
Opinião: prescrição da lei penal aplicada a atos de improbidade

Há muito se discute a prescrição em ações de improbidade administrativa, sobretudo quanto à aplicação, aos servidores públicos, do prazo previsto na lei penal para infrações disciplinares que também possam ser capituladas como crime[1].

Exemplo clássico é a tentativa de se valer do prazo prescricional da lei penal, quando constatada variação patrimonial a descoberto (VPD)[2] do servidor público e que ensejaria a responsabilização pelo ato de improbidade previsto no artigo 9º, VII, da Lei nº 8.429/1992 (LIA).

Vale dizer: sendo a VPD, em tese, indício do crime de sonegação fiscal previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/1990 seria aplicável o prazo prescricional da lei penal para o tipo (12 anos) ou o da LIA (5 anos)?

No caso de ter havido efetiva investigação fiscal e *constituição do crédito tributário* fruto da suposta sonegação parece não haver dúvida acerca da aplicabilidade do prazo prescricional da lei penal para fins de improbidade administrativa, na esteira do entendimento atual da 1ª Seção do STJ[3].

Observe-se: ainda não há qualquer persecução penal na hipótese narrada. Houve apenas autuação fiscal, que pode ensejar persecução penal. Nesse ponto, muito embora discordemos, a tese central da atual posição do STJ parece justificável, uma vez presente, pelo menos, a condição de desenvolvimento válido de uma persecução penal, cujo prazo prescricional se pretende usar.

Mas, e nos casos em que *não* tenha havido a autuação fiscal necessária à persecução penal, à luz do que dispõe a Súmula Vinculante[4] nº 24, do STF?

A redação deste entendimento de observância obrigatória é claríssima: somente haverá a hipótese de crime tributário – e, portanto, a possibilidade de persecução penal nesse sentido – *se* o tributo houver sido lançado em definitivo.

Se não há sequer constituição do crédito tributário, que é condição *sine qua non* para a denúncia criminal, ainda assim seria o caso de aplicação do prazo prescricional da lei penal nas ações que apuram improbidade administrativa pelo mesmo evento?

A resposta que nos ocorre é negativa.

Ora, se o investigado não pode ser denunciado criminalmente sem a constituição definitiva do crédito tributário, não nos parece haver razão jurídica para aplicação do prazo de prescrição da lei penal para os casos em que não tenha havido tal evento.

Dito de outro modo: para aplicação do prazo prescricional da lei penal nas ações de improbidade não é necessário existir persecução penal (como afirma o STJ), mas, pelo menos, condição jurídica mínima (“lançamento definitivo do crédito tributário”) para que ela venha a ocorrer.

Isto porque, se não há sequer possibilidade de denúncia criminal, ante a redação da SV nº 24/STF, fica afastada a hipótese de que o ato de improbidade seja *capitulado também como crime*, não havendo, em consequência, razão jurídica para adoção do prazo prescricional da lei penal (que não pode ser aplicada no caso concreto).

Em conclusão, quer nos parecer que à luz do disposto na SV nº 24/STF, somente se aplicaria o prazo prescricional da lei penal para os casos em que haja, pelo menos, condições jurídicas mínimas de persecução penal acerca de atos também enquadrados como de improbidade administrativa.

[1] Conforme previsão do Art. 142, §2º, da Lei nº 8.112/90.

[2] Hipótese na qual, em tese, as receitas do agente público não condizem com o patrimônio auferido em determinado período

[3] Inaugurado no julgamento do EDv nos EREsp 1.656.383-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 27/6/2018, DJe 5/9/2018. Até então, o STJ entendia que *a aplicação do prazo previsto na lei penal exige a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do Servidor. Sobre o tema: MS 13.926/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 24/4/2013; MS 15.462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 22/3/2011 e MS 13.356/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 1º/10/2013.*

[4] *Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.*

Date Created

12/09/2019