

# A EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. O CASO CONCRETO DAS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS APLICADAS PELA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

Raul Teixeira\*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Considerações Preambulares; 3.Noções Gerais sobre Prescrição e Decadência; 4. Prescrição e Decadência em Relação à Administração Pública; 5.A Lei nº 9873/99 e a Questão da Repartição de Competências; 6.A Posição Adotada pelo Poder Judiciário; 7.Conclusões

## 1 – Introdução

A questão posta a exame neste despretencioso estudo envolve um dos temas mais candentes no âmbito da ciência jurídica, a saber a **prescrição** e **decadência** como causas extintivas do exercício de pretensões com vistas à tutela de direitos e interesses, e especialmente no que concerne ao aqui tratado, a extinção da pretensão punitiva da Administração Pública Estadual relativa às penalidades aplicadas pela Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA, por força de infrações à legislação de proteção e controle ambiental, cometidas pelos administrados.

No âmbito da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano – ASJUR/SEMADUR, onde são apreciados os recursos<sup>1</sup> interpostos por administrados face a sanções cominadas pela CECA por transgressões

\*Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Santa Úrsula, Professor do Curso de Pós-Graduação em Seguros e Previdência Privada – FGV/SP, Ex-Procurador-Geral da SUSEP

<sup>1</sup>A título de registro é elucidativo o caso do processo E-07/002608/91 que cuida de recurso de administrado contra penalidade aplicada pela CECA, nos termos do Auto de Infração nº 27.017, de 01 de julho de 2006, tendo como base o Auto de Constatação nº 906099, de 3 de janeiro de 1991, lavrado por agentes da FEEMA, por constatarem descumprimento da Intimação nº 908158, de 14 de setembro de 1990, que determinou à empresa apresentar projeto de controle de poluição da água de acordo com a Diretriz nº 703. A irrisignação do administrado, consubstanciada na peça recursal de fls. 13/17, ancorou-se no argumento de que inexistia nos autos qualquer ato comprobatório da ciência da empresa em relação à autuação lavrada, sendo, portanto, nulo o Auto de Infração e, daí concluindo, que “a legislação tributária declara a decadência do direito à pretensão de cobrar o débito, que se extingue após 5 (cinco) anos, conforme se verifica no teor do art. 173, I, II e parágrafo único do Código Tributário Nacional.”

à legislação ambiental, o posicionamento adotado, ao menos até outubro de 2005, era de tratar a matéria segundo as normas gerais sobre prescrição, na forma prevista no Código Civil, sob o argumento de inexistir disciplinamento legal especial para o lançamento e cobrança das multas administrativas<sup>2</sup>, seguindo, assim, a linha do Parecer nº 15/97 – JETB, do ilustre Procurador do Estado JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, segundo o qual “o lançamento, em se tratando de crédito não tributário, é uma condição preliminar à execução fiscal, podendo ser considerado um elemento essencial à configuração do título executivo. Todavia, não existe prazo decadencial para esse lançamento, como igualmente não existiria em qualquer outra hipótese em que o Estado se apresentasse como credor de obrigação de natureza não tributária. O crédito do Estado encontra-se sujeito ao prazo de prescrição de vinte anos, dentro dos quais deverá ser ajuizada a ação de cobrança. O lançamento e o ajuizamento da ação terão que se processar dentro desse prazo, sob pena de prescrição.”

## 2. Considerações Preambulares

Em verdade a matéria aqui tratada comporta instigante discussão que, frise-se, não é nova no âmbito da administração estadual. O próprio PARECER nº 15/97 – JETB, aprovado pelo então subprocurador Geral do Estado LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO no processo nº E-07/005785/90, em 2 de setembro de 1997, teve como escopo dirimir controvérsia suscitada originariamente pela própria CECA “sobre a impossibilidade de inscrição e conseqüente ajuizamento de débitos provenientes de órgãos ambientais do Estado, cujos autos de infração teriam sido lavrados entre os anos de 1987 e 1994, sem o requisito legal da notificação ao devedor.”

O tema foi enfrentado, inicialmente, no âmbito da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, pelo Parecer S/Nº, de 18/1/1996, da lavra do então Assessor Jurídico PAULO BESSA DE ANTUNES, cuja ementa transcrevemos:

*“Processos paralisados por mais de 5 anos. Inexistência de notificação dos infratores. Decadência. Falta Grave. Necessidade de apuração dos fatos. Remessa à Procuradoria Geral do Estado. Apuração cautelar no âmbito da própria Secretaria de Estado.”*

Para tais conclusões o eminente parecerista partiu da premissa de que “embora de natureza não-tributária, as dívidas oriundas das multas expedidas pela Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA, necessitam estar lançadas para que possam ser inscritas e, então, servirem de título líquido e certo (certidão de dívida ativa).” E mais adiante deduz que: “é através do lançamento que será declarada a condição

<sup>2</sup>Encontrando-me, em outubro de 2005, no exercício interino do cargo de Assessor Jurídico Chefe da ASJUR/SEMADUR, enfrentei o tema suscitado no processo E-07/002608 (ver nota 1), através do Parecer nº 01/2005/ASJUR/RT, de 17/10/2005, concluindo pela impossibilidade de aplicação da lei civil e buscando na integração da norma federal (Lei nº 9873/99) o prazo extintivo da pretensão punitiva no âmbito da Administração Estadual.

de devedor daquele a quem for aplicada a multa pela Comissão Estadual de Controle Ambiental-CECA. No nosso caso específico, tal circunstância ocorre com a lavratura do auto de infração e com a comunicação ao contribuinte de que este é devedor da quantia tal, em razão do cometimento da infração qual, assinalando-se prazo para pagamento voluntário.”

Registre-se que a indigitada manifestação da ASJUR/SEMA foi remetida à douta Procuradoria da Dívida Ativa – PG5, sendo, pois, avalizada pelo Parecer SRCM – 01/PG5/96, da lavra da ilustre Procuradora-Chefe SONIA REGINA DE CARVALHO MESTRE, com a seguinte ementa:

*“Lançamentos de Créditos não tributários oriundos de órgãos ambientais. Ultrapassado o prazo de cinco anos sem que do lançamento tenha sido notificado o devedor. Diferença das fases oficiosa e contenciosa do lançamento. A falta de notificação e a fluência do prazo conduzem a inarredável decadência.”*

Em verdade a incursão pelo terreno da interpretação extensiva, nos exatos moldes

*“Ora, se as multas administrativas não têm natureza tributária, a elas não se aplicam os prazos especiais de prescrição concernentes à inscrição (decadência) e execução (prescrição) dos créditos tributários (arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional).*

*Por outro lado, não havendo disciplinamento legal especial para o lançamento e cobrança das multas administrativas, a matéria terá que ser tratada segundo as normas gerais sobre prescrição consignadas no Código Civil.”*

Trilhando um caminho ainda não plenamente pavimentado; a nível doutrinário, mas que nos parece mais assentado aos hodiernos métodos interpretativos, ousamos divergir de tais considerações, porquanto, como se observa, não nos parece ter sido enfrentada a fundamental questão, na hipótese vertente, que é estabelecer um marco conceitual entre os institutos da prescrição e da decadência e, assim, evitar que sejam tratadas sob o mesmo critério pretensões de natureza distintas que, por conseqüência, subordinam-se a mecanismos também distintos para extinção do seu exercício.

Daí que para um completo e fiel enfoque do tema procuraremos, inicialmente, trazer à colação alguns aspectos doutrinários sobre os institutos da prescrição e da decadência, as dificuldades há muito enfrentadas pelos juristas na tentativa de apresentar critérios confiáveis para distinção entre estas duas figuras jurídicas e, ainda, o tratamento científico introduzido pelo atual código civil.

A partir dessa abordagem procuraremos estabelecer o entorno da controvérsia, bem como a incidência daqueles institutos em sede de direito público, para tanto fazendo breve reflexão sobre a superveniência da Lei nº 9873, de 23/11/1999, que estabeleceu prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração

Federal e sobre eventual possibilidade de aplicação daquele diploma às esferas estaduais e municipais, e, ainda, a própria aplicação do Decreto nº 20.910, de 6/01/1932, que embora cinja-se a prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública serve como paradigma na utilização do princípio da proporcionalidade.

Por derradeiro, enfrentaremos a questão concreta dos prazos de prescrição e decadência para o exercício da pretensão punitiva da Administração Pública estadual em relação a infrações à legislação ambiental cometidas pelos administrados.

### 3. Noções Gerais sobre Prescrição e Decadência

Para que se possa compreender em sua plenitude o tema objeto do presente estudo é mister que se rastreie na doutrina os fundamentos e princípios jurídicos que melhor servirão como alicerces para as soluções que almejamos. Assim, é incontroverso que os institutos da prescrição e da decadência arrimam-se filosoficamente na perfeita noção de que o tempo consolida e desfaz a eficácia de todos os atos jurídicos. Como bem afirma SANTIAGO DANTAS<sup>3</sup> *“mesmo quando as partes nada combinaram a respeito da eficácia do tempo, o decurso dele produz modificações importantes no direito, levando ora à aquisição de direitos, que não se tinha, ora a perda de direitos de que éramos titulares.*

Interessa-nos aqui, por óbvio, a chamada prescrição extintiva que, ao lado da decadência, tem por escopo extinguir um direito por inércia do titular, visto que, como sugere o milenar princípio, quem se conserva inativo em relação a um direito deve perdê-lo (*Dormientibus non succurrit jus*).

Reforçou-se, com o advento do novel estatuto substantivo, a tendência do direito moderno de reduzir os prazos de extinção das pretensões jurídicas, não sendo poucos os exemplos de situações antes reguladas pela regra geral vintenária e agora devidamente especificadas e com prazos prescricionais mais exíguos, como é o caso do beneficiário no contrato de seguro, hoje albergado pela prescrição trienal.

Em nosso “Seguro, Previdência Privada e Capitalização – Uma Visão Institucional”<sup>4</sup> assim observamos: *“nunca é demais acrescentar que, se o instituto da prescrição nasceu da necessidade da sociedade em pôr termo a determinadas situações pelo próprio decurso do tempo, seja ela aquisitiva ou extintiva, é tendência do direito moderno a fixação de prazos prescricionais mais exíguos, o que se explica, como bem coloca SANTIAGO DANTAS (Programa de Direito Civil, Forense, 2001), não só pela celeridade da doutrina jurídica moderna, que obriga a segurança a se estabelecer dentro de lapso mais curto, como também pela facilidade de divulgação de que a vida jurídica hoje dispõe, a permitir que as pessoas conheçam mais rapidamente quais as situações criadas e quais as defesas que devem lançar mão.”*

Perfila ao lado da prescrição extintiva o instituto da decadência, que, por igualmente

<sup>3</sup>In “Programa de Direito Civil”; Ed. Forense; Rio de Janeiro; 3ª edição 2001

<sup>4</sup>TEIXEIRA, Raul; Ed. Forense; 2002, 1ª edição.

tratar do esvaimento de pretensões no mundo jurídico, guarda com aquela sutil afinidade, sendo mesmo de se notar, como adverte SANTIAGO DANTAS<sup>5</sup>, que *“a decadência e a prescrição extintiva não estão claramente separadas na sistemática das nossas leis, mas são dois institutos completamente diversos”*.

Tal controvérsia, pela notória imprecisão técnica de tratamento, chegou mesmo ao ponto de legislações anteriores confundirem os dois institutos, sendo que os critérios até então apresentados para sua distinção não foram suficientemente claros e precisos para dar fim às dúvidas. É relevante, aqui, a advertência de MARIA HELENA DINIZ<sup>6</sup>: *“O Código Civil Brasileiro (a autora refere-se ao Código de 1916) não trata, explicitamente, da decadência, confundindo prescrição e decadência devido à analogia existente entre ambas, por terem o traço comum da carga deletéria do tempo aliada à inatividade do titular do direito, englobando, por isso, num só capítulo, prazos prescricionais e decadenciais”*.

Avançando no tema, é de se ver que por muito tempo a doutrina<sup>7</sup> abraçou a tese de que a prescrição é a perda do direito subjetivo, vale dizer extingue-se a possibilidade do titular da pretensão de exigí-la face àquele que estaria sinalagmáticamente na posição de cumpri-la, atrelando assim o instituto à perda do próprio direito de ação, enquanto que a decadência é a morte do direito substantivo.

Para o mestre BEVILÁQUA<sup>8</sup>, *“prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo.*

Nessa mesma linha confira-se a posição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO<sup>9</sup>: *“O Código não faz qualquer distinção entre prescrição e decadência do direito, também chamada caducidade, ou prazo extintivo. Mas a doutrina estabelece nítida diferenciação para as duas figuras jurídicas. Com efeito, a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado; a decadência, ao inverso, atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação.”*

A imprecisão doutrinária não passou despercebida à fina percepção do notável ORLANDO GOMES<sup>10</sup>, que reconhecendo a dificuldade para distinguir os dois institutos assim pontuava: *“A confusão entre prescrição e decadência permanece devido à inexistência de um critério de distinção a salvo de reservas. As divergências na determinação dos traços diferenciais são grandes, concorrendo para a obscuridade*

<sup>5</sup>Ob. citada

<sup>6</sup>In “Curso de Direito Civil Brasileiro”; 1º Volume; Editora Saraiva; S. Paulo; 1999.

<sup>7</sup>Ver Câmara Leal; Da Prescrição e da Decadência

<sup>8</sup>BEVILÁQUA, Clovis; in “Código Civil Comentado”; Editora Francisco Alves; Rio de Janeiro.

<sup>9</sup>In “Curso de Direito Civil”; Ed. Saraiva; S. Paulo; 1º volume; 35ª edição; 1997.

<sup>10</sup>In “Introdução ao Direito Civil”; Ed. Forense; Rio de Janeiro; 13ª edição; 1999.

em que continua o problema. Diz-se que a prescrição ataca a ação e não o direito, que só se extingue por via de consequência, enquanto a decadência atinge diretamente o próprio direito, mas desde que o efeito é o mesmo, torna-se difícil, na prática, saber se o alvo foi a ação ou o direito, tanto mais quanto a extinção deste coincide com a daquela.”

O Código Civil de 2003, com inegável acerto, adotou o método científico proposto por AGNELO AMORIM FILHO<sup>11</sup> para estabelecer o critério distintivo entre prescrição e decadência. Nessa linha aponta NELSON NERY JUNIOR<sup>12</sup> que “quando a pretensão a ser deduzida em juízo for de natureza condenatória, bem como as de execução dessas mesmas pretensões, o prazo previsto em lei para o seu exercício é de prescrição. Nasce a pretensão com a violação do direito e o titular pode exigir uma prestação do devedor. Assim as ações condenatórias de indenização, de perdas e danos (materias e morais), condenatórias de obrigação de fazer ou de não fazer, de cobrança, de execução de honorários profissionais, de execução por quantia certa contra devedor solvente, de abatimento do preço por vícios redibitórios (ação quanti minoris) etc., todas essas sujeitam-se a prazos de exercícios que são de prescrição.”

Adiante observa o mestre<sup>13</sup>: “o prazo previsto expressamente em lei, para o exercício das pretensões que se ajuizam mediante ação constitutiva, positiva ou negativa, é de decadência, pois a pretensão constitutiva se caracteriza como direito potestativo. As pretensões que se exercem mediante ação declaratória são perpétuas (imprescritíveis). Isto significa que podem ser ajuizadas mesmo se já estiver prescrita a pretensão condenatória do direito cuja existência ou inexistência se quer ver declarada.”

HUMBERTO THEODORO JUNIOR<sup>14</sup>, com plena pertinência, aponta que “a preferência dos estudos mais modernos sobre a distinção entre a prescrição e a decadência parece se fixar no tema do cotejo entre as ações condenatórias e as ações constitutivas. Dessa forma a prescrição diz respeito a direitos já constituídos e que são ofendidos pelo sujeito passivo, sem que o respectivo titular tenha reagido por via de ação condenatória. Já a decadência refere-se a direitos potestativos, cuja ação constitutiva não foi manejada em tempo útil pelo titular.”

Aduza-se que tanto a prescrição como a decadência são matérias de ordem pública, sendo esta última irrenunciável, a teor do art. 209, do Codex, ao contrário da prescrição, onde a lei admite a renúncia expressa ou tácita (art. 191, C.C).

<sup>11</sup> Ver in “RT 300/7 e RT 744/723.

<sup>12</sup>In “Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados”; Ed. Revista dos Tribunais; S. Paulo; 2002.

<sup>13</sup>NERY JUNIOR, Nelson; ob. citada

<sup>14</sup>in “Nota à 13ª edição de Introdução ao Direito Civil”; Orlando Gomes; pg. 509; Ed. Forense; Rio de Janeiro; 1999.

#### 4. Prescrição e Decadência em Relação à Administração Pública

A adoção, pelo novo código, da doutrina de AGNELO AMORIM FILHO, permitiu a identificação, com clareza e precisão, dos institutos da decadência e da prescrição, acrescentando à clássica distinção doutrinária um critério objetivo capaz de explicá-las pela própria natureza das pretensões jurídicas. Assim, o que se esvai no mundo jurídico, pela prescrição ou decadência, é a pretensão a um direito ou interesse, cujo exercício pode ou não ser realizado através de ação judicial, verbi gratia o prazo decadencial para casamento, após a publicação dos respectivos editais (art. 1527, C. Civil).

É relevante a discussão doutrinária acerca da natureza da pretensão punitiva por parte da Administração pública, porquanto a instauração de procedimento com vistas à apuração de conduta de administrado, passível de enquadramento em tipo infracional previsto na legislação, nos parece de cunho constitutivo, procedimento esse que se efetiva no mundo jurídico com a intimação válida do suposto infrator para que possa oferecer defesa, configurando, assim, o devido processo legal. Nessa linha de raciocínio, portanto, não seria incorreto afirmar que tal pretensão, por parte da Administração, quando quedada esta inerte diante de conduta reprimível, se esvairia, no mundo jurídico, através da decadência e não da prescrição.

A questão, no entanto, não é pacífica, vez que, no plano criminal, que para muitos é apenas outra vertente do poder punitivo do Estado<sup>15</sup>, a chamada inação do Estado em relação a determinado fato extingue a função punitiva através da prescrição.

ANIBAL BRUNO<sup>16</sup> observa que “a prescrição atinge o poder punitivo do Estado, antes da condenação, impedindo o processo ou, depois da condenação, obstando a execução da pena. Em ambas as posições extingue a punibilidade do fato. A decadência atinge o direito de iniciar o processo.”

É certo, no entanto, que a decadência afeta a inércia daqueles que tem o direito de promover ou provocar ação penal por meio de queixa ou representação<sup>17</sup>, vale dizer um direito potestativo a ser exercido por conta da conveniência ou oportunidade do titular. No plano da Administração não há, contudo, que se falar em potestatividade porquanto é poder-dever do servidor/fiscal, diante de fato passível de punição, a lavratura de auto para apuração e eventual cominação de penalidade ao infrator.

Tal constatação, no entanto, não socorre os que sustentam como prescricional tal prazo, vez que, em sede tributária, igualmente, temos a extinção do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, após o lapso temporal de cinco anos (art. 173, I e II, CTN). Como bem, coloca o inigualável ALIOMAR BALEEIRO<sup>18</sup>, comentando o

<sup>15</sup>Sobre a afinidade entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, ver NELSON HUNGRIA, RDC – Seleção Histórica, 1945 – 1995.

<sup>16</sup>In “Direito Penal”; Tomo 3; Ed. Forense; Rio de Janeiro; 3 edição.

<sup>17</sup>Bruno, Anibal; ob. citada.

<sup>18</sup>In “Direito Tributário Brasileiro”; Ed. Forense; 11ª edição; Rio de Janeiro.

citado artigo da lei tributária, “a decadência fulmina o direito material (o direito de lançar o tributo, direito irrenunciável e necessitado, que deve ser exercido), em razão de seu não exercício durante o decurso do prazo, sem que tenha havido nenhuma resistência ou violação do direito: já a prescrição da ação supõe uma violação do direito de crédito da Fazenda, já formalizado pelo lançamento, violação da qual decorre a ação, destinada a reparar a lesão.”

Por outro lado, uma vez instaurado, no âmbito da Administração, o processo administrativo sancionatório, com vistas à apuração de conduta contrária à legislação, cessa o lapso decadencial e inicia-se um prazo prescricional, passível de suspensão ou interrupção, porquanto, aqui, nasce uma pretensão de natureza condenatória e, posteriormente, uma vez transitada em julgado a decisão cominatória de penalidade, executória.

Até a edição da Lei nº 9873<sup>19</sup>, de 23/11/1999, o tema da prescrição e decadência da pretensão punitiva da Administração Pública, por ausência de regra específica, era tratado por interpretação extensiva não apenas ao crédito tributário, nos termos do CTN, mas também de forma reversa à prescrição das pretensões condenatórias em face da Fazenda Pública, cuja regra quinquenal era disciplinada pelo Decreto nº 20.910/32.

Confira-se, sobre o tema, o sempre abalizado escólio de HELY LOPES MEIRELLES<sup>20</sup> (em edição anterior da Lei nº 9873/99): “a prescrição, como instituto jurídico, presuppõe a existência de uma ação judicial apta à defesa de um direito, porquanto significa a perda da respectiva ação, por inércia de seu titular. Mas impropriamente se fala em prescrição administrativa para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público. A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais (v. adiante item V), pois é restrita à atividade interna da Administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer. Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que “a regra é a prescritibilidade” (STF, RDA 135/78. V. 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 pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para cobrança do crédito

<sup>19</sup>A Lei nº 9873/99, que estabeleceu prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, resultou da conversão de medida provisória, editada sequencialmente, sendo a primeira edição em 1 de julho de 1998.

<sup>20</sup>In “Direito Administrativo Brasileiro”; 1998; 23ª edição; Ed. Malheiros; S. Paulo.

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).”

A ausência de regramento específico aliada à própria imprecisão conceitual do código de 1916 contribuíram para uma certa multiplicidade de tendências doutrinárias acerca da matéria, chegando mesmo a se sustentar a competência de cada ente federado para legislar sobre “prescrição administrativa”, quando, em verdade, como já se viu, a prescrição é a extinção da pretensão de natureza condenatória ou executória, cujo exercício se dá preferencialmente através da ação, seja no âmbito da Administração, seja no mundo das relações privadas. Ocorre que ao ente federativo cabe dispor sobre sua própria organização competindo, a cada um, legislar sobre seus próprios procedimentos em matéria processual (art. 24, XII CRFB), implicando, pois, tal regra de competência comum, na instituição de normas preclusionais para prática de determinados atos, o que, frise-se, não se confunde com prescrição ou decadência, embora renomados autores mantenham, para a hipótese, o conceito de prescrição administrativa.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>21</sup>, tratando do tema, assim discorre: “a prescrição da ação só pode ser instituída pela lei federal: tanto a do administrado quanto a do Estado contra o administrado. Suas normas básicas estão no Código Civil, complementadas por legislação especial, como no caso da prescrição quinquenal das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias (Decreto nº 20.910, de 06.01.1932 e Decreto-lei nº 4.597, de 19.08.1942), ou no caso da prescrição quinquenal da cobrança de crédito tributário (art. 174 do Código Tributário Nacional).”

Retomando a hipótese vertente não nos parece um bom exercício de hermenêutica remeter às normas gerais sobre prescrição albergadas no estatuto substantivo, pela ausência do regramento específico, a questão da extinção da pretensão punitiva da Administração, como vem se procedendo no âmbito da administração estadual. O código revogado, que veio ao mundo jurídico em 1916 e inspirou a interpretação analógica que ora nos assombra com justificadas dúvidas, não passou ao largo da questão da prescrição em relação aos administrados, como se depreende do disposto no art. 178, § 10, VII<sup>22</sup>, silenciando, todavia, quanto ao prazo prescricional em relação à Administração.

<sup>21</sup>In “Curso de Direito Administrativo”; Ed. Forense; Rio de Janeiro; 1999; 11ª edição.

<sup>22</sup>Art. 178 Preserva:

§10 - Em 5 (cinco) anos.

VI - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação.” (grifamos)

Em verdade, para que se entenda a suposta omissão do legislador do velho código necessário se faz pequena resenha histórica para se perceber que aquele estatuto chegou ao mundo jurídico<sup>23</sup>, sob inspiração da Carta de 1891, em momento de plena afirmação da ordem liberal, quando a noção de um direito público, com princípios e sistematização próprios, era algo ainda incipiente.

Dentro de tal ambiência é que a regra de prescrição quinquenal para as ações contra a Fazenda Pública foi insertada no antigo estatuto substantivo, entendendo, dessarte, o legislador da época, que a hipótese albergava interesses e direitos de particulares e, portanto, plenamente abrigada no entorno estabelecido pelo artigo 1º<sup>24</sup>, do mesmo diploma.

É com o advento da revolução de 1930, no entanto, com sua avassaladora tendência modernizante em todos os setores da sociedade brasileira, que se inicia um intenso e necessário processo de organização e aparelhamento do estado brasileiro, tendo como conseqüência, no mundo jurídico, a gradual construção de um direito público, autônomo e independente, voltado especificamente para regular as novas relações entre estado e sociedade.

É precisamente dentro desse contexto de publicização do direito que é editado o Decreto nº 20.910<sup>25</sup> de 6/1/1932, que, assim, derogou o dispositivo do antigo código (art. 178, §10º, VI) e o transcreveu *ipsis litteris* para o seu próprio corpo, denotando, dessa forma, o cuidado do legislador da nova ordem política em retirar da legislação civil comum dispositivo eminentemente de direito público para recolocá-lo em lei especial.

LUIZ ROBERTO BARROSO<sup>26</sup> captou, com a fina argúcia que lhe é peculiar, esse momento de transformação da ordem jurídica contemporânea, com o deslocamento das normas constitucionais para eixo central do sistema jurídico: “Os domínios do direito privado e do direito público convivem modernamente, com grandes espaços de superposição. É bem de ver, no entanto, que os tempos recentes marcaram uma inversão nesta convivência: se antes o direito civil se estendia subsidiariamente às relações de direito público, hoje em dia o fenômeno é oposto: o que se tem verificado é a publicização das relações privadas, sobretudo pela introdução de normas de ordem pública na sua disciplina. Essa transformação é contemporânea do processo pelo qual o Código Civil deixa de ser o centro do sistema de relações privadas, substituído por um conjunto de microssistemas, como (i) a Lei de Locações, (ii) o Código do Consumidor, (iii) o Estatuto

<sup>23</sup>Embora o antigo código civil tenha entrado em vigor somente em 1916 o projeto, de Clovis Beviláqua, data do final do século XIX.

<sup>24</sup>Código de 1916

“art. 1º - Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.”

<sup>25</sup>Assinale-se que à época de sua edição esta espécie legislativa equiparava-se à lei, porquanto não estando o Congresso Nacional em funcionamento, o Governo Provisório tinha competência para legislar por decreto.

<sup>26</sup>In “A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99;

da Criança e do Adolescente. Tudo sem mencionar que alguns temas na verdade integrantes da teoria geral do direito – cujos princípios e conceitos formam o núcleo fundamental de todos os ramos do direito – haviam sido impropriamente situados no direito civil. No caso brasileiro específico, as relações jurídicas em geral, públicas e privadas, conviveram ainda com o notável processo de expansão do direito constitucional, não apenas pelo caráter abrangente e analítico do texto, como também, sobretudo, pela ascensão científica e política da Lei Maior após a redemocratização. Não sem algum atraso, verificou-se no Brasil processo análogo ao que se deu na Alemanha após a Segunda Guerra, por intermédio do Tribunal Constitucional: a passagem da Carta Magna para o centro do sistema jurídico, substituindo o Código Civil e outros diplomas de cunho privado.”

Nessa ordem de idéias é que apontamos a impossibilidade hermenêutica de se retornar, mais de meio século após, ao abrigo do estatuto substantivo para tentar ali encontrar, pela via da interpretação analógica, solução para o tema da prescrição e decadência em relação à pretensão punitiva da Administração. Insistimos, pois, que a matéria é de direito público, devendo ser tratado por lei especial, descabendo, portanto, a extensividade ou mesmo a analogia.

Confira-se o escólio de CARLOS MAXIMILIANO<sup>27</sup> sobre a questão: “As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingindo aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de exegese restrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia.”

Nessa linha de raciocínio o que nos afiguraria como mais sensato, ao tempo em que a questão foi suscitada e diante da ausência, na época, de regra específica, seria a aplicação às penalidades aplicadas pela Administração, em decorrência do poder de polícia, dos prazos de decadência e prescrição previstos no Código Tributário Nacional, porquanto trata-se de legislação especial a regular matéria de ordem pública e, mais ainda, disciplinando, também as penalidades pecuniárias aplicadas aos contribuintes pela inobservância da obrigação tributária.

Deixamos claro, aqui, que o ponto antes enfocado não configura, em relação à aplicabilidade dos prazos de decadência e prescrição previsto na norma tributária, uma reflexa forma de suporte na interpretação extensiva ou mesmo na analogia, porquanto, como vimos, a exegese restrita não se coaduna com as normas de ordem pública. Trata-se, aqui, de prestigiar o princípio da segurança das relações jurídicas que o direito deve preservar, integrando um regramento de alcance maior a outro de menor

<sup>27</sup>In “Hermenêutica e Aplicação do Direito”; Ed. Forense; Rio de Janeiro; 18ª edição; 1999.

amplitude. Não se olvide da lição do mestre CARLOS MAXIMILIANO<sup>28</sup>: *“Não se confunde exegese restrita com imobilidade da hermenêutica: até mesmo no campo do Direito Penal a interpretação adapta-se à época, atende aos fatores sociais, afeiçoa a norma imutável às novas teorias, à vitoriosa orientação da ciência jurídica. Todo Direito é vivo dinâmico.”*

Ademais, a posição abraçada no respeitável parecer jurídico<sup>29</sup>, ao contemplar uma prescrição vintenária para o lançamento e cobrança das multas administrativas, não observa o princípio da eficiência, finalmente positivado no texto constitucional pela E.C. nº 19, de 5 de junho de 1998, porquanto a tese sustentada premia a inércia da Administração e penaliza o contribuinte, olvidando que é um poder-dever do administrador público, diante de prática delituosa, apurar e penalizar o infrator no mais breve espaço de tempo possível. Registre-se a lição do festejado JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>30</sup>: *“Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica nomes; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. O princípio inverte as regras de competência, pois o bom desempenho das atribuições de cada órgão ou entidade pública é fator de eficiência em cada área da função governamental.”*

##### 5. A Lei Nº 9.873/99 e a Questão da Repartição de Competências

O advento da Lei nº 9873, de 23 de novembro de 1999, ao disciplinar o prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, embora de precisão técnica questionável, possibilitou a intérpretes e operadores do direito visualizar uma sinalização dada pelo legislador no que concerne à controvertida matéria.

Pelo que já abordamos nos capítulos anteriores, inclinamo-nos pela posição de que o prazo estabelecido no caput do art. 1º<sup>31</sup>, por fulminar a pretensão punitiva da Administração Federal, no exercício do poder de polícia, com vistas a apurar infração à legislação, é decadencial e não prescricional, porquanto o ato de instauração do procedimento para a referida apuração é de natureza constitutiva. Uma vez instaurado, pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital, cessa a fluência do

<sup>28</sup>Ob. citada.

<sup>29</sup>Parecer nº 15/97 – JETB

<sup>30</sup>In “Curso de Direito Constitucional Positivo”; 16ª edição; Ed. Malheiros; S. Paulo; 1999

<sup>31</sup>Lei nº 9873/99

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

prazo decadencial e inicia-se a contagem do lapso prescricional. Alvitre-se que a novel legislação, ao contrário do código tributário, introduziu, em boa hora, a figura da prescrição intercorrente, porquanto o § 1º, do art. 1º, dispõe que: *“incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração de responsabilidade funcional decorrente da paralisação.”*

Nessa linha, dentre as hipóteses de interrupção tratadas no art. 2º<sup>32</sup>, é de se ver que a do inciso I (citação do indiciado ou acusado) não é de interrupção, mas sim de término do prazo decadencial, dando, aí, início à prescrição. Cabe também o registro de que o “despacho” a que alude o §1º, do art. 1º, por ser causa interruptiva da prescrição intercorrente, não deve ser tomado como qualquer despacho, mas aquele “ato inequívoco que importe em apuração do fato”, de que trata o inciso II, do art. 2º.

Sobre a temática aqui tratada, é de se conferir o escólio de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>33</sup>: *“Em face do que se apontou sobre a diferença entre prescrição e decadência, verifica-se facilmente que a perda da possibilidade de a Administração prover sobre dada matéria em decorrência do transcurso do prazo dentro do qual poderia se manifestar não se assemelha à prescrição. Com efeito, não se trata, como nesta, do não exercício tempestivo de um meio, de uma via, previsto para um direito que se entenda ameaçado ou violado. Trata-se, pura e simplesmente, da omissão do tempestivo exercício da própria pretensão substantiva (não adjetiva) da Administração, isto é, de seu dever-poder; logo, o que estará em pauta, in casu, é o não exercício, a bom tempo, do que corresponderia, no Direito Privado, ao próprio exercício do direito. Donde, configura-se situação de decadência, antes que a prescrição.”*

No mesmo sentido, embora tratando da sanatória dos atos inválidos, segue WEIDA ZANCANER<sup>34</sup>: *“.... no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica, mas o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvaleáveis, devido ao fato da Administração Pública não precisar valer-se da ação, ao contrário do que se passa com os particulares, para exercitar o seu poder de invalidar. Logo o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação que advém da matéria objeto deste estudo. Tanto é exata esta assertiva que não se concebe a possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo para*

<sup>32</sup>Lei nº 9873/99

“art. 2º - Interrompe-se a prescrição:

I – pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III – pela decisão condenatória recorrível.”

<sup>33</sup>In “Curso de Direito Administrativo”; Ed. Malheiros; 11ª edição; S. Paulo; 1999.

<sup>34</sup>In “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, 2ª edição, Ed. Malheiros, S. Paulo; 1966 (transcrito por Celso A. Bandeira de Mello; ob. citada)

*Administração inválida, característica esta da decadência, em oposição à prescrição.”*

A questão que se impõe verificar, como última etapa deste trabalho, encerra a abordagem constitucional das competências, vez que a Lei nº 9873/99, ao disciplinar os prazos de extinção da pretensão punitiva da Administração, o fez, tão-somente, para a Administração Pública Federal, razão pela qual nos cabe indagar sobre sua eventual aplicabilidade aos demais entes federados.

A matéria não é de fácil deslinde, sendo necessário, para tanto, identificar, com precisão, o exato campo do direito sob o qual os temas da decadência e da prescrição, no âmbito do sistema repressivo da administração pública, estariam situados.

Assim, *prima facie*, teríamos, de um lado, o direito civil onde o estatuto substantivo disciplina expressamente tais institutos, de outro o direito tributário que, como já vimos, trata do tema de forma especial, como matéria de ordem pública, abrangendo inclusive as sanções pecuniárias, e, ainda, o direito penal que regula o poder punitivo do Estado no combate às condutas anti-sociais oferecendo sua tutela na proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade.

Observado como um conjunto de normas e princípios voltados para reprimir as condutas contrárias à lei, sendo o seu conteúdo eminentemente disciplinar na medida em que através de sanções aplicadas por força do poder de polícia da administração busca-se um sentido pedagógico que se configura no aprimoramento da vida social, é de se concluir que tal campo do direito administrativo entrelaça-se fortemente com o direito penal.

Imperativo se torna, antes de enfrentar o cerne da questão, realizar pequena digressão de natureza doutrinária.

Com o advento da era moderna, eliminados todos os resquícios do regime feudal, consolidou-se a ficção jurídica do Estado, com personalidade própria de Direito Público, e detentor legítimo dos meios de coação. Daí nasceu a idéia, fortemente enraizada em nossa doutrina, de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, este plenamente embasado em regras de direito público. Dessa idéia decorre importante constatação doutrinária no sentido de que a suposta unidade do *ius puniendi* do Estado desemboca na aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo.

Sustenta a doutrina européia<sup>35</sup>, em posição majoritária, que não há diferenças fundamentais entre as normas penais e normas administrativas sancionadoras. Embora com algumas reservas, é certo que tal tese também encontra eco no direito pátrio, sendo que a mais importante consequência da adoção da teoria da unidade do poder punitivo estatal encontra-se na absorção das garantias individuais, constitucionalmente positivadas, no plano do direito administrativo sancionador.

<sup>35</sup>Ver: Emilio Caldara – Interpretazione delle leggi, 1908; Francesco Degni – L'Interpretazione della leggi; 1909, nota 2, e p. 38; n°s 13 e 20; Mário Rotondi, monografia in Nuevo Digesto Italiano; 1937 – 1940

Consagra-se, assim, a **teoria da natureza disciplinar** da sanção administrativa, eis que a repressão nela contida busca sempre o efeito aflitivo do administrado, vale dizer uma reprimenda com o objetivo teleológico de consertar, estimular determinados comportamentos ou recuperar. Afasta-se, assim, qualquer natureza reparatória no processo administrativo sancionador.

O tema é brilhantemente aprofundado por FABIO MEDINA OSÓRIO<sup>36</sup>: “Na comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas, haveria uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícito administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as sanções penais.”

Veja-se, a propósito, a Lei nº 9.605, de 12/02/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente<sup>37</sup>, onde os dois campos do Direito se complementam, sendo que, nas disposições finais, a lei contempla a aplicação subsidiária do código penal e processual penal.

FÁBIO MEDINA<sup>38</sup> acrescenta, com pertinência ao tema, que “o Tribunal Supremo espanhol elaborou a teoria da unidade de ilícitos penais e administrativos, construindo a base aparentemente dogmática para aplicação de alguns princípios constitucionais às infrações administrativas, buscando uma aproximação das sanções penais e administrativas, tendo em conta a suposta ausência de distinção ontológica entre ambas.”

Nesse sentido também CARLOS MAXIMILIANO<sup>39</sup>: “A rubrica – Leis Penais, aposta a este capítulo, compreende todas as normas que impõem penalidades, e não somente as que alvejam os delinquentes e se enquadram em Código Criminais. Assim é que se aplicam as mesmas regras de exegese para os regulamentos policiais, as posturas municipais e as leis de finanças, quanto às disposições cominatórias de multas e outras medidas repressivas de descuidos culposos, imprudências ou abusos, bem como em relação às castigadoras dos retardatários no cumprimento das prescrições legais.”

Não podemos olvidar, no entanto, que a tese da unidade do *ius puniendi* encontra dificuldades em nosso regime constitucional de competências, porquanto coexistem

<sup>36</sup>in “Direito Administrativo Sancionador”. Ed. Revista dos Tribunais; S. Paulo; 2000, 1ª edição.

<sup>37</sup>Sobre o alcance e a natureza dos tipos infracionais trazidos pela Lei nº 9.605/98, veja-se o excelente trabalho de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas: *Infrações Administrativas Ambientais no Estado do Rio de Janeiro*; R. Dir. Proc. Geral; Rio de Janeiro; nº 58; 2004)

<sup>38</sup>Ob. citada

<sup>39</sup>Ob. citada

estatutos disciplinares distintos, editados por diferentes entes federativos que legislam concorrentemente sobre determinadas matérias, *verbi gratia* a responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VIII, CRFB).

De qualquer sorte, em sede de regime disciplinar a regra é a extinção da pretensão punitiva da Administração, pela decadência ou prescrição, quando aquela quedar inerte. Daí se infere a prescritibilidade ou caducidade do ilícito penal administrativo em relação ao administrado infrator, ou mesmo ao servidor, ao contrário da responsabilidade civil deste último que expressamente foi excepcionada pelo texto constitucional, como bem observa o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>40</sup>: “A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. É o princípio que consta no art. 37, §5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.” Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem a quem fica inerte.”

Voltando a *vexata quaestio*, o que vale registrar é que, pela natureza eminentemente disciplinar do processo administrativo sancionatório, instaurado a partir do poder de polícia da Administração, cujo sentido teleológico é corrigir ou aprimorar a conduta de todos aqueles que se encontram sob a sua tutela, os princípios e regras cardeais a balizar sua estruturação integram um campo do direito penal administrativo, portanto, a nosso sentir, ao abrigo da competência legislativa da União, vez que tais princípios e regras tangenciam o interesse geral de todos os que se encontram no território nacional.

É certo concluir, por esta ótica, que prescrição e decadência, como mecanismos de extinção de pretensões no mundo jurídico, estariam situadas no âmbito da competência privativa da União, porquanto sua relevância para a segurança das relações jurídicas importa incluí-las no rol de matérias de interesse geral, desafiando, assim, a edição de critérios uniformes para sua aplicabilidade, sem prejuízo do campo do Direito em que as aludidas pretensões estiverem insertadas. Nessa linha de raciocínio, ainda que a eventual pretensão, sobre a qual incidirão os indigitados institutos, situe-se em área albergada pela competência legislativa concorrente (art. 24, CRFB) a exemplo do estatuto protetivo do meio ambiente, remanesce a competência da União para estabelecer as normas gerais.

Dentro de tal contexto enxergamos a pretensão punitiva da Administração, decorrente do poder de polícia, como um consectário de cada competência material,

<sup>40</sup>Ob. citada

tendo seus limites de atuação, no entanto, traçados nos respectivos estatutos protetivos editados pelos diversos entes. Assim, dentro de nosso regime de repartição de competências materiais, temos as exclusivas da União e as comuns aos quatro entes federativos, das quais defluem os diversos campos de atuação do poder de polícia e aos quais corresponderão as competências legislativas previstas nos arts. 22 e 24, ou, ainda, outras especialmente contempladas no texto da Carta, como é o caso do poder de polícia nas atividades financeiras, reservado exclusivamente à União (art. 21, VII), ao qual corresponde a competência legislativa especial, conferida ao legislador complementar (art. 192) para regular o sistema financeiro nacional, inclusive quanto ao seu estatuto repressivo. Na hipótese da competência comum material alvitramos o poder de polícia ambiental ou florestal, ao qual correspondente a competência legislativa concorrente, prevista no art. 24, VI, para que União, Estados e Distrito Federal estabeleçam os respectivos estatutos protetivos. Tal técnica de repartição de competência, adotada pela Carta de 1988, permite preservar o equilíbrio federativo e atender às peculiaridades regionais e locais, garantindo, todavia, a uniformização de tratamento das matérias de interesse geral através da atuação legislativa da União (art. 24, §1º).

De toda pertinência a lição de ALEXANDRE DE MORAES<sup>41</sup>: “O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da *predominância do interesse*, através do qual à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral e ao passo que aos Estados referem-se às matérias de predominante interesse regional e nos municípios concernem os assuntos de interesse local.”

Em síntese o processo sancionatório instaurado a partir do poder de polícia<sup>42</sup> de determinada atividade será balizado pelo estatuto protetivo editado pelo respectivo ente, contendo tipos infracionais, penalidades e regras procedimentais, restando, todavia, à União traçar as normas gerais nas quais entendemos incluírem-se prescrição e decadência.

Sob esse ângulo de enfoque é de se observar que, no plano da proteção ambiental, foco maior do presente estudo, vigoram, em plena harmonia com a competência legislativa concorrente, estatutos protetivos editados pela União e pelo Estado do Rio de Janeiro, daí se concluindo que enquanto a Lei nº 9.605, de 12/2/98, é norma geral em sede de proteção ambiental, a Lei Estadual nº 3.467, de 14/9/2000, suplementa os

<sup>41</sup>in “Direito Constitucional”; Ed. Atlas; S. Paulo; 18ª edição; 2005.

<sup>42</sup>A partir de tal análise fica mais clara a percepção da função e do alcance do próprio poder de polícia, visto como um mecanismo de regulação e fiscalização do exercício dos direitos individuais, nos diversos campos de atividade da vida moderna, porquanto mesmo sendo um poderoso instrumento do poder público, na limitação e no condicionamento do comportamento social, sua utilização será sempre condicionada ao devido processo legal. Nesse prisma, qualquer que seja o campo da atividade onde a Administração interceda através do poder de polícia, sua atuação, ainda que necessárias se façam as medidas de polícia extremas (demolição, destruição de bens, etc.), observará sempre a instauração do processo administrativo sancionatório, com todas as garantias e direitos nele previstos.

princípios daquele diploma legal atendendo às peculiaridades e interesses da região. Sem prejuízo de tal observação, entendemos que é da União a competência para legislar sobre prescrição e decadência da pretensão punitiva da Administração em geral, tendo as normas editadas alcance sobre todas as esferas federativas.

Nesse diapasão, não pode ser outra a conclusão senão que a pretensão punitiva da Administração estadual se extingue, no mundo jurídico, em prazo quinquenal contado a partir da prática, pelo administrado, de ato passível de enquadramento em tipo infracional previsto da legislação. A moderna heterodoxia interpretativa prestigia, como bem anota CANOTILHO<sup>43</sup>, “o efeito integrador na resolução dos problemas jurídicos constitucionais, devendo ser dada maior primazia nos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política.”

A eficácia da Lei nº 9873/99, embora o legislador tenha restringido seu alcance à Administração Federal, deve assim, estender-se, por integração, às demais esferas federativas de modo a assegurar a todos que se encontram no território nacional prazos prescricionais e decadenciais comuns. Aliás, seria mesmo de todo insólita a situação contrária, quando diante da mesma infração, cometida por determinado administrado, a União tivesse sua pretensão punitiva extinta em cinco anos (art. 1º da Lei nº 9873/99) enquanto o Estado do Rio de Janeiro, pelo entendimento até pouco tempo adotado, sujeitar-se-ia ao prazo decenal (art. 205, do Código Civil).

Em outra vertente de análise, sendo quinquenal a prescrição em favor da Administração, por força da regra instituída pelo Decreto nº 20.910/32, somos forçados a admitir, já aqui agitando o princípio da proporcionalidade, que deve se aplicar, para os administrados em geral, igual lapso temporal, porquanto não convive com o ideário de Justiça colimado pela ordem jurídica tratamentos tão díspares como os que estaríamos a contemplar sem tal interpretação.

## 6. A Posição Adotada pelo Poder Judiciário

No âmbito de nossos tribunais, o tema da extinção da pretensão punitiva da Administração foi paulatinamente sofrendo alterações de posicionamento e, hoje, já vem sendo tratado em linha próxima a por nós preconizada. Nesse sentido é emblemática a recente decisão turmária, do Superior Tribunal de Justiça<sup>44</sup>, que manteve acórdão do

<sup>43</sup>CANOTILHO, J.J. GOMES; in “Direito Constitucional”; Coimbra; 1993.

<sup>44</sup>RECURSO ESPECIAL Nº 623.023 - RJ (2004/0011071-9)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON  
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROCURADOR : MAURÍCIO SANTIAGO CÂMARA E OUTROS  
RECORRIDO : CLUBE CENTRAL  
ADVOGADO : CESAR AUGUSTO DE LIMA BRANDÃO GUIMARÃES E OUTROS

EMENTA  
PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO -  
PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, exatamente no sentido de afastar a incidência do Código Civil e do Código Tributário Nacional, para acolher a aplicabilidade do Decreto 20.910/32, pelo princípio da simetria, e reconhecer a prescrição quinquenal em execução fiscal promovida pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO, cujo crédito decorreria de infração de natureza administrativa em consequência da aplicação de multa por infringência às normas do meio ambiente.

Vale aqui transcrever relevante trecho do voto da Exma. Ministra ELIANA CALMON (Relatora): “Não tem aplicação à hipótese dos autos a prescrição constante do Código Civil, porque a relação de direito material que deu origem ao crédito em cobrança foi uma relação de Direito Público, em que o Estado, com seu *ius imperii*, impôs ao administrado multa por infração. Afasta-se também do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN, porquanto não se questiona, *in casu*, o pagamento de crédito tributário, mas de valores cobrados à título de multa, sanção pecuniária de natureza eminentemente administrativa. O que não se deve olvidar, na busca de uma solução adequada para a resolução do impasse, é a existência do Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932, que, no seu art. 1º, contém a seguinte disposição:

*Art. 1º - 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 natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do que se originarem.*

O dispositivo, perceba-se, trata da prescrição para dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, fixando em cinco anos o prazo para que os administrados exerçam o direito de ação em desfavor da Fazenda Pública. Reconheço que o mencionado artigo não faz referência à dívida ativa daqueles entes públicos, todavia entendo que, por aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria, deve-se impor à Administração Pública a mesma restrição para a cobrança de seus créditos. Penso então que, na ausência de definição legal específica, o prazo prescricional para a cobrança da multa, crédito de natureza administrativa, deve ser fixado em cinco anos, não podendo a União, o Estado ou o Município gozar de tratamento diferenciado em relação ao administrado,

## ADMINISTRATIVA – INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN – DECRETO 20.910/32 – PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil.
2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN.
3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria.
4. Recurso especial improvido

porquanto não se verifica, nesse entendimento, risco de prejuízo ao interesse público. A propósito, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Resp 380.006/RS, de Relatoria do Min. Peçanha Martins, já se posicionou no sentido de que a prescrição administrativa opera-se com o decurso do prazo de cinco anos. Questionava-se, então, a cobrança de multa imposta pelo BACEN por infração cambial ocorrida há mais de dez anos da data do ajuizamento da ação. Naquela oportunidade, não só o disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32 serviu de fundamento para a decisão, mas também o art. 174 do CTN e o teor do art. 1º da Lei 9.873/99, da seguinte redação:

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

## 7. Conclusões

Nessa ordem de idéias, e, agora, em situação mais confortável pela posição abraçada pelo Judiciário, podemos intuir que dentro do espectro da competência legislativa geral concorrente, agregada à privativa (art. 22), a Lei nº 9873/99, que estabeleceu prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública direta e indireta, no exercício do poder de polícia, embora formalmente limite seu alcance de incidência à esfera federal, tem eficácia de norma geral em relação aos diversos estatutos protetivos editados pelos entes federativos, devendo, assim, pelo princípio da integração, ter aplicação, quanto aos prazos ali contemplados, a todos os processos administrativos sancionatórios com vistas à cominação de penalidades.

Registre-se a abalizada opinião de CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO<sup>45</sup>: “Sabe-se que apesar de realidades conexas, interpretação e integração são operações distintas. Interpreta-se a norma; enquanto a integração tem espaço na falta da norma, diante da lacuna. Lacuna é identificada como uma falta, um vazio, uma incompletude, uma omissão no ordenamento jurídico. Nesse sentido, em regra reconhece-se a existência de lacunas na lei e o próprio ordenamento jurídico pátrio apresenta os instrumentos necessários para colmatá-las.”

De qualquer sorte, como procuramos advertir inicialmente, o tema situa-se dentre os mais polêmicos no âmbito da ciência jurídica, não tendo esta modesta colaboração outra pretensão senão de levantar alguns aspectos que preocupam mais de perto a Administração estadual, e, com isso, despertar um saudável debate por parte de intérpretes e operadores do direito.

<sup>45</sup>In “Direito Constitucional”; Editora Revista dos Tribunais; S. Paulo; 2005.