

O NOVO CÓDIGO CIVIL E OS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA EM CASO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DE APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO – UM ESTUDO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

Mário Soares Caymmi Gomes

Juiz de Direito do Estado da Bahia. Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC-SP (2005). Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá-RJ (2003). Mestre em Linguística pela Universidade Federal da Bahia (2009).

Resumo: O presente artigo visa analisar dois aspectos polêmicos a respeito da responsabilidade do Estado. O primeiro deles diz respeito à alteração da jurisprudência do STJ, que vem considerando que se aplica aos casos de ações de reparação por danos civis dos particulares contra o Estado o prazo de três anos, introduzido pelo atual Código Civil de 2003, em seu artigo 206, §3º, inciso V, e não mais o Decreto nº 20.910/32. De igual maneira, discutiremos aqui a polêmica a respeito da influência do novo Código Civil nas questões relativas ao período necessário para que se dê o apossamento administrativo, com discussão da jurisprudência do STF sobre o assunto.

Palavras-Chave: responsabilidade do estado, apossamento administrativo, prescrição, prazo.

Abstract: The present article aims to analyse two polemical aspects in the field of the responsibility of the State. The first of them has to do with the change in the jurisprudence of the STJ (Superior Court of Justice of Brazil) that now considers that the time of prescription of the legal suits on liability of the State is of three years, according to the new Civil Code of 2003, article 206, §3º, V, not being of validity anymore on this matter the Federal Decree 20.910/32. We shall also discuss, secondly, about the influence of the new Civil Code on the matters of the timing in which operates the expropriation in favour of the State, in the cases that are not anticipated by prior indemnification, with discussion about the jurisprudence of the Supreme Court of Brazil.

Key words: liability of the State, prescription, time, expropriation.

Sumário: 1. Introdução – 2. A prescrição no direito administrativo – 3. Situando o primeiro problema: a responsabilidade do Estado e o prazo do particular para demandar a reparação antes do Código Civil de 2003 – 4. A jurisprudência do STJ e o artigo 206, §3º, V do CC/2003 – 5. Crítica à nova jurisprudência do STJ – 6. O prazo de prescrição nas ações de apossamento administrativo – 7. Ressalva de direito intertemporal – 8. Conclusões.

1. Introdução

O presente artigo visará a discussão de temas palpitantes a respeito do gênero prescrição em direito administrativo, especificamente no que pertine à reparação de ato ilícito atribuído ao Estado e, também, nos casos de apossamento administrativo.

O primeiro tema é polêmico tendo em vista que o STJ, em decisões muito recentes, vem considerando que deve ser aplicada nessas ações reparatórias o prazo de 3 anos, previsto no artigo 206, §3º, inciso V do atual Código Civil, e não mais o Decreto nº 20.910/32 que, em seu artigo 1º, previa o lapso de cinco anos, e nem o artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97.

De igual modo, existe uma polêmica, ainda não resolvida, a respeito da influência do novo Código Civil no que tange ao tempo da prescrição no caso de apossamento administrativo.

Tendo tudo isso em vista, analisaremos os argumentos doutrinários e jurisprudência do STF e STJ, promovendo uma crítica sempre baseada em parâmetros dogmáticos da hermenêutica que privilegia os princípios constitucionais, também chamada por alguns de neoconstitucionalismo¹.

2. A prescrição no direito administrativo

A prescrição é um instituto que se dissemina em todos os ramos do direito e diz respeito a um de seus fundamentos últimos, que visa garantir a paz social, por meio do estabelecimento de um limite temporal para que o detentor de um direito violado possa exercer o devido direito de ação contra quem o transgride.

Não é outra a posição de Sílvio Rodrigues (1993, p. 254), ao sustentar que é “mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda”.

Antonio Winter de Carvalho (2010), após analisar o instituto nos ramos do direito civil, administrativo e constitucional chega à conclusão de que ele está presente em todos eles e que, por isso, seria peculiar à própria noção de direito, que prevê como regra a prescritibilidade – e a imprescritibilidade como exceção –, exatamente por causa da necessidade de estabilizarem as relações jurídicas, punindo-se o titular de situação jurídica que não lhe deu efetividade em certa baliza temporal razoável, fixada por lei.

Consideramos que o fundamento jurídico último da prescrição encontra guarida no capítulo constitucional dos direitos fundamentais, especificamente no artigo 5º, inciso XXXVI que determina a garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Esse assento constitucional do instituto da prescrição também é destacado por Marçal Justen Filho (2009, p. 1097) que o vincula à idéia mesmo do Estado de Direito e o seu correlato princípio da segurança, como elementos cruciais para que se conclua pela consolidação das situações de fato no tempo.

A existência do Estado envolve a eliminação da insegurança e da incerteza. O Estado é instrumento coletivo para assegurar a realização de projetos futuros, individuais e coletivos. A ordem jurídica proporciona a segurança jurídica, no sentido de assegurar que as decisões fundamentais sejam previsíveis. [...] O Estado de Direito obedece às normas jurídicas

ENTRE ASPAS

e isso significa a eliminação de soluções não conformes ou não previstas pelo direito. Logo, os particulares podem organizar a vida presente e futura, tendo consciência de que o Estado não adotará condutas vedadas ou não previstas pelo ordenamento jurídico.

No RE 226.855 o voto do Min. Sepúlveda Pertence deixa claro que a discussão sobre o ato jurídico perfeito e, por tabela, da prescrição que gera essa consolidação, é norma de assento constitucional, que não se regula meramente pela Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) mas que “é uma garantia constitucional voltada primacialmente – quando não exclusivamente como sustentam muitos – contra o legislador ordinário”.

Assim sendo, o instituto da prescrição surge como uma solução típica da esfera jurídica que tem o intuito de limitar o poder subjetivo processual das pessoas jurídicas ou naturais detentoras de certo direito violado.

3. Situando o primeiro problema: a responsabilidade do Estado e o prazo do particular para demandar a reparação antes do Código Civil de 2003

A atual Carta Política Brasileira consagrou, em seu artigo 37, §6º, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, garantindo aos particulares o direito de exigir reparação de atos ilícitos praticados pela Administração Direta e Indireta, além das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A doutrina de direito administrativo se inclinava, após a edição do texto constitucional, a considerar vigente o Decreto nº 20.910/32, que fora recepcionado com o *status* de lei ordinária e que, atendendo à exigência posta pelo texto, estabelecia o prazo prescricional quinquenal para as demandas contra o Estado pela prática de ato ilícito. O artigo 1º da norma fora assim redigido:

as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

A MP 2.180-35/01 alterou o artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97 para declarar que “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” o que, na prática, não trouxe alteração substancial ao tema em questão.

Com base nesse suporte legal, a doutrina abalizada de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 1041), por exemplo, advertia que a jurisprudência unânime dos tribunais pátrios consideravam ser de 5 anos o prazo de prescrição do particular contra o Poder Público, contado este a partir do conhecimento, pelo administrado, do resultado lesivo à sua esfera patrimonial ou moral.

Essa lição, segundo adverte o autor, seria válida para as ações de cunho pessoal, sendo outro o prazo no caso das ações reais – que, no advento do antigo Código Civil de 1916 era o de 20 anos, do usucapião extraordinário, solução essa que, inclusive, foi consolidada pela edição da súmula de jurisprudência do STJ de número 119, que rezava: “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos”.

Com o advento do novo Código Civil de 2003 começou a haver discussões acerca do prazo aplicável à indenização do particular lesado por ação ou omissão atribuída ao Estado, em especial levando-se em conta o artigo 206, §3º, inciso V, que estabeleceu o lapso de 3 anos de prescrição para “a pretensão de reparação civil”.

Haveria ele revogado tacitamente o Decreto nº 20.910/32 e o disposto no artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97? E em relação às ações que visam indenização de apossamento administrativo? Estariam elas sujeitas a quais prazos?

É sobre esses problemas que passaremos a tecer algumas considerações.

4. A jurisprudência do STJ e o artigo 206, §3º, V do CC/2003

O STJ, até muito pouco tempo, era unânime em afirmar a aplicação do Decreto nº 20.910/32 e do prazo quinquenal nas ações de reparação por responsabilidade do Estado.

Veja-se, a título de exemplo, Acórdão da lavra do Min. Herman Benjamin, publicado no DJe de 02/03/2011, no Agravo Regimental do Recurso Especial 1197876:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO EM PRESÍDIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IRMÃ DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932.

1. Irmãos são partes legítimas ad causam para pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão. Precedentes do STJ.

2. *O prazo prescricional de Ação de Indenização contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, norma que regula a prescrição de "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza".* (grifo nosso)

Essa unanimidade se modificou entre as Turmas da Corte Especial quando algumas Turmas da Corte Superior passaram a entender que o prazo do Decreto 20.910/32 teria sido revogado pelo Novo Código Civil, que estabelece o lapso de 3 anos para que se ajuízem demandas de reparação civil (artigo 206, §3º, V). Veja-se, a seguir, um exemplo desse novo entendimento, adotado pelo mesmo Ministro Herman Benjamin, relator do Acórdão paradigma anterior, no Recurso Especial 1217933, publicado no DJe de 25/04/2011:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/1932. ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA TRÊS ANOS.

1. O legislador estatuiu a prescrição quinquenal em benefício do Fisco e, com manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso de eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o de cinco anos seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto 20.910/1932.

ENTRE ASPAS

2. O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil - art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 - prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32. (grifo nosso)

O relator desse aresto invocou a doutrina para inovar o entendimento da corte. Para tanto, referiu-se a obra de Leonardo José Carneiro da Cunha (2008, p. 85), que assim se posiciona:

Significa que a prescrição das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública é quinquenal, ressalvados os casos em que a lei estabeleça prazos menores. Na verdade, os prazos prescricionais inferiores a 5 (cinco) anos beneficiam a Fazenda Pública.

[...]

O que se percebe, em verdade, é um nítido objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. A legislação especial conferiu-lhe um prazo diferenciado de prescrição em seu favor. Enquanto a legislação geral (Código Civil de 1916) estabelecia um prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, a legislação específica (Decreto nº 20.910/32) previa um prazo de prescrição próprio de 5 (cinco) anos para as pretensões contra a Fazenda Pública. Nesse intuito de beneficiá-la, o próprio Decreto nº 20.910/32, em seu art. 10, dispõe que os prazos menores devem favorecê-la.

A legislação geral atual (Código Civil de 2002) passou a prever um prazo de prescrição de 3 (três) anos para as pretensões de reparação civil. Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral - aplicável a todos, indistintamente - ser inferior àquele outorgado às pessoas jurídicas de direito público. A estas deve ser aplicado, ao menos, o mesmo prazo, e não um superior, até mesmo em observância ao disposto no art. 10 do Decreto nº 20.910/32.

Também foi mencionado no julgamento a posição de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 498-499), também a seguir transcrito, na parte essencial à compreensão do tema:

Cumpra nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto 20.910/32, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil). Desse modo, se é verdade, de um lado, que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, pena de total inversão do sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil. Interpretação lógica não admite a aplicação, na hipótese, das regras de direito intertemporal sobre lei espe-

cial e lei geral, em que aquela prevalece a despeito do advento desta. A prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal.

Outro que junta-se a essas vozes é Flávio Araújo Willeman (2005, p. 6263) para quem é necessário fazer-se uma interpretação histórica do ordenamento jurídico e, tendo isso em vista, considera que o fato dos artigos 177, 178, §10, VI do CC de 1916 e do Decreto 20.910/32 terem estabelecido um prazo mais curto para a prescrição das demandas reparatórias contra o Estado é prova cabal de que “quando os dispositivos legais acima mencionados foram promulgados, apresentavam a nítida missão de trazer um tratamento diferenciado para a Fazenda Pública em relação à regra prevista no artigo 177 do CC de 1916 [...]”.

5. Crítica à nova jurisprudência do STJ e às doutrinas que a fundamentam

Antes de mais nada, consideramos importante que se destaque que a interpretação da legislação infraconstitucional tem de ser feita sempre com vistas à Carta Maior, que, segundo J.J. Gomes Canotilho (1996) é a norma fundante do ordenamento, não conhecendo estatuto superior e disso derivando as suas atribuições de autoprímazia e fonte primária de produção jurídica.

Barroso (1998), por sua vez, destaca o princípio da supremacia da Constituição como elemento que não apenas funda o controle de constitucionalidade das leis mas que, ao mesmo tempo, exige do intérprete que esteja sempre atento aos mandamentos constitucionais como baliza ou limite do ato exegético geral.

Como último argumento a essa discussão, devemos salientar a importância de tratar a interpretação das leis com base na análise dos princípios constitucionais, levada a cabo como imperativo do neoconstitucionalismo, que impõe ao intérprete a tese da supremacia da Constituição e dos valores constitucionais no ato de cognição, como operação necessária para a sua eficácia (MENDES e BRANCO, 2011).

É por isso que antes de tratarmos o tema da prescrição tratamos de encontrar-lhe o fundamento constitucional que o respalda e, de igual maneira, ao analisar a jurisprudência acima destacada e a doutrina que lhe fundamenta procuramos, de igual sorte, verificar se os ensinamentos ali colhidos encontram ressonância no pilar maior do ordenamento brasileiro.

E lamentamos considerar que isso não ocorre.

Em primeiro lugar, e recorrendo à mesma pesquisa histórica, invocada por todos os doutrinadores citados como elemento hermenêutico decisivo para a construção de sua conclusão normativa, que dá pela revogação do dispositivo legal que prevê a prescrição quinquenal do Estado, gostaríamos de fazer uma crítica à expressão “responsabilidade civil do Estado”, que tem curso frequente em livros sobre a matéria e, ainda, na jurisprudência pátria.

Isso porque nos parece passar despercebido que “responsabilidade civil” é uma coisa muito diferente de “responsabilidade do Estado” e, se num estágio anterior do pensamento jurídico, essas noções podem ter se misturado, hoje com a independência clara dos ramos do direito privado e do direito administrativo, essa confusão não mais se justifica.

O direito civil é o ramo mais representativo das conquistas burguesas em detrimento do regime monárquico. Foi em torno dele que se gestou o primeiro código sistemático da história, em cujas linhas tratou-se de assegurar a regulação das relações de direito privado, então

concebidas, com o ideário da Revolução Francesa, como expressão mais viva e soberana da liberdade dos cidadãos.

Também foi em torno desse movimento histórico que se desenvolveu a idéia do constitucionalismo, ou seja, do limite ao poder monárquico que, mais tarde, gerou a teoria da tripartição do poder estatal, iniciada por Locke e reelaborada por Montesquieu.

Assim sendo, consideramos que o direito civil, por tradição histórica, acabou sendo vinculado às conquistas burguesas contra a monarquia e, com isso, passou a ser referido genericamente como referência-síntese que demonstrava, por meio dela, a luta da burguesia contra o poder despótico do monarca, bem como o estabelecimento de um núcleo de garantias individuais que importavam, até então, num *non facere*.

Nessa época histórica, prevalecia a tese da irresponsabilidade do Estado, mais conhecida pela assertiva de que *o rei não pode errar (the king can do no wrong)*. Foi a jurisprudência do Conselho de Estado Francês e a doutrina que modificaram este quadro, lançando as bases de uma teoria geral de responsabilidade do Estado, que se valeu, em linhas gerais, da teoria da responsabilidade civil do Código Napoleônico.

Foi assim que nasceu a expressão responsabilidade *civil* do Estado que, originariamente, buscava destacar o fato de que o Estado, antes irresponsável, agora devia prestar contas de sua atuação, reparando os danos causados pela *faute du service*, ou seja, a falha do serviço público prestado.

O termo “civil”, na expressão “responsabilidade civil do Estado”, portanto, expressa o fato de que o Estado passa a ser responsável pelos atos que causem lesões aos particulares, assim como no campo do direito privado o particular é obrigado a reparar os excessos que a ação fundada na garantia legal de sua autonomia privada venha causar a terceiros.

A responsabilidade do Estado hoje tem foros de autonomia do direito privado, e a expressão só pode incluir o elemento “civil” se for vista sob a perspectiva histórica à qual nos referimos anteriormente. Se tratarmos o assunto no momento presente, falar de “responsabilidade civil do Estado” é tão equivocado quanto tratar de uma “responsabilidade civil do direito do consumidor” ou de uma “responsabilidade civil do direito ambiental” e assim por diante. Cada ramo do direito reformulou a teoria da responsabilidade civil e agregou-lhe peculiaridades próprias, tornando-as independentes do direito privado, de modo que é errado dizer que os textos que regulam o direito privado regulariam todas as formas de responsabilidade existentes em todos os ramos do direito.

Tanto isso é verdade que no estado atual do direito administrativo não faltam autores que buscam uma nova denominação para a teoria da responsabilidade estatal, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2009), cunhou a expressão *responsabilidade extrapatrimonial do Estado por comportamentos administrativos*.

Por essa razão é que não consideramos que o direito civil possa ser invocado como fundamento de responsabilidade estatal a não ser em casos especiais, em que haja omissão legislativa e sempre que houver compatibilidade entre ele e o direito administrativo, que possui contornos próprios.

Essas lições históricas parece que foram olvidadas no tratamento do tema, assim como não verificamos nos fundamentos dos Acórdãos a necessária aferição da importância do primado dos princípios constitucionais.

Ora, devemos frisar que na decisão do RESP 1217933, Relator o Ministro Herman Benjamin o argumento-chave para deslindar a questão diz respeito a “[...] um nítido objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. [...] Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento

jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral – aplicável a todos, indistintamente – ser inferior àquele outorgado às pessoas jurídicas de direito público”. Carvalho Filho (2007, p. 499), por seu turno, ressalva que “se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela [...]”.

Ora, promover o ato interpretativo com base em alegação de tradição, em detrimento dos pilares principiológicos, nos parece um argumento por demais desprovido de convencimento, já que não consegue promover uma atitude voltada para a legitimação dos parâmetros maiores da Constituição Federal.

O tema da prescrição é importantíssimo no ramo do direito administrativo, já que é através dele que se garante um dos valores fundamentais da própria existência do direito, que é a segurança jurídica, como já destacamos linhas atrás.

Por isso não é cabível que, à míngua de veiculação de um diploma legislativo específico, que altere o lapso precricional no âmbito administrativo, e com base em alegações que tentam justificar uma suposta reiteração legislativa, que reduza o prazo precricional em benefício do Estado, isso seja suficiente para manipular-se o ato interpretativo para privilegiar o interesse estatal, aqui confundido com o interesse meramente pecuniário visto que, limitando-se o direito de ação do cidadão estar-se-ia, a um só tempo, também evitando-se uma possível futura condenação do Estado.

Também não nos convencem argumentos como o de PADARATZ (2011), que o fundam numa suposta “supremacia do interesse público”, um termo que, despido de qualquer esclarecimento semântico que esclareça qual o seu sentido, parece funcionar como um verdadeiro “curinga” em obras de direito administrativo que não observam a ótica neoconstitucional, como se a supremacia do público, em relação à prescrição de direito administrativo, quisesse expressar o mesmo que “o prazo de prescrição administrativa TEM QUE SER maior do que o do direito privado”, o que, com todo respeito, não encontra eco em nenhuma evidência legal ou principiológica da Constituição.

Consideramos que uma suposta sujeição dos prazos de direito administrativo em matéria de prescrição das ações de reparação de ilícito ao Código Civil acaba por negar a independência entre esses ramos do direito e é por isso que não vislumbramos nenhuma perplexidade ou incoerência no sistema jurídico pátrio se este estabelece um prazo maior de prescrição para o campo do direito público em relação ao direito privado.

A *contrario sensu* estar-se-ia a manejar o instituto da analogia de maneira indevida, promovendo uma interferência indevida na seara administrativa com base em uma alegação insustentável de isonomia, que implicaria em ofensa ao princípio da legalidade, que exige lei específica a reger as relações entre a Administração e os particulares.

É por essa razão que o uso de alguns expedientes hermenêuticos, como a analogia, devem ser manejados *cum granum salis* sob pena de ofenderem premissas principiológicas constitucionais. Por isso mesmo é que o STF já editou a Súmula 339 que, em casos de interpretação de legislação remuneratória, destaca que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. De igual modo, diríamos, a falta de uma lei específica, alterando a disciplina da prescrição administrativa em relação à responsabilidade do Estado impede que se avenge, por mera isonomia, o novo prazo previsto no Código Civil, sob pena de restar fulminado o princípio da legalidade.

Por outro lado, não podemos deixar de observar que, tratando-se tanto do Código Civil como o Decreto nº 20.910/32 de leis ordinárias, esses textos, de acordo com a teoria dos princípios de Dworking (1991), não podem ter vigência simultânea sobre o mesmo assunto já que

ENTRE ASPAS

para esse tipo de colisão normativa só pode ser resolvido pela regra do “tudo ou nada” (*all or nothing*) onde a lei mais nova derogaria, total ou parcialmente, a mais antiga.

Assim, deve-se meditar a interpretação dos sentidos e dos campos de aplicação dessas leis para que se conclua, ou não, pelo conflito de leis no tempo.

No caso concreto, consideramos que esse conflito normativo não é real, mas apenas aparente, se aplicarmos o princípio hermenêutico da especialidade. Ora, se existem duas leis, uma versando especificamente sobre as relações de direito civil e outra especificamente sobre a tutela do particular contra o Poder Público, então é comezinha regra de interpretação que não há conflito algum já que essas leis visam a produção de efeitos em campos distintos da realidade.

Foi esse, alias, o elemento crucial da argumentação que levou o Min. Hamilton Carvalhido a negar, nos Embargos de Divergência 1081855, a tese da revogação do Decreto nº 20.910/32, ao assentar no seu voto, publicado no DJe de 01/02/2011:

Não obstante, é de se preservar o entendimento desta Corte Superior de Justiça consolidado pela prescrição quinquenal ainda na vigência do Código Civil de 1916, eis que o Código Civil disciplina o prazo prescricional para a pretensão de reparação civil, tratando-se, contudo, de diploma legislativo destinado a regular as relações entre particulares, não tendo invocação nas relações do Estado com o particular.

Demais disso, é de se ter em conta que historicamente previu-se o prazo prescricional quinquenal para as pretensões deduzidas contra a Fazenda Pública.

Essa tese também é defendida por Marçal Justen Filho (2009, p. 1114) para quem

O dispositivo [do artigo 206, §3º, V do Código Civil] não se aplica no âmbito das relações entre Administração Pública e particulares porque, tal como acima apontado, o prazo para a prescrição das ações de titularidade da Fazenda Pública deve ser idêntico àquele estabelecido para as ações em face da própria Administração. [...] Logo e como se reconhece que a prescrição das ações do particular prescrevem em cinco anos [...], idêntico tratamento deve ser reservado às ações de titularidade da Administração Pública.

Exceção deve ser feita aos integrantes da administração indireta que desempenhem atividade econômica que não esteja configurada como serviço público pois nesse caso eles são regulados pelas leis da ordem civil, mandamento esse extraído do próprio texto constitucional, que lhes proíbe tratamento diferenciado em relação às demais empresas privadas (vide artigo 173, §1º, inciso II da CF/88) de modo que aí, por previsão expressa na Carta Política, caberia a aplicação da prescrição civil.

6. O prazo de prescrição nas ações de apossamento administrativo

Como destacamos no início do artigo, existe uma diferença entre o prazo de prescrição das ações pessoais contra o Estado, onde seria aplicável o Decreto nº 20.910/32, e aquele das

ações reais, dentre as quais se incluem as ações da chamada “desapropriação indireta” o que, aliás, é um equívoco terminológico. É que se o termo desapropriação implica, de acordo com a CF/88, artigo 5º, inciso XXIV, a “justa e prévia indenização em dinheiro”, então falar-se de “desapropriação indireta”, onde o Estado invade propriedade alheia sem justo título e sem promover nenhuma reparação, é algo absolutamente impróprio. É por essa razão que preferimos nos referir a essa hipótese como apossamento administrativo.

Pois bem. De acordo com a jurisprudência pacífica do STF, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, às ações reais não se aplica a prescrição quinquenal (vide Recursos Extraordinários nºs 47.584, 56.705, 57.966, 64.809 e 73.683, entre outros). Isso porque, caso contrário, estar-se-ia prevendo uma espécie de usucapião em favor do Estado de tempo brevíssimo, o que tornaria tal instituto em conflito com os princípios constitucionais do direito à propriedade e da razoabilidade.

O STF teve oportunidade de reafirmar esse entendimento quando o Governo Federal editou a MP 2.027-40/2000, que previu a redução do prazo da prescrição aquisitiva em favor do Estado para apenas 5 anos. Na ocasião do deferimento de liminar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2260 o Relator, Min. Moreira Alves, deixou assentado no Acórdão que:

De há muito, a jurisprudência desta Corte afirmou que a ação de desapropriação indireta tem caráter real e não pessoal, traduzindo-se numa verdadeira expropriação às avessas, tendo o direito à indenização que daí nasce o mesmo fundamento da garantia constitucional da justa indenização nos casos de desapropriação regular. - Não tendo o dispositivo ora impugnado sequer criado uma modalidade de usucapião por ato ilícito com o prazo de cinco anos para, através dele, transcorrido esse prazo, atribuir o direito de propriedade ao Poder Público sobre a coisa de que ele se apossou administrativamente, é relevante o fundamento jurídico da presente arguição de inconstitucionalidade no sentido de que a prescrição extintiva, ora criada, da ação de indenização por desapropriação indireta fere a garantia constitucional da justa e prévia indenização, a qual se aplica tanto à desapropriação direta como à indireta. (publicado no DJ 02/08/2002, p. 56)

Aqui, ao contrário do prazo de reparação por ilícito, estamos frente a uma verdadeira e autêntica lacuna legislativa que não deixa outra solução ao intérprete a não ser usar do expediente analógico para verificar no sistema se existe disciplina similar em alguma lei, que possa ser de fonte de normas administrativas.

E consideramos não haver dúvida de que a disciplina a respeito na lei civil é a única que poderia ser aproveitada para esse fim.

O prazo para que se dê o apossamento administrativo foi deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça, que resolveu a questão, nos mesmos passos da Corte Suprema, com a edição da Súmula 119 que reza: “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 (vinte) anos”. Esse era o prazo do antigo artigo 550 do Código Civil de 1916, que o previa para o usucapião extraordinário, em que a parte, para fazer-lhe jus, não dispunha de justo título e nem de boa-fé.

O atual Código, por sua vez, reduziu esse prazo para 15 anos no artigo 1.238, e da mesma forma que o anterior não exige nem prova documental e nem boa-fé. No parágrafo único o prazo

ENTRE ASPAS

é reduzido a 10 anos “se o possuidor houve estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”.

Consideramos que a súmula 119 do STJ está derogada pelo advento do novo Código, já que a mesma se baseava, para fixar o prazo de prescrição em 20 anos, diretamente na legislação civil, alterados os prazos de prescrição aquisitiva, já não mais vigora o verbete referido.

Respeitada a lógica interpretativa que inspirou a súmula antes referida, é de se prever que o prazo de apossamento administrativo passará a ser de 15 anos, nos casos em que o Estado tome para si propriedade alheia sem, no entanto, agregar-lhe obra pública ou benfeitoria. Exemplo disso podemos verificar, por exemplo, no caso das terras incluídas em parques nacionais ou, ainda, em terras inseridas em projeto de construção de lago artificial para fins de produção de energia onde o Estado, ao apossar-se delas, não o faz com o fito de edificar ou promover-lhes transformação.

Já nos casos em que o apossamento resulte em realização de obra de qualquer natureza, consideramos que, nesse caso preciso, o prazo de prescrição aquisitiva será o do parágrafo único do artigo 1.238 do CC/2003, visto que essa se caracteriza como “obras ou serviços de caráter produtivo”, que a lei civil entende como justificadores da mitigação do prazo. Essa também é a conclusão a que chega Marçal Justen Filho (2009, p. 1.117) ao aduzir que “em princípio, o apossamento administrativo de um bem imóvel privado por parte do Estado poderá ser reconduzido à disciplina do artigo 1.238, parág. único, do Código Civil, sempre que o imóvel houver sido efetivamente aplicado à satisfação de necessidades coletivas”.

Assim sendo, apesar de ainda não ter havido manifestação conclusiva do STJ a respeito do tema, consideramos inegável que o texto da súmula 119 deve ser reformulado, para incluir como prazos de prescrição, no caso de apossamento administrativo, os lapsos de 15 e 10 anos, a depender de se o Estado elaborou, ou não, obras no local referido, com relevância para a satisfação de necessidades coletivas.

7. Ressalva de direito intertemporal

É importante salientar, no entanto, que os prazos antes indicados sofrem alteração, com acréscimo de dois anos, tendo em vista o disposto no artigo 2.029 do atual Código Civil, que expressamente ressalva: “Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior”.

Assim, se o apossamento administrativo ocorreu entre os anos de 2003 e 2004, o lapso prescricional para a aquisição pelo Estado será de 17 e 12 anos, respectivamente, em relação à usucapião extraordinária ou ordinária.

Outra regra de direito intertemporal que não pode ser olvidada na aplicação da Lei Civil no campo do apossamento administrativo diz respeito ao disposto no artigo 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”.

Sendo assim, uma vez que houve a redução dos prazos relativos ao usucapião no novo diploma, os prazos continuarão sendo do Código Civil antigo caso tenham fluído em porção maior que a metade dos lapsos anteriormente fixado. Caso contrário, serão os da lei nova que valerão.

8. Conclusões

O objetivo deste artigo foi chamar a atenção da comunidade jurídica para a importância de se meditar a influência do novo Código Civil de 2002 em relação aos prazos de prescrição administrativa, especificamente no que tange à responsabilidade do Estado e, ainda, ao apossamento administrativo.

O artigo buscou destacar no tratamento da matéria uma ótica neoconstitucional, invocando em suas passagens os princípios albergados na Carta Maior como elementos fundantes de uma hermenêutica voltada à primazia da Constituição Federal.

Em seguida verificamos a recente mudança que vem sendo produzida, no ano em curso, na jurisprudência do STJ no que diz respeito ao prazo prescricional das ações de reparação contra o Estado, que teria deixado de ser de 5 anos, segundo o art. 1º do Decreto 20.910/32, posto que revogado pelo novo Código Civil, artigo 206, § 5º.

Verificamos que vários argumentos levam à contradição dessa tese: o fato de que não existe uma responsabilidade “civil” do Estado, e que esse termo, hoje, não revela a independência dos ramos do direito administrativo em relação ao direito privado. Vimos, ainda, que o pensamento de uma responsabilidade “civil” do Estado está atrelado à tradição histórica que vincula o direito civil à Revolução Francesa que, por sua vez, trouxe consigo a limitação do poder monárquico e lançou as bases para uma futura teoria da responsabilização do Estado. Por fim, concluímos que, se é assim, não existe superposição entre a lei civil e o Decreto nº 20.910/32 de modo que, de fato, o conflito normativo se dirimiria pela invocação da lei da especialidade.

No que diz respeito ao apossamento administrativo, concluímos que nessa seara existe, de fato, uma lacuna legislativa que autoriza, de fato, a aplicação analógica do estatuto civil e, ainda, observamos que a Súmula 119 do STJ foi revogada pelos novos prazos introduzidos por esse novo diploma.

Por fim, findamos por verificar que, mantidos os mesmos critérios que levaram a Corte Superior de Justiça à edição do referido verbete, os novos prazos para que se dê o apossamento administrativo são de 15 anos e de 10 anos, esse último no caso do Poder Público haver feito modificações e benfeitorias no local que estejam conforme o interesse público. Advertência deve ser feita a respeito do cálculo desses, caso o ato tenha sido praticado na fase de transição entre a vigência do Código antigo e do novo, para que estejam adequados às normas de direito intertemporal previstas nos artigos 2.028 e 2.029 do CC/2002.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritebilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-47, jan./abr. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ENTRE ASPAS

CUNHA, José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico – as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKING, Ronald. Taking rights seriously. London: Duckworth, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PADARATZ, Cláudia. Repensando a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública sob a ótica do interesse público. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/repensandofazenda.doc> . Acesso em 24 jun. 2011.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. V. I – Parte Geral. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

Notas _____

1. Sobre o tema, vide como referência a obra de Duarte e Pozzolo (2006).