

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

MARIANE MARTINS PESCADOR

**O PRAZO PRESCRICIONAL PARA A FAZENDA PÚBLICA NOS CASOS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO DA DIVERGÊNCIA
ENTRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 206, §3º, V DO CÓDIGO CIVIL DE
2002 E O DECRETO Nº 20.910/1932.**

CRICIÚMA, JUNHO 2011

MARIANE MARTINS PESCADOR

**O PRAZO PRESCRICIONAL PARA A FAZENDA PÚBLICA NOS CASOS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO DA DIVERGÊNCIA
ENTRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 206, §3º, V DO CÓDIGO CIVIL DE
2002 E O DECRETO Nº 20.910/1932.**

Monografia de Conclusão de Curso, apresentada para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador (a): Prof^a. Rosangela Del Moro

CRICIÚMA, JUNHO 2011

MARIANE MARTINS PESCADOR

**O PRAZO PRESCRICIONAL PARA A FAZENDA PÚBLICA NOS CASOS DE
RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO DA DIVERGÊNCIA ENTRE A
APLICAÇÃO DO ARTIGO 206, §3º, V DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O DECRETO Nº
20.910/1932.**

Monografia de Conclusão de Curso aprovada pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Civil.

Criciúma, junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Professora Rosangela Del Moro – Esp. – UNESC – Orientador (a)

Professor Fabrizio Guinzani – Esp. – UNESC

Professor Mauricio Muriack de Fernandes e Peixoto – MSc. – UNESC

A Deus, pelo fôlego da vida e o amor incondicional
que me presta.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, simplesmente pela minha vida e pela minha total dependência dele.

Imprescindível agradecer aos meus pais, Francisco e Iria, por sempre estarem ao meu lado e por acreditarem na minha capacidade quando eu nem mais acreditava, foi pelo amor com que vocês me dedicaram que me tornei o que sou.

A minha irmã Isabelle, pelos momentos de distração de que tanto necessitei durante esse período, por ensinar a lutar pelo que eu acredito e não deixar me abater.

As minhas amigas irmãs, Maiara e Sofia, que em todos os momentos estiveram ao meu lado, grande parte do que sou devo a elas. Obrigada pela sinceridade e pelo amor de sempre.

Às amigadas verdadeiras e eternas que me acompanharam ao longo de todo percurso, que em meio a provas, trabalhos, e estresse acadêmico, venceram comigo todos os obstáculos encontrados, jamais perdendo o bom humor e a piada. Nunca esquecerei as alegrias que compartilhamos, em especial no canto do fundo esquerdo da sala.

Aos companheiros da prática jurídica, em que pude ter a real dimensão do direito, em especial aos mais que colegas, e sim amigos, da Procuradoria Geral do Município de Criciúma.

Sou grata a minha orientadora, professora Rosangela, pelo seu tempo e dedicação despendidos ao longo de um ano, por acreditar e por me acalmar quando necessário.

Muito obrigada, da mesma forma, a todos os membros do corpo docente da UNESC, que contribuíram para minha formação profissional e pessoal, especialmente aos professores Fabrizio e Mauricio, que aceitaram gentilmente meu convite para participar da banca examinadora.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, estiveram presentes, em silêncio ou não, me emprestando seus conhecimentos, admiraram meu esforço e torceram pelo meu sucesso. Muito obrigada a todos!

“Se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo.”
Celso Antonio Bandeira de Mello

RESUMO

O presente trabalho examina a nova sistemática no tratamento do instituto da prescrição ao fazer uso da prescrição nos casos de ação de responsabilidade civil contra a Fazenda Pública. O objetivo geral é estudar a antinomia entre o disposto o artigo 206, §3º, V Código Civil de 2002 e no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, e suas aplicações. A fim de maior aprofundamento o trabalho foi dividido em três partes principais. O primeiro capítulo trata do instituto da prescrição, através de um relato histórico de seu desenvolvimento, verificando a importância do tempo nas relações jurídicas, conceituando a prescrição e a decadência e as diferenciando. O segundo capítulo trata da responsabilidade civil através de uma abordagem histórica, seu conceito, espécies, elementos e excludentes de responsabilidade. Por fim o terceiro capítulo analisa a Fazenda Pública em juízo, trazendo suas prerrogativas processuais e materiais, bem como as ações de responsabilidade civil movidas contra a Fazenda Pública, a o regime jurídico da prescrição especial para o Estado e por fim a aplicação da prescrição das ações de reparação de dano contra a Administração Pública, analisando os posicionamentos favoráveis a aplicação trienal ou quinquenal da prescrição. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, em um tipo de pesquisa qualitativa, teórica com o uso de material bibliográfico e documental legal. Constatou-se que quando redigido, o Decreto nº 20.910/32 procurou dar tratamento mais benéfico as pessoas jurídicas de direito público ao prever a prescrição quinquenal, tendo em vista que o Código Civil de 1916 presumia a prescrição vintenária. O ordenamento jurídico brasileiro contém diversos mecanismos protetivos a Fazenda Pública, justificado na existência do Estado se dar pela busca do interesse geral, bem como a motivação do Decreto nº 20.910/32 foi proteger a Fazenda Pública, assim deve-se levar em consideração a vontade do legislador ao editar referido Decreto.

Palavras-chave: Prescrição. Responsabilidade civil. Fazenda Pública. Prazo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRESCRIÇÃO: HISTÓRIA, CONCEITO, APLICAÇÃO	12
2.1 Desdobramentos históricos acerca do instituto da prescrição	12
2.2 A aplicação da lei no tempo e a inércia do titular do direito	15
2.3 Conceito e natureza do instituto da prescrição com o advento do Código Civil de 2002	17
2.4 Conceito e natureza do instituto da decadência	27
3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	30
3.1 Histórico da responsabilidade civil	30
3.2 Conceito de responsabilidade civil	33
3.3 Espécies de responsabilidade civil	35
3.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva	35
3.3.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	39
3.4 Requisitos da responsabilidade civil.....	41
3.4.1 Ação.....	42
3.4.2 Dano	44
3.4.3 Nexo Causal.....	46
3.4.4 Culpa	47
3.5 Excludentes da responsabilidade civil.....	48
4 FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E A PRESCRIÇÃO A SER ALEGADA	52
4.1 O poder público em juízo e suas prerrogativas.....	52
4.2 Pretensão de responsabilidade civil movida contra a Fazenda Pública	59
4.3 O regime jurídico da prescrição aplicado a Fazenda Pública	64
4.4 Aplicação da prescritibilidade em ações de reparação de dano contra a Administração Pública.....	67
4.4.1 Posicionamentos favoráveis a aplicação da prescrição quinquenal para a Fazenda Pública	68

4.4.2 Posicionamentos favoráveis a aplicação da prescrição trienal para a Fazenda Pública	71
5 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

A prescrição se apresenta como um dos temas mais importantes do Direito, eis que constitui uma das primeiras barreiras a ser vencida por quem pretende ingressar em juízo, sendo de grande importância no meio jurídico garantindo segurança e um meio de desafogar o Poder Judiciário, que encontra-se saturado com ações que versam sobre direitos já adquiridos ou prescritos pelo lapso temporal.

Objetivar-se com o presente trabalho verificar o prazo prescricional aplicável a Fazenda Pública quando em decorrência de casos de responsabilidade civil, no tocante a pretensões pessoais a serem exercidas contra o Poder Público.

No intuito de alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método dedutivo e fez-se uso de pesquisa bibliográfica, leitura de doutrinas e pesquisa de jurisprudências a respeito do assunto, a fim de verificar o entendimento adotado na aplicação da prescrição nos casos de responsabilidade civil contra o Estado.

O primeiro capítulo versará sobre o instituto da prescrição com um relato histórico da sua criação, a influência e a aplicação do tempo nas relações jurídicas, o conceito e embasamento jurídico da prescrição, e por fim a diferenciação do instituto da prescrição e da decadência.

Após, o segundo capítulo trará um estudo acerca da responsabilidade civil, relatando a necessidade de sua criação a fim de garantir a subsistência e sobrevivência dos homens em forma de grupo, após passar-se-á a conceituação do instituto, sendo as suas espécies descritas e explanadas, bem como os requisitos para sua configuração, e ainda as excludentes, que limitam o nexo causal, impedindo a configuração da responsabilidade civil.

Por fim, o terceiro capítulo abrangerá o comportamento da Fazenda Pública em juízo, trazendo as prerrogativas incidentes sobre ela. Ainda se fará a ligação com os capítulos anteriores acerca das ações de responsabilidade civil movidas contra a Fazenda Pública, e do regime jurídico de prescrição aplicável ao Estado, e por último o prazo prescricional a ser utilizado especificamente nos casos de responsabilidade civil.

Neste contexto, há a grande discussão perante a doutrina do prazo prescricional a ser aplicado para a Fazenda Pública nos casos de responsabilidade civil. O prazo trienal codificado no artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil, lei geral, ou o prazo quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/1932, lei especial.

Assim de suma importância o instituto e sua análise, pois a sua pacificação garantirá o decurso de tempo para o titular do direito se manifestar acerca de sua pretensão.

2 PRESCRIÇÃO: HISTÓRIA, CONCEITO, APLICAÇÃO

O presente capítulo tratará acerca do instituto da prescrição através de um relato histórico de seu desenvolvimento até alcançar o patamar em que se insere atualmente, conceituando-o e demonstrando seus fundamentos e aplicação.

2.1 Desdobramentos históricos acerca do instituto da prescrição

A origem do vocábulo prescrição está na língua latina, conforme traduzem Martins e Figueiredo (2002, p. 14), e deriva da junção dos vocábulos *prae* e *scribere*, o que significa escrever antes, pré-escrever, mas a origem do instituto ocorreu no Direito Romano. No direito romano primitivo as ações eram perpétuas podendo se recorrer a elas a qualquer momento e tempo, surgindo somente no direito pretoriano a idéia de prescrição (RODRIGUES, 2005, p. 326).

Martins e Figueiredo (2002, p.14) relatam a exata época do nascimento desse instituto: “Ocorre que, a partir do ano 520 de Roma, a Lei Ebutia passou a determinar um prazo para as ações temporárias, em contraposição às ações de direito quirritário, que eram perpétuas”.

O pretor era encarregado de designar o juiz do julgamento da ação, já predeterminando a orientação e as diretrizes pelas quais o magistrado nomeado deveria julgar, dando-se o nome de fórmula a esta orientação. Com a entrada em vigor da Lei Ebutia, em nota introdutória, a fórmula, o pretor já adiantava que se o prazo da ação houvesse sido extinto o magistrado não entraria no mérito da lide, e o réu seria absolvido (MARTINS e FIGUEIREDO, 2002, p. 14).

Discorrendo sobre o tema explica Santana (2002, p.18):

Infere-se, pois, pela própria etimologia da palavra prescrição que a mesma poderá representar a ciência jurídica *escrever antes*, *escrever na parte anterior* ou *escrever em primeiro lugar*. Portanto, prescrição, ou para os romanos *praescriptio*, era a inscrição feita pelo pretor na parte inicial da fórmula

conferindo ao réu um meio de defesa em razão da inércia do autor da ação durante o tempo fixado nos éditos ou leis. [grifo no original]

Na época imperial prevalecia a idéia que as ações reais sobre bens móveis prescreveriam quando não houvessem sido propostas dentro de dez anos entre presentes, e vinte anos, entre ausentes, sendo chamada *praescriptio longum tempus*, mas após, uma Constituição de Teodósio, foi determinado que todas as ações, sem distinções, prescreveriam em trinta anos, sendo a prescrição *longissimum tempus* (RODRIGUES, 2005, p. 326).

De outro lado somente na época do império de Justiniano estabeleceu-se a dualidade conceitual conhecida hoje, tendo o imperador e legislador romano dividido o instituto prescricional em aquisitivo e extintivo: uma como fator aquisitivo de propriedade e outra como fator liberatório de uma obrigação pelo decurso do tempo (MARTINS e FIGUEIREDO, 2002, p. 15).

Na Idade Média, época que o direito canônico exercia grande influência, o instituto em comento foi restringido, haja vista que para os clérigos, um criminoso que ficasse sem punição, ou devedores livres de seus ônus, iria contra os princípios do catolicismo (MARTINS e FIGUEIREDO, 2002, p. 15).

No direito pátrio o instituto da prescrição foi codificado em 1850, através do Código Comercial de 1850, que em seu artigo 442¹ tratava que ações sobre obrigações comerciais prescreveriam dentro de 20 anos, que foi revogado pelo Código Civil de 2002. Pontes de Miranda (2000, p. 136) leciona que os prazos do Código Comercial de 1850 corresponderiam a uma concepção de vida ultrapassada, sendo que o mesmo já se poderia dizer dos prazos expostos no Código Civil de 1916.

Posteriormente o Código Civil de 1916, no terceiro livro da Parte Geral, denominado “Dos Fatos Jurídicos”, veio trazendo disposições gerais, causas que impediriam ou suspenderiam a prescrição, as causas que a interromperiam, e ainda os prazos prescricionais.

Neste Código não houve uma preocupação em distinguir decadência e prescrição, e conforme explica Rodrigues (2005, p. 329) não se falava em decadência

¹ Art. 442 - Todas as ações fundadas sobre obrigações comerciais contraídas por escritura pública ou particular, prescrevem não sendo intentadas dentro de 20 (vinte) anos. (BRASIL, 2011-B)

ou caducidade de direitos, somente se referindo ao termo prescrição. Reale (2005, p.89), supervisor da comissão elaboradora do Código Civil brasileiro de 2002, acerca da exposição de motivos do anteprojeto, relata que durante anos a fio a doutrina e jurisprudência tentaram em vão distinguir os institutos, sendo adotado às vezes, em um mesmo Tribunal, teses conflitantes, gerando grave dano para a Justiça e assombro das partes.

O intelectual do Código Civil de 1916 não utilizou de grandes preceitos, ou conceitos, quando normatizou o instituto, haja vista que unânime a doutrina pátria em afirmar que controvérsias sempre rondaram a aplicação da prescrição.

Conforme assinalam Martins e Figueiredo (2002, p.13) na vigência do Código Civil de 1916 houve grande contestação doutrinária a respeito de qual objeto se extingue com a prescrição, o direito ou a pretensão, porém doutrinadores, como Câmara Leal (apud Martins e Figueiredo; 2002, p. 13), posicionaram-se no sentido de, o Código Civil de 1916, falar em extinção da pretensão, sendo mantido esse entendimento no Código Civil de 2002 ao propugnar a extinção da pretensão.

Acerca dos prazos prescricionais o Código Civil de 1916 estabelecia, em seu artigo 177 (BRASIL, 2011-C), como regra geral: “Art. 177 As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.”.

Assim até a edição do Código Civil de 2002 o instituto da prescrição encontrava sua regra geral prevista no Código Civil de 1916, no artigo 177, sendo vinte anos para as ações pessoais, dez anos entre presentes, e quinze anos entre ausentes, já os prazos específicos encontravam guarida no artigo 178.

Acerca de regras específicas inúmeros Decretos e Leis foram editados após o Código Civil de 1916 afim de disciplinar a matéria. A começar pelo Decreto nº 20.910/1932 que regulou a aplicação da prescrição quinquenal a Fazenda Pública em dívidas de qualquer natureza, e o Decreto-Lei nº 3.365/1941 reforçou ainda o conteúdo do anterior ao declarar que extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público em caso de

desapropriação por utilidade pública, e muitos outros que foram editados a fim de regularem prazos prescricionais específicos.

Sobre o projeto do Código Civil de 2002, assim expõe Reale (1999, p. 13) acerca da mudança trazida pela nova codificação:

É difícil enumerar todas as inovações trazidas pelo Projeto, desde uma rigorosa separação entre prescrição e decadência, aquela disciplinada na Parte Geral, e esta prevista em cada caso ocorrente – em conexão com o artigo que lhe diz respeito. Desse modo, fica superada de vez a interminável dúvida sobre se determinada disposição é de prescrição ou de caducidade.

Com a aprovação do atual Código Civil (2002) um novo posicionamento acerca do instituto prescricional é determinado.

2.2 A aplicação da lei no tempo e a inércia do titular do direito

O tempo está intimamente relacionado com o Direito, em todos os campos, na vigência temporal das leis, ou ainda no decurso do mesmo nas relações jurídicas. Esta temporalidade do vigor das normas brasileiras encontra-se disciplinada no artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 2011-F), anteriormente conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil, ementa alterada pela Lei nº 12.376/2010:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

O tempo, conhecido e vivido pela sociedade, via de regra, rege as relações humanas, sendo dele todos dependentes, não diferente seria na seara jurídica.

Conforme explana Venosa (2007-A, p. 522) “O tempo é fato jurídico, acontecimento natural.”.

Descreve Kohler (1891 apud Bevilacqua 1949, p.369) acerca das relações de direito e o tempo:

A regulamentação das relações opera-se de accôrdo com as circumstancias e os acontecimentos de um determinado tempo, vive nelles e com elles se tece, uma separação subitanea do direito ambiente, uma fragmentação da esphera jurídica, não é coisa necessaria ao progresso; dahi o principio: o que se manteve durante serto tempo pôde tornar-se direito.(sic)

Acerca do efeito do tempo nas relações jurídicas Pereira (2002-A, p. 433) relata que de um lado, e seguido de outros fatores, o tempo é causa da aquisição de direitos, quando torna inatacável e inabalável a situação que o titular vem exercendo continuamente (prescrição aquisitiva), ou conduz à extinção da relação jurídica, que não exercida por certo período, em razão da inércia do titular (prescrição extintiva). E, finalmente, institui o requisito de validade de alguns direitos, que somente podem ser exercidos dentro de certo prazo, sob pena de perecerem (decadência ou caducidade).

Sendo assim, por prescrição aquisitiva entende-se o usucapião, gerido integralmente pelo decurso do tempo, a fim de haver uma incorporação patrimonial a pessoa que dele desfruta. Em sua vez o indivíduo que deixa de exercer uma ação que resguardava um direito, subjetivo, e perde o benefício de utilizá-lo, insere-se no rol da prescrição extintiva. Válido o ressalte que o tempo ou constitui um direito, ou elimina a pretensão que o constituiria.

Assim o instituto de prescrição trabalha a relação tempo *versus* exercício de direitos, sendo extinção de via judicial, de direito material, quando houver inércia do titular deste no prazo legal, sendo causa eficiente da prescrição e decadência a soma da inércia com o lapso temporal.

Ao tratar sobre o tema prescrição e decadência, ensina Rodrigues (2005, p. 323) acerca do tempo:

Aqui encontramos a influência do elemento *tempo* no âmbito do direito. Nessa matéria, mais do que em qualquer outra relação jurídica, a interferência desse elemento é substancial, pois existe um interesse da sociedade em atribuir

juridicidade àquelas situações que se prolongaram no tempo. De fato, dentro do instituto da prescrição, o personagem principal é o tempo. [grifo no original]

Por inércia do titular de direito entende-se como o não exercício da ação, demonstrando desinteresse por parte desse titular, não merecendo proteção do ordenamento jurídico. Entende ainda Rodrigues (2005, p. 328) que indispensável essa atitude para a consumação da prescrição. Defere-se então que a não utilização da faculdade de exercer a pretensão, em prazo previsto em lei, é elemento necessário para a configuração da prescrição. A pretensão prescreve pela inércia, pelo silêncio, durante o prazo (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 173).

Martins e Figueiredo (2002, p. 09) lecionam que a inércia é fenômeno subjetivo e voluntário e o tempo fenômeno objetivo e fato jurídico *sticto sensu*, ambos funcionando juntos operam como agentes extintivos de direitos.

O tempo reflete em diversas situações ao titular de um direito, no sentido aquisitivo ou na condução da extinção de uma relação jurídica, esta passar-se-á a verificar com o estudo da aplicação da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro atual a seguir.

2.3 Conceito e natureza do instituto da prescrição com o advento do Código Civil de 2002

O instituto da prescrição é de direito positivo (MIRANDA, 2000, p. 135) e inclui-se no rol dos institutos jurídicos que mais suscitaram discussões filosóficas e divergências doutrinárias em todos os tempos (MARTINS e FIGUEIREDO, 2002, p. 15).

O autor intelectual do Código Civil de 1916 ilustrou que prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo (BEVILAQUA, 1949, p. 370).

Em comentário a tal conceito Rodrigues (2005, p. 324) afirma que três elementos conduzem a prescrição da visão de Bevilacqua, a inércia do credor ante a

violação de seu direito, por um período de tempo fixado em lei, conduzindo a perda da ação de que todo direito vem munido, privando-o de capacidade defensiva.

Para Venosa (2007-A, p. 522) a prescrição extintiva conduz a perda do direito de ação por seu titular negligente, ao fim de certo lapso de tempo, e pode ser encarada como força destrutiva.

Acrescentando ao conceito exposto acima Martins e Figueiredo (2002, p. 37) afirmam ainda que a prescrição se consolidará somente quando não ocorrerem causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas.

Para Diniz (2005, p. 375):

A violação do direito subjetivo cria para o seu titular a pretensão, ou seja, o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a pretensão devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado, dentro de um prazo legal (art. 205 e 206 do CC). Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma sanção adveniente, que é a prescrição.

Ao longo das décadas várias formas de se justificar a prescrição surgiram, mas a fim de se estabelecer a finalidade de determinado instituto, dependente é da identificação do fator que realmente determinou a sua instituição, tendo isso em vista constatado que segundo a vontade de legisladores e os princípios de regem o direito motivou-se pela busca da paz social, bem como da estabilidade e segurança dos direitos (MARTINS e FIGUEIREDO, 2002, p. 12).

Ilustra Rodrigues (2005, p. 327) acerca do fundamento da prescrição ao relatar que:

A maioria dos escritores, entretanto, fundamenta o instituto no anseio da sociedade em não permitir que demandas fiquem indefinidamente em aberto; no interesse social em estabelecer um clima de segurança e harmonia, pondo termo a situações litigiosas e evitando que, passados anos e anos, venham a ser propostas ações reclamando direitos cuja prova de constituição se perdeu no tempo.

É, pois, na paz social e na estabilidade e consolidação dos direitos, que se funda a prescrição. Vale dizer que, embora haja interesse do devedor na prescrição,

mais direito é o da sociedade, pois ela representa elemento de estabilidade jurídico social (MARTINS e FIGUEIREDO, 2002, p. 16).

Por ser instituto de interesse social muito se questionou acerca do requisito de boa fé a fim de se consolidar esse instituto. Tal dúvida era cabível no direito pré-codificado, porém no estado atual do nosso direito tal requisito não se mostra necessário como condição de invocar a prescrição extintiva, que opera independente da boa-fé do prescribente (PEREIRA-A, 2002, p. 438).

O Código Civil de 2002 em seu artigo 189 (BRASIL, 2011-J), que inicia o Título IV – Da prescrição e decadência assim disciplina: “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.”

Ao comentarem o artigo supracitado Nery Junior e Nery (2008, p. 374) assim conceituam o instituto da prescrição:

Prescrição. Conceito. Causa extintiva da pretensão de direito material pelo não exercício no prazo estipulado pela lei. O texto da lei é claro ao dar como objeto da prescrição a pretensão de direito material e não a ação, de modo que a classificação e a conceituação de prescrição e decadência apresentadas por Câmara Leal, restaram superadas pelo direito positivo vigente.

Para se chegar a idéia de que a prescrição atinge a pretensão e não o direito a ação em si, longo caminho foi percorrido (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008-A, p. 456).

Quando da elaboração do Código Civil de 2002 houve uma preocupação em solucionar o problema terminológico em saber se prescreveria a ação ou a pretensão, preferindo-se a segunda, por ser a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que já superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos (REALE, 2005, p. 89).

O objeto da força destrutiva da prescrição é, portanto a pretensão. Acerca desse vocábulo importante a explicação de Nery Junior e Nery (2008, p. 374):

Nasce a pretensão com a violação do direito e o titular pode exigir uma prestação do devedor. Assim, as pretensões condenatórias de indenização, de perdas e de danos (materiais 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 de preço por vício redibitório (ação *quantum minoris*) etc., todas essas sujeitam-se a prazos de exercício que são de prescrição.

Sendo que, via de regra, a prescrição não atinge somente a ação, mas sim a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão, e pois, do direito, tanto quanto a ação como do exercício do direito, portanto a prescrição concerne a toda eficácia da pretensão, portanto à pretensão e à ação (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 137).

Por fim, explica acerca do embate entre ação e pretensão, Freitas (2003, p. 34):

Quanto ao campo de incidência, que é o critério clássico, dizemos que a prescrição atinge a ação e, por via indireta, faz desaparecer o direito; o que perece é a ação. Na decadência o que perece é o direito. Hoje, na verdade, diz-se que a prescrição extingue a pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio – o direito violado dá origem à pretensão.

Assim tem a prescrição por objeto a pretensão à prestação devida em razão de um descumprimento legal ou obrigacional, que gera o direito para obter a tutela jurisdicional, por ser uma exceção oposta ao exercício da ação, em seu sentido material, com o intento de extingui-la perante a inércia do titular no prazo (DINIZ, 2005-A, p. 376).

Neste contexto ressaltam Martins e Figueiredo (2002, p. 17) que para compreensão da natureza jurídica da prescrição, necessário é diferenciar ação e direito:

É válido dizer que, a princípio, a lei e o fato que lhe dá nascimento, são os fatores geradores do direito. Uma vez adquirido um direito, pela verificação do fato e pela existência da lei, o seu titular adquire também uma faculdade de agir (*facultas agendi*), para o exercício de seu direito, desde que não atue de maneira ilícita.

Assim a prescrição não atingirá o direito a ação, que sempre existirá, mas sim a pretensão que surge desse direito violado.

Ainda em análise ao artigo 189 do Código Civil de 2002, tem-se que de dois momentos distintos da pretensão o legislador utilizou, seja primeiro o nascimento da

mesma que ocorre com a violação do direito subjetivo e segundo com a sua extinção quando ocorre o decurso do prazo prescricional.

Sobre o início do prazo prescricional Cahali (2008, p. 35) retrata que o mesmo se verifica com o nascimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo, momento a partir do qual a ação poderia ter sido proposta.

Verifica-se que a partir do nascimento da pretensão na contagem de prazos de prescrição e decadência prevalece o princípio que exclui o dia do começo e inclui o do vencimento. Assim explica Cahali (2008, p. 37):

Quando o prazo é contado por ano, aplica-se o disposto na art. 1^o da Lei 810, de 1949, ou seja os doze meses do ano se contam do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte; e se entende que, pelo calendário comum, considera-se 'ano' um período de doze meses, contado de certo dia do mês à véspera do dia idêntico daquele mês no ano seguinte, e não de 365 dias, motivo pelo qual é irrelevante que se trate de ano bissexto.

Após conceituar a prescrição o Código Civil de 2002 trouxe em seu artigo 191³ a relação do instituto com a renúncia do mesmo. Por renúncia entender-se-ia como a desistência de invocar a prescrição.

Ora, a renúncia não pode ser antecipada, ou seja, não pode renunciar-se a prescrição até que o prazo se inicie, pois se houvesse essa possibilidade o instituto perderia sua finalidade de estabilizar o direito (VENOSA, 2007-A, p. 632).

A renúncia tácita que prevê o ordenamento legal brasileiro tem vez quando o renunciante pratica atos que não podem ter outro significado senão de renúncia. Para ser admitida, necessário é a perquirição dos motivos íntimos que teriam induzido o devedor a prática de qualquer das formas de renúncia, sendo que por sua própria natureza, que seria o despojo de um direito pelo renunciante, se equivaleria a uma confissão, portanto devendo ser interpretada bem como é feita, e o magistrado não poderia ampliá-la ou restringi-la fora dos termos em que tiver se verificado (CAHALI, 2008, p. 45).

² Art. 1^o Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte. (BRASIL, 2011-G)

³ Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição. (BRASIL, 2011-J)

Acerca do momento em que pode ser alegada a prescrição, em inteligência ao artigo 193 do Código Civil de 2002, pode ser declarada em qualquer grau de jurisdição. Venosa (2007-A, p. 535) traduz o entendimento do presente artigo:

O dispositivo menciona 'qualquer instância', isto é, qualquer grau de jurisdição, podendo, portanto, a prescrição ser alegada em grau de recurso. Pode ser alegada em qualquer estado de causa. Será inadmissível, porém, em recurso extraordinário, se não tiver ocorrido pré-questionamento da questão, pois o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não conhecem de questões que não tenham sido apreciadas na justiça local (Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal).

Com o advento da Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, a prescrição se tornou passível de reconhecimento de ofício pelo juízo. Assim trazem Nery Junior e Nery (2007, p. 469):

Prescrição. Decretação de ofício. O regime jurídico da prescrição (o que é, quais os prazos, quando se interrompe ou se suspende etc.) é dado pelo CC. Seu reconhecimento em juízo, vale dizer, em processo ou procedimento judicial, é regulado pelo CPC. A prescrição é sempre de ordem patrimonial e, pela nova sistemática da L 11280/06, o juiz deve pronunciá-la de ofício. A norma é imperativa e não confere faculdade ao juiz para reconhecer a prescrição de ofício, mas o obriga a pronunciá-la *ex officio*.

A prescrição nunca pôde ser decretada de ofício pelo juiz, mas a fim de imprimir maior celeridade ao processo a Lei nº 11.280/2006 alterou o texto do §5º do art. 219⁴ do Código de Processo Civil de 1973, para dispor que o juiz pronunciará de ofício a prescrição, mas para Theodoro Junior (2008, p. 328) a sistemática da prescrição é própria do direito material, sendo que via de regra não haveria como fazer a vontade do juiz passar por cima da autonomia da vontade das partes, quando o que estaria em debate seria um direito potestativo de livre disposição do respectivo titular.

A fim de que ocorra a prescrição necessário a ausência de algum fato ou ato que a lei confira eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva de curso prescricional.

⁴ Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. (BRASIL, 2011-H)

Venosa (2007-A, p. 536) assim relata acerca das causas em que não ocorre a fluência do prazo prescricional: “O impedimento e a suspensão da prescrição fazem cessar, temporariamente, seu curso. Uma vez desaparecida a causa de impedimento ou superada a causa de suspensão, a prescrição retoma seu curso normal, computado o tempo anteriormente decorrido, se este existiu.”

Assim define Diniz (2005-A, p. 382) acerca das causas impeditivas da prescrição:

As causas impeditivas estão arroladas nos arts. 197, I a III, 198, I e 199 I e II, do Código Civil, que se fundam no *status* da pessoa, individual ou familiar, atendendo as razões de confiança, amizade e motivos de ordem moral. Assim não corre a prescrição entre cônjuges na constância da sociedade conjugal; entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela; contra os absolutamente incapazes.

Incide, portanto, como causa impeditiva de começo de contagem de prazo prescricional as relações cultivadas com vínculos afetivos mais extensos, a fim de não haja uma desconfiança quando na constância das mesmas.

Já acerca das causas suspensivas define Diniz (2005-A, p. 383):

As causas suspensivas são as mencionadas nos arts. 198, II e III, e 199, III, do Código Civil, ante a situação especial em que se encontram o titular e o sujeito passivo ou devido a circunstâncias objetivas. De forma que suspensa estará a prescrição: contra os ausentes do Brasil em serviço da União, dos Estados e Municípios e os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra. Essas duas causas podem transformar-se em impeditivas se a ação surgir durante a ausência ou serviço militar temporário. Se pender ação de evicção suspende-se a prescrição em andamento; somente depois de ela ter sido definitivamente decidida, resolvendo-se o destino da coisa evicta, o prazo prescricional volta a correr. Se a prescrição for suspensa em favor de um dos credores solidários, só aproveitarão os demais se a obrigação for indivisível (CC, art. 201).

As causas interruptivas da prescrição são as que inutilizam a prescrição iniciada, de modo que o seu prazo recomeça a correr da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo que a causou. Para Monteiro (2003, p. 343):

Verificada alguma causa interruptiva, perde-se por completo o tempo transcorrido precedentemente; esse tempo fica inutilizado para o prescribente,

por inteiro, não sendo de modo algum considerado na contagem o primeiro lapso de tempo, que fica perdido, sacrificado.

Após a vigência do Código Civil de 2002, a interrupção só pode ocorrer uma vez a fim de que protelações abusivas não ocorram. Os atos hábeis a provocar a interrupção da prescrição encontram-se fundamentados no artigo 202 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011-J):

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Conforme explica Cahali (2008, p. 99):

A indicação das causas interruptivas da prescrição diz respeito ao direito material: se a este compete estatuir as causas de extinção do direito, da pretensão e da ação, devidas à omissão do titular no prazo que a lei assinala, compete-lhe igualmente a indicação dos atos que, representando exercício do direito subjetivo, da pretensão e da ação, põem termo aos efeitos extintivos que decorreriam de sua omissão.

A fim de distinguir a interrupção e a suspensão, assim leciona Pereira (2002-A, p. 447):

A diferença essencial entre a interrupção e a suspensão é que nesta a prescrição continua a correr, computando-se o tempo anteriormente decorrido, enquanto que naquela o tempo já escoado fica inutilizado; recontando-se o prazo por inteiro a partir da causa interruptiva

Acerca dos prazos prescricionais Pereira (2002-A, p. 442) define que a prescrição resulta de um decurso de tempo, sendo fixado o momento inicial e o momento final do seu curso, sendo o tempo que medeia entre um e outro chamado de prazo da prescrição.

Quando da edição do Código Civil de 2002, na matéria de determinação de prazos, foi optado por um critério de simplificação e redução para 10 anos do prazo prescricional geral em contraponto com o de 20 anos do Código Civil de 1916, longo quando analisado sob o prisma da facilidade de comunicação nos tempos modernos (DINIZ-A, 2005, p. 388).

A fim de explicar a redução do prazo prescricional geral, Pereira (2002-A, p. 443) assim relata:

Na época do avião a jato e da ruptura da barreira do som, das telecomunicações instantâneas e da informação fácil não mais se justifica mantenha-se aparelhada toda a ordem jurídica na proteção da inércia do credor por todo um tempo de 20 anos, Por isso a prescrição ordinária reduziu-se de 10 anos. Não haveria mais direito que sobrevivesse a um decênio de inatividade de seu titular, diante de uma situação que lhe seja contrária.

O artigo 205 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011-J) assim disciplina: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Assim Diniz (2005-A, p. 389) explica relatado prazo:

Tal prescrição é denominada ordinária ou comum, sendo seu prazo decenal, tanto para as ações pessoais como para as reais, alusivas ao patrimônio do titular da pretensão, pois ambas são patrimoniais. Trata-se de prazo subsidiário, aplicável quando a lei não estabelecer prazo menor para a pretensão ou exceção.

Não mais há distinção entre as ações reais e ações pessoais no que tange aos prazos prescricionais, sendo aplicável o prazo ordinário de dez anos, conforme explica Cahali (2008, p. 144): “Portanto quer sejam pessoais as ações, quer sejam reais, sujeitam-se elas à mesma limitação prescricional temporal do citado art. 205, que pré-exclui, ao mesmo tempo, qualquer prescrição que seja superior a dez anos”.

Já o artigo 206 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011-J) alude as situações em que prazos especiais irão correr.

Art. 206. Prescreve:
§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

Em comento aos prazos prescricionais especiais Diniz (2005-A, p. 389) traz:

Mas há casos de prescrição especial, para os quais a norma jurídica estatui prazos mais exíguos, pela conveniência de reduzir o prazo geral para possibilitar o exercício de certos direitos. Esse prazo pode ser anuo, bienal, trienal, quatrienal e quinquenal (CC, art. 206, §§ 1º a 5º).

Nos casos dispostos no artigo 206 do Código Civil de 2002, aplicável será os prazos especificados, sendo assim, só nos casos em que a lei não lhe haja fixado prazo menor correram o prazo ordinário de dez anos.

Vale-se de regra geral que todas as ações são prescritíveis, porém tal regra não é absoluta. Existem relações jurídicas que por sua própria natureza são incompatíveis com o instituto prescricional, sejam eles: direito a personalidade, vida, honra, nome, liberdade e nacionalidade. Não podem ainda os bens públicos serem adquiridos através de prescrição aquisitiva, conforme artigo 191 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ainda são imprescritíveis os denominados direitos facultativos ou potestativos, sendo exercício facultativo que persiste enquanto perdura a situação jurídica (VENOSA, 2007-A, p. 526)

Para uma melhor compreensão do assunto, necessário se faz uma abordagem do instituto da decadência.

2.4 Conceito e natureza do instituto da decadência

Para Cahali (2008, p. 22) o Código Civil de 1916 restou omissivo, ao não cuidar de maneira expressa da decadência, ao não aparecer a palavra em si, persistiu em equívocos do direito anterior, sendo englobadas indiscriminadamente as causas devidas à fluência do tempo, aparecendo todas sob a denominação genérica de prescrição, unificadas no mesmo capítulo e subordinadas a um tratamento pacificado.

O Código Civil de 1916 foi relapso quanto a distinção entre o instituto da prescrição e decadência, sendo ambos tratados por prescrição, restando a doutrina distingui-los, sendo que as principais diferenciações foram abrangidas pelo Código Civil de 2002.

O elemento diferenciador, para a doutrina dominante a época do Código Civil de 1916, estava na incidência de cada um dos institutos, sendo que a prescrição atingia diretamente a ação e por via oblíqua fazia desaparecer o direito por ela tutelado e a decadência realizava o caminho inverso ao atingir diretamente o direito e por reflexo extinguiu a ação (CAHALI, 2008, p.22).

Conceitua Pereira (2002-A, p. 440): “Decadência é o perecimento do direito, em razão do seu não-exercício em um prazo determinado. Com a prescrição tem estes pontos de contato: é um efeito do tempo, aliado à falta de atuação do titular.”

Decadência é a extinção não da força do direito subjetivo (*actio*), isto é, da pretensão, mas do próprio direito em sua substância, o qual, seja por lei ou por convenção, nasceu com um prazo certo de eficácia. (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 328)

A distinção entre prescrição e decadência gerou e gera controvérsias e dificilmente conseguimos compreendê-la conceitualmente. Existem critérios para sua distinção que foram expostos por doutrinadores, que, desde o atual Código Civil, passaram a fazer sentido, eis que, tratando o Código de prazos decadenciais e prescricionais, é extremamente relevante o estudo das diferenças práticas entre a aplicação de um ou de outro ao caso concreto (FREITAS, 2003, p. 33).

Segue nessa seara Rodrigues (2005-A, p. 329) ao distinguir os institutos:

A mais corrente, e decerto, a mais sábia, é a distinção baseada na idéia de que na prescrição o que perece é a ação que garante o direito, enquanto, na decadência é o próprio direito que fenece. Mais efetivo, entretanto, é o critério que, partindo desse pressuposto, separa a decadência da prescrição tendo em vista a origem da ação. Quando a ação e o direito têm origem comum, trata-se de prazo de caducidade.

E continua Rodrigues (2005-A, p. 330) no norte de que se o direito preexiste a ação, que só aparece com a violação daquele, o prazo é de prescrição.

Os prazos de decadência estão espalhados pela parte geral e especial do Código Civil de 2002, se transformando, assim, em critério prático para auxiliar o intérprete de que todos os prazos constantes dos institutos específicos são prazos de decadência (VENOSA, 2007-A, p. 552).

Versando sobre prazos decadenciais, Martins e Figueiredo (2002, p. 56) assim expõem:

Há vários outros prazos previstos como de decadência para exercício de direito, com ou sem o ajuizamento de ações (CC/2002, arts. 505, 506, 513, parágrafo único, 526, etc.). Também há prazos que podem ser considerados de decadência, mas que pela nova lei não dispõe expressamente sobre sua natureza (CC/2002, arts. 1.555, 1.614, 1.649, 2.027, etc.). São situações de anulação, de certo modo, análogas as dos arts. 178 e 179 do mesmo diploma legal.

Assim, quando a lei expressamente dispuser que determinado prazo é decadencial, não mais caberá qualquer discussão,

Ainda assinalam Martins e Figueiredo (2002, p. 56): “Expressões como *decai do direito*, *o prazo para exercício de direito*, *caducará*, ou *extingue-se o direito*, sem dúvida, indicam que o prazo é de decadência (CC/2002, arts. 445, 501, 514, 554, 1.649, 2.027, parágrafo único, etc.)”. [grifo no original]

Já com relação a decadência, a definição de seu objeto nunca deu ensejo a maiores controvérsias doutrinárias, não restando nenhuma dúvida que, com a decadência o que se opera é a extinção de direito material (MARTINS e FIGUEIREDO, 2002, p. 14).

Para Theodoro Junior (2008, p. 328) o reconhecimento da decadência será o reconhecimento da inexistência do próprio direito invocado pelo autor, sendo genuína decisão de mérito que põe fim a lide estabelecida em torno do direito em comento.

Verificado o instituto prescricional e decadencial em suas vertentes, passar-se-á a análise da teoria da Responsabilidade Civil.

3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste capítulo tratar-se-á, através de um breve relato histórico, conceituação, e modalidades, a responsabilidade civil, bem como seus requisitos e excludentes.

3.1 Histórico da responsabilidade civil

Acerca dos indícios da existência do instituto da responsabilidade, os mesmos encontram-se ligados ao aparecimento do homem, e sua necessidade – à satisfação de seus interesses individuais – de alterar suas condutas em prol das necessidades do grupo (BÔAS, 2009, p. 428).

Na necessidade de uma organização dos primeiros povos, surge a própria responsabilidade, a fim de garantir a subsistência e sobrevivência dos homens em forma de grupo.

O ponto de partida, propriamente dito, acerca das raízes históricas de um instituto, se dá no direito romano, não sendo diferente na responsabilidade civil (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 10).

O princípio da Lei do Talião, retribuição do mal pelo mal, também conhecido pela expressão “olho por olho”, se configurava como uma forma de reparação de dano, tal princípio é próprio da natureza humana, qual seja reagir a um mal injusto perpetrado contra a uma pessoa, reação essa, que na sociedade primitiva, tinha conotação violenta (VENOSA, 2007-B, p. 16).

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 10).

Porém, pouco a pouco, foi prevalecendo um entendimento no sentido que, em princípio, do dano nasceu a obrigação de reparar, isto é, a obrigação de cumprir a dívida legal da composição, e que só no caso de não satisfazer essa dívida é que o ofendido teria o direito de recorrer a Lei do Talião sobre a pessoa do ofensor (GARCEZ NETO, 2000, p. 26).

Explica Diniz (2005-B, p. 11):

Depois desse período há o da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante a prestação da *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direitos relativos à *res publica*), e do lesado, se se tratasse de delito privado (efetivado contra interesses de particulares) – do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido.

De importante resalte que no início da civilização as responsabilidades, civil e penal, se confundiam, conforme explana Bôas (2009, p. 445):

Durante o tempo em conviveram as responsabilidades (civil e penal) sem diferenças, buscavam, ambas, o estabelecimento do equilíbrio social. A separação das responsabilidades somente ocorreu no momento em que a sociedade passou a exigir a criação do tipo penal para distinguir os delitos que impunham a aplicação da sanção penal como punição e os delitos que impunham o ressarcimento de valores em pecúnia.

Com o passar do tempo a função de punir, ação de repressão, passou para o Estado, assim surgindo a ação de indenização, tomando assim a responsabilidade civil seu lugar ao lado da responsabilidade penal (GONÇALVES, 2003, p. 05).

Ou seja, na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e culpa *stricto sensu*, em conjunto com uma maior elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena (DINIZ, 2005-B, p.11).

Quando do nascimento da *Lex Aquilia de dammo* incorporou-se a idéia de uma reparação pecuniária do dano, impondo ainda que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor de *res*, trazendo a noção de culpa como um dos fundamentos da responsabilidade civil, de tal sorte que o agente se

isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse agido sem culpa, assim passou a se atribuir o dano a conduta culposa (DINIZ, 2005-B, p. 11).

Concorda Pereira (2002-B, p. 03-04) que foi com o surgimento da *Lex Aquilia*, que ocorreu a maior revolução nos conceitos jus-romanísticos em termos de responsabilidade civil, tão grande que a mesma se prendeu a denominação de aquiliana para designar a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Atribuindo-se ainda a origem do elemento culpa como fundamental para a reparação do dano.

Para Venosa (2007-B, p. 16) “punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos”, sendo a idéia de culpa o ponto central no intuito da reparação, em princípio, a culpa é punível, traduzida pela imprudência, negligência ou imperícia ou ainda pelo dolo. Acerca da teoria de reparação de danos traz Venosa (2007-B, p. 17):

A teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Nesse sentido, transferiu-se o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano. O direito Francês aperfeiçoou as idéias romanas, estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil.

Estabeleceu-se, assim, princípios que exerceram influências em outros povos, como o direito a reparação sempre que houvesse culpa, mesmo que leve, separando-se a responsabilidade civil da penal, a existência de uma culpa contratual, não se conectando com crime ou delito, mas sim se originando de negligência ou imprudência (GONÇALVES, 2003, p. 06).

Rememora Rizzardo (2007, p. 34):

No curso da Revolução Industrial, as injustiças sociais e a exploração do homem pelo homem levaram a inspiração de idéias de cunho social, favorecendo o aprofundamento e expansão da teoria da responsabilidade objetiva, com vistas a atenuar os males decorrentes do trabalho e a dar maior proteção às vítimas de doenças e da soberania do capital.

Com relação aos fundamentos da responsabilidade civil, Diniz (2005-B, p. 12) afirma que evoluiu ao basear-se o dever da reparação não somente na culpa, hipótese em que será subjetiva, mas também no risco, desse modo objetiva.

No direito pátrio pré-codificado, três fases distintas se deram, iniciando-se com a Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769) em que o direito romano seria subsidiário ao direito pátrio, a segunda fase se inicia com o Código Criminal de 1830, que no instituto da “satisfação”, traz a idéia de ressarcimento, e por fim a última fase que tem Teixeira de Freitas se opondo que a responsabilidade civil estivesse geminada a criminal. Com influência dessas idéias e do Código Civil francês foi que o Código Civil de 1916 foi idealizado, consagrando a teoria da culpa em seu artigo 159. (PEREIRA, 2002-B, p. 06-07).

No Código Civil de 1916 o legislador deixou de dar a questão da responsabilidade civil um disciplinamento sistemático. Na parte geral, artigos 159 e 160 consignou-se a regra geral da responsabilidade aquiliana e registrou suas excludentes, e na parte especial trouxe de modo esparso outros dispositivos acerca do tema (RODRIGUES, 2007-B, p. 03).

Atualmente ela vem sendo definida por um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como através de princípios e teorias para determinar uma obrigação a uma pessoa por dano causado a outra, por decorrência de ato ilícito (SILVA, 2005, p. 04).

Vê-se que longo caminho este instituto percorreu para chegar ao patamar em que se insere atualmente.

3.2 Conceito de responsabilidade civil

O vocábulo responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir as conseqüências jurídicas de uma atividade. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 01)

Nas palavras de Venosa (2007-B, p. 01) o termo responsabilidade é utilizado em situação em que uma pessoa, seja natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Desse norte toda a atividade humana pode acarretar o dever de indenizar.

Já a responsabilidade civil propriamente dita envolve o dano, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou descompensação do patrimônio de alguém. (STOCO, 2007, p. 112)

O instituto da responsabilidade civil está inserido no direito obrigacional, pois a principal conseqüência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta em reparar o dano, sendo tal obrigação de natureza pessoal, se resolvendo em perdas e danos (GONÇALVES, 2003, p. 02)

Traduz Lisboa (2004, p. 427) que a responsabilidade não se confunde com a obrigação originária, uma vez que aquela é invariavelmente um dever jurídico suplementar que decorre da violação de uma obrigação.

Para Diniz (2005-B, p. 07):

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim a necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *statu quo ante*.

Para a responsabilidade civil a fixação de um *quantum* é necessária para reequilibrar o patrimônio atingido, não se tratando de punição, pois emerge de simples fato de prejuízo, que viola o equilíbrio social, e cuja reparação ocorre em benefício da vítima (VENOSA, 2007-B, p. 504).

Conceituam Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 09):

Conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

Por fim entende-se responsabilidade civil como uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um abrigo para onde os insatisfeitos, injustiçados e os que sofrem danos e se prejudicam pelo comportamento de terceiros, recorrem, sendo, portanto uma conseqüência e não uma obrigação (STOCO, 2007, p. 112).

Conforme Cavalieri Filho (2010, p. 376): “As questões só chegam à Justiça quando alguém viola um dever jurídico, e é por isso que tudo acaba em responsabilidade”. Assim certo que todas as áreas jurídicas encontram abrigo no instituto da responsabilidade civil.

3.3 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil como se verificou decorre da própria convivência do homem em uma sociedade conflituosa.

Porém conforme ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 13) em função de suas peculiaridades dogmáticas, necessário foi estabelecer uma classificação, subdividindo-se quanto ao seu fundamento e quanto ao seu fato gerador.

No que tange ao fato gerador, a responsabilidade poderá ser contratual ou extracontratual, em relação ao fundamento, poderá ser subjetiva ou objetiva.

3.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil é dividida em subjetiva e objetiva, levando-se em conta se a culpa será ou não considerada como um elemento da obrigação de reparar o dano.

Traduz Gonçalves (2003, p. 21) que na teoria clássica a culpa era fundamento da responsabilidade, sendo essa teoria chamada também de teoria da

culpa, ou ainda subjetiva, sendo que sem culpa não haveria responsabilidade, assim a prova da culpa passa a ser pressuposto necessário de dano indenizável.

O ordenamento jurídico pátrio tem por regra geral a responsabilidade civil subjetiva, em que o dever ressarcitório decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. (DINIZ, 2005-B, p. 44). Tal preceito encontra-se expresso nos artigos 186⁵ e 927⁶ do Código Civil de 2002.

Para que haja configuração de responsabilidade subjetiva são necessários três pressupostos sejam eles: a conduta culposa, se entendendo culpa simples ou dolo, do devedor na indenização, dano patrimonial ou extrapatrimonial lesado, e a relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e do dano do credor, ou seja o nexo causal (COELHO, 2005, p. 256).

Ressalta-se que o primeiro pressuposto é o chamado pressuposto subjetivo, pois ele diferencia as responsabilidades, sendo elemento indispensável para sua configuração.

Por essa culpa ter natureza civil se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência conforme regra disposta no artigo 186 do Código Civil de 2002 (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 13).

A culpa que enseja tal espécie de responsabilidade corresponde a ato involuntário que deveria ter sido diferente, assim sem a exigibilidade de conduta diversa, não há ação ou omissão culposa (COELHO, 2005, p. 309).

Assim, pela teoria da responsabilidade subjetiva só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposo possível de ser evitado, não havendo responsabilidade quando o agente não pretendia nem poderia prever, tal consequência, tendo agido com a devida cautela (RIZZARDO, 2007, p. 29).

Para Stoco (2007, p. 155) a multiplicação das oportunidades e causas de danos deixaram a mostra que a responsabilidade subjetiva estaria defasada para cobrir todos os casos de reparação.

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2011-J)

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2011-J)

Por volta do século XIX iniciou-se um movimento jurídico contrário a fundamentação subjetiva da responsabilidade, verificando-se que a culpa não cobria os numerosos casos que exigiam reparação, havendo várias situações excluídas do conceito de culpa (RIZZARDO, 2007, p. 30).

Assim relata Rodrigues (2007-B, p. 11) acerca da responsabilidade objetiva:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois desde que exista a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Na espécie objetiva da responsabilidade o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, pois é necessário somente a existência de elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para surgir o dever de indenizar (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 14-15).

No que concerne a tal espécie de responsabilidade, pode ser ela justificada pelo prisma tanto do risco como do dano, não se indenizando somente porque há um risco, mas porque há um dano, sendo que nesse último aspecto em muitas ocasiões dispensa-se o exame de risco (VENOSA, 2007-B, p. 14).

Coelho (2005, p. 342) ainda traz uma divisão na responsabilidade civil objetiva, estabelecendo que quando houver previsão legal específica, a mesma será formal, e quando atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem, será material. Ambas as hipóteses estão colacionadas no artigo 927 do Código Civil de 2002. Porém nas hipóteses de o legislador prever em preceito próprio hipótese de responsabilidade objetiva material, tal distinção perde importância prática.

No que tange a responsabilidade do Estado, relata Stoco (2007, p. 158):

Em relação à responsabilidade do Estado, o princípio da culpa, contido no art. 15 do revogado Código Civil de 1916 foi relegado, sendo, atualmente, objetiva essa responsabilidade, nos termos dos arts. 43 do atual Código Civil e 37, § 6.º, da Constituição Federal de 05.10.1988, na esteira do art. 107 da Constituição de 1969.

Acerca da teoria do risco, que corresponde a fundamentação mais aceita para a imputação da responsabilidade objetiva, se dá quando quem tem proveito de certa atividade deve arcar também com danos por ela gerados, em decorrência dela deve ser imputada responsabilidade objetiva a quem explora atividade geradora de risco para que não venha titularizar vantagem injurídica (COELHO, 2005, p. 346).

Para Pereira (2002-B, p. 270), o conceito de risco é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso isolado o dano é devido à imprudência, negligência, ou a um erro de conduta, demonstrando-se assim a teoria do risco.

No atual ordenamento jurídico brasileiro contemplam-se as duas correntes, subjetiva e objetiva, conforme explanam Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 15-16):

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), *ex vi* do disposto no art. 927, parágrafo único.

Assim a responsabilidade subjetiva figura como a regra necessária, porém, sem prejuízo para adoção da responsabilidade objetiva, que encontra-se consagrada em dispositivos variados e esparsos na legislação pátria, tanto no diploma civil, como em leis específicas.

Pereira (2002-B, p. 268) assim traz acerca do embate:

A culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do *risco* nos casos especificamente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu.

Conclui Rizzardo (2007, p. 32) que: “em verdade, ambas as teorias de completam, uma não dispensando a outra.”.

No ordenamento jurídico brasileiro, ambos os fundamentos encontram espaço e aplicação.

3.3.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

De acordo com a natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, a responsabilidade civil subdivide-se em contratual e extracontratual ou aquiliana (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 16).

A teoria das fontes de direito, parte do pressuposto de que o comportamento da sociedade não é pautado somente pela lei, mas também por outras manifestações ou situações que a obrigam da mesma forma que tal comando. Assim a fonte formal repousa em uma declaração de vontade, seja do Estado, através de seus órgãos competentes, ou como declaração de vontade individual. Portanto em primeiro plano tem-se a lei, o regulamento administrativo, o provimento judicial, e em segundo encontra-se o contrato, ou a declaração unilateral de vontade (PEREIRA, 2002-B, p. 245).

A divisão da responsabilidade, entre aquiliana e contratual, repousa em saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral (VENOSA, 2007-B, p. 19).

Entendendo-se como negócio jurídico unilateral o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa (GONÇALVES, 2003, p. 26).

A divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual já é antiga, e se distingue conforme se deriva de um contrato ou conduta culposa, na primeira dá-se a infração de um dever contratual, na segunda a violação deriva da desobediência a um dever legal (RIZZARDO, 2007, p. 41).

O artigo 186 do Código Civil de 2002, concomitante com o artigo 927, disciplina de modo genérico as conseqüências que derivam da responsabilidade aquiliana, já o artigo 389⁷ e seguintes, do mesmo dispositivo legal, traz os efeitos da responsabilidade contratual.

Acerca de suas diferenciações a responsabilidade extracontratual deriva da lei, ou do dever de não lesar, já a contratual tem sua causa na convenção ou nas

⁷ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2011-J).

cláusulas contratuais, e ainda a responsabilidade incide, dentre outras normas características, a exceção do contrato não cumprido, estabelecido no art. 476 do Código Civil de 2002 e a onerosidade excessiva, prevista no art. 478 (RIZZARDO, 2007, p. 42).

A responsabilidade extracontratual encontra-se disciplinada genericamente nos artigos 186 a 188, e 927 e seguintes, do Código Civil de 2002, certo que esses dispositivos do Código não regularam a responsabilidade proveniente do inadimplemento da obrigação ou da prestação com defeito ou mora no cumprimento das obrigações provenientes dos contratos, assim a extracontratual compreende a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos de personalidade ou aos direitos de autor, enquanto a contratual as não reguladas por esses dispositivos referidos (GONÇALVES, 2003, p. 26).

Havendo convenção das partes, ou um contrato, com a discriminação de direitos e deveres, decorre a obrigatoriedade de cumprimento, com a falta do cumprimento do dever, e verificado prejuízos a outra parte, advém a consequência de reparação (RIZZARDO, 2007, p. 41).

Pereira (2002-B, p. 247) relata que quando há contrato existe um dever positivo do contratante, dever esse específico relativo a prestação, o que por si só impõe a responsabilidade.

Assim Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 18) caracterizam a responsabilidade civil contratual:

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém. [grifo no original]

Ainda na responsabilidade contratual o ônus da prova é invertido, cabendo a vítima apenas comprovar que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o

onus probandi, por exemplo, que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 18).

A fim de validar a responsabilidade nos contratos as partes devem ser capazes, assim leciona Rizzardo (2007, p. 42-43):

Para ensejar a responsabilidade, nos contratos as partes devem ser capazes. A fim de surtir direitos e obrigações, mister que se faça o contrato com pessoa capaz, cuidado que se exige mutuamente. Nos atos ilícitos, nada impede que se dê a prática por menor, sujeitando-se ele às conseqüências, por força do art. 928, sem regra equivalente no Código antigo, juntamente com seu responsável, se era mantido sob sua autoridade e em sua companhia.

No que tange aos pressupostos da responsabilidade contratual Rizzardo (2007, p. 43-44) leciona que o primeiro é a existência de um contrato válido, que liga o devedor e o credor, constituindo a norma de onde nascem os direitos e obrigações, vinculando os envolvidos aos seus comandos, não podendo padecer de vício de origem. O segundo pressuposto é a falta de cumprimento ou inexecução, somente com inadimplemento, ou mora, ou se não atendidas suas imposições é que a responsabilidade se verifica, porém não se verifica a falta de cumprimento se o inadimplemento encontra causas justificáveis. O terceiro é o nexa causal, tendo a responsabilidade como origem ou fonte o descumprimento do contrato e por fim o dano, pois com a inadimplência traz a responsabilidade, desde que tenham como resultado prejuízos de ordem moral ou econômica.

Em síntese, para a configuração da responsabilidade contratual necessário se faz a existência de um instrumento de contrato, porém não existem grandes diferenças nas conseqüências entre responsabilidade contratual e extracontratual.

3.4 Requisitos da responsabilidade civil

O artigo 186 do Código Civil de 2002 é a base fundamental da responsabilidade civil, assim dispõe: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2011-J). Dele podemos extrair os pressupostos gerais da responsabilidade civil.

Para Diniz (2005-B, p. 41), difícil é caracterizar os pressupostos necessários à configurar a responsabilidade civil, tendo em vista haver grande discussão doutrinária acerca do assunto. E ainda com a admissão da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, mais complexa se mostrou a determinação de seus elementos.

Posicionam-se Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 24):

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões ‘ação ou omissão *voluntária, negligência ou imprudência*’, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescindir desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). [grifo no original]

Assim são elementos da responsabilidade civil: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano e nexos causal, e a culpa quando se tratar da responsabilidade subjetiva, requisitos estes que abordar-se-á na seqüência.

3.4.1 Ação

A ação é o fato gerador da responsabilidade, sendo ato humano, comissivo ou omissivo, seja ilícita ou lícita, voluntário e objetivamente imputável, realizado pelo próprio agente ou terceiro, fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outro indivíduo, gerando assim o dever de satisfazer os direitos do lesado. Quando baseada em ato ilícito tem-se a idéia de culpa, e em ato lícito fundamenta-se no risco (DINIZ, 2005-B, p. 43-44).

Assim culpa se configura como elemento acidental, e não essencial a responsabilidade civil.

A conduta humana pode se dar de forma positiva, quando ocorre a prática de um comportamento ativo, ou negativa, quando uma atuação omissa gera o dano (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 29).

O responsável civilmente poderá ser a própria pessoa física que o praticou, outra pessoa física, em caso de responsabilidade por ato de terceiro, pessoa jurídica ou ente despersonalizado em nome dos quais se considera praticado o ato humano (COELHO, 2005, p. 303).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 27-28) tem-se que a voluntariedade é o núcleo fundamental da noção da conduta humana, pois resulta da liberdade de escolha do agente imputável, que tem discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. Porém aqui não se traduz a intenção de causar o dano, mas tão somente a consciência do que se está fazendo.

Coelho (2005, p. 305) leciona que nem todo ato humano gera a responsabilidade civil, para ter essa implicação jurídica devem ser voluntários, ou seja, que o movimento físico desencadeador dos eventos danosos tenha sido realizado por pessoas, assim, há vontade sempre que há possibilidade de decisão. Sendo, portanto a consciência o efetivo controle do ato.

Acerca da omissão, a mesma pode ser causa ou condição de evento danoso. A omissão-causa se manifesta quando o indivíduo tinha o dever de agir, e com esse ato poderia ter evitado o dano. Somente esta enseja a responsabilidade civil, tendo em vista que na omissão-condição não se configura responsabilidade do sujeito, pois o mesmo não teria a obrigação de praticar o ato omitido, não havendo causa jurídica (COELHO, 2005, p. 307).

Na responsabilidade civil por fato de animal, por fato da coisa e por ato de terceiro, enseja a omissão, tendo em vista que os deveres jurídicos de vigilância, custódia ou má eleição de representantes estariam ligados a atos omissos (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 30).

Explana Venosa (2007-B, p. 99) que os objetos, máquinas e aparelhos, as coisas em geral, quase sempre estão ligadas a uma pessoa que é seu titular ou seu possuidor, tais objetos podem servir como instrumentos causadores de danos a

terceiros. Aplicável tal situação ao dono de animal, pois há um dever inerente de guarda da coisa ou animal em impedir que esses eventos aconteçam.

A idéia que se concretiza é de que o possuidor ou o detentor de uma coisa assume tanto os cômodos como os incômodos que ela proporciona (VENOSA, 2007-B, p. 103).

Acerca da responsabilidade por fato de terceiro, tem-se no sistema jurídico brasileiro casos em que uma pessoa, física ou jurídica, é civilmente responsável por danos praticados por terceiro. Tudo o que for efetuado por pessoas submetidas a vigilância, a guarda, ao controle e ao comando de outras, e repercutir negativamente em relação a terceiros, deve ser suportado por essas outras que respondem por elas (RIZZARDO, 2007, p. 107).

Assim, sem o princípio de um ato humano, seja através de ação ou omissão, não há como se falar em responsabilidade, pois a mesma não se concretiza.

3.4.2 Dano

Para Pereira (2002-B, p.37) o dano é uma conduta antijurídica, sendo imputável a um indivíduo, tendo como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado.

A existência de dano configura condição imprescindível para a responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva. Assim, se alguém que pleiteia a responsabilização não sofreu dano de nenhuma espécie, mas meros desconfortos ou riscos, não terá direito a indenização (COELHO, 2005, p. 287).

Necessário é o requisito da certeza, pois não se compadece com o pedido de reparação um prejuízo meramente eventual, assim no momento em que se tenha um prejuízo conhecido ele fundamenta a ação de perdas e danos, ainda que seja de consequências futuras (PEREIRA-B, 2002, p. 40).

Cavaliere Filho (1999, p. 70-71) relata que sem o dano pode haver responsabilidade penal, mas não haveria espaço para a responsabilidade civil, e continua:

[...] Indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito.

Para que o dano seja efetivamente reparável, necessária é a conjugação de alguns requisitos mínimos: violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, a certeza do dano, sendo que somente o dano certo e efetivo é indenizável, e por fim a subsistência do dano, pois se o dano foi reparado perde-se o interesse da responsabilidade civil (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008-B, p. 38-40).

Acerca da reparação do dano, Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 38) observam:

Sendo, a reparação do dano, como produto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do lesado, temos que, em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao *status quo ante*, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação.

O dano material atinge as coisas, inclusive os bens incorpóreos, já os pessoais, ou extrapatrimoniais, são os que infligem os indivíduos, em sua integridade física ou moral, ou causam a morte (COELHO, 2005, p. 288).

Sem dano, não há o que reparar, sendo esse o objetivo da responsabilidade, portanto o dano configura-se como o pressuposto geral da responsabilidade civil.

3.4.3 Nexu Causal

Através da investigação do nexu causal é que se liga o resultado lesivo ao agente infrator, sendo ele indispensável para concluir a responsabilidade jurídica do indivíduo (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, p. 85).

Conceitua Venosa (2007-B, p. 45) acerca do nexu causal:

O conceito de nexu causal, nexu etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexu causal.

Ressalta Cavalieri Filho (1999, p. 49) que tal conceito não é jurídico, mas decorrente das leis naturais.

Não há que se confundir nexu causal com imputabilidade, tendo em vista que o primeiro diz respeito a elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade do sujeito que atentam ao direito alheio, produzindo dano. E a imputabilidade se trata de elemento subjetivo (PEREIRA, 2002-B, p. 76).

Explana Diniz (2005-B, p. 109) que a obrigação de indenizar, via de regra, não ultrapassa os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não requer que o ato do responsável seja a única causa do prejuízo.

Com o intuito de explicar melhor o nexu de causalidade três teorias surgem: teoria da equivalência de condições; teoria da causalidade adequada, e teoria da causalidade direta ou imediata.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 93) a teoria adotada pelo direito pátrio seria a de causalidade direta ou imediata (interrupção do nexu causal), na vertente de causalidade necessária, tal constatação se demonstra através de análise ao artigo 403 do Código Civil de 2002.

Assim explicam Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 90) acerca dessa teoria: “Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um

vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata.”

De resalte que o caso fortuito e a força maior são excludentes de nexo causal, haja vista que o cerceiam ou interrompem, inexistindo relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado, bem como se a culpa por exclusiva da vítima (VENOSA, 2007-B, p. 45).

Assim, constada essa triangulação coordenada de fatores configura-se a responsabilidade civil (RIZZARDO, 2007, p. 71).

Porém para a configuração da responsabilidade civil subjetiva, necessário é demonstrar o pressuposto da culpa.

3.4.4 Culpa

O artigo 186 do Código Civil de 2002 elegeu a culpa como ponto central da responsabilidade subjetiva, sendo a mesma pressuposto para a configuração desta, tendo em vista que a responsabilidade objetiva a dispensa.

A culpa se determina como a inexecução de um dever que o indivíduo poderia conhecer e observar. Caso deliberadamente o viole, ocorre o delito civil, se a violação é involuntária constitui a culpa simples, também conhecida por quase-delito (RIZZARDO, 2007, p. 01).

Venosa (2007-B, p. 23) ao explicar a culpa relata:

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (*delito*, na origem semântica e histórica romana), mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia qual seja, a culpa em sentido estrito (*quase-delito*). [grifo no original]

Rizzardo (2007, p. 03) ressalta que a culpa delitual ou dolo, e culpa quase-delitual ou simplesmente culpa, apesar de envolverem conteúdos diversos, no direito civil, refletem consequências semelhantes. Tal conclusão se dá, pois a culpa se verifica

no sentido lato, abrangendo também o dolo, ou seja, todos os comportamentos contrários ao direito, intencionados ou não.

Dentro do requisito da culpa, encontra-se espaço para o dolo e somente a culpa, não se verificando no campo da responsabilidade civil grande importância de distinção como no direito penal.

Tem-se que a culpa, sob os princípios da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, porém com um resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. (VENOSA, 2007-B, p. 26)

Venosa (2007-B, p. 30) ressalta que a chamada culpa presumida não se confunde com a responsabilidade objetiva, que independe da culpa.

A responsabilidade civil se caracteriza e surge quando todos os elementos se integram. Existem, porém, excludentes da responsabilidade que quebram o nexo causal e desconfiguram a responsabilidade civil.

3.5 Excludentes da responsabilidade civil

O princípio da responsabilidade civil tem por fundamento a existência de um dano e sua relação de causalidade entre este e a culpa de um agente, assim necessária a comprovação de dano e autoria, porém há exceções de situações em que, não obstante o dano, o agente é liberado do dever de indenizar (PEREIRA, 2002-B, p. 295).

Existem situações que provocam prejuízos ao direito de outrem, porém não constituem atos ilícitos, pois encontram respaldo no rol de direitos subjetivos, sancionados e protegidos pela lei, sendo que mesmo presente o dano e se verificando uma relação de causalidade não decorre o dever de indenizar (RIZZARDO, 2007, p. 81).

Para Venosa (2007-B, p. 46) excludente de responsabilidade é o que impede que o nexo causal se concretize, como a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, o

caso fortuito e a força maior, e na área contratual ainda a cláusula de não indenizar, ou seja, situações que rompem o nexo causal.

Explicam Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 101):

Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

Na presença de uma excludente de responsabilidade atenua-se ou extingue-se o dever de ressarcir, justamente porque acompanhada disso a relação de causalidade é atenuada ou extinta (RODRIGUES, 2007-B, p. 164).

De ressaltar que os atos não deverão exceder os estritos limites necessários para a prática do direito, nem violarão outros valores até mais importantes (RIZZARDO, 2007, p. 82).

Quando houver culpa exclusiva da vítima, haverá a exclusão de responsabilidade do causador do dano, devendo a vítima arcar com os prejuízos, tendo em vista que o agente que causou o dano foi somente instrumento do acidente, não havendo nexo de causalidade entre sua ação e a lesão (DINIZ, 2005-B, p. 111).

Atentam Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 115) que somente se houver atuação exclusiva da vítima restará quebrado o nexo causal, havendo concorrência de culpas a indenização, via regra geral, será mitigada na proporção da atuação de cada indivíduo.

Na hipótese do evento danoso ocorrer por comportamento culposos de ambas as partes, a culpa será concorrente, e se houver indenização a mesma será repartida entre os responsáveis na proporção justa (RODRIGUES, 2007, p. 166).

Na mesma seara, há de se tratar do fato de terceiro, sendo terceiro qualquer pessoa além da vítima ou do responsável, e ainda não possuindo relações com os mesmos. Assim traduz Venosa (2007-B, p. 56), acerca dessa excludente:

O assunto vem regulado de forma indireta pelos arts. 929 e 930 (antigo, arts. 1.529 e 1.520), estabelecendo este último dispositivo a ação regressiva contra o terceiro que criou a situação de perigo, para haver a importância despendida no ressarcimento ao dono do bem. Esses artigos não se referem expressamente à

culpa exclusiva de terceiro, mas, indiretamente, admitem a possibilidade de reconhecimento de culpa e responsabilidade de terceiro.

Então a força excludente da responsabilidade por fato de terceiro estará em dependência de prova de que o dano foi resultante de ato de terceiro, isentando assim o agente de qualquer responsabilidade (DINIZ, 2005-B, p. 113).

Em caso fortuito e de força maior, na prática as figuras se equivalem ao afastar o nexos causal. O caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade, sendo, portanto, situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou humano, e a força maior se caracterizaria por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência (VENOSA, 2007-B, p. 48).

Para Diniz (2005-B, p. 113) cessa a responsabilidade, pois esses fatos eliminam a culpabilidade, ante a sua inevitabilidade.

Ainda leciona Venosa (2007-B, p. 49):

De qualquer forma, o caso fortuito e a força maior devem partir de fatos estranhos a vontade do devedor ou do interessado. Se há culpa de alguém pelo evento, não ocorre o seccionamento ou rompimento do nexos causal. Desse modo, desaparecido o nexos causal, não há responsabilidade. A idéia é válida tanto na responsabilidade contratual como na aquiliana. Centra-se no fato de que o prejuízo não é causado pelo fato do agente, mas em razão de acontecimentos que escapam a seu poder.

Concluem Gagliano e Pamplona Filho (2008-B, p. 112) que o caso fortuito e a força maior atacam o nexos causal do dano perpetrado, agindo dessa forma como excludentes de responsabilidade.

Acerca da excludente de legítima defesa a lei civil não define sua consistência, tomando de empréstimo o conceito corrente do direito penal (PEREIRA, 2002-B, p. 295). Assim proclama o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011-J), acerca da legítima defesa:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Para Venosa (2007-B, p. 53) a legítima defesa constitui justificativa para a conduta, e mesmo que a sociedade organizada não admita justiça de mão própria, reconhece situações nas quais pode-se usar meios necessários para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou outras pessoas e seus bens, meios esses que devem ser moderados.

E acerca da regularidade do exercício do direito a mesma deverá ser apreciada pelo juiz, de acordo com seu arbitramento, equilibrando o subjetivismo contido na escusa do agente que exime-se de repará-lo (PEREIRA, 2002-B, p. 296).

Nesse norte, o indivíduo que agir em legítima defesa não cometerá ato ilícito, concluindo-se não haver causa a indenizar.

Com relação a cláusula de não indenizar a questão diz respeito especificamente a esfera contratual.

Os efeitos de referida cláusula consistem no afastamento da obrigação conseqüente ao ato danoso, não contendo apenas uma inversão do *ônus probandi*, sendo que em sua aplicação e nos limites de sua eficácia é uma excludente de responsabilidade (PEREIRA, 2002-B, p. 306).

Ressalta Venosa (2007-B, p. 59):

Alguns autores distinguem a cláusula de não indenizar da cláusula de irresponsabilidade. A segunda exclui a responsabilidade, e a primeira, afasta apenas a indenização. Em princípio, somente a lei pode excluir a responsabilidade em determinadas situações. No campo negocial, melhor que se denomine o fenômeno de cláusula de não indenizar. Essa cláusula não suprime a responsabilidade, mas suprime a indenização.

Incidindo as excludentes de responsabilidade rompe-se o nexo causal, requisito imprescindível para a configuração da responsabilidade civil, não incorrendo assim o dever de indenizar.

Passar-se-á a analisar a Fazenda Pública e suas prerrogativas, em especial as ações de responsabilidade civil incidentes sobre ela e seu prazo prescricional.

4 FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E A PRESCRIÇÃO A SER ALEGADA

O presente capítulo demonstrará o comportamento da Fazenda Pública em juízo, trazendo as prerrogativas incidentes sobre ela, bem como mostrará especificamente as ações de responsabilidade civil movidas contra a Fazenda Pública, e do regime jurídico de prescrição aplicável em geral ao Estado, e por fim o prazo prescricional a ser utilizado especificamente nos casos de responsabilidade civil.

4.1 O poder público em juízo e suas prerrogativas

As pessoas jurídicas podem ser classificadas de acordo com suas funções e capacidades, sendo que no direito pátrio, através do artigo 40 do Código Civil de 2002 são de direito público interno ou externo, e de direito privado. As pessoas jurídicas de direito público externo são regulamentadas pelo direito internacional, conforme artigo 42⁸, do Código Civil de 2002. As pessoas jurídicas de direito público interno são subdivididas em administração direta, relacionadas no artigo 41, inciso I a III, e administração indireta, colacionadas nos incisos IV e V, artigo 41 do Código Civil de 2002 (DINIZ, 2005-A, p. 225).

A organização da administração pública brasileira subdivide-se em administração pública direta e indireta. A administração pública direta é integrada pelos órgãos componentes dos entes federativos, a saber: a União, os Estados, o Distrito Federal, e os Municípios. As demais entidades administrativas integram a administração indireta: as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 16).

Relata Meirelles (2009, p. 732) acerca da administração pública em juízo:

⁸ Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público. (BRASIL, 2011-J).

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional *Fazenda Pública*, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda. [grifo no original]

Das entidades administrativas que compõem a administração pública indireta, de ressaltar que as empresas públicas e sociedades de economia mista encontram-se revestidas da natureza de pessoa jurídica de direito privado, estando subordinadas a esse regime, não integrando assim o conceito de Fazenda Pública (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 16).

Explana Carneiro da Cunha (2009, p. 15) que tradicionalmente a expressão Fazenda Pública se caracteriza como a área da Administração Pública que trata da gestão de finanças, porém com o freqüente uso da expressão Fazenda Pública atualmente se adota um sentido mais lato para conceituá-la, traduzindo-se como a atuação do Estado em juízo, agindo ainda como sinônimo de ente público em juízo, ou pessoa jurídica de direito público em juízo.

A Fazenda Pública pode, via de regra e de princípio, figurar, quer no pólo passivo ou ativo da relação processual, nas três modalidades de processos: de conhecimento, de execução e cautelar, bem como nos procedimentos especiais (ROCHA SOBRINHO, 1999, p. 28).

O direito privado funda-se na igualdade das partes da relação jurídica, enquanto direito público repousa em princípio inverso, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, em virtude da prevalência do interesse coletivo sobre os individuais (MEIRELLES, 2009, p. 50).

Na aplicação do princípio da isonomia deve-se levar em conta a idéia aristotélica de conferir tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, assim considera-se que no processo em que a Fazenda Pública atue, há regras que se apresentam diferenciadas a fim de alcançar o equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 31).

Assim se posiciona Nery Junior (2009, p. 97) acerca de referido princípio:

Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Por isso é que são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigalam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigalam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Deve buscar-se na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.

Considera-se justificado esse princípio em vista do interesse público que rege a Administração Pública, previsto no artigo 3º⁹, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que determina ser um dos objetivos do Estado promover o bem de todos.

Acerca da desigualdade entre a administração e o administrado, Meirelles leciona (2009, p. 50):

Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o *bem comum*. [grifo no original].

Assim explica Vasconcelos Carneiro (2011):

Pois bem, é dentro dessa visão evoluída de **igualdade material** que se pode compreender a compatibilidade de tratamentos legais divergentes segundo o sujeito envolvido com o mandamento constitucional que proíbe distinções de qualquer natureza.

Na realidade, o que nossa Lei Fundamental veda são as distinções desarrazoadas ou desproporcionais. Toda lei para regular determinada matéria segundo padrões que eleger como convenientes ao bem comum precisa necessariamente proceder à discriminações. São eleitos casos, hipóteses, pessoas ou situações específicas que passam a ser regidas conforme os ditames do novo diploma legal. Nisso nada há de inconstitucional. Pelo contrário, faz parte mesmo da essência da atividade legiferante. [grifo no original]

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2011-A)

Assim, em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das pessoas físicas e jurídicas de direito privado, além de também proteger o erário público (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 33).

Das condições diferenciadas surgem normas processuais e materiais concedendo privilégios ou prerrogativas, acerca do embate desses vocábulos se posiciona Carneiro da Cunha (2009, p. 34):

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar de melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as *prerrogativas* processuais, identificadas, por alguns, como *privilégios*. Não se trata, a bem da verdade, de *privilégios*. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de *prerrogativas*, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. [grifo no original]

Inúmeras prerrogativas processuais e materiais rondam a Fazenda Pública, sejam prazos dilatados, efeitos da revelia, reexame necessário de sentenças, prazos prescricionais diferenciados e foro privativo, e ainda a fim de garantir as peculiaridades do Poder Público, diversas ações específicas surgiram.

Ao lado das funções de regular as condutas e administrar os meios de que o Estado dispõe para o alcance de seus fins, há a função jurisdicional, direcionada a promover a paz social através da solução de conflitos a ela apresentados pelos interessados, mediante a atuação da vontade concreta das normas (WAMBIER, 2006, p. 39).

Jurisdição é uma das funções precípua do Judiciário, através do qual o Juiz diz o direito a ser aplicado na situação conflituosa submetida à sua apreciação, assim todo magistrado ou membro do Poder Judiciário possui jurisdição. Com o intuito de racionalizar e melhor ambientar o trabalho judicial, o Poder Judiciário foi dividido em órgãos especializados, a essa delimitação da jurisdição chama-se competência (ROCHA SOBRINHO, 1999, p. 47-48).

Acerca da competência da Justiça Federal, continua Rocha Sobrinho (1999, p. 52): “[...] Assim, a Justiça Federal possui competência em razão da pessoa (*ratione personae*), portanto, absoluta, para processar e julgar as causas que envolvam a Administração Pública federal, direta e indireta, e as empresas públicas federais.”

A União, suas autarquias e empresas públicas, em regra, conforme artigo 109¹⁰ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possuem foro próprio e juízo privativo, demandando em primeira instância perante a Justiça Federal, ressalvada as exceções dispostas pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e em segunda instância ante os Tribunais Regionais Federais (MEIRELLES, 2009, p. 732-733).

Porém as sociedades de economia e as fundações de direito privado (despidas de natureza autárquica) da esfera federal não possuem foro privilegiado, devendo suas ações tramitar normalmente na Justiça Estadual, salvo eventual interesse por parte da União (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1044).

Em âmbito da justiça dos Estados, decorre-se a possibilidade de ser instituídas varas privativas da Fazenda Pública estadual e municipal, bem como nos Tribunais de Justiça dos Estados pode haver Seções e/ou Câmaras de Direito Público destinadas a apreciação de causas em que figurem Estado, Município e as respectivas entidades da Administração Indireta. Inexistindo tais varas privativas as ações correm nos juízos cíveis das comarcas (MEDAUAR, 2009, p. 409).

Relata Theodoro Junior (2008, p. 288) que as dificuldades de ordem burocrática que existem no funcionamento dos serviços jurídicos da Administração Pública deram causa ao artigo 188¹¹ do Código de Processo Civil de 1973, a fim de computar em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Traz Nery Junior (2009, p. 102) sobre o assunto:

¹⁰ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (BRASIL, 2011-A).

¹¹ Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. (BRASIL, 2011-H).

Para obviar todos esses inconvenientes, a lei concede à Fazenda Pública e ao Ministério Público o benefício do prazo em quádruplo para responder (CPC 188). Consoante já vimos, antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como *medida de equidade*, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial de que já falamos. [grifo no original]

De ressaltar que não há aplicação do artigo 188 do Código de Processo Civil de 1973 quando houver regra específica fixando prazo próprio, a exemplo o prazo de 20 (vinte) dias para contestar a ação popular, conforme Lei nº 4.717/1965, bem como não se aplicando no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis Federais, aqui sendo os prazos singelos, ou seja, não contados em quádruplo ou dobro (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 40).

Apesar de o texto processual fazer referência ao prazo em quádruplo para contestar, tem-se estendido a interpretação dessa particularidade a fim de alargar o prazo para a resposta da Fazenda, e não somente para contestação, assim abrangendo também a reconvenção e a exceção (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1049).

Concorda Nery Junior (2009, p. 106) com a aplicação do artigo 188 do Código de Processo Civil de 1973 a todas as modalidades de resposta do réu, incluindo a impugnação dos embargos do devedor, somente excetuando-se nas ações de execução fiscal, que na Lei específica já concede o prazo de trinta dias de modo exclusivo a Fazenda Pública.

Como o artigo 188 do Código de Processo Civil de 1973 fala somente em recorrer, tem-se entendido que o prazo para contra-arrazoá-lo é simples, não contado em dobro (ROCHA SOBRINHO, 2009, p. 101).

Conclui Carneiro da Cunha (2009, p. 40) sobre a aplicação do artigo 188 do Código de Processo Civil:

Registra-se que, encerrando o art. 188 do CPC uma norma de prerrogativa ou uma norma excepcional, a disposição ali contida há de ser interpretada de maneira literal ou restritiva. Desse modo, a Fazenda Pública somente goza dos prazos estendidos para *contestar* (leia-se *responder*) e *recorrer*, não alcançando os demais atos processuais. Não é demais anotar que a mencionada regra aplica-se, apenas, a prazos *legais*, mais especificamente aos destinados à contestação (*rectius*, à resposta) e ao recurso, *não* colhendo os prazos *judiciais*. [grifo no original]

Certo é que a promulgação do Decreto nº 20.910/32 e o Decreto-lei nº 4.597/42 visaram beneficiar a Fazenda Pública ao trazer a prescrição quinquenal (CARVALHO FILHO, 2009, p. 972).

Acerca da prescrição como prerrogativa da Fazenda Pública, traz Carneiro da Cunha (2009, p. 86):

O que se percebe, em verdade, é um nítido objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. A legislação especial conferiu-lhe um prazo diferenciado da 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 20.910/1932) 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 20.910/1932, em seu art. 10, dispõe que os prazos menores devem favorecê-la.

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 nº 20.910/32, quando o Código Civil de 1916 fixava em 20 (vinte) anos o prazo de prescrição de direitos pessoais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 549-550).

Em sentido estrito revelia é a situação em que se coloca o réu quando não contesta, assim será revel aquele que não praticar o ato processual consistente em contestar com todos os requisitos, ou seja, praticado no prazo, através de advogado regularmente habilitado (WAMBIER, 2006, p. 367).

Os efeitos produzidos pela revelia encontram-se dispostos nos artigos 319¹² e 322¹³, do Código de Processo Civil de 1973, sendo reputados como verdadeiros os fatos narrados pelo autor na inicial e ainda que o réu poderá intervir a qualquer tempo no processo, porém o recebendo na fase em que estiver.

¹² Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. (BRASIL, 2011-H).

¹³ Art. 322. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Parágrafo único O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar. (BRASIL, 2011-H).

Porém no que tange a Fazenda Pública, sendo ela ré e não apresentando contestação será considerada revel, porém os efeitos da revelia não incidirão sobre ela (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 93).

Em virtude do artigo 475, inciso I e II, do Código de Processo Civil de 1973 estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição as sentenças proferidas contra a União, Estado, Distrito Federal, Municípios, e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, e as sentenças que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (MEDAUAR, 2009, p. 410).

Trata sobre o tema Carvalho Filho (2009, p. 1050):

As pessoas jurídicas de direito público são, em regra, beneficiadas pelo duplo grau obrigatório de jurisdição, vale dizer, não produzem efeito senão depois de confirmadas pelo tribunal as sentenças proferidas contra a União, Estados, Distrito Federal e o Município, bem como contra as respectivas autarquias e fundações de direito público.

Atenta-se ainda que não se aplica o duplo grau obrigatório quando a condenação ou direito em discussão for de valor certo não excedente de sessenta salários mínimos, também não aplicável no caso de a sentença ter suporte em jurisprudência de Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal ou de outro Tribunal Superior competente. Assim, em tais peculiaridades, as pessoas públicas privilegiadas deverão interpor recurso voluntário se quiserem ver suas razões apreciadas em instancia superior (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1051).

Visto as prerrogativas processuais e materiais da Fazenda Pública, passar-se-á a analisar as ações de responsabilidade civil movidas contra a mesma.

4.2 Pretensão de responsabilidade civil movida contra a Fazenda Pública

Acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado inúmeras teorias foram elaboradas no decorrer do tempo, a começar pela teoria da irresponsabilidade,

caminhando-se depois para a responsabilidade subjetiva vinculada a culpa, evoluindo posteriormente para a teoria de responsabilidade objetiva (DI PIETRO, 2003, p. 524).

A teoria da irresponsabilidade surgiu na época dos Estados absolutos, que se fundavam na idéia de soberania, cuja autoridade era incontestável, colocando os soberanos acima das leis, sendo que nem os monarcas e agentes respondiam por danos causados. Com o passar do tempo constatou-se que a origem do poder dos monarcas não era divina, sendo que os mesmos poderiam errar ou equivocar-se, restando inteiramente superada a teoria (BÜHRING, 2004, p. 87-90).

Oliveira (2011) assim dispõe sobre essa teoria:

Consagrada nas expressões “quod principi placuit habet legis vigorem”, “le roi ne peut mal faire” e “the king can do no wrong”, esta teoria, fundada nas noções de soberania de autoridade máxima do monarca – típicas do Estado absolutista, em que este concentrava em suas mãos todas as funções públicas – entendia que o Estado era imune à responsabilização por danos advindos do exercício de atividades estatais. Esta concepção vigorou até 1946 nos EUA e até 1947 na Inglaterra.

Após passou-se a cogitar a responsabilidade do Estado se comprovado dolo ou culpa do agente público causador do dano, representando ônus de comprovação para a vítima. Posteriormente se passou a entender que o Estado repararia o dano se fosse comprovado o mau funcionamento, o não funcionamento, a falha da Administração, sendo também ônus da vítima o encargo da prova (MEDAUAR, 2009, p. 376).

No estágio atual formulou-se a teoria do risco, segundo a qual, ante as inúmeras atividades da Administração existe a probabilidade de danos serem causados aos particulares. Mesmo que o exercício da Administração vise atender o interesse de toda população é possível que alguns dos integrantes da população sofram danos por condutas ativas ou omissivas dos seus agentes, apresentando-se hoje como responsabilidade objetiva (MEDAUAR, 2009, 376).

Assim, restando pacificado pela doutrina a responsabilidade objetiva do Estado, explana Bühring:

Por tudo, tem-se que a teoria do risco administrativo, também chamada de responsabilidade objetiva, é a teoria pela qual cabe ao Estado o encargo de reparar os danos que os seus agentes, atuando nessa qualidade, por ação ou omissão, vierem a causar a terceiros, independentemente de culpa ou dolo destes, basta a verificação do nexu causal (nem sempre fácil) entre a ação administrativa e o dano sofrido, afastando qualquer apreciação de elementos subjetivos, pois baseia-se na igualdade de repartir os ônus e encargos sociais. (2004, p. 120).

A posição da responsabilidade objetiva do Estado se deu com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, pois se a atividade administrativa é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, também é justo que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos, portanto descartada a indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano. Assim responde o Estado porque causou dano ao administrado, havendo relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 161).

Assim pretende-se resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros (MEIRELLES, 2009, p. 656).

A fim de delimitar o tema e conceituar a responsabilidade civil do Estado Di Pietro (2003, p. 523) traz:

Trata-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do **Estado**, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A **capacidade** é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária. [grifo no original]

Inserida como responsabilidade objetiva não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, ou ainda o mau funcionamento ou falha da Administração, necessário é existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. Assim deixa-se de lado o questionamento do dolo ou culpa do agente, a licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da

Administração. Demonstrado o nexo de causalidade o Estado deve ressarcir (MEDAUAR, 2009, p. 376-377).

Opina Bühring (2004, p. 149-150) que nos casos de omissão por parte do Estado não basta somente a relação entre o dano sofrido e a ausência do serviço, ou seja, omissão estatal. Se não houver a obrigação legal de impedir um certo evento danoso, deve haver algo a mais, como a culpa por negligência, imprudência, ou imperícia, ou ainda o dolo. Deve haver ilicitude quando o Estado não impede o dano ou não faz o possível para evitá-lo.

Concorda Carvalho Filho (2009, p. 538-539) que necessário os elementos que caracterizam a culpa para se configurar a responsabilidade civil nos casos de omissão por parte do Estado, porém não se entendendo como responsabilidade subjetiva, mas sim de responsabilização comum, fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.

Moraes (2009, p. 371) assim relata os requisitos da responsabilidade civil objetiva do Estado:

Assim, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37, §6º (BRASIL, 2011-A), também acolheu a responsabilidade objetiva:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No dispositivo constitucional acima exposto tem-se que a responsabilidade civil do Estado é a do risco administrativo ou objetiva, dado que a culpa ou dolo só é exigido em relação ao agente causador direto do dano, já em relação as pessoas jurídicas de Direito Público nenhuma exigência dessa natureza foi feita, assim essas pessoas respondem independentemente de terem agido com dolo ou culpa, isto é, objetivamente (GASPARINI, 2005, p. 913).

Para Medauar (2009, p. 379) o preceito constitucional estabelece duas relações de responsabilidade, a primeira em que o poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos respondem objetivamente perante a vítima do dano, baseado no nexos causal, e a segunda a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou culpa.

Ainda o parágrafo sexto do artigo em comento assegurou a Administração o direito de regresso contra o responsável, ou seja, o direito de obter do agente o pagamento da importância despendida no ressarcimento da vítima, entretanto condicionado à prova do dolo ou culpa do agente, revestida, portanto de caráter subjetivo (MEDAUAR, 2009, p. 381).

Mencionando somente as pessoas jurídicas de direito público o Código Civil de 2002 omite as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos: “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.” (BRASIL, 2011-J).

Para Carvalho Filho (2009, p. 526) o Código Civil de 2002 encontra-se em total consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que para o ordenamento pátrio o Estado sujeita-se a teoria da responsabilidade objetiva.

Ainda Bandeira de Mello (2006, p. 948) esclarece que a responsabilidade do Estado não se confunde com a obrigação do Poder Público em indenizar os particulares, nos casos em que a ordem jurídica lhe confere poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando o interesse privado e convertendo-os em expressão patrimonial pública, como exemplo da desapropriação.

As causas excludentes da responsabilidade civil já foram apreciadas no capítulo anterior, sendo as mesmas aplicáveis a Fazenda Pública.

4.3 O regime jurídico da prescrição aplicado a Fazenda Pública

O revogado Código Civil de 1916 estabelecia regra geral referente aos prazos prescricionais em seu artigo 177, em que as ações pessoais prescreveriam ordinariamente em vinte anos contadas da data em que poderiam ter sido propostas. E nos artigos seguintes prazos específicos para determinadas ações.

Com o intuito de preservar o interesse público o legislador optou por editar Decreto próprio a fim de regular o prazo prescricional aplicado a Fazenda Pública. Assim, a prescrição das ações contra a Fazenda Pública tem como fonte normativa o Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, que traz em seu artigo primeiro:

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 sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. (BRASIL, 2011-D).

Complementando o artigo acima, foi editado o Decreto-lei nº 4.597 em 19 de agosto de 1942, que em seu artigo 2º¹⁴, estendeu a aplicação quinquenal as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos por receita tributária prevista em lei, bem como todo e qualquer direito de ação contra os mesmos.

Esclarece Carvalho Filho (2009, p. 974) que a expressão entidades e órgãos paraestatais rende controvérsias, mas indica que além das autarquias o legislador procurou alcançar as entidades de direito privado vinculadas ao Estado, que atualmente compõe a Administração Indireta, porém entre essas não mais prevalece a prescrição

¹⁴ Art. 2º O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos. (BRASIL, 2011-E).

quinqüenal, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recepcionou essa parte do dispositivo, pois dá a essas pessoas o mesmo tratamento dispensado as pessoas privadas, assim a prescrição aplicadas a elas se regula através do Código Civil de 2002.

Acerca da fundamentação do Decreto nº 20.910/1932, Vasconcelos Carneiro (2011) expõe:

Diante de tal quadro normativo, **prescrição vintenária** das ações pessoais em geral, prevista no art. 177 do Código Civil de 1916, e **prescrição quinqüenal** das mesmas espécies de ações quando propostas contra a Fazenda Pública, emerge incontroverso que a finalidade explícita do legislador foi conferir tratamento favorecido às pessoas jurídicas de direito público quando litigantes em juízo. [grifo no original]

Ressalta Carneiro da Cunha (2009, p. 73) que o prazo de cinco anos previsto nas regras em comento não se refere somente a prescrição, mas também a decadência, tendo em vista que não havia distinção entre os institutos, acontecendo a devida diferenciação com o advento do Código Civil de 2002.

Tem-se entendido que a prescrição quinqüenal não abrange os direitos reais, porque se assim fosse a Administração Pública poderia adquirir imóvel alheio no prazo de cinco anos, gerando assim um usucapião especial em hipótese não prevista no ordenamento jurídico. Portanto em se tratando de ação real contra a Fazenda Pública aplica-se a regra constante no artigo 177 do Código Civil de 1916, abrangida pelo artigo 205¹⁵ do Código Civil de 2002 (DI PIETRO, 2003, p. 622).

Meirelles (2009, p. 740) ainda acentua que admitir-se a prescrição quinqüenal nas ações reais equivaleria a estabelecer um usucapião de cinco anos em favor da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que se demonstraria como um novo meio de adquirir não admitido por lei.

Ainda rememora Carvalho Filho (2009, p. 73) que adquirir por usucapião propriedade móvel ou imóvel pertencente a pessoas públicas é juridicamente

¹⁵ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. (BRASIL, 2011-J).

impossível, uma vez que os bens públicos são insuscetíveis de serem adquiridos via usucapião, conforme artigo 102¹⁶ do Código Civil de 2002.

Assim, as pretensões em face da Fazenda Pública estão sujeitas ao prazo prescricional de cinco anos, incluindo a pretensão relativa às prestações correspondentes a vencimentos, pensões, soldos e a quaisquer restituições ou diferenças, vencidas ou por vencerem (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 72).

Continua o mesmo autor (2009, p. 73) explanando:

[...] À evidência, toda e qualquer pessoa dispõe do prazo *prescricional* de 5 (cinco) anos para intentar ações condenatórias em face da Fazenda Pública. Em se tratando de ações anulatórias ou constitutivas, o prazo de ajuizamento também é de 5 (cinco) anos. O detalhe é que, nas ações anulatórias, tal prazo de 5 (cinco) anos é *decadencial*, e não prescricional. Pouco importa que a legislação aqui referida aluda a *prescrição*; antes do Código Civil de 2002, todos os prazos extintivos, seja de prescrição, seja de decadência, eram denominados, pela legislação em regência, de prazos de prescrição. [grifo no original]

Em relação a suspensão do prazo prescricional os efeitos quanto a contagem dos prazos para a Fazenda Pública são idênticos aos particulares, porém nos casos de interrupção o mesmo não sucede. O artigo 3^o¹⁷ do Decreto-lei nº 4.597/42 estabeleceu que o prazo prescricional só pode ser interrompido uma vez e que assim a prescrição recomeça a correr pela metade do prazo (CARVALHO FILHO, 2009, p. 977).

Acerca da segunda regra imposta, o Supremo Tribunal Federal prolatou a Súmula nº 383 (BRASIL, 2011-K): “A prescrição em favor da Fazenda pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.”.

Assim se a prescrição for interrompida na primeira metade do prazo normal, nunca o prazo total poderá ser inferior a cinco anos (CARVALHO FILHO, 2009, p. 977).

¹⁶ Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. (BRASIL, 2011-J).

¹⁷ Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio. (BRASIL, 2011-E).

Já a prescrição intercorrente, também disposta no artigo 3º do Decreto-lei nº 4.597/42, é aquela que se consuma no curso da ação judicial, ela também beneficia a Fazenda Pública, pois se a inércia do titular do direito material ocorrer dentro do curso da ação, haverá a prescrição intercorrente na mesma ação, dá mesma forma que se ocorresse antes da instauração da demanda (CARVALHO FILHO, 2009, p. 979).

Desse modo, até a edição do Código Civil de 2002 o tratamento da prescrição para o exercício de um direito ou ação contra a Fazenda Pública era extremamente mais exíguo que o previsto para regulamentar as relações de direito privado.

4.4 Aplicação da prescritibilidade em ações de reparação de dano contra a Administração Pública

Conforme visto anteriormente é de 5 (cinco) anos o prazo prescricional para a propositura de ação condenatória em face da Fazenda Pública, dentre tais ações condenatórias surgem aquelas em que se pede a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de indenização, em razão de responsabilidade por evento danoso.

Porém o Código Civil de 2002 estabeleceu prazo prescricional diferenciado para a propositura de ação que verse acerca de responsabilidade civil: “Art. 206. Prescreve: [...]§ 3º Em três anos: [...]V - a pretensão de reparação civil” (BRASIL, 2011-J).

Com a inovação do Código Civil de 2002 surge um quadro contraditório acerca do prazo prescricional a ser aplicado nas ações de responsabilidade civil contra a Fazenda Pública, o prazo de cinco anos do Decreto nº 20.910/1932 ou o artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002.

Sobre a problemática expõem Martins e Figueiredo (2002, p. 52-53):

A reparação civil ficará sujeita ao prazo trienal (CC/2002, art. 206 § 3º, V), em vez de vintenário (CC/1916, art.177). Assim, se o ato ilícito for praticado por pessoa de direito privado, o prazo prescricional da respectiva pretensão à

reparação será trienal, mas se a prescribente (beneficiária da prescrição) for pessoa jurídica de direito público o prazo será maior (quinqüenal). A situação ficará paradoxal porque o Decreto 20.910/1932 procurou dar tratamento mais benéfico às pessoas jurídicas de direito público, ao prever a prescrição quinqüenal, em vez de vintenária (CC/1916, art. 177).

A doutrina tem se mostrado dividida acerca do embate, alguns autores se pronunciam a favor da aplicação do prazo prescricional trienal, outros do prazo quinqüenal, e ainda outros autores se abstém de se pronunciar, conforme se analisará na seqüência.

4.4.1 Posicionamentos favoráveis a aplicação da prescrição quinqüenal para a Fazenda Pública

Como visto o Decreto nº 20.910/1932 retrata a prescrição quinqüenal a ser aplicada nas ações que o administrado promover contra a Administração Pública.

Gasparini (2005, p. 850) escreve que deve prevalecer como regra geral, para a prescrição das ações judiciais do administrado contra a Administração Pública o prazo de cinco anos para as ações pessoais e o de dez anos para as reais, seja para a defesa de direito próprio, ou de interesses coletivos.

Acerca do prazo prescricional aplicável a Fazenda Pública, para Cahali (2008, p. 299), tendo em vista a especialidade da norma, aplicar-se-á em todas as situações o Decreto nº 20.910/1932:

No litígio envolvendo particular e a Administração, não se aplica, em tese, a prescrição prevista no direito comum: o Código Civil regula os direitos de ordem privada, enquanto as relações entre o Estado e seus funcionários têm caráter estatutário, sendo regidas pelo direito público – afirma-se que ‘o art. 1.º do Decreto 20.910, de 1932, em consonância com a Lei 5.761, de 1930, e o Decreto-lei 4.597, de 1942, fixando prazo prescricional de cinco anos, abrange todas as ações pessoais contra a Fazenda Pública, ainda que não patrimoniais’.

Na visão de Gasparini (2005, p. 850) também prevalece o prazo prescricional quinqüenal por força da Lei nº 9.494/91:

Com efeito, prescreve em cinco anos a ação de indenização por danos causados por pessoas jurídicas de Direito Público ou por pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, consoante estatui o art. 1º-C da Lei Federal n. 9.494/97¹⁸.

Bandeira de Mello (2006, p. 999) também defende a aplicação da Lei nº 9.494/97 ao relatar que a expressa menção ao prazo de cinco anos para propositura de ação de indenização por danos causados por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, garante a utilização do prazo quinquenal.

Tendo em vista entendimento de que lei geral não revoga legislação especial, tem-se que as ações de reparação de dano contra a Fazenda Pública ficam sujeitas ao prazo prescricional de cinco anos (STOCO, 2007, p. 207).

Continua Stoco (2007, p. 208):

[...] o dinamismo na criação legislativa restou por favorecer as vítimas, nas hipóteses de danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, pois, assim não fosse, o prazo seria de apenas três anos, conforme dispõe o art. 206, §3º, V, do CC/2002. Como a Lei 9.494/97 equiparou as pessoas jurídicas de direito privado, desde que prestadoras de serviços públicos, às pessoas jurídicas de direito público para efeito de reparação de danos, prevalece para ambas a prescrição quinquenal. Ademais e como não se desconhece, a lei geral posterior não revoga a legislação especial que lhe seja anterior.

Esclarece Diniz (2005-B, p. 92) acerca do princípio da especialidade da norma e princípio cronológico:

Em caso de antinomia entre o critério de *especialidade* e o *cronológico*, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério. [grifo no original]

¹⁸ Art. 1º-C. 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. (BRASIL, 2011-I).

Posiciona-se Cahali (2008, p. 301) que o prazo quinquenal da indenização de prejuízos materiais causados pela Fazenda Pública também será o prazo para a compensação de danos morais, posicionando-se assim a favor da aplicação quinquenal.

Para Moraes (2007, p. 259), prescreve em cinco anos, contados da ocorrência do ato ou fato, a ação contra o Poder Público para haver indenização por responsabilidade civil.

Decidiu o Tribunal de Justiça Catarinense recentemente:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO IRREGULAR POR HOMONÍMIA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM DIMENSIONADO COM RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CORRETAMENTE FIXADOS. SENTENÇA MANTIDA. APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS.

I. À luz do disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32 flui em um quinquênio o prazo prescricional da ação movida contra o Estado.

II. Demonstrado que a prisão do autor defluiu de erro da atividade estatal, uma vez que o real indiciado era seu homônimo, resta inafastável, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição da República, a obrigação de indenizar os danos a ele infligidos.

III. O quantum indenizatório em sede de dano moral deve sopesar critérios tais como culpa do acionado, nível sócio-econômico das partes e consequências do ato ilícito, para, reverenciado o binômio razoabilidade/proporcionalidade, corresponder a valor que, a um só tempo, não sirva de lucro à vítima, nem tampouco desfalque o patrimônio do lesante, mostrando-se apto a compor, na justa medida, o gravame sofrido, com o sentido compensatório e punitivo que se exige.

IV. Vencida a FAZENDA PÚBLICA, esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência deve situar-se no patamar de 10% (dez por cento) do valor da condenação. (SANTA CATARINA, 2011-A).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu acerca do prazo prescricional aplicável:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. PRETERIÇÃO NA PROMOÇÃO À PATENTE DE CORONEL DE POLÍCIA MILITAR. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONCLUSÃO QUE SE COADUNA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ. INSURGÊNCIA CONTRA O VALOR FIXADO A

TÍTULO DE DANOS MORAIS. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Cuidam os autos de ação de indenização decorrente de preterição na promoção à patente de coronel da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.
2. O pedido foi julgado procedente em primeira instância, reconhecendo-se a responsabilidade do Estado e fixando os danos morais em R\$ 200.000,00, o que foi mantido pelo Tribunal de origem.
3. Verifica-se que o Tribunal de origem apreciou adequadamente todos os pontos necessários ao desate da lide, não havendo nenhuma omissão que justifique a sua anulação pelo STJ.
4. Ademais, não está o magistrado obrigado a debater todos os argumentos trazidos pelas partes, bastando que se enfrente a questão principal dos autos, o que ocorreu na presente hipótese.
5. Não se deve confundir fundamentação sucinta ou contrária aos interesses da parte com negativa de prestação jurisdicional, motivo por que rejeito a tese de violação aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil.
6. "O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto 20.910/32, que disciplina que o direito à reparação econômica prescreve em cinco anos da data da lesão ao patrimônio imaterial" (AgRg no REsp 1.197.615/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 17/11/10).
7. É cediço de que, em regra, não cabe o exame na via eleita da justiça do valor reparatório, porque tal providência implicaria reavaliação de fatos e provas, o que é vedado nos termos da Súmula 7/STJ.
8. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, evidenciando-se flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se configurou na hipótese dos autos.
9. Agravo regimental não provido (BRASIL, 2011-L).

Extrai-se de referido acórdão que nas ações de cunho indenizatório aplicar-se-á o prazo prescricional de cinco contra a Fazenda Pública.

4.4.2 Posicionamentos favoráveis a aplicação da prescrição trienal para a Fazenda Pública

Tem sido defendida a aplicação do artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002 não somente as pessoas de direito privado, mas também as de direito público.

Para Carvalho Filho (2009, p. 550) o texto acima codificado se refere a reparação civil de forma genérica, assim forçoso reconhecer que a redução do prazo beneficiará tanto as pessoas públicas como as de direito privado prestadoras de serviços público, sendo que desse modo o Decreto nº 20.910/1932 ficaria derogado no que concerne a reparação civil.

Para Carneiro da Cunha (2009, p. 86) justifica-se a aplicação do prazo trienal pela motivação com que o Decreto nº 20.910/32 foi editado:

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 20.910/1932) previa um prazo de prescrição próprio de 5 (cinco) anos para as prestações contra a Fazenda Pública. Nesse intuito de beneficiá-la, o próprio Decreto nº 20.910/1932, em seu art. 10, dispõe que os prazos menores devem favorecê-la.

Tem o mesmo entendimento Carvalho Filho (2009, p. 550):

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 Decr. 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 no sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil.

Propondo-se a resolver a questão Carneiro da Cunha (2009, p. 85) ressalta que em princípio a regra especial deveria prevalecer sobre a geral, assim a pretensão da reparação civil contra a Fazenda Pública manter-se-ia subordinada ao regime da prescrição quinquenal, porém devendo-se levar em conta o artigo 10 Decreto nº 20.910/1932 (BRASIL, 2011-D) que assim dispõe: “Art. 10º. O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes, das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas as mesmas regras.”.

Para Padaratz (2011) a simples utilização do princípio da especialidade, desconsiderando a lógica do sistema levaria a conclusão de que sendo Código Civil de 2002, lei geral, e o Decreto nº 20.910/32, lei especial, prevaleceria a aplicação do último, porém a preponderância da lei especial sobre a geral não é princípio absoluto. E a utilização de tal critério conduziria a uma relativização injustificada do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Vasconcelos Carneiro (2011) relata:

A despeito do reconhecimento da validade hermenêutica do princípio segundo o qual *lex specialis derogat legi generali*, não pode tal preceito conduzir o intérprete a uma solução desarrazoada ou, ainda, incompatível com os princípios regentes das relações publicísticas. Efetivamente, o Decreto nº 20.910/32 é especial em relação ao Código Civil, contudo essa relação de especialidade não é capaz de, por si só, apontar para uma intelecção normativa que vá de encontro aos vetores axiológicos do nosso ordenamento jurídico.

Para Carvalho Filho (2009, p. 975) não há possibilidade do sistema admitir prazo de prescrição privilegiado aos particulares, quando na verdade os prazos especiais sempre beneficiaram a Fazenda Pública.

Conclui Carneiro da Cunha (2009, p. 85-86):

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 Tribunal de Justiça Catarinense em recente decisão:

APELAÇÃO CÍVEL - REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DO TRABALHO EM CONDIÇÕES INSALUBRES - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO REPARATÓRIA A FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA - APLICAÇÃO DO ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL - PRAZO TRIENAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 10 DO DECRETO 20.910/32 - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DE MÉRITO, A TEOR DO ART. 269, IV, DO CPC - INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - PROVIMENTO DO APELO DO MUNICÍPIO, PREJUDICADO O DO AUTOR.
“Ainda que, em que pese, os princípios basilares da hermenêutica conduzam à prevalência da lei especial sobre a lei geral, tem-se que, no caso concreto, o conflito de normas encontra expressa solução justamente no Decreto nº 20.910/32, cujo art. 10 reza que "o disposto nos artigos anteriores não altera as

prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas as mesmas regras". "Como se observa, o legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado neste particular. É exatamente essa a situação em apreço, daí porque se revele legítima a incidência na espécie do prazo prescricional de três anos, fruto do advento do Código Civil de 2002." (grifo do original) (STJ, Resp 1.137.354, do Rio de Janeiro, rel. Min. Castro Meira, j. em 08.9.2009). (SANTA CATARINA, 2011-B).

Colhe-se de decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através da sua Terceira Turma:

PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL MENOR PREVISTO NO NOVO CÓDIGO CIVIL. PREVISÃO EXPRESSA. DECRETO 20.190/32.

A teor do disposto no art. 10 do Decreto nº 20.190/32, é impositiva a aplicação do prazo prescricional inferior àquele de 5 (cinco) anos previsto nesse decreto, para as ações ajuizadas contra a Fazenda Pública, desde que estabelecido em lei.

A ação de reparação civil proposta contra a Fazenda Pública prescreve em 3 (três) anos, a contar da data do fato, conforme previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Novo Código Civil - Lei nº 10.406/2002. (BRASIL, 2011-N).

Examina-se que o julgador utilizou do artigo 10 do Decreto nº 20.910/32 a fim de embasar sua decisão.

Também a Quarta Turma do mesmo Tribunal já decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. DANO MATERIAL. DANO MORAL. LUCRO CESSANTE. DESPEJO DA ÁREA UTILIZADA PARA O "PROJETO DE ASSENTAMENTO NÚCLEO AGRÍCOLA VITÓRIA". ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. HONORÁRIOS. 1. O prazo prescricional para as ações de reparação decorrentes da responsabilidade civil regulado pelo novo Código Civil aplica-se à Fazenda Pública, porquanto inferior a cinco anos. Contudo, ao caso, incide o disposto no art. 2.028 no novo Código Civil, de forma que a prescrição aplicada é a regulada pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Ação não prescrita. 2. A atitude do INCRA em assentar famílias em terras que não estavam plenamente legitimadas em sua posse ocasionou o evento danoso. As providências tomadas pela Polícia Militar advieram de ordem judicial, em seu estrito cumprimento. Não importa aqui se a conduta foi ou não culposa, tendo em vista a responsabilidade objetiva do ente público, como apregoa o art. 37, § 6º, da CF/88. (BRASIL, 2011-O).

Na decisão colacionada acima, apesar de não incidir a prescrição por força do artigo 2.028 do CC, o magistrado tem por certa a aplicação da prescrição trienal a Fazenda Pública nos casos de responsabilidade civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se encontra pacificada ao aplicar o artigo 206, § 3º, V, conforme decisão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DO ART. 206, § 3º, INC. V, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRAZO TRIENAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. Na hipótese dos autos, o recorrente defende que a Comarca de Ibiá é o juízo competente para análise dessa ação com base no documento de fls. 90/92, que demonstra que o objeto dos autos está relacionado ao contrato administrativo firmado entre as partes.

2. Ocorre que não é possível, em sede de recurso especial, aferir qual é o juízo competente para essa ação com base no exame de provas, face ao óbice preconizado na Súmula 7/STJ.

3. O entendimento jurisprudencial da 1ª Seção do STJ é no sentido de que se aplica o art. 206, § 3º, inc. V, do CC/02, nos casos em que se requer a condenação de entes públicos ao pagamento de indenização por danos materiais/morais. Nesse sentido: EREsp 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.10.2009; REsp 1.137.354/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 18.9.2009.

4. Considerando que o evento danoso ocorreu em 5.8.2002 e a demanda foi ajuizada em 29.9.2006, é possível verificar que já transcorreram mais de três anos, ocorrendo a prescrição no que se refere ao pedido de indenização por danos morais promovido pelo ora recorrido.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (BRASIL 2011-P)

Ainda decidiu o Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA TRÊS ANOS.

1. O legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto nº 20.910/32.

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 nº 20.910/32.

3. Recurso especial provido. (BRASIL 2011-M).

Colhe-se do inteiro teor da decisão retro mencionada:

Ainda que, em tese, os princípios basilares da hermenêutica conduzam à prevalência da lei especial sobre a lei geral, tem-se que, no caso concreto, o conflito das normas encontra expressa solução justamente no Decreto nº 20.910/32, cujo art. 10 reza que "o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas as mesmas regras".

Como se observa, o legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado neste particular. É exatamente essa a situação em apreço, daí porque se revela legítima a incidência na espécie do prazo prescricional de três anos, fruto do advento do Código Civil de 2002. (BRASIL 2011-M).

Reconhecido na ementa em análise que a motivação pelo qual foi promulgado o Decreto nº 20.910/32 é de valia na aplicação de prazo inferior ao determinado por esse, tendo em vista que beneficiar a Fazenda Pública através de uma prerrogativa prescricional foi o intuito do legislador à época.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou o prazo prescricional aplicável nas ações de responsabilidade civil movidas contra a Administração Pública.

Verificou-se que o instituto da prescrição trabalha a relação tempo *versus* o exercício de direitos, podendo ser causa de aquisição de direitos, quando torna a situação que o titular vem exercendo intocável, pode ser extintiva, quando ocorre a extinção da relação jurídica não exercida.

Assim a prescrição é extintiva da pretensão de direito material pelo não exercício no prazo estipulado pela lei, tendo por objeto a pretensão de direito material devida em razão de um descumprimento legal ou obrigacional e não a ação. O prazo prescricional geral encontra-se estipulado no artigo 205 do Código Civil de 2002, e os específicos no artigo 206 do mesmo diploma legal.

O prazo prescricional para as ações de responsabilidade civil encontra-se no artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil, sendo três anos o prazo para os insatisfeitos, injustiçados e os que sofreram danos recorrerem a justiça para a sua reparação.

Bem como o Decreto nº 20.910 de 1932 assegura o prazo de cinco anos para as ações intentadas contra a Fazenda Pública, motivada sua promulgação na época a fim de beneficiar os entes públicos quando o Código Civil de 1916 determinava o prazo de 20 anos para prescreverem as ações em geral.

Entra em rota de colisão o princípio da especialidade da norma, (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*), que ressalta que a lei geral não pode revogar diplomas especiais, e os princípios protetivos do Estado, bem como da vontade do legislador ao editar norma.

A doutrina atual não se encontra pacificada acerca do tema, havendo diversos argumentos com embasamento legislativo e ainda com os princípios que se fundam o direito pátrio. Bem como os julgados dos Tribunais também encontram dificuldades em consolidar um posicionamento uno.

A Constituição da República Federativa do Brasil determina ser um dos objetivos do Estado garantir o bem de todos, assim aplicável prerrogativas que visem beneficiar a Fazenda Pública tanto quanto puderem, a fim de não prejudicar o erário.

A fim de haver uma maior segurança jurídica, necessário se faria uma alteração legislativa das normas que versam sobre os prazos prescricionais, determinando a aplicação de, se houver, prazos prescricionais menores do que o constante no Decreto nº 20.910/1932.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1949.

BÔAS, Regina Vera Villas. Marcos históricos relevantes da história da responsabilidade civil *in* NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 (p. 428).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em: 04 mar. 2011-A.

_____. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM556.htm>. Acesso em: 20 mar. 2011-B.

_____. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 mar. 2011-C.

_____. Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932. **Regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D20910.htm>. Acesso em: 10 mar. 2011-D.

_____. Decreto-lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942. **Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De14597.htm>. Acesso em: 07 abr. 2011-E.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De14657.htm>. Acesso em: 04 abr. 2011-F.

_____. Lei n. 810, de 06 de setembro de 1949. **Define o ano civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L810-49.htm>. Acesso em: 06 de abr. 2011-G.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 de mar. 2011-H.

_____. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. **Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em: 28 abr. 2011-I.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011-J.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 383**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=383.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 abr. 2011-K.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Administrativo. Processual Civil. Agravo Regimental No Agravo De Instrumento. Responsabilidade Civil Do Estado... Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Processo: 1349907/MS 2010/0169902-1. Estado de Mato Grosso do Sul e Paulo César Gomes Navega. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ 23 fev. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001699021&dt_publicacao=23/02/2011>. Acesso em: 20 mar. 2011-L.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Prescrição... Recurso Especial. Processo: 1137354/RJ 2009/0165978-0. Estado de Rio de Janeiro e Severiano Romão Vieira. Relator: Ministro Castro Meira. DJe 18/09/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901659780&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em 24 mar. 2011-M.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. Processual. Prescrição. Ação contra a Fazenda Pública. Apelação Cível. Processo: 2006.70.02.002343-5. Cleide de Oliveira e União Federal. Relator: Juíza Federal Vânia

Hack De Almeida. DE 16 ago. 2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1811357&hash=98d4515056729cb8559489e53fdc84ec>. Acesso em 22 mar. 2011-N.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. Responsabilidade Civil da Administração. Dano Material... Apelação/Reexame Necessário. Processo: 2005.70.002204-0. Sandro da Costa e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Relator: Juiz Márcio Antônio Rocha. DE 18 set. 2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1813593&hash=3b39d163032e0b65112e5a4262559b16>. Acesso em 22 mar. 2011-O.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Responsabilidade Civil do Estado.... Recurso Especial. Processo: 1215385/MG 2010/0178435-8. Município de Ibiá e Nélio Flausino da Silva. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJe 08/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001784358&dt_publicacao=08/02/2011>. Acesso em 24 mar. 2011-P.

BÜHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Responsabilidade civil no novo código civil *in* NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade civil**: doutrinas essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 (p. 373).

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**: volume 2, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil, volume 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005-A.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, volume 7. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005-B.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Douglas Phillips. **O novo código civil**: Comentado por artigos. Florianópolis: Voxlegem, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008-A.

_____. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil, volume 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008-B.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: volume 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Alan; FIGUEIREDO, Antonio Borges de. **Prescrição e decadência no direito civil**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**, parte geral, tomo VI. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral, volume 1. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Responsabilidade civil do estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública**. 2010, disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-GUSTAVO-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

PADARATZ, Claudia. **Repensando a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública sob a ótica do interesse público**. 2006, disponível em <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/repensandofazenda.doc>. Acesso em: 24 mai. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002-A.

_____. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002-B.

REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **O projeto do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.106, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA SOBRINHO, Délio José. **Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral, volume 1**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil, volume 4**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Público. Apelação Cível e Recurso Adesivo. Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais...Apelação Cível. Processo: 2010.034460-4. Estado de Santa Catarina e Ricardo Duarte. Relator: Des. João Henrique Blasi. DJe 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.juiz1GrauKey=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=¶metros.foro=¶metros.relator=¶metros.processo=2010.034460->

4¶metros.nao=¶metros.classe=¶metros.rowid=AAAQr%2BAAAAAKFhaAM>. Acesso em: 22 mar. 2011-A.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Público. Apelação Cível - Reparação de Danos decorrentes do trabalho em condições insalubres... Apelação Cível. Processo: 2011.000372-5. Elias Guiomar Pereira e Município de Anchieta. Relator: Des. José Volpato de Souza. DJe 13 abr. 2011. Disponível em:

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.juiz1GrauKey=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=¶metros.foro=¶metros.relator=¶metros.processo=2011.000372-5¶metros.nao=¶metros.classe=¶metros.rowid=AAAQr%2BAAAAAKFi3AAH>>. Acesso em: 22 mar. 2011-B.

SANTANA, Héctor Valverde. **Prescrição e decadência nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento: volume 1**, 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VASCONCELOS CARNEIRO, Bernardo Lima. **A prescrição trienal em favor da Fazenda Pública: para uma interpretação sistêmica e dialógica à luz do CC/02**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 183. 2006, disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1368>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007-A.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007-B.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.