

Ana Vogado: prescrição de improbidade para empregado terceirizado

A prescrição das ações ajuizadas com fulcro na Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, a perda do direito de se exigir a responsabilização do agente que cometeu eventual ilícito, perpassa por algumas zonas cinzentas a depender da natureza da relação jurídica mantida entre o agente e a Administração Pública.

É certo que o Supremo Tribunal Federal já definiu, em tese de repercussão geral, que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Contudo, as demais sanções previstas no normativo ainda são atingidas pelo fenômeno da prescrição quando decorrido o prazo limite de exercício da pretensão pelo órgão acusador.

O art. 23 da Lei n.º 8.429/92 preceitua que:

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.

III – até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Percebe-se, portanto, não haver previsão específica da contagem do prazo prescricional para os casos em que, dentre outros, o agente público condutor do ato ilícito for empregado terceirizado da Administração – porquanto não se enquadra nas hipóteses previstas no normativo.

Sobre o tema, por diversas vezes os órgãos acusatórios aplicam ao empregado terceirizado o art. 23, II, da Lei n.º 8.429/92, e, por consequência, o art. 142, §2º da Lei n.º 8.112/90, o qual adota o prazo prescricional da lei penal para as infrações disciplinares quando essas também constituírem crime. Contudo, diferentemente do que se defende usualmente nas iniciais acusatórias no que tange a esses casos, não se pode aplicar ao terceirizado a hipótese prescricional prevista no inciso II do art. 23 da Lei n.º 8.429/92 e tampouco os termos da Lei n.º 8.112/90, mas sim o inciso I daquele dispositivo.

Isso porque não é razoável atribuir a empregado terceirizado regras da Lei n.º 8.112/90 e disposições especificadas na Lei de Improbidade Administrativa referentes exclusivamente ao servidor público que exerça cargo efetivo ou emprego.

Para esses servidores ou empregados, que possuem vínculo permanente com a Administração, de fato, os prazos prescricionais aplicáveis são os previstos em seu Regime Jurídico para faltas disciplinares puníveis com demissão, sendo para os servidores a Lei n.º 8.112/90, conforme orienta o referido dispositivo. Contudo, para que seja aplicada essa previsão no caso concreto, o funcionário da Administração deverá exercer cargo efetivo ou emprego, ou seja, ter sido investido na Administração Pública por meio de concurso público, conforme mandamenta o art. 37, II, da Constituição Federal.

Além dos casos de contratação por tempo determinado (art. 37, IX, CF), a exceção constitucionalmente disposta à regra do concurso público é a nomeação para cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração. Para esses casos, em que o vínculo do agente público é meramente temporário, o prazo prescricional a ser aplicado é estipulado pela Lei de Improbidade Administrativa em 05 anos após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança (art. 23, I, da Lei n.º 8.429/92).

O que deve ser observado para aplicação do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa é, portanto, a natureza do vínculo do agente público com a Administração: se temporário ou permanente. Essa diferenciação ocorre justamente porque, na hipótese do inciso I do art. 23, não houve prévia investidura em cargo ou emprego público pelo agente por meio de concurso público, tornando o vínculo entre as partes precário, porquanto pode ser interrompido a qualquer tempo. Na hipótese do inciso II, por outro lado, o caráter da conexão entre o agente e a Administração é permanente, derivada de um exercício efetivo de cargo ou emprego.

Se o empregado terceirizado que cometeu o ato de improbidade administrativa não ocupou qualquer cargo efetivo ou emprego público ou sequer foi investido na Administração por meio de concurso de seleção, impossível se aplicar o inciso II do art. 23 da Lei n.º 8.429/92, visto que não há por ele o exercício de cargo efetivo ou emprego, que somente é possível mediante aprovação em concurso público.

Dada a evidente temporariedade dos serviços de um empregado terceirizado — contratado, normalmente, por uma empresa privada, sem qualquer vínculo empregatício direto com a Administração —, entende-se cabível a aplicação do inciso I do supramencionado artigo, o qual estabelece o prazo quinquenal da prescrição, contado do encerramento das atividades do agente.

Os empregados terceirizados na Administração Pública são reconhecidamente temporários, nos termos do art. 37, IX da Constituição Federal. Quanto a esses trabalhadores, a Administração Pública sequer possui controle, visto que a responsabilidade pela contratação, remuneração e gerência é da empresa privada contratada pelo órgão.

Ainda que assim não fosse, por nenhuma razão poder-se-ia aplicar a Lei n.º 8.112/90 ao empregado terceirizado, regido pela CLT. Com grande esforço interpretativo, ainda que se aplicasse o inciso II do art. 23 da Lei n.º 8.429/92 aos empregados terceirizados, a lei específica a ser aplicada para o cálculo do prazo prescricional, como manda este dispositivo, é o regime jurídico aplicável ao empregado terceirizado, que, igualmente aos empregados públicos, é a CLT.

Assim, ao empregado terceirizado aplicar-se-ia a mesma regra relativa ao Empregado Público, porquanto regidos pelo mesmo regime jurídico. Quanto a isso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região possui entendimento de que, considerando que, dentro da regência legal da CLT, não há qualquer dispositivo que regule o prazo prescricional para a pena de demissão, deve ser aplicado para esses casos, subsidiariamente, o inciso I do art. 23 da Lei de Improbidade, que prevê um prazo de cinco anos a contar do término do exercício da função pública. Veja-se:

"Considerando que dentro da regência legal da CLT, que é o regime jurídico aplicável aos empregados da ECT, não há qualquer dispositivo que regule o prazo prescricional para a pena de demissão, deve ser aplicado, in casu, subsidiariamente, o inciso I do art. 23 da Lei de Improbidade, que prevê um prazo de cinco anos a contar do término do exercício da função pública. (...)

(TRF-1 – AC: 12461 GO 2006.35.00.012461-3, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 06/03/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.499 de 16/03/2012)."

"O requerido, empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Empresa Pública Federal, encontra-se sujeito às regras previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que não prevê prazo prescricional para as faltas disciplinares cometidas por empregado público, razão por que deve ser aplicado, subsidiariamente, o disposto no art. 23, I, da Lei 8.429/1992, que prevê o prazo prescricional de cinco anos a contar do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. 2. Não deve prosperar a tese do MPF, pela aplicação analógica ao caso em questão dos artigos 23, II da Lei 8.429/92 e 142, § 1º da Lei 8.112/90, por remissão ao art. 4º da LINDB. A prescrição é matéria de reserva legal, não podendo ser aplicada por analogia, menos ainda para prejudicar. (...)

(TRF-1 – AC: 00452529420104013400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 03/12/2018)."

"A relação empregatícia com o Banco Central do Brasil era regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, e não pela Lei nº 8.112/1990, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1991, após o pedido de aposentadoria do sentenciado. Dentro dessa regência legal – CLT – não há previsão de prazo prescricional para que o empregador possa demitir o empregado, com ou sem justa causa, haja vista inexistir a garantia de estabilidade à própria relação empregatícia. Sendo assim, o inciso II, do art. 23, que seria aplicável à hipótese dos autos em razão do fato de que o autor era empregado público, perde aplicabilidade pelo fato de que a lei específica a que faz referência o dispositivo não existe para a situação dos autos. Diante da inaplicabilidade do inciso II do art. 23 da Lei de Improbidade em face da inexistência da legislação específica regulando o prazo prescricional para a pena de demissão, é de ser aplicado, subsidiariamente, o inciso I do mesmo dispositivo, que prevê um prazo de cinco anos a contar do término do exercício da função pública. Entendimento da maioria. Ressalvado o entendimento da minoria no sentido de que deveria ser aplicada a regra prescricional quinquenal da Lei Bilac Pinto (Lei 3.502/58), por ser mais benéfica ao acusado. 3. Ação rescisória procedente. (R 0015038-77.2006.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL SAULO CASALI BAHIA (CONV.), SEGUNDA SEÇÃO, 08/08/2007)."

Percebe-se, então, ser incabível a aplicação aos empregados regidos pela CLT, nos quais se enquadram o empregado terceirizado, do inciso II do art. 23 da Lei de Improbidade, uma vez que aquele diploma

normativo não prevê prazo prescricional para que o empregador possa demitir o empregado, com ou sem justa causa, haja vista inexistir a garantia de estabilidade à própria relação empregatícia. Por isso, por subsidiariedade, deve-se aplicar o inciso I do mesmo dispositivo, que prevê o prazo de cinco anos a contar do término do exercício da função pública para ajuizamento da demanda.

Date Created

08/10/2019