outras correlatas à prescrição que estejam presentes no Código Penal.

Pois bem. No caso de se permitir a aplicação apenas da norma do art. 109, jogador A e jogador B, quais sejam, persecutor (acusação) e investigado (defesa), ficam engessados à estrutura fixa e previamente conhecida da norma que estipula se aplique a pena cominada em abstrato. Utilizando-se o exemplo dado no capítulo 1 deste artigo, o promotor com atribuição na seara cível teria 12 anos para perseguir a demanda em face do investigado, ao passo que este teria os mesmos 12 anos para se esvaír da perseguição. Não há nessa jogada possibilidade de variação, pois a norma é interpretada de modo fechado e invariável.



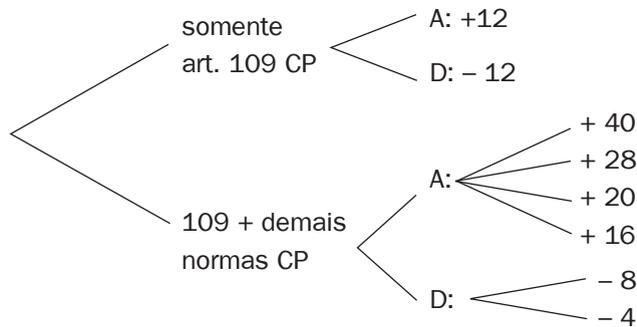
No caso de se admitir o cenário cuja aplicação de todas as normas do Código Penal correlatas à prescrição se impõe, abrem-se para a acusação e para a defesa diversas estratégias processuais, as quais serão chamadas de possibilidades de jogadas. Se o jogador A conseguir aplicar todas as normas que lhe interessam e afastar todas as que lhe prejudicam, pode-se dizer que o persecutor alcançará o

<sup>35</sup> “Em um mundo complexo, de possibilidades infinitas, a tomada de decisão carrega consigo uma grande possibilidade de desapontamento e a necessidade de assumir riscos. Se eu posso escolher entre A, B ou C, e escolho, por exemplo, A, a probabilidade de eu ter escolhido errado é grande devido ao mundo complexo em que vivemos. A cada escolha surge uma miríade de possibilidades que se abrem para novos contextos, o que provoca a necessidade de incremento dos processos seletivos/decisórios para a realização de novas escolhas, estimulando, também, de forma paradoxal, a renovação de incertezas (contingência)”. Cf. ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *R/L*, Brasília, ano 54, n. 213, p. 241-263, jan./mar. 2017.

maior prazo possível para ajuizar a sua demanda. Ao contrário, se for o jogador B que conseguir este intento, o investigado conseguirá se esvair da persecução o quanto antes, no menor tempo possível.

Avaliando-se, portanto, as possibilidades extremadas, sempre dentro do exemplo inicialmente dado, as jogadas poderiam ser muitas, a depender do influxo de circunstâncias que permeariam o caso concreto.

Confira-se o diagrama e as explicações que se seguem:



Se A conseguir se valer do cálculo da prescrição pela pena cominada em abstrato e ainda fizer incidir o acréscimo de  $1/3$  pela reincidência, alcança-se o valor de 16 anos. Se conseguir, a contar da data que conheceu o fato, aguardar o recebimento da denúncia na esfera penal e, considerando que esta interrompe o prazo – que passa a contar de novo do zero – manipular para que o seu prazo de 12 anos volte a correr depois de já passados 8 anos, pode alcançar um total de 20 anos. Para além disso, se conseguir que sobrevenha a sentença condenatória na esfera penal, ocorrerá uma segunda interrupção do prazo, que, a ser importada para a seara cível, pode chegar a 28 anos se considerarmos que, no oitavo ano, voltou a correr por mais 12, com o recebimento da denúncia, e, no décimo sexto, com a publicação da sentença, renascer mais 12 anos. Se o processo-crime ficar suspenso porque o réu não se defendeu nem constituiu advogado e supondo que essa suspensão tenha sido firmada após 4 anos do conhecimento do fato, pode o processo penal ficar suspenso por 12 anos – mesmo prazo do cálculo em relação à pena cominada em abstrato, conforme jurisprudência pátria –<sup>36</sup> e depois, voltar

<sup>36</sup> “RECLAMAÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 366 DO CPP. DECISÃO QUE DETERMINOU O RETORNO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRAZO DE SUSPENSÃO. OBSERVÂNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL ESTABELECIDO PARA A PENA MÁXIMA EM ABSTRATO FIXADA PARA O DELITO. CONTINUIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO APÓS A RETOMADA DO PRAZO PRESCRICIONAL. CISÃO DA NORMA. IMPOSSIBILIDADE. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A suspensão do processo e do prazo prescricional, por força do artigo 366 do Código de Processo Penal, não pode se dar por tempo indeterminado, vinculando-se a evento futuro e incerto, sob pena de

a correr por mais 12 anos. Nesse caso, o somatório terá sido 28 anos também. Repare que, após tudo isso, caso o réu seja encontrado e então devidamente processado, sobrevindo sentença condenatória, terá havido uma causa interruptiva e o prazo se renovaria, podendo chegar ao patamar de 40 anos.

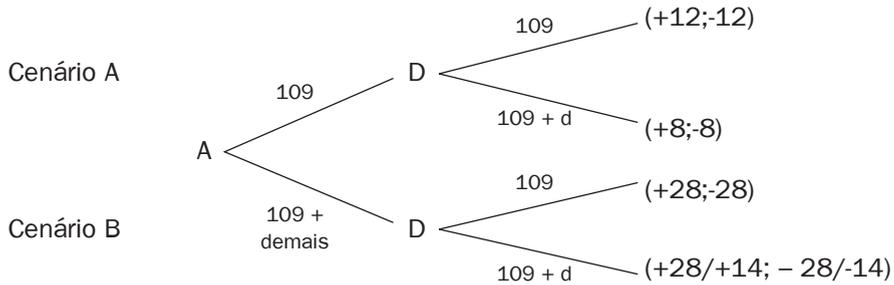
Em contrapartida, se B conseguir se valer do cálculo da prescrição pela pena aplicada *in concreto* e considerando que a pena tenha sido dosada no mínimo, então a defesa alcança o patamar de 8 anos para se esvair da persecução. Se, ainda, se valer da norma do art. 115 do Código Penal, que reduz o prazo à metade no caso de o réu/requerido ter menos de 21 anos de idade à época do fato ou mais de 70 anos na data da sentença, o prazo prescricional cairia para 4 anos. Todavia, não ocorrendo quaisquer dessas circunstâncias, a defesa ficaria limitada a buscar o prazo de 8 anos. Repare, portanto, que a defesa teria apenas duas possibilidades de jogada, enquanto a acusação teria tantas outras, conforme explanado acima. Ou seja, resta claro que as opções de apostas pela busca dos extremos são menores à defesa e, assim, os riscos de não se obtê-los é maior para o requerido.

Por esse motivo que, comparando-se os dois cenários e admitindo, por hipótese, pudessem os interessados escolher estar em um ou em outro, tem-se que eles apostariam na configuração de menor risco. Isto é, assim como em “o dilema dos prisioneiros”, em “a persecução do ímprobo” ambos os jogadores, notando que as disponíveis jogadas do cenário B acabariam culminando num resultado processual indesejado, por conta da variabilidade e da incerteza se comparado ao fixo resultado do cenário A, tenderiam a desejar fosse o cenário A aquele a prevalecer nos tribunais pátrios. Com efeito, tendo ambos garantido 12 (doze) anos para o processamento ou a insubmissão, respectivamente, por que motivo acusação tenderia a desejar cenário cuja persecução de 16 ou mais anos seria uma mera aposta, podendo sofrer um decréscimo para 8 anos? Lado outro, por que motivo defesa desejaria cenário cujo prazo prescricional para se ver livre do processo poderia, somente a princípio, ser de 8 anos e, arriscadamente, saltar para 20 ou mais anos.

---

caracterizar uma espécie de imprescritibilidade genérica, porquanto não vinculada a nenhum tipo penal específico, mas apenas ao não comparecimento do réu em juízo. Conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, a prescrição só pode ficar suspensa pelo prazo prescricional estabelecido para a pena máxima em abstrato do crime, findo o qual, volta a correr a prescrição pelo tempo que sobejar. 2. A norma disposta no artigo 366 do Código de Processo Penal tem natureza dúlice, de ordem processual e material, razão pela qual não pode ser cindida. Manter-se o processo suspenso enquanto o prazo prescricional volta a correr seria impedir o Poder Judiciário de analisar a lesão gerada pela conduta criminosa, fomentando a impunidade e tolhendo uma reposta efetiva do Judiciário à sociedade. Assim, não apenas o prazo prescricional volta a correr, mas também o processo retoma o seu curso normal. 3. No caso em apreço, no entanto, apenas o curso do prazo prescricional deve ser retomado, e não o do processo, conforme determinado pela decisão combatida, porque a impugnação do Ministério Público se limitou a reclamar da retomada do prazo prescricional. 4. Reclamação julgada improcedente para manter a decisão que determinou a retomada da contagem do prazo prescricional” (Acórdão nº 383.618, 20090020078858RCL. Rel. Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, j. 13.10.2009. *DJe*, 4 nov. 2009. p. 206).

Em função desse raciocínio, apresenta-se o formato sequencial do presente jogo,<sup>37</sup> simplificando-o com a consideração de que o réu não possuiria nem 70 anos de idade ao tempo da sentença nem 21 na data do fato, bem assim que constituiria advogado e apresentaria defesa prévia:



Concebendo-se possível a comparação entre os dois cenários,<sup>38</sup> vê-se que no cenário “A” puro apareceria a estratégia dominante, qual seja, aquela que se apoia estritamente na norma do art. 109, com exclusão das demais, produzindo-se o prazo prescricional de 12 anos. A título de extrapolação, pudesse a defesa inserir somente a norma que lhe favoreceria – a do art. 110 –, chegaríamos ao resultado cujo prazo prescricional seria de 8 anos.

Já no cenário “B” puro, através do qual se considera haver o influxo integral de todas as normas referentes à prescrição, o resultado lógico seria bastante variável, a saber, entre 14 e 28 anos de prescrição, conforme explicado acima, ao passo que, por ilustração, caso possível fosse fazer o cálculo com base na pena cominada *in abstracto* e ainda assim fazer incidir normas outras de suspensão e interrupção, estar-se-ia beneficiando demais a estratégia da acusação para dilatar ao máximo a possibilidade de persecução.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> “Como num xadrez, os jogadores efetivamente tomam suas decisões conhecendo antecipadamente as escolhas dos demais jogadores, pois se pode conhecer as jogadas disponíveis ao adversário”. Cf. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 213.

<sup>38</sup> Imagine que, no Brasil, possa haver tribunais de justiça locais que tratem da questão de forma diferente, bem que, até que as partes interessadas viabilizem recurso ao Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento retratado vem se consolidando nos termos das decisões da Segunda Turma, de fato se dê margem para a existência de estados em que se desenhe o cenário A ou o cenário B, sobretudo porque os Judiciários locais não propriamente se sentem obrigados a seguir a orientação jurisprudencial aventada, já que não há uma necessária vinculação aos precedentes – pelo menos não ainda.

<sup>39</sup> Destaque-se que seria inusitado imaginar que uma parte que entenda viável a aplicação de todas as normas correlatas à prescrição queira, em nível processual, litigar somente para fazer valer aquelas normas que lhe favoreçam. Aplicar o cálculo pela pena *in concreto* sem que se transportem as causas suspensivas e interruptivas que possam dilatar seria criar um processo integrativo com todas as possíveis benesses interpretativas a um dos lados, qual seja, para o réu, criando-se um *tertium genus* hermenêutico. Haveria favorecimento ao persecutor, lado outro, se, além de ter o cálculo pela pena *in abstracto*, ainda pudesse se valer de causas suspensivas e interruptivas para aumentar o prazo da persecução.

Para melhor compreensão, vejamos o jogo também no formato simultâneo,<sup>40</sup> mantendo-se as mesmas condições consistentes em que o réu não possuiria nem 70 anos de idade ao tempo da sentença nem 21 na data do fato, bem assim que constituiria advogado e apresentaria defesa, chegar-se-ia à seguinte matriz:

		<i>Investigado (B)</i>	
		Somente art. 109 CP	Demais normas
<i>Persecutor (A)</i>	Somente art. 109 CP	+12;-12 (1)	+8;-8 (2)
	Demais normas	+28;-28 (3)	+28/+14; – 28/-14 (4)

Repare: o jogador A, no cenário A, contará com a aplicação isolada do art. 109 do código, a partir do que, pelo cálculo da prescrição *in abstracto*, terá 12 anos para processar o investigado e o jogador B, neste mesmo cenário, terá os mesmos 12 anos para fugir da perseguição. Ou seja, nesta primeira ação – a que define um prazo de forma previamente conhecida e imutável –, o jogador A fica com um crédito de 12 anos para processar o investigado e o jogador B, em contrapartida, precisará aguardar 12 anos para se ver livre em definitivo.<sup>41</sup>

No entanto, ao se admitir a importação de todas as normas, há de se lembrar que não apenas há o influxo da norma do art. 110 – através da qual se autoriza o cálculo da prescrição pela pena aplicada *in concreto* –, mas também cabe se valer das causas de interrupção e suspensão, bem como da possível ampliação pela reincidência e da suspensão por conta da revelia. Desse jeito a prescrição para a pretensão no campo da improbidade administrativa pode variar de 8 a 28 anos.

Isto é, chega-se ao resultado 2 quando, supondo que nenhuma intempérie ocorra no período, incida apenas a norma que permite o cálculo da prescrição pela pena aplicada *in concreto* na esfera penal, de modo que o prazo prescricional de 8 anos seria o mínimo alcançável – caso a pena aplicada no processo-crime seja a de 3 anos (pena dosada no mínimo). De outro lado, chega-se ao resultado 3 quando o cálculo da prescrição se der pela pena cominada *in abstracto* (pela norma

<sup>40</sup> “Ainda que no presente caso estejamos diante de um formato sequencial, já que a Defesa, no bojo do processo penal, pode conhecer antes o que a Acusação falou, pois em nome dos princípios da ampla defesa e do *favor rei* tem o direito de falar por último, vale destacar o formato simultâneo apenas para melhor compreensão, o qual, trata, lado outro, de situações de interação estratégica em que cada jogador ignora as escolhas feitas pelos demais jogadores, decidindo, pois, sem conhecer antecipadamente as escolhas dos demais”. Cf. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 213.

<sup>41</sup> O placar referente ao jogador B aparece com um sinal negativo porque se considera que é o tempo que ele tem para fugir da perseguição.

do art. 109) e o jogador A ainda consegue fazer incidir normas outras relativas à interrupção do prazo ocasionada pelo recebimento da denúncia e/ou pela publicação da sentença no processo criminal, de maneira que o prazo, iniciado em 12 anos, possa se prostrar até 28 anos a contar da data em que se conheceu o fato.

A se considerar o cenário B, com a incursão de todas as normas, o jogador B se valerá da norma cujo cálculo da prescrição é a partir da pena *in concreto* e o jogador A, visando dilatar o prazo, buscará alguma causa que o interrompa ou o suspenda, de modo que poderá acontecer de o prazo que se iniciara em 8 (oito) ser elevado para um patamar aproximado entre 14 e 28 anos, já que, a despeito de ter se considerado a retroatividade para aferir o prazo prescricional pela pena aplica *in concreto*, fatalmente haverá alguma causa interruptiva ou suspensiva que fará aumentar este tempo. Ou seja, tendo-se retratado o cenário B, que na matriz é representado pela coluna “demais normas”, resta claro que A se valerá de alguma causa interruptiva ou suspensiva ante um cálculo inicial que lhe desfavorece, de maneira que predominaria o resultado 4, e não o resultado 2, já que, neste, o jogador A perderia muito por focar apenas na norma do art. 109 e abrir mão da norma do art. 117, por exemplo.

Demais disso, a jogada 4 – que representa o cenário “B” puro –, quando comparada à jogada 1 – cenário “A” puro – não seria a mais indicada, já que levaria a uma escala variável, que pode ir até 28 anos. É, então, por conta dessa possível variabilidade que o resultado 1 representa uma matriz do tipo “ganha-ganha”, já que nele se adota o conhecimento prévio e certo dos prazos, respeitando-se as bases em que posto o instituto da prescrição, ao passo que o resultado 4 representa uma matriz de aposta, do tipo “perde-perde”, visto que se estaria num cenário em que não se é possível saber quanto tempo pode durar o limite para a persecução, podendo ambos os jogadores, cada qual a seu favor, manipular as diferentes normas que implicariam algum benefício parcial para a contagem do prazo.

Assim, ante o modelo juseconômico construído, atesta-se que a estratégia dominante<sup>42</sup> estará sempre no cenário que segue a tese do conhecimento *ex ante* – representada pela jogada 1 –, haja vista que, qualquer que seja a possibilidade de se valer das normas disponíveis em cada hipótese de cada cenário, afigura-se a melhor ante os demais resultados.

Portanto, a partir de um raciocínio comportamental do processo integrativo em testilha e com apoio de um modelo pautado na teoria dos jogos, conclui-se que a tendência do sistema jurídico posto é a busca pelo ponto de equilíbrio determinado pelo que chamamos de estratégia dominante, a saber, aquela que, dentro de um

<sup>42</sup> Uma das formas de se resolver um jogo, achando-se a solução mais viável, é descobrindo o melhor resultado ante todos os outros possíveis, o que chamamos de estratégia dominante. Define-se qual a melhor estratégia de jogar para cada jogador, a fim de que ambos consigam obter o melhor resultado final.

contexto interativo não cooperativo, melhor se amolda à análise de risco efetuada de molde a, cada qual, poder salvaguardar as suas posições processuais da forma mais justa e equânime.

É com base nesse modelo juseconômico de “persecução do ímprobo” que se prova que a mutabilidade do prazo prescricional na esfera da improbidade administrativa de acordo com as intempéries do caso concreto no processo penal é inviável, haja vista que qualquer resultado que não o alcançado pela estratégia dominante fomentaria uma solução que, sob o ponto de vista processual, ensejaria um desequilíbrio variável e manipulável pelas partes, o que, conseqüentemente, afetaria a garantia constitucional da segurança jurídica.

Ou seja, constata-se, a partir de um método lógico em que se contrapõe o interesse da persecução com o interesse do indivíduo de não se ver processado em período demasiado de tempo, que a segurança jurídica, retratada pelo resultado 1, qual seja, o que reporta a utilização isolada da norma do art. 109 do Código Penal para preencher a lacuna da integração normativa requerida pelo art. 23, inc. II, da Lei de Improbidade Administrativa, é o ponto de equilíbrio que se almeja em uma sociedade juridicamente justa.

## Conclusões

Após todo o exposto, rememoremos que o presente estudo teve o intuito de tecer ponderações acerca do inc. II do art. 23 da Lei nº 8.429/92, o qual adotou como prazo prescricional relativo às ações de improbidade em face de agentes públicos efetivos o tratamento dispensado por lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão, a qual, por sua vez, no caso de o ato ímprobo também ser capitulado como crime, remete-se à lei penal.

E foi justamente a partir deste processo integrativo associado à prescrição que nos limitamos a analisar se as intempéries associadas à prescrição no direito penal devem ser, ou não, importadas à persecução exercitada na jurisdição civil, no campo da improbidade administrativa, bem assim quais seriam as implicações de se adotar um ou outro entendimento.

Vimos que há uma primeira vertente que interpreta a integração normativa em sua plenitude, isto é, que toma por empréstimo à persecução em sede de improbidade todas as nuances que possam existir nas considerações acerca da prescrição no bojo do processo penal e do caso concreto em si. Esta corrente sustenta, basicamente, que não se há falar em independência entre as instâncias civil e penal para se defender uma estanqueidade exata entre elas, já que tal argumento sequer possui esteio constitucional, bem que a atividade persecutória do Estado deve gerar efeitos unos e indivisíveis – já que se trata de direito sancionador –, de forma que a jurisdição cível se mantenha sempre adstrita ao que foi deliberado na penal.

Portanto, com base neste entendimento, quando já houver sentença transitada em julgado na seara penal, o prazo estipulado de prescrição da pretensão em sede de improbidade deve ser contado de acordo com a pena aplicada *in concreto*. Logo, o promotor de justiça que atua na seara da improbidade administrativa poderia ser surpreendido com a alteração de seu prazo com a superveniência do trânsito em julgado na esfera criminal.

Inclusive teria ele também de se preocupar com o fato de o condenado na esfera criminal poder ser reincidente e, por isso, contabilizar em sua análise acerca da propositura da ação civil o aumento de um terço do prazo prescricional, assim como também deveria se atentar se o criminoso tinha 20 anos de idade ao tempo do crime ou se terá, provavelmente, mais de 70 anos na data da sentença, de modo então a fazer uma análise de projeção para adivinhar a data em que o Judiciário sentenciaria o fato criminoso denunciado, para não ser pego de surpresa com possível redução do prazo prescricional.

Não bastasse isso, deveria considerar em todas as suas projeções sobre possibilidades de alteração de prazos as causas interruptivas e suspensivas da prescrição na seara penal, acompanhando, para tanto, par e passo um processo criminal que pode não ser de sua atribuição e que, por vezes, sequer fora ajuizado. Nesse caso, restaria exigido do promotor que atua na seara da improbidade administrativa a pesquisa diuturna sobre eventual ajuizamento superveniente de um processo criminal que pudesse alterar as suas possibilidades temporais na jurisdição civil.

Para além de se cuidar de um raciocínio a exigir uma demanda um tanto dificultosa, há um tratamento da questão da prescrição de forma obscura e variável, o que, de certo, não se deve admitir. Concebida como um imperativo de ordem pública, a prescrição é naturalizada em nosso ordenamento jurídico como um fator imprescindível à harmonia das relações sociais, sendo considerada atrelada ao valor máximo da segurança jurídica e, em última análise, à própria noção de dignidade do ser humano.

Assim, é imperioso se pensar que a disciplina sobre a prescrição na seara cível deva receber tratamento transparente e previamente conhecido por todos, propondo-se, então, uma segunda corrente, de que há sim uma independência entre as instâncias e que, embora o legislador se remeta a um processo integrativo com busca na legislação penal, estanca-se o entrelaçamento das jurisdições penal e civil no momento em que ajuizada a ação civil. Isto é, mais nenhuma influência deve ser transportada da esfera penal para a cível, a não ser o empréstimo da mera contagem em abstrato e de modo artificial. Ou seja, o juízo sobre a integração deve ser feito no ato da propositura da ação civil, quando então o promotor de Justiça com atribuições nesta seara avalia se o ato ímprobo que pretende imputar também se amolda a algum tipo penal e, assim, utiliza-se do prazo prescricional previsto no Código Penal, obviamente que o prazo em abstrato do art. 109 do Código Penal.

Demais disso, os estatutos disciplinares não dizem que a prescrição da falta administrativa se conta pelas mesmas regras que a prescrição penal, mas sim que a falta administrativa prescreve junto com o crime, ou que ela prescreve junto com a ação penal.

Ponderando tudo isso, para esta vertente fica muito bem delineado que o promotor com atribuições para perseguir a improbidade administrativa não precisa se debruçar de forma minuciosa e detalhada no processo penal – que, diga-se, pode nem existir ainda – para evitar ser surpreendido em sua atuação com uma abrupta prescrição pautada em acontecimentos que se dão em nível concreto no bojo de outro procedimento, de outra esfera.

Essa é a maneira mais juseconômica e uniforme de se cuidar de tema tão sensível atrelado à segurança jurídica, como é a prescrição. Por esse motivo é que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando, por sua Segunda Turma e pela Primeira Seção, este posicionamento,<sup>43</sup> o qual também fora repercutido pela Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.<sup>44</sup>

Inclusive, fôssemos atrelar todo este raciocínio à teoria dos jogos, certamente o modelo construído para a representação de um jogo serviria a provar que a solução mais plausível seria o cenário que considera a tese do conhecimento *ex ante*, já que esta oferece cálculo a partir de valores únicos e previamente conhecidos e, notoriamente, por conta disso, evita a manipulação de causas interruptivas e/ou suspensivas no bojo do processo criminal de maneira a favorecer a persecução, com o alargamento do prazo de prescrição na esfera da improbidade administrativa, assim como também evita favorecer o investigado, reduzindo o mencionado prazo com a importação apenas da norma que lhe convém – a que conta a prescrição a partir da pena aplicada *in concreto*.

Ou seja, constata-se, a partir de um método lógico em que se contrapõe o interesse da persecução com o interesse do indivíduo de não se ver processado em período demasiado de tempo, que a segurança jurídica é o ponto de equilíbrio que se almeja em uma sociedade juridicamente justa.

## Referências

AGUIAR, Júlio César de. Análise comportamental do direito: uma abordagem do direito como ciência do comportamento humano aplicada. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, v. 34, n. 2, p. 245-273, 2014.

AGUIAR, Júlio César de. O direito como sistema de contingências sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, v. 37, n. 2, p. 164-196, 2013.

<sup>43</sup> REsp nº 1.106.657/SC, REsp nº 1.386.162/SE, AgInt no REsp nº 1.575.993/DF, REsp nº 1.656.383/SC, MS nº 16.567/DF, EDcl no REsp nº 914.853/RS.

<sup>44</sup> Acórdão nº 643.211, 20010110541964APO. Rel. Angelo Canducci Passarelli, Rev. João Egmont, 5ª Turma Cível, j. 12.12.2012. *DJe*, 9 jan. 2013. p. 325.

- AGUIAR, Júlio César de. *Teoria analítico-comportamental do direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2017.
- ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *RIL*, Brasília, ano 54, n. 213, p. 241-263, jan./mar. 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa*. Prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. São Paulo: Elsevier, 2015.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- GREMAUD, Amaury Patrick; BRAGA, Márcio Bobik. Teoria dos jogos: uma introdução. In: GREMAUD, Amaury Patrick; PINHO, Diva Benevides *et al.* (Coord.). *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade IberoAmericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PESCUMA, Leandro Recchiutti Gonsalves. Prescrição retroativa: a chancela da impunidade. *Jus.com.br*, mar. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6420>. Acesso em: 16 jun. 2018.
- QUINTELLA, Guilherme Camargos. A confiança como base das relações sociais pós-modernas: sua indispensabilidade à atividade estatal, em especial na seara tributária. O mecanismo subjetivo de proteção da confiança legítima. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, jul./dez. 2009.
- SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.
- TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade administrativa: no exercício das funções do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2002.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NASCIMENTO, Fábio Macedo; AGUIAR, Júlio César de. A prescrição regulada pela lei penal no campo da improbidade administrativa e uma perspectiva a partir da teoria dos jogos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 225-252, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1004.

---