

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 128
outubro/dezembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Prescrição no Direito Administrativo

CARLOS AUGUSTO DOS SANTOS FAIAS

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Analogia e o estabelecimento de prazo prescricional.* 3. *Aspectos históricos e prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo.* 4. *Conclusão.*

1. *Introdução*

No universo das leis que ensejam a instauração de processos administrativos, existem aquelas que silenciam a respeito do prazo prescricional. É o caso, por exemplo, da Lei nº 4.131/62, de 3.9.62 (disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior); da Lei nº 4.595, de 31.12.64 (dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências), e da Lei nº 6.385, de 7.12.76 (trata do mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários). A esse respeito, observa-se a atual tendência que espelha denominador comum, a saber: o silêncio da lei significa *lacuna* a ser suprida pela *analogia*. E, para justificar o uso da *analogia*, reiteradamente tem servido de referência basilar o artigo 4º da Lei nº 4.657, de 4.9.42 (Lei de Introdução ao Código Civil).

Com esse entender, diante da pendente determinação do *prazo* prescricional, de caráter geral, válido para as situações subordinadas ao Direito Administrativo, proliferam os argumentos que indicam o lapso temporal de 2 (dois) e 5 (cinco) anos. Para tanto repetidamente são indicados vários parâmetros legais, a saber: § 5º do art. 37 da Constituição Federal; Lei nº 8.429/92; Lei nº 1.711/52, antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União; Lei nº 8.112/90; Lei nº 6.838/80 e também várias disposições do Código Penal Brasileiro.

Carlos Augusto dos Santos Faias é bacharel em Direito, Advogado em Curitiba (PR), Procurador Regional do Banco Central do Brasil e Membro Suplente no Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Nesse contexto, acolhendo o uso da analogia, com reconhecimento do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, recentemente foi a solução encontrada pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários), no julgamento do Inquérito nº 9/93, instaurado com base na Lei nº 6.385/76 (CVM/Revista: jan.-abr./95, pp. 21-33).

Em sentido contrário, entendendo que inexistente prescrição na esfera administrativa a não ser em decorrência de expressa previsão legal, não sendo instituível o prazo pela via analógica, encontra-se o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) e, em primeira instância, o Banco Central do Brasil.

Mas, no âmbito das citadas Leis nºs 4.131/62, 4.595/64 e 6.385/76, que igualmente silenciaram a respeito de prazo prescricional, a rejeição do critério analógico, conforme se verá adiante, mostra-se coerente com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e também com os ensinamentos da doutrina dominante.

2. Analogia e o estabelecimento de prazo prescricional

Carlos Maximiliano apresenta tradicional ensinamento sobre a *analogia*. Esta tem seu fundamento maior, não na vontade presumida do legislador, mas sim no preceito de verdadeira justiça, a ser obtida mediante sistemática própria, que consiste na verificação das previsões *exemplificativas* existentes em outra norma jurídica, e sua aplicação às situações fáticas subordinadas a uma lei cuja lacuna/omissão será preenchida. E a metodologia é simples, a saber: em sendo de Direito *especial* ou *particular*, e havendo elementos de identidade comum, assim considerada a semelhança real, com mesma razão de decidir, e igualdade tanto na essência quanto nos efeitos (sem enganar-se com as afinidades aparentes ou semelhanças formais e secundárias), com segurança final de que não se está aplicando determinada norma senão à *ordem de coisas para a qual foi estabelecida*, a analogia surge como instrumento possível. Mas, em se tratando de Direito *excepcional*, espelhado em normas que se mostram *taxativas*, retratando situações de privilégios, liberdade, restrições, ou mesmo matéria relativa a finanças públicas (v.g., impostos, taxas, multas e outros ônus fiscais), não há que se aplicar a analogia. É o que se extrai da obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (9ª edição/1ª tiragem, Forense, RJ, 1980, pp. 206-15), cuja transcrição se mostra indispensável:

“(…) A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.” (p. 208);

“O manejo acertado da analogia exige, da parte de quem a emprega, inteligência, discernimento, rigor de lógica; não comporta uma ação passiva, mecânica. O processo não é simples, destituído de perigos; facilmente conduz a erros deploráveis o aplicador descuidado.

I – Pressupõe: 1ª) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de *interpretação extensiva*; 2ª) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3ª) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, *essencial, fundamental*, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança *formal*; exige-se a *real, verdadeira* igualdade sob um ou mais aspectos, (...), precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários. (...);

II – Não bastam essas precauções, cumpre também fazer prevalecer, quanto à analogia, o preceito clássico, impreterível: não se aplica uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida” (...) (pp. 211-212);

III – “O recurso à analogia tem cabimento quanto a prescrições de Direito *comum*; não do *excepcional*, nem do *penal*. No campo destes dois a lei só se aplica aos casos que especifica. (...)

IV – Em matéria de *privilégios*, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a *liberdade*, ou *restringem quaisquer outros direitos*, não se admite o uso da analogia.

V – Quando o texto contém uma *enumeração* de casos, cumpre distinguir: se ela é *taxativa*, não há lugar para o processo analógico; se *exemplificativa* apenas, dá-se o contrário, não se presume restringida a faculdade do aplicador do Direito.

VI – As leis de finanças, as disposições instituidoras de impostos, taxas, multas e outros ônus fiscais, só abrangem os

casos que especificam; não comportam o emprego do processo analógico". (p. 213)

"Em resumo: (...); a analogia serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio formula *preceito novo*, quase nada diverso do existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma." (p. 215)

Cretella Júnior in: *Dicionário do Direito Administrativo*, 1972, J. Bushatsky Editor, p. 252 comunga expressamente:

"Não é lícito, entretanto, à doutrina, quando é omissivo o direito positivo, criar direito novo e conceder benefícios que só o legislador pode outorgar. Cabe à lei fixar, de modo absolutamente preciso, o prazo prescricional";

E o renomado Alípio Silveira in: "*Rep. Encicl. do Direito Brasileiro*", v. III, v. *Analogia*, arremata com brilhantismo:

"(...) a *ratio legis* de caráter geral pode estender-se aos casos omissos, ao passo que a *ratio legis* de caráter excepcional há de ficar confinada aos casos que especifica."

Por sua vez, contando com a presença dos Ministros Cunha Peixoto, Moreira Alves, Leitão de Abreu e Eloy Rocha, por ocasião do julgamento do *Mandado de Segurança - MS-20.069*,¹ em sessão do Tribunal Pleno, de 24.11.76, o STF (Supremo Tribunal Federal) consolidou o soberano entendimento jurisprudencial: em matéria prescricional não se pode utilizar da analogia.

Vejamos as palavras do Ministro Moreira Alves, quando se expressou sobre o uso da analogia:

"Na espécie, há expressa disposição de lei (inciso II, letra a, art. 213 do Estatuto vigente), cujo espírito é mais amplo do que a letra, e abarca, sem limitação por omissão, todas as faltas, que não crimes, sujeitas à pena de demissão. O que implica dizer que, para haver exceção a esse princípio, é necessário que venha ela

expressa em texto legal. E isso não ocorre com a falta de que se trata nestes autos.

Por outro lado, em se tratando de interpretação extensiva, como se trata, ela se aplica até às normas que integram o denominado *ius singulare*, uma vez que, a partir de Helfert, em 1847, a doutrina vem acentuando que, no terreno dessas normas, só não se pode utilizar da analogia. (...)" (RTJ, v. 84, p. 788).

Tampouco o Ministro Cunha Peixoto (Relator), que argumentou pela imprescritibilidade e conseqüente denegação daquele processo disciplinar, destoou dos demais no que se refere ao uso da analogia em matéria prescricional (obra citada, p. 781), a saber:

"Só, portanto, a lei pode fixar o prazo prescricional (*Tratado de Direito Administrativo*, ed. Freitas Bastos, Rio, 1942, v. III, pp. 481-93).

Repetindo o eminente Ministro Themistocles Cavalcanti, por mais lamentável que seja, não é possível ao Juiz suprir a deficiência da lei, e aplicar a prescrição por analogia.

Ora, os Estatutos não prevêem a hipótese dos autos, isto é, em que o funcionário foi demitido por falta funcional. E, evidentemente, não é possível ao intérprete criar mais este caso.

É princípio da hermenêutica o interpretar estritamente as disposições sobre *prescrição e decadência*."

Vale dizer, em matéria prescricional, a rejeição do critério analógico se apresenta em harmonia com aquele havido no MS-20.069, pois, conforme demonstrado, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se contrário ao uso da analogia.

E, sob esse enfoque, apenas para efeito de análise comparativa, desta feita elegendo-se o art. 23 da Lei nº 4.131/62, observa-se que essa previsão legal diz respeito a operações cambiais realizadas por meio de contratos de câmbio, nos quais o banco e a corretora *respondem* pela identidade dos clientes contratantes. E a respectiva infração (falsa identidade declarada em formulário de câmbio), prevista no § 2º do citado artigo 23 da Lei nº 4.131/62, prevê multa a ser aplicada também aos bancos e corretoras.

Portanto, não guarda qualquer semelhança com situação tipicamente voltada para discussão que importe em demitir funcionário público, em especial por infringência ao compromisso

¹ Esse julgamento foi integralmente publicado no *Diário da Justiça* de 2.9.77 (p. 5969), no volume 84 (p. 773) da *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)* e também no volume 135 (p. 78) da *Revista de Direito Administrativo (RDA)*.

decorrente do regime de tempo integral e dedicação exclusiva, tal como é o caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal. A questão estava subordinada a um simples Decreto (nº 60.091, de 18.1.67, que era omissivo quanto à prescrição). Utilizando-se da interpretação extensiva, com plena rejeição da analogia, a decisão final estendeu o prazo prescricional previsto em norma hierarquicamente superior, cuja pertinência do assunto constava na Lei nº 1.711, de 28.10.52, em seu art. 1º (antigo *Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e dos Territórios*):

“Art. 1º Esta lei institui o regime jurídico dos funcionários civis da União e dos Territórios.

Art. 2º Para os efeitos deste Estatuto, funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público; e cargo público é criado por lei, com denominação própria, em número certo e pagos pelos cofres da União.”

Mais adiante, no art. 213 dessa mesma Lei nº 1.711/52, a previsão prescricional está peremptoriamente vinculada às penas estipuladas no artigo 201:

“São penas disciplinares: I- repreensão; II- multa; III- suspensão; IV- destituição de função; V- demissão; VI- cassação de aposentadoria ou disponibilidade”.

Estas previsões, por sua vez, eram aplicadas exclusivamente aos funcionários públicos nas situações que derivassem do descumprimento aos deveres funcionais (art. 194 e seus nove incisos) ou inobservância das proibições existentes no art. 195.

Nesses aspectos, embora esse *Estatuto dos Funcionários Públicos* estivesse vigente até o ano de 1990, quando foi revogado pela Lei nº 8.112/90, o fato é que também não se vê qualquer correspondência com a realidade encontrada na Lei nº 4.131/62.

O mesmo ocorre em relação ao § 5º do art. 37 da Constituição Federal promulgada em 1988, onde a prescrição está condicionada a futura lei que a “estabelecerá” (com previsão de que deve restringir-se ao caso de haver *prejuízo ao erário*), subordinando, não só o funcionário público, mas também qualquer *agente, servidor ou não*, o qual, por certo, somente pode ser entendido como sendo *agente público*:

“Capítulo VII – Da Administração Pública. Seção I – Disposições Gerais.

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade 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.”

E, posterior à promulgação da Constituição, sobre esse assunto, a primeira Lei editada foi a de nº 8.112, de 11.12.90 que *dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*, a qual, além de estabelecer três sucessivos prazos prescricionais (art. 142), manteve-se restrita ao servidor público:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. (...)

Art. 3º *Cargo público* é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.”

A segunda lei, de nº 8.429, de 2.6.92, desta feita regulamentando a previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, (*dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*), conceitua taxativamente:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Art. 2º *Reputa-se agente público*, para os efeitos desta Lei, *todo aquele que exerce*, ainda que transitoriamente

ou sem remuneração, por eleição ou nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, *emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*. (...)

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

(...)

Capítulo VII – Da Prescrição

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I – até *cinco anos* após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional *previsto em lei específica para faltas disciplinares* puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

Mas, a respeito de agentes públicos, é na doutrina dominante que se encontra depositado o minucioso saber.

Nas palavras de J. Cretella Júnior, são “todas as pessoas físicas que participam de maneira permanente, temporária ou acidental, da atividade do Estado, seja por atos jurídicos, seja por atos de ordem técnica e material”. O autor complementa, ainda, que o conceito abrange “todos aqueles que, sem distinção de função, são chamados, de um modo ou de outro, para colaborar no funcionamento dos serviços destes corpos públicos”; e culmina com o seguinte remate: a “expressão agente público é então muito mais vasta que a expressão funcionário público e compreende, além dos funcionários públicos, propriamente ditos, uma grande quantidade de outros indivíduos engajados pelo Estado.” (*Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Forense, RJ, 1993, p. 413.)

Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 13ª edição, 2ª tiragem, pp. 49 e 54), na mesma esteira de entendimento, ensina:

“Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente

desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. (...)

Os cargos, como já vimos são apenas os lugares criados no *órgão* para serem providos por *agentes* que exercerão as suas *funções* na forma legal. O cargo é lotado no órgão e o agente é investido no cargo. Por aí se vê que o cargo integra o órgão, ao passo que o agente, como ser humano, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão. *Órgão, função e cargo* são criações abstratas da lei; *agente* é pessoa humana real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais.

(...) Todo *agente público* se vincula ao Estado por meio de ato ou procedimento legal a que se denomina *investidura*, variável na forma e nos efeitos, segundo a natureza do cargo, da função, ou do mandato que se atribui ao investido.”

Por sua vez, Diógenes Gasparini amplia o conceito, estendendo-o às pessoas jurídicas, e relaciona inúmeros exemplos elucidativos (“Direito Administrativo”, 3ª edição, Editora Saraiva, 1993, pp. 41-42):

“VII – AGENTES PÚBLICOS. 1. Conceito. – (...) Podem ser definidos como todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade.

A noção alcança, em razão de sua abrangência, o *Presidente da República*, os *Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal*, os *Prefeitos*, os *Ministros*, os *Secretários de Estado e Município*, os *Senadores*, os *Deputados Estaduais e Federais*, os *Vereadores*, os *servidores públicos civis* (da administração pública direta, autárquica e fundacional pública), os *servidores governamentais* (das sociedades de economia mista, empresa pública e fundações privadas), os *delegados de serviços públicos* (concessionários, permissionários e autorizados), os *requisitados* (mesários, escrutinadores e jurados), os *temporários* (admitidos nos termos do inc. IX do art. 37 da CF), os *gestores de negócios públicos* (os que assumem o serviço público em

razão do abandono de seus responsáveis) e os delegados de função ou ofício público (tabeliães, titulares de serventias públicas, diretores de faculdades). Em resumo, a noção abarca todos os que desempenham função pública e, por certo, enquanto a desempenham, independentemente da forma de investidura e da natureza da vinculação que os prende à Administração Pública, se existir algum liame. (...)

3. Caracterização e importância. (...)

Com efeito, só se tem agente público quando alguém está investido em uma função pública e se a natureza dessa função for pública."

Destarte, a respeito da prescrição das faltas disciplinares, o conjunto dessas uniformes lições doutrinárias, em consonância com as respectivas disposições legais, permite afirmar que o texto constitucional inovou tão-somente em relação à sujeição de novas situações que estabeleceu. Mas, ainda assim, e até mesmo levando-se em consideração as Leis nºs 8.112/90 e 8.429/92, permanece inalterado o entendimento de que nem todas as infrações administrativas estão subordinadas ao efeito prescricional desses diplomas legais, em especial as consideradas nos parágrafos do art. 23 da Lei nº 4.131/62.

De conseqüência, não procedem os argumentos que se apóiam no art. 37, § 5º, da Constituição Brasileira, para dizer que todos os atos da Administração automaticamente estariam subordinados ao instituto da prescrição. A referida disposição constitucional não se apresenta com esse caráter geral. Ao contrário, conforme antes demonstrado, revela-se com nítida qualidade de *excepcional*, restringindo-se aos casos já especificados nas duas leis promulgadas posteriormente, entre as quais não se enquadram as situações previstas na citada lei que regula a matéria cambial.

Enfim, no caso dos bancos e corretoras, que exercem atividade cambial, jamais poderão ser reconhecidos, sequer em semelhança, na figura de *agente público, servidor ou não*, pois não estão devidamente investidos em cargo público, tampouco prestam serviços que estejam sob a responsabilidade da administração pública, ou mesmo que desempenham qualquer emprego ou função nas entidades elencadas no já referido art. 1º da Lei nº 8.429/92, bem como na antiga Lei nº 1.711/52 e sua sucessora, Lei nº 8.112/90.

Além disso, agora sob outro enfoque, os preceitos da Lei nº 6.838/80 também não se harmonizam com a referida realidade da Lei nº 4.131/62. O artigo 1º bem especifica que a prescrição se aplica ao *profissional liberal*, in verbis:

"A punibilidade de *profissional liberal*, por falta sujeita a processo disciplinar, através de órgão em que esteja inscrito, prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data de verificação do fato respectivo."

O profissional liberal pressupõe pessoa física, com profissão titulada, vinculado somente ao próprio exercício de sua atividade independente, não se podendo conceber a possibilidade de abranger os bancos e corretoras. Estas são pessoas jurídicas de direito privado, com natureza invariavelmente distinta daquela encontrada no profissional liberal, conforme se deduz do conceito dado por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Editora Nova Fronteira, 2ª edição, p. 1389):

"*Profissão*. 1. Ato ou efeito de professar.

2. (...*omissis*)

3. Atividade ou ocupação especializada, e que supõe determinado preparo: a *profissão* de engenheiro, a *profissão* de motorista.

4. (...*omissis*)

5. Profissão que encerra certo prestígio pelo caráter social ou intelectual: a *profissão* de jornalista, de ator; as *profissões liberais*. (...)

Profissional liberal. Profissão de nível superior caracterizada pela inexistência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos."

Nem se diga, igualmente, que a autorização do Banco Central do Brasil, por si só, possa alterar o caráter particular das atividades dos bancos e corretoras, ou mesmo dar-lhes a imprópria feição de *profissional liberal*, com a contrapartida de desfigurar a administração pública, reduzindo-a a simples *órgão competente* com feições de entidade de classe profissional.

Tal permissão é apenas uma, entre outras, imprescindíveis às atividades ligadas ao Sistema Financeiro Nacional, em especial porque, no caso dos bancos e corretoras, não estão reduzidas a *câmbio*. Em relação às corretoras, as

atividades também se estendem a *Titulos e Valores*. Dependem, pois, de outras autorizações similares (v.g., expedidas pela Prefeitura Municipal, Secretaria da Fazenda Estadual e Federal, Comissão de Valores Mobiliários etc.), e em nenhuma delas se estabelece suficiente transformação jurídica, capaz de equivaler aos termos da citada Lei nº 6.838/80 (diploma legal este que “dispõe sobre o prazo prescricional para punibilidade de profissional liberal, por falta sujeita a processo disciplinar, a ser aplicada por órgão competente”).

No caso do Banco Central do Brasil, a autorização restringe-se ao *mercado de câmbio*, conferindo aos bancos a possibilidade de celebrarem as operações cambiais; e, às corretoras, uma atividade que consiste em *intermediar* as partes que celebram o contrato de câmbio, vale dizer, no contato direto com o cliente e sua aproximação com os *bancos* operadores em câmbio; bem como o preenchimento e encaminhamento dos respectivos formulários de contratos de câmbio.

Essa atuação típica, que respectivamente se inclui no objeto social dos bancos e corretoras, e, por certo, assim delineado no instrumento particular que constitui o contrato social dessas empresas, não guarda qualquer relação de igualdade com os serviços tipicamente públicos, ou mesmo com aqueles que delimitam, em sua natureza, o profissional liberal. Ou melhor, mesmo sujeita à fiscalização do órgão público, permanece inalterada a peculiar atividade privada dos bancos e corretoras.

Posto isso, e diante das demais considerações até aqui expostas, restou evidenciado que em matéria prescricional a analogia mostra-se inconsistente. Mas, apesar disso, o tema *prescrição* é exuberante, o que nos remete ao restante das possibilidades jurídicas que conduzem à fixação do prazo prescricional.

José Cretella Júnior concorda com o princípio da *prescritibilidade*. Em sua obra *Comentários à Constituição Brasileira de 1988* (vol. IV, 1988, Forense Universitária), ao analisar o respectivo § 5º do art. 37 (na p. 2.259), em capítulo denominado *Prescrição de Ilícitos que Causem Prejuízos ao Erário*, reportando-se à prescrição das faltas imputáveis aos funcionários públicos, fez sua própria distinção: ilícito administrativo puro e penal administrativo. A partir dessa classificação estabeleceu que a adoção do prazo prescricional dependeria da

modalidade do ilícito administrativo. Calcou-se, portanto, na premissa de que a prescrição surgiria da análise do caso concreto. Havendo características de *ilícito administrativo puro*: *valeriam as regras prescricionais do direito administrativo*; sendo *ilícito penal administrativo*: de penas mais graves (v.g., demissão), a subordinação se daria às regras da prescrição penal. Com esse critério o autor procurou estabelecer a metodologia a ser aplicada em razão do parágrafo único do art. 213 da Lei nº 1.711/52 (vigente na época da promulgação da Constituição): “a falta administrativa também prevista em lei penal como crime prescreverá juntamente com este” (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e dos Territórios). Essa proposição não surgiu com base na analogia, mas na interpretação extensiva (p. 2.279 da mesma obra), para isso apoiando-se na decisão do STF, havida no julgamento do já comentado MS-20.069.

No entanto, aquele *Estatuto* encontra-se revogado em face da legislação posterior, em especial da Lei nº 8.429/92, que é a lei a que se refere a previsão constitucional do § 5º do art. 37.

Porém, mesmo que se desejasse ampliar o ensinamento do referido doutrinador, com objetivo final de obter uma *regra geral*, agora considerando-se a atual Lei nº 8.429/92, ainda assim a barreira seria intransponível, pois, também expressa situações de caráter invariavelmente *excepcional*. Com essa característica jamais poderia ser reconhecido como *regra geral*, disso resultando a impossibilidade de se vincular, ao Direito Penal, sob qualquer pretexto, as demais situações não pertinentes a funcionários ou agentes públicos, as quais, de igual forma, ensejam instauração de processo administrativo.

E, nesse aspecto, embora sem discutir a prescrição, mas com perfeita suficiência para esclarecer o procedimento a ser adotado para as demais situações que escapam às previsões da Lei nº 8.429/92, o STF (Supremo Tribunal Federal), em sessão de 19.10.89, por ocasião do julgamento do MS nº 20.947, assim proclamou: “Insubordinação do procedimento administrativo ao processo penal. *Autonomia das responsabilidades civil, disciplinar e criminal e de suas respectivas sanções*”. A questão versava matéria disciplinar que estava submetida a dois processos, respectivamente das esferas penal e administrativa (com base no aludido *Estatuto*, Lei nº 1.711/52). Desse julgamento unânime, o voto do Ministro Paulo Brossard (Relator)

ênfatisa a independência do Direito Administrativo (RDA, v. 178, pp. 43-44), a saber:

"O impetrante subordina o inquérito administrativo ao processo criminal e seu desfecho condenatório, quando são autônomas a responsabilidade disciplinar e a criminal, e independentes as respectivas sanções, que podem coincidir ou não, sem que haja, *bis in idem*, no caso da coincidência, Lei nº 1.711, de 1952, art. 200, Decreto nº 59.310, de 1966, art. 369".

No mesmo sentido, há o julgamento do MS nº 20.948, de 12.10.89, também do Supremo Tribunal Federal (RDA - 178/45): "O procedimento disciplinar independe de inquérito de natureza penal". Nesse julgamento o voto do Relator Ministro Francisco Resek foi taxativo:

"A vinculação do procedimento administrativo à ação penal, invocada pelo impetrante, não existe: é pacífico o entendimento de que ambas as instâncias são independentes."

Hely Lopes Meirelles e, embora de modo resumido, mas seguindo idênticos fundamentos, Diógenes Gasparini (in: *Direito Administrativo*, 3ª ed., 1993, Saraiva, pp. 567-568) também se mostram favoráveis à *prescritibilidade* no Direito Administrativo. Mas, por abrir capítulo novo, totalmente desvinculado do dominante entendimento jurisprudencial e doutrinário, e, ainda, por ser fonte de sustentação da atual tendência de se instituir prazo prescricional por meio do critério analógico, mostra-se indispensável analisar os ensinamentos do renomado doutrinador Hely Lopes Meirelles.

Em sua monumental obra *Direito Administrativo Brasileiro* (sob exame a 13ª ed., 2ª tiragem, 1988), o insigne autor aborda a prescrição em dois capítulos distintos, a saber: "Prescrição Administrativa" e "Prescrição" (respectivamente, pp. 578-79 e 621-23). Nesses capítulos, a prescrição é apresentada com distinções substanciais. O único ponto comum encontrado, conforme adiante será demonstrado, refere-se ao Decreto nº 20.910/32, ao qual o autor erroneamente atribui *caráter geral* à prescrição ali contida, disso pressupondo que estaria abrangendo todas as ações pessoais da Fazenda Pública.

Neste último, intitulado de "Prescrição", e dando enfoque sumário, Hely Lopes comunga com os demais autores, reconhecendo:

"A prescrição das ações a favor ou contra a Fazenda Pública rege-se pelos princípios do Código Civil, salvo as peculiaridades estabelecidas em leis especiais."

Por sua vez, no primeiro capítulo, relativo à "Prescrição Administrativa", Hely Lopes Meirelles fala da prescrição extintiva e adota o entendimento de que "a prescrição, como instituto jurídico, pressupõe a existência de uma ação judicial...". Sem pormenorizar, deixa a entender que na esfera administrativa não existe o requisito *ação judicial*, concluindo que o termo *prescrição administrativa* é impróprio para as situações que envolvam servidores públicos e, de igual forma, quando encerra direitos e obrigações dos particulares perante o poder público.

Afirma, ainda, que a prescrição administrativa "opera a preclusão da oportunidade de atuação do poder público sobre a matéria sujeita a sua apreciação". Adverte, porém, e novamente o faz sem maiores esclarecimentos das razões que o levaram a esse pormenor, que "não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais (v. adiante, item V), pois é restrita à administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer". (E verificando-se o "item V", a que se reporta o autor, observa-se que se trata de assunto diverso e sem correlação com o tema *prescrição*).

A partir disso, referindo-se à falta de lei fixadora do prazo prescricional, e rebelando-se ante a possibilidade de reinar a suposta imprescritibilidade, concluiu:

"A esse propósito o Supremo Tribunal Federal já decidiu que 'a regra é a prescritibilidade' e que esta ocorre no prazo de quatro anos para as penalidades disciplinares do funcionalismo federal (16)². Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo de prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Decreto nº 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei nº 6.838/80) e para cobrança do crédito tributário (Código Tributário Nacional, art. 174)."

Em que pese a grandeza jurídica do respeitável Hely Lopes Meirelles, ao buscar uma regra

² A nota (16) do autor corresponde a: "STF RDA 135/78".

geral de prescrição para o Direito Administrativo, desprezou os consagrados princípios de hermenêutica, os quais, conforme antes detalhadamente demonstrados, inviabilizam o uso da analogia quando aplicada a partir de preceitos legais que expressam *excepcionalidades*. E, embora o mestre tenha dito "à semelhança da prescrição das ...", o fato é que os parâmetros que eleger nada têm de *semelhanças*. A publicação havida na *RDA-Revista de Direito Administrativo* conforme retroapreciado, refere-se ao julgamento do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), no MS nº 20.069. O mesmo acontece com a Lei nº 6.838/80 (relativa aos profissionais liberais). Por sua vez, a respeito de dívidas ativas da Fazenda Nacional, nas quais o Estado é credor, o Código Tributário Nacional também aparece como exceção (art. 174: "A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva").

Dos parâmetros legais apontados, todos comportam situações *excepcionais* e, por isso, devem ser interpretados restritivamente. Sendo exceções, e justamente por essa razão, nenhum deve ser utilizado como *regra geral* de prescrição, com caráter *ordinário* para o processo administrativo.

Por sua vez, sobre esse prisma, o Decreto nº 20.910/32 ainda não foi analisado; no entanto a conclusão é idêntica. O referido diploma legal não estabelece a "prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública", conforme faz crer o Mestre Hely Lopes. O referido normativo não se apresenta com esse caráter geral de abranger *todas as ações pessoais* movidas contra a Fazenda Nacional. Apenas "regula a prescrição quinquenal" (*sic*) para as *dívidas passivas* da União, dos Estados e dos Municípios (aquelas em que o Estado é devedor, seja qual for a sua natureza). Não engloba as *dívidas ativas* (que também pertencem ao rol das ações pessoais e não se resumem a créditos tributários). Dessa forma, abrangendo somente as dívidas passivas, bem como direito ou ação contra a Fazenda, a citada lei deixa claro que o prazo prescricional é a favor do Estado e, portanto, contra o particular (na mesma situação, entre si mesmas, a Fazenda federal, estadual e municipal). É o que se pode constatar na leitura do art. 1º do mencionado Decreto nº 20.910/32, que retrata:

"As dívidas 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 originou."

Observa-se, assim, que o renomado autor ambicionou, na esfera do Direito Administrativo, uma relação de igualdade. Propôs que o secular privilégio do Estado também fosse estendido ao *particular* (quanto aos funcionários públicos e aos servidores da administração, conforme antes esclarecido, a prescrição quinquenal já se encontra consolidada nas Leis nºs 8.112/90 e 8.429/92).

Merece comentário, também, o referido entendimento de Hely Lopes Meirelles, na parte em que, diferenciando a prescrição de *ação judicial*, considerou que não se confundia com a administrativa, disso concluindo que não se influenciam reciprocamente. Cabe destacar, nesse aspecto, que os mencionados diplomas legais, indicados como parâmetros básicos para estabelecimento de prazo prescricional, provêm de legislação mansamente consolidada e largamente utilizada nas mais variadas ações judiciais.

Esse fato permite evidenciar a existência de relativo conflito no pensamento do autor, pois, em última análise, tendo claramente proposto o uso da analogia, com aproveitamento daqueles prazos também para todas as situações que impliquem processos administrativos, fica evidente que não obedeceu à própria distinção que apontou existir a respeito de prescrição de *ação judicial*.

Além disso, não desperta pleno convencimento a implícita diferenciação feita sobre o conceito de *ação*, seja ela *judicial* ou *administrativa*. A princípio sobram argumentos para pensar que estas são espécies e aquela (*ação*) é o gênero.

Em seu eixo basilar, é de notório conhecimento que a *ação* se reveste de um direito tutelar, vale dizer, a todo Direito corresponde uma *ação*. *A contrario sensu*, desprovido de *ação* o Direito Administrativo jamais poderá se firmar como *Direito*, não terá meios de assegurar qualquer peculiar interesse juridicamente protegido. Sem *actionis* não há que se falar em *processo*, tampouco será possível estabelecer uma *pretensão*. Sem ela não há que se falar em plena defesa. Sem ela não se estabelece a figura do *sujeito ativo* e do *sujeito passivo*. Sem a *ação*, resultará impossível aplicar o Direito e, sobretudo, alcançar a plenitude da *Justiça*.

Assim, se o mestre não estava convencido a respeito da peculiar abrangência da *ação*, jamais poderia ter sugerido o estabelecimento de prazo prescricional, de caráter geral para o Direito Administrativo, porque, em última análise, sem a *ação* também não haverá razão jurídica que se mostre suficiente para justificar a aceitação da *prescrição*. E a *ação* não perde sua primordial natureza só porque passa para a esfera do Direito Administrativo. A *action* é o primeiro dos componentes básicos que permite desempenhar a feição dinâmica do Direito. Em seu efeito, a *prescrição* atinge primordialmente a *ação*, estancando tudo que dela derive, conforme bem demonstra o pronunciamento do juiz Otávio Stucchi (em sentença de 4.12.53, cf. RT-548/549):

“Ademais, o Código Civil regula, sem limitações, o instituto da *prescrição*, visando as *ações*. Em que pesem aos bons argumentos de Chironi e Abello, a *prescrição* é instituto peculiar às *ações*, o que prescreve é a *ação* (...).

A *ação* considerada do ponto de vista social, é o princípio tutelar que a sociedade insere em cada direito, e por meio da qual ela se interpõe entre o portador do direito e o seu ofensor.”

Observa-se, ainda, que o renomado autor não teria investigado detidamente acerca da possível existência de uma *prescrição ordinária*, vigente também para o Direito Administrativo, em especial a ser aplicada nas situações não abrangidas por eventual *regra excepcional*. Denota-se, à luz do que escreveu, que considerou o caminho inverso: partindo de esparsas *leis excepcionais*, e libertando-as dos restritos casos especiais a que estão sumariamente confinadas, logrou dar-lhes caráter de *prescrição ordinária* válida para a integral complexidade de situações jurídicas passíveis de instauração de processos administrativos, sejam disciplinares ou não.

Vale dizer, em última análise, é a confirmação de que Hely Lopes Meirelles, ao conjecturar que a *prescrição* pressupõe a existência de uma “*ação judicial*”, estabeleceu a premissa de que a *prescrição administrativa* “não se confunde com a *prescrição civil*” (*sic*). A partir daí, mesmo diante das supostas implicações derivadas dessa diferenciação, que entendeu haver entre o gênero (*ação*) e a espécie (*judicial*), paradoxalmente rejeitou o consagrado reconhecimento de que o instituto da *prescrição*, em especial a *ordinária*,

é matéria de Direito Público, e, conforme se verá adiante, historicamente veio contemplada no Direito Civil.

Entretanto, embora o resultado da mimuciosa análise até aqui empreendida permita extrair as conclusões acima descritas, ainda assim, talvez não seja equívoco do Mestre. Talvez fosse apenas uma idéia mal expressa: “à *semelhança* da *prescrição* das...”. Pode-se até supor que, em relação à inigualável colaboração que efetivou ao Direito Administrativo, no seu intento de “sistematização da teoria geral aplicável a todos os procedimentos jurisdicionais da Administração” (*sic*, op. cit., p. 588), ainda guardava o latente desejo de que deveria ser instituída *prescrição* com prazo menor, mas de caráter ordinário; enfim, uma regra prescricional específica para o Direito Administrativo.

Todavia, mesmo nessa hipótese, em matéria de *prescrição administrativa*, o que não parece prudente admitir é a utilização desse desejo pendente de concretização, tal como se fosse um axioma capaz de prevalecer sobre o estável resultado das árduas conquistas doutrinárias e jurisprudenciais e, ainda, simultaneamente, reduzir a mero instrumento inútil os peculiares critérios da hermenêutica jurídica.

A superior jurisprudência e doutrina dominantes proclamam, a uma só voz, que a *analogia* definitivamente não pode ser empregada a partir de previsões normativas de caráter *excepcional*.

De conseqüência, à luz de qualquer das hipóteses legais examinadas (tanto aquela aferida no julgamento do MS nº 20.069, quanto as previstas legalmente: art. 37, § 5º, da Constituição Federal e sua correspondência com a Lei nº 8.429/92; Lei nº 1.711/52, antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, ou mesmo seu sucessor, a atual Lei nº 8.112/90; a Lei nº 6.838/80 e, ainda, qualquer das disposições especiais contidas no Código Penal), inexoravelmente chega-se à conclusão que apresentam nítido caráter *excepcional*, jamais podendo consagrar-se em *prazo ordinário*, de caráter geral para o Direito Administrativo, válido para as situações previstas em leis que são omissas em relação ao prazo prescricional.

E, nesse dizer, não se está simplesmente excluindo a aplicação do art. 4º da Lei nº 4.657, de 4.9.42 (Lei de Introdução ao Código Civil), porque supostamente estaria regulando situações de Direito Privado. Ao contrário, além da

analogia, é de se reconhecer que esse diploma legal, desde o início, estipula vários princípios de ordem pública; mas, no caso da prescrição, a aplicação analógica se apresenta como instrumento impróprio, com características que denotam precariedade intransponível.

3. *Aspectos históricos e prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo.*

Embora a análise jurídica até aqui empreendida tenha permitido concluir a questão que diz respeito ao uso da *analogia* (na especial tarefa de reconhecer prazo prescricional que supra a omissão da Lei nº 4.131/62), o mesmo não sucede em relação ao exuberante contexto jurídico sob o qual se apresenta a matéria sob enfoque. O tema *prescrição* não se mostra esgotado. Por essa razão, merece análise complementar, desta feita com novo exame de nosso ordenamento jurídico, inclusive sob os breves aspectos históricos que permitem mostrar a evolução desse instituto no Brasil.

Atualmente, a questão da prescrição administrativa tem seu debate em torno de um ponto comum: existência ou não, de *regra geral* que solucione as situações subordinadas a uma lei que não prevê prazo prescricional. A partir disto, em resumo, ocorre fatal desdobramento: *prescritibilidade* ou *imprescritibilidade*.

Quanto aos argumentos que justificam a *tese da prescritibilidade*, observa-se que não se apresentam suficientemente claros: apontam as várias *regras excepcionais* que desejam ver transformadas em *regra geral*. O que apenas implicitamente permitem transparecer é o entendimento de que a prescrição, *excepcionalmente* aludida na Constituição Federal (art. 37, § 5º) estaria implicando, em contrapartida, automático reconhecimento de que a *prescritibilidade* é a regra geral no Brasil. Esse parece ser o alicerce maior, ou seja, sob o forte argumento lógico de que uma regra *excepcional* somente se justifica diante da existência de outra, desta feita de caráter *geral*, conforme consagrado no antigo brocardo *Specialia generalibus insunt*, ou seja, “o que é especial, acha-se incluído no geral” (Gaio, no *Digesto*, liv. 50, tit. 17, frag. 147).

No entanto, o convencimento final inequivocamente esbarra na falta da indicação de previsão legal comum que retrate prazo de prescrição com caráter ordinário, ao qual obrigatoriamente estarão

subordinadas as situações que não sejam excepcionais ou abrangidas por leis especiais.

Na Constituição Federal não se vê a consagração desse prazo ordinário: o § 5º do art. 37, não generalizou; apenas determinou que *a lei estabelecerá* os prazos de prescrição para ilícitos praticados pelo agente, servidor ou não. Vale dizer, essa previsão constitucional resultaria natimorta se posterior lei não fosse sancionada (e, conforme antes referido, foram editadas duas leis). Resulta evidente o caráter puramente *excepcional* dessa norma, sem qualquer resquício que permita interpretá-la como *regra geral*.

Por sua vez, de modo oposto, a *tese da imprescritibilidade* também deriva da omissão legal em relação ao prazo prescricional. Nesse entender, a prescrição obrigatoriamente deve ser prevista em lei. No silêncio da lei não há prescrição. Predomina outro argumento lógico, igualmente forte, que se conhece por meio do brocardo jurídico *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (“Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”). No tocante à analogia e à interpretação extensiva, dadas as suas peculiaridades, impera a lógica de que não podem ser utilizadas no estabelecimento de prazo prescricional, em especial quando os eleitos parâmetros legais apresentarem previsões de caráter *excepcional*, sem qualquer relação de semelhança com o caso concreto.

Na esfera do Conselho Monetário Nacional (CMN), enquanto órgão recursal das questões relativas à matéria cambial (Lei nº 4.131/62), e também no atual âmbito do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), bem assim, em primeira instância, o Banco Central do Brasil, a *imprescritibilidade* se apresenta reforçada por preceito proibitivo. No caso de processos administrativos cuja lei é omissa, se aceitar a *tese contrária*, de *prescritibilidade*, e por meio da *analogia* escolher determinado prazo prescricional, a ser extraído de uma regra *excepcional*, o administrador público inevitavelmente estará invadindo seara alheia, mormente de competência do Poder Legislativo, o que lhe é vedado. Além disso, implica completo prejuízo para sua atividade pública porque, encerrando inescusável *poder-dever*, o administrador público está obrigado a seguir as orientações ditadas pelos princípios da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade* e *publicidade* (art. 4º da Lei nº 8.429/92).

Melhor resumindo: as teses da prescritibilidade e da imprescritibilidade, embora de origem comum, apresentam-se com diferenças substanciais. Esta, apesar de reconhecer a natural consistência da regra geral da prescrição, rejeitou que a analogia fosse aplicada a partir de prazos prescricionais contidos em leis *excepcionais* e, preocupando-se em não legislar, não criar regras de direito, deixou evidente que só por meio da promulgação de lei específica é que reconhece a solução da questão; aquela, apoiada na mesma lógica que a leva ao preceito geral de prescritibilidade, mas, por meio do emprego da *analogia*, a partir de variados prazos contidos em leis *excepcionais*, peremptoriamente buscou determinar o prazo prescricional.

E o traço comum, é que as duas correntes avaliaram somente as regras *especiais*, seguindo pelo caminho inverso, ou seja: partindo da regra *excepcional*, avaliaram somente a possibilidade ou não de aceitá-la como regra *geral*, de caráter *ordinário*. Das teses, uma rejeitou, outra aceitou.

E, nesse contexto, desperta imensa atenção o fato de que em qualquer das teses, não se encontra detida avaliação histórica da prescrição no Brasil, com abordagem da tradicional supremacia do Estado em relação ao particular e, ainda, a prescrição ordinária existente desde o tempo do Império. Conforme se verá adiante, são as lições sobejamente registradas nos valiosos estudos de consagrados doutrinadores, v.g., Carlos Maximiliano, Themistocles Brandão Cavalcanti, Brenno Fischer, Antonio Luís da Câmara Leal, Luiz F. Carpenter (em obra atualizada em 1958, por Arnoldo Wald), João Franzen de Lima, Maria Celina Betino, Augusto Zenun, José Cretella Júnior, Celso Magalhães, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Marcelo Caetano, em contraste com os ensinamentos, já analisados, de Hely Lopes Meirelles, e a cujos fundamentos perfilhou Diógenes Gasparin e, depois, Caio Tácito (*RDA*, v. 196, 1994, p. 285), Geraldo de Camargo Vidigal, Arnold Wald e, ainda, Francisco Augusto da Costa e Silva (por ocasião do julgamento ocorrido em 17.11.94, no Inquérito Administrativo CVM sob nº 9/93; com manifestação de voto publicada na *CVM/Revista*: jan./abr. 95, pp. 21-33).

A essa altura, diante das circunstâncias e

do merecedor respeito que se nutre por estes renomados juristas que de algum modo perfilham qualquer das teses mencionadas, pede-se a *maxima venia* para dizer que resulta imprescindível a análise das *completivas* lições daqueles citados doutrinadores, não sendo necessária sagaz eloquência para justificar a razão que se empresta a essa atitude: é suficiente o simples fato de que a doutrina *ensina*, é fruto do saber que se acumula por meio de sucessivas pesquisas, de estudos, os quais geram registros que permitem visualizar a memória evolutiva do *saber* jurídico, do Direito. Romper com a doutrina já consolidada, mesmo parcialmente, significa desligar-se do passado e arcar com o ônus de construir saber já definido, com evidente risco de repetir, desnecessariamente, os mesmos erros que outrora permitiram atingir a perfeição do saber. Enfim, prevalece o superior dever de conservar a doutrina em sua plenitude, sem omitir as perfeições ou enganos colhidos no passado remoto e, sobretudo, possibilitando a sua efetiva participação no esclarecimento das dúvidas renascidas no tempo presente, conservando-a, na definição de José Cretella Júnior, como “extraordinário elemento de formação do direito, que influi e continua a influir de maneira poderosa e irretorquível na estruturação das teses fundamentais em jogo nos vários sistemas” (*Tratado de Direito Administrativo*, v. I, Forense, RJ, p. 314).

E, ao que se pretende, válido é iniciar sob o imprescindível prisma da hermenêutica jurídica, pois, décadas antes já tinham sido constatadas e bem sintetizadas na invulgar lógica de Carlos Maximiliano (obra citada, p. 235), cuja transcrição merece atenção especial porque estampa, de modo infalível, as atuais questões prescricionais suscitadas a partir das teses antes descritas:

“Quanta dúvida resolve, num relâmpago, aquela síntese expressiva – *interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum!*”

Responde, em sentido negativo, à primeira interrogação: o Direito excepcional comporta o uso da *analogia*? Ainda enfrenta, e com vantagem, a segunda: é ele compatível com a *exegese extensiva*? Neste último caso, persiste o adágio em amparar a recusa; acompanham-no reputados mestres; outros divergem, porém mais na aparência do que na

realidade: esboçam um *sim* acompanhado de reservas que o aproximam do *não*. Quando se pronunciam pelo efeito extensivo, fazem-no com o intuito de excluir o *restritivo*, tomado este na acepção tradicional. Timbram em evitar que se aplique *menos* do que a norma admite; porém não pretendem o oposto – ir além do que o texto prescreve. O seu intento é tirar da regra *tudo* o que na mesma se contém, *nem mais, nem menos*” (sic).

E a solução a ser adotada quando se está diante da impossibilidade de aplicação da analogia, segundo a cristalina exatidão hermenêutica do mesmo Carlos Maximiliano (obra citada), é considerá-las sujeitas à *regra geral*:

“*Prescrição*. Submetem-se à *exegese* estrita as normas que introduzem casos especiais de prescrição, porque esta limita o gozo de direito; rigor igual se exige para as disposições que declaram certos bens *imprescritíveis*, por importar isto em *privilegio*” (p. 234).

“Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limites evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas” (p. 247).

“(…) O fundamento da primeira restrição é o seguinte: o processo analógico transporta a disposição formulada para uma espécie jurídica a outra hipótese não contemplada no texto; ora quando este só encerra exceções, os casos não incluídos entre elas consideram-se como sujeitos à *regra geral*” (p. 213).

“Quando a linguagem deixa margem a dúvidas, orienta-se o hermenauta pelos motivos e os fins do preceito; se ainda assim a incerteza persiste, conclui pela *regra geral*, prefere considerar meros *exemplos* as hipóteses figuradas no dispositivo” (p. 234).

“É de Direito estrito; reduz-se à hipótese expressa; na dúvida, segue-se à *regra geral*. Eis porque se diz que a

exceção confirma a regra nos casos não excetuados” (sic, p. 234).

Ou seja, a *regra geral* reiteradamente apontada, *in casu*, é a *prescrição ordinária*. E disso decorre a indagação: excetuando-se os casos subordinados a prazo especial, qual é a *prescrição ordinária* vigente para o Direito Administrativo? A resposta exige cautela e não precipitação; condiciona-se à prévia verificação que permita ter a certeza de que não se trata de *saber* já definido; impõe minucioso exame da memória evolutiva da prescrição, de sua história no Brasil.

A doutrina nos mostra que o assunto relativo à *prescrição* remonta ao tempo do Império e, desde aquela época, sempre houve distinção de tratamento quanto aos prazos prescricionais a serem adotados nas situações que reciprocamente envolviam o poder público, de um lado e, de outro, o particular.

De um modo geral, em matéria de prescrição, a supremacia do Estado sempre se fez presente em relação ao particular. Os privilégios são observados na medida em que são diferentes os prazos prescricionais *a favor* e *contra* o Estado. Themistocles Brandão Cavalcanti, a esse respeito ensina:

“No Direito Administrativo prevalece, porém, a supremacia do poder administrativo, o interesse público e o da Fazenda, cuja proteção vamos encontrar na nossa legislação mais antiga” (*Tratado de Direito Administrativo*, v. IV, 3ª ed., Livr. Freitas Bastos, 1956, p. 561).

Revedo a legislação prescricional mais antiga, observa-se que os prazos que correm *a favor* do Estado, assim entendidos como sendo aqueles que abrangem as ações contra o Estado (e, portanto, com prescrição que se opera contra o particular), historicamente sempre se mostraram reduzidos, em geral mantida na casa dos 5 (cinco) anos; e, para determinados casos excepcionais, prescrições mais curtas podem ser vistas, v.g., entre outros diplomas legais, no Decreto nº 3.084, de 1898 (prevendo isoladas situações, estabeleceu prazo bimestral, trimestral e anual; ex.: prescrição de um ano para ação de reclamação de valores confiados ao correio, e que tenham sido perdidos ou extraviados).

O tratamento privilegiado do Estado, nos casos de *dívidas passivas* (quando o Estado é devedor), remonta ao tempo das capitânias hereditárias, conforme mostra a legislação mais

antiga: Regimento da Fazenda, do ano de 1.516 (*sic*: "Passando cinco anos, as partes que neles não requerem as dívidas que lhes El-Rey deve, percam o seu direito") e o Alvará de 9.5.1810, que previa prazo prescricional de três anos para habilitação de todos os credores que tivessem "letras" (títulos) contraídas pela Real Fazenda a partir do ano de 1797. Em 30.11.1841, a Lei nº 243 (o art. 20 reporta-se aos Capítulos 209 e 210 do Regimento da Fazenda), instituiu a prescrição de cinco anos para as dívidas passivas da União. O Decreto nº 857, de 12.11.1851, que literalmente "explica o art. 20 da Lei de 30 de novembro de 1841 relativo à prescrição da dívida ativa e passiva da Nação" (*sic*), ratificou a prescrição de cinco anos:

"Art. 1º A prescrição de 5 anos, posta em vigor pelo art. 20 da Lei de 30 de novembro de 1841, com referência ao Capítulo 209 do Regimento da Fazenda, a respeito da *dívida passiva* da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida, que incorre na mesma prescrição" (*sic*).

No transcorrer deste século, para essa mesma situação especial de dívidas passivas, a prescrição a favor do Estado não teve seu prazo alterado. A Lei nº 1.939, de 28.8.1908, estendendo também aos direitos e ações que alguém tivesse contra a Fazenda federal, manteve a prescrição de 5 (cinco) anos. O atual Código Civil de 1916 (art. 178, § 10, inciso VI), seguiu esse mesmo prazo prescricional para as *dívidas passivas* da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim, toda e qualquer ação contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal. Na pertinente legislação posterior (Lei nº 5.761, de 25.6.30; Decreto nº 20.910, de 6.11.32, e Decreto-Lei nº 4.597, de 19.8.42), também restritos aos casos de dívidas passivas, a prescrição a favor do Estado permaneceu inalterada.

Em antítese, os prazos prescricionais que correm *contra* o Estado (nos quais a prescrição atua no sentido de desonerar o particular) não guardam qualquer relação com aquele estipulado para *dívidas passivas*.

Para as *dívidas ativas* (aquelas em que o Estado é credor) o retromencionado Decreto nº 857, de 12.11.1851, em seu artigo 9º, preceituava a *prescrição ordinária* de 40 (quarenta) anos. Em contrapartida, sempre surgiram posteriores exceções a essa regra geral, v.g., entre outras, a Lei nº 3.395, de 24.11.1888, na qual o art. 19

reduziu para "10 anos a prescrição das dívidas fiscais não excedentes de 500\$000" (*sic*), e a Lei nº 5.172, de 25.10.66 (Código Tributário Nacional) que, em relação ao restrito caso dos créditos tributários da Fazenda Nacional, perenizou o prazo de 5 (cinco) anos. No entanto, entre particulares, cidadãos comuns, a prescrição ordinária era de 30 anos.

Após a edição do Código Civil (1916), tanto as ações do Estado contra o particular quanto as movidas entre os particulares passaram a ter *prescrição ordinária* de 30 (trinta) anos. Esse prazo durou até 7.3.1955, quando a Lei nº 2.437 alterou vários dispositivos da Lei Civil e estabeleceu o limite máximo de 20 (vinte) anos para a prescrição. Mas o regime das excepcionalidades também foi mantido.

Portanto, na prescrição a que se submete o Estado, seja ela a favor ou contra, os prazos excepcionais se referem a dívidas ativas e passivas. E historicamente evidencia-se a presença de privilégios que favorecem o Estado, o mesmo ocorrendo quando se tratava de prescrição ordinária. No entanto, com a promulgação do Código Civil, em relação à prescrição ordinária houve equiparação com o particular, mas o regime *excepcional* manteve várias situações onde permanecem os privilégios do Estado (v.g., dívidas ativas e passivas). E esses privilégios se justificam devido à própria natureza superior do poder público.

Mas, mesmo após a edição do Código Civil (1916), surgiram pensamentos que entendiam não haver razão para esses privilégios. Em relação ao Estado, a questão do acolhimento ou não de preceitos públicos contidos no Código Civil, mormente aquele relativo à prescrição, merece destaque especial, pois há marcante ocorrência jurídica que se apresenta com as mesmas razões sobre as quais nos debruçamos no presente, ou seja, diante de omissão da lei quanto ao prazo prescricional, surgiu a mesma questão: *para o Estado a regra é prescritibilidade ou imprescritibilidade?*

Nesse sentido, o episódio que foi marco na história jurídica brasileira refere-se a Clóvis Beviláqua. Com sua indiscutível autoridade, sustentava que a inalienabilidade dos bens públicos era o fator determinante da *imprescritibilidade*, a qual, por sua vez, diante da omissão legal, se estendia às *dívidas ativas* do Estado. E, nesse entender, concluiu:

“É certo que o art. 163 declara as pessoas jurídicas sujeitas ao efeito da prescrição, mas essa regra não se estende às pessoas jurídicas de direito público interno. O sistema que prevalece no Código Civil não brilha pela clareza.”

E, conforme será demonstrado, apesar da grandeza de que se revestia Clóvis Beviláqua, o deslinde foi fatal para a tese da imprescritibilidade.

Além da doutrina, em nível nacional reagiu a jurisprudência em uníssono clamor irretorquível. Manteve-se a já tradicional regra geral da prescritibilidade e, de consequência, sua consolidação como indubitável *principio jurídico*. Estabeleceu-se o entendimento comum: “embora a prescrição seja um instituto de direito privado, salvo expressa disposição legal, o seu campo de atuação alcança o Estado”.

Nesse sentido, são inúmeras as manifestações doutrinárias. A começar por Luiz F. Carpenter, na obra atualizada pelo Professor Arnoldo Wald (in: *Da Prescrição*, vol. IV, arts. 161 a 179 do Código Civil, Editora Nacional de Direito Ltda., RJ, 3ª ed., 1958, p. 692), reconhece que, apesar de se apresentar com prazos diferenciados (privilégios), à *prescrição ordinária* se submete o Estado:

“Acabamos de ver, pois, que no direito atual ainda subsistem as mesmas prescrições especiais do direito anterior, não só para as ações do particular contra o Estado, como também para as ações do Estado contra o particular.

Agora, pelo que toca à prescrição geral, observaremos que a das dívidas passivas do Estado, continua a ser a do direito anterior, isto é, a quinquenária, ao passo que a das dívidas ativas do Estado não é mais a do direito anterior, a saber, a quarentenária, sim é a trintenária, na conformidade do art. 177 do Código Civil (CCD) – V. nota CC”.³

Antonio Luís da Câmara Leal, no ano de 1939, em seu monumental estudo *Da Prescrição e da Decadência* (consultadas as quatro edições publicadas, respectivamente, de 1939, 1959, 1978 e 1982, sendo as duas últimas

³ *Esclarecimento*: a “nota CC” consta na p. 691 da obra citada, e refere-se à atualização do Prof. Arnoldo Wald: “o prazo atualmente é de vinte anos”.

atualizadas pelo Juiz José de Aguiar Dias), foi taxativo ao se pronunciar sobre a questão, entendendo que o *principio da prescritibilidade* está consolidado, desde antigamente, tanto na legislação quanto na doutrina; e, em 1916, foi ratificado pelo Código Civil (no art. 163, houve subordinação das pessoas jurídicas, sem excluir as de direito público), com estabelecimento de regra geral cuja prescrição ordinária é a prevista no art. 177 do mesmo Código, a saber (4ª edição, Forense, RJ, pp. 297-298):

“(…) Se o critério da imprescritibilidade é a inalienabilidade, essa é relativa, quanto aos bens públicos, porque o próprio Código admite que eles percam a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

Não há, pois, um motivo jurídico que autorize a premissa do egrégio mestre, pressupondo imprescritíveis, por inalienáveis, os créditos do Estado contra os particulares.

Por outro lado, o princípio da prescritibilidade das ações que competem ao Estado, como pessoa jurídica, é antiqüíssimo no domínio da legislação e da doutrina. Entre nós, já o Reg. Da Fazenda (cap. 210), e o Reg. Dos Contos (cap. 92) estabeleciam a prescrição quarentenária contra a Fazenda Nacional, mantida pela Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841 e pelo Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1841.

E esse princípio foi, expressamente, confirmado pelo Código Civil, quando declarou que as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição, sem fazer qualquer ressalva em relação às pessoas de direito público interno.

Entendemos, pois, que as ações que competem à União, aos Estados e aos Municípios contra particulares, não subordinadas a prazo especial, prescrevem em vinte anos, quando pessoais, e em quinze ou dez, quando reais, segundo a regra geral do art. 177 do Código Civil.”

Brenno Fischer, em sua obra *A Prescrição nos Tribunais* (v. III, José Konfino-Editor, RJ, 1958, p. 262), após analisar e transcrever a conclusão de Câmara Leal, concorda literalmente:

“Parece-nos irrespondível a argumentação.(…)”

O Código Civil em seu Livro I, Cap. II, trata 'Das pessoas jurídicas' de forma genérica, e o art. 163 falando nelas, o faz também da maneira mais ampla ao dizer que 'as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição'.

E, se entre elas, consoante o art. 13 do Código, se incluem tanto as de direito público interno como de direito privado, não se pode recusar de estender àquelas a prescritibilidade admitida para estas."

As essas opiniões acrescenta-se o ensinamento de Themistocles Brandão Cavalcanti (obra citada, v. I, 3ª ed., 1955, Livr. Freitas Bastos, pp. 97-8), que nos permite ter exata noção da descomunal influência que o Direito Civil exerce em relação ao Direito Administrativo:

"Em nosso regime jurídico de tendência francamente civilista, não é por demais realçar a influência do Direito Civil sobre o Direito Administrativo.

Não são, somente, as normas gerais, os princípios doutrinários fundamentais, que regem a solução dos problemas administrativos.

(...) Mas é preciso reconhecer que a influência do Direito Civil é muito grande, se atendermos ao nosso Direito Civil codificado.

Numerosos são os dispositivos que ali se encontram referentes ao Estado e ao Direito Administrativo propriamente dito, a saber:

a classificação das pessoas jurídicas de Direito Público;

a classificação dos bens públicos que se acha no art. 66 do Código Civil;

a responsabilidade civil das pessoas de Direito Público;

a responsabilidade civil das pessoas de direito;

as disposições sobre a herança jacente e o direito do Estado a esses bens.

Não devem também ser desprezados os princípios gerais de direito que dizem com os atos e fatos jurídicos, condições de sua validade, anulação, vícios etc.; as normas relativas à prescrição, princípios

que presidem à elaboração e vigência dos contratos, enfim, toda a parte geral de obrigações que constituem todo o processo de construção das relações administrativas e que sofrem apenas as deturpações exigidas pelas peculiaridades do Direito Administrativo".

João Franzen de Lima, em seu livro *Curso de Direito Civil* (pp. 366 e 367), argumenta que a regra geral é a prescritibilidade:

"O fundamento da prescrição é de ordem pública: visa a assegurar a estabilidade social e respeitar as situações adquiridas. Sendo instituto de ordem pública, equivale aos preceitos de direito público, devendo aplicar-se, por isso, a todas as relações de direito. A sua classificação num código de direito privado não lhe tira esse caráter imperativo, que o equipara a preceito de direito público.

(...) Além disso, as condições em que foi elaborado o Código Civil, e os seus termos abrangentes no que toca à prescrição, indicam que o instituto foi destinado a aplicar-se a quaisquer relações de direito privado, como de direito público."

Augusto Zenun (*Prescrição na Constituição*, Forense, RJ, 1ª edição, 1993, p. 10), comungando com o mesmo entendimento, consagra:

"Tendo a prescrição como fundamento o princípio de ordem pública, claro é que o direito de acionar qualquer relação jurídica, onde quer que se enquadre e se acoberte, tem um prazo certo, prefixado em lei."

Por seu lado, apenas para exemplificar o posicionamento jurisprudencial, destaca-se, entre outros, o Agravo de Petição nº 50.485, julgado em 21.9.1950 (3ª Câ. Civ. - TJSP), relativo a julgamento reproduzido na *Revista dos Tribunais* (RT 189/496):

"Assim decidem, quanto à prescrição, porque:

Embora seja a prescrição um instituto de Direito Privado, a ela se sujeita o Estado em sua relação com o indivíduo,

salvo expressa disposição legal (...).

Com grande acuidade disse o eminente Desembargador Paulo Colombo: "Pelo art. 163 do Código Civil, as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e Privado, a matéria de prescrição é de Direito Civil e abrange, também, as ações relativas a Direito Público, tanto que a prescrição das causas contra a Fazenda Pública foi regulada no Código Civil e tem sido aplicada invariavelmente pelos tribunais, mesmo em casos frisantes de direito público, como sejam cobrança de vencimentos de funcionários, apreciação da validade de atos de aposentadoria, restituição de impostos e muitos outros..." (Rev. dos Tribs., 138/703, cf. 151/794.)"

Relativo ao mesmo tema, sob o título "Como entendem os Tribunais", por meio de farta coletânea jurisprudencial, Brenno Fischer (obra citada, pp. 266/73) demonstra que os Tribunais mantiveram, assim, a já histórica tradição da prescritibilidade no Brasil. Dessa batalha forense, vale transcrever alguns trechos das decisões jurisprudenciais elencadas pelo citado autor (apenas acrescentando que o prazo de trinta anos, conforme antes demonstrado, a partir de 1955 sofreu alteração e foi reduzido para vinte anos):

"A imprescritibilidade das ações que competem ao Estado, como pessoa jurídica, tese defendida pelo egrégio Clóvis Beviláqua, em que se apóia a sentença recorrida, não encontra amparo em nossas leis, nem na doutrina, nem na jurisprudência. (...)

O Código Civil confirmou o princípio da prescritibilidade de tais ações ao estabelecer que 'as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição' (art. 163), sem fazer qualquer ressalva em relação às pessoas de direito público interno.

(...) Prevalece, em consequência, a regra geral do art. 177 do mesmo Código consoante a qual as ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos..."⁴

⁴ (Apelação julg. em 26.4.42 - 3ª Câm. Civ. - Rel. Homero Martins Batista - RT: 140/280).

⁵ (TJPE, julg. em 2.12.43 - 1ª Câm - Juiz Fausto de Oliveira Campos - Repertório de Castro Garms - 2/731-732).

"(...), podemos mencionar, entre vários outros julgados, os seguintes: 'A prescrição das dívidas ativas da União, dos Estados e dos Municípios, é a comum, por faltar, no caso, privilégio criado em texto expresso de lei' (Trib. de Minas, ac. de 29 de abril de 1936 - Rev. For. 68/833, de 25 de abril de 1936 - Rev. For. 67/345).

(...) se há leis especiais regulando a prescrição de certas dívidas fiscais, como a do imposto de renda e algumas outras, claro é que as demais dívidas devam obedecer ao prazo prescricional de trinta anos, estabelecido no art. 177 do Código Civil, considerando-se mesmo que as próprias obrigações civis, entre as pessoas de Direito Privado, promanam, em última análise, do próprio Direito Público que as permitindo expressamente, dá-lhes garantia e proteção.

E, assim, a conclusão a que chegamos é que a prescrição fiscal é a mesma prescrição civil."⁵

"O art. 163, no entanto, sujeita aos efeitos da prescritibilidade as pessoas jurídicas, sem fazer qualquer restrição e sem conhecer privilégio ou exceção, abrangendo, pois, as de Direito Público.

(...) Ademais, o Código Civil regula, sem limitações o instituto da prescrição, visando as ações. Em que pesem aos bons argumentos de Chironi e Abello, a prescrição é instituto peculiar às ações, o que prescreve é a ação, embora por via de consequência, se dê a prescrição do Direito (cf. Revista dos Tribunais, 169/299)...

(...) 'A ação considerada do ponto de vista social, é o princípio tutelar que a sociedade insere em cada direito, e por meio da qual ela se interpõe entre o portador do direito e o seu ofensor (...).'

Assim, se a relação de imposto, considerada em seu conjunto, pertence fundamentalmente ao Direito Público, como sustenta Gianini (*Il Rapporto Giuridico d'Imposta*, 51) 'e se a prescrição das ações encerra preceitos

⁶ (Sentença de 1ª Inst. do Juiz Otávio Stucchi, de 4.12.53, na qual fora repelida a arguição do Estado, de que os princípios do Cód. Civil relativos à prescrição, não se aplicam à Fazenda Pública. Decisão esta confirmada pelo TJSP, 1ª Câm. Civ., em julg. de 23.4.54, rel. Luís Morato - RT 223/548).

de ordem pública e vem disciplinada no Código Civil, tais preceitos podem e devem ser aplicados àquela relação jurídica, muito embora o estatuto civil fale, em seu art. 1º, que o Código regula os direitos e obrigações de ordem privada'.

A prescrição com base no Código Civil aplica-se às dívidas ativas da Fazenda Pública, segundo a orientação constante e uniforme do Egrégio Tribunal de Justiça (cf. *Rev. dos Tribs.* 188/893, 182/347, 178/304, 177/356, 173/403, 172/837, 128/102, 127/114, 108/163, 103/269, 58/188 e 55/123).

Mas, nem por isso tem razão a embaraçante quando pretende que o prazo prescricional das dívidas ativas da Fazenda seja o mesmo fixado para a prescrição das dívidas passivas. Para estas há disposição especial, e que não se dá em relação àquelas que prescreverão nos prazos comuns do art. 177 se a hipótese não se incluir em nenhum dos casos previstos no art. 178. 'O que não é possível é a criação de um caso de prescrição não expressamente previsto, pois toda a lei deve ser aplicada sem o acréscimo de condições novas e sem a exclusão das expressas'⁶ (*sic*).

E, em relação ao Direito Administrativo, justamente diante desse imensurável volume de razões históricas, repleto de sólida doutrina e pleno reconhecimento jurisprudencial, é que se mostra correta a conclusão de Luiz F. Carpenter (obra citada, respectivamente, pp. 209 e 467/468):

"...a regra geral que domina o assunto é que a prescrição corre contra todas as pessoas, sejam naturais, sejam jurídicas, ou, o que é o mesmo, pode ser alegada ou invocada contra toda sorte de pessoas, tanto naturais como jurídicas. (...)"

"A prescrição ordinária de trinta anos tem aplicação no Direito Comercial, no Direito Administrativo e no Direito Processual? - No direito francês, a prescrição ordinária de trinta anos do art. 2.262 do Código Civil se aplica tanto no Direito Civil, como no Comercial, no

Administrativo e no Processual.

Aqui no Brasil a prescrição ordinária de trinta anos não se aplica no Direito Comercial, por duas razões principais, cada qual mais convincente, a saber: primeira, porque a prescrição ordinária das ações comerciais é de vinte anos, estabelecida no art. 442 do Código Comercial, artigo que não foi revogado pelo Código Civil; segunda, porque o Código Civil, nos arts. 177 e 178, teve o cuidado de não se referir a nenhuma ação comercial; mostrou, assim, que era estranho, ou alheio, às ações comerciais, cujo prazo de prescrição continuaria a ser regulado pelas leis comerciais.

Com relação, porém, ao Direito Administrativo e ao Direito Processual, o Código Civil Brasileiro não guardou a mesma atitude, uma vez que estabeleceu prescrições especiais ou mais curtas do que a ordinária, que de outra sorte cairiam na esfera das leis administrativas e das leis processuais. Daí, e do que diz o art. 179 do mesmo Código Civil Brasileiro, concluímos que a prescrição de trinta anos é também a prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo e no Direito Processual, no Brasil, conforme mais desenvolvidamente elucidaremos no comentário do art. 178, § 10, nº VI, e do art. 178, § 10, nº VIII (CXVIII)".⁷

Posteriormente, e com a mesma lucidez de entendimento, na obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo* (v. I, 2ª ed., 1979, p. 452), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello concluiu:

"O Código Civil Brasileiro, nos arts. 177 e seguintes, regula a prescrição em geral. (...)"

O prazo da prescrição decorre da data do ato ou do fato, do qual se originar a mesma ação. Todas as pessoas físicas ou coletivas, isto é, naturais ou jurídicas, se sujeitam aos efeitos da prescrição, e poderão invocá-los sempre que lhes aproveitarem. Entre as pessoas jurídicas se incluem, não só as de Direito Privado, como as de Direito Público interno: União, Estados e Municípios. Aliás, o Código Civil Brasileiro é expresso a respeito no seu art. 173."⁸

⁷ Esclarecimento: a "nota CXVIII" consta na p. 468, da citada obra, e refere-se à atualização do Prof. Arnoldo Wald: "o prazo atualmente é de vinte anos".

⁸ Errata: leia-se art. 163.

E, na obra *Curso de Direito Administrativo* (Ed. Saraiva, 1979, p. 156), o insigne Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, embora sem detalhar o assunto, a respeito da prescrição concede lúcido arremate complementar: "as causas motivantes são comuns ao Direito Público e ao Direito Privado".

A essa altura, é imperativo discorrer sobre algumas considerações pendentes de apreciação, pois, em se tratando de Direito Administrativo, a questão prescricional mostra-se com destacada importância. Vale dizer, diante do fato de que a prescrição ordinária do Direito Administrativo tem sua origem no Código Civil, em relação a processo administrativo derivado de infração à Lei nº 4.131/62, cujo deslinde eventualmente poderá resultar na imposição de uma sanção, a princípio pode transparecer que se está diante de uma disparidade ímpar, ou seja, a natureza do evento parece pender mais para o Direito Penal e menos para o Direito Civil, razão pela qual a prescrição penal deveria ser aplicada.

A respeito dessa dúvida emergente, as lições doutrinárias retroelencadas e, ainda, a amostra das sucessivas decisões jurisprudenciais permitem concluir que a legislação penal é Direito Especial que encerra natureza excepcional, porque abrange situações que restringem a liberdade do indivíduo, contudo, sob esse enfoque, sem alcançar as pessoas jurídicas. Ademais, embora apresentem a peculiaridade de serem levadas a efeito em função da pena aplicada, as prescrições do Direito Penal não apresentam caráter geral; restringem-se aos casos que especificam.

Em complemento, cabe novamente destacar o reconhecimento do STF no que diz respeito à insubordinação do procedimento administrativo ao processo penal, vez que há autonomia das responsabilidades civil, disciplinar e criminal e de suas respectivas sanções.

Em contrapartida, também restou evidenciado que a prescrição, embora existente no Código Civil, é instituto de natureza pública e pertence ao rol das regras que compõem os Princípios Gerais do Direito. A esse respeito, cabe pequeno comentário suplementar.

No Código Civil a previsão prescricional encontra-se inserida na "Parte Geral", a qual reconhecidamente trata de "Normas de Teoria Geral do Direito", vale dizer, de regras de caráter público que contêm preceitos válidos para a totalidade do Direito, qualquer que seja a área de sua atuação. Nesse sentido é *lex generale*,

permitindo o seguinte quadro comparativo: se possível fosse criar um Código específico, que concentrasse as normas de Teoria Geral do Direito, isso seria suficiente para esvaziar a *Parte Geral* do Código Civil. O novo Código certamente conteria as normas de Direito Público (emanadas pelo Estado para a tutela de interesses gerais) atualmente existentes em grande quantidade no Código Civil, a saber, entre outras, não só as relativas à prescrição, mas também aquelas que dizem respeito à classificação das pessoas jurídicas, dos bens, dos atos e fatos jurídicos etc.

Portanto, as inencionadas normas de Teoria Geral do Direito pertencem ao Direito Público, razão pela qual não se pode equivocadamente falar, conforme aduzem inúmeros doutrinadores, em privatização do Direito Público, só porque é freqüente a utilização desses instrumentos jurídicos que se encontram dispostos no Código Civil.

Na doutrina comparada, Marcelo Caetano, em seu livro *Manual de Direito Administrativo* (Tomo I, Forense, RJ, 1970), além de ratificar a natureza pública dos Princípios Gerais do Direito existentes no Direito Civil, permite conhecer a razão histórica de sua aceitação no Direito Administrativo, a saber:

"O Direito Administrativo começou a ser elaborado, nos princípios do século XIX, (...). Mas o Direito Civil foi, desde o período da hegemonia romana até o século XIX, o repositório da tradição jurídica da Europa ocidental. Na concepção clássica, *jus civile* era todo o direito próprio da *civitas* ou sociedade política, o qual na Idade Média se opunha ao Direito Canônico" (p. 61).

"(...) Alguns princípios gerais são mesmo integralmente aceitos pelo Direito Administrativo, não como regras de Direito Civil mas por serem princípios gerais de Direito ou regras comuns de técnica jurídica, abusivamente tidas como exclusivas do domínio civilista.

(...) também é verdade que muitos institutos do Direito Privado nos últimos anos têm sofrido influência profunda da doutrina administrativa, (...). Corresponde esta influência do Direito Administrativo ao que já tem sido chamado de *publicização do Direito Privado*, conseqüência da invasão de esferas tradicionalmente abandonadas aos interesses privados pela crescente preocupação com os problemas sociais e pela intervenção do

Estado e visível em tantos preceitos do Código Civil Português de 1966" (*sic*, p. 62).

"E, enfim, é legítimo recorrer aos *princípios gerais do Direito*, comuns ao Direito Público e Privado, embora geralmente formulados nas *Constituições doutrinárias e nos Códigos Civis*, por serem estes Códigos os monumentos legislativos que surgiram primeiro nos tempos modernos" (p. 132).

E, acerca da interação do Direito Civil e do Direito Administrativo, vale destacar, ainda, a moderna corrente doutrinária que questiona a dicotomia do Direito (em público e privado) e propõe um *Direito Civil Constitucional*, atualmente em franca expansão, a cada dia com mais adeptos nos meios académicos, pois, "com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado." (Maria Celina B. M. Tepedino, in: "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", publicado na *Revista de Direito Civil*, ano 17 - jul.-set./93, v. 65, p. 25).

Aliás, essa tradicional separação do Direito em público e privado, de origem romana, nos dias atuais tem contribuído para gerar infundáveis discussões, em especial aquelas derivadas de particularidades que ensejam reforçar a autonomia de cada um desses conhecidos ramos do Direito. E a respeito dessa autonomia, por vezes se constata que a discussão induz o intérprete à apostasia da inegável interdependência existente no *Direito*. Sobram, pois, notórios argumentos para concluir que a unicidade do Direito não se desfigura pela simples dispersão de seus preceitos públicos.

Esse é precisamente o caso da prescrição. O fato de a matéria prescricional se encontrar disciplinada em Código que regula a atividade privada, conforme já consagrado na doutrina e jurisprudência, não é suficiente para negar o seu intrínseco caráter público que a *todos* subordina. Há de se manter a distinção de que no Direito Civil encontra-se a *regra geral*; e, em caráter *excepcional*, tem-se as regras no Direito Penal, Direito Comercial e outras leis esparsas.

Outro aspecto que também não se pode desprezar é a concepção imposta pela *Parte Geral* do Código Civil, onde a prescrição é

aplicada em função da natureza da ação: real ou pessoal. Igualmente pertencendo ao Direito Público, estas ações tutelam situações derivadas de relações entre os particulares, ou mesmo entre estes e o Estado, e vice-versa. Quanto ao conceito, são contraditórias nos mais variados juristas que estudam a matéria processual. Mas, apesar disso, entre os autores há ponto comum: as *ações reais* destinam-se a proteger a propriedade, o direito real por excelência (v.g., a servidão, o usufruto, o penhor, a hipoteca etc.); as *ações pessoais*, por sua vez, apresentam-se melhor sintetizadas no dizer do juiz Sabóia Lima (*Rev. Dir.*, 110, p. 345) "são as que têm por fim tornar efetivas as obrigações de dar, de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, obrigações que nascem do contrato, do preceito da Lei, ou mesmo da equidade, nos casos em que esta obriga de modo".

Vale dizer, a respeito de *ações* é comum o entendimento que faz a distinção mediante simples critério de exclusão, a saber: o que não diz respeito ao direito de propriedade, pertence ao campo de atuação das ações pessoais.

E, conforme o resumo exposto anteriormente, sem os pormenores das tormentosas teorias que tentam explicá-la, as quais escapam às finalidades do presente estudo, em seu eixo basilar a *ação* agasalha uma *pretensão*. Isto nos permite concluir que em caráter geral nem mesmo a pretensão punitiva do Estado, desta feita promovida em razão da lei, escapa ao primordial enquadramento de *ação pessoal* em seu sentido estrito. A partir desse denominador comum é transportada para o específico campo processual de sua atuação, ganhando características jurídicas diferenciadas, com nomenclatura própria, a saber, ação penal, civil, comercial, ou mesmo administrativa e, após, é enriquecida com as peculiaridades próprias dessas especiais normatizações do *Direito*.

A par dessas considerações, cumpre consignar que a prescrição, em seu prazo ordinário, apresenta-se vulnerável a eventuais críticas por parte daqueles que a entendem como sendo demasiadamente longa. Porém, isso não tem o condão de descaracterizá-la; tampouco é suficiente para impor sua redução. Nem mesmo a eventual existência de situações mais severas, previstas em esparsa legislação com menor prazo prescricional, ou mesmo penalidade mais branda, é capaz de abrir espaço para a aplicação da equidade, em especial no Direito

Administrativo. A esse respeito Celso Magalhães nos concede lúcido ensinamento:

“Contra-indicações – A equidade destina-se a preencher lacunas impossíveis de evitar em textos normativos; todavia, falta-lhe autoridade para contrariar dispositivos expressos, reguladores do assunto. Quando existir um preceito claro, preciso, positivo, a equidade não poderá ser invocada, nem concedida contra ele. Se o preceito existe, poder-se-á alegar que é injusto, desumano, que deverá ser derogado, extinto; não obstante, terá o aplicador do Direito de obedecer a ele, deixando para o legislador a tarefa de elaborar outra regra mais adequada às necessidades sociais. Decidir, nesse caso, por equidade, é errar na conclusão.”⁹

Portanto, a imperatividade legal é inafastável; é na lei que o Direito Administrativo tem sua maior fonte. E a doutrina é pacífica nesse entender. Entre outros, destaca-se Marcelo Caetano: “pode contudo afirmar-se que a única fonte principal do nosso Direito Administrativo é a lei” (obra citada, p. 82); e, também, a palavra de Fleiner, que nos é repassada por José Crete-lla Júnior (in: *Tratado de Direito Administrativo*, v. I, Forense, p. 291):

“Entre as fontes do Direito, em geral, e, em particular, entre as fontes do Direito Administrativo, ressalta acima de todas a lei. Qualquer disposição jurídica contrária à lei se quebra contra seu rochedo de bronze”.

4. Conclusão

Em consonância com a imperatividade da lei, a história nos mostra que a imprescritibilidade desde muitas décadas já não é aceita no Brasil. A prescrição é a regra geral estabelecida com caráter de princípio público. A doutrina e a jurisprudência dominantes reconhecem que o instituto da prescrição, em especial a *ordinária*, embora tenha sido contemplada no Código Civil, é matéria de Direito Público e a ela se submete o Estado, razão pela qual foi estendida ao Direito

Administrativo. Com efeito, chega-se à conclusão que em relação à prescrição não se pode cogitar de *lacuna* da lei. Em matéria de prescrição, para qualquer hipótese fática, em especial no Direito Administrativo, há previsão legal. A regra é válida para qualquer situação jurídica contemplada no *Direito* (apenas excetuando-se os casos específicos de imprescritibilidade, também previstos legalmente). Vale a lógica da hermenêutica jurídica, a saber, se a lei é omissa quanto ao prazo, este rege-se-á pela *regra geral comum*, no caso a *prescrição ordinária*. E, diante da ausência de alterações supervenientes ou mesmo qualquer outro fator legal impeditivo, a submissão decorre dos preceitos públicos previstos nos seguintes artigos do referido Código Civil:

“Art. 163 – As pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e podem invocá-los sempre que lhes aproveitar.

Art. 177 – As ações pessoais prescrevem *ordinariamente* em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

Art. 179 – Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177.”

⁹ (*Aplicação Administrativa do Direito – Síntese de Hermenêutica*, extraído da Separata da “Revista do Serviço Público”, de fev.-mai/1955, publicada pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, da Presidência da República).