PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

RENATO SOBROSA CORDEIRO*

I — *Introdução*. II — *O Direito Administrativo em Evolução*. III — *A Prescrição como Princípio Informador do Sistema Jurídico Brasileiro*. IV — *A Prescrição Civil Ordinária*. V — *A Analogia como Regra de Integração*. VI — *A Prescrição e o Devido Processo Legal*. — VII — *O Princípio da Igualdade*. VIII — *Identificação da Regra Analógica*. IX — *Conclusão*.

I — *Introdução*

Há consenso na doutrina administrativista de que, diante da inexistência de normas de direito administrativo aplicável a determinada relação jurídico-administrativa, é dever do aplicador realizar o princípio da plenitude do Direito e dar solução ao caso concreto mediante recurso à analogia, ao costume ou aos princípios gerais do direito. Esta a regra de integração inscrita no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

2. Evidente que será sempre precedente que a determinação da lacuna reste caracterizada. Para tanto, mister observar se o vazio de regra se conforma à intenção legislativa ou se se trata, enfim, de disposição legal não prevista, porque em conformação com *"a descrição fundamental da ordem jurídica"* (José de Oliveira Ascensão, "O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma Perspectiva Luso-Brasileira, Almedina, Lisboa, 1991).

3. A lacuna, portanto, é uma incompletude normativa da lei, que contraria o plano do sistema jurídico vigente. A questão que se coloca, neste trabalho, é saber se, em sede da Lei nº 4.595/64, a ausência de previsão de prescrição, em favor do administrado, para os fins de que trata o art. 44 daquele estatuto, ostenta situação jurídica lacunosa ou propósito legislativo (as condutas censuradas seriam imprescritíveis). Mais ainda. Na hipótese de evidenciar-se incompletude normativa, qual o

* Advogado, exerceu a função de procurador do Banco Central do Brasil e atualmente é chefe, adjunto do Departamento de Processos Administrativos e Regimes Especiais-DEPAD do Banco Central do Brasil.

instrumento de integração a ser adotado pelo aplicador, no caso, o Banco Central do Brasil.

II — *O direito administrativo em evolução*

4. O sistema jurídico brasileiro pressupõe a interpretação de sua realidade histórica, estampada na evolução dos modelos constitucionais, com maior ou menor intervenção do Estado no domínio econômico e social. As alterações nas funções do Estado conduzem a mudanças nos princípios informativos do sistema jurídico, em particular, no Direito Administrativo, que se reorienta para as novas relações jurídico-administrativas.

5. Assim, às novas missões que a Administração Pública recebe no modelo constitucional adotado, passam-se em revista os principais institutos a ela inerentes nas relações subjetivas instrumentais e finais com o administrado. Quanto maior o grau de intervenção do Estado na atividade privada, tanto maiores serão, sem dúvida, as formas de salvaguarda das garantias individuais.

6. O alargamento da atividade do Estado, de outra sorte, realça a importância dos princípios vetores da ação administrativa, dentre os quais o da legalidade, o da moralidade, o da impessoalidade e o da proporcionalidade, conciliando-se os interesses do Estado com as garantias fundamentais do administrado. As novas situações criadas pela Administração Intervencionista desafiam a doutrina e a jurisprudência pelo simples fato de o Direito Administrativo ser hoje o que foi há séculos. A supremacia do interesse público, conquanto inconteste no século passado, vem cedendo lugar a novas formulações, sobretudo da noção *"de poder administrativo como noção homóloga da capacidade de exercício de direito privado"* (Rui Chancerelle de Machete, em "Considerações sobre a Dogmática Administrativa no Moderno Estado Social" — Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Forense, nº 6, Rio de Janeiro, 1986).

7. A evolução das relações sociais e políticas impõe às relações jurídicas novo desenho, com o fim de colmatar novas questões a traços mais contemporâneos, reinterpretando-se conceitos. Para tanto, *"para além da doutrina, importará igualmente que a nossa jurisprudência não fique insensível aos sinais de mudança e também ela colabore na tarefa urgente de adequar a dogmática e a prática administrativa às novas realidades do Estado Social"* (do mesmo autor, na mesma obra).

III — *A prescrição como princípio informador do sistema jurídico brasileiro*

8. A prescrição, em qualquer área do direito, é princípio de ordem pública e objetiva estabilizar as relações jurídicas. No âmbito civilista, é o modo pelo qual, pelo decurso do tempo, alguém se libera de uma obrigação porque desarmada a possibilidade de ação judicial do titular do direito. Move-se a prescrição civil na proteção do devedor ante a inércia do credor. No âmbito penal a prescrição afasta a pretensão punitiva do Estado. Difere conceitualmente da prescrição civil, e seus efeitos, também, são diversos.

9. A imprescritibilidade resulta imoral sob qualquer aspecto na vida social, sendo exceção à regra geral do ordenamento jurídico brasileiro. Sem a prescrição tudo seria permanente. O proprietário jamais teria certeza de seu direito, nem o devedor estaria livre de pagar duas ou mais vezes a mesma dívida caso não tenha a guarda indefinida dos comprovantes do cumprimento da obrigação. Washington de Barros Monteiro, em "Curso de Direito Civil", Saraiva, 5ª edição, exemplifica que sem a prescrição "o *adquirente seria obrigado a examinar não só o título de domínio do vendedor, como os de todos os antecessores, através dos séculos, sem limite de tempo. Uma só falha que encontrasse na longa série de transmissões bastaria para comprometer todas as alienações subseqüentes. Tal investigação, além de impraticável, em razão da deficiência dos arquivos e registros, entravaria irremediavelmente o comércio jurídico, tolhendo a realização de quase todos os negócios*".

10. *Em sede de direito repressivo, Anibal Bruno, em "Direito Penal", Forense,* 3ª edição, 1967, expôs com clareza "*que nem a razão, nem a humanidade, nem mesmo o interesse social tornariam admissível deixar pesar sobre o criminoso indevidamente a ameaça do processo ou da execução da pena. Mas há dois motivos que realmente concorrem para legitimá-la, um de direito penal, que é haver desaparecido o interesse do Estado em punir, outro de ordem processual, aplicável à prescrição anterior à sentença condenatória, que é a dificuldade de colegir provas que possibilitem uma justa apreciação do delito cometido*".

11. *Prossegue o mesmo autor, na mesma obra:* "O *tempo que passa, contínuo, vai alterando os fatos e com estes as relações jurídicas que neles se apoiam. E o direito, com o seu senso realista, não pode deixar de atender a essa natural transmutação das coisas (...) Além disso, o fato cometido foi-se perdendo no passado, apagando-se os seus sinais físicos e as suas circunstâncias na memória dos homens; escasseiam-se e tomam-se incertas as provas materiais e os testemunhos e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do direito. Umas e outras razões fazem da prescrição um fato de reconhecimento jurídico legítimo e necessário. Em todo caso, um fato que um motivo de interesse público justifica*".

12. *Nos idos de 1976, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 20069, reconheceu o Supremo Tribunal Federal a posição adotada pelo Ministro Moreira Alves, Relator do Acórdão, de que, "no direito administrativo positivo do Brasil, a regra, em matéria de prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, é a da sua prescritibilidade (...) não há como pretender-se que a imprescritibilidade continue a ser o princípio geral, por corresponder ao escopo da sanção administrativa, ou seja, o interesse superior da boa ordem do serviço público (...) em matéria de prescrição em nosso sistema jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que falar em 'jus singulare" uma vez que a regra é a da prescritibilidade*".

13. *Nas relações jurídicas que regulam os bens da vida, a prescrição se inscreve como princípio informador do ordenamento jurídico brasileiro, que não admite a perpétua incerteza quanto a estabilidade das situações constituídas. E regra geral de ordem pública, que se inscreve nos estatutos civis, comerciais e penais, submetendo-se as relações jurídico-administrativas a tal postulado.*

14. *Em sucintos traços, não há dúvida de que, sendo a prescrição o princípio informador da ordem jurídica, a omissão normativa verificada na Lei da Reforma Bancária, ou em qualquer outro estatuto legal de natureza análoga, a exemplo da Lei nº 4.131/62, anota situação clara de lacuna, circunstância que exige do aplicador solução de integração, em consonância com o que dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, dada a relevância jurídica para a tutela dos bens da vida.*

IV — *A prescrição civil ordinária*

15. Há quem defenda que a prescrição civil ordinária é a prescrição ordinária administrativa. Assim pensa Carlos Augusto Faias, em trabalho recentemente publicado na Revista de Informação Legislativa, "A Prescrição no Direito Administrativo", out./dez./1995. Adota antiga dicção de Antônio Luís da Câmara Leal, segundo a qual "*esse princípio foi expressamente confirmado peto Código Civil, quando declarou que as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição, sem fazer qualquer ressalva em relação as pessoas jurídicas de direito público interno (...) 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 do art. 177 do Código Civil*".

16. Em prol de sua tese, arrola excertos jurisprudenciais e sólida doutrina, sendo útil o magistério de Luiz F. Carpenter de que "*a prescrição de trinta anos é também a prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo e no Direito Processual, no Brasil*".

17. Ocorre, no entanto, que a interpretação extensiva da prescrição civil ordinária, em todos os casos citados, tem em comum o caráter próprio da prescrição civilista que, em sentido geral, é o modo pelo qual, por força do decurso do tempo, alguém "se libera" de uma obrigação. Move-se a prescrição civil ordinária na proteção do devedor, dada a negligência do credor.

18. No âmbito do direito repressivo (o direito administrativo punitivo o é) a prescrição afasta a pretensão punitiva do Estado, ocorrendo a extinção do direito de punir. A relação jurídica objeto da prescrição civilista, seja ou não a ordinária, resta adstrita aos direitos patrimoniais, daí por que atinge as ações pessoais e reais, razão última, segundo João Franzen de Lima (Curso de Direito Civil Brasileiro, 4ª edição, Forense, pág. 381), *da "classificação do instituto na* Parte Geral *do Código Civil, submetendo-se* ao *seu império todas as relações de direito que compõem a Parte Especial*".

19. As diferenças conceituais entre a prescrição civil e a prescrição penal refletem-se em seus efeitos. Em seara cível, por exemplo, não há solução de continuidade para o curso da prescrição na ocorrência do falecimento da pessoa, a teor do que dispõe o art. 165 do CC: "*A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra* o seu *herdeiro*". Já em sede repressiva, a morte extingue a punibilidade *(mors omnia solvit)*, considerado o princípio constitucional da individualização da pena, que não passará da pessoa do condenado.

20. De outro passo, a prescrição não se opera se não for invocada por quem lhe aproveita, consoante dispõe o art. 166 do CC: "O *juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes*". Já nos processos administrativos punitivos instaurados é dever do *Administrador Público* manifestar-se de ofício (princípio da legalidade). Também prevê o art. 161 do CC que *"a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá sendo feita sem prejuízo de terceiro depois que a prescrição se consumar"*. Evidente que tal inocorre em direito punitivo administrativo, considerados os limites férreos do princípio da legalidade.

21. Assim também com a ocorrência da *novatio legis*, com a extinção da punibilidade frente à lei mais benigna. Persistem, no entanto, os efeitos civis da condenação. Consideradas a unidade da jurisdição e a interação observada entre as jurisdições civil e penal, o ilícito penal é também civil porque acarreta dano para o ofendido. Para evitar pronunciamentos divergentes sobre idêntico fato, estabeleceram-se mecanismos de interação. Assim é que, apesar de declarar o art. 1.525 do Código civil que *"a responsabilidade civil é independente da criminal, não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime"*. Também prevê o art. 91, I, do Código Penal que um dos efeitos da condenação criminal é *"tornar líquida a obrigação de indenizar o dano causado"*.

22. A sentença penal absolutória faz coisa julgada no cível quando reconhece, expressamente, a inexistência do fato ou que o réu não foi o autor (CPC, art. 66). Idêntica repercussão ocorre quando a sentença penal reconhece ato praticado em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. A legítima defesa putativa e a que causa danos a terceiros não excluem a responsabilidade civil, assim como o ato praticado em estado de necessidade (CC, arts. 1.540 e 1.520, respectivamente).

23. Não sem razão, Alípio Silveira, em "Hermenêutica e Integração do Direito Administrativo", Revista dos Tribunais, 1968, retira de Santi Romano a prudência com que deve o intérprete buscar no direito privado regras de direito público: "É *verdade, todavia, que na legislação do direito privado se encontram declarados e sancionados não poucos princípios gerais comuns a vários ramos do direito, entre os quais o administrativo: por exemplo, relativos à propriedade, pública ou privada, aos atos jurídicos realizados por alguém, e assim por diante. Em segundo lugar, é de lembrar-se que efetivamente os entes administrativos podem exercer uma parte considerável de sua atividade através das formas do direito privado, sujeitando-se às normas, tanto do direito civil (art. 2º do Código Civil) como do direito comercial (art. 7º do Código Comercial). Certamente, mesmo nestas manifestações, o Estado e os outros entes públicos são movidos e guiados pelo interesse público. Mas o caráter público delas se salienta mais no lado interno da administração do que nas relações com outros sujeitos em face dos quais a administração parece como se estivesse, embora não esteja, libertada do interesse público. Justamente por isso, e neste sentido, é possível, aliás, com muitas limitações, que ele fique submetido ao direito privado*".

24. A prescrição civil ordinária, na verdade, não se presta como paradigma em sede de restrição ao *ius puniendi* do Estado em esfera punitiva.

V — *A analogia como regra de integração*

25. O legislador nem tudo dispõe, surgindo hipóteses de lacuna legislativa, em que não há dispositivo legal regulando a espécie no contexto da lei, como se verifica na Lei da Reforma Bancária em matéria de prescrição, necessitando, então, o aplicador, autorizado pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, socorrer-se de métodos de integração, dentre os quais a analogia, com o objetivo de colmatar a unidade do direito e o fim precípuo deste de composição de interesses em conflito, estabilizando as relações jurídicas.

26. A analogia exige do aplicador juízo de valor interpretativo, dado que vai buscar a regra de direito regulada em hipótese semelhante (não igual) e trazê-la para o caso não previsto pelo legislador. A descoberta é de normas jurídicas positivadas, que compõem um núcleo essencial de semelhança com o regime jurídico da lei a ser integrada.

27. O processo analógico, no entanto, nas palavras de J. M. Othon Sidou, em "O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis", Forense, 1985, "*é desautorizado por duas ordens de vedações. A primeira compreende as regras excepcionais, correspondentes ao* ius singulare (...) *Face ao direito excepcional, portanto, a aplicação da analogia não prevalece. É a regra. Na sistemática brasileira, esta vedação era objeto do artigo 6º da primitiva Introdução ao Código Civil. Ali se assentava que "a lei que abre exceções à regra geral, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica". Este dispositivo não foi absorvido pela reforma de 1942, porém é preceito incorporado à doutrina e forma regra de interpretação* ex iure, *conquanto não* ex lege, *o que nenhum jurista nega. A segunda vedação diz com as regras penais positivas, ou estabelecidas em lei. Para este efeito, de não aplicação analógica, erguem-se imperativos de defesa da liberdade individual, eis que, por outra forma, a liberdade estaria debilitada pelo abuso de poder. Aliás, o Código Penal principia com a declaração de que "não há crime sem lei anterior que o defina" e "não há pena sem prévia cominação legal".*

28. O domínio do conceito de lei excepcional ou de lei restritiva, no entanto, não é fácil. É comum observar-se visão equivocada em muitos trabalhos, como a ocorrida em manifestações do Banco Central do Brasil e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sobre prescrição administrativa.

29. Em sua clássica obra "Hermenêutica no Direito Brasileiro", Revista dos Tribunais, 1968, Alípio Silveira observa que "As regras gerais ou *cânones de interpretação do Direito Administrativo são* as mesmas que as de *outros* ramos *do Direito Positivo. Tanto os tratadistas nacionais* como *os estrangeiros* são *acordes neste ponto. Mesmo quando se tratar do próprio interesse público contido nas* regras *do Direito Administrativo (...), tal interesse, como qualquer outro interesse regulado pela lei, deve subordinar-se ao princípio ainda mais geral do bem comum, que é o supremo critério hermenêutico*".

30. Observa, ainda, o mesmo autor, na mesma obra, que, *"quando não existe norma de direito administrativo aplicável* a *uma determinada relação jurídico-administrativa, o aplicador* recorre *à analogia, ao costume, aos princípios* gerais *do* direito. É *a* regra geral de integração, *contida no ano 4º da* Lei de *Introdução* ao Código Civil, *e aplicável às várias disciplinas jurídicas,* exceto *quando for diversamente determinado, como acontece no* direito *penal, que repele, quer a analogia nas incriminações, quer o costume"*.

31. Não há falar, assim, que, *"na ausência de norma reguladora expressa, à Administração não é lícito ultrapassar o âmbito de sua competência no cumprimento* da lei, a *fim de estabelecer prazos para* a *decadência e a prescrição, por faltar-lhe a autonomia da vontade"*, conforme articulado no Parecer PGFN/CAT/Nº 912/93. Há autorização expressa na Lei de Introdução ao Código Civil.

32 Nem procede a outra conclusão a que chegou a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, com supedâneo em Alípio Silveira, de que "O *recurso à analogia concede ao aplicador mais amplos poderes do que a interpretação propriamente dita"*, acrescentando que *"a interpretação estrita dá-se, como vimos, quando é vedado estender por analogia os casos expressos em leis que abrem exceção a regras gerais ou restringem direitos"*. E ainda: *"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"*.

33. A citação comprometeu o magistério do autor. Ao rever-se o apanhado doutrinal em que se embasou fica evidente a contradição incorrida pela PGFN. É útil o percurso informativo trilhado por aquele doutrinador, dada a relevância do tema. Para tanto, traz ao debate o pensamento de renomados juristas, nacionais e estrangeiros:

"Não raro sucede surgirem novos conceitos jurídicos, que primitivamente se faziam valer em aplicações singulares mas que enxertam o princípio anterior da exceção, até que, por fim, o que ERA EXCEÇÃO SE TORNA REGRA" (DERNBURG);

"O direito singular é necessidade e modo de corrigir o direito geral e com este, por sua origem e natureza, tem relação necessária; emanando da lei, deve ser reconhecido e aplicado pelo juiz; e, se bem se observa, tem ÍNDOLE GERAL, enquanto mira regular muitas relações jurídicas" (CHIRONI E ABELLO);

"O direito singular é, como o direito normal, plenamente capaz de extensão, porque a "ratio" especial, que é seu fundamento, se apresenta, deve valer o mesmo preceito de direito, e não poderia receber aplicação o direito normal. Em outros termos, o tratamento que, em matéria de interpretação, recebe o direito normal há de receber também o direito singular, sempre que, estendendo-o, não vá contra a sua "ratio" especial, isto é, se encontra no caso contemplado pela fórmula do preceito a mesma particular utilitas, que provocou a norma de direito singular". Em razão disso é que adianta que não se deva considerar absoluta a regra que veda o uso da analogia em sede de ius singulare, *porque quando este "forma um sistema orgânico de normas, que disciplinam toda uma matéria, pode ter lugar a interpretação analógica para os casos não contemplados por normas particulares, mas que entram na matéria dominada por aquele sistema"* (DE RUGGIERO);

"Falando de disposições de leis excepcionais, pressupõe-se necessariamente a existência de outras leis ou princípios gerais, cuia aplicação venha limitada por aquelas, subtraindo-lhes casos que nelas estariam verdadeiramente compreendidos" (BIANCHI);

34. Bem de ver que, se a regra geral informadora do sistema jurídico brasileiro é a prescrição, *excepcional será, assim, a norma que a ela se oponha (no caso, a não prescrição).* Esta, sim, não será objeto de integração analógica, pena de vulneração ao princípio geral informador do sistema.

35. A visão equivocada nos trabalhos que se inclinaram pela tese da imprescritibilidade dos atos censurados na Lei da Reforma Bancária tem traço comum na rejeição do *"argumentum a simili" pelo "argumentum a contrario"*. Norberto Bobbio, em "Teoria do Ordenamento Jurídico", 4ª edição, Editora Universidade de Brasília, 1994, bem adverte que *"Frente a uma lacuna, se aplicarmos a uma norma geral exclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira idêntica àquele que está regulamentado"*.

36. As compilações do pensamento doutrinário, assim, deverão ser empreendidas com cautela, emprestando-se-lhes inteligência de contexto. Bem a propósito o ensinamento de Carlos Maximiliano sobre a natureza real do direito excepcional: *"O Direito Excepcional é subordinado a uma razão também sua, própria, original, porém reconhecível, às vezes, até evidente, embora diversa da razão mais geral sobre a qual se baseia o Direito comum"*. *E* acrescenta: "As *disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas ou contra o Direito comum; por isso não se estendem"*. Por fim, adverte: *"Nem sempre oferece aspecto nítido, de apreensão fácil, a espécie jurídica ora sujeita a exame: proposições com aparência de excepcionais constituem de fato a regra geral, e vice-versa" ("apud", Alípio Silveira, mesma obra).*

37. Com maestria conclui Alípio Silveira:

"Na realidade, a determinação do caráter excepcional ou normal de uma regra, é uma delicada questão de política jurídica, que transporta o intérprete a um plano valorativo, variável segundo os tempos e os lugares. Isto quer dizer que o regime político-social está intimamente ligado a essa determinação (...) Um exemplo interessantíssimo dessa transformação é fornecido pelo Direito do Trabalho e pelo Direito Social, (pondo de parte questões de terminologia, que não afetam nossas conclusões); ao irromper esse direito na esfera legislativa, especialmente na Itália, no começo deste século, muitos juristas da velha escola o consideravam como excepcional, e insuscetível de extensão analógica (...) Porém, uma vez desenvolvidos, já não se lhes atribui caráter excepcional, pois são pacificamente conceituados como direito especial, e alguns vão a ponto de chamá-los o "direito comum do século XX".

38. O ensinamento doutrinário, em dado momento histórico, sobre o caráter excepcional ou comum de determinado direito ou de determinada norma, assim, há de conformar-se ao tempo, aos valores da época, ao sistema jurídico geral então dominante. A evolução da sociedade e das relações jurídicas pode adiante estabelecer

conceitos novos, daí por que a exceção pode virar regra ou até mesmo voltar a tornar-se exceção.

39. Ademais, já se pode verificar que a vedação à analogia, em sede de direito excepcional, ou de regras excepcionais, objetiva proteger os princípios gerais da ordem jurídica, evitando-se que a exceção vire regra nos templos judiciais, o que corresponderia, na verdade, a substituição do legislador pelo judiciário.

40. O tema, em verdade, já sensibilizou administrativistas notáveis. Com efeito, Hely Lopes Meirelles, em "Prescrição da Pena Administrativa", RT, nº 544, 1984, abandonando posição anteriormente defendida, assim se expressou: *"Ora, se até no direito disciplinar, em que sempre se exigiu lei expressa para fixar prazos prescricionais, admite-se hoje a prescritibilidade, com muito maior razão essa prescritibilidade deve ser afirmada em relação às sanções fundadas no exercício do poder de polícia. Na ausência de lei especial que fixe o prazo prescricional das sanções administrativas aplicáveis às instituições financeiras e a seus dirigentes, é de se recorrer, por analogia, à norma mais próxima dessas sanções."*

41. Mais recentemente, José Cretella Júnior também evoluiu de posição. Em "Prática do Processo Administrativo", Editora Revista dos Tribunais, 1988, afirma que *"é insustentável a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa (...). A prescrição penal e a prescrição administrativa são espécies, repetimos, dentre 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"*.

42. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no MS nº 20.069, 1976 (Revista de Direito Administrativo nº 155), e relatado pelo Ministro Moreira Alves, acolheu a tese segundo a qual a prescrição é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro. Expôs o Ministro Moreira Alves em seu voto vencedor que *"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"*.

43. Observa-se, ainda, no Voto do Ministro Moreira Alves:

"Na espécie, há expressa disposição de lei (o inciso II, letra 'a', do artigo 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." E arremata, adiante: *"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"*.

44. Impossível exigir mais clareza. Inadmite o Ministro Moreira Alves integração analógica frente a normas de "ius singulare". E esclarece que, em sede de prescrição, *"não há falar em ius singulare"*. Daí por que a conclusão lógica e indisputável não é outra senão a admissão da analogia em sede de prescrição.

VI — *A prescrição e o devido processo legal*

45. Evidente que, se a prescrição é a regra do nosso sistema jurídico, sua não positivação resulta em manter sob as vestes de eternidade o aparato punitivo do Estado.

46. A possibilidade de a qualquer tempo a Autoridade Monetária poder instaurar processo administrativo punitivo contra instituições financeiras e seus administradores implica guarda eterna, para fins de defesa, de todos os documentos, livros e registros da empresa. Os diretores, individualmente, a cada autorização dada na rede complexa de operações realizadas, obrigar-se-iam a manter arquivo particular sob o temor de virem a ser, até o fim dos seus dias, censurados pelo Banco Central pela via processual administrativa.

47. Ora, é indiscutível a utilidade da prescrição na estabilização das relações jurídicas, não se admitindo, em sede de Lei Bancária, a adoção de posição contrária aos valores jurídicos dominantes. O tema, assim, merece ser enfrentado com serenidade e coragem porque a inexistência de restrição temporal ao *ius puniendi* do Estado põe reféns pessoas físicas e jurídicas, além de representar ofensa ao devido processo legal inscrito nos direitos fundamentais da Carta Política.

48. O devido processo legal é princípio fundamental de garantia ao administrado na Constituição Federal, art. 5º, LIV: *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"*. Relaciona-se o devido processo legal com outro princípio fundamental (art. 5º, LV), que assegura aos acusados em processo administrativo ou judicial a mais ampla defesa e com os meios e recursos a ela inerentes.

49. "*A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento das finalidades válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim* — meansend-relationship, *segundo a nomenclatura norte-americana — da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de razoabilidade e de racionalidade*". É o substancioso magistério de Carlos Roberto de Siqueira Castro, em "O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil", Editora Forense, 1989.

50. O direito de defesa é muito mais do que o não poder ser condenado sem ser ouvido. As alegações do administrado não realizam, por mero mecanismo formal, a oportunidade de ampla defesa, É garantia constitucionalmente assegurada ao acusado que sua defesa seja efetivamente considerada. Indo um pouco mais longe, não é demasiado considerar que o não enfrentamento pelo Banco Central da fixação do prazo prescricional reduz o direito de defesa do acusado e constitui ofensa ao devido processo legal pela inoportunidade de ampla defesa.

51. Melhor delineando o tema, se a prescrição é a regra, a Autoridade Monetária não pode, nos processos administrativos punitivos, negar-se a implementar a com-

pletude do direito por meio da analogia, do costume ou dos princípios gerais do direito, sob pena de restar cerceada, indisputavelmente, a ampla defesa a que alude a garantia constitucional, desconsideradas, em sentido material, as alegações do acusado.

52. Odete Medauar, em "A processualidade no Direito Administrativo", Revista dos Tribunais, 1993, esclarece que *"a Constituição Federal de 1988 alude, não a simples direito de defesa, mas, sim, a ampla defesa. O preceito da ampla defesa reflete a evolução que reforça o princípio e denota elaboração acurada para melhor assegurar sua observância. Significa, então, que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza. Daí a expressão final do inc. LV, "com os meios e recursos a ela inerentes' englobados na garantia, refletindo todos os seus desdobramentos, sem interpretação restritiva"*.

53. É mais do que evidente que a mais ampla defesa a que se reporta o texto constitucional tem alcance geral, ou seja, se no ordenamento positivo o administrado pode alegar, em preliminar, a proteção prescritiva, a lacuna existente na Lei da Reforma Bancária ergue-se como uma restrição à garantia fundamental de ampla defesa.

54. Esse *inequívoco déficit* de exeqüibilidade do prazo prescricional pela Autarquia julgadora dos conflitos que se estabelecem no leito da Lei da Reforma Bancária não representa uma liberdade de escolha do administrador, mas um dever objetivo, seja porque o sistema jurídico exige a completude, seja porque a omissão vulnera o princípio da proibição do excesso, ou da razoabilidade, em seu sentido substancial. Este princípio, segundo o mestre J.J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, Almedina, 5ª edição, Coimbra, 1992), *"significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)"*.

VII — *O princípio da igualdade*

55. Ninguém desconhece que o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, que se desdobra, segundo Canotilho, em "igualdade na aplicação do direito" e "igualdade na criação do direito".

56. A igualdade na aplicação do direito, segundo aquele renomado autor, traduz-se na definição de ANSCHUTZ, de que *"as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas"*. E prossegue: *"Esta continua a ser uma das dimensões do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e,* como *se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais". A igualdade na criação do direito, princípio que se dirige ao legislador, "vincula-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos"*.

57. A criação de direito igual significa que *"para todos os indivíduos que têm as mesmas características devem prever-se, através de lei, iguais situações ou resultados jurídicos (...)* Daí a sugestiva formulação de CASTANHEIRA NEVES: *"a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei" (...) Assim, por exemplo, uma lei fiscal que estabelecesse a mesma taxa de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao conteúdo, pois equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar"* (o mesmo autor, a mesma obra).

58. A igualdade justa, assim, segundo Canotilho, assume caráter valorativo, ou seja, *"existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge arbitrária (...) Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica (i) não se basear num fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem ser razoável".*

59. As instituições financeiras e aqueles que as administram, na verdade, vêm recebendo diferenciações de tratamento sem fundamento material suficiente, razoável, frente ao princípio geral do direito brasileiro *que acolhe* a prescrição como *regra.* Tal discriminação, é bem de ver, é arbitrária e confronta a justiça interna do sistema jurídico.

VIII — *Identificação da regra analógica*

60. Não é fácil deduzir a regra aplicável à prescrição diante da lacuna verificada na Lei da Reforma Bancária. Entrementes, tratando-se de omissão em sede de lei administrativa e, em especial, encartada em regime jurídico que comina sanções, a solução mais compatível será processar a busca integrativa, com fundamento na analogia, em lei administrativa que regule matéria de idêntica natureza. Em princípio, ramos diversos do direito são menos proveitosos a integração analógica. José de Oliveira Ascensão, em "O Direito, Introdução e Teoria Geral", Renovar, 8ª edição, Lisboa, observa que *"a analogia é tanto mais delicada quanto maior for o afastamento entre o caso omisso e um caso diretamente regulado".*

61. Ensina Carlos Maximiliano *que "é mister que a regra ou norma inferida guarde com o caso concreto um elemento de identidade e se inspire nas mesmas idéias fundamentais. Não bastam afinidades nem semelhança formal".* Mas o critério fundamental de concordância doutrinária é *"a semelhança das relações",* adverte Maria Helena Diniz, em "As Lacunas no Direito", Saraiva, 1989.

62. Frente a tais pressupostos, é de se abandonar, de plano, as disposições do Código Penal, conquanto não sejam alheias ao método analógico. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no RE nº 78.917, acolheu o voto do Ministro Luiz Galotti, em cujo *contexto dispunha que "O direito disciplinar não é infenso à*

analogia penal. Antes, ao que ensina Themístocles Cavalcanti — "no caso das penas puramente administrativas, os mesmos princípios (relativos à prescrição criminal) podem ser também aplicados por analogia (Direito e Processo Disciplinar, p. 179)".

63. Também as leis administrativas que tratam de sanção disciplinar, em princípio, seriam relegadas, adotando-se o argumento do jurista José Luiz Bulhões Pedreira exposto em parecer sobre ilícitos cambiais em 12.07.96: "*As sanções cuja prescrição é regulada nessas leis são em regra manifestações de poder disciplinar e pressupõem uma relação de hierarquia, e, embora compreendidas no gênero 'sanção administrativa' constituem subespécie desse gênero distinta (em função do tipo de relação em que ocorrem) das sanções de infrações a normas fundadas no poder de polícia, nas quais não existe a relação hierárquica*".

64. Assim considerada a matéria, a integração analógica a ser desvendada restaria identificada em norma jurídico-administrativa fundada no poder de polícia do Estado. Assim delimitada a matéria, melhor se amoldaria à hipótese legal examinada o contexto constitucional em que situado o sistema financeiro nacional na Carta Política.

65. Com efeito, no Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", localizam-se os princípios gerais da atividade econômica, e a voz do legislador constituinte os declara fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurarem a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170). No art. 173, os parágrafos 4º e 5º estabelecem que "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (parágrafo 4º) e que "A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular" (parágrafo 5º).

66. Extrai-se do art. 174 que o Estado, na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, "exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

67. A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE em autarquia, realiza, em nível infraconstitucional, o comando da Carta Política, ao dispor sobre a prevenção e a repressão as infrações contra a ordem econômica. Neste sentido é destacado no artigo introdutório daquele diploma: "Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico"

68. O campo material da Lei nº 4.595/64 contém tutela semelhante, eis que realiza comando constitucional igualmente inserido na Ordem Econômica e Financeira. A Carta Política exige que "o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar (...)".

69. O ordenamento constitucional consagra a livre iniciativa, a economia de mercado. Razões de ordem pública, no entanto, condicionam a liberdade privada em prol da coletividade, notadamente, no âmbito da Ordem Econômica e Financeira. As instituições financeiras e as empresas a elas equiparadas, conquanto constituídas sob o regime jurídico de direito privado, mantêm-se, por força de lei, sob o controle e fiscalização do Estado. Assim é que promana da Lei nº 4.595/64 competir ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil, em campos delimitados, orientar a aplicação de recursos, gerar regras de funcionalidade, promover a supervisão e fiscalização, controlar a expansão monetária, direcionar o crédito, zelar pela liquidez e solvabilidade, e aplicar sanções na ocorrência de infrações a normas legais e regulamentares baixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

70. As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras representam o progresso econômico sob a forma associativa de capital, desempenhando papel de relevante interesse público no direcionamento do crédito. Através da coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros realizam o financiamento da indústria e do comércio, prestam serviços à comunidade sob as mais variadas formas, financiam exportações, incrementam a atividade econômica e promovem a circulação de ativos financeiros e não-financeiros.

71. Seja na Lei nº 8.884/94, seja na Lei nº 4.595/64, o processo administrativo é a via pela qual o Estado apura eventuais ilícitos administrativos praticados contra a Ordem Econômica e Financeira. Em ambos os ordenamentos legais há identidade de fundamento constitucional e de fundamento na natureza da sanção administrativa. Os dois estatutos têm como fim precípuo reprimir os abusos praticados tanto pela pessoa física quanto pela pessoa jurídica.

72. Nestas condições, é de aplicar-se no contexto da Lei da Reforma Bancária idêntica regulação à prevista no art. 28 da Lei nº 8.884/84 e no seu § 1º, "in verbis": "Art. 28 — Prescrevem em 5 (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.

73. Observe-se que a integração analógica sugerida guarda cabal identidade com o caso concreto e se inspira nas mesmas idéias fundamentais, dada a semelhança das relações. Também se adapta à regra de inversão a que alude Maria Helena Diniz, de cujo ensinamento se extrai: "o magistrado, antes de aplicar a analogia, deve inverter a hipótese, ou seja, considerar que a norma regula o fato não previsto, examinando depois se se pode reputar apropriada a analogia para o que é a hipótese legal, que passa supostamente a regular caso *sub judice* não prescrito — Se o resultado for afirmativo aplica-se a analogia".

IX — *Conclusão*

74. A integração de lacunas, por método analógico, na Administração Pública, conforma-se ao princípio da legalidade, restando, em síntese, evidente que:

a) em sede de prescrição, regra geral da ordem jurídica, não há falar em *ius singulare,* razão pela qual é autorizada a integração analógica como recurso a integração de lacuna, com supedâneo no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil;

b) constatada a lacuna, no leito da Lei Bancária, de regra prescritiva, é poder/dever do administrador público realizar a completude do direito por processo analógico, sob pena de vulnerar garantias constitucionais dos administrados (os princípios do devido processo legal e da igualdade);

c) dadas as identidades de fundamento constitucional (a ordem financeira é subespécie da ordem econômica) e de fundamento na natureza da sanção administrativa (poder de polícia) nas Leis nºs 4.595/64 e 8.884/94, é de suprir-se a omissão legislativa da primeira com a aplicação analógica do artigo 28 e seu § 1º do segundo estatuto legal, adotando-se a prescrição qüinqüenal, na forma lá estabelecida;

d) tanto a Lei da Reforma Bancária quanto a Lei nº 8.884/94, na verdade, são mediadoras da Constituição Federal, ambas disciplinando o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhes são próprias, as condutas que, no contexto da ordem econômica e financeira, ofendam ou ponham em risco bens e interesses juridicamente relevantes.

Bibliografia

1) Andrade, G. Christiano,
"O Problema dos Métodos na interpretação Jurídica", E. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1992;

2) Araújo Jr., João Marcello
"Dos Crimes Contra a Ordem Econômica", Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1995;

3) Ascensão, J. de Oliveira
"O Direito, Introdução e Teoria Geral", Ed. Renovar, Lisboa, 1994;

4) Barros, S. de Toledo
"O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", E. Brasília Jurídica, Brasília, 1996;

5) Bandeira de Mello, Celso Antônio
"Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 5ª edição, S. Paulo, 1994;

6) Bobbio, Norberto
"Teoria do Ordenamento Jurídico, Ed. Universidade de Brasília, Brasília 4ª edição, 1994;

7) Bobbio, Norberto
"A Era dos Direitos", Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992;

8) Bruno, Anibal
"Direito Penal, Ed. Forense, 3ª Edição, 1967;

9) Canotilho, J.J. Gomes
"Direito Constitucional", Almedina, 5ª edição, Ed. Coimbra, 1992;

10) Casto, C. Roberto de Siqueira
"O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Const. do Brasil", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989;
11) Diniz, Maria Helena
"As Lacunas no Direito", Ed. Saraiva, 2ª edição, S. Paulo, 1989;
12) Fonseca, João Bosco Scopoldino da
"Direito Econômico", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995;
13) Franco, A. Silva
"Temas de Direito Penal", Ed. Saraiva, S. Paulo, 1986;
14) Grau, Eros Roberto
"Direito, Conceitos e Normas Jurídicas", E. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1988;
15) Larens, Karl
"Metodologia da Ciência do Direito", Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª Edição, Lisboa, 1983;
16) Meduar, Odete
"A Processualidade no Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1993;
17) Monteiro, W. de Barros
"Curso de Direito Civil", Ed. Saraiva, 5ª edição;
18) Pimentel, Manoel Pedro
"Direito Real Econômico", Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1973;
19) Pondé, Lafayette
"Estudos de Direito Administrativo, Livraria Del Rey Ed. Ltda., B. Horizonte, 1995;
20) Rivero, Jean
"Curso de Direito Administrativo Comparado, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1995;
21) Revista de Direito Comparado Luso-Brasileira, Ed. Forense, nº 6, Rio de Janeiro, 1986;
22) Sidou, J. M. Othon
"O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis, Ed. Forense, S. Paulo, 1985;
23) Silva, José Afonso
"Curso de Direito Constitucional Positivo", Malheiros Editores, 9ª edição, S. Paulo, 1994;
24) Silveira, Alípio
"Hermenêutica no Direito Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1968;
25) Vasconcelos, Arnaldo
"Teoria da Norma Jurídica", Malheiros Editores, 3ª edição, S. Paulo, 1993.