

A prescrição judicial das ações contra o Estado no que concerne a condutas comissivas e omissivas

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*)

1. Prescrição

A prescrição, como é sabido, configura-se como fenômeno que resulta da influência do tempo sobre os direitos, influência essa de caráter marcante e variável no campo jurídico. É claro que o tema da prescrição apresenta inúmeros aspectos e infinitas controvérsias, não cabendo na dimensão e no propósito deste trabalho proceder a um aprofundamento sobre todas as vertentes do instituto. O alvo destas considerações reside especificamente no exame da prescrição das ações de terceiros em face de condutas comissivas e omissivas do Estado, razão por que nos prenderemos ao exame do tema do modo mais objetivo possível.

Os direitos nascem para seu titular com a presunção de que vão ser por ele exercidos, já que representam para ele uma das formas de interesse. Mas o titular não está obrigado, em princípio, a exercê-los, até porque seu interesse pode consistir exatamente no não-exercício. Em compensação, deve executar alguma *ação defensiva* com vistas à proteção do direito.

Assim sendo, “*não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor*”, como ensina **Clóvis Beviláqua** com a habitual precisão. “*O que o torna inválido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege*”, porquanto essa forma de ação constitui princípio tutelar de preservação dos direitos (*Teoria Geral do Direito Civil*, 1955, pág. 268).

Essa conduta protetiva é que, se não exercida pelo titular em determinado tempo, fixado em lei, acaba por acarretar a perda da ação jurídica de proteção ao direito. Adotando, pois, o preciso conceito do festejado civilista, pode dizer-se que *prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e dos elementos de sua proteção, em virtude do não uso deles durante um determinado período do tempo*.

A causa fundamental da prescrição se situa, portanto, na inércia do titular. O ordenamento jurídico predetermina a perda da ação e da proteção do direito, não como uma penalidade imposta ao titular, como pensava **Pothier**, mas sim pela circunstância de que a inércia produz o nascimento e a consolidação de inúmeras situações jurídicas contrárias ao direito. Não houvesse a prescrição, essas novas situações jurídicas provocariam inexorável perturbação social, e por isso estaríamos

diante do conflito entre o direito objetivo e as realidades sociais a que deve ele adequar-se.

2. Estado e prescrição

Dotado de personalidade jurídica, o Estado, por esse motivo, é titular de direitos e obrigações na ordem jurídica. Assim como normas jurídicas conferem a ele o poder de exigir de terceiros a observância de seus direitos, ao mesmo tempo outras normas lhe impõem a obrigação de respeitar os direitos de outrem, sob pena de sofrer os mesmos efeitos que sofrem os particulares que também desrespeitam os seus direitos.

Por ser titular de direitos, o Estado, como qualquer pessoa, submete-se aos efeitos da inércia na ação defensiva desses mesmos direitos. Sujeita-se, pois, à prescrição, porque a inércia terá criado e consolidado inúmeras situações jurídicas em favor de terceiros. Por outro lado, pode ocorrer que esses terceiros sejam inertes em relação aos seus próprios direitos, criando-se, em consequência, situações jurídicas em favor de outras pessoas, inclusive o Estado.

Pode dizer-se, então, que a prescrição em relação ao Estado possibilita o surgimento de dois vetores: **a prescrição contra o Estado**, que indica realmente a perda da ação do Estado contra terceiros, e **a prescrição a favor do Estado**, ou seja, aquela que significa que terceiros perderam a possibilidade de ajuizar ação contra o Estado.

Para nosso estudo, só interessa a prescrição a favor do Estado, ou seja, aqueles casos em que a inércia de administrados na defesa de seus direitos acaba por provocar o nascimento e a consolidação de situações jurídicas em favor do Estado.

O Estado, como se verá adiante, detém alguns privilégios no que concerne à prescrição contra si, o que não é adotado em alguns sistemas jurídicos, que os consideram odiosos e injustificáveis. A maioria, porém, os abriga, levando em conta que em relação ao Poder Público é mais necessário ainda preservar o princípio da segurança e definitividade das situações jurídicas, não cabendo deixar-se em favor de particulares situações de pendência de longos prazos. Tais privilégios, entretanto, é bom que se diga, já foram maiores, como bem explica o mesmo **Clóvis Beviláqua**, pois que além de ser menor o prazo prescricional de suas dívidas passivas, eram ainda imprescritíveis as suas dívidas ativas (*ob. cit.*, pág. 300).

O que se pode constatar, então é que o Estado e as demais pessoas em geral têm o dever de promover as ações e medidas protetivas de seus direitos, de modo que, não o fazendo, permitirão que terceiros passem a ser titulares de situações jurídicas contrapostas a seu direito. O direito das pessoas, desse modo, seja qual for a categoria jurídica a que estas pertençam, contém, ao mesmo tempo, um elemento positivo e um negativo. Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico lhes confere poderes próprios dos direitos subjetivos, cobra delas o dever de demonstrar interesse nesses poderes, vedando-lhes permanecer em situação de inércia.

3. Quadro normativo

As regras básicas a respeito da prescrição de ações contra o Estado estão inscritas no Decreto nº 20.910, de 06.01.1932 - ato que, a despeito de sua nomenclatura, tem a mesma força jurídica da lei, eis que promulgado em época de anomalia política, na qual o Chefe do Governo Provisório de então tinha atribuições legislativas.

Dispõe o art. 1º desse diploma: *“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 originaram”*.

Acrescenta, ainda, o referido decreto que *prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças* (art. 2º).

Posteriormente, veio a lume o Decr.-lei nº 4.597, de 19.08.1942, que completou a disciplina prevista no Decreto nº 20.910/32. Para o presente estudo, destacam-se duas normas do aludido diploma. Em primeiro lugar, reza o art. 2º: *“O Decreto nº 20.910, de 06.01.1932, 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”*.

A outra regra estabelece que a prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decr. nº 20.910/32 só pode ser interrompida por uma vez, recomeçando a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último processo que visava à interrupção. No curso da lide, a prescrição se consuma sempre no prazo de dois anos e meio contado a partir do último ato ou termo do processo, inclusive da sentença nela proferida, ainda que passada em julgado (art. 3º). Essa matéria, aliás, acabou por gerar a Súmula nº 383, do S.T.F., que, interpretando o dispositivo, assentou: *“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”*.

Logicamente, temos que nos abstrair, na interpretação de tais normas, das impropriedades e das imperfeições contidas em vários pontos das citadas leis, em virtude de má técnica legislativa. No entanto, é perfeitamente possível extrair alguns elementos que, com certeza, constituíram a *mens legis*. Um desses elementos foi o de fixar prazo especial e menos longo para a prescrição das ações contra o Estado, mantendo, portanto, o privilégio que já existia há muito no ordenamento jurídico. Outro, também importante, foi o de considerar esse prazo prescricional menor não apenas para as dívidas passivas da Fazenda, mas a todo e qualquer direito e ação contra ela, direitos pessoais, é bom que se diga, não alcançando, por conseguinte, os direitos reais, como veio a ser entendido posteriormente pela doutrina e pelos

Tribunais (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1993, pág. 623/4; Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 3ª ed., pág. 434). Por fim, a redução do prazo no caso da interrupção da prescrição, norma que foge à regra geral pela qual a interrupção ocasiona o reinício integral do prazo. São estes, em síntese, os privilégios estatais no que toca à matéria de prescrição.

4. *Condutas estatais*

Ninguém desconhece as grandes transformações ocorridas no processo de evolução do Estado. A própria figura do Estado, nos moldes em que hoje se apresenta, era anteriormente desconhecida. E, depois de reconhecido pelos conjuntos sociais, veio o Estado submetendo-se a um inevitável processo evolutivo, calcado nos grandes movimentos sociais, políticos e econômicos grassados nas diversas sociedades. Sem examinar mais a fundo o papel do Estado, pode-se constatar que duas são as funções a que atualmente se dedica - uma, a função política, de caráter diretivo, pela qual define as diretrizes fundamentais que o conduzem aos objetivos futuros; outra, a função administrativa, de cunho operacional, a ele necessária em virtude dos variadíssimos interesses suscetíveis de gestão e de organização, existentes no meio social.

A função política consubstancia-se através de condutas sujeitas a regras específicas, normalmente estampadas nos textos constitucionais. A função administrativa, entretanto, é muito mais extensa e variável, o que é fácil de explicar diante do fator organizacional que a caracteriza. Nas justas palavras de **André de Laubadère**, a atividade administrativa se caracteriza pela extrema variedade dos atos que pratica (*"L'activité de l'administration est caractérisée par l'extrême variété des actes qu'elle accomplit"*) (*Manuel de Droit Administratif*, 18ª ed., pág. 198).

É preciso, ainda, observar que o Estado tem aumentado em muito o âmbito de sua atuação, quando trata da gestão dos interesses sociais. Esse aumento, como é fácil perceber, torna mais amplo o universo de atividades que constituem sua função administrativa. Conforme exata observação de **Cassagne**, *"el Estado de nuestros dias no se contenta ya con ser un mero espectador pasivo de cuanto acontece a su alrededor"*, fato que rende ensejo à intervenção estatal em outros setores da vida social, anteriormente não concebidos como objeto de sua atuação (*El Acto Administrativo*, 1974, B. Aires, pág. 35).

Nesse largo espectro em que se plasma o seu atuar, o Estado, na grande maioria das vezes, age de forma comissiva, isto é pratica atos, desenvolve atividades, soluciona problemas, disciplina indivíduos, organiza seus serviços e agentes, policia atividades e, enfim, exerce tudo aquilo que é exigido da função administrativa. Tais atividades, pois, constituem **as condutas comissivas** do Estado, condutas que, como se vê, qualificam-se por seu caráter positivo.

Ocorre que, em outras ocasiões, o Estado deixa de agir, ou seja, simplesmente se omite em atuar. É evidente que vários podem ser os fatores que provocam essa

omissão, sendo de se destacar que algumas omissões são lícitas, ao passo que outras se revestem de ilicitude. Algumas vezes, o Estado deixa de atuar, embora devesse atuar; se o faz, é certo que deve sofrer os efeitos de sua inação, assim como ocorre com qualquer titular de direitos e obrigações. Essas hipóteses em que o Estado, devendo pautar-se por um *facere*, fica numa posição de *non facere*, é que traduzem as chamadas **condutas omissivas** do Estado.

Seja qual for o tipo de conduta estatal, o certo é que nenhuma delas pode simplesmente afastar a influência do elemento *tempo*, porque este não toma em consideração o fato de ser pública ou privada a conduta, nem tampouco se ela é comissiva ou omissiva. Podem as soluções normativas ser diferenciadas para tais casos, mas não se pode negar a incidência do fator temporal sobre eles, porque, como já visto, certas situações jurídicas podem dar nascimento a outras de natureza contraposta, que passam a merecer do sistema normativo relevo de tal ordem que chegam elas a elidir as primeiras. Por isso mesmo, não tem importância a natureza pública ou privada da atuação comissiva ou omissiva, fato bem observado por **Guido e Potenza**, segundo os quais "*al tempo come periodo o decorso se ricollegano taluni istituti, alcuni comuni ao diritto pubblico ed al diritto privato (usucapione, prescrizione, decadenza) altri particolari al diritto pubblico (immemorabile)*" (*Manuale de Diritto Amministrativo*, Milão, 1978, pág. 171; o grifo é nosso).

Como o tópico presente se refere à conduta estatal, não é dispensável fazer-se breve consideração a respeito do sentido do termo *estatal* no caso, para o exame da prescrição quinquenal. O art. 2º do Decr.-lei nº 4.597/42 teve, à evidência, o escopo de estender os limites traçados pelo Decr. 20.910/32, vez que determinou a incidência desse último diploma às *autarquias ou entidades e órgãos paraestatais*. Essa última expressão contém vários equívocos, que devem, porém, ser creditados à falta de técnica legislativa na criação da norma e também à circunstância de que naquela época ainda não estavam bem definidos os sentidos dos vocábulos componentes. Destaque-se, por exemplo, que órgãos são compartimentos internos despersonalizados e por tal razão não tinham que ser referidos; a referência haveria sempre que ser feita às pessoas jurídicas, estas sim, as figuras realmente dotadas de personalidade jurídica. Por outro lado, embora continue duvidosa a expressão, tem-se que entidades paraestatais são aquelas que, embora ligadas ao Estado são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, desenvolvendo, com frequência, atividade no campo regido pelo direito privado (**Hely Lopes Meirelles**, *ob. cit.*, pág. 318). Assim sendo, afigura-se-nos correto o entendimento, adotado por grande parte da doutrina, de que a norma do Decr. nº 20.910/32, antes voltada apenas às pessoas federativas, passou, com a alteração do D.L. nº 4.592/42 a se destinar só e efetivamente às *demais pessoas jurídicas de direito público* componentes do sistema de Administração Pública, caso em que se encontram as autarquias e as denominadas fundações de direito público. Tem-se, portanto, que o sentido de *condutas estatais* abrange apenas o conjunto de pessoas administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito público. Tal entendimento é esposado, entre outros, por **Sérgio de Andréa Ferreira** (*Direito Administrativo Didático*, 1985, pág. 129).

Vejam, pois, como se deve examinar a prescrição diante das condutas comissivas e omissivas do Estado.

5. *Condutas comissivas*

As condutas comissivas do Estado são aquelas representadas normalmente pelos atos que pratica, sejam atos jurígenos, como os atos administrativos, sejam os denominados atos de mera administração, por alguns chamados de *ajurídicos*, os quais não visam à produção de qualquer efeito jurídico (Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 1992, pág. 65). Esta última categoria de atos constitui o que a doutrina qualifica como *atos administrativos*, porque traduzem, na verdade, meras operações materiais ocorridas no âmbito da gestão administrativa do Estado.

No caso sob estudo, não importa de que natureza seja o ato praticado pelo organismo estatal. Avulta, isto sim, a circunstância de que se enquadram na categoria geral das condutas comissivas do Estado, bem como o fato de que, por serem condutas, podem gerar o nascimento e a consolidação de situações jurídicas em favor de outrem. Mas, ao mesmo tempo - é oportuno dizer - a inação de terceiros em relação a tais condutas comissivas do Estado também produz, em favor deste, o surgimento e a consolidação de situações jurídicas contrapostas.

Como se dá, então, a prescrição a favor do Estado, no caso de condutas comissivas?

A prescrição, sendo instituto ligado ao fator tempo, não pode prescindir do momento em que se inicia a pretensão da pessoa contra a situação jurídica originada pelo autor do ato. Assim a regra geral, como averba Caio Mário da Silva Pereira, é que “*se a prescrição fulmina a relação jurídica pelo decurso do tempo aliado à inatividade do sujeito, tem começo no momento em que podendo ele exercê-lo, deixa de o fazer*” (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, 1992, pág. 483, grifo nosso).

Ressalve-se, todavia, que não se pode dizer, com rigor técnico, que o prazo da prescrição tem início com a inércia do titular do direito. É que, afinal, nem sempre o deixar de atuar, por parte do titular do direito, caracteriza a situação de inércia. A doutrina alemã, contudo, clareou a noção, fundando-se no princípio da *pretensão acionável (anspruch)*, segundo o qual a prescrição tem início no momento em que o titular do direito tem idoneidade jurídica para propor ação, exercendo desse modo o direito de proteção contra aquele que agiu de forma contrária a seu direito subjetivo. Aqui sim, pode entender-se que, se o sujeito pode exercer a pretensão contra outrem, e não o faz no prazo fixado na lei, sua inação vai caracterizar-se como inércia antijurídica, gerando, em consequência, o surgimento da prescrição que passa a produzir um *status* de consolidação, em favor do autor do ato, da situação jurídica que seria alvejada caso o titular do direito não quedasse inerte.

A regra a respeito desse momento inicial, nas condutas comissivas, encontra-se no art. 1º do Decr. nº 20.910/32, que estabelece que o prazo de cinco anos deve ser contado *da data do ato ou fato do qual se originaram o direito e a ação do prejudicado*.

Dois aspectos merecem observação nessa parte.

Primeiramente, emana da norma o sentido de que se o interessado tem interesse em alvejar o ato ou o fato que lhe ensejaram o direito de agir judicialmente, por entendê-los contrários a seu direito material, deve pautar-se por um comportamento positivo, vale dizer, precisa invocar, no prazo fixado em lei, a tutela jurisdicional para o fim de ver desfeita a situação fática contraposta a seu direito. Ficando inerte, ter-se-á mostrado desinteressado no desfazimento da situação estatal contrária, de modo que, decorrido o prazo quinquenal, não mais terá o meio judicial de proteção a seu direito material. Neste momento, estará consolidada a situação fático-jurídica criada pelo Estado, que, na verdade, poderia ter sido desfeita, não fora a inércia do titular do direito. É sob esse aspecto que se diz que o Estado tem a seu favor a prescrição quinquenal, porque o prazo dentro do qual o titular do direito pode atacar, por meio de ação, a situação gerada pelo Estado é de apenas cinco anos.

O outro aspecto a ser considerado diz respeito aos marcos produtores do momento inicial da pretensão do titular do direito. Diz a lei que o prazo se iniciará a partir do *ato ou fato* que deram origem ao direito e ação do interessado. Significa que a contagem se dá a partir de uma *conduta comissiva* do Estado, ou seja, se o ato (entenda-se ato administrativo) ou o fato (entenda-se atos de mera operação material da Administração) são produzidos, é a partir deles que o interessado deve providenciar a ação para atacá-los no prazo de cinco anos.

Não basta, entretanto, dizer-se simplesmente que a pretensão *nasce* ao momento do ato ou do fato. Cumpre precisar, na verdade, qual o elemento jurídico diante do qual pode considerar-se nascido o ato ou o fato. As situações aqui são variáveis. Em nosso entender, a contagem se dá, em relação aos atos, *no momento em que se tornam eficazes*, ou seja, no exato momento em que passam a ter idoneidade de proporcionar situação jurídica contrária àquela defendida pelo titular do direito. Aliás, esse ponto não passou despercebido de **Sérgio de Andréa Ferreira**: “*se a eficácia daquele (ato) depender de publicação, dessa é que se faz a contagem*” (*ob. cit.*, pág. 129). A afirmação está corretíssima, e dela se repuxa uma outra, no sentido de que se a eficácia pressupõe outra forma que não a publicação, é dela que também será iniciada a contagem do prazo prescricional. O termo *a quo* do prazo quinquenal, portanto, no que concerne aos atos administrativos, é o do momento em que estes adquirem eficácia.

No que concerne aos fatos, não há muito sentido em falar-se no aspecto da eficácia jurídica, tal como entendida em relação aos atos. Tratando-se de meras ações que retratam operações simples da Administração, pode-se dizer que sua eficácia ocorre no momento em que se consuma a idoneidade material de produzirem situação contrária ao titular do direito. Em outras palavras, se a operação administrativa provoca lesão ao direito, deve seu titular agir logo que se iniciar, de forma efetiva, a situação contraposta a seu direito. Se não o fizer no prazo quinquenal fixado em lei, dar-se-á prescrição de sua ação protetiva, favorecendo a situação jurídica nascida em prol do Estado.

Os Tribunais têm acentuado sempre esse fator quando se trata do chamado *ato positivo* da Administração, entendendo-se como tal aquela manifestação volitiva expressa da Administração que retrata uma determinada e pré-definida situação fático-jurídica. É comum ocorrer esse ato positivo quando a Administração se expressa *ex officio* cabalmente num determinado sentido ou quando a manifestação volitiva responde, também expressamente, a alguma reivindicação formulada por administrados ou por servidores públicos.

As querelas a respeito da prescrição a favor do Estado nascem, usualmente, da existência do binômio ato/efeitos, ou seja, da prática do ato (ou ocorrência do fato) ao lado dos efeitos que deve produzir, sobretudo quando o efeito não se exaure num só momento, mas, ao contrário, vai sendo dilargado de forma diferida, normalmente por todo o tempo posterior à prática do ato.

Nesse caso, se a conduta estatal é comissiva, e retratada, pois, por atos positivos, não cabe examinar a prescrição em face dos efeitos, mas sim *do momento em que o ato ou o fato se tornaram eficazes, com idoneidade, assim, para atingir a situação jurídica do titular do direito.*

O Egrégio S.T.F. já teve, por mais de uma vez, a oportunidade de colocar-se sob tal orientação, procurando distinguir o ato positivo dos efeitos que deveria produzir, geralmente traduzidos por prestações devidas pela Fazenda Pública. Assim decidiu em recurso extraordinário interposto pela Fepasa, inconformada com decisão de segundo grau que não fizera a referida distinção. Diz o acórdão, da lavra do eminente Min. **Célio Borja**: *“Prescrição quinquenal. Funcionário Público - A prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, estabelecida pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32 alcança todo e qualquer direito e ação, seja qual for a sua natureza, sem excetuar os assegurados por lei ao servidor público. A prescrição, apenas das prestações, pressupõe que a Administração Pública não tenha praticado ato de que decorra o não pagamento delas. Recurso extraordinário conhecido e provido”* (RE nº 112.374-SP, 2ª Turma - RTJ 127/1083 - grifamos).

A decisão é irreparável. De fato, se a Administração pratica o ato positivo, manifestando expressamente a sua vontade, é a partir do momento em que se torna eficaz que nasce o direito de terceiro, de adotar as providências de defesa de seu direito, isto é, quando o ato se torna eficaz, o titular do direito por ele atingido tem o dever de não ficar inerte diante dessa situação que entende ser-lhe prejudicial. A providência principal a ser tomada pelo interessado, e que demonstrará que não está inerte, é o exercício do direito de ação judicial para obter nela o reconhecimento de seu direito material e, em consequência, a desconstituição da situação gerada pela conduta comissiva estatal. O prazo dentro do qual deverá agir dessa forma é de cinco anos. Se não agir nesse prazo, ocorrerá a prescrição do direito instrumental de ação com vistas à preservação de seu direito material. Nessa hipótese, ter-se-á consolidado juridicamente a situação fática criada pelo ato positivo do Estado, dando-se, então, o que se denomina de prescrição quinquenal a favor do Estado (e naturalmente contra o titular do direito, que permaneceu em situação de inércia).

É importante observar que, no caso dessa conduta comissiva retratada pelo ato positivo do Estado, é irrelevante que dele se originassem efeitos positivos ou negativos. Significa dizer que, seja o caso em que o Estado deveria cumprir certas prestações, seja aquele outro em que ele as prestou sem que devesse fazê-lo, *o que interessa é o momento da eficácia do ato positivo em si*, e não os vários momentos futuros em que nasceram ou vierem a nascer os seus efeitos. A partir daquele momento se inicia o prazo prescricional em favor do Estado.

O fato é muito comum de ocorrer no regime funcional da Administração. Um servidor, por exemplo, postula a seu órgão de pessoal a percepção de mais um triênio, por entender que deve ser contado prazo anterior, prestado a uma outra pessoa administrativa. Decidindo o pedido, a Administração indefere expressamente o pedido e publica o ato de indeferimento no órgão oficial de imprensa. Ninguém pode duvidar de que a Administração tenha produzido conduta comissiva retratada por ato positivo, ato esse que peremptoriamente se pôs em situação contrária àquela desejada pelo servidor. Ora, no momento da publicação o ato se tornou eficaz, e assim, nesse mesmo momento, passou a permitir que o servidor providenciasse a defesa de sua pretensão.

Suponha-se, porém, que, a despeito do ato de indeferimento, o servidor se tenha quedado inerte por mais de cinco anos. Se assim permaneceu, não pode vir argumentar que, depois do ato, mês a mês vinham nascendo novos direitos ao triênio desejado, nem sustentar que a prescrição seria apenas das prestações não cumpridas pelo Estado. Tais efeitos, como já se disse, são irrelevantes. O que se tem que considerar é apenas que, tendo sido produzido o ato positivo da Administração, a partir de sua eficácia deveria ter agido o servidor no intuito de desfazer o referido ato. Não o tendo feito no prazo quinquenal, a prescrição o impedirá de fazê-lo, já que a partir dela terá sucedido fato de consolidação da situação gerada pelo ato. A prescrição, nesse caso, atinge o próprio direito ao triênio, e não as prestações dele decorrentes. É a essa situação que parte da doutrina denomina de prescrição do *fundo do direito*.

6. Condutas omissivas

A orientação adotada para a prescrição a favor do Estado quanto às condutas comissivas não pode ser a mesma a ser aplicada no caso de condutas omissivas.

Condutas omissivas, como já se disse, são as situações de inércia do Estado ainda quando a lei o obrigue à prática de um ato ou de um fato administrativo com o objetivo de reconhecer o direito de outrem. A omissão do Estado, no caso, provoca lesão ao direito do interessado, cabendo a este, em consequência, adotar uma posição de defesa do direito.

Diversamente, porém, do que acontece com as condutas comissivas, nas omissões estatais inexistente qualquer manifestação volitiva expressa por parte de órgãos estatais. Teria havido apenas a obrigação de ser expressada a vontade, em face de determinadas disposições legais às quais estava subordinada a Administração. Mas, apesar das normas legais, a Administração simplesmente se omitiu.

Não é difícil observar que, nas condutas omissivas, nem sempre há um marco inicial claro e definido a partir do qual se possa, efetivamente, iniciar a contagem do prazo prescricional o que, como visto, não ocorre com as condutas comissivas, retratados por atos positivos, indicadores da vontade administrativa, atos esses cuja eficácia se revela como o ponto demarcatório do início do citado prazo. Por outro lado, se havia o dever da Administração de manifestar-se segundo a lei, para o fim de reconhecer o direito de outrem, não há dúvida de que a falta de manifestação vulnera esse mesmo direito, gerando para o interessado, em princípio, a necessidade de defendê-lo.

Se o titular do direito está atento à omissão estatal, certamente se apressará a sanar a omissão, provocando o Estado a manifestar-se de forma expressa sobre seu direito. Ao manifestar-se, o Estado estará produzindo um ato positivo, transformando-se, então, sua conduta omissiva em comissiva. Nessa hipótese, aplicar-se-á a solução normal alvitrada para as condutas comissivas.

Quid iuris, todavia, se, além do Estado, o titular do direito também se mantiver inerte quando à proteção do seu direito? Como se dará, então, a prescrição da ação contra o Estado?

Para o exame da questão, é preciso ter, desde logo, a sensibilidade de perceber que a hipótese comporta *condutas omissivas de ambas as partes da relação jurídica*, ou seja, quer do Estado, quer do titular do direito. Esse fator, de indiscutível importância para o tema, demonstra que nenhuma das partes (não importa por qual razão) se conduziu com a diligência que a ordem jurídica esperava. Uma delas se omitiu em manifestar a vontade no sentido exigido por lei, ao passo que a outra negligenciou na imediata defesa de seu direito, uma vez que não provocou, como deveria, a prática do ato positivo do Estado, para compeli-lo a definir a posição dele em relação ao mesmo direito. A solução para o tema da prescrição, dessa maneira, terá que atender a essa fundamental circunstância de que, sem necessidade de perquirir as razões, *houve conduta omissiva com certa carga culposa de ambas as partes*.

Neste passo, cabe distinguir dois tipos de comportamento omissivo estatal. Um deles gera, em favor do administrado, um direito com efeito instantâneo, ou seja, despido de efeitos futuros. O outro produz direito do qual emanam efeitos a serem concretizados em momentos posteriores à sua criação.

No primeiro caso, a prescrição da ação do particular ocorre no prazo de cinco anos, contado a partir do momento em que o Poder Público, devendo praticar o ato, omitiu-se em fazê-lo. Imagine-se, por exemplo, hipótese em que o Estado deveria pagar determinado prêmio a um servidor, por ter ele completado vinte anos de efetivo exercício da função pública. O direito material do servidor nasceu no momento em que completou o lapso temporal previsto em lei, isto é, os vinte anos de serviço. Caso não receba o prêmio e fique inerte quanto ao seu direito por prazo superior a cinco anos, restará prescrita sua ação para pleiteá-lo. Como o direito não produziria efeitos futuros, a prescrição alcançará o próprio direito.

Examinemos a outra modalidade - aquela em que do direito irradiam efeitos no tempo.

Essa hipótese obriga a que se conciliem os interesses e as omissões de ambas as partes da relação jurídica, sendo uma delas o Estado. Mais importante do que identificar um marco inicial definido, temos que recorrer à percepção de que, se a omissão se deu em certo momento, *em cada dia posterior a esse momento poderia ser ela sanada pela expressa manifestação volitiva*. Em consequência dessa premissa, ter-se-á que adotar solução diametralmente oposta à que se dá com as condutas comissivas: no caso desse tipo de condutas omissivas, irrelevante será agora identificar-se o momento inicial da omissão; relevante será, isto sim, identificar o fator tempo *com relação aos efeitos que o ato deveria produzir, mas que não produziu em virtude da omissão administrativa*.

Não é incomum verificar a existência dessa hipótese na discussão sobre o direito do servidor, de perceber determinadas vantagens pecuniárias, tanto as relativas aos vencimentos em si, quanto aquelas concernentes a gratificações e adicionais, as quais vão gerando o direito à percepção contínua de seu pagamento a cada período futuro. Nesses casos, em que houve omissão de ambas as partes, tem-se que distinguir o direito material, de um lado contemplado na lei funcional, e as prestações sucessivas que se originam desse direito. Essa distinção é necessária para que se possa verificar a incidência do fator tempo na ocorrência da prescrição.

Suponha-se, para exemplificar, que um servidor passasse, em certo momento, a fazer jus a uma gratificação, em virtude do desempenho de certa função especial. O órgão estatal, no entanto, que até deveria agir *ex officio*, omite-se em providenciar o pagamento da gratificação deixando de especificar a verba no contracheque do servidor. Este, por sua vez, desconhece que tenha o direito à gratificação; ou, tendo ciência do direito, não percebe que não está sendo paga a importância a ele correspondente; ou, ainda, percebe a falta de pagamento, mas não se insurge contra a omissão. O fato está a demonstrar uma certeza: a de que tanto a Administração quanto o servidor tiveram condutas omissivas a respeito da vantagem pecuniária.

Se tal ocorrer, será possível identificar o momento em que nasceu o direito do servidor: o direito nasceu no momento em que ele passou a desempenhar a função especial geradora da gratificação prevista em lei. Entretanto, esse dado será irrelevante diante da conduta omissiva do Estado e do servidor. Importarão, isto sim, os efeitos pecuniários decorrentes da gratificação, que, mesmo diante da omissão, se vão protraindo no tempo. Significa dizer que esses efeitos, que são realmente as prestações devidas pelo Estado, vão sendo reiniciados em cada momento futuro, no caso em cada período de um mês. Em outras palavras: se o direito nasceu no momento A, aqui se inicia o primeiro prazo prescricional, dentro do qual deve o servidor proteger o direito; no mês seguinte, no qual a prestação também era devida, inicia-se novo prazo, e assim sucessivamente.

Desse modo, se o servidor sai do estado de inércia dentro do prazo de cinco anos, contados a partir do primeiro momento em que o direito teve eficácia, não se terá consumado qualquer prescrição, de modo que poderá exercer seu direito de ação para o fim de proteger o próprio direito e as prestações dele decorrentes. Mas, se, ao contrário, a inércia, por exemplo, só termina no prazo de cinco anos e um mês, terá

ocorrido a prescrição *no tocante à eficácia do direito ocorrida no momento inicial em que nasceu ou direito*, ou seja, terá havido a prescrição relativa à primeira prestação devida a título de gratificação pelo exercício da função especial. Como os demais momentos geraram o novo direito à percepção da vantagem, não serão as prestações correspondentes alcançadas pela prescrição, eis que não ultrapassado o prazo quinquenal. Se, novamente para exemplificar, a inércia tem fim somente após sete anos contados do momento inicial do direito, haverá a prescrição das prestações devidas nos dois primeiros anos, assegurando-se ao servidor a proteção judicial apenas das prestações devidas nos últimos cinco anos, e isso porque não se terá consumado a prescrição em relação a elas.

A conclusão, portanto, é a de que no caso de conduta omissiva do Estado, a *prescrição da ação do titular do direito abrange apenas as prestações*, as quais, como já se disse constituem os efeitos do direito material.

A jurisprudência tem adotado o referido entendimento quando não há a conduta comissiva retratada pelo ato positivo do Estado. Em acórdão da lavra do eminente Min. Carlos Velloso, o Egrégio S.T.J. (que o relator então integrava) assim decidiu: *“Não há falar em prescrição do fundo do direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão, ou o direito reclamado. Neste caso prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação. Quando a legislação em que se fundamenta a pretensão é anterior ao ato de reforma ou de aposentadoria do servidor, se a ação é proposta mais de cinco anos após o referido ato, dá-se a prescrição do fundo do direito, porque o ato de reforma ou de aposentadoria, com base na requerida legislação, negou a própria pretensão”* (Rec. Esp. nº 215, 2ª Turma, publ. D.J. de 18.09.89).

Essa posição no que tange às condutas omissivas do Estado tem sido adotada em outras decisões. Vale a pena analisar a ementa de acórdão proferido pelo Egrégio S.T.J.: *“Prescreve o fundo do direito quando, por ação ou omissão, o Estado deixa de constituir situação jurídica que enseja a vantagem ao funcionário. Prescreve o direito à percepção de parcelas vencidas, anteriores a cinco anos, contados da lide, uma vez constituída a situação jurídica, sendo a relação de trato sucessivo”* (Rec. Esp. nº 2.246-SP, 2ª Turma, Rel. o Min. Vicente Cernicchiaro, julg. em 02.04.90, grifo nosso). No corpo da decisão, o douto relator torna a dizer: *“Tenho laborado a seguinte distinção: prescreve o fundo do direito quando, por ação ou omissão, o Estado deixa de constituir situação jurídica que ensejasse a vantagem ao funcionário; prescreve o direito à percepção de parcelas vencidas, anteriores a cinco anos, contados da lide, se ocorre omissão do servidor em postular o seu direito”*.

A decisão tem grande precisão e o mérito de enfocar os três aspectos em que se podem consumir as condutas administrativas: as condutas comissivas; as omissivas em relação a atos de efeitos instantâneos; e as omissivas concernentes a atos geradores de efeitos futuros. Quando o nobre Relator se refere à prescrição do fundo do direito quando ocorre ação ou omissão do Estado, esta omissão é aquela que, se não existente, provocaria a prática de ato com efeitos instantâneos. Quando, ao revés, menciona a

prescrição das prestações, está, à evidência, trazendo à baila as condutas omissivas que deixaram de produzir ato ou fato suscetíveis de irradiarem efeitos futuros.

Em tudo o que vimos desenvolvendo, parece-nos indispensável reafirmar o ponto que entendemos fundamental, qual seja, a observação de que no caso de conduta omissiva do Estado o interessado também se coloca numa situação de inércia. Se assim é, não pode o Estado ser considerado o único responsável pelo não-reconhecimento do direito. Nem também se vai chegar ao extremo de elidir, por completo, o direito do titular, sabendo-se que dele se originaram efeitos protraídos no tempo. Dessa maneira, a solução adotada concilia os dois interesses. Não prescreve o fundo do direito, ou seja, o direito material em si, mas garante-se ao interessado apenas a proteção das prestações devidas antes do decurso do prazo quinquenal de prescrição. Esse é, na verdade, o dado fundamental que acarreta a diferença de solução nos casos de condutas comissivas e omissivas.

7. Conclusões

Diante do estudo aqui desenvolvido, acreditamos que algumas conclusões podem ser dele extraídas:

- 1ª.) No caso de condutas comissivas do Estado, a prescrição da ação judicial a ser movida pelo titular do direito ocorre no prazo de cinco anos a partir do momento em que se iniciar a eficácia do ato positivo que consubstancia a conduta estatal;
- 2ª.) Tratando-se de condutas omissivas que deixaram de permitir a prática de atos de efeitos instantâneos, a prescrição quinquenal tem seu prazo iniciado a partir do momento em que nasceu o direito do interessado; neste caso, a prescrição alcançará o próprio direito material;
- 3ª.) Se se tratar de condutas omissivas, retratadas pela ausência de manifestação expressa da vontade estatal, geradoras de efeitos futuros, a prescrição quinquenal abrangerá apenas as prestações devidas anteriormente aos cinco anos do prazo prescricional, assegurando-se, em consequência, ao interessado o direito de ação para a tutela das prestações posteriores a tal período;
- 4ª.) Enquanto na hipótese das condutas comissivas e nas omissivas geradoras de atos com efeitos instantâneos, é importante identificar o momento inicial da eficácia do direito, nas condutas omissivas geradoras de efeitos futuros sobrelevam os diversos momentos posteriores ao inicial, a partir dos quais vai sendo reiniciada a eficácia decorrente do direito material;

5ª.) A solução adotada para o caso de condutas omissivas do Estado leva em consideração a situação também omissiva, e, pois, de inércia, do titular do direito.

(*) **José dos Santos Carvalho Filho** é Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito Cândido Mendes - Ipanema; Professor Convidado da EMERJ - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Administrativo da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro; Professor do CEPAD - Centro de Estudos, Pesquisas e Atualização em Direito; Mestre em Direito pela UFRJ, e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.
