

Atualidades

A PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

1. A analogia da doutrina jurídica. 2. O recurso à equidade. 3. O regramento legal da prescrição administrativa. A utilização da analogia e da equidade. Conclusão.

A alegação da prescrição administrativa nos processos instaurados pelo Banco Central do Brasil tem sido objeto de inúmeras impugnações, interpostas junto ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. O pensamento daqueles órgãos — no sentido do reconhecimento, apenas, da prescrição ordinária do Código Civil — está consubstanciado em longo trabalho da lavra de Carlos Augusto dos Santos Faias,¹ à época de sua publicação procurador do primeiro e membro integrante do segundo. No entanto, mister se faz voltar à análise do tema para uma análise crítica do estudo acima mencionado, tendo em vista as considerações ali expendidas, principalmente à luz de recente modificação legislativa ocorrida nessa área.

Resumidamente, são os seguintes os argumentos indicados por Faias em seu minucioso levantamento da doutrina e da jurisprudência no campo da prescrição dos ilícitos administrativos verificados na órbita do Banco Central do Brasil:

a) Baseado em Carlos Maximiliano e Alípio Silveira, ele diz que não haveria que

se aplicar a analogia nos casos de *direito excepcional*, justamente aquele sob cuja égide atuaria o Banco Central do Brasil;

b) A prescrição administrativa somente teria lugar, nos processos instaurados pelo Banco Central do Brasil — *direito excepcional* — diante de lei especial (que nunca foi editada), devendo aplicar-se, em sua falta, a regra do art. 177 do Código Civil brasileiro;

c) Diversos textos legais respeitantes à prescrição administrativa representariam soluções de *direito excepcional*, não extensivas a situações por eles não expressamente previstas, mesmo semelhantes entre si;

d) Embora a prescrição ordinária do Código Civil possa ser considerada longa em demasia para os casos de ilícitos administrativos na esfera do Banco Central do Brasil, esta circunstância não levaria à caracterizá-la como ilegal, nem determinaria a redução daquele prazo.

1. A ANALOGIA NA DOUTRINA JURÍDICA

Examinando a doutrina, verificamos que, no pensamento de Caio Tácito, todas as sanções jurídicas, entre as quais claramente se incluem as sanções administrati-

1. Prescrição no "Direito Administrativo", in *Revista de Informação Legislativa* 126, out./dez.-95.

vas, estão sujeitas ao instituto da prescrição. Para aquele ilustre autor, a perpetuidade da pretensão punitiva estatal, tanto na esfera penal quanto na administrativa, tenderia, de um lado, a prolongar indefinidamente situações litigiosas e, de outro, a abalar a estabilidade da ordem jurídica ("Prescrição Administrativa — Comissão de Valores Mobiliários — Inquérito Administrativo", *Revista de Direito Administrativo* 196, abr.-jun./1994, pp. 285 e ss.).

Reforçando essa noção, aduz Nelson Eizirick que, tratando-se a prescrição de instituto comum a todos os ramos do Direito, não pode ser questionada a sua aplicação no campo do direito administrativo. Se a Administração remanesce inerte, decorrido determinado prazo prescricional, ela perde o direito de punir ("Regime Jurídico do Mercado de Capitais — Modificações Introduzidas pela Lei n. 9.457/97", *Revista do Advogado* 52, fev./98, pp. 32 e ss.).

Há exceções, sim, à regra geral da prescrição. Mas a *imprescritibilidade ocorre no expreso plano da Constituição Federal exclusivamente para dois casos*, tendo em vista a natureza dos bens jurídicos assim protegidos: *a prática do racismo*, de um lado, e *a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito*, do outro (art. 5º, XLII e XLIV).

Esse é o entendimento predominante no seio da mais expressiva doutrina nacional, reconhecendo Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr. que esses dois são os únicos casos em que o Estado jamais perde o direito de punir (*Direito Penal na Constituição*, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 169).

Visto que a prescrição é a regra, não se pode, absolutamente, concordar com a posição do Banco Central do Brasil, seguida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, no sentido de que somente lei específica poderia estabelecer a prescrição dos inquéritos por aquele órgão

instaurados. O reconhecimento dessa posição levaria a resultados absurdos e à consequente quebra dos princípios mais fundamentais do direito e da justiça.

Ora, a regra é, indubitavelmente, a da prescrição, conforme visto acima, e deve o aplicador da lei buscar a sua fonte para cada caso que estiver diante do seu exame, devendo forçosamente encontrá-la, seja diretamente — diante de norma que expressamente a preveja —, seja pelo recurso a meios indiretos, como são os casos da analogia e da equidade.

Quanto à analogia, como qualquer estudante de direito logo aprende, ela não fica simplesmente no plano da faculdade do juiz, mas impõe-se como regra de obediência obrigatória, pois, quando a lei for omissa, ele *decidirá o caso de acordo com a analogia*, os costumes e os princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º). O termo *decidirá*, tal como está colocado naquele texto, implica claramente em *uma ordem e não em uma mera faculdade*.

A questão da utilização da analogia quanto aos ilícitos observados no campo de atuação do Banco Central do Brasil deve ser analisada, inicialmente, quanto à alegada proibição de sua incidência nos casos de *direito excepcional*, conforme reportado acima.

Entende-se, tradicionalmente, a partir de Paulo (1, 3, D, *de leg.*, 14 e 16) como *lei excepcional* (criadora, portanto, de um direito da mesma índole), aquela que derroga uma norma geral ou, ainda, aquela que regula um determinado comportamento de uma maneira nova, diferente do que teria lugar caso a norma excepcional não existisse. Por outras palavras, a norma excepcional subtrai em determinadas circunstâncias ou por determinado período de tempo um comportamento que seria normalmente tratado pela regra geral. Tomando um exemplo do nosso ordenamento jurídico, a norma geral sobre prescrição corresponde ao art. 177 do Código Civil, enquanto todas

as demais reguladoras desse instituto teriam o caráter de normas excepcionais, quanto às quais seria proibido o recurso à analogia.

A proibição em tela apresentaria como explicação, segundo Norberto Bobbio, o diferente fundamento da lei comum (baseada na *ratio*, por conseguinte, sujeita a uma interpretação que se utilize logicamente de todos os seus elementos implícitos) e da lei excepcional (instituto *propter aliquam utilitatem*, acolhido pelo ordenamento jurídico não por uma razão que o justifique, mas tão somente pela autoridade que o impôs, do que decorre não poder ser interpretada racionalmente, mas obedecida pela força da autoridade).²

Para Bobbio, no entanto, a explicação acima não convence, pois existem leis comuns, criadas a partir de uma determinada utilidade, enquanto, ao mesmo tempo, apresentam-se normas excepcionais fincadas sobre uma razão. Recorrendo à autoridade da doutrina germânica, aquele autor lembra o ensinamento de Windscheid, segundo o qual se tem duvidado que a proibição da solução analógica quanto às leis excepcionais apresente a mesma razão de plausibilidade do correspondente impedimento da utilização da analogia com relação às leis penais incriminadoras. Nesse sentido, tendo em conta que a lei excepcional está fundada em uma *ratio* particular, é razoável que possa ser estendida a casos não previstos, desde que enquadráveis no âmbito da mesma *ratio*, ou seja, aplicando-se a analogia para hipóteses não previstas na lei excepcional, pelo mesmo motivo da excepcionalidade que levou à edição do texto especial.³

O direito italiano contém uma proibição expressa da utilização da analogia no campo das leis penais e daquelas que excepcionem uma regra geral (art. 14, D. Gen). Mas, segundo Bobbio, mesmo assim tem

sido unânime a opinião no sentido de que o aludido art. 14 exclui a interpretação analógica, mas não a extensiva, notando-se, ainda, que sob este último nome tem sido aplicada, freqüente e verdadeiramente, a integração analógica.⁴

Analisando o problema por outro ângulo, verifica-se estar na *ratio legis* a razão suficiente do reconhecimento de uma norma jurídica.⁵ Dessa maneira, a validade da solução pela via analógica está na extensão do tema regulado para o não regulado, quando ambos apresentem a mesma *ratio legis: ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*.

Tomando-se a *ratio legis* da prescrição dos ilícitos administrativos como aquela relacionada com o objetivo de não se deixar o administrado sujeito a uma inércia da Administração por prazo excessivamente longo, em conseqüente prejuízo para a segurança e para a certeza do direito, tem-se que reconhecer a validade da analogia diante de uma lacuna legislativa que apresenta a mesma *ratio legis*.

Esta breve análise do instituto da analogia também pode incluir o exame de sua função, qual seja, a de dar ao juiz um instrumento para preencher as lacunas legislativas, tendo em vista a preservação da unidade do direito. No caso em tela, trata-se de uma lacuna relacionada com a falta de uma norma especial estabelecida por uma regra de prescrição mais favorável ao eventual indiciado do que a presente na regra geral do art. 177 do Código Civil, tendo-se em conta que diversas normas nesse sentido foram baixadas pelo legislador, excetuando-se o caso do Banco Central do Brasil, para o qual ainda não existe norma especial. E aqui entra, conseqüentemente, a discussão do tema da *equidade*.

4. Ob. e p. citis.

5. A *ratio legis* exprime-se pela fórmula *id propter quod lex lata est, et sine quo lata non esset*. Daí se conclui que *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* (Donellus, *Commentari*, v. I, cap. 13, a. 9).

2. Verbete "Analogia", do *Novissimo Digesto Italiano*, p. 606.

3. Ob. e p. citis.

2. O RECURSO À EQUIDADE

A esse respeito, observa Renato Vecchione, com muita propriedade, recorrendo às lições de Forti, Resta e Scavonetti no direito italiano, que: "Ao contrario il concetto di equità, poichè il potere equitativo si inserisce naturalmente nella discrezionalità, ricorre frequentemente negli istituti del diritto amministrativo, tanto che, mentre da taluno si è identificata la violazione dei principi di equità com l'eccesso di potere, il cosiddetto "onere di buona amministrazione", concepito anche como equita amministrativa e como limite della discrezionalità è stato ravvicinato all'obbligo del giudice di equità di fare uso in un determinato modo e per il conseguimento di determinati fini del proprio potere di libero giudizio".⁶

O *dever da boa administração* inclui, necessariamente, a diligência da administração no sentido da apuração e penalização dos ilícitos verificados em sua área, cujo descumprimento seria punido com a prescrição.

Na sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles defende a utilização da equidade nos casos em que o legislador, tendo tratado certo tema de forma geral, no entanto refere-se a casos particulares. Em tais situações o aplicador da lei deveria agir pelo recurso à solução que o legislador teria adotado, no caso em que tivesse se voltado para o particular, buscando ser justo. A aplicação da equidade levaria a uma situação de justiça do caso concreto, na ausência da regra que a estabeleceria de forma absoluta.⁷

O recurso à equidade tem sido estabelecido segundo dois diversos critérios. O primeiro corresponderia ao meio de superamento da ausência ou da insuficiência de uma determinada norma jurídica. Neste sentido, o juiz seria o intérprete da

consciência social, ou estaria atendendo as aspirações de um povo em um determinado sistema jurídico. O segundo toma a equidade como "la ragione ed il contenuto del potere discrezionale del giudice, tale potere ravvicinando a quello del legislatore in quanto tende a completarne l'opera".⁸

O mesmo Vecchione reproduz preciosa lição de Calamandrei (*Diritto ed equità nell'arbitrato*), segundo o qual: "Il diritto positivo e l'equità costituiscono due ordinamenti giuridici, coesistenti e in parte coincidenti, como due sfere concentriche di diverso volume, di cui la più grande, che contiene in sé la più piccola, è l'equità. Il giudice, che è el centro del due ordinamenti, ha al di sopra di sé, quasi firmamento giuridico, queste due grandi volte poste una dentro l'altra; ma se egli è giudice di puro diritto, la sua vista si ferma alla più bassa e vicina; se invece egli è giudice di equità, la volta più basa è per lui trasparente, e la sua vista può spaziare al di là, fino a scoprire, sulla più alta ed esterna, costellazioni che il giudice di diritto non vede. Insomma, per uscir della dalla barocca similitudine, si vuoi dire com questo che il giudice di equità ha sempre il potere di verificare se il diritto positivo corrisponde all'equità e quidi di applicarlo secondoché vi scorga o non vi scorga una tale coincidenza; mentre il giudice di diritto non ha altro potere che quello di applicare il diritto com'è, ed ogni suo tentativo de guardare più oltre costituisce un eccesso di potere".⁹

Pode-se dizer que o recurso à equidade está expressamente previsto no plano constitucional, sob o manto da isonomia, segundo a qual, as mesmas situações devem ser regidas pelo mesmo direito.

8. Cf. Vecchione, ob. cit., p. 627. A esse respeito, como destaca o próprio Vecchione, não pode deixar de ser lembrada a posição de Biondi, segundo o qual, ao contrário, a equidade tem o propósito de restringir o poder discricionário do juiz e não de ampliá-lo.

9. Ob. cit., p. 631.

6. Verbete "Equità", do *Novissimo Digesto Italiano*, p. 630.

7. Livro V, cap. X, 5-6.

3. O REGRAMENTO LEGAL DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. A UTILIZAÇÃO DA ANALOGIA E DA EQUIDADE

No âmbito dos mercados financeiro e de capitais ressentiam-se os participantes da existência de norma expressa sobre a prescrição dos ilícitos administrativos neles praticados, como forma de se dar segurança, certeza e estabilidade às relações operacionais e jurídicas neles presentes. A prescrição dos ilícitos administrativos evidentemente existia, conforme demonstrado nas linhas anteriores. Apenas não havia segurança quanto à lei aplicável, diante de diversos textos legais aos quais se podia recorrer.

A própria CVM, conforme bem anotado por Carlos Augusto dos Santos Faiais no trabalho sob comentário, na falta de norma específica havia reconhecido, por analogia, a aplicação do prazo prescricional de cinco anos no julgamento de inquérito administrativo por ela instaurado (*Revista CVM*, jan.-abr./95, pp. 21 a 23).

Para o mercado de capitais, veio a ser recentemente estabelecida de forma expressa a prescrição, verificada em oito anos, quanto à infração das normas legais cujo cumprimento incumbia à Comissão de Valores Mobiliários fiscalizar, ocorrida no mercado de valores mobiliários, no âmbito de sua competência, contado esse prazo da prática do ilícito, ou no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado (Lei n. 6.385, art. 33, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.457, de 5.5.97).

No caso dos processos administrativos instaurados pelo Banco Central do Brasil, continua não existindo norma específica. Por isto o prazo prescricional deve ser buscado alhures. Ora, não há qualquer dúvida no sentido de que a Lei n. 6.385/76, com as modificações introduzidas pelo texto supramencionado, deveria ser a fonte legal na qual se buscasse a solução do pro-

blema, a ser utilizada analogicamente para o estabelecimento das regras de prescrição relacionadas com os procedimentos administrativos acima referidos. Isto porque aquela regra prescricional, referenciada ao mercado de capitais, revela-se a norma mais próxima do mercado financeiro, dentre todas as outras existentes sobre o mesmo tema, abaixo consideradas.

O § 2º do dispositivo supracitado determinou que a prescrição em causa aplica-se a todo o inquérito paralisado por mais de quatro anos, pendente de despacho ou julgamento, devendo ser arquivado de ofício ou a requerimento da parte interessada, sem prejuízo de serem apuradas as responsabilidades pela paralisação, se for o caso.

A última parte da norma em causa é de suma importância, pois obriga a Administração Pública a ser diligente no andamento dos processos administrativos, sujeitando os responsáveis por retardamentos não justificados (capazes aqueles, por sua vez, de tomarem medidas destinadas a interromper a prescrição) às penalidades cabíveis.

Quanto aos processos em curso ao tempo da reforma da Lei n. 6.385/76, anota-se a existência da regra do art. 4º do novo texto, segundo a qual, *para os inquéritos administrativos pendentes ou fatos já ocorridos, os prazos de prescrição previstos no art. 33 da primeira lei começariam a fluir apenas a partir da data da vigência da primeira, ou seja, 5.5.97.*

No entanto, deve ser obedecida a norma geral de prescrição inculpada no caput do art. 33 da Lei n. 6.385/76, não se aceitando a restrição acima mencionada por dois motivos que se somam:

Primeiro, porque o art. 4º da Lei n. 9.457/97 é claramente inconstitucional, uma vez que lei nova relativa a sanções penais (ou administrativas) somente pode ser imediatamente aplicada quando suas regras forem mais benéficas para os seus destinatários do que a norma anterior (cf. Nelson Eizirick, ob. cit., p. 37).

Em segundo lugar, tendo em vista que, na qualidade de norma processual penal, a regra do art. 33 da Lei n. 6.385/76, em sua nova redação, tem aplicação imediata, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal (Dec.-lei n. 3.689, de 3.10.41).

Ainda que se aceitasse que aos inquéritos instaurados pelo Banco Central do Brasil não se aplicaria a norma supra, mesmo assim a prescrição daqueles procedimentos indubitavelmente ocorreria, a partir do recurso a outras fontes normativas. O único problema estaria em encontrar-se o texto legal mais adequado ao caso presente, dentre as diversas possibilidades existentes.

A esse respeito, deve-se reportar ao magistério de Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., Malheiros Editores, 1994, p. 585, segundo o qual: "Mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito à sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que a "regra é a da prescribibilidade" (nota 22: RDA 135/78, CF, art. 37, § 5º). Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.830/80) e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174). Para os servidores federais a prescrição é de cinco anos, dois anos e cento e oitenta dias, conforme a gravidade da pena (Lei 8.112/90, art. 142)".

Essa tese foi esposada pela Advocacia Geral da União no Parecer GQ-10, de 6.10.93, portanto, de cumprimento obrigatório para toda a Administração Pública Federal, em obediência ao disposto no art. 40 da Lei Complementar n. 73, de 10.2.93, onde se lê: "É o instituto da prescrição administrativa elemento fundamental e indispensável à estabilidade das relações entre o administrado e a administração e entre esta e seus servidores.

"Vale dizer: é fundamental e indispensável à estabilidade das relações jurídicas o instituto da prescrição administrativa, quer no âmbito do direito disciplinar propriamente dito (relações entre a administração e seus servidores), quer no âmbito do direito sancionador ou do poder de polícia (relações entre a administração e o administrado).

"A chamada prescrição administrativa, na esfera do poder disciplinar, significa impossibilidade de ser aplicada punição por parte da Administração Pública, após o decurso de certo lapso de tempo, vigorando, portanto, no universo da estrutura organizacional do Estado, o princípio da prescribibilidade da sua pretensão punitiva.

"Não importa se o ato punitivo estejeivado de nulidade por defeito de competência, de finalidade, de forma, de motivo e defeito do objeto: o certo é que ocorre a prescrição, que a Administração não pode relevar. (...)

"... se a lei fundamental, no art. 37, § 5º, adota a regra da prescribibilidade de ilícitos que acarretem danos ao erário, evidentemente prescrevem, do mesmo modo, os demais ilícitos que sejam prejudiciais ao bom desempenho dos serviços administrativos."

Ora, na esfera do Banco Central do Brasil, dentro das possibilidades aventadas por Hely Lopes Meirelles, cabe entender que seria de cinco anos a prescrição dos ilícitos administrativos, recorrendo-se para essa conclusão, analogicamente, ao art. 174 do Código Tributário Nacional.

Isto porque, de acordo com o art. 50 da Lei n. 4.595, de 31.12.64, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil — entre outras entidades — gozam dos favores, isenções e privilégios, inclusive fiscais, que são próprios da Fazenda Nacional. Assim sendo, os créditos do Banco Central do Brasil, originados das multas por ele aplicadas em processos administrativos, terão o mesmo tratamento do crédito tributário, uma vez inscritas como Dívida Ativa da União.

Outra fonte de utilização da analogia é encontrada na Lei n. 8.884, de 11.6.94, sobre a prevenção e repressão às infrações da ordem econômica, as quais incumbe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE apurar. O art. 25 do texto legal em apreço estabelece em cinco anos o prazo de prescrição das aludidas infrações, contados da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Observe-se estar minuciosa e expressamente regulado na lei acima o regramento do processo administrativo na esfera do CADE — arts. 30 e ss., sujeito à regra da prescrição —, fato não observado na Lei Bancária, cuja reforma, objeto da futura regulamentação do art. 192 da Constituição Federal não poderá omitir essa matéria.

E mesmo que ainda assim não se aceite a prescrição baseada nas fontes já aqui referidas, outra solução estaria na aplicação das normas relativas ao Estatuto dos Funcionários Cíveis da União, considerando-se que, nas relações que as instituições financeiras mantêm com a sociedade, elas estão prestando *serviço de natureza pública*.

A qualidade de serviço de natureza pública claramente se manifesta na medida em que os bancos dependem de autorização do Banco Central do Brasil para funcionamento e estão sujeitos à sua permanente fiscalização, conforme estipulado no art. 192, I, da Lei Fundamental e nos arts. 10, IX e X e 22, da Lei n. 4.595/64.

Esta última norma espanca qualquer dúvida que pudesse existir sobre a condição de serviço público àquele exercido pelas instituições financeiras, na medida em que textualmente declara *serem elas órgãos auxiliares da execução da política de crédito do Governo Federal*.

Conseqüentemente, a atuação das instituições financeiras no mercado poderia ser facilmente entendida como sujeita, nas fal-

tas disciplinares, ao Estatuto dos Funcionários Cíveis da União. E a respeito do problema da prescrição a elas aplicável, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal pelo voto do Ministro Cordeiro Guerra no MS 20.069, Relator o Ministro Moreira Alves, RDA 135/64: “O Ministro Moreira Alves reconhece, invocando o parecer da Procuradoria-Geral da República, que a prescrição das faltas administrativas foi erigida como regra vigente no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, e admite que *as faltas que não estão previstas na literalidade do art. 213, não constituem exceção ao princípio geral da prescribibilidade* e após minuciosa análise doutrinária, da lei e de seus antecedentes legislativos, conclui: ‘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, em limitação por omissão, todas as faltas, que não crimes, sujeitas à pena de demissão’”.

CONCLUSÃO

Dessa forma não pode haver qualquer dúvida de que:

1) o instituto da prescrição é aplicável aos processos administrativos instaurados pelo Banco Central do Brasil;

2) inexistindo lei expressa para tanto, recorrer-se-á a texto legal sobre a matéria, pela aplicação dos princípios da analogia ou da equidade;

3) o texto aplicável será aquele que mais afinidade apresente com o caso, a exemplo do que ocorre com a Lei n. 6.385/76, com a nova redação que lhe deu a recente reforma e tendo-se em conta a inconstitucionalidade da disposição transitória do art. 4º da Lei n. 9.457/97;

4) em não se aceitando a validade da solução do item acima, há várias outras fontes normativas que encerram o princípio da prescrição.

São Paulo, junho de 1998