

PRESCRIÇÃO EM TEMA ADMINISTRATIVO

SUMÁRIO: Tempo na vida do Direito; 2. Conceito de prescrição; 3. Lei administrativa e prescrição; 4. Prescrição das penas e das punições administrativas; 5. Conclusões.

JOSÉ MANOEL DA SILVA
Sócio fundador do IBDT

1. TEMPO NA VIDA DO DIREITO

É o tempo um fato jurídico não negocial, por certo suscetível de influir em inúmeros setores do direito em geral, abrangendo diferentes tipos de relações. E por isso o decurso do tempo sempre se traduz de forma a atingir situações díspares. A classificação que normalmente se faz em termos de atuação do tempo nas relações jurídicas é a que lhe dá um sentido por vezes instantâneo ou duradouro. No direito privado, costuma-se dividir a extinção do direito pelo decurso do tempo em prescrição e em decadência, dicotomia a que Fábio Konder Comparato chama de categorias que se misturam no direito civil brasileiro. Até hoje não se conseguiu desfazer a indefinição da prescrição e da decadência em termos de Direito Civil Brasileiro, eis que, a partir do projeto Clovis Bevilacqua, os dois institutos se embaralharam. No dizer de Carlos Alberto da Mota Pinto, in *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, a prescrição e a caducidade acarretam a extinção de direitos quando estes não são exercidos durante certo tempo. Prescrição aplica-se aos direitos subjetivos propriamente ditos, enquanto a caducidade visa aos direitos potestativos. Não vou ingressar nas figuras que, embora tenham parentesco com os dois institutos supra referidos, deles se distanciam na medida em que pertinem a prazos extintivos na órbita do direito formal, como o é a preempção ou preclusão. Tem-se, assim, a dimensão da influência do fator tempo na vida do direito.

2. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

Grosso modo, prescrição extintiva diz-se que é o estado inercial a quem assiste o direito. Câmara Leal não aceita a inércia como fator determinante da prescrição, mas dá-lhe o sentido da perda do direito no

ajuizar a ação cabível. Para outros, a prescrição exprime o modo pelo qual o direito se extingue, em face do seu não exercício durante um certo lapso de tempo. E para Clovis Bevilacqua, prescrição é a perda da ação atribuída a um direito durante um determinado espaço de tempo. É o não uso da ação que lhe atrofia a capacidade de agir.

3. LEI ADMINISTRATIVA E PRESCRIÇÃO

Os administrativistas são quase todos partidários de uma larga conceituação no concernente ao entendimento segundo o qual as leis administrativas também participam de prescritibilidade. E assim o entendem sob o enfoque de que todas as leis devem ter um prazo ou um tempo reservado à sua plena atuação. Daí se cogitar da problemática, hoje, tendente a instituir-se uma limitação do agir do sujeito a que se atribui um direito a ser exercido ou a um apenamento decorrente do desrespeito ou da infringência da lei aplicável ao caso concreto. Muito se discutiu a propósito da penalização a qualquer tempo de situações criadas no exercício de um direito ou de uma obrigação de caráter meramente administrativo. Inexistem leis administrativas imprescritíveis, já o disseram tantos quantos ao direito administrativo se debruçaram sobre a matéria. A imprescritibilidade é senha que se não pode acolher ao campo do legislar administrativo. Duas razões militam em desfavor da imprescritibilidade: a segurança do direito e a garantia das relações negociais. Se a lei administrativa, posta em execução, sofresse a interferência de um freio decorrente de uma interpretação do órgão administrativo superior sobretudo ao tratar-se de órgão colegiado ou julgador, por óbvio que o princípio da legalidade e da isonomia estaria malferido pelo simples fato de outrem, ainda que de superior hierarquia, freiasse a atuação do colegiado. E simplesmente o faria na medida em que o lograsse estabelecer um parâmetro e fixasse um prazo *ab aeternum* ou *ad infinitum* à validade de uma lei administrativa apenadora. As penas e punições estão regularmente sujeitas a prazos para o seu válido atuar.

4. PRESCRIÇÃO DAS PENAS E DAS PUNIÇÕES

A partir do conceito unificador do ilícito, tomando-o sob a forma de penal, contravencional e administrativo, surgiu a pendência no tocante à dosimetria das penas ou das punições. Não é correto dizer-se que no ilícito administrativo incorre a punição ou incriminação, tal como se vê no aresto do STF inserto na RDA vol. 105/208, na conformidade do qual há a aplicação da prescrição decorrente do não exercício de um ato de agir no tempo oportuno. De outro modo, verifica-se que, no ponderar de Ricardo Antunes Andreucci, in RDA 105/397, dentro da concepção tripartida do

ilícito, tem-se que no delito há um risco para o Estado e na infração inexistente dano no sentido técnico da palavra, sendo um descumprimento do dever de colaboração. E é nesse sentir que os estudiosos da matéria acabam por distinguir, de um lado, o delito ofensivo ao bem estar público e, de outro lado, a mera infração administrativa, cujo julgamento é confiado a tribunais administrativos, antes preocupados com a nova orientação quanto à culpabilidade, desobediência a normas administrativas. Tais tribunais apenas aplicam penalidades mais suaves ou brandas. Mais tarde, na Alemanha e na Itália, apareceram tendências novas tendentes a punir mais severamente os delitos e mais brandamente as infrações administrativas, sobretudo devido ao incremento das atividades financeiras e econômicas. Não resta dúvida que a legislação administrativa há de ser aplicada coativamente, estabelecendo-se uma dosimetria sancionatória reduzida ao máximo de cinco anos, a contar da autuação do transgressor. Há ainda a considerar que os colegiados administrativos assumem grande responsabilidade na apuração e na sanção das chamadas infrações de natureza cambial. De todo o exposto, inegável que a prescritibilidade é a regra no ordenamento brasileiro, seja para as infrações, seja para as penas e punições. Ao nível constitucional, inexistente qualquer preceituação que limite a adoção de um prazo para o agir da administração relativamente às faltas ou às punições que à lei administrativa esteja interdita, de modo especial na fixação de um prazo para dentro do qual o Poder Público caiba introduzir no teor legal. Em conhecido aresto do STF se estabeleceu que em matéria de prescrição, no sistema jurídico brasileiro, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que falar em *jus singulare*, uma vez que a regra é a da prescritibilidade. Quando se pretendeu fixar-se regra destoante da que se mencionou acima, o texto constitucional o fez de modo expresso. Não me parece de todo conveniente estender-me em disceptações na área jurisprudencial, na análise do direito positivo e na linha do teor constitucional. O perfil constitucional indica peremptoriamente que a prescritibilidade é a regra do ordenamento brasileiro. E despidendo quer parecer-me tornasse a repetir o que os doutrinadores oferecem à guisa de discussão da matéria. Certo que, em decorrência de assertivas atribuídas a Hely Lopes Meirelles e a Cretela Junior tomou-se posição equivocada no que tange à disciplina da matéria. À evidência que a prescrição, inclusive no que se refere ao poder de polícia, está vinculada a duas situações, a meu ver, de fundamental importância: a) o prazo prescricional há de ser expresso no discurso legal; b) a motivação preponderante, a meu sentir, está na imediateza da aplicação sancionatória dentro de determinado tempo. Aliás, em matéria de direito do trabalho, todos os escoliastes perfilham a tese segundo a qual não é possível

infringir penalidade ao empregado, a partir do momento em que o lapso de tempo reservado legalmente já fora ultrapassado. Até dentro do sistema de regulamentação da fábrica, as advertências, as suspensões e os atos punitivos ficam sujeitos a um escalão temporal, a partir do evento faltoso. Na área do justrabalhismo a penalidade pode ser administrativa e pode ser disciplinar. Daí advertir Luiz José de Mesquita, in *Direito Disciplinar*, que as penas disciplinares cumuladas com medidas penais ou civis não implicam o *bis in idem*.

5. CONCLUSÕES

Independentemente das conclusões que pretendo extrair do estudo que estou a elaborar, vou tentar fazer uma síntese da problemática relacionada com o controle de câmbio, matéria que tem grande relevância e que se imbrica na temática ora em exame, ao menos nas suas implicações de natureza administrativa e, portanto, nos reflexos pertinentes aos efeitos extintivos, sobretudo quando sujeitos às sanções administrativas ou civis, à luz do distanciamento do direito penal e do direito administrativo penal. Aliás, a colocação dos temas em termos de significado ontológico já foi acima posta, ao se mostrar que, enquanto no delito a punição é sanção ao ilícito penal, na punição administrativa a punição é ao ilícito simplesmente disciplinar ou civil.

Realmente, com a inclusão do controle de câmbio no elenco dos ilícitos sujeitos à apreciação do órgão colegiado administrativo, já se notou que a moeda é um negócio de Estado, que há de regular ao sabor de seu interesse. A força liberatória é dada a uma unidade, qualquer que seja sua denominação, e tem a virtude de liberar definitivamente as dívidas ou débitos. A maneira pela qual é representada materialmente esta unidade não tem importância alguma. Ela pode ser papel ou ouro, e o Estado pode escolher tal ou qual substância para representá-la. Tal unidade é que é provida do poder liberatório. O Estado emite ou controla a emissão da moeda corrente, mas não pode fixar, senão nominalmente, o seu valor. Este valor é determinado no mercado, nas trocas com mercadorias. A importação de uma mercadoria dá lugar, direta ou indiretamente, a um pagamento a ser feito em moeda do país de origem dessa mercadoria e, inversamente, a exportação acarreta um recebimento de moeda do país para o qual a mercadoria foi exportada. Daí o chamado mercado de câmbio. E o controle de câmbio constitui instituto de grande significação na economia pública. Literalmente significa controle da moeda estrangeira ou, mais precisamente, controle dos meios de pagamento internacional, tendo chegado, na realidade, a abranger o controle do poder

público sobre qualquer tráfego ou intercâmbio financeiro com países estrangeiros, qualquer que seja a moeda em jogo. A fiscalização dos estabelecimentos bancários deu-se a partir de 1920 pela Lei nº 4.182, para o fim de prevenir e coibir o jogo sobre câmbio e assegurar apenas as operações legítimas. E a legislação permitia que se aplicassem multas nos casos de agressão. Dentro do critério então estabelecido, as operações ora se faziam de modo legítimo, ora em dissonância com as normas baixadas, o que lhe dava o caráter de operações ilegítimas. Ao tempo, a fiscalização bancária se mantivera neutra e o próprio judiciário, em aresto do antigo TFR, na palavra de Aguiar Dias, a falta de aplicação do câmbio, no prazo de sessenta dias, no regime anterior à licença prévia, não acarretava nenhuma sanção. E os decisórios dos Conselhos de Contribuintes sustentavam a mesma tese, à época. Não vou esmiuçar a longa trajetória porque atravessou a legislação da fiscalização bancária. Nem pretendo tecer considerações em torno da inércia do legislador ao tempo da SUMOC e ao início da instituição do BC, a partir do regime confuso em que o país esteve mergulhado ao tempo da Constituição de 1946. A parte histórica ficaria demasiado longa. Cabe, entretanto, observar que a instituição de um regime de punição ou de apenamento acabou por suscitar indagação no sentido de se dar definição do que a legislação então em vigor emprestava à expressão “sanção”. Ao fim, em sentido amplo, é a sanção consequência inevitável do cumprimento ou descumprimento da lei. E não se cuidando da natureza intrínseca da pena, seja de natureza administrativa, seja de caráter criminal ou penal, verdadeiramente o que importa *in casu* é que, nos chamados ilícitos administrativos, sempre se adotou a pena sob a forma de multa, hodiernamente empregada até nos Códigos Penais. A pena de multa é, hoje, a mais usadiça para punição de infrações de índole meramente formal. Pouco importa que os penalistas entrem em textilha a propósito de a ilicitude ser uma só, que em relação aos delitos de apenamento mais graves, quer nos casos de simples desrespeito formal ou regulamentar da lei. Note-se que a pena pecuniária sempre esteve em uso, desde os tempos longínquos e foi conhecida amplamente, como pena pública, pelo direito romano. Nas infrações previstas na legislação sob comentário, embora envolvam questões relativas a irregularidade no plano financeiro e econômico, mesmo de caráter societário, desde logo se percebe que a punição ou o apenamento seja intrinsecamente administrativos, por curial que o descumprimento de uma regra legal administrativa há de induzir a existência de um prazo para que seja acionado o poder competente a disciplinar ou a punir a irregularidade constatada. O prazo que se exige para o início procedimental não há de ficar à mercê do poder competente. Quer na

decadência, quer na prescrição, quer na preempção, o legislador está sempre adstrito a um tempo certo para tomar o impulso de sentido procedimental. Dir-se-á que há textos legais administrativos que não agasalham, por vezes, prazo de início ou começo para a punição da falta ou da infração. Fácil a solução da *quaestio* na medida em que inexiste penas imprescritíveis por um princípio de equidade. Assim, a solução a ser adotada é a de aplicar o menor prazo previsto na legislação em vigor, qual seja, o de dois anos. Conclusivamente, inadmissível é que as leis administrativas, especialmente quando versam matéria do *jus puniendi lato sensu*, careçam de a fixação de um termo indispensável ao exercício da apuração instrumental e da punição da falta irrogada ao infrator. No sistema argentino, por exemplo, segundo denuncia Rafael Bielsa, in *Estudios de Derecho Publico* - Administrativo, vol. I, o prazo que se adota ali no sentido de intentar-se qualquer ato punitivo de infrações administrativas é o tempo fixado na lei civil. E a adoção de um termo preliminar atinente ao início do *jus puniendi* está em que à Administração é vedado exercer a gestão financeira ou econômica ao alvedrio do poder público. Mister se fixe um prazo para a iniciação de qualquer medida punitiva. Dai se invocar a lei civil na hipótese de omissão da lei administrativa a respeito. Invoca-se até o princípio de analogia ou da equidade. Dir-se-á que a lei administrativa de índole punitiva, a saber, que apenas cuida de aspectos pertinentes a infrações aos *numerus clausus* ou à tipologia legal, teria um óbice quanto à vedação do emprego da analogia, do ponto de vista da interpretação ou da integração da norma penal ou tributária, daria ao intérprete a potestade de criar uma figura delituosa ou de criar um tributo sem que a lei o tivesse feito, em obséquio da legalidade antes de tudo. No direito administrativo brasileiro também não se acolhe a imprescritibilidade. Ora, a prescrição é, conceitualmente, a perda do direito de punir por parte do Estado, em virtude do decurso do tempo. E o tempo há de estar previsto na norma impositora da multa, da pena civil ou da punição disciplinar. E a legalidade decorre do “slogan” segundo o qual “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não só é constitucional como é norma de direito civil. Na omissão de um prazo prescricional, ao julgador incumbe aplicar a lei, valendo-se da analogia, da equidade e dos princípios gerais de direito. E aí estou em que lhe cabe aplicar o prazo mínimo das leis punitivas em vigor: dois anos no mínimo se se tomar a legislação de caráter punitivo; ou de 3 a 5 anos, se se tratar de leis incriminadoras de atos faltosos de funcionários ou de abusos de sentido meramente administrativos. Prazos os há em grande soma. Entendo, por isso, que é mais consentâneo com a lógica do razoável tomar-se de empréstimo

prazo analogicamente equiparável ao que se está sob aplicação ou em exame. O direito formalmente versado é ordem e é um fim. Em havendo ordenação, indubitável que o teleológico ou o objetivo finalístico se impõe. A lei existe para acudir a um fim. Se o administrador não cumpre o seu mandamento, infringe-a e fica sob o ato repressivo da falta cometida. Ao aplicador ou ao poder competente sobeja ministrar-lhe a terapia repressiva sob o influxo da receita legal expressamente recomendada.

José Manoel da Silva - Membro do IBDT e Professor
Universitário.