

Prescrição e decadência no direito civil

NILSON VITAL NAVES

1 — CONSIDERAÇÕES GERAIS

a) *Tempo*

O tempo disciplina a vida do homem em tôdas as esferas. Surge como regulador das ações humanas quer na órbita privada, quer na pública. Regulamentando as interações do homem, não poderia deixar de exercer sobeja influência no direito. O tempo determina o nascimento e a extinção do direito, o prazo de vigência das normas agendi, etc.

Mas, é no instituto da prescrição que notamos uma influência primordial do elemento tempo, no âmbito do direito. Aqui prima-se o tempo em tôda plenitude. O destaque dêste elemento está condicionado à própria estabilidade social. A Sociedade tem interêsse em atribuir caráter legal às situações que se prolongam no tempo. Daí a justificativa cabal para a evidência dêste elemento.

b) *Antecedentes históricos*

Rebuscando na história a origem da prescrição, vamos encontrá-la no direito romano. Houve um momento, neste direito, em que tôdas as ações eram perpétuas. Mas, com a finalidade de mitigar os rigores do jus civile, surge, no direito pretoriano, a *prescriptio temporalis*, pela qual o demandado liberava-se do processo, caso o demandante não houvesse ajuizado, dentro do prazo de um ano (*annus utilis*), a ação criada pelo pretor.

Com os imperadores, admitia-se a prescrição de ações reais sobre imóveis, que se operava no prazo de 10 anos, entre presente, e vinte anos, entre ausentes (longum tempus). Na época de TEODÓSIO, as ações prescreviam num prazo de 30 anos (longissimum tempus) — SALVAT.

Portanto, conforme sua própria concepção histórica, a prescrição caracterizava-se pela perda da ação do titular de um direito, devido a sua desídia e a passagem do tempo.

Com esta concepção, êste instituto chegou até nós e foi acolhido pelo nosso Código Civil de 1916, que, até hoje, regra as nossas ações patrimoniais.

2 — PRESCRIÇÃO

a) *Fundamentos*

Levanta-se aqui uma pequena celeuma, quando autores renomados e preclaros tentam fundamentar a prescrição. A doutrina é controvertida.

De um lado afirmam (SAVIGNY, COLIN et CAPITANT) que a inação do titular traz uma presunção irrefragável de extinção do direito (SÍLVIO RODRIGUES, Dir. Civil, 1º vol.). Por outro lado autores há que encontram na prescrição um castigo imposto àqueles que, por negligência ou desleixo, não utilizam de seus direitos, deixando que plua o prazo legal para o seu uso.

A maioria dos autores, no entanto, encontra o denominador comum de suas justificativas do instituto, no anseio da sociedade em manter a paz social. Sem a prescrição perduraria a intranquillidade. As questões ajuizadas permaneceriam sempre abertas. O devedor torna-se-ia obrigado a manter sempre em guarda os recibos de quitação de dívidas. O recebedor de uma doação não poderia dela fazer uso, pois o doador, em qualquer tempo, poderia revogá-la. Por isso a sociedade exige que as relações jurídicas se consolidem no tempo, a fim de evitar futuras demandas, quando tornar-se-ia dificultoso ou impossível até, a restituição de fatos que nem a memória seria capaz de logrigá-los em parte, nem, integralmente. A perscrutação do passado seria inadmissível, devido a impotência humana na restituição total do pretérito.

As palavras de PLANIOL, RIPER, ESMEIN demonstram com clarividência que o surgimento da prescrição está implicado no “deseo de impedir muchos pleitos harto dificiles de resolver; en interés del orden y de la paz sociales conviene liquidar el pasado y evitar litigios sobre contratos o hechos cuyos titulos se han perdido y cuyo recuerdo se ha borrado”.

A ordem social caracteriza-se pela estabilidade das normas jurídicas. Estas têm como finalidade precípua reger aquelas. A ordem social constitui o arcabouço das normas jurídicas. Sem a estabilidade do continente, o conteúdo esfacelaria. A prescrição, no dizer de CUNHA GONÇALVES, em seu tratado de Direito Civil, “é uma instituição necessária para a estabilidade de todos os direitos. Sem ela nada seria estável”.

Os direitos não possuem a seu favor a eviterminade. Eles não de desaparecer em um dado momento, cedendo lugar para a gestação de novos direitos. Não são absolutos. Não perduram através dos tempos. Têm vida determinada pelas contingências de ordem histórica. O prazo de seu exercício é limitado, senão poder-se-ia ressuscitar direitos perdidos na noite dos tempos e o mundo torna-se-ia um cipoal de ações reivindicatórias, colocando a sociedade à beira de um abismo, onde, fatalmente, sucumbiria. “Se fôsse possível fazer valer direitos seculares ninguém se livraria de tais pretensões: o mundo seria um caos de processos e nenhuma sociedade subsistiria à falta de segurança e paz entre os homens”. — ALMEIDA OLIVEIRA. A prescrição evita que isto aconteça, pois sendo, como exatamente o é, um instituto de direito, visa a tranqüilidade da sociedade, base na qual repousam as interações dos homens.

Não podemos fazer nenhuma reflexão sobre direito, abstrahindo a sociedade. Aquêle não pode viger sem esta, pois a sua função é reger os fatos que nascem, crescem, desenvolvem e fenecem no social. Ora o interesse público, social, deve prevalecer sobre o particular, o privado. Os fatos sociais não podem ficar ao arbítrio, ao livre alvedrio dos particulares. Não pode prevalecer o iure suo uti nemo cogitus, em sua mais cristalina acepção. Há um interesse público que cumpre preservar. Dentro dêste interesse se situam, se enquadram as normas da prescrição. Daí dizermos, com SÍLVIO RODRIGUES (Dir. Civil,

1º vol.) “as normas da prescrição são de ordem pública, insusceptíveis, portanto, de serem derogadas por convenção entre os particulares”. Aqui vige o princípio do *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Os particulares não podem alongar ou diminuir prazo prescricional; prorrogar ou renunciar a prescrição. Um contrato desta espécie não faz lei entre as partes. Há, por conseguinte, um forte fundamento jurídico-social dando guarida ao instituto da prescrição. “Colocada a questão nestes termos, devemos reconhecer que o único fundamento aceitável da prescrição é o interesse jurídico-social”. (CÂMARA LEAL, *Da Prescrição e da Decadência*).

Outros autores, como CARPENTER, CLÓVIS, PONTES DE MIRANDA, BRENO FISCHER, WILSON MELLO, são acordes em reconhecer a exigibilidade de cunho social, feita pelo direito, do instituto da prescrição. Assim é que, CARPENTER, com toda sua luminosidade e entendimento do assunto, afirma que “o fundamento da prescrição quer extintiva, quer aquisitiva, é a necessidade social, é a ordem social”.

b) *Divisão*

Delineiam-se, em nosso direito civil, duas espécies de prescrição: aquisitiva ou usucapião e extintiva ou liberatória.

A primeira se refere a um dos meios de se adquirir a propriedade imóvel ou móvel. Flui, para a propriedade imóvel, o período prescricional em 10 anos entre presentes e, 15 anos, entre ausentes, caso o possuidor do imóvel esteja munido de título e apoiado em boa-fé; caso não esteja munido de título justo, o prazo prescricional é de 20 anos. Para a coisa móvel, a aquisição efetuar-se-á em 5 anos, sem título, e em 3 anos, com título justo e inspirado em boa-fé. (Conforme CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ob. na bibliografia*).

Os requisitos para a efetivação da prescrição aquisitiva são o tempo e a posse. Um une-se ao outro para corporificar, objetivar o usucapião.

Esta matéria acha-se plasmada, em nosso Código Civil, na Parte Especial, Livro II, “Direito das coisas”.

Quando da elaboração do Código, que disciplina as relações privadas, levantou-se uma leve polêmica, a respeito do lugar

em que se deveria inserir esta matéria. A Faculdade de Direito da UMG manifestou-se pela colocação de toda matéria prescricional na Parte Especial. No entanto, prevaleceu o pensamento de BEVILÁQUA, colocando a prescrição aquisitiva na Parte Especial e a extintiva na Parte Geral. Foi relegada, assim, a opinião que advogava a reunião, em um só instituto, de toda matéria atinente à prescrição.

Sobre a prescrição aquisitiva nada mais falaremos. Futuramente retornaremos a este ponto, em um outro trabalho, a ser elaborado.

A extintiva ou liberatória encontra-se delineada na Parte Geral, título III, Da prescrição. Esta parte examinaremos com mais acuidade.

c) *Definição*

BEVILÁQUA definiu-a como sendo a “perda de ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo”.

Os elementos caracterizadores da prescrição são: a desídia do credor e o transcurso do tempo. Quando um direito é violado, o seu titular possui a prerrogativa de exigir a restauração deste direito. Todavia, se não procede desta maneira, não faz uso da ação de que tem direito, deixando que o tempo passe, perde a ação de restauração. Parece, portanto, que a prescrição é um castigo imposto ao titular de um direito, devido a sua inércia. Contudo, como já demonstramos atrás, a prescrição existe e vige consoante uma exigibilidade da sociedade. Se esta é a principal razão de ser do instituto prescricional, aquele, nem por isso, perde a sua função caracterizadora. Digamos o castigo é uma causa secundária.

3 — DIFERENÇAS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Como toda matéria da órbita do direito, aqui também predominam-se as discussões acirradas a respeito de razões diferenciadoras destes institutos.

Os homens que se preocupam com o Direito e, por excelência, os pedantes doutrinadores, engendram opiniões, aquilatam princípios, soerguem argumentos e penetram no campo teórico, especulativo e, porque não dizer, no próprio campo da metafísica e do ilogismo, sempre que procuram diferenciar certos institutos controvertidos do direito. São polêmicas abstratas, desnecessárias. Têm como objetivo confundir, emaranhar a mentalidade daquêles que se iniciam a escalar a íngreme montanha do direito. Constroem ou procuram construir uma realidade impalpável. Estas doutrinas, ao invés de aclararem os problemas, de equacioná-los e resolver as suas incógnitas, vêm torná-los mais complexos, dificultando o seu equacionamento.

Isto também acontece, quando procuram destoar a prescrição da decadência, tornando a questão «tormentosa», no dizer de AMÍLCAR DE CASTRO.

A fim de corroborar a nossa asserção, basta dizer que VON BUCHKA, examinando o famoso código alemão, o B.G.B., constatou a existência de 12 casos de decadência. LUÍS CARPENTER, estudando o mesmo B.G.B., concluiu que dos 12 casos de decadência, apontados por VON BUCHKA, somente um poderia ser considerado como tal.

Para CLÓVIS BEVILÁQUA o nosso Código Civil contém 11 casos de decadência; conforme o insigne CARPENTER somente 1 doze casos apresentados por CLÓVIS; para MAXIMILIANO dos onze, dez são de decadência e somente um de prescrição. Já para o civilista SÍLVIO RODRIGUES tôdas as hipóteses do artigo 178, referentes ao direito de família, são de caducidade, e não de prescrição. (D. Civil — 1º vol., pág. 351).

Como apontamos, a questão não deixa de ser tormentosa, pois ainda não foi possível encontrar o denominador comum das opiniões.

A divergência se inicia pela própria denominação: prazo de direito (ALMEIDA OLIVEIRA), prazo extintivo (CARPENTER), decadência (CLÓVIS, ESPÍNOLA, CÂMARA LEAL, PLANIOL), caducidade (SALVAT).

Entre nós a questão se agrava mais ainda, em virtude do Código Civil abster-se de fazer a diferenciação entre os dois institutos. No entanto, a jurisprudência admite que, vários dos artigos consagrados no Código, como sendo de prescrição, são de decadência.

Segundo os efeitos, suscetíveis de serem produzidos por estes institutos, a diferenciação não é tão difícil. Enquanto a prescrição pode ser interrompida e não vigora em relação a certas pessoas, a caducidade, além de não admitir a interrupção ou suspensão, é oponível erga omnes. O seu prazo flui inexoravelmente, no dizer de SÍLVIO RODRIGUES.

Como exemplo de decadência pode ser apontado o artigo 178, em seu parágrafo primeiro, que limita o prazo do marido para anular o matrimônio convolado com mulher já deflorada, em 10 dias, contados a partir da data do casamento. O cônjuge ludibriado, que não utilizar dêste prazo, protelando o ajuizamento da ação, após a fluência dêste tempo, prefixado em lei, decai do direito de contestar a validade do matrimônio. Já o locador (exemplo de prescrição) que, em virtude de precárias condições financeiras do locatário, deixa de exigir os aluguéis do prédio, correndo contra si, portanto, a prescrição, pode interrompê-la — art. 178, § 10, IV.

Para estabelecer uma diferenciação no tocante a natureza ou essência destas instituições o problema torna-se mais complexo, tendo em vista, sobretudo, as inúmeras divergências entre os autores.

Consoante uns, na prescrição fenece a ação que protege o direito, ao passo que na decadência perece o próprio direito. Segundo outros, o acontecido é o inverso. Senão vejamos.

Para CARPENTER, WASHINGTON DE BARROS, ORLANDO GOMES, SÍLVIO RODRIGUES o que extingue na prescrição é a ação. O direito permanece, sem perder a eficácia. O direito adquirido integra a vontade do seu titular, que poderá dêle utilizar, modificar ou conservar. Sendo êste direito violado, o Estado confere ao seu titular uma ação para repelir o intruso. Se o titular do direito violado permanece na inércia, não utilizando

da ação que lhe fôr conferida pelo ordenamento jurídico, a sociedade priva-o da ação, para bem da harmonia social. Contudo, o direito permanece. Tanto permanece que é válido o pagamento da dívida prescrita, a qual não dá direito à repetição, isto é, a devolução (art. 970 do C. Civil). “Tal solução só se justifica no fato do direito sobreviver à prescrição, pois de outro modo o pagamento seria sem causa”. (SÍLVIO RODRIGUES).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA entende que a prescrição anula algo mais do que o simples perecimento da ação: “aliado à inércia do sujeito, é o próprio direito que perece”. Advoga que a ação é um elemento externo do direito subjetivo, fenecendo êste, quando aquela desaparece.

Afirma ainda que aquêles que apregoam sòmente o desaparecimento da ação, quando da prescrição, utilizando-se para suporte ou fundamento de suas idéias o preceituado no artigo 970 (o devedor que solve a dívida prescrita), enganam-se nesta afirmação, pois se o devedor assim procede, age impellido por sua consciência, satisfazendo um dever moral ou renunciando a prescrição, o que é sancionado pelo direito. Negando a extinção do direito na prescrição, “procuram construir a conversão de uma obrigação civil em obrigação natural”. Entretanto a concepção da *obligatio naturalis*, originada entre os romanos, já não encontra mais guarida entre nós, podendo, por conseguinte, inferir que, em face da prescrição, o direito e ação perecem.

Para os primeiros autores citados, na decadência desaparece o direito, enquanto para o professor da Faculdade de Direito da UMG, a decadência se caracteriza pela extinção da relação jurídica, em virtude da falta de exercício em tempo prefixado. O que, no nosso entender, vem o ilustre civilista enlear os dois institutos, pois ambos se exteriorizam-se pela falta de exercício de um direito, dentro de um prazo, objetivado pelo Código.

GIORGI em sua “Teoria de las Obligaciones”, aponta um critério diferenciador que se aproxima do defendido por aquela plêiade de juristas, sôbre a qual já nos referimos, e que nós

ousamos denominar de critério sucessivo. Como atesta FISCHER, GIORGI tem a prescrição como extintora da ação e, só por consequência, do direito; ao passo que a decadência fenece o direito e, depois, a ação. Há aqui, portanto, uma sucessão de desaparecimentos. Na prescrição o primeiro a ser ferido é a ação, na decadência é o direito. Este critério funda-se em uma questão de época, de oportunidade de extinção. Ambos os institutos extinguem direitos. A fim de confirmar a existência de um dos dois institutos, basta atentar para a primazia de extinção.

Contra este critério insurge FISCHER, pois para este jurista, tanto na prescrição, como na decadência, direito e ação se extinguem concomitantemente. Há uma extinção mútua e não parcelada. Senão vejamos.

O Código Civil preceitua que o marido possui 2 meses para contestar, se era presente, a legitimidade do filho de sua mulher. (artigo 178, § 3º).

Antes que flua este prazo, o marido possui a ação e o direito de ilidir a legitimidade do filho de sua consorte. No entanto, se não age dentro deste tempo, não ajuíza a ação, não faz uso de seus direitos, há a prescrição.

Não se poderá dizer que, neste caso, houve, em primeiro lugar, uma perda da ação. Enquanto o direito vigia, também a ação vigorava. Na medida em que houve o desaparecimento do direito, também a ação feneceu. Houve, isto sim, concomitância, simultaneidade, sincronismo de elidação, pois “decorrido aquêle prazo — e no justo momento em que isso se verificou — extinguiu-se a ação e também o direito” — FISCHER.

Outro critério existente é o que se baseia na origem da ação. Critério este esposado por CÂMARA LEAL. Na prescrição, a origem da ação é distinta da origem do direito. Na decadência, a origem é comum. Destarte a ação do cônjuge coato, para anular o casamento (dentro de 6 meses), nasce ao mesmo tempo que o direito, a partir do momento em que cessou a coação — art. 178, § 5º, I. Neste exemplo estamos em face da decadência. Ao passo que o intervalo concedido ao senhorio para exigir do inquilino o pagamento do aluguel é

de prescrição, pois, o direito de exigir a prestação já existia, quando foi lesado, e a partir da intransigência do locatário surgiu a ação. (Art. 178, § 10, IV).

Este é o pensamento de CÂMARA LEAL, assim configurado:

- a) “a prescrição supõe uma ação, cuja origem é distinta da origem do direito, tendo, por isso, um nascimento posterior ao nascimento do direito;”
- b) “a decadência supõe uma ação, cuja origem é idêntica à origem do direito, sendo, por isso, simultâneo o nascimento de ambos”.

Ora, em nosso ordenamento jurídico, é regra a definição do direito preexistir a norma reguladora do seu exercício. “A todo direito corresponde uma ação que o assegura” — art. 75. Diversamente entendia o direito romano, que exigia, em primeiro lugar, a existência de uma ação para se obter, depois, o direito. O direito preexistindo à ação não se pode falar, portanto, em nascimento sincrônico. A revelação de ambos está condicionada à anterioridade de um, que, em nosso caso, cabe ao direito. Exige-se o desabrochar do direito, a fim de despertar a ação, que disciplinará o seu exercício.

Não havendo simultaneidade de nascimento, não encontramos razão de ser do critério esposado pelo brilhante civilista, CÂMARA LEAL. Pois, entendemos que, em nossa sistemática jurídica, consoante regra plasmada no Código Civil, todo direito existe antes do dealbar de uma ação.

A tríade PLANIOL-RIPERT-ESMEIN aponta a brevidade do prazo como meio eficiente para diferenciar os dois institutos. O prazo de decadência é sempre curto, enquanto que na prescrição é longo, dilatado.

A fragilidade dêste critério é enorme, pois a diferença a ser feita deve se restringir ao conteúdo dos dois institutos e não no prazo. Além do mais a nossa lei apresenta prazos de decadência superiores ou iguais aos de prescrição.

Uma brilhante floração do pensamento jurídico, MÓDICA, MIRABELLI, BIANCHI, BRUGI, traz um critério, apontado por FISCHER, reconhecendo na prescrição a finalidade do direito

social, e na decadência o interêsse individual. Assim a exigência da prescrição estaria condicionada a um interêsse da coletividade, à paz e harmonia social, ao passo que a decadência teria como razão de ser o simples interêsse individual, particular. No entanto, como já demonstramos, a existência dêstes dois institutos está condicionada à estabilidade social, e não sòmente um. È em decorrência desta estabilidade que a sociedade exige a vigência da prescrição e da decadência. As normas que regulam êstes diplomas legais possuem até caráter público. São normas cogentes. Embora estejam consagradas no Código Civil, têm, no nosso entender, mais essência do *ius publicum* do que do *ius privatum* (*ius dispositivum*).

Apontamos alguns critérios, colhidos por FISCHER de outros autores, para a diferenciação:

a) a prescrição interessa mais ao patrimônio, enquanto a decadência se diz respeito mais as relações de família;

b) a prescrição é passível de interrupção ou suspensão, não acontecendo o mesmo com a decadência;

c) a prescrição exige a invocação das partes, ao passo que a decadência deve ser pronunciada *ex-offício*;

d) sòmente a lei determina a prescrição, enquanto a decadência pode surgir por determinação do juiz ou ato jurídico;

e) consumada a prescrição por ser renunciada, ao passo que à decadência não se aplica a renúncia.

Todavia, como demonstramos, a luta na diferenciação dêstes institutos aduz, em seu bôjo, conseqüências que devem ser elididas a bem da clareza, da simplicidade e da concisão que deve reinar no âmbito da ciência jurídica. Dizemos simplicidade mas, não no sentido de reduzir o papel dos juristas à consulta comodista em obras de comentários, pois, assim estaríamos corroborando para reduzir a profissão do advogado a uma simples ciência dedutiva. Se isto acontecesse, o Direito estaria ao alcance de tôdas mediocridades, e a profissão do advogado, no dizer do notável civilista baiano, ORLANDO GOMES, se restringiria "a uma simples investigação". A simplicidade, por nós defendida, diz respeito ao aclaramento de polêmicas pedantes que

não contribuem para o aperefiçoamento da ciência que mais sofre os embates da vida. Por isso, endossamos as palavras de GIORGI, quando afirma, “necessita em la ley y en la ciencia una norma cierta de derecho, o una teoria segura que enseñe distinguir la prescripción de la decadencia”.

4 — EXAME DA PRESCRIÇÃO A LUZ DO CÓDIGO CIVIL

I — DISPOSIÇÕES GERAIS

a) *renúncia* — Art. 161.

Os direitos nascem, vivem, perecem. O perecimento pode acontecer em relação a tôda coletividade, em relação a um grupo, em relação a um só indivíduo. Esta extinção de direitos encontra-se ligada à transmissão e à renúncia. Os direitos são, por conseguinte, renunciáveis. A renúncia é, no dizer de BEVILÁQUA, “um ato jurídico pelo qual o titular de um direito dêle se despoja”.

Aquêle que possui a seu favor a prescrição pode renunciá-la. A renúncia faz parte da liberalidade, dos direitos de uma pessoa. Ela não pode prejudicar terceiros, nem ser invocada antes que se consuma. Assim o devedor que tiver a seu favor a prescrição e desejar renunciá-la, mas, se praticando êste ato, vem prejudicar outros credores, a renúncia torna-se eivada de vício, não encontrando, por conseguinte, validade. A reclamação contra a renúncia lesiva pode ser feita pelos credores ou por qualquer interessado.

Por outro lado a prescrição só pode ser invocada após a sua consumação. Os contraentes não podem dispor sôbre matéria prescricional. A bem da paz social as normas que regem a prescrição são de caráter público. Após a consumação, a prescrição integra o patrimônio do devedor e poderá por êste ser renunciada, pois é uma prerrogativa legal que lhe assiste.

A renúncia pode ser: expressa ou tácita.

Ê expressa quando há uma exteriorização da vontade: palavra escrita ou falada. O devedor pode renunciar por intermédio de uma carta, de um telegrama, por escritura pública.

Exemplo clarividente da renúncia expressa encontra-se no julgado do Tribunal do Rio: “autos de apelação n. 11.369:

“... a apelada reconhecia o seu débito, pedindo espera, e apresentando desculpas, em cartão, não contestado”.

É tácita quando o devedor pratica atos revelados incompatíveis com a prescrição. Destarte os autores apontam como exemplos de renúncia tácita o pagamento, parcial ou integral, da dívida prescrita, “fazendo o pagamento sem dolo, nem violência de quem quer que seja” — ARY FRANCO.

b) *alegação em qualquer instância, pela parte a quem aproveita* — Art. 162.

Aqui reponta-se o momento de alegação e o direito de quem compete alegá-la.

A instância, segundo ARY FRANCO, começa com a citação, chamamento de alguém a juízo para responder aos termos de uma ação, e termina com a sentença final.

A alegação de prescrição pode ser argüida em 1ª instância, ao ingressar em juízo, durante os debates ou audiências, ou perante o Tribunal do recurso ou em qualquer outra instância, na ação ou execução.

A prescrição pode ser invocada não só pelo prescribente, mas também pelo seu herdeiro, fiador, credor ou co-devedor. Assim um credor que estiver na iminência de ver os seus créditos prejudicados, caso o seu devedor não invoque a prescrição contra um outro credor, poderá fazê-lo, salvaguardando, assim, os seus créditos. O mesmo acontece com o herdeiro, fiador ou co-devedor, que invocando a prescrição, em lugar do verdadeiro prescribente, estão resguardando os seus direitos.

c) artigo 163 — *pessoas jurídicas*

Não só as pessoas naturais encontram-se sob os efeitos da prescrição. As pessoas jurídicas, também, situam-se na órbita dos efeitos prescricionais, podendo invocá-los sempre que lhes aprouver. Destarte a lei não constitui um campo hermético ou um compartimento estanque, tutelando, apenas, uma classe de

pessoas: as naturais. Mas alarga os seus efeitos, regrado, também, as pessoas jurídicas, quer sejam de direito público, quer de direito privado.

- d) *As pessoas, que a lei priva de administrar os próprios bens, têm ação regressiva contra os seus representantes legais, quando êstes, por dolo ou negligência, derem causa a prescrição — Art. 164.*

O Código Civil distingue os absolutamente incapazes dos relativamente incapazes. Os primeiros, conforme artigo 5º, são os menores de 16 anos; os loucos de todo gênero; os surdo-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; os ausentes, declarados tais por ato do juiz. Os relativamente incapazes são os maiores de 16 e menores de 21 anos; os pródigos e os silvícolas — (art. 6º). Êstes são assistidos, aquêles representados em seus atos jurídicos.

Contra os absolutamente incapazes não corre a prescrição, segundo o preceituado no artigo 169, alínea I, do C. Civil. Adverte CARPENTER, segundo citação de ARY FRANCO, que “os absolutamente incapazes, não tendo intervenção alguma nos atos jurídicos, merecem essa maior proteção da lei, a saber, de não serem atingidos pelos efeitos extintivos da prescrição de ações”. De fato a questão é arrazoada, se atentarmos para o princípio de que os absolutamente incapazes permanecem à margem das interações humanas, tuteladas pelo direito. Ora, se no direito deve viger, acima de tudo, o princípio de justiça, é fácil inferir que a lei mantendo os absolutamente incapazes, abrigados contra o instituto prescricional, está, tão-só, procurando realizar o verdadeiro sentido e significado do direito, pois não é justo que se mantenha princípio igual para desiguais.

Para os relativamente incapazes corre a prescrição. Mas o Código confere a êstes uma ação regressiva contra os seus representantes, quando êstes derem ensejo à prescrição. Esta ação só tem validade se a prescrição tenha resultado de proceder doloso ou negligente por parte do representante do relativamente incapaz. Assim o tutor que, na administração dos bens do seu pupilo, agir dolosamente e der causa a prescrição está

incurso neste artigo. O pupilo poderá mover contra o seu representante uma ação regressiva, exigindo o ressarcimento de seus prejuízos.

CARVALHO SANTOS chama a atenção para o caso, passível de acontecer, em que um menor (relativamente incapaz), em virtude de não possuir um representante legal, visto que não tenha pais nem tutor nomeado, poderá ou não sofrer a prescrição? Isto é, poderá ou não correr e consumir, contra êle, a prescrição? O nosso Código omitiu quanto a esta parte. O código alemão a consagrou. O mesmo aconteceu com o português, (consoante ARY FRANCO, ob. cit.).

e) artigo 165.

Quando iniciada a prescrição contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro. Qual a acepção da palavra herdeiro? Eis a controvérsia que foi colocada, quando da elaboração do Código. Aqui a palavra herdeiro deve abranger o sucessor a título universal ou também o sucessor a título singular? Entende-se por sucessor, a título universal, por ocasião de morte, e, a título singular, o cessionário, o legatário. O pensamento de alguns era que a palavra herdeiro fôsse substituída por sucessor, pois o sentido desta é mais extenso, mais amplo. Esta tentativa foi rejeitada, permanecendo a palavra herdeiro, no sentido de sucessor a título universal.

f) artigo 166.

Cabe ao juiz conhecer da prescrição de direitos não-patrimoniais e de direitos patrimoniais, somente quando invocada pelas partes.

O que é patrimônio?

Patrimônio é todo acervo de bens de um indivíduo, passível de conversão em dinheiro. Conjunto de relações jurídicas de uma pessoa que tem valor econômico, segundo CLÓVIS. Direito patrimonial é, portanto, aquêle que integra o patrimônio de um indivíduo. Direito não-patrimonial é aquêle que não integra o patrimônio de um indivíduo.

Ao juiz cabe, segundo redação do artigo 166, conhecer da prescrição de direitos não-patrimoniais e decretá-la de ofício. Enquanto a prescrição de direitos patrimoniais deve ser invocada pelas partes. Isto não faz supor, como pensava CLÓVIS, que se poderia entender que sòmente os direitos não-patrimoniais são prescritíveis. Mas sim que para êstes o juiz pode e deve decretar a prescrição de ofício; ao passo que para os outros deve aguardar o pedido das partes. E para melhormente aclarar a questão afirma NUMA DO VALE “sòmente das prescrições de direitos patrimoniais é que o juiz não pode conhecer sem serem invocadas pelas partes; mas de tôdas as outras, o juiz pode e deve conhecer e sòbre elas julgar”. As prescrições de direitos não-patrimoniais, ou melhor, as decadências, pois êstes direitos encontram-se na órbita da decadência e não na da prescrição, podem ser colhidas, conforme JOÃO LUÍS ALVES, nos artigos 178 §§ 1º, 3º, 4º, 5º números I, II, III, § 6º nº XII e § 7º nº I, artigos 362, 373, 416 etc. No entanto, muitas vêzes, a existência de um direito não-patrimonial está condicionada a de um patrimonial. Mesmo os direitos de família, atualmente, envolvem o patrimônio. Daí encontrarmos uma certa dificuldade em divergir as duas espécies de direito e fixar os artigos sòbre os quais o juiz pode declarar a prescrição ex-offício, e sòbre os quais não pode.

Os direitos personalíssimos, como os da vida, honra, liberdade, não estão sujeitos à prescrição.

O Ministério Público pode invocar a prescrição a favor dos menores, dos incapazes, quando os seus representantes legítimos não o fizerem. Mas há julgados contrários a êste ponto de vista, defendido por CARPENTER.

g) artigo 167.

Entre nós, vigora o princípio de que a coisa acessória segue a principal (art. 59) — *accessorium sequitur principale*.

O mesmo princípio persiste na relação do artigo 167, que estatui: com o principal prescrevem os direitos acessórios. Assim prescrita a promissória — o principal —, prescrito estará o pacto-adjecto — o acessório, por exemplo. O inverso não acontece, pois prescrito o acessório, o principal continua válido.

II — SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

Autores existem que criticam ter o legislador usado as expressões suspender e impedir para designarem a mesma coisa. Acham que os verbos suspender e impedir possuem divergentes significados. O primeiro tem o sentido de sustar, fazer parar, não deixar correr; o segundo traduz a obstrução, a proibição. Ora, o legislador unindo os dois verbos pela disjuntiva *ou*, fêz de um o sinônimo do outro. Justamente esta sinonímia constitui a crítica de certos autôres, pois acham que, em virtude dos verbos terem sentido diferente, estão em demasia as palavras *ou suspendem*, na epígrafe do artigo. CARPENTER acha certo o modo usado pelo legislador e é de opinião que as palavras em questão são de fato sinônimas, pois há uma identidade de causas suspensivas ou impeditivas da prescrição. De um modo geral usa-se a expressão “causas que impedem” quando surgiu uma causa que obstruiu o início da ocorrência da prescrição ou seja quando a causa que obsta o comêço do prazo teve um nascimento anterior ou sincrônico ao nascimento da ação. Emprega-se, portanto, a palavra impedimento “para o fato obstativo do comêço do prazo” — CAIO MÁRIO. A expressão “causas que suspendem” é empregada quando, iniciada a prescrição, surge uma causa que vem obstar a continuação do prazo prescricional. Neste caso a causa obstrutiva tem um nascimento posterior ao nascimento da ação.

No artigo 168 e suas alíneas o legislador englobou o primeiro grupo de causas suspensivas ou impeditivas da prescrição. Assim é que não corre a prescrição entre os cônjuges, na constância do matrimônio; entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder; entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. Assim procedendo o legislador agiu impellido mais por razões morais do que por quaisquer outras. Evitou possíveis discórdias entre os cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e púpilo, curador e curatelado. Não se concebe que um devedor, casando com a sua credora, possa ter a seu favor a prescrição, visto que dentro de uma sociedade conjugal não tem devedor nem credor. Caso esta sociedade desapareça com o desquite finda-se, também, a causa-suspensiva da prescrição das ações entre os consortes. Por

outro lado também não se admite que o tutor, designado para gerir os bens de seu pupilo, e sendo dêste devedor, venha usufruir do instituto da prescrição, pois, se isto acontecesse, estaríamos saindo fora dos compartimentos justos do direito. Idênticas razões ditaram o comportamento entre ascendentes e descendentes.

Ainda neste primeiro grupo não flui a prescrição em favor do credor pignoratício, do mandatário, do depositário contra o devedor, o mandante, o depositante.

No segundo grupo, conforme o preceituado no artigo 169 e em suas três alíneas, o legislador arrolou outras causas que obstam a prescrição. Contra os absolutamente incapazes, enquanto perdurar a incapacidade, não corre a prescrição. De fato os absolutamente incapazes, consoante o artigo 5º, não possuem a faculdade de gerir os seus próprios bens nem, muito menos, de assumirem responsabilidade. Também não corre a prescrição contra aquêles que se encontram fora do Brasil, a serviço da Federação: União, Estado e Município. Assim é que o embaixador do Brasil, em qualquer país, está isento da prescrição, bem como os demais representantes. Ainda não corre a prescrição contra os que, em tempo de guerra, estiverem servindo na Armada Nacional. O professor ARY FRANCO acha que os mesmos motivos predominam-se também em caso de revolução intestina, desde que as causas sejam idênticas.

O artigo 170 se refere a prescrição ainda não nascida, em virtude da inexistência da ação. Havendo condição suspensiva não se pode falar em exigibilidade do direito. O mesmo acontece quando não estiver vencido o prazo. Ora, se a obrigação ainda não venceu, é mais do que lógico a impossibilidade de correr a prescrição, pois não existe direito exigível. Em último lugar, na pendência de ação de evicção, não corre a prescrição.

Existem outras leis, posteriores aos preceitos, consagrados pelo Código, que trazem novos casos de suspensão da prescrição.

Na suspensão da prescrição há um aproveitamento do prazo, por parte do devedor, que fluiu até a data do surgimento da causa suspensiva. Êste prazo, logo que se inicia a correr de

nôvo a prescrição, devido ao desaparecimento da causa suspensiva ou impeditiva, é adicionado ao nôvo prazo, que, doravante, passará a fluir.

III — INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

Diferente do que ocorre na suspensão, na interrupção da prescrição não se aproveita o prazo, transcorrido a partir do momento em que surgiu a prescrição até o aparecimento da causa interruptiva. A interrupção envolve a contagem de nôvo prazo. Assim que uma prescrição vintenária, interrompida um mês antes de sua consumação, implica na recontagem do prazo, desdenhando, por completo, o transcorrido.

Vejam as causas interruptivas da prescrição, conforme artigo 172.

I — Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente.

Embora a lei consagre que a citação deva ser pessoal, não impede, contudo, que o procurador, tendo prerrogativas para receber citações, receba-as em nome do seu mandante.

A citação que estiver eivada de vício de forma, ou se a instância fôr perempta não interrompe a prescrição (art. 175). Considera-se interrompida a prescrição na data do despacho que ordenar a citação (segundo artigo 166, § 2º, do Código de Processo Civil). Entretanto, não basta o despacho ter sido feito em tempo hábil, para que a razão interruptiva da prescrição tenha validade, é necessário que a citação seja feita em tempo hábil. “Se a petição foi despachada na véspera do prazo de operar-se a prescrição, mas a citação só foi feita no dia seguinte ao em que ocorreu a prescrição, não se verificou a interrupção da prescrição” ARY FRANCO.

A parte não deve deixar para entrar em juízo quando estiver na iminência de se consumir o prazo prescricional. Procedendo dêste modo estará sujeita a ver a prescrição consumir-se antes do despacho do processo, pois é “materialmente impossível, dados os necessários trâmites processuais, efetuarem-se ou ordenarem-se as citações a tempo de evitar a prescrição” (Tri-

bunal do Rio Grande do Sul, acórdão de 13-12-1948). Contra esta maneira de interpretar, encontra-se FISCHER, alegando que a burocratização dos tribunais não pode influir nas questões sôbre as quais a lei fixa prazo. Desde que a lei, por exemplo, fixa um prazo de 5 anos para a interrupção da prescrição, esta obstrução poderá ser feita até com um dia de antecedência do escoamento total do prazo, independente do tempo que o ajuizamento da ação gastará para percorrer os trâmites processuais.

É regra geral que a citação deva ser ordenada por juiz competente. Entretanto, se por êrro judicial ou inadvertência do credor, a citação fôr despachada por juiz incompetente, o ato reveste-se de validade, pois a parte requerente mostrou-se zelosa e solerte para com os seus direitos.

FISCHER (ob. cit. bibl., pág. 125, tomo II), distingue a citação “requerida perante juiz incompetente” e a “ordenada por juiz incompetente”. A primeira espécie foi postergada pelo Código, a segunda foi perfilhada, impedindo assim à parte o arbítrio de escolha do juiz. Em certas situações a lei permite que a parte recorra a um juiz, quando deveria fazer em outro. Mas não sanciona a quem, a fim de salvar uma prescrição à beira de se consumir, em virtude de seu desleixo, ajuiza a ação interruptiva, ciente e conscientemente, perante o primeiro juiz que encontra.

II — Pelo protesto, nas condições do número anterior.

Trata-se de protesto cambial, disciplinado pela lei nº 2.044 de 31-12-1908, ou de protesto judicial?

Os autores afirmam que se trata de protesto judicial... “só o protesto judicial tem o efeito interruptivo da prescrição” — FISCHER ARY FRANCO tem o mesmo princípio.

Contrariando êstes autores surgiu uma decisão do Supremo Tribunal Federal, relatada por NELSON HUNGRIA.

“... o protesto cambial do título equivale a protesto judicial, é interruptivo da prescrição quinquenal” — (Rev. dos Tribunais — 256/616).

Tal decisão data de 11 de maio de 1953, por conseguinte, bem recente.

SÍLVIO RODRIGUES acha que, embora sendo bastante sedutora tal decisão, não encontra ela suporte no texto legal, que requer o protesto judicial.

O postulante ao ajuizar uma ação de protesto deve deixar bem claro que a sua intenção é obter a interrupção da prescrição. Agindo por êste caminho estará evitando que o tribunal interprete de modo inverso a sua intenção.

III — Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores.

A interrupção aqui está condicionada a apresentação do título de crédito no juízo de inventário do devedor, ou em concurso de credores, mostrando o credor a sua solércia em ver suas prerrogativas garantidas.

Diferente das duas hipóteses anteriores aqui não exige a lei, que o devedor seja citado, intimado ou notificado, pois quando os herdeiros são convidados a se manifestarem a respeito da dívida, a prescrição já estará interrompida. O mesmo acontece com o devedor, em concurso de credores.

IV — Por qualquer ato judicial, que constitua em mora o devedor.

Êste ponto é muito controvertido. Acham alguns autores que é até supérfluo. Vamos transcrever o pensamento de CARPENTER a êste respeito, pois reputamo-lo de suma importância, não por ter sido citado por vários autores, mas sim por aclarar a situação:

“...a constituição em mora só se verifica por um dos três meios: de pleno direito pela velha máxima “*dies interpellat pro homine*”, ou por interpelação judicial, ou por interpelação extra-judicial. O primeiro e o terceiro são excluídos pelo art. 172, n° IV do Código, do número das causas interruptivas: só resta como causa interruptiva da prescrição o segundo meio, que está incluído no artigo 172, n° II” — (Da Prescrição, pág. 302).

Conforme êste pensamento não existe, de fato, razão de ser para a alínea IV do artigo 172.

Contra êste pensamento insurge, com tôda a sua argúcia de jurisconsulto, CLÓVIS, afirmando que a lei não determina quais são êstes atos judiciais, que além dos consagrados nas alíneas I e II, podem constituir o devedor em mora. Como o direito é uma ciência evolutiva, por excelência, outros modos ainda podem surgir.

V — Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Aqui a interrupção surge por intermédio da parte debitoris, do sujeito passivo da obrigação. Esta interrupção pode se exteriorizar por qualquer ato judicial ou extrajudicial do devedor e pode ser expresso ou tácito, escrito ou oral.

Como meio judicial existe a descrição, no inventário, da dívida do de cujus. Como meios extrajudiciais, FISCHER apresenta: o pagamento por conta, o pedido de prazo para pagar, resgate dos juros, a ordem a um terceiro para pagamento da dívida etc. Uma simples carta do devedor, dirigida ao credor, reconhecendo a dívida, é o bastante para servir como causa interruptiva da prescrição.

Os quatro primeiros itens do artigo 172 denominam-se casos de interrupção interpelativa, enquanto a última alínea refere-se à interrupção recognitiva.

A prescrição interrompida por qualquer ato consagrado nas alíneas II, III, IV e V do artigo 172, recomeça a correr a partir do ato interruptivo. Assim que um credor, cujo prazo da prescrição quinquênaria vença em 30 de junho de 1955, protestando o título em 28 do mesmo mês e do mesmo ano, interrompe a prescrição nesta data e o novo prazo passará a fluir dêste momento, vencendo em 28 de junho de 1960. Por outro lado se ao invés de protestar o título, o credor referido ajuíza a ação e solicita citação do devedor (artigo 172, I), o novo prazo passará a correr a partir do último ato processual. Suponhamos que êste ato tenha sido no dia 5 de julho de 1955. A partir dêste momento inicia-se o novo prazo, terminando em 5 de julho de 1960 — Artigo 173.

Tratando-se de ação contra a União, Estados, Municípios, “a, prescrição sòmente poderá ser interrompida uma vez” consoante disposto no art. 8º do dec. nº 20.910 de 6 de janeiro de 1932 (ARY FRANCO).

A interrupção pode ser promovida pelo titular do direito, por seu representante legal ou por um terceiro que tenha interêsse — art. 174.

Quanto aos dois primeiros não há menor dúvida em relação aos seus direitos de interromperem a prescrição. A dúvida se coloca em face do ítem III, quando se procura descobrir quem seja o terceiro. Terceiro, para CLÓVIS é “a pessoa que, por si ou por seu representante, não foi parte no ato”. Assim, terceiro é o credor daquele contra quem a prescrição corre. Caso êste terceiro aperceba que, se houver a consumação da prescrição, acarretará contra êle, algum prejuízo, poderá interrompê-la. Mas é necessário que êle prove perante o juiz que, embora não sendo titular da ação, tem interêsses incontestáveis na interrupção da prescrição. Caso contrário não poderá arguir em juízo, visando a anulação de uma instituição criada para o bem comum. O terceiro deverá ser um credor incondicional, segunda a advertência de NUNA DO VALE. Exige-se dêle que prove que, caso se consuma a prescrição, o patrimônio do seu devedor será subtraído de tal modo que colocará em risco a solvência de seu crédito. Sòmente numa questão dêste tipo é facultado ao juiz, repetimos, deferir a interrupção da prescrição, arguida por um terceiro.

IV — DOS PRAZOS DA PRESCRIÇÃO

Os prazos da prescrição acham-se preceituados no próprio Código Civil.

O artigo 177 transcreve uma regra geral: as ações pessoais prescrevem, em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze. E o artigo 179 estipula que os casos de prescrição não previstos no Código, serão regulados, quanto ao prazo, pelo artigo 177. E o artigo 178 determina vários casos de prescrição, dentro de prazos que variam entre 10 dias e 5 anos.

BIBLIOGRAFIA

- BEVILÁQUA, Clóvis — Comentários ao Código Civil.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luís da — Da Prescrição e da Decadência.
- CARPENTER — Da Prescrição.
- FISCHER, Breno — A Prescrição nos Tribunais, Tomos I e II.
- FRANCO, Ary Azevedo — A Prescrição Extintiva no Código Civil Brasileiro.
- MELLO, Wilson — Aulas ministradas, em 1963, na Cadeira de Direito Civil, 2º ano.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva — Instituições de Direito Civil, 1º volume.
- RODRIGUES, Sílvio — Direito Civil, 1º volume.