

3.3.3 A prescrição da ação para reclamar indenização por dano moral contra a Fazenda Pública

Leonardo Tibo Barbosa Lima

Advogado publicista, especialista em Direito Público pela UGF/RJ e professor substituto de Direito Constitucional da FAPAM (Faculdade de Pará de Minas, MG).

A indenização pelo dano moral é um direito fundamental (CF, art. 5º, V e X), subjetivo (*facultas agendi*) e de natureza não patrimonial (mas física ou intelectual), possuindo, ainda e por isso mesmo, existência que independe de eventuais efeitos patrimoniais reflexos.

Noutra esteira, a prescrição, instrumento de aplicabilidade do princípio da segurança jurídica, opera, nas ações propostas em face da Fazenda Pública, que versem sobre

toda e qualquer espécie de direito, seja qual for a sua natureza, em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram (art. 1º, Decreto n. 20.910/32).

De logo se vê, portanto, que a prescrição quinquenal, em tese, abraça também o direito à reparação do dano moral, pelas vias do Decreto de 1932. Mas o constituinte de 1988 não adotou a mesma compreensão, porque incluiu a lesão moral dentre os direitos ditos fundamentais.

Assim é que, em alguns Tribunais Federais, toma corpo a teoria de que, em se tratando de lesão à integridade física ou moral, que é um direito fundamental, “ou se deve entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundir-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes, ou a prescrição deve ser a mais ampla possível” (TRF 2ª R. AC 2003.51.01.006582-8 6ª T.esp Rel. Des. Fed. Rogerio Carvalho DJU 16.06.2005 p. 137), que, *in casu*, seria de dez anos, atendendo à regra geral do Código Civil (art. 205).

Corrobora com aquele argumento o fato de que “o exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 181).

Outra importante lição se extrai da AC 19993400026686-5/DF (julgada pelo TRF 1ª R., 6ª Turma, DJU 02.04.2003), em que se conclui que “são imprescritíveis as ações indenizatórias por danos decorrentes de violações a direitos fundamentais, praticadas pelo estado, conforme estabelece o estatuto do tribunal penal internacional, cuja adesão do Brasil foi ratificada pelo presidente da república em 25.09.2002.”

Deveras, as teses de inexistência de prescrição e/ou a de prescritibilidade estendida não vêm sendo acolhidas, infelizmente, pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para

quem “o prazo prescricional para propositura da ação de indenização por danos morais segue aquele previsto para pleitear a reparação dos prejuízos patrimoniais” (REsp 288724 / PR). Essa posição, com o máximo respeito, não parece coincidir com a interpretação teleológica que se deve imprimir ao art. 5º, V e X da CF/88.

Com efeito, os direitos fundamentais não comportam interpretação restritiva. Nesse diapasão, a Constituição de 1988, ao inaugurar um novo ordenamento jurídico, não se prendeu a disposições contrárias a ela, implícitas ou explícitas. Há de se saber se houve a “recepção” pela norma fundamental da disposição que contra ela se insurge. Ressalte-se que “na recepção, o ordenamento jurídico acolhe um preceito já feito” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4 ed. Brasília: EdUNB, 1994, pág. 39). Mas se há manifesta incompatibilidade, não há recepção.

A conclusão mais acertada, portanto e, *data venia*, inclina-se no sentido de que o art. 1º do Decreto 20.910/32 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, na parte em que estende a prescrição quinquenal a todo e qualquer direito, indistintamente. Isso porque esse entendimento restringiria a aplicabilidade do direito fundamental de proteção à integridade moral e física (reparação do dano moral), de onde decorrem preceitos absolutos, tal qual é o caso, v. g., da própria proibição de tortura (art. 5º, III). A releitura do art. 1º do aludido decreto é necessária e vital para a estabilidade da ordem jurídica, sua segurança e a própria paz social.