

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO SOBRE A
PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL
NO CURSO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS**

MARCELO CONCOLATO MEJIAS

RIO DE JANEIRO

2008

Mejias, Marcelo Concolato.

Incidência do instituto da prescrição sobre a pretensão punitiva da Administração Pública Federal no curso de processos administrativos / Marcelo Concolato Mejias. – 2008.

67f.

Orientador: Mauricio Vasconcelos Galvão Filho

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 64-67

1. Prescrição Administrativa. 2. Administrativo. I. Galvão Filho, Mauricio Vasconcelos. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 341.362

MARCELO CONCOLATO MEJIAS

INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO SOBRE A PRETENSÃO
PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO CURSO DE
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mauricio Vasconcelos Galvão Filho

RIO DE JANEIRO

2008

MARCELO CONCOLATO MEJIAS

INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO SOBRE A PRETENSÃO
PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO CURSO DE
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

1º Examinador
Prof. Mauricio Vasconcelos Galvão Filho

2º Examinador
Prof.

3º Examinador
Prof.

À minha família, verdadeira base de minha
felicidade e à Juliana, meu doce amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Mauricio Galvão por ter-me recebido já em período demasiadamente avançado para o começo da monografia, porém, com grande perspicácia conseguiu aconselhar-me valiosamente pelos infinitos caminhos da ciência do Direito e, assim, guiar o presente trabalho.

À minha família, especialmente aos meus pais e ao meu irmão, por não ter faltado apoio, conforto e orientações por toda a vida, ensinando-me a cultivar o bem para construir a pessoa que sou hoje sem os quais a Universidade sequer teria sido iniciada e o presente trabalho jamais poderia ser concluído.

Aos meus amigos, todos, que, embora distantes, ajudaram-me inestimavelmente nesses últimos anos de estudo árduo, tornando a vida consideravelmente mais próxima da utopia que estimula qualquer dos estudantes de Direito.

Por último, à minha doce Juliana, que nesses últimos três anos e três meses, fez-me alguém muito mais feliz, devotando um amor como jamais houve de imaginar possível.

RESUMO

MEJIAS, M.C. *Incidência do instituto da prescrição na ação punitiva da Administração Pública Federal no curso de processos administrativos*. 2008. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se questões relevantes acerca do instituto da prescrição dentro do ordenamento jurídico brasileiro, procurando detalhar mais especificamente sua configuração no âmbito do Direito Administrativo. A primeira parte do trabalho se dedica à análise conceitual deste instituto jurídico, bem como sua esfera de incidência e os efeitos jurídicos provocados por sua consumação. Em um segundo momento, volta-se para o estudo dos princípios que consubstanciam a pretensão punitiva do Estado em decorrência do exercício de seu poder de polícia administrativa e as normas que regulam o processo administrativo, possivelmente violadas, por meio do qual o Estado caminha em direção à apuração do fato e a aplicabilidade de sanções cabíveis. Já em sua parte final, apresentam-se as principais disposições normativas que antecederam a publicação da Lei n.º 9.873, de 1999, passando-se, a partir desse momento, a abordar as questões mais relevantes que pairam sobre tal diploma legal e que atualmente são objeto de incisivo debate doutrinário.

Palavras-Chave: Prescrição Administrativa; Poder de Polícia; Processo Administrativo.

ABSTRACT

MEJIAS, M.C. *Incidência do instituto da prescrição na ação punitiva da Administração Pública Federal no curso de processos administrativos*. 2008. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This paper analyzes relevant issues about prescription institute in Brazilian legal system, more specifically its configuration under Administrative Law. The first chapter is dedicated to the conceptual analysis about this legal institute, as well as its sphere of incidence and the effects caused by its consummation. In a second stage, it turns around to the study of the principles that involves punitive purpose of the State as a result of the exercise of its police power and the rules that govern the administrative procedure through which the State moves toward the check of the fact and applicability of sanctions. In its final part, it have been shown the main legislative provisions that preceded the publication of Law No. 9,873, in 1999, starting since there from then on, to broach the issues that face on this piece of legislation and that are currently object of doctrinal debate.

Key-Words: Administrative Prescription; Police Power; Administrative Process.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	V
AGRADECIMENTOS	VI
RESUMO	VII
<i>ABSTRACT</i>	VIII
SUMÁRIO	IX
ÍNDICE ANALÍTICO	X
INTRODUÇÃO	11
1 O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA	15
2 PRESCRIÇÃO	28
3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ADMINISTRATIVA	48
4 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

ÍNDICE ANALÍTICO

INTRODUÇÃO	11
1 O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA	15
1.1 O Interesse Público.....	15
1.2 O Poder de Polícia Administrativa.....	17
1.3 Infração Administrativa e Sanção Administrativa.....	21
2 PRESCRIÇÃO	28
2.1 Aspectos conceituais.....	28
2.2 A Prescrição Administrativa.....	33
2.3 A prescritibilidade como regra no Direito Administrativo.....	37
2.4 Prescrição Intercorrente.....	43
3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ADMINISTRATIVA	48
3.1 Evolução legislativa.....	48
3.2 O Advento da Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999.....	56
4 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo não promoveu grande e aprofundado debate acerca da existência e aplicabilidade do fenômeno da prescrição como meio de impingir ao titular de um direito que permaneceu inerte por determinado espaço de tempo a impossibilidade de exercê-lo.

Ao contrário, aquele direito preocupou-se mais com análises das matérias dirigidas precipuamente à necessidade de organização e atuação do Estado do que com a necessidade de se dar tons claros e normativos à manifestação do que seria, de fato, interesse público, em especial quando se leva em consideração os interesses do administrado que vive diante de uma máquina administrativa, muitas das vezes, letárgica e mal preparada, que não consegue efetivar a contraprestação a que faria jus o particular.

A doutrina pátria, por muito tempo, tratou a questão sob análise de forma acessória, como instituto dependente de outras questões de maior relevo, especialmente quando do estudo do processo administrativo, das licitações e dos próprios os atos administrativos, em seu sentido mais lato, sem, no entanto, prover adequada análise em busca de uma teoria que pudesse dar contornos mais bem definidos a essa importante figura.

Talvez, a razão talvez ainda estivesse na precariedade histórica das instituições brasileiras, que demandaram por muito tempo um maior esforço pela sua estruturação e que somente na medida em que a sociedade evoluiu, passou a ver exigido tratamento coerente com a função administrativa, o que exigia dos legisladores, uma atenção ao direito legítimo de o indivíduo ter preservada sua situação jurídica.

Por sua vez, a jurisprudência brasileira tem cuidado de forma muito distante do tema, embora, como se verá adiante, a primeira grande normatização acerca da prescrição no Direito Administrativo tenha decorrido de histórica manifestação empenhada pelo Supremo Tribunal Federal. Embora se tenha tão relevante precedente, jamais houve uma preocupação com as questões que dizem respeito aos traços que levariam à configuração da prescrição administrativa, bem como a ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade e o postulado normativo da supremacia do interesse público.

Estanha-se que elementos tão relacionados aos regimes absolutistas possam ter exercido efeitos tão danosos nas várias partes do mundo, inclusive o Brasil, a permanecer sob longo domínio de imperadores, reis e ditadores para os quais a questão pública resumia-se a traçar toda a forma d atuação do Estado, baseada em princípios que em nada guardavam

relação com a ordem democrática, cuja pouca e recente experiência brasileira tende a relegar-lhe, muitas vezes, papel secundário, apesar da imposição constitucional justamente em sentido diverso.

A compreensão de tal fenômeno, sua interpretação e a conseqüente aplicação das regras jurídicas que lhe institucionalizaram, foi preterida pela doutrina e pouco enfrentada nos tribunais, razão pela qual, hoje, ressen-te-se de soluções concretas para eventuais conflitos, os quais tem sido objeto de mera aplicação sistematizada da norma jurídica.

O pouco esforço condicionado aos questionamentos a respeito da real natureza da prescrição administrativa, implicou que este instituto ganhasse um papel meramente operacional sob uma ótica mecanicista de tal evento extintivo, aplicando-se a lei pela lei.

Diante desse quadro, mostra-se imprescindível a delimitação do instituto da prescrição administrativa, a compreensão de seu significado, bem como seus efeitos e abrangência, especialmente quando se trata de relações jurídicas entre Estado-Administrador e particular-administrado inerentes ao Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho se destina a identificar a constituição do fenômeno da prescrição administrativa, buscando inseri-la num contexto histórico visando à delimitação de seu raio de aplicabilidade, tanto no que tange à prescrição da pretensão punitiva pela completa inércia da Administração quando pela mora excessiva na efetivação da pretensão punitiva por meio de processo administrativo.

Nesse sentido, abordar-se-ão os prazos definidos na legislação pátria para a materialização da prescrição administrativa, examinando, ao mesmo tempo, sua construção teórica, com o fito de sustentar a relevância de sua configuração prática, de forma a demarcar sua função perante o Estado Democrático de Direito.

Em nosso Estado Democrático de Direito, a Administração Pública e o particular submetem-se aos preceitos fundamentais do direito, norteados por uma vocação democrática que repudia qualquer violação da ordem jurídica legalmente instituída. O exercício de qualquer prerrogativa assegurada democraticamente implica a existência de garantias mínimas que constituem os limites à preservação da ordem jurídica de natureza democrática.

Desde já, importa salientar que a prescrição administrativa é reconhecida, dentro do direito, como um fenômeno direcionado pela idéia de ordem, cujas normas jurídicas que tratam do tema buscam sua adequação aos interesses da sociedade, especialmente a paz social, mediante a estabilidade das relações jurídicas. Ademais, tem o presente estudo o intuito de realçar que a prescrição administrativa, estruturalmente, liga-se aos princípios basilares do

Estado Democrático de Direito. Se assim não o fosse, seria impossível falar de equilíbrio e harmonia na relação do Estado com os cidadãos que a ele se submetem, porque é flagrante a desvantagem destes na relação jurídica que se propõe à Administração. Entretanto, o que se tem hoje é uma ampliação desse desequilíbrio não apenas pelo equívoco de o administrador interpretar interesse público como interesse do Estado, mas, principalmente, pela falta de limites e mecanismos efetivos que pudessem coibir tais abusos especialmente contra aqueles de dificultado acesso ao Judiciário.

A presente pesquisa será pautada em decisões judiciais, atividade normativa e a Ciência do Direito, buscando-se compreender este fenômeno extintivo da pretensão de ver exercitado um direito, buscando compreender a forma, o modo, as circunstâncias e a explicitação dos casos e dos prazos em que se afigura a prescrição administrativa.

Com escopo de compreender o instituto da prescrição administrativa e integrar sua relevância aos demais institutos do Direito Administrativo, optou-se por uma estrutura dividida em 3 capítulos, destinada a abordar as principais questões envolvidas no tema em exame.

Por primeiro, serão apreciados os aspectos introdutórios do instituto, acentuando a origem no Direito Privado, bem como conceituar e diferenciar os institutos da prescrição e da decadência, bem como analisar a consolidação do fenômeno da prescrição administrativa, derivada da sistematização civilista.

Nesse momento, abordar-se-ão os princípios e valores que contornam o papel da prescrição no ordenamento jurídico, principalmente o da segurança jurídica e o de justiça, procedendo-se ao exame de tais paradigmas como caracterizadores de uma garantia da ordem jurídica de que se reveste a prescrição, ressaltando a excepcionalidade da figura da imprescritibilidade no Direito brasileiro e, por conseguinte, das pretensões administrativas.

Em um segundo momento, será analisada a pretensão sancionadora surgida com a falta administrativa e sua diferenciação daquelas dotadas de tipicidade penal, destacando-se o procedimento utilizado pela Administração Pública para aplicar sanções administrativas aos particulares, como forma de exercício de seu poder de polícia administrativa.

Em terceiro lugar, serão examinadas as disposições legislativas ocorridas no Direito brasileiro até a edição da Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999, resultado de uma iniciativa do Poder Executivo, cuja conversão de Medida Provisória gerou, inclusive, apontamentos sobre uma possível inconstitucionalidade o que será avaliado oportunamente, objetivando compreender suas definições aplicáveis no curso de processos administrativos sancionadores e as principais polêmicas suscitadas.

Concluindo o presente trabalho monográfico, será apresentada uma visão geral sobre o tema, baseada nas idéias desenvolvidas nos capítulos anteriores, com o fim de contribuir para uma elucidação da aplicabilidade e dos contornos que o tema deve assumir em observância aos princípios correlacionados.

Com efeito, a análise a ser procedida será limitada ao Direito brasileiro, atendo-se à supremacia dos ditames da Constituição Federal e da regulação legislativa já existente, que embora pouco extensa, traz importantes disposições, desenvolvendo-se em torno de subsídios doutrinários e jurisprudenciais.

1 O PODER DE POLÍCIA

1.1 O Interesse Público

Antes de passarmos ao exame dos traços definidores do processo administrativo, vale analisarmos o conteúdo jurídico do conceito de interesse público, figura intrinsecamente ligada à validade do ato derivado do poder de polícia, uma vez que seu estudo é de grande importância para o presente trabalho, ao se considerar que a validade de um ato desta natureza, necessariamente, deve ser destinada a tal fim, conforme expressa previsão do art. 2º da Lei n.º 9,784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei de Processos Administrativos no âmbito da Administração Pública Federal.

Bandeira de Mello, contrapondo interesse público ao que poderia ser conceituado como interesse individual, define, em linhas incipientes, que interesse público se constituiria no “interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social”, porém, ao mesmo tempo, alerta que não pode ser tomado como o resultado do somatório de interesses individuais.¹

Tratando do tema, Hely consigna o princípio da supremacia do interesse público, frente ao interesse privado, elevando tal relação de sujeição a uma condição inerente à própria razão de ser do Estado, o qual não pode dispor de tal interesse, sendo vedado à Administração Pública “dispor desse interesse” ou “renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela”, ressaltando que o interesse público é de titularidade do Estado, não da figura de Administração Pública.²

Buscando a conceituação do referido elemento, Bandeira de Mello afirma que não seria possível que o interesse público subsistisse perante discordância unânime dos membros da sociedade, deixando claro que tais interesses estão intimamente ligados, concluindo que o interesse público seria nada mais do que “*a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também, o depósito intertemporal destes mesmos interesses (grifos do autor)*”.³

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.. p. 50.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 101.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 51-52.

Na seqüência, o eminente jurista deixa claro que a limitação de interesses individuais pode ser considerada um gravame pelo particular, porém, ao mesmo tempo, o indivíduo não deixa de considerar a existência de tais limitações imprescindível ao bem-estar da coletividade, delineando este instituto como “*faceta dos interesses dos indivíduos (grifo do autor).*”⁴

Mediante tal premissa, o autor paulista conceitua o interesse público, juridicamente, como sendo “*o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato se o serem* (grifos do autor).”⁵

Como corolário dessa adesão a que o interesse público submete os interesses individuais, tem-se que o prejuízo ou benefício provocado por norma instituída que tome em consideração o interesse público, afetarà cada um dos sujeitos individualmente, porém, estes efeitos não se produzem, senão em face de toda a coletividade abrangida no determinado ato. Dessa sorte, estende-se a cada um dos indivíduos afetados um direito subjetivo cuja reparação pode ser interposta pessoalmente, com o fito de comprovar que a legalidade do ato foi corrompida, ou não se teria efetivado o dano reclamado.⁶

Vale ainda a advertência de que interesse público não pode ser confundido com interesse do Estado. O Estado é titular desse interesse enquanto entidade que personifica a coletividade, porém, não há que se falar em necessária coincidência entre os interesses da pessoa jurídica Estado e os seus componentes, estes sim, manifestantes daquilo que, em essência, pode ser considerado interesse público.

Ao se enfrentar o tema suscitado, não se pode deixar de ter em mente que, pela própria natureza multifacetada do instituto, ao se analisar determinada questão sob óticas diversas, há tendência a se produzir entendimentos individuais diversos e, muitas vezes, contrapostos. Nesses casos, especialmente quando o Estado figurar como um dos entes jurídicos questionados, deve-se proceder à busca do que o texto constitucional, e, a partir de então, o que o legislador ordinário definiu, conceituou como interesse público, diante da situação concreta enfrentada.⁷

No que tange à supremacia do interesse público sobre o privado, Hely Lopes Meirelles colaciona o texto apresentado por Bandeira de Mello, para afirmar, com sua peculiar assertividade:

⁴ Ibidem. p. 52.

⁵ Ibidem. p. 53.

⁶ Ibidem. p. 55.

⁷ Ibidem. p. 60.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.⁸

Importante destacar que a Lei de Processo Administrativo (art. 2º, p. ún., XIII, da Lei n.º 9.874/99) determinou que a norma administrativa deva ser interpretada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, de maneira que a persecução punitiva em face do exercício do poder de polícia administrativa, ressalte-se, não deve ser guiada com fim de atender ao interesse do Estado, mas sim do interesse público, que se situam em esferas distintas.

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, a Administração tem o poder-dever de agir para sua defesa, não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão.

Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para manter o exercício dos direitos individuais em consonância com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

1.2 O Poder de Polícia Administrativa

Tema que merece destaque é a relação do Estado enquanto Administração Pública perante o particular-administrado.

O conceito de poder de polícia nos é trazido com bastante clareza pelo art. 78 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene,

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87 *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. p. 102.

à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.⁹

Nos termos introduzidos pela definição legal, ensina-nos Hely Lopes Meirelles que o poder de polícia administrativa seria uma das espécies de poderes administrativos – “que surgem secundariamente com a Administração e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade”¹⁰ –, exercido pela Administração Pública “sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade”.¹¹

Por sua didática e riqueza vale trazer à colação o conceito empenhado por Marcelo Caetano, citado por Carvalho Filho em seu Manual de Direito Administrativo, nos seguintes termos:

É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.¹²

O poder de polícia administrativa se destina a conter, por meio de restrições à propriedade e à liberdade, de possíveis excessos dos administrados em geral, que poderiam implicar efeitos danosos à coletividade, cujo exercício por parte da Administração Pública se funda na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades.

Os meios pelos quais se expressa o poder de polícia preventivamente seriam normas que limitam a conduta dos indivíduos que potencialmente tragam prejuízo à coletividade, as quais são denominadas limitações administrativas, consubstanciadas em regulamentos e instruções expedidas pelo Poder Público com a finalidade de exercer tal poder restritivo.¹³

Três seriam as características do poder de polícia administrativa: discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade¹⁴. A discricionariedade liga o poder de polícia à possibilidade de a autoridade administrativa optar por determinadas condutas em detrimento

⁹ BRASIL. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 11 mar. 2008.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 127.

¹¹ Ibidem. p. 128.

¹² CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 339 *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 56.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 136.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. pp. 65-68.

de outras, perseguindo a consecução do interesse público. Obviamente, a discricionariedade não pode ser confundida com a liberdade ilimitada para o agente público atuar, pois que o ato não pode mascarar desvio de finalidade ou abuso de poder, o que implicaria sua ilegalidade.¹⁵

Nesse aspecto, tem-se debatido a necessidade de se exercer maior controle sobre os atos executórios do poder de polícia, acometendo tal função ao Poder Judiciário. Embora seja esta uma das atribuições do Estado-Juiz, não é lícito permitir que repartição de competências definida constitucionalmente seja violada.

Ao se permitir que o Judiciário defina políticas públicas ou substitua o administrador em suas funções, questionando a efetivação da discricionariedade por critérios subjetivos, além de, na prática, não se contribuir para qualquer melhoria da prestação do serviço público, estaremos diante de verdadeiro atentado contra a Constituição da República, que deve ser constantemente evitado, reprimido e repudiado.

Outra característica do poder de polícia administrativa seria a auto-executoriedade dos atos por meio dos quais este poder se efetiva. Cabe à Administração Pública agir de imediato, sem necessitar de submissão de tal ato à apreciação de outro Poder republicano, sempre observando o princípio do devido processo legal, determinando seu cumprimento pelos administrados, sob pena de transgredir o interesse coletivo, objeto de proteção por meio de referido ato.

No entanto, como bem assevera Bandeira de Mello, a executoriedade dos atos revestidos do exercício do interesse público necessariamente, devem se adequar a uma das seguintes hipóteses:

- a) quando a lei expressamente autorizar; b) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade; e c) quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia.¹⁶

Ressalte-se, por oportuno, que caberia sempre ao interessado potencialmente prejudicado buscar o Poder Judiciário para lhe garantir prevenção a estes danos.

No que tange à coercibilidade do ato, afigura-se o ato determinado pela autoridade administrativa, no cumprimento do poder de polícia, como de caráter imperativo, o que justifica, inclusive, a possibilidade de a conduta da Administração Pública revestir-se de força para alcançar seu fim.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 65.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 738.

Um dos desdobramentos das aludidas características do exercício do poder de polícia é justamente o ato punitivo que resulta de infração administrativa, ou seja, descumprimento de norma emanada da Administração Pública, que devem ser aplicadas sob a égide do princípio do devido processo legal, sob pena de nulidade em face de possível ilegalidade, especialmente ao se ter cerceado o direito de defesa do acusado.

Diante da ocorrência de violação de lei, regulamento ou contrato administrativo surge a pretensão de a Administração Pública penalizar o infrator, como forma de restabelecer a ordem social, de forma que, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, esculpido com base na figura norte-americana do *due processo of law*, deve preceder processo administrativo, assegurando ao imputado o direito de amplamente se defender, sob pena de nulidade do processo.

As normas de conduta de maior relevo, assim definidas pelos anseios da coletividade e, por essa razão, positivadas, visam, justamente, a evitar que sua prática interfira no relacionamento dos indivíduos, causando instabilidade desagradável ao bem-estar coletivo e, por extensão lógica, à manutenção do Estado. Entretanto, o descumprimento de tais normas, pelos sujeitos que tinham dever de observá-las são experimentadas em todos os ramos do Direito, tanto no campo do direito privado como no campo do direito público, seja em face de normas genéricas de conduta ou em razão daquelas firmadas de acordo com o princípio da *pacta sunt servanda*.

Destarte, afigura-se bastante provável que condutas, omissivas ou comissivas, contrárias à ordem jurídica se propalem pelos mais variados setores do ordenamento jurídico. Na esfera privada, surge a pretensão, conforme alinhavada no Código Civil, a partir da violação ou resistência injustificada ao exercício de direito subjetivo detido por outrem. Outro ponto passível de descumprimento possivelmente visualizado no campo privado seria a inobservância de conduta, com caráter de dever jurídico.

Já no campo do Direito Administrativo, verifica-se grande maior variedade de comportamentos contrários às determinações jurídico-normativas, as quais são comumente denominadas “infrações administrativas”, que, nos dizeres de Bandeira de Mello, seriam “o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é *decidida por uma autoridade administrativa* – ainda que não necessariamente *aplicada* nesta esfera (grifos do autor).”¹⁷

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 743.

É em face de tal infração que a ordem jurídica propugna pela aplicação de uma pena, que, no Direito Administrativo, varia, proporcionalmente à extensão do dano, de simples advertência à restrição ou diminuição de direitos, especialmente no tocante às sanções pecuniárias.

Dessa maneira, o desdobramento imediato da constatação de irregularidade na conduta do agente que se relaciona com a Administração Pública é o nascimento da sua pretensão punitiva, forma pela qual se reveste, em concreto, o exercício do poder de polícia administrativa que persegue aplicação de sanção com fim de reparar o dano causado.

Tais sanções administrativas, entretanto, não podem ser aplicadas de imediato pela Administração Pública. Importa que previamente, se instaura processo administrativo, o qual será visto adiante, para que se tenha o ato dentro dos limites de legalidade.

1.3 Infração Administrativa e Sanção Administrativa

A infração administrativa, definida como “ação ou omissão do agente público, que causa perturbação aos serviços públicos ou atenta contra a hierarquia”¹⁸, está intrinsecamente ligada à idéia de uma posterior sanção administrativa, reconhecendo-se, inclusive, a natureza desse ilícito administrativo pela natureza de sanção que se impõe ao sujeito que tenha descumprido a norma.

Seguindo delineamento obtido das palavras de J. Cretella Júnior, também a posição de Bandeira de Mello é no sentido de que não existiria diferença ontológica entre sanções penais e sanções administrativas. Seguindo tese de Heraldo Garcia Vitta, afirma que “o que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”¹⁹.

Com relação à sanção administrativa, que seria o outro extremo da norma jurídica, que lhe assegura coercitividade perante os administrados, o ilustre jurista conceitua tal figura como “a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração”²⁰, reafirmando o critério formal utilizado para distinguir ilícitos administrativos de delitos criminais.

É importante não haver confusão quanto à sanção administrativa quando tratar-se da aplicação das normas para o caso da infração praticada por um público diferenciado que se

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 144.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 743.

²⁰ Ibidem. p. 744.

enquadra sob o mesmo rol de administrados, especialmente, os servidores públicos e os licitantes, cujo tratamento é delineado por meio de instrumentos legais específicos. Cabe à Administração, portanto, utilizar-se de seu poder disciplinar para apurar infrações funcionais e aplicar penalidades aos servidores. Já no caso dos particulares, estes se submetem ao poder de polícia no sentido geral, já que não sujeitos à disciplina interna da Administração.

Não obstante ser uma manifestação de seu poder de polícia administrativa, que dotado de auto-executoriedade, a necessidade de a infração ser imposta pela própria Administração Pública não implica que sua efetivação provenha de outro órgão, especialmente do Judiciário, ao qual se recorre para executar multa não-adimplida pelo particular infrator.

Além disso, insta consignar que a Administração Pública tem o dever de sancionar qualquer ato que infrinja norma instituída, de maneira a agir em prol do interesse público, que, como bem já mencionado, não pode ser posto de lado pelo administrador, excetuando tal dever apenas aquelas de insignificância que mais dispendiosas para a apuração por parte do Estado do que qualquer proveito eventualmente decorrente de sanção, tendo-se em mente o princípio da proporcionalidade adiante analisado.

Nesse momento, insta consignar que a aplicação de sanções deriva das diferentes relações administrativas verificadas, nas quais a conduta da Administração Pública sempre deve se pautar pelas regras jurídicas estabelecidas com rigor mais do que absoluto, não cabendo flexibilização ou ampliação daquilo previamente instituído em lei.

No que toca ao conceito de relação administrativa, Egon Bockmann Moreira, comparando as diferentes relações jurídicas em que figuram dois entes privados em face da relação jurídica em que participa a Administração Pública, destacou sucintamente duas imediatas distinções, quais sejam, “a hierarquização dos sujeitos participantes e finalidades preestabelecidas em lei.”²¹

A respeito dessa característica de sujeição à Administração Pública, destaca-se que tal poderia ser geral ou especial²², em razão do grau de abrangência de pessoas e da especificidade da relação que porventura possa existir, o que, invariavelmente, implicará a especificidade da infração e, por conseguinte, da sanção administrativa cabível.

No que tange à direção finalística de normatização de infrações administrativas, tem-se que, como não poderia deixar de ser, que a Administração Pública visa a mitigar ou mesmo impedir as práticas consideradas lesivas e fazer com que se observem aquelas reconhecidas como de cumprimento obrigatório. Resta claro que a intenção do administrador é inibir a

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit. p. 23.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 720.

gênese de novos infratores, ensejando a aplicação de sanção administrativa como sinal de que tal comportamento não será tolerado, objetivando que o próprio sujeito não incida novamente em falta e que o restante dos membros da sociedade também não se permitam tal conduta, freados pela punição exemplar por meio da qual a Administração demonstrou sua força.²³

É importante ter como certo que com tais sanções não se busca impingir gravame à situação do infrator, mas, pelo contrário, almeja que o próprio indivíduo se insira ou torne a fazer parte do meio social, servindo a sanção tão-somente a reparar o dano causado pelo sujeito, sem qualquer intenção de agravar a situação do mesmo desproporcionalmente.

Também é válido afirmar que as sanções de cunho pecuniário não se prestam a enriquecer o Estado, pois que não pode ser esta uma fonte de recursos do Poder Público, sob pena de, incoerentemente, lucrar-se de um malefício social que afetaria uma das proposições mais basilares do Estado, que é prover a paz social. Tratar-se-ia de contra-senso irremediável, que jamais poderia ser permitido em lei, porém, que muitas vezes se torna obstáculo imaginário a respeito das condutas da Administração Pública em exercício de seu poder de polícia administrativa.

Com relação à imputabilidade e punibilidade no Direito Administrativo, denota-se mais uma distinção entre os ilícitos administrativos e os penais. Embora seja claro que o Direito Penal possui regras e princípios sistematizados de forma autônoma e independente do Direito Administrativo, alcança-se melhor didática sopesando tais institutos de natureza semelhante, sem deixar de pontuar suas irrefutáveis distinções.

Para as hipóteses em que a infração cominar sanção que não possa ser suportada pelo infrator, o Direito Administrativo instituiu a figura do responsável subsidiário, que se destina, como intuitivamente transparece sua nomenclatura, a responder por infração que a lei determine que sanção que não poderia ser aplicada ao infrator diretamente. Ainda nesse ponto, é importante afirmar que a infração, enquanto contraposição ao poder de polícia administrativa, pode ser imputada, sem qualquer óbice, à pessoa jurídica, o que é exceção – e muito questionada – no âmbito do Direito Penal.²⁴

Com relação aos princípios informadores das infrações administrativas, exsurtem o da legalidade, da anterioridade, da tipicidade e da exigência da voluntariedade. Além desses, quando se trata de sanção administrativa, importa também que se observe a proporcionalidade, o devido processo legal e a motivação.²⁵

²³ Ibidem. p. 744.

²⁴ Ibidem. p. 745.

²⁵ Ibidem. p. 746.

Princípio basilar do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade implica integral submissão da Administração pública à lei, ou seja, significa que a “Administração está circunscrita a cumprir, com exatidão e excelência, os preceitos normativos de Direito Positivo”.²⁶ Vale, aqui, ressaltar que o interesse público, que dirige os atos dos administradores públicos decorre exatamente das leis, manifestada pelos dirigentes estatais mediante aplicação da lei, prevenindo, ao mesmo tempo, o administrado de eventuais abusos nessa atividade, sob o abrigo do comando constitucional do art. 5º, II, 37, *caput* e 84, IV da Constituição Federal.

Alerta Bandeira de Mello que, salvo nos casos de poder de polícia exercido em face de relação administrativa especial, como, por exemplo, nos casos de concessão de serviços públicos, “tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções tem que ser instituídas em lei – não em Regulamento, instrução [...]”.²⁷

No que tange ao princípio da anterioridade, desdobramento do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, trata-se de princípio inerente à própria configuração da infração. Não há possibilidade de se infringir aquilo que não existe ou que não é válido ou não existe, sob o risco de se constringer a regra do positivismo jurídico. Não se pode permitir, sob nenhuma hipótese, que conduta tachada de ilícita após sua concretização possa justificar sanção do sujeito que a praticou.

Com relação ao princípio da tipicidade, a validade de infrações administrativas importa que o comportamento administrativamente reprovável seja objetivamente reconhecível pelo administrado e que permita ao administrador identificar a que tipo de conduta poderá anuir. Com propriedade, Fabio Medina Osório acentua que “as normas sancionadoras devem ser redigidas com a suficiente clareza e precisão, dando justa notícia a respeito de seu conteúdo proibitivo”²⁸, o que, não ocorrendo, esvazia a presença dos demais princípios relacionados à infração administrativa.

Assevera Bandeira de Mello que a cada infração administrativa, a norma deve prever correspondente sanção, ou os administrados não terão conhecimento de quais conseqüências derivariam de seus atos tidos como infringentes. Aproveita para criticar a possibilidade de se flexibilizar indevidamente a atuação discricionária do administrador público quando a lei informa, por exemplo, valor de multa que vai desde a insignificância até se tornar, de tão alto, inexecutável, tecendo o pertinente comentário que ora se transcreve:

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 66

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 747.

²⁸ OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000, p. 211.

[...] outorga de uma ‘discricionariedade’ tão desatada, que a sanção seria determinável *pelo administrador e não pela lei* [o que violaria o princípio do *rule of law, not of men* que vigora no Estado Democrático de Direito], incorrendo esta em manifesto vício de falta de ‘razoabilidade’. É dizer: teria havido um simulacro de obediência ao princípio da legalidade; não, porém, ma verdadeira obediência a ele. Norma que padecesse deste vício seria nula, por insuficiência de delimitação da sanção.²⁹

Princípio de grande relevância no que tange à configuração da infração administrativa impõe a exigência de voluntariedade para incursão na infração. Aponta Bandeira de Mello que para o Direito Administrativo, não é mais importante a identificação de dolo ou culpa do sujeito, mas reconhecer algo menos exteriorizado, seu *animus* de agir. Ressalva que, se o indivíduo não soubesse previamente a irregularidade que consubstanciaria tal ato, não poderia ser a ele imputado.³⁰

Com base nesse entendimento, asseverou que as hipóteses excludentes da infração administrativa que importassem na configuração de vício na vontade do agente impediriam que a infração se perfectibilizasse, pois considera tal elemento subjetivo indispensável à consolidação da infração.

Importante destacar que a Lei de Processo Administrativo (art. 2º, p. ún., XIII, da Lei n.º 9.874/99) determinou que a norma administrativa deveria ser interpretada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, de maneira que a persecução punitiva em face do exercício do poder de polícia administrativa, ressalte-se, não deve ser guiada com fim de atender ao interesse do Estado, mas sim do interesse público, que se situam em esferas distintas.³¹

Outro princípio de indiscutível importância para o contorno das sanções administrativas é da proporcionalidade, que implica que quaisquer sanções eventualmente aplicadas devem decorrer da exata determinação que a lei lhe conferiu, devendo haver relação de estrita proporcionalidade entre o dano, a gravidade do descumprimento e a penalidade do indivíduo.

Conforme nos ensina Juarez Freitas, citado por Egon Moreira, a proporcionalidade é questão inerente à própria efetivação do interesse público, defendendo que “o Estado não

²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 750.

³⁰ Ibidem. p. 751

³¹ Ibidem. p. 746.

deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos. Exagerados para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio”.³²

Conceber a aplicação de sanção que não considere, de fato, e segundo critérios claros e objetivos, o gravame produzido pelo descumprimento da ordem vigente é admitir que atuação estatal não obedece às leis, conferindo ao arbítrio do administrador posicionar-se acerca de cada situação em concreto, o que, viola o conteúdo jurídico do interesse público, já que se estará a confundi-lo com obscuro interesse da Administração, prerrogativa que a Constituição Federal não previu, a bem do Estado Democrático de Direito.

Por fim, não se pode olvidar que as sanções administrativas devem se submeter ao devido processo legal, portanto, devem resultar de apuração efetivada mediante específico processo administrativo sancionador, franqueando-se ao administrado exercer amplamente seu direito de defesa, bem como o contraditório, sob pena de ser reconhecida a nulidade do procedimento instaurado.

Cabe, entretanto, ressaltar, desde já, a distinção entre sanções administrativas e providências acautelatórias. Estas são, nas palavras de Bandeira de Mello, “medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de imediato para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem”.³³

Nessa mesma linha, Egon Moreira complementa que essas medidas administrativas somente teriam vez ao restar comprovada “a configuração de risco iminente e prévia motivação.”³⁴

Impende reconhecer que determinadas situações requerem providências urgentes e imediatas da Administração Pública sob o risco de a demora provocar irreparável ineficácia de um provimento futuro.

No entanto, é imprescindível que se tenha clara noção de que se trata de medidas excepcionais e urgentes, características tais que não podem ser subvertidas ao bel-prazer do administrador, restando possível configurar-se caso de abuso de poder que mereceria atuação judicial com fito de coibi-lo, fulminando o ato “acautelatório” de nulidade.

³² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 56 *apud* MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit. p. 71.

³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 754.

³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit. p. 239.

2 PRESCRIÇÃO

2.1 Aspectos conceituais

O transcurso do tempo, naturalmente e historicamente, interfere nas relações do homem, especialmente em se tratando de relações jurídicas e de exercício de direitos.

O tempo pode, ao mesmo tempo, demarcar a gênese de um direito, um requisito para que possa ser exercido ou mesmo implicar a extinção de um direito. São essas duas vertentes as que mais interessam ao operador do direito, as hipóteses de nascimento e extinção de direitos provocados pelo decurso do tempo.

Os efeitos do tempo nas relações jurídicas devem ser analisados de dois prismas que, embora diametralmente reversos, complementam-se. Tem-se, inicialmente, a chamada *prescrição aquisitiva*, modalidade em que se conferem direitos e segurança jurídica ao sujeito que vem exercendo regularmente esse direito. De outra sorte, o decurso do tempo provoca, em determinadas situações, a extinção da pretensão jurídica motivada pela inércia daquele titular de um direito que deveria tê-lo exercido e não o fez ou o fez intempestivamente, afigurando-se a conhecida *prescrição extintiva*.

Outro desdobramento da passagem de tempo é a própria perda da possibilidade de exercer um direito, visto que exercê-lo dentro de certo espaço de tempo se mostrava como verdadeiro requisito de validade, que, não sendo observado, acabam por perecer, revelando a *decadência* ou *caducidade*.

Tradicionalmente, estas figuras jurídicas encontraram desenvolvimento científico no âmbito do Direito Civil, decorrência natural de sua origem romana, de maneira que suas semelhanças poderiam ser consolidadas da seguinte maneira: ambas causariam extinção de direitos, fundar-se-iam na inércia e derivariam do decurso do tempo³⁵.

Diante de tais semelhanças, a doutrina evoluiu no sentido de distinguir os institutos em razão do tipo de direito que seria afetado, utilizando critério relacionado aos tipos de direitos sobre os quais incidiriam, o que foi, inclusive, consagrado pelo legislador nos arts. 189 e 207 do vigente Código Civil.

No caso de direitos subjetivos, que seriam os interesses juridicamente protegidos, estes apenas seriam afetados pela prescrição, posto que suscetíveis de lesão³⁶. Já os direitos

³⁵ FRANÇA, Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 1980. p. 357 a 359

³⁶ IHERING, Rudolph von. *L'Esprit du Droit Romain*, IV, § 70 *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 35.

potestativos foram definidos a partir de Chiovenda, ao identificar série de direitos cujo exercício por parte do titular afetava a esfera jurídica de outro sujeito, porém não acarretava contraprestação da outra parte, restando-lhe apenas se sujeitar ao exercício do direito pelo seu titular³⁷.

A prescrição aquisitiva, como já mencionado, gera a aquisição de direito pelo decurso do tempo, promovendo uma mera situação de fato a uma relação de direito, que salvaguarda esse possuidor, outrora precário, de possíveis turbações de seu direito.

Sua principal incidência se verifica com o instituto da usucapião, quando se adquire direito real mediante transcurso de lapso temporal definido em lei. No entanto tal modalidade de prescrição não constitui objeto do presente trabalho, cuja convalidação, no Direito Administrativo, possui um caráter estritamente extintivo.

Por seu turno, a prescrição extintiva afeta a pretensão. A pretensão exigível judicialmente decorre da resistência oposta por outrem ao exercício de um direito subjetivo por seu titular ou mesmo da violação deste direito por outro sujeito.

A lei protege e faculta ao titular do direito lesado ou ameaçado de lesão buscar judicialmente a defesa de seu direito, porém, determina que essa faculdade deva ser exercida dentro de certo espaço de tempo, sob pena de ver sua pretensão fulminada pela incidência da prescrição.

O principal fundamento da prescrição extintiva seria a paz social versada na segurança da ordem jurídica. O Direito permite àquele que teve seu direito lesado buscar sanção correspondente, porém, admitir-se a eternidade para que o titular exerça sua pretensão poria em xeque a estabilidade das relações jurídicas.

Na prescrição, repise-se, o direito subjetivo não possuía prazo para ser exercido. A lei dispõe sobre prazos para que, a partir da lesão ou resistência ao exercício desse direito, o titular prejudicado efetive sua pretensão judicial, de forma que o não ajuizamento da questão tempestivo é que é alvejado pela prescrição, não incidindo, porém, sobre o direito subjetivo em si.

É baseado nesse espírito de proteção à ordem pública que o Direito converte o instituto da prescrição em um instrumento garantidor de paz social, visando a mitigar incerteza que possa pairar sobre existência ou eficácia de direitos.

Nesse momento, o Direito entende que a possibilidade de a pretensão do titular do direito se prostrar infinitamente é mais gravosa à estabilidade das relações da coletividade do

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 37.

que o prejuízo deste sujeito que permaneceu silente durante prazo considerado razoável pelo legislador para o regular exercício de sua pretensão, configurando espécie de renúncia tácita de seu direito³⁸.

Impende demarcar que o início da contagem do prazo prescricional se dá justamente, como é seu fundamento, a partir do momento em que o respectivo direito subjetivo pode ser exercido, como dispõe a clara redação do art. 189 do Código Civil vigente: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206³⁹.”

Resta claro também, de acordo com o art. 192 do referido diploma legal, que o termo final desse prazo é determinado pela lei, visto que é competência não-suprimível do legislador dispor acerca de prazos prescricionais, não sendo facultado a qualquer particular diminuí-los ou prorrogá-los.

Ainda a Teoria Geral do Direito nos informa que o tempo necessário a se efetivar a prescrição não será, necessariamente, contínuo. Tal situação decorre de duas figuras instituídas em nosso ordenamento jurídico, quais sejam, a suspensão e a interrupção do prazo prescricional.

A distinção entre as circunstâncias que suspendem, incluída a hipótese que lhe impeça de ser iniciado, ou interrompem o curso do prazo se atrela aos valores que o legislador lhes conferiu.

Causas suspensivas ou impeditivas da prescrição teriam relação com a dificuldade de se exercer eficazmente a pretensão correspondente ao direito subjetivo questionado, especialmente porque seu exercício significaria maior gravame às relações sociais, como é o caso da suspensão da prescrição entre os cônjuges enquanto da constância do casamento. Na ocorrência de causas suspensivas, o prazo não flui, voltando, porém, a correr de seu ponto de parada quando tal circunstância deixa de existir⁴⁰.

Com relação à interrupção da prescrição, o legislador consagrou que os atos descaracterizadores da inércia do titular da pretensão teriam o condão de desconsiderar eventual espaço de tempo decorrido que pudesse levar à prescrição da pretensão.

Nesse caso, diferentemente da configuração de causa impeditiva ou suspensiva da prescrição, o prazo anteriormente decorrido é substancialmente anulado, voltando, quando da

³⁸ Ibidem. p. 682 a 689

³⁹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 nov. 2007.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 698.

cessação da causa interruptiva, a se contar integralmente o tempo determinado na lei específica para alcance da prescrição, cuja mais relevante hipótese geradora é a citação do devedor, determinada pelo juiz da causa, a partir da manifestação do credor.

Tais causas configurariam, nos termos definidos legalmente, as respostas inequívocas disponibilizadas ao titular da pretensão diante da possibilidade de se ver privado do exercício da mesma em razão da sua inércia, alinhando-se, destarte, à própria razão de ser da prescrição. Importante inovação, nesse sentido, do atual código civil foi possibilitar que somente se interrompa uma única vez o prazo prescricional, sob pena de, em caso diverso, validar imprescritibilidade indireta ao se considerá-la interrompida a cada movimentação promovida pelo titular do direito.

Com relação ao instituto da decadência, este afeta o próprio direito material que não foi exercido no tempo determinado por seu titular. Enquanto a prescrição se funda na segurança jurídica de relações jurídicas, a decadência deriva estritamente do não-exercício de um direito no tempo que a lei definiu para tanto.

Nesse sentido, impende tecer algumas considerações acerca do princípio da segurança jurídica, já que se trata de uma das estruturas sobre a qual se funda toda a sistemática jurídica e o ponto basilar da concepção e aplicação da prescrição, objeto do presente estudo. Nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho, colacionado por Hely Lopes, trata-se de “um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito⁴¹”.

O princípio da segurança jurídica seria comum a todo ordenamento jurídico organizado, já que convalidado a partir de um caráter elementar em face da sistematização do Direito.

Acerca de sua vital relevância, Bandeira de Mello chega a mensura que tal instituto “se acaso não é o maior de todos os princípios gerais do direito, como acreditamos que efetivamente o seja, por certo é um dos maiores dentre eles⁴².”

Bandeira de Mello complementa que o princípio da segurança jurídica trata-se de questão ínsita ao Estado Democrático de Direito, e se afigura como verdadeiro norte em todas as relações jurídicas estabelecidas no em nosso ordenamento contemporâneo, asseverando:

Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, 1991, p. 384 *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 96

⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 77

Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo. Enquadra-se, então, entre os princípios gerais de Direito.⁴³

Com relação ao conteúdo que tal princípio traz com relação ao Direito Administrativo, tem-se que seria meio de evitar que alterações jurídicas inesperadas acabem por desequilibrar de maneira irremediável a relação estabelecida entre administrado e Administração Pública. Por decorrência de tal princípio, é indissociável da conduta do administrador público buscar meios de mitigar essa alteração de situação de fato que traga riscos demasiados à estabilidade jurídica ansiada pelos administrados.

É, pois, irrepreensível considerar que a figura da prescrição é conseqüência direta de tal postulado, ainda mais ao se ter em mente que o ente mais poderoso na organização da sociedade politicamente estruturada, sem sombra de dúvidas, é o Estado, que assume, dessarte, a função de Administração.

Apesar de sua inequívoca relevância no sistema jurídico, não há norma constitucional que, expressamente, demarque a incidência de tal princípio, porém, sua positivação foi verificada quando o legislador se dedicou a estatuir o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, ao determinar no art. 2º da Lei n.º 9.874, de 29 de janeiro de 1999, que a norma deve ser interpretada de acordo com o que melhor atenda ao interesse público, tutelado pelo Estado, ressaltando que tão importante quanto satisfazer o interesse público é vedar que interpretação nova acerca de norma seja aplicada retroativamente.⁴⁴

A fim de se identificar os parâmetros de sua aplicabilidade e observância, bem como o grau de imiscuição desse princípio no ordenamento jurídico facetado ao Direito Administrativo, mais do que válida a leitura de excelente manifestação de Almiro do Couto e Silva, a seguir:

No Direito Público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalhecimento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo o mundo, com pequenas modificações de país para país.⁴⁵

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 112

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 96

⁴⁵ Almiro do Couto e Silva, “O princípios da legalidade e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo”, RDP 84/46 *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 97

2.2 A Prescrição Administrativa

Inicialmente, vale mencionar a contraposição e discussão acerca dos institutos analisados acima, e, por conseguinte, que a aplicabilidade da prescrição “pressupõe a existência de uma *ação judicial* apta à defesa de um direito, porque ela significa a perda da respectiva ação, por inércia de seu titular (grifo do autor)”.⁴⁶

Ao se tratar de figura que impeça à Administração Pública exercer determinados direitos sob a via administrativa, dentre os quais os de sancionar as irregularidades funcionais de seus servidores e a aplicação de sanções a particulares que não observam normas cujo cumprimento caberia à Administração fiscalizar, cria-se uma nova figura, a prescrição administrativa, cuja essência se liga aos fundamentos da prescrição estudada a partir do Direito Civil, embora não se possa permitir qualquer confusão dessa figura com o instituto do Direito Civil que lhe dá azo.

Em recente manifestação jurisprudencial, o desembargador Thompson Flores Lenz indicou que haveria defeito na redação da lei vigente acerca da prescrição, acentuando que não seria caso de prescrição a impossibilidade de se exercer o poder punitivo corolário do poder de polícia administrativa, criticando a redação do art. 1º da Lei n.º 9.873/99, conforme segue transcrição de seu voto:

O referido dispositivo deveria dizer "decai" e não prescreve, já que o prazo previsto diz com a constituição do crédito da Administração contra o particular. Esclareço que, embora não se pretenda emprestar efeito retroativo a essa norma legal, ela acolheu entendimento decorrente de raciocínio lógico, que é de ser aplicado ao caso concreto. Assim, há que se pronunciar a decadência na hipótese, em que a Administração poderia ter constituído seu crédito contra os executados apenas até o ano de 1991, considerando que os fatos investigados ocorreram entre 1984 e 1986. Consigno que a decadência pode ser decretada *ex officio*, ainda que se trate de direitos patrimoniais, conforme decisões do Pleno do Supremo Tribunal Federal (RTJ 130/1.001 e RT 656/220). Por essas razões, rejeitada a preliminar argüida, deve ser pronunciada *ex officio* a decadência do direito da União Federal de constituir título executivo com base no acórdão n.º 054/96, da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, restando prejudicadas as demais questões de mérito.⁴⁷

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 656.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Processo Civil. Apreciação da legalidade pelo Tribunal de Contas da União. Fator impeditivo da fluência do prazo decadencial. Imprescritibilidade da ação de ressarcimento (Art. 37, § 2º, da CFRB/88). Apelação cível n.º 2001.71.01.001371-1/RS. Apelante: União Federal. Apelada: Miguel Levin Piltcher e outro. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo

Em que pese defesa da nomenclatura, apoiada em Diógenes Gasparini, que define a situação caracterizar decadência, visto que a Administração deixa de exercer “o dever-poder que lhe cabe, omite-se. Perde, assim, o próprio direito, não a medida prevista para sua defesa quando entenda-o ameaçado ou violado, como ocorre com os administrados. Não se trata, pois de prescrição, mas de decadência”⁴⁸, não se pode olvidar o restante de nosso sistema jurídico, de forma que tal definição passa ao largo daquilo que institui o Código Civil vigente em seu art. 189, já que se trata de pretensão destinada a reparar violação da ordem jurídica administrativa, hipótese, portanto, de incidência da prescrição da pretensão punitiva em, como bem apontou Carvalho Filho.⁴⁹

Vale ressaltar que esse é o entendimento da grande maioria da doutrina brasileira, como visto nas demais referências constantes do presente trabalho, inclusive, sendo os termos utilizados em todos os diplomas legais que trataram da perda do direito de a Administração Pública sancionar o administrado.

Dessa maneira, preferimos seguir a denominação que melhor qualifica essa figura, levando em consideração, entretanto, que não se pode estudá-la em face da prescrição civil, posto que de raios de incidência completamente distintos.

Na valiosa lição de Odete Medauar, resta melhor aclarada essa divisão e precisa dissertação a respeito de se tratar da utilização meramente extensiva da nomenclatura, uma vez que inseridas em ramos do direito de principiologia sobremaneira diversa, conforme a seguir, o que robustece ainda mais a preferência pela expressão empregada “prescrição administrativa”:

O que se utiliza é a idéia essencial de uma figura que impede a atuação da Administração ou o uso da via administrativa pela passagem do tempo. Essa figura, em virtude daquela idéia essencial, tem sido denominada *prescrição administrativa* porque dotada de características próprias, sem envolver ação em Juízo [...] Mas, acreditamos que o acréscimo do termo “administrativa” permite perceber, de imediato, que se trata de questão relativa à passagem do tempo ou decurso de prazo referentes à atuação da Administração ou a direitos pleiteados na via administrativa.⁵⁰

Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 14 de agosto de 2007. Disponível em:

<http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200171010013711&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=a5c2da1579ec3ffd8bf31c6a3e7ac95f&txtPalavraGerada=JURI>. Acesso em: 22 set. 2007.

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 803

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 751

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. Prescrição e Administração Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 642, p. 83, abr./1979.

Advertida a possibilidade de confusão, passa-se ao exame desta figura, de nodal importância para o presente trabalho, que tem por escopo maior o estudo da prescrição em face da pretensão punitiva do Estado no exercício de seu poder de polícia administrativa.

A prescrição administrativa, conforme salientado por J. Cretella Júnior, não se resumiria ao Direito Disciplinar consubstanciado na falta que o servidor público praticaria contra a Administração Pública, o que seria a grande questão da polêmica doutrinária acerca da prescrição administrativa, como se verá adiante. O colendo jurista destaca que:

O direito disciplinar, como direito sancionador, persegue a falta administrativa, capitulada nos Estatutos que regem a vida do funcionário e, nesse caso, ao estudá-lo, não se pode perder de vista a noção categorial, comum aos vários ramos do direito, o que é patente na hipótese da prescrição da sanção disciplinar que, como instituto jurídico sancionador, se fundamenta, sem a menor dúvida, na categoria jurídica respectiva, que vai informar o instituto da sanção, em qualquer dos ramos do direito, inclusive a sanção penal, que é paralela, mas não gênero da espécie sanção administrativa, pelo que pode apenas colaborar supletivamente na configuração completa deste instituto inerente ao direito disciplinar (grifos do autor).⁵¹

Acrescenta o professor paulista que “a *prescrição penal* e a *prescrição administrativa* são espécies, repetimos, entre outras, da figura categorial *prescrição*, que reponta em vários ramos do Direito, definindo-se genericamente como a ‘perda do direito de punir, em decorrência do tempo’ (grifos do autor)”⁵², arrematando que seriam o ilícito administrativo e o ilícito penal, espécies de um mesmo gênero.⁵³

Embora comumente se enfrente a questão da prescrição administrativa como decorrência direta da prescrição penal, não se pode deixar de atentar para a bem definida autonomia entre os dois ramos do Direito aos quais estão submetidas, de forma que seria equivocado apontar o ilícito administrativo como instituto idêntico, porém de menor extensão e gravidade que o ilícito penal.⁵⁴

Defende o autor paulista que o ilícito administrativo, que não configure crime, não pode ser caracterizado como algo menor do que o ilícito penal, justamente em razão de se situarem em esferas diversas, de forma que afirmar que, “não há falar-se de um ilícito

⁵¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Prescrição da falta administrativa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 275, p. 61, 1981.

⁵² Ibidem. p. 62.

⁵³ Ibidem. p. 63.

⁵⁴ Loc. cit. Em sentido contrário, v. HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo** – Seleção Histórica 1945-1995 *apud* BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de abril de 2007;

ontologicamente distinto de um ilícito penal”⁵⁵ seria proibido ao ordenamento jurídico estabelecer hipótese de se apurar ilícito em instâncias diversas, sob pena de configurar o *bis in idem* ao se punir, pelo mesmo fato, o indivíduo penal e administrativamente⁵⁶.

No entanto, deixa claro que os ilícitos administrativos chamados “puros”, ou seja, aqueles que se exaurem dentro da própria Administração Pública, apenas se diferenciam em questão de substância dos ilícitos penais, adequando-se a respectiva sanção ao âmbito do Direito que cuida de apurar tal conduta.⁵⁷

Vale, nesse sentido, atentar para a precisa lição de Ruy Cirne Lima, que aponta com bastante didática os critérios que deveriam ser adotados para distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo, culminando com estender tal diferenciação às diferenças entre as sanções possivelmente decorrentes de ambos, conforme enumeradas a seguir:

a) enquanto as penas criminais são incommunicáveis, as administrativas, sob a forma de multa, podem ser reclamadas dos sucessores do infrator; b) nos crimes a responsabilidade do réu deriva diretamente da prática do fato delituoso, enquanto nas infrações administrativas a responsabilidade é presumida, respondendo o infrator pelas fraudes praticadas por seu preposto; c) o Direito Penal não admite a *reformatio in pejus*, mas ela pode ocorrer na esfera administrativa; d) enquanto as penas criminais visam exclusivamente à punição, as administrativas cumulam punição e reparação do dano.

Com relação ao exercício de seu poder de polícia administrativa, a aplicação de sanção implica necessário processo administrativo, assegurando-se ao particular interessado os direitos à ampla defesa e ao contraditório, em elementar observância ao devido processo legal conforme previsão disposta no art. 5º, LIV e LV da Constituição da República.

Nesse sentido, não se pode perder de vista que, em qualquer esfera em que atue, a Administração Pública deve se pautar no princípio da legalidade, conforme art. 5º, II da Constituição Federal, o qual estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Destarte, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de expressa previsão em lei.

Justamente no curso de processos administrativos sancionadores, instaurados pela Administração com intuito de aplicar sanção ao administrado que se apure ter cometido ilícito administrativo, a legislação inovou com a regra de modalidade especial de prescrição

⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed., vol. VIII, 1959, p. 25, nota 3 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 63.

⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 64.

⁵⁷ *Ibidem*. Loc. Cit.

administrativa que fulmina o processo – e a pretensão punitiva – em razão da paralisação da própria Administração, conforme art. 3º da Lei n.º 6.838, de 29 de outubro de 1980.

Tal lei dispunha que o tempo para que a faltas praticadas por profissionais liberais e sujeitas a processo disciplinar para aplicação de sanção por órgão competente prescreveria em 5 (cinco) anos. No entanto, há disposição especial no sentido de atingir com a prescrição o respectivo processo administrativo paralisado, pendente de julgamento ou despacho, por mais 3 (três) anos.

Tal modalidade especial de prescrição implica variada gama de conceitos, e suscita não menos numerosas dúvidas, de forma que será estudada mais adiante, especificamente ao se tratar da Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999, que regula a incidência da prescrição do poder punitivo do Estado decorrente do exercício de seu poder de polícia administrativa e objeto principal deste trabalho.

2.3 A prescritibilidade como regra no Direito Administrativo

Durante largo tempo, a doutrina debateu a aplicabilidade de tal figura no âmbito do Direito Administrativo, polêmica que se inseria em contexto bastante fértil, já que nosso direito vivenciou duas fases bastante distintas no que toca à admissibilidade da prescrição no campo das sanções administrativas.

Embora a Teoria Geral do Direito reconheça que a imprescritibilidade é a regra e que qualquer exceção apenas poderia derivar de expressa disposição legal, nem sempre o Direito Administrativo reconheceu a aplicabilidade da perda da pretensão do poder punitivo do Estado em face de ilícito administrativo do particular ou mesmo de funcionário de seu quadro de pessoal.

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-lei n.º 1.713, de 1939), dispunha que a imprescritibilidade seria a regra em face de eventuais faltas disciplinares, o que apenas foi alterado quando da entrada em vigor da Lei n.º 1.711, de 1952, que introduziu o novo Estatuto dos Funcionários Públicos, permanecendo, entretanto dúvida acerca da prescritibilidade da falta disciplinar sujeita a demissão em razão de causa que não fosse a falta do funcionário por mais de 60 (sessenta) dias injusticadamente, num período de 12 (doze) meses, mas que não configurasse, ao mesmo tempo, crime, como destacou o Ministro Cunha

Peixoto em voto proferido em Mandado de Segurança apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 213 da Lei n.º 1.711, de 1952).⁵⁸

Em seu voto, o Ministro Cunha Peixoto defendeu que a mencionada ausência de previsão legal não poderia ser suprida pelo julgador, visto que, apoiado em Hely Lopes Meirelles, entendia ser a prescrição, enquanto matéria de direito público, impossível de se ver aplicada a interpretação extensiva, considerando válida a contrariedade que se instaurava em nosso ordenamento, ao prever que faltas muito mais graves se perdessem em face da prescrição, enquanto faltas de natureza intermediária viam-se destinadas à eterna ação punitiva estatal.⁵⁹

Depois de proferido o voto do Relator Ministro Cunha Peixoto, indeferindo a segurança requerida, o então Ministro Moreira Alves pediu vista e proferiu voto em que minuciosamente viria a expor todo o conteúdo que atrelava a polêmica da incidência da prescrição no campo do Direito Administrativo, tornando-se verdadeiro marco histórico no enfrentamento dessa questão.

O Ministro Moreira Alves, a par da conflituosa divergência existente na doutrina a respeito da prescrição de faltas disciplinares, detalhou sua origem na certa influência que sistemas jurídicos estrangeiros exerceram sobre os administrativistas brasileiros, visto que o Direito francês, tal qual o italiano, eram adeptos da imprescritibilidade de faltas disciplinares, justificada na consecução da boa ordem do direito público, enquanto que o Direito português configuraria a prescritibilidade como regra, excetuada por expressa determinação legal.⁶⁰

Nesse sentido, o Ministro Moreira Alves destacou com bastante propriedade que, para o correto enfrentamento da questão, mostrava-se imprescindível que se lhe tratasse frente às peculiaridades do Direito brasileiro, de tradição positivista, especialmente depois da mutação promovida em nosso ordenamento mediante a edição do novo Estatuto dos Funcionários Públicos de 1952.⁶¹

Não se entender que as faltas disciplinares que não se adequassem à literalidade do art. 213 do Estatuto dos Funcionários Públicos vigente à época seria interpretar de forma ilógica o

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Funcionário Público. Falta Grave. Prescrição. Aplica-se às faltas disciplinares não referidas como crime a regra da prescrição em quatro anos. Interpretação extensiva do art. 213, n.º II, alínea “a”, do Estatuto dos Funcionários Públicos. Mandado de Segurança n.º 20.069. Impetrante: Luiz Limeira Koury. Impetrado: Senhor Presidente da República. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, 24 de novembro de 1976. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 135, p. 66, 1979.

⁵⁹ Ibidem. p. 72.

⁶⁰ Ibidem. p. 73.

⁶¹ Loc. cit.

dispositivo legal, visto que não se tratava de rol taxativo, mas, ao contrário, delineador genérico da prescritibilidade inserido no âmbito das faltas disciplinares.

Com efeito, o eminente Ministro Moreira Alves prosseguiu à análise do processo legislativo que culminou com a referida lei e aclarou que a defectiva redação do artigo decorria de equivocada interpretação de parlamentar proponente de substitutivo do projeto de lei que buscava não permitir a imprescritibilidade de sanções disciplinares, mas, ao contrário, apenas reforçar que faltas puníveis com demissão sempre teriam caráter delituoso, de forma que deveriam seguir o prazo prescricional do Direito Penal, não constituindo, de maneira alguma, espécie sobre a qual não incorreria a prescrição.⁶²

Diante da situação provocada pelo referido equívoco no processo legislativo, a lei terminou por dizer menos do que, de fato, era vontade do legislador, impendendo o uso de interpretação extensiva por meio da qual, nos dizeres de J. Cretella Júnior, “ampliam-se as palavras da lei”.⁶³

Destarte, o douto Ministro Moreira Alves conclui seu voto pela concessão da segurança requerida, o que foi seguido pelos demais membros daquela Corte, asseverando a incidência da prescrição nos processos administrativos, pacificando o entendimento no ordenamento jurídico pátrio, com as seguintes linhas: “E, em matéria de prescrição em nosso sistema jurídico, inclusive no terreno do Direito Disciplinar, não há que se falar em *ius singulare*, uma vez que a regra é a da prescritibilidade.”⁶⁴

Tem-se, assim, que a publicação do Estatuto dos Funcionários Públicos, em 1952, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal, foi o marco delimitador do reconhecimento da prescritibilidade das ações disciplinares da Administração Pública, corrigindo o limbo que permanecia desde a era pré-codificada e estendendo ao restante do ordenamento brasileiro a regra da prescritibilidade.

Atualmente, a Constituição da República afirma com bastante clareza que a regra do sistema jurídico brasileiro é a submissão de quaisquer pretensões à prescrição. O legislador constituinte reservou a imprescritibilidade do poder punitivo do Estado a apenas duas condutas delituosas: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, previstos, respectivamente, nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição da República.

⁶² Ibidem. p. 77.

⁶³ CRETELLA JÚNIOR, J. Op. cit. p. 70.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. Cit. 78.

Ademais, insta ressaltar que a polêmica dirimida pela irrefutável decisão nos autos do Mandado de Segurança examinado, sofreu com interpretações duvidosas que poriam em risco a estabilidade das relações jurídicas, não observando a regra insculpida no art. 5º da Constituição Federal e esvaziando a clara redação do seu art. 37, § 5º.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.⁶⁵

Vale ressaltar, no entanto, que a atividade legislativa se ocupou fortemente de elaborar normas específicas de regulamentação da figura da prescrição administrativa, consolidando esse prazo prescricional em máximo de 5 (cinco) anos, nos termos da Lei n.º 9.873, de 1999, no caso de não configurar o ilícito administrativo, crime.

Insta ressaltar que teses contrárias ao reconhecimento da prescrição administrativa em razão de a lei não lhe ter fixado prazo para restar consumada, alegando que esta é matéria de “direito estrito” e, portanto, não seria possível integrar-lhe conforme a analogia, carecem de fundamentação lógica.

A analogia somente é vedada nas hipóteses de disposições excepcionais. E no caso da pretensão punitiva do Estado, a exceção é justamente que os direitos sejam imprescritíveis, vedando-se, por conseguinte, que se instituem hipóteses não alcançadas pela prescrição por meio de analogia. Ao contrário, como consignado que a regra é a prescritibilidade, não se afigura possível deixar de aplicá-la por ausência de disposição legal, pois que legítima a utilização de analogia. Hely Lopes Meirelles com acertada retificação de sua posição inicial, propiciada pelo mencionado julgamento do Supremo Tribunal Federal relatado pelo Ministro Moreira Alves, afirmou:

Temos defendido a tese de que a prescrição administrativa, tratando-se de matéria de direito estrito, só ocorre quando a lei a estabeleça. Essa conclusão foi por nós adotada em relação às penas disciplinares, não especificamente em face das sanções derivadas do exercício do poder de polícia. Mas mesmo em matéria de sanções disciplinares, onde o indivíduo está muito mais intensamente jungido ao poder do Estado, chegamos a admitir sua prescritibilidade, por analogia com o direito penal (cf. nosso Direito Administrativo Brasileiro, pp. 413- 414).

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar. 2006.

Ora, se até no direito disciplinar, em que sempre se exigiu lei expressa para fixar os prazos prescricionais, admite-se hoje a prescritibilidade, com muito mais razão essa prescritibilidade deve ser afirmada em relação às sanções fundadas no exercício do poder de polícia, pelos motivos já examinados. Na ausência de lei especial que fixe o prazo prescricional das sanções administrativas aplicáveis **é de se recorrer, por analogia, à norma mais próxima dessas sanções** (grifo nosso).⁶⁶

Nesse sentido, vale conferir Hely Lopes Meirelles, que categoricamente, afirma que além de regras específicas de interpretação do Direito Administrativo, não se deve desconsiderar os métodos atribuídos pela Lei de Introdução ao Código Civil, conforme preleciona.

A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito; a interpretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito Privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova.⁶⁷

Ora, tem-se claro que a prescritibilidade da pretensão punitiva da Administração é matéria consagrada no Direito Administrativo, que se impõe nas relações jurídicas contraídas pela Administração perante os administrados, com base em seu poder de polícia, amplamente delineado na Constituição Federal, na legislação ordinária e em normas competentes às relações de supremacia especial não existindo.

Não se afigura legítimo, portanto, que o administrador deixe de suprir a lacuna legal quanto ao prazo prescricional, sustentando-se em normas preexistentes de Direito Administrativo, sob pena de desrespeitar a autonomia científica desse ramo do Direito.

Se a lei prescinde de norma específica sobre o prazo prescricional aplicável, torna-se deverá ser estabelecido por via de integração da ordem jurídica, é indubitável que o administrador público (i) faz uso da analogia para fixar-lhe um prazo diferente do que o Direito Administrativo propugna como razoável, ou (ii) viola a ordem constitucional, porquanto, ao não se localizar uma norma específica acerca de prazos prescricionais no âmbito administrativo, quando do exercício do poder de polícia administrativa, não se abre espaço para que o administrador entenda pela imprescritibilidade, pois esta sim depende de norma específica para existir.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, Prescrição da pena administrativa. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, p. 380-381.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 48

Destarte, a extensão desarrazoada do prazo quinquenal ostentado nas demais normas administrativas implicaria justamente o uso da analogia, pois que precisamente teria vez a aplicação, por analogia, de outro prazo que não o defendido como razoável, procedendo, assim, à integração analógica, porém, com o uso de parâmetro totalmente equivocado.

O acerto do prazo prescricional de 5 anos como referência para o exercício da pretensão, foi amplamente difundido na doutrina, antes de lei que uniformizou o tema, não se elevando qualquer dos doutrinadores contra essa tese, conforme se depreende da transcrição da obra de Di Pietro: “Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (1996:589), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto n° 20.910.”⁶⁸

Afirmando a correção do entendimento doutrinário exposto acima, os julgadores, majoritariamente, decidiram que o prazo prescricional deveria atender ao que dispõe analogicamente as demais normas de Direito Administrativo, como visto no voto do Ministro Moreira Alves analisado anteriormente, de maneira que a conduta do administrador que se distancie desses parâmetros não pode ser admitida.

Referida posição firmada pelo Supremo Tribunal permanece até os dias de hoje em nosso Judiciário, como ilustrado em Acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, a seguir transcrito, do qual, inclusive, consta larga relação de precedentes que tem seguido a mesma orientação, deixando bastante claro que não há correlação entre o estabelecimento do prazo prescricional no âmbito administrativo e o prazo genérico informado pelo Código Civil vigente, bem como que se aplica à Administração Pública o mesmo prazo disponibilizado ao particular para intento judicial contra a Fazenda, *in verbis*:

1. "A Administração Pública, no exercício do *ius imperii*, não se subsume ao regime de Direito Privado."
(...)
2. "A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado."
3. "Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º caput: "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado."

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 487 *apud* BARROSO, Luis Roberto. Op. cit.

4. "A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade."

5. "Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu."

6. STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 751832 - Processo: 200500830901- UF: SC - Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - Data da decisão: 07/03/2006 - DJ: 20/03/2006 - PÁGINA:20775 - Relator TEORI ALBINO ZAVASCKI - Decisão por Maioria.

7. A prescrição intercorrente, como mencionada na sentença, foi decretada, mesmo antes da suspensão do feito nos termos do art. 40, da Lei de Execuções Fiscais. A citação do devedor por oficial de justiça não se realizou, certificando-se o novo endereço do executado, em outro Estado da Federação. O exeqüente passou oito anos sem se manifestar, ficando o processo paralisado por inércia do exeqüente, impondo-se o reconhecimento da prescrição intercorrente, com base no parágrafo 4º, do art. 40, da Lei de Execução Fiscal.

8. Apelação da Fazenda Nacional improvida.⁶⁹

Verifica-se que os atos submetidos ao controle do Judiciário sempre seguiram a mesma orientação, porém, em termos legislativos, esperou-se cerca de 70 anos para que a Administração, sob justificativa de se tratar de matéria de direito estrito em lei não expressamente regulada, reconhecesse limites temporais à sua atuação.

2.4 Prescrição Intercorrente

Questão que se insurge quando da análise da Lei n.º 9.873/99 refere-se à prescrição intercorrente, figura disposta em seu art. 1º, §1º, que resgata figura inserida no ordenamento jurídico-administrativo por meio do art. 3º da Lei n.º 6.838/80, e que se configura na mediante a paralisação de processo administrativo paralisado por mais de três anos, sem que a Administração nele profira despacho ou o julgue.

A lei prevê que os autos deverão ser arquivados de ofício, ou a requerimento da parte interessada, restando necessária a apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ART. 1º, DA LEI 9.873/99. PRAZO QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO. Relator: Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Recife, 12 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/juris>>. Acesso em: 10 set. 2007.

Da redação legal, extrai-se que a prescrição intercorrente denota a existência simultânea de quatro elementos, quais sejam, (i) que o processo administrativo tenha sido iniciado, o que ocorre por meio da notificação ao interessado para vir falar aos autos; (ii) que não se tenha movimentação procedimental ao longo de três anos; e (iii) ausência de julgamento ou despacho.

Essas quatro premissas inerentes à configuração da prescrição administrativa intercorrente decorrem exatamente do disposto no art. 1, § 1º, já que entendemos que o art. 2º da referida lei se submete apenas à prescrição quinquenal, visto que a figura da prescrição intercorrente, do contrário, os incisos I e III do art. 2º da referida lei constituiriam letra morta, já que inerente à configuração da mesma que o processo já se tenha iniciado, ou seja, que se tenha notificado o interessado a respeito da pretensão punitiva empenhada, e que não exista manifestação que configure decisão administrativa no passar de três anos.

O escopo da norma foi justamente punir a morosidade excessiva da Administração, deixando claro que nega a perpetuidade dessa apuração, pois, do contrário, ficaria à mercê da Administração decidir em quanto tempo deveria cuidar de concluir o processo administrativo.

Isto posto, passa-se a abordar o que se deve inferir do termo “paralisação do feito”. Temos por princípio que a paralisação importa na não realização de atos processuais.

Nesse sentido, vale ressaltar que o processo administrativo é regido pela Lei n.º 9.784/99, a qual, em seu art. 22 dispõe que os atos processuais não dependem de forma determinada, devendo, no entanto, respeitar a forma escrita e serem guiados pela Administração Pública, que deve observar o princípio da impulsão oficial, com o escopo de apurar eventual ilícito e, proporcionalmente, caso reste comprovado sua materialidade, aplicar-lhe sanção correspondente.

Dessa maneira, a Administração deve propugnar por realizar as diligências necessárias à apuração do fato, cabendo apenas à própria Administração o ônus de levar o processo adiante, com o perdão da redundância, já que é dela o direito de punir e apenas ela, enquanto protetora do interesse público, a responsável por apurar o fato, devendo, por óbvio, assegurar ao acusado a ampla defesa e o contraditório, visto que decorrente de expressa disposição constitucional.

Assim, não é legítimo entender que qualquer manifestação da parte acusada nos autos do processo administrativo teria o condão de desconfigurar a paralisação, já que, consoante a parte final do referido parágrafo, cabe à Administração, como forma de manter vivo o

interesse público, processar a falta disciplinar que tenha levado a tal atraso na conclusão do feito.

A respeito do tema, traz-se à colação decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em que aborda com propriedade a questão ora sob exame, de forma que deve ser trazido à colação, conforme a seguir:

I. Apelação cível contra sentença que julgou improcedente pedido dos ex-dirigentes da Banorte Fundação, entidade particular de previdência privada patrocinada pelo Banco Banorte S/A, de anular inquérito administrativo em que foram punidos. Alegação de prescrição da pretensão punitiva administrativa, cerceamento de defesa e vício de motivação.

II. Não se operou a prescrição prevista no art. 1º, §1º da Lei nº 9.873/99, posto que a existência de notas técnicas e pareceres jurídicos entre o relatório final e o despacho condenatório do Secretário de Previdência Complementar indica a inexistência de paralisação do processo administrativo por mais de 03 (três) anos.

III. Não ocorrência da prescrição estabelecida no art. 4º da Lei nº 9.873/99, que prevê apenas a sua incidência quando a prática de atos de investigação do fato, ou a abertura de inquérito, sucedam dentro do prazo de 02 (dois) anos a partir de 1º/07/98, ou seja, no caso da Administração ter permanecido inerte. Inaplicabilidade ao caso concreto, pois incide nas ressalvas previstas no artigo e enunciadas no art. 2º do mesmo texto legal. O inquérito administrativo foi instaurado antes mesmo da vigência da Lei.⁷⁰

Merece destaque, também, a Portaria n.º 4/2006, expedida pelo Ministério com o fim de regular a figura da prescrição intercorrente no curso de processos administrativos instaurados no âmbito dos órgãos a ele submetidos.

Art. 33. A prescrição intercorrente de que trata o art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, incide em qualquer das diversas espécies de processo administrativo previstos nesta Portaria, que estiver paralisada por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho.

Art. 34. Para efeitos do art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, somente serão considerados interruptivos da prescrição intercorrente a decisão terminativa (julgamento) e o ato ou decisão interlocutória (despacho) que, de forma inequívoca, importarem apuração do fato, assim considerados, dentre outros:

I - realização de qualquer instrução ou diligência, inclusive requisição de informações, esclarecimentos orais, busca e apreensão ou inspeção;

II - solicitação de providências ou pareceres a outros órgãos públicos, relacionados com o interesse da instrução processual; e

III - despacho convertendo “Procedimento DPDE” em “AP” ou esta em “PA”.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. INTERVENÇÃO. INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS DIRIGENTES. PRESCRIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. VÍCIO DE MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. INCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Apelação Cível n.º 381397. Processo: 200383000086321. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Recife, 16 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/juris/resultado.jsp?index=0&action=avancada.jsp&TRF1=TRF1&TRF2=TRF2&TRF3=TRF3&TRF4=TRF4&TRF5=TRF5&classe=&clas=&rel=&emen=&deci=&proc=&data1=&data2=&data3=&data4=&orga=&inde=&refl=lei+9873&cata=&obpr=&resp=&inte=&livreAvancada=tr%EAs%0D%0A&l=5>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

Art. 35. Para efeitos do art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, os seguintes despachos não serão considerados interruptivos da prescrição:
 I - despacho encaminhado os autos ao setor competente para tomar providências cabíveis; e
 II - despacho requisitando à Divisão Processual providências burocráticas de saneamento dos autos, como numeração, desentranhamento de documentos, apensamento.⁷¹

Com efeito, tem-se assegurado que não há aplicação do conceito de inequívoca apuração do fato, como dispõe o art. 2º, II da Lei n.º 9.873, mas de paralisação do processo, de forma que não pode a Administração mantê-lo paralisado, ou seja, sem que ela própria instrua o referido processo por mais de três anos, já que é da própria natureza do processo administrativo punitivo que ele se guie com a intenção de apurar o ocorrido. Assim, expedientes meramente protelatórios não são aptos a confirmar que o mesmo não está paralisado.

Qualquer ato proferido a partir da instauração do processo administrativo é guiado pela legalidade, de maneira que, a partir da notificação ao acusado, não existem atos inequívocos, restritos à fase de investigação, anterior ao processo, quando se identificam as provas que consubstanciam a motivação do ato perante o administrado, dando legitimidade ao processo administrativo.

Assim, os atos produzidos no curso do processo já instaurado desconfiguram a paralisia da Administração, não havendo, portanto, que se falar em interrupção da prescrição intercorrente, mas na sua configuração ou não, tendo em vista dois atos de andamento processual. O processo administrativo presta à análise de provas colhidas, não à produção de novas provas, o que se dá em momento anterior à sua instauração, ou, caso ocorra a partir de então, não sendo caracterizador de uma to normal do processo, por isso, não sendo apto a impedir a consumação da prescrição intercorrente.

Corroborando nosso entendimento, podemos citar Nelson Eizirik, que comentando a Lei das S.A., precisou que “o único ato ‘inequívoco’ de apuração do ilícito é a notificação do indiciado de instauração do inquérito administrativo”⁷², já que é o primeiro ato que dá ciência ao acusado desta situação, visto a necessidade premente de se conferir segurança

⁷¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria n.º 4, de 5 de janeiro de 2006. Regulamenta as diversas espécies de processos administrativos previstos nos arts. 26, **caput**; 26, § 5º; 26-A; 30; 32; 35, § 2º; 35-A; e 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 [...] para apuração, prevenção ou repressão de infrações contra a ordem econômica, no âmbito da Secretaria de Direito Econômico [...]. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiatio.asp?File=\inst\inst372.htm>>. Acesso em: 16 set. 2004.

⁷² EIZIRIK, Nelson Laks. **Reforma das S.A. e do Mercado de capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 221.

Diante de tais observações, temos que são muitas discussões que pairam sobre os dispositivos da Lei n.º 9.873/99, porém, Não se lhes pode atribuir interpretação que prejudique o sujeito de direito hipossuficiente diante da máquina administrativa, devendo-se respeitar, acima de qualquer outro interesse, o princípio da segurança jurídica, sob pena de, assim não o fazer, violar-se o interesse público.

3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ADMINISTRATIVA

3.1 Evolução legislativa

Em termos de prescritibilidade da pretensão punitivas decorrente do exercício do poder de polícia administrativa, durante muito tempo a ausência de norma específica fez com que se travassem inúmeros debates acerca de sua aplicabilidade, sob o argumento de se tratar de matéria de direito estrito, que não poderia ser integrado por meio de analogia ou interpretado extensivamente.

Como já estudado anteriormente, o Estado declarou que a prescrição, ao atingir a pretensão punitiva do Estado frente ao particular, seja qual for a instância a que se submete o direito passível de ser exercido, é um mal menos grave do que se permanecer passível de sanção, *ad eternum*, considerando que a ausência de segurança jurídica provocada por tal situação seria muito mais atentatória à ordem do que lhe estancar a possibilidade de punir o agente.

Como bem acentuado pelo saudoso mestre San Tiago Dantas, a questão em torno da indefinição do tempo no qual seria permitido à Administração Pública sancionar os particulares como exercício de seu poder de polícia chega a ser torturante, senão vejamos:

Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais o pode.

De modo que, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o que conta e com o que não conta.⁷³

Apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal, declarando que a regra de nosso sistema jurídico é a prescritibilidade⁷⁴, e o art. 37, § 5º da Constituição Federal terminantemente declarasse que quaisquer infrações que prejudicasse o Erário seriam imprescritíveis, cabendo à lei fixar-lhe os prazos adequados, determinada parte da doutrina entendia que tal dispositivo constitucional não possuía aplicabilidade imediata, especialmente

⁷³ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**, Parte Geral, 1977, p. 397-398 *apud* BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*

⁷⁴ Cf. nota 23.

defendida por departamentos jurídicos de órgãos da Administração Pública Federal Direta e Indireta, que declaravam nosso sistema jurídico apenas aceitar prescrição quando assim o fixasse lei especial.

Embora a ausência de norma específica continuasse a ser grande óbice à defesa do particular frente ao aparelho estatal e houvesse manifestações doutrinárias e de órgãos jurídicos consultivos da Administração Pública superando esse entendimento do Pretório Excelso, vale ressaltar que os órgãos jurídicos submetidos à ADVOCACIA-GERAL da União (AGU) adotavam a regra da prescrição quinquenal da pretensão punitiva exercida em face de seu poder de polícia administrativa, em atenção ao que dispunha o Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932⁷⁵, em respeito à posição acertadamente comentada no referido Parecer, *in verbis*:

[...] assume relevo na observância dessa diretriz, o fato de que a própria Consultoria Geral da República sempre orientou no sentido de que a Administração não deve se posicionar contrariamente à jurisprudência solidamente firmada pelos Tribunais pátrios.⁷⁶

Com isso, a única norma aplicada ao Direito Administrativo admitindo sua aplicabilidade diante do poder de polícia da Administração Pública foi, durante muitos anos, a disposta no art. 1º do Decreto n.º 20.910/32, conforme a seguir transcrito:

Art. 1º - As Dividas Passivas Da União, Dos Estados E Dos Municípios, Bem Assim Todo E Qualquer Direito Ou Ação Contra A Fazenda Federal, Estadual Ou Municipal, Seja Qual For A Sua Natureza, Prescrevem Em Cinco Anos Contados Da Data Do Ato Ou Fato Do Qual Se Originarem.⁷⁷

Essa também foi a posição dominante em nossos tribunais, conforme excerto jurisprudencial do Colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mencionado no referido Parecer da AGU e, por sua clareza e solidez, segue transcrito:

PRESCRIÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE APONTADA POR PARTICULAR. DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS. RECONHECIMENTO DA CAUSA EXTINTIVA DE ACIONAR. 1. O Decreto nº 20.910, de 06.01.32, ao determinar a prescrição quinquenária de qualquer ação contra ato administrativo não fez qualquer distinção entre nulidade e anulabilidade. O prazo da prescrição incide em relação a quaisquer direitos pessoais, como o são os

⁷⁵ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer GQ-10, de 6 de outubro de 1993. Dispõe sobre a prescrição quinquenal. Disponível em: <<http://200.181.70.163/webpareceres/>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

⁷⁶ Pareceres nºs S-011, de 12.02.86; de 30.04.53, C-15, de 13.12.60; H- 76, I-222, de 11.06.73; L-211, de 04.10.78; P-33, de 14.04.83 *apud* ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Op. cit.

⁷⁷ BRASIL. Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D20910.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

decorrentes de relação de serviço público. 2. A prescrição quinquenal referida abrange qualquer direito ou ação. 3. Se é certo que o ato administrativo ilegítimo não se torna válido pelo tempo decorrido, qualquer que seja o período de sua duração, pois, o que é vicioso continua sempre vicioso. Certo, também, é que prescreverá, no prazo de 5 (cinco) anos a ação do interessado para o invalidar, por não se justificar a instabilidade jurídica, mesmo que potencial, por todo e sempre. 4. Em consequência, se o interessado não agiu dentro dos cinco anos autorizados pelo ordenamento positivo, o ato, mesmo inválido, firma—se, estabiliza—se, não podendo mais ser anulado, quer por meio administrativo, quer por decisão judicial. 5. Sentença reformada. Provimento do recurso.⁷⁸

Com a evolução da produção parlamentar brasileira, ressaltando-se que mencionado dispositivo tratou-se de Decreto, expedido pelo Poder Executivo, e que regulou por mais de 60 anos a figura da prescrição no Direito Administrativo Sancionador, houve surgimento de leis que mais claramente delineassem a prescritibilidade do poder punitivo extrajudicial.

Novo diploma que veio reafirmar a tese da prescrição administrativa quinquenal foi o art. 3º da Lei n.º 6.838, de 20 de outubro de 1980, a qual foi aplicada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por analogia à pretensão punitiva dos órgãos aos quais estariam filiados profissionais liberais.

Textualmente, decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) arquivou inquérito administrativo no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, reconhecendo que, passados cinco anos da ocorrência do fato, sem que a Administração Pública tivesse se manifestado em direção a instaurar processo administrativo e sancionar a falta ocorrida, aplicar-se ia tal dispositivo legal, conforme colacionou Caio Tácito em Parecer acerca do tema⁷⁹, apoiado no entendimento do mestre Hely Lopes⁸⁰.

Tem-se por entendimento que a lei, mesmo quando se identifica lacuna em seu texto, é expressão da vontade do legislador, ainda que tenha de suprida por manifestação jurisprudencial. Com esse enfoque e considerando todo o extenso histórico de manifestações jurisprudenciais a respeito do tema, Caio Tácito sustentou, *in verbis*

[...] firmado o princípio geral da prescritibilidade, cumpre ao intérprete construir o suprimento de lacuna legal, recorrendo ao método previsto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: omissa a lei, cabe aplicar o apelo à analogia como recurso de integração.⁸¹

⁷⁸ Ac. un. do TRF — 5ªR. — Ac. 195—SE — ANEXO IV, julgado em 03.08.89 *apud* ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Op. cit

⁷⁹ TÁCITO, Caio. Prescrição Administrativa – Comissão de Valores Mobiliários – Inquérito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 196, p. 286, abr-jun/1994.

⁸⁰ MEIRELLES Hely Lopes. Prescrição da pena administrativa. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, p. 376-386.

⁸¹ TÁCITO, Caio. Op. cit. p. 289.

Não pode a Administração Pública, em sua função de decidir sobre eventuais ilícitos administrativos, deixar de observar tal princípio, buscando previsões legais – até bastante claras – que cuidam de casos análogos, especialmente quando se tratar de situação que, em não observada, poderá trazer gravame dispensável ao particular, o qual, seguramente, encontrará voz junto ao Poder Judiciário, evitando-se movimentação inócua da máquina administrativa.

Referida lei que cuidou de ilícitos de profissionais liberais introduziu figura bastante peculiar, a chamada prescrição intercorrente, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Trata-se de tema até a presente data pouco comentado e sobre o qual a doutrina jamais chegou a consenso, não tendo sido, porém objeto de grande enfrentamento judicial que pudesse ter contribuído para sua elucidação.

No entanto, seguia-se junto à doutrina e, principalmente, aos administradores públicos, um clamor por trabalho legislativo específico sobre o tema, capaz de conferir completa segurança jurídica à aplicabilidade do instituto, cuja principal função é justamente conferir segurança jurídica às relações administrativas.

Um grande marco dessa mudança de postura do Legislativo frente ao tema foi a edição, em 11 de junho de 1994 da Lei n.º 8.884, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Tem-se que o mencionado diploma legal foi o primeiro a, com precisão, introduzir em órgão da Administração Pública Federal, a possibilidade de prescrição das faltas administrativas de cunho econômico, o que jogou por terra qualquer argumento no sentido de que, ao se reconhecer a prescritibilidade das sanções administrativas, o Estado estaria atuando contra a disponibilidade do interesse público, reconhecendo que a insegurança jurídica seria mais grave para a estabilidade social.

Importa salientar que a inovadora norma legal enfrentou justamente tema de importância elementar, já que, constitucionalmente, a ordem econômica, objeto de proteção do referido diploma legal, destina-se a assegurar a todos uma existência digna (art. 170 da Constituição Federal), que é um dos pilares de nosso Estado Brasileiro, como oportunamente inserto no art. 1º, III de nossa Carta Republicana.

Trazendo à colação o disposto na Lei n.º 8.884/94, temos que o legislador corrigiu interpretação defeituosa aplicada à Lei.º 6.838/80, declinando expressamente que o marco inicial da prescrição é a ocorrência da infração administrativa, não a data em que a

Administração tenha ciência do fato, passando-se a contar, a partir de então, cinco anos para que o Estado-Administração possa exercer sua pretensão, sob pena de prescrever, o que foi objeto de grande impasse doutrinário⁸².

Nesse ponto, interessante altera de alguns doutrinadores acerca da denominação aplicada a este que, esgotado, veda o exercício da pretensão punitiva administrativa, consoante a redação seguir:

Art. 28. Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho.⁸³

A partir de então, a tese a respeito da imprescritibilidade da pretensão punitiva, apesar de passados 18 anos da expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal em contrário, deixava se encontrar abrigo na doutrina, reconhecendo-se, de uma vez, que o retardamento excessivo do processo administrativo sancionador afeta diretamente a segurança jurídica e, por isso, necessita ser coibida.

No entanto, permaneciam dúvidas relativas aos demais campos de atuação da Administração Pública, embora largamente mitigados, já que cuidavam exclusivamente de infrações à ordem econômica, o que, entretanto, não merece acolhida, configurando-se verdadeiro equívoco desmesurado do administrador que agisse dessa forma.

Logo após a edição da Lei n.º 8.884/94, nosso ordenamento recebeu nova contribuição legislativa, a qual, contrariamente ao que foi regra no Direito Administrativo, desde a edição do Decreto n.º 20.910/32, ampliou o prazo prescricional incidente sobre a pretensão punitiva exercida por meio de processos sancionadores instaurados no âmbito da CVM.

Tratava-se da Lei n.º 9.457, de 5 de maio de 1997, cujo grande mérito foi o de silenciar inexplicável retrocesso consubstanciado em determinação originada da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), órgão consultivo da CVM, e encaminhada por meio de Aviso Ministerial do Ministro da Fazenda, indicando ser defeso à CVM e ao Banco Central,

⁸² No sentido esposado no presente trabalho, Cf. MEDAUR, Odete. Prescrição e Administração Pública.

Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 642, p. 85, abr./1979. Em sentido contrário, TÁCITO, Caio. Parecer *in* **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 485, jul-set/1956 *apud* MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 85.

⁸³ BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2006.

órgãos sob competência da pasta, reconhecer eventual prescrição de sua pretensão punitiva, contrariando recentes decisões experimentadas em ambas as instituições.

Tal Parecer PGFN/CAT/n.º 912/93, de 23 de setembro de 1993, recebeu ementa que em nada se coadunava com a progressiva mudança de postura da Administração Pública frente à questão, conforme se vê a seguir:

Prescrição administrativa. Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Lei n.º 4.595, de 31.12.64, art. 44, § 5º, e Decreto n.º 91.152, de 15.03.85. Lacuna Legislativa. Recurso voluntário, com efeito suspensivo. Matéria de direito estrito, vedada aplicação analógica e admitida interpretação extensiva da lei. Impossibilidade material.⁸⁴

Prestou-se, assim, à retificação de contra-senso empenhado dentro da própria Administração, que, em determinado momento, adotava – e deliberava –, fundamentada e motivadamente a prescritibilidade de pretensões levadas a cabo pelo referido órgão da Administração até que, diante de Parecer exarado por órgão consultivo, que não impunha ao expediente caráter vinculativo, passou a se reger por postura diametralmente oposta.

Nesse aspecto, é válido ressaltar que, além de inadequado em razão da necessidade de se interpretar analogicamente a disposição legal existente e por ter se baseado em manifestação de caráter não-vinculativo, o CRSFN, bem como, por conseguinte, a CVM não poderia ter permanecido aplicando tal orientação equivocada, visto que a mensagem encaminhada pelo Ministério da Fazenda contrariava Parecer expedido pela própria AGU, a qual a PGFN é subordinada.

Em relação ao Parecer anteriormente emitido pela AGU, este sim assumiu caráter vinculativo, ao ser adotado pela Presidência da República em 25 de outubro de 1993⁸⁵, conforme o art. 40, § 1º da Lei Complementar n.º 73/93, que dispõe que os pareceres do Advogado-Geral da União que tenham sido aprovados e publicados juntamente com o despacho presidencial vinculam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento⁸⁶, caracterizando verdadeiro descumprimento do princípio da legalidade a aplicação de entendimento diverso, que portanto, é nulo.

Apesar de ter resultado na retificação de tal entendimento, por expressa disposição de lei, em face da qual não caberia a interpretação revogada, o mencionado diploma legal

⁸⁴ EIZIRIK, Nelson Laks. Op. Cit. p. 217

⁸⁵ Despacho do Presidente da República publicado no Diário Oficial da União de 1 de novembro de 1993. p. 16350

⁸⁶ BRASIL. Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 9 ago. 2006.

mostrou faceta de retrocesso, em desacordo com todo o histórico de evolução jurisprudencial e da própria atividade legislativa.

Não se concebe motivação plausível que leve a se conferir, como todo o ordenamento administrativo assim o preceituava, prazo prescricional de cinco anos à pretensão punitiva diante de infrações à ordem econômica, conforme a Lei n.º 8.884/94 e, três anos mais tarde, aumentar esse prazo para oito anos quando se tratasse de infrações atinentes ao mercado de valores mobiliários, como o fez a Lei n.º 9.457/97, em seu art. 3º, ao acrescentar artigo à Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários, como se traz a seguir:

Art. 3º Fica incluído na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, o seguinte art. 33, renumerando-se os demais:

"Art. 33. Prescrevem em oito anos as infrações das normas legais cujo cumprimento incumba à Comissão de Valores Mobiliários fiscalizar, ocorridas no mercado de valores mobiliários, no âmbito de sua competência, contado esse prazo da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Aplica-se a prescrição a todo inquérito paralisado por mais de quatro anos, pendente de despacho ou julgamento, devendo ser arquivado de ofício ou a requerimento da parte interessada, sem prejuízo de serem apuradas as responsabilidades pela paralisação, se for o caso.

§ 2º A prescrição interrompe-se:

I - pela notificação do indiciado;

II - por qualquer ato inequívoco que importe apuração da irregularidade;

III - pela decisão condenatória recorrível, de qualquer órgão julgador da Comissão de Valores Mobiliários;

IV - pela assinatura do termo de compromisso, como previsto no § 5º do art. 11 desta Lei.

§ 3º Não correrá a prescrição quando o indiciado ou acusado encontrar-se em lugar incerto ou não sabido.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o processo correrá contra os demais acusados, desmembrando-se o mesmo em relação ao acusado revel."

Art. 4º Para os inquéritos administrativos pendentes ou fatos já ocorridos, os prazos de prescrição previstos no art. 33 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, começarão a fluir a partir da data de vigência desta Lei.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor trinta dias após a sua publicação, aplicando-se, todavia, imediatamente, a partir desta data, às companhias que vierem a se constituir.⁸⁷

Inovou, portanto, de maneira não-elogiável a referida lei, ao aumentar para oito anos, o prazo disponibilizado para que a Administração Pública exerça seu poder de polícia, prazo excessivamente longo para que se assegure proporcionalidade entre possível aplicação de sanção e o desvalor da conduta infracional.

⁸⁷ BRASIL. Lei n.º 9.457, de 5 de maio de 1997. Altera dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/leis1.asp>>. Acesso em: 1 jun. 2007.

A título de exemplificação, na ordem jurídica vigente à época, conferia-se maior prazo ao Estado para que perseguisse o acusado de infração administrativa no exercício de seu poder de polícia, atrelado à sua função administrativa, do que ao Estado-juiz para punir condutas tidas como muito mais graves e, portanto, tratadas pelo Direito Penal, conforme art. 89 da Lei n.º 9.099/95, que introduz a idéia de crimes de menor potencial ofensivo, definindo-os como aqueles com pena máxima *in abstracto* igual ou inferior a um ano. Esse prazo de oito anos, tal qual definido na Lei n.º 9.457/97, por exemplo, seria o mesmo previsto no caso de agente menor de 21 anos cometer crime de roubo (art. 109, II c/c art. 115 e art. 157 do Código Penal).

Embora não tenha prezado pela técnica e tenha previsto prazo que não se adequava ao espírito de leis anteriores, criando, inclusive, duas ordens jurídicas diferentes, para situações semelhantes, a Lei n.º 9.457/97 foi mais uma avanço na defesa dos direitos individuais dos cidadãos perante o poderio da Administração Pública, que se via atrelada ao cumprimento de prazos que, se não respeitados, incorreriam em prescrição da própria pretensão da Administração e, conforme o novo §1º do art. 33 da Lei n.º 6.385/76, tornava a dispor normas ainda mais rígidas com vista à paralisação do processo administrativo sancionador, dentro das repartições, após sua instauração, cuja pendência de decisão administrativa supere o já amplo período de quatro anos.

Tal produção legislativa, inclusive, contraria a tradição jurisprudencial consolidada durante mais de 20 anos, conforme se tem abaixo, quando, em acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mais uma vez se afirmou a aplicação analógica aos prazos previstos no Decreto n.º 20.910/32, nos seguintes termos:

EXECUÇÃO FISCAL. PARALISAÇÃO POR PRAZO SUPERIOR A 5 ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DECLARADA DE OFÍCIO. MULTA ADMINISTRATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL.

[...]

2. O prazo prescricional aplicável às multas administrativas, decorrentes do Poder de Polícia da Administração Pública, é quinquênal, tanto para as infrações posteriores à Lei 9.873/99, cujo art. 1º fixou tal prazo para a ação punitiva da Administração Pública Federal, quanto para os atos infracionais anteriores àquele diploma normativo, eis que, à mingua de disposição legal específica e tendo em vista o princípio da simetria, é quinquênal o prazo prescricional em favor da Fazenda Pública, nos termos do Decreto 20.910/32. (Precedente: STJ, REsp. 751.832-SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU 20.03.06, p. 20.775).
3. Se a exequente deixar de movimentar o processo por mais de 5 anos, não pode tal falta ser imputada ao Poder Judiciário, se este praticou todos os atos que lhe competiam.

4. Sedimentando tal entendimento, a Súmula 314/STJ definiu que, em Execução Fiscal, não localizados bens penhoráveis, ao término da suspensão do processo por um ano, reinicia-se o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.⁸⁸

Resta claro que, embora temperadas por certa condescendência com a morosidade que muitas vezes se observa em determinados órgãos da Administração, a referida Lei é mais uma expressão de relevo do princípio da segurança jurídica. Seu escopo foi o de atender ao interesse público e, assim, assegurar a estabilidade das relações sociais, porém, alargou demasiadamente os prazos para ação conclusiva por parte da Administração, o que poderia ter sido evitado, caso o legislador tivesse mantido a ordem legal já vigente, de forma que ainda o ordenamento se ressentia da falta de lei específica a regular essa figura jurídica.

A analogia, nesse momento, ao Decreto n.º 20.910/32 e à lei n.º 6.838/80, ao menos no campo do mercado de valores mobiliários, restava prejudicada. Por justificativa que não se pode precisar, mereceu disposição conflitante com todo o sistema jurídico-administrativo vigente, de forma que se estava diante de uma lei que, embora válida, diante do sistema positivista, já que respeitado o devido processo legislativo, carecia de reforma urgente, propiciando elaboração de norma que viesse corrigir seus efeitos nefastos.

3.2 O Advento da Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999⁸⁹

Nesse momento, o Ministro da Fazenda, por meio da Exposição de Motivos n.º 400/MF, publicada no Diário Exposição de Motivos 400/MF, de 30 de junho de 1998, requereu ao Presidente da República a edição de Medida Provisória que viesse a uniformizar a questão.

Tal foi feito, avaliando-se estar diante de caso de relevância e urgência, amoldada ao art. 62 da Constituição da República, de forma que, em 30 de junho de 1998, foi publicada a Medida Provisória n.º 1.708, que, depois de sucessivas edições, foi convertida na Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999, com fim de regulamentar o prazo prescricional do poder

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). EXECUÇÃO FISCAL. PARALISAÇÃO POR PRAZO SUPERIOR A 5 ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DECLARADA DE OFÍCIO. MULTA ADMINISTRATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL Relator: Desembargador Federal: Napoleão Maia Filho. Recife, 4 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/juris>>. Acesso em: 11 set. 2007

⁸⁹ BRASIL. Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=228192>>. Acesso em: 5 ago. 2005.

punitivo da Administração Pública Federal no exercício de seu poder de polícia administrativa. Importante ressaltar esse ponto.

Quando da edição da Medida Provisória n.º 1.859-17, de 22 de outubro de 1999, o Ministro da Fazenda ressaltou que seria necessário adequar o texto da norma ao seu efetivo escopo, a fim de evitar que tal dispositivo legal viesse a interferir em questões atinentes a outros ramos do direito público, como o Direito disciplinar exercido frente ao funcionalismo público e os processos que envolvessem matéria fiscal. Por meio da Exposição de Motivos n.º 858/MF, salientou:

A Medida Provisória 1.859-16, de 24 de setembro de 1999 [...] exclui da esfera de sua aplicação apenas as infrações de natureza funcional. Diante disso, as autoridades judiciárias têm entendido que os dispositivos dessa norma se aplicam aos processos de natureza tributária, determinando o seu arquivamento definitivo quando ocorre a prescrição penal do respectivo crime. Contudo, a matéria tributária, por determinação constitucional, deve ser tratada em sede de lei complementar, não podendo ser atingida por disposições de lei ordinária.⁹⁰

Indubitavelmente, o fim ao qual se destina a presente norma é regular a prescrição do direito de se aplicar sanção em face de infração administrativa ocorrida diante de descumprimento de ato derivado do exercício do poder de polícia da Administração, não se correlacionando à postura do administrador de coibir e eliminar condutas nocivas ao interesse público.⁹¹

Visando à análise dos dispositivos legais que vieram positivar todo um entendimento que há muito se construía com relação ao tema, é importante trazer à colação os princípios básicos delineados na referida Exposição de Motivos e que nortearam a edição do referido instrumento legal, cujos trechos são colacionados a seguir:

A previsão de prescrição no âmbito administrativo tem por objetivo dar fim aos embaraços a que são submetidos os administrados quando, em razão da ausência de norma legal que **preveja a extinção do direito de punir do Estado**, são indiciados em inquéritos e processos administrativos iniciados muitos anos após a prática de atos reputados ilícitos.

⁹⁰ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos n.º 858/MF, de 22 de outubro de 2006. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 23 NOV. 1999, p. 16915-16916.

⁹¹ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa **Prescrição penal**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 126-127.

Neste sentido [...] será possível promover a estabilidade das relações jurídicas, na medida em que passam a ser previstos prazos prescricionais que irão delimitar a atuação do Estado na apuração e repressão de ilícitos administrativos.

A presente proposta se coaduna com o texto constitucional de 1988, que traz como regra a prescritibilidade consignando as exceções. Assim é que a Constituição prevê em seu art. 5º, inc. XLVII, "a", que não haverá penas de caráter perpétuo; também prevê, nos incisos XLII e XLIV do citado artigo, que são imprescritíveis os crimes consistentes na prática do racismo e na ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. **Se somente esses crimes são imprescritíveis, há que se admitir a prescrição para o ilícito administrativo.** Não admitir a prescrição, no caso, é **tornar a Administração senhora da tranqüilidade do administrado**, pois ficará ao arbítrio dela dispor a respeito de quando irá puni-lo. Isto implica tornar perpétua a ação de punir, causando, assim, notória instabilidade (grifos nossos).”⁹²

Em que pese manifestação de Bandeira de Mello⁹³ acerca de sua inconstitucionalidade em razão de não atender ao disposto na Constituição Federal, não se observou até o presente momento qualquer manifestação incidental do Poder Judiciário acerca da questão, nem se tenha, até a presente data, notícia de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.⁹⁴

A referida lei dispõe especificamente sobre a pretensão punitiva do estado decorrente do exercício de seu poder de polícia administrativa, restringindo-se, como deve ser ressaltado, aos órgãos que compõem a Administração Pública Federal, não estendendo seus efeitos aos demais órgãos pertencentes à Administração Estadual e Municipal.

No que tange às inovações trazidas pelas Leis n.º 8.884/94 e 9.457/97, a presente Lei n.º 9.873/99 buscou uniformizar toda a normatização conferida ao tema, suprimindo a criticada ampliação do prazo para efetivação da persecução punitiva nos casos envolvendo valores mobiliários, conforme seu art. 8º, aplicando-se em todas as esferas da Administração as mesmas regras instituídas, buscando a efetividade da segurança jurídica.

Dessa maneira, reconheceu-se que o prazo de 5 anos seria tempo razoável para que o Estado, por meio de processo administrativo regularmente constituído, apure o alegado ilícito administrativo e aplique sanção que entender conveniente, respeitada a ampla defesa e o

⁹² MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos n.º 400/MF, de 20 de junho de 1998. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 23 NOV. 1999, p. 16920-16922.

⁹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 929.

⁹⁴ Conforme consulta realizada, em 5 de novembro de 2007, à página eletrônica <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>, mantida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), utilizando os termos “9873” e “prescrição”.

contraditório, além das determinações previstas na Lei n. 9.874/99, a Lei dos Processos Administrativos no âmbito da Administração Federal. Decorrido esse prazo, a pretensão restará prescrita não sendo possível que o administrado seja punido pelo eventual ilícito administrativo objeto do processo administrativo, conforme a clara redação de seu art. 1º e respectivos parágrafos, *in verbis*:

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

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

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

Exceção ao prazo quinquenal, no entanto, é a regra contida no seu parágrafo 2º, visto que aqueles ilícitos administrativos que, ao mesmo tempo, configurem conduta delituosa tipificada criminalmente, terão seu prazo prescricional, inclusive no âmbito da pretensão punitiva da Administração Pública, aumentados para o correspondente prazo prescricional pena.

Vale salientar, ainda que, a referida lei especificou a questão atinente a mais uma hipótese, no caso, a duas, quais sejam, as condutas ilícitas continuadas e permanentes.

Nesse caso, apenas começará a correr o prazo prescricional mediante a cessação de tais condutas, cujas diferenças, como delineado comumente no campo do Direito Penal, são que no caso de continuidade da infração, que se trata de uma ficção jurídica, ocorre a reiterada prática de infrações de mesma espécie, cuja repetição ocorre, porém, em circunstâncias tão semelhantes, que o Direito conclui determiná-las como continuação uma da outra.

Já no caso de infrações permanentes, estas seriam condutas cuja prática prolongar-se-ia no tempo, porém, tratar-se-ia de, de fato, uma única infração.

Dessa maneira, a segurança jurídica tão aguardada pelos administrados, que não podiam conviver com (i) interpretações divergentes, contrariando, inclusive, determinações presidenciais e (ii) prazos prescricionais relacionados ao mesmo instituto administrativo, porém, distintos, em face do objeto do ilícito administrativo.

Entretanto, sua redação promoveu dúvida especial perante a doutrina e, principalmente, sobre a questão da dentro da própria Administração, ao tratar da figura da prescrição intercorrente, conforme abordado na em capítulo anterior.

4 CONCLUSÃO

Entendemos ter alcançado o objetivo de delinear o instituto da prescrição administrativa, com o fim de identificar sua essência decorrente do princípio da segurança jurídica, o qual figura, na verdade, como principal fundamentação de se impor a extinção da punibilidade assegurada ao Estado-Administração quando do exercício de seu poder de polícia administrativa. Dessa maneira, visamos a demarcar sua incidência apenas sobre a persecução punitiva da Administração em razão de descumprimento de norma por ela editada sob o pálio de exercer seu poder de polícia.

Alinhavamos que ampliar a incidência do instituto com fim de defender o administrado em face do poderio do Estado é questão de conferir igualdade nos conflitos firmados entre a Administração Pública e o administrado.

Diante desse paradigma, identificamos que a Administração Pública, historicamente, defende uma estruturação do seu direito de punir estranha à ordem constitucional democrática em que se baseia o Estado brasileiro, confundindo os interesses do ente dotado de personalidade jurídica Estado com o interesse público, suscitando, invariavelmente, como justificativa à sua atuação, muitas vezes desprovida de qualquer razoabilidade, inclusive, preterindo o sentido teleológico da própria norma legal, amoldando-a segundo vestes nada republicanas.

Analisamos a nociva e reiterada tese acerca da imprescritibilidade da modalidade de pretensão punitiva examinada, a qual buscava garantir uma determinada forma desequilibrada e acintosa à democracia, que, por longos anos se prolongou em nosso ordenamento, sem, porém, ter resposta satisfatória do Poder Legislativo, inoperante por décadas, sem se dar conta do malefício que estava causando à sociedade em geral, ao deixar de combater tal conduta que aviltava os princípios basilares instituidores do Estado Democrático de Direito.

Buscando enfrentar os argumentos produzidos pelos administradores, que sempre classificaram a possibilidade de extinção da punibilidade como violação do princípio da indisponibilidade do interesse público, protegido de qualquer forma de interpretação ou integração analógica frente à lacuna legal observada, por, como alegado, tratar-se de matéria de legalidade estrita, pudemos demonstrar que não havia qualquer razoabilidade jurídica nessa tese, pelo que inaceitável sua defesa.

Abordamos os axiomas e paradigmas inerentes à autonomia do Direito Administrativo perante os demais ramos da ciência jurídica, percebendo o grave equívoco da Administração

Pública ao tratar – ou, na verdade, não tratá-lo – como mero acessório importado do Direito Civil, inaplicável na esfera administrativa.

Sob uma perspectiva cético-positivista, a Administração, em causa própria, disfarçou sua morosidade e ineficiência sob o relevo de um perene poder punitivo, ilegítima e inconstitucionalmente construído em favor exclusivamente de conferir incerteza e agravar a situação do administrado em sua relação de sujeição ao Estado-administrador.

Jurisconsultos promoveram interpretações desarrazoadas que justificavam a conduta nefasta e intangível da Administração, até que começasse a se esboçar, no Poder Judiciário, um tratamento adequado ao tema, já que não poderia fugir ao atento olhar julgador que os princípios de prescritibilidade e do interesse público não são contrapostos.

Inegável, como demonstramos ao longo do presente trabalho, que o Estado Democrático de Direito não pode prescindir de limites à atuação do ente estatal, sob o risco de se conviver em uma sociedade instável, o que, de forma alguma pode ser benéfico ao socialmente tido com válido.

Nesse sentido, o fim precípua da aplicação da prescrição administrativa é dar segurança às relações estabelecidas entre o particular e a Administração, na relação de submissão que se mantém, o que implica um dever da mesma para diligenciar pautada nos estritos limites da legalidade, atendendo, assim, aos anseios de justiça social que servem de parâmetro à noção de Estado.

Inquestionável que o Direito Administrativo de hoje se dirige com o fim de admitir que atos administrativos possam ser atingidos pela prescrição, mesmo em face da ausência de texto legal expresso, já que decorrência natural do princípio da segurança jurídica, especialmente diante da restritiva previsão constitucional de não acometer a apenas dois crimes que violam a própria existência do Estado Democrático de Direito, não se mostra mais viável transpor a insegurança e a incerteza, alegados sem guardar qualquer justificativa para tanto, como inibidores à incidência da prescrição no âmbito administrativo-sancionador.

Gratificante encontrar uma posição de coerência dentro da própria Administração, que reconheceu ser muito mais gravoso ao interesse público mitigar a segurança jurídica inerente às relações entre administrados e Administração em favor de uma indisponibilidade do interesse público que não reflete a realidade.

Apesar de um caminho tortuoso, marcado por controvérsias inúteis e desvirtuamento da condição, de fato, relevante, que era demarcar a ausência de violação ao interesse público, enfim, pôde-se visualizar movimentações legislativas afirmadoras da posição defendida no

presente trabalho, que, apesar de lenta, alcançou a generalidade dos desdobramentos punitivos do exercício do poder de polícia com a edição da Lei n.º 9.873/99, mas que, no entanto, sacrificou inúmeros administrados perante uma lentidão inexplicável.

Hoje, não se vê possibilidade de negar a prescrição da pretensão punitiva, tal qual analisada e posicionada no presente trabalho, o qual não esgota a questão, porém, representa o empenho e o resultado metodológico buscado ao se iniciar a presente pesquisa: comprovar que não se pode dispor da prescrição administrativa perante a possibilidade de o Estado ter a eternidade de punir os cidadãos, o que, como vimos, foi – e deve sempre – ser limitado eficazmente.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer GQ-10, de 6 de outubro de 1993. Dispõe sobre a prescrição quinquenal. Disponível em: <<http://200.181.70.163/webpareceres/>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei n.º 9.873/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de abril de 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar. 2006.

BRASIL. Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D20910.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

BRASIL. Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 9 ago. 2006.

BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2006.

BRASIL. Lei n.º 9.457, de 5 de maio de 1997. Altera dispositivos da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/leis1.asp>>. Acesso em: 1 jun. 2007.

BRASIL. Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=228192>>. Acesso em: 5 ago. 2005.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Funcionário Público. Falta Grave. Prescrição. Aplica-se às faltas disciplinares não referidas como crime a regra da prescrição em quatro anos. Interpretação extensiva do art. 213, n.º II, alínea “a”, do Estatuto dos Funcionários Públicos. Mandado de Segurança n.º 20.069. Impetrante: Luiz Limeira Koury. Impetrado: Senhor Presidente da República. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, 24 de novembro de 1976. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 135, p. 66, 1979.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Processo Civil. Apreciação da legalidade pelo Tribunal de Contas da União. Fator impeditivo da fluência do prazo decadencial. Imprescritibilidade da ação de ressarcimento (Art. 37, § 2º, da CFRB/88). Apelação cível n.º 2001.71.01.001371-1/RS. Apelante: União Federal. Apelada: Miguel Levin Piltcher e outro. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 14 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selfForma=NU&txtValor=200171010013711&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=a5c2da1579ec3ffd8bf31c6a3e7ac95f&txtPalavraGerada=JURI>. Acesso em: 22 set. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ART. 1º, DA LEI 9.873/99. PRAZO QUINQUÊNAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO Relator(a) Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Recife, 12 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/juris>>. Acesso em: 10 set. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. INTERVENÇÃO. INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS DIRIGENTES. PRESCRIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. VÍCIO DE MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. INCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Apelação Cível n.º- 381397. Processo: 200383000086321. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Recife, 16 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/juris/resultado.jsp?index=0&action=avancada.jsp&TRF1=TRF1&TRF2=TRF2&TRF3=TRF3&TRF4=TRF4&TRF5=TRF5&classe=&clas=&rel=&emen=&deci=&proc=&data1=&data2=&data3=&data4=&orga=&inde=&refl=lei+9873&cata=&obpr=&resp=&inte=&livreAvancada=tr%EAs%0D%0A&l=5>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, J. Prescrição da Falta Administrativa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 275, p. 61, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

EIZIRIK, Nelson Laks. **Reforma das S.A. e do Mercado de capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FRANÇA, Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 1980.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito Administrativo: Legislação**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 216

MEDAUR, Odete. Prescrição e Administração Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 642, p. 83, abr./1979

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. Prescrição da pena administrativa. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, p. 376-386.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos n.º 858/MF, de 22 de outubro de 2006. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 23 NOV. 1999, p. 16915-16916.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos n.º 400/MF, de 20 de junho de 1998. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 23 NOV. 1999, p. 16920-16922.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria n.º 4, de 5 de janeiro de 2006. Regulamenta as diversas espécies de processos administrativos previstos nos arts. 26, caput; 26, § 5º; 26-A; 30; 32; 35, § 2º; 35-A; e 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 [...] para apuração, prevenção ou repressão de infrações contra a ordem econômica, no âmbito da Secretaria de Direito Econômico [...]. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiatio.asp?File=inst\inst372.htm>>. Acesso em: 16 set. 2004.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa Prescrição penal. São Paulo: Atlas, 1997, p. 126-127.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TÁCITO, Caio. Prescrição Administrativa – Comissão de Valores Mobiliários – Inquérito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 196, p. 286, abr-jun/1994.