

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Leonardo Vasconcellos Braz Galvão

Mestrando em Direito do Estado (Administrativo) PUC-SP

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade (em tese) do Art. 25 da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, em face da dissonância com os preceitos esculpidos na Constituição Federal do Brasil, na Lei de Licitações, Lei de Improbidade Administrativa, Código Civil e em todo o sistema jurídico posto.

Discorreremos acerca dos diversos conceitos de prescrição trazidos pela doutrina e jurisprudência, de modo a balizar a análise sincrética da gritante inconstitucionalidade do preceptivo legal em destaque.

De certo, que em se tratando de singelo artigo, não almejaremos aqui exaurir a discussão sobre o tema; senão alavancar o debate acerca da inconstitucionalidade do precitado artigo, em notável confronto com o princípio constitucional da segurança jurídica.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção – Prescrição – Inconstitucionalidade – Segurança Jurídica – Administração Pública.

Abstract: This study try to analyze the unconstitutionality (in theory) of Article 25 of Law No. 12,846/2013 -. Anti-Corruption Law, in the face of disagreement with the precepts carved in the Federal Constitution of Brazil, in the Bidding Law, Law of Misconduct administrative, Civil Code and the entire legal system put.

We will discuss about the various prescription concepts brought by the doctrine and jurisprudence in order to guide the syncretic analysis of blatant unconstitutionality of the legal mandatory highlighted.

Of course, that when it comes to simple article here almejaremos not exhaust the discussion on the topic; but leverage the debate on the unconstitutionality of Article precitado in remarkable confrontation with the constitutional principle of legal certainty

Key words: Anticorruption Law - Prescription - Unconstitutional – Legal certainty – Public Administration.

PRIMEIRA PARTE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA – CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

1.1. Princípio Constitucional da Segurança Jurídica

É cediço que um dos princípios norteadores de qualquer sistema jurídico é o princípio da segurança jurídica, resguardado em nossa Constituição Federal de 1988 e textualmente enumerado no *caput* do Art. 2º da Lei Federal n. 9.784/99.

Assevero o Art. 2º da Lei nº 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O sistema jurídico normativo-constitucional brasileiro adota o princípio da Segurança Jurídica como um dos seus pilares.

Esculpido na previsão do Art. 5º, XXXVI, de nossa Carta Política, o princípio da segurança jurídica também encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio infraconstitucional e aos demais princípios gerais do Direito, buscando a proteção à confiança no direito brasileiro contemporâneo, pois como bem disserta o insigne Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 124-125), “*o Direito propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social*”, e acrescenta que “*esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma*”.

Outro não é o posicionamento de um grande expoente do Direito constitucional continental europeu, o Prof. Lusitano J. J. Gomes Canotilho (1991, p. 384), que também denomina o princípio em comento de princípio da estabilidade das relações jurídica, e, como dito em linhas volvidas, defende ser uma das vigas mestras da ordem jurídica, o que demonstra a sua importância no vigente sistema jurídico-normativo. Outrossim, devido a sua localização no texto constitucional, conclui-se pela impossibilidade de exclusão do ordenamento jurídico brasileiro, pois o Art. 60 da Constituição da República veda qualquer deliberação à proposta de emenda constitucional, cujo objetivo seja abolir os direitos e garantias individuais. Ademais, a compreensão da segurança jurídica como princípio impõe que a estabilidade das relações seja considerada como uma das balizas para tudo o que tenha

ligação com o direito, ou seja, tanto as ações estatais, quanto as relações entre os indivíduos, devem observar a segurança jurídica¹.

Segundo Couto e Silva (2005), a segurança jurídica apresenta duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A primeira está voltada à proteção que o Estado deve conceder aos cidadãos, principalmente no que toca em mudanças na política estatal que possam prejudicar ou fragilizar seu direito à estabilidade e à previsibilidade, ou, em outras palavras, à segurança jurídica em sua concepção político-institucional.

A segunda dimensão apresentada por Couto e Silva (2005) é a subjetiva, que está relacionada à proteção dos indivíduos aos seus pares, e se refere à proteção da confiança depositada nos negócios jurídicos, como, por exemplo, os contratos, que não podem ser alterados de modo a afetar o patrimônio jurídico de uma das partes. Logo, em sua vertente subjetiva, o princípio da segurança jurídica assegura que as relações entre particulares, sob determinada regulamentação, não serão afetadas por outra que advenha, resguardando um direito à estabilidade conferida aos cidadãos.

Não há como negar que o princípio da segurança jurídica é de importância ímpar para estabelecer certa estabilidade às relações do particular para com o Estado, e entre particulares, e na forma atualmente concebida, ainda que de forma implícita no rol dos direitos e garantias individuais, esta foi talhada pela jurisprudência alemã, sendo introduzida em vários outros ordenamentos jurídicos europeus, e está diretamente relacionada, como aponta Mendes (1998, p. 261), ao princípio da legalidade e ao princípio do Estado de Direito².

Segundo Silva (1982, p. 65), o fato de o princípio da segurança jurídica não se encontrar explícito no texto constitucional não diminui sua importância, pois há muito aceita-se na Constituição normas que não necessariamente se apresentam de forma clara insculpidas no texto, estando implícitas, mas que trazem carga constitucional, chamando-as de normas-princípio ou normas fundamentais e, como tais, é o sustentáculo do Estado.

Resta claro, portanto, que a segurança jurídica encontra sua razão de ser para que a justiça se concretize, e sejam assim atingidos os fins do Direito e por que não dizer os próprios fundamentos e objetivos do Estado, pois concede aos indivíduos a garantia imprescindível ao desenvolvimento das relações entre particulares.

¹ Tribunal de Contas do Acre – TCE-AC. **Princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica nos atos administrativos**. Disponível em: <<http://www.tce.ac.gov.br/portal/index.php/artigos/104-principio-da-legalidade-e-o-principio-da-seguranca-juridica-nos-atos-administrativos>>. Acessado em: 14 de janeiro de 2015.

² Artigo já citado.

Com esse entendimento se posicionou o jurista Juarez Freitas³, *in verbis*:

No atinente ao princípio da segurança jurídica, dimanante da ideia de Estado democrático, significa que a Administração Pública deve zelar pela estabilidade e pela ordem nas relações jurídicas como condição para que se cumpram as finalidades do ordenamento. A estabilidade fará, por exemplo, que, em certos e excepcionais casos, a Administração tenha o dever de convalidar atos irregulares na origem. **É que sem estabilidade não há justiça, nem paz, tampouco respeito às decisões administrativas.**

(...) Como se vê, o princípio da confiança do administrado na administração pública e vice-versa deve ocupar, sob vários matizes, lugar de destaque em qualquer classificação dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, precisando operar como um dos norteadores supremos do controle das relações de administração, **inclusive e especialmente para bem solver o problema da imprescritibilidade e da eventualíssima não-decretação de nulidade dos atos administrativos, assim como, numa evidente correlação temática, para fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários.** Força sopesar a íntegra das argumentações, dos bens e dos males, em confronto com tal princípio, antes mesmo de efetuar a requerida anulação em casos de longo curso temporal. Com efeito, às vezes **impor-se-á, em seu obséquio, sanar ou convalidar atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo das diretrizes cogentes do sistema, contanto que não haja prejuízo a terceiros e se cristalizem situações marcadas por aquela nota de excepcionalidade,** acentuada no capítulo precedente. (grifos acrescidos)

Modernamente, não há que se entender que a atividade de controle possa exceder a limites protetivos do cidadão, entre eles o da segurança jurídica.

Hodiernamente no âmbito do direito administrativo não se concebe mais o exercício das atividades por parte da Administração Pública sem a definição clara de limites protetivos ao cidadão, que é o destinatário de toda atividade da Administração Pública. Sem sobra de dúvidas, um dos mais importantes é o da segurança jurídica. Nesse sentido é a lição de Júlio César Costa Silveira⁴, membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em sua tese de doutorado, que disserta:

Caracterizado, fundamentalmente, por um dogmatismo associado de forma irrestrita ao princípio da legalidade estrita, o princípio da segurança jurídica, embora sempre tenha sido

³ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62-75.

⁴ SILVEIRA, 2005, p. 134-135.

vocacionado à proteção dos interesses que estejam em total adequação aos textos legais, acabou por retratar uma certa distonia entre a sua essência protetiva e a regra jurídica formalmente produzida pelo Estado. **Circunstâncias oriundas de comportamentos reconhecidos como lastreados, principalmente, pela boa-fé dos administrados, os quais, por decorrência de tal constatação, passaram a exigir uma proteção mínima à da confiança decorrente de tal postura subjetivamente alicerçada, acabaram por forçar e exigir a garantia de uma maior estabilidade para as situações jurídicas, mesmo aquelas que na sua origem pudessem apresentar algum vício por decorrência de ilegalidade. Em razão dessa nova visão, a própria ideia de Estado de Direito passou por mutações marcadas por uma maior flexibilização de suas estruturas normativas, diminuindo, sob certa ótica, a força, até então irresistível, atribuída ao princípio da legalidade estrita.** Nesse passo, portanto, assumiram ambos os princípios a condição de subprincípios, de molde a, por força dessa nova concepção, passarem a integrar o conceito de Estado, não mais limitado pela submissão inafastável ao Direito Positivo, mas com a maleabilidade assegurada por um novo modelo de ordenação político-social, qual seja a do Estado Democrático de Direito. (grifado)

Nessa toada, dissertando acerca da mudança de entendimento doutrinário até em tão dominante, manifestou-se no mesmo sentido defendido pelo ilustre membro do *Parquet*, Almiro do Couto e Silva⁵. Para Júlio César Costa Silveira, citando Mauro Roberto Gomes de Mattos⁶, *in verbis*:

O acolhimento do princípio da segurança jurídica, nos termos dessa nova visão, possibilitou, mormente pela força integradora da democracia como fator de busca permanente da equalização e uniformização das diferenças, que se utilizasse tal princípio como forma de instrumento de **obstaculização da atividade da administração pública, em específico nas circunstâncias em que a sua inação a caracterizava por um período dilargado de tempo, desde que inocorrendo qualquer conduta informada por má-fé dos administrados interessados, ou eventualmente beneficiados por tal inação administrativa. Transpondo tais princípios para a esfera das relações disciplinadas pelo (...) Direito Público, a prescrição funciona também como fator de estabilidade na relação dos administrados com a administração pública, e vice-versa.** (Sem marcações no original)

⁵ COUTO E SILVA, 1996, p. 24.

⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar*. COAD — ADV: Seleções Jurídicas, p. 58, mar. 2002.

Com toda *vênia* nos absteremos de adentrar com mais profundidade no estudo do princípio da segurança jurídica, pois este se apresenta para este artigo apenas como fato jurígeno a se concluir pela inconstitucionalidade do preceptivo legal multicitado.

1.2. Conceito de Prescrição

Fora estudado no tópico anterior o princípio da segurança jurídica, mostrando que o referido princípio encontra-se entre os direitos e garantias fundamentais esculpidos em nossa Carta Magna.

Pois bem, uma vez delimitado o referido princípio e sua importância e aplicabilidade ao sistema normativo vigente, é mister demonstrar, para dar continuidade ao estudo proposto, de que maneira esse princípio está em confronto com o Art. 25 da Lei nº 12.846/2013, tornando-o, em tese, incompatível com o sistema constitucional vigente.

Segundo o proposto no presente artigo, tal inconstitucionalidade se dará em razão da ausência de um marco em consonância com a legislação, o que afeta para início do prazo prescricional das infrações previstas pela Lei Anticorrupção.

Ora, conforme se delineará adiante, pela prescrição, elimina-se um estado de incerteza que não poderia, a bem da paz social, perdurar indefinidamente.

Nessa toada, dando continuidade aos estudos preliminares necessários à discussão do tema proposto, passaremos a discorrer acerca da definição conceitual do instituto da prescrição.

Recorrendo a mais renomada doutrina, temos que para CLÓVIS BEVILÁQUA, “Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo”.

Para PONTES DE MIRANDA “Prescrição é a exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação.”

Traz Venosa⁷ lição – talvez já ultrapassada – quanto à discussão ligada ao conceito de prescrição, se é ela um instituto que dá fim ao direito de ação ou ao direito propriamente dito.

⁷ Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo, v. 1, Ed. Atlas, 2003, p.611 - 615.

Por outro lado, a Prof. Maria Helena Diniz⁸ narra que quando algum direito subjetivo é desrespeitado, nasce para seu titular a possibilidade de ação, pela qual é ele defendido. No entanto, a pretensão – que nada mais é que essa possibilidade de ação – tem sua existência já predeterminada por certo espaço temporal que, quando desrespeitado, põe fim a ela, e aí se tem a prescrição.

Essa orientação também é a de Amaral⁹ que, sinteticamente, conceitua a prescrição explanando que esse instituto é o falecimento da pretensão pela falta de ação por parte de quem poderia exercê-la durante espaço de tempo previsto pelo legislador.

Já Rodrigues¹⁰ recorre ao conceito de Beviláqua, dizendo que a prescrição é o findar da possibilidade de ação relacionada a determinado direito. Ocorre a perda da proteção que tal ação proporcionava, sendo motivo para tanto a inação do titular.

Essas são as conceituações mais adotadas pela doutrina e jurisprudência acerca do instituto da prescrição.

Cumprir informar que há ferrenhas batalhas, especialmente no campo doutrinário acerca da dissecação do instituto, como sua definição jurídica, seu objeto, sua eficácia, entre outros.

Contudo, cabe-nos delimitar o tema proposto para o estudo, tema esse que não é propriamente dita a prescrição. Razão pela qual nos reservaremos a tecer breves considerações acerca da definição do instituto.

2.SEGUNDA PARTE – PRESCRIÇÃO NAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 DA LEI N° 12.846/2013

2.1. Prescrição nas Normas Infraconstitucionais

⁸ Maria Helena Diniz. et al. *Código Civil Comentado*, 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 171.

⁹ Francisco, Amaral. *Direito Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro, v. 1, Ed. Renovar, 2008, p. 596.

¹⁰ Silvio Rodrigues. *Direito Civil*. 34. ed. São Paulo, v. 1, Ed. Saraiva, 2006, p. 324.

Uma vez abordados os conceitos e definições do princípio da segurança jurídica e da prescrição, passaremos a estudar a ocorrência – previsão – do instituto da prescrição nos diversos diplomas legislativos, de maneira a demonstrar a discrepância entre o Art. 23 da Lei Anticorrupção e a legislação de regência.

Parece-nos que não há mais necessidade de demonstração da previsão constitucional do princípio da segurança jurídica, do qual, nos parece, tem o instituto da prescrição a sua fonte jurígena, embora este instituto tenha disposição em alguns pontos do próprio texto constitucional, é no **Código Civil Brasileiro**, tanto o atualmente vigente quanto no de 1916 que se prevê, a miúdo, a disciplina da prescrição.

Com a decadência, a prescrição denota toda a sua relevância encabeçando um título próprio do Código Civil (Título IV). A prescrição está expressamente prevista no Art. 189, que diz:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Veja que há previsão expressa no Art. 189 e que o referido artigo fez alusão aos Art. 205 e 206 do mesmo *Códex*, que são as previsões de prazo prescricional.

Não obstante o Código Civil, no âmbito civilista, a seara administrativa, que é mais o foco do referido estudo, haja vista que o preceptivo que aqui se defende sua inconstitucionalidade refere-se à legislação anticorrupção, há inúmeras previsões do referido instituto. Sem embargos da divergência, toda legislação que prevê o exercício de qualquer ato administrativo e esse ato importa sanção, redução de patrimônio ou qualquer outro direito do administrado ou mesmo de seus agentes, igualmente deve prever o lapso temporal que a administração pública tem para exercitar esse ato.

Isso se dá em razão da já tão falada segurança jurídica, que deve permear todo o agir da Administração Pública, não só por silogismo da ordem jurídica posta, mas também por expressa previsão legal.

Divergindo um pouco do que fora afirmado alhures, a **Lei nº 8.666/93** não traz em seu corpo normativo uma previsão explícita de prescrição para as sanções ali previstas. Em verdade, é uma construção doutrinária e jurisprudencial, que se utilizando de analogias com legislações correlatas alcançou-se o prazo prescricional quinquenal para as sanções previstas, inclusive as previstas nos Arts. 87 e 88, as que faz alusão o preceptivo tido como inconstitucional.

Sobre o assunto já se posicionou Eduardo Rocha Dias¹¹, que citando José Armando da Costa, asseverou em sua obra:

Já as infrações mais graves, punidas com multa, suspensão do direito de contratar ou licitar ou contratar e com declaração de inidoneidade, caracterizando grave inexecução contratual ou prática de ilícitos, deve ser aplicado prazo quinquenal. O momento de início desse prazo deve ser aquele em que é cometida a infração. Pode ser, porém, que pela natureza do fato o mesmo não possa ser imediatamente conhecido. Aí, então, o prazo prescricional deverá começar a correr a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa (José Armando da Costa, op. cit., p. 284)” (Destacamos.)

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca do prazo prescricional para aplicação de penalidades:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. DATA DO ATO OU FATO LESIVO.** PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. CIVIL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL: CITAÇÃO. MULTA (ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC). AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL DA DEMANDADA IMPROVIDO. RECURSO ESPECIAL DAS DEMANDANTES PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. (REsp 769.942/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 15/12/2009).

Dessa feita, demonstrado está a previsão de prazo prescricional para as sanções aplicadas pela Lei de Licitações.

Outro normativo que não poderia deixar de ser citado é a **Lei nº 9.873/99** que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

¹¹ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 107 e 108.

O referido diploma prevê logo em seu Art. 1º:

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.

Perceba-se que a citada lei já poderia servir de parâmetro para demonstrar a necessária limitação temporal para a previsão do Art. 23 da Lei Anticorrupção.

Outro normativo que expressamente prevê prazo prescricional é a **Lei nº 8.429/92**, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, em cujo subsistema está contida a *ratio legis* da Lei 12.846/13.

A citada lei prevê em seu Capítulo VII (Das Prescrições) Art. 23:

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

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

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

O citado diploma não apenas prevê prazo específico, como também prevê a aplicação de prazos previstos em legislações específicas acerca de faltas disciplinares, fazendo clara alusão à previsão prescricional em todos os diplomas afetos ao tema.

Em arrimo com a previsão do artigo anterior trazemos a lume a previsão prescricional encampada na **Lei nº 8.112/90**, a lei que rege o regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

O Art. 142 do citado normativo prescreve:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Não obstante todos os diplomas normativos já citados, cabe frisar que a própria **Lei nº 12.846/2013** prevê em seu Art. 25 o prazo prescricional de 5 (cinco) anos às informações previstas naquele normativo, sem, todavia, fixar de forma clara o termo inicial de tal prazo. Cito:

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

A ciência da infração, como termo inicial da contagem do prazo prescricional, é prescrição que afronta a boa técnica legislativa, posto que permeia de incerteza o início da contagem desse prazo. Qual a natureza da ciência da infração? Por quem ela deve ser conhecida? Essa ciência precisa ser pública? Quais as balizas de controle para explicitar essa ciência de infração? É necessário algum ato administrativo para declarar formalmente a ciência do ato? No caso de empresas, se essa ciência somente ocorrer daqui a 100 (cem) anos, esse lapso transcorrido não conta?

Como se pode perceber, a redação do art. 25 em exame causa, em nosso entender, uma série de dúvidas, e, portanto, de insegurança jurídica ao sistema, de maneira tal que afronta a lógica fundamental de nossa disciplina constitucional.

2.2. Inconstitucionalidade do Art. 25 da Lei n° 12.846/2013

Após delinear diversas legislações que, em obediência à segurança jurídica prevê prazos prescricionais aos atos de punição praticáveis pela Administração Pública, cabe aqui trazer o texto explícito do artigo cuja inconstitucionalidade aqui se defende.

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Como já referenciado em tópicos passados, nossa Constituição da República de 1988 adotou a regra da prescricibilidade no capítulo denominado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Dessa feita, notório está a necessária aplicação da prescrição também às pretensões punitivas e corretivas exercidas pelo Estado contra o responsável pela prática dos ilícitos capitulados nos mais diversos diplomas legais, como aqui já exposto; bem assim como um marco temporal factível e de acordo com a legislação afeta.

Contudo, uma vez não fixado um marco temporal mais equânime com a legislação de regência, cujo entendimento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, prevê a data da prática do ato para o início do prazo prescricional, como ocorre no Art. 25 da Lei Anticorrupção. Nesse sentido, adverte-nos Júlio César Costa Silveira¹² *in verbis*:

Questão controvertida, entre tantas outras que gravitam em torno do instituto da prescrição administrativa, diz respeito ao silêncio do legislador em relação ao prazo prescricional. (...) A postura de buscar apoio no sistema legislado, a partir de um caso de regulação particular, para o efeito de situar um prazo que possa ser generalizado, de modo que, nos casos de omissão de manifestação legislativa, tenha-se um parâmetro a ser universalizado, esbarra na

¹² SILVEIRA, 2005, p. 315-318.

circunstância de que, além do fato de que muitas leis, na esfera de regulação administrativa, estatuem lapsos temporais diversos, a escolha de um só critério mostra-se extremamente problemática, ante a razão de que, de imediato, o primeiro gesto a ser praticado diz respeito à necessária demonstração da legitimidade da escolha procedida.

Tanto é assim que a própria escolha, tradicionalmente procedida, qual seja em relação aos prazos estatuídos pelo Direito Civil, padece da mesma ilegitimidade, dado que a escolha de tal critério não espelha ou indica a sua origem a partir de critério que possa ser havido, no âmbito do Direito Público, como um critério inquestionavelmente adequado.

(...) Ante tais perspectivas, não resulta inviável, portanto, deixar-se de envidar um esforço preliminar para a identificação de um prazo a ser universalizado. Poderíamos, por exemplo, partir de um critério inicial apoiado em diplomas legais, no âmbito da regulação administrativa, nos quais tal lapso resta fixado entre dois e cinco anos. Para tanto se usariam, como referência, as Leis n. 8.429, de 02 de junho de 1992; 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e 4.717, de 29 de junho de 1965, as quais, devem, por óbvio, ser compreendidas a partir do estabelecido pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Como consequência deste primeiro movimento de intelecção, de imediato exsurgem duas variáveis de identificação de tal concepção, quais sejam: a de que inexistente prescrição na esfera administrativa, salvo com expressa previsão legal; e que tais prazos serviriam como uma forma de identificação daquilo que se convencionou designar como sendo o espírito do legislador.

Percebe-se desde logo que a simples utilização de um ou mais diplomas legais para o efeito de assumirem, a título de referência, a função de identificação de um prazo a ser universalizado, caracteriza tarefa que já se depara com embaraço intransponível, na medida em que a própria lei abstém-se de firmar, de modo claro, incontroverso e pontual, um prazo fixo para as hipóteses que ultrapassam o seu conteúdo normativo. Ou seja, tais estatutos legais, de início, manifestam, de forma incontroversa, os limites e a temática que visam obedecer e regular, respectivamente, não dando, contudo, um passo além de si próprios.

Ante tal perspectiva, construiu-se uma nova tentativa de solução, qual seja: **ante a ausência de previsão legal expressa a respeito do prazo para correção dos atos administrativos ilegais, por parte da própria administração pública, deslocaram-se os intentos para a construção de um critério a partir dos paradigmas estatuídos pelo estudo das nulidades e anulabilidades, no âmbito do Direito Administrativo, cuja característica maior é a de ter-se sedimentado sob a influência do Direito Civil.** (grifos nossos)

Não obstante a incerteza que paira sobre o tema, o Tribunal de Contas da União, por intermédio do voto do Ministro Guilherme Palmeira, no Acórdão n. 1.263/2006 da 1ª Câmara, utilizou os seguintes

critérios para análise dos prazos prescricionais, em analogia com as normas de direito privado estatuídas no Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Com a entrada no universo jurídico do novo Código Civil, a regra geral dos prazos prescricionais, disciplinada pelo art. 205, passou a ser de dez anos, prazo que vem sendo observado pelo TCU em suas deliberações. Neste sentido, vem a propósito reproduzir parte do Acórdão 1.727/2003 – 1a Câmara da relatoria do nobre Ministro Augusto Sherman Cavalcanti: (...)

8. Entretanto, com a edição do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e o início de sua vigência em 01/01/2003, os prazos prescricionais sofreram sensível alteração. A regra geral passou a ser o prazo de dez anos, conforme dispõe seu art. 205: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

9. Registre-se que o novo código não trouxe previsão de prazo prescricional específico para a cobrança de dívidas ativas da União, dos Estados ou dos Municípios, o que, ante a ausência de outra legislação pertinente, nos leva à aplicação da regra geral para as dívidas ativas decorrentes de atos praticados após 01/01/2003.

10. Com referência aos prazos já em andamento quando da entrada em vigor do novo Código Civil, este estabeleceu em seu art. 2.028: “Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

11. Desta feita, entendo, salvo melhor juízo, que quando ocorrerem, simultaneamente, as duas condições estabelecidas no artigo retromencionado – quais sejam, redução do prazo prescricional pelo novo Código Civil e transcurso, em 01/01/2003, de mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada – continuarão correndo os prazos na forma da legislação pretérita.

12. Deve-se enfrentar, ainda, nos casos em que os fatos ocorreram na vigência do Código Civil de 1916, o tema atinente ao termo inicial para contagem do prazo prescricional previsto na nova legislação. Duas teses se apresentam. A primeira, de que a contagem do prazo inicia-se na data em que o direito foi violado (art. 189 do Código Civil de 2002). A segunda, de que o prazo inicia-se em 01/01/2003, data em que o novo Código Civil entrou em vigor.

13. Entendo que a segunda tese é a que melhor se harmoniza com o ordenamento jurídico. Julgo que a regra de transição estabelecida no art. 2.028 do novo Código Civil veio para evitar ou atenuar efeitos drásticos nos prazos prescricionais em curso. A aplicação da primeira tese, de forma contrária, promoveria grandes impactos nas relações jurídicas já

constituídas. Em diversos casos, resultaria na perda imediata do direito de ação quando, pela legislação anterior, ainda restaria mais da metade do prazo prescricional. (...)

15. No âmbito deste Tribunal, em síntese, entendo deva-se aplicar o prazo prescricional de dez anos, previsto no art. 205 do novo Código Civil, quando não houver, em 01/01/2003, o transcurso de mais da metade do prazo de vinte anos estabelecido na lei revogada.

Sendo caso de aplicação do prazo previsto no novo Código Civil, sua contagem dar-se-á por inteiro, a partir de 01/01/2003, data em que a referida norma entrou em vigor. Ao contrário, quando, em 01/01/2003, houver transcorrido mais da metade do prazo de vinte anos, a prescrição continua a correr nos moldes do Código Civil anterior. (texto marcado)

Em descompasso do entendimento esposado pelo e. TCU, Celso Antônio Bandeira de Melo¹³ leciona que a analogia com o Direito Civil, ante a omissão legislativa na fixação de prazo prescricional em matéria de Direito Administrativo, não se revela a mais correta, *in verbis*:

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de créditos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para a decadência do direito de constituir o crédito tributário. **No passado (até a 11ª edição deste curso) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis. Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões de direito público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de direito público.**

(...) Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de direito público, que quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal expressa, não haveria razão prestante para distinguir entre administração e administrado no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. Isto posto, estamos em que, faltando regra específica

¹³ MELLO, 2004, p. 930.

que disponha de modo diverso, **ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, que se trate de atos anuláveis.**
(Marcamos)

Sem embargo da polêmica acerca do prazo prescricional ser decenal (em analogia com as normas de direito privado) ou quinquenal (em analogia com as demais normas de direito público), temos que o entendimento da aplicação do instituto da prescrição com marco inicial mais justo e em compasso com a legislação que versa sobre o tema é medida que se amolda com sistema jurídico-constitucional atualmente vigente. E que assim não o sendo, sofre o referido preceptivo legal de insanável inconstitucionalidade.

A partir da leitura da norma contida no artigo em exame, a primeira conclusão é: a previsão de início do prazo prescricional como está disposto no preceptivo legal caracteriza inarredável incerteza e insegurança jurídica, pois a punição pode se perpetrar pelo tempo. E o que é pior, caracterizando punição de caráter perpétuo da forma literal como está redigido o artigo.

Partindo por esse prisma, denota-se a inconstitucionalidade do precitado artigo também pela afronta à previsão constitucional encartada no Art. 5º, XLVII, “b” da CF/88 que diz:

Art. 5º (...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Apenas reforçando os exemplos já citados, temos, cabendo ressaltar, por sua relevância, as seguintes Leis:

a) Lei nº 8.112/1990: estabelece prescrição quinquenal para a ação disciplinar que vise punir o servidor com demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade ou destituição de cargo em comissão (art. 142);

b) Lei nº 8.429/1992: estabelece prescrição quinquenal para aplicação de sanções por improbidade administrativa aos que exercem cargo em comissão ou cargo efetivo no âmbito federal (art. 23);

c) Lei nº 9.873/1999: estabelece prescrição quinquenal para a ação punitiva da Administração Pública federal no exercício do poder de polícia (art. 1º).

Veja que o texto afronta não apenas o princípio da segurança jurídica, previsto no dispositivo constitucional precitado, mas também todas as legislações afetas ao tema já anteriormente citadas, inclusive o próprio Código Civil.

A segunda conclusão que se julga possível extrair do citado art. 25 é tão óbvia quanto a anterior: o texto padece de insanável inconstitucionalidade, pois vai de confronto com o texto constitucional previsto no Art. 5º, XXXVI da CF/88.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que se debateu e discutiu no presente *escritum* a conclusão que alcançamos é:

- pela leitura literal do preceptivo legal em debate, denota-se que a fixação de termo inicial para o prazo prescricional da forma posta no citado artigo está em dissonância com a lógica jurídica afeta ao tema, que prevê o termo *a quo* a partir da prática do ato, ocasionando assim a divergência do marco iniciativo para ocorrência da prescrição em relação à legislação já citada;

- A ciência da infração, como termo inicial da contagem do prazo prescricional, é prescrição que afronta a boa técnica legislativa, posto que permeia de incerteza o início da contagem desse prazo. Qual a natureza da ciência da infração? Por quem ela deve ser conhecida? Essa ciência precisa ser pública? Quais as balizas de controle para explicitar essa ciência de infração? É necessário algum ato administrativo para declarar formalmente a ciência do ato? No caso de empresas, se essa ciência somente ocorrer daqui a 100 (cem) anos, esse lapso transcorrido não conta?

- há que se considerar o preceptivo sob enfoque de que as empresas são pessoas jurídicas, e, portanto, dissociadas das pessoas físicas, com grande expectativa de existência, o que acarreta grande incerteza sobre a possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei anticorrupção, inclusive a dissolução.

- Nessa toada é inarredável a inconstitucionalidade que permeia o preceptivo legal em debate, ante o confronto não apenas com o teor da norma lógica e da norma constitucional, mas também das legislações infraconstitucionais afetas ao tema, principalmente com o texto constitucional que eleva o princípio da segurança jurídica à cláusula pétrea.

Com essas conclusões, pretendemos ter ao menos fomentado o debate sobre o tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro, v. 1, Ed. Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **Recurso Especial nº 769942/RJ**. Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI/DF, 1/12/2009. Publicado em 15/12/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. 1ª Câmara. **Acórdão n. 1.263/2006**. Relator: Min. Guilherme Palmeira. Brasília/DF, Data da Sessão: 16/5/2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99)**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

DINIZ, Maria Helena. et al. **Código Civil Comentado**. 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar**. COAD – ADV: Seleções Jurídicas, p. 58, mar. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 34. ed. São Paulo, v. 1, Ed. Saraiva, 2006.

SILVEIRA, Júlio César Costa. **Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo, v. 1, Ed. Atlas, 2003.