

O caso da elucidação dos prazos de prescrição e de decadência em 1919



Arnaldo Godoy
Livre-docente pela USP

A propósito de provocação do Ministro da Guerra, relativa à prescrição (ou

não) de direito de militar a contagem de tempo para reforma o Consultor-Geral da República redigiu parecer denso, no qual explorou conceitualmente os efeitos do tempo para a aquisição e perda de direitos. No mérito, a possibilidade (ou não) de se contar o tempo que o interessado passara no curso secundário de escola militar, para efeitos de reforma. A questão da interrupção dos prazos também foi tratada no parecer que segue:

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 1919.

Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Guerra. – Restituo a V.Exa. os papéis que acompanharam o Aviso n. 29, de 2 do corrente, em com eles o parecer solicitado a respeito da prescrição em que possa ter incorrido o direito do capitão do Exército Pedro de Alcântara Cavalcante de Albuquerque, à contagem, para os efeitos da reforma, do tempo em que frequentou com aproveitamento o curso secundário do Colégio Militar do Rio de Janeiro.

No parecer que tive ocasião de emitir em 2 de outubro, e que está junto ao processo, conclui pelo reconhecimento do direito do requerente, atendendo a que: a) o decreto n. 2.881, de 18 de abril de 1898, que aprovou o regulamento para os estabelecimentos militares de ensino, no art. 242, prescreve: “O ano de frequência do aluno, com aprovação em todas as cadeiras e aulas e nos exercícios práticos, será contado, como tempo de serviço, para todos os efeitos, menos para baixa ou demissão...”; b) esta disposição vem incluída no título 3º do regulamento, sob a epígrafe: “Disposições gerais comuns aos institutos militares de ensino



secundário e superior”; c) o Colégio Militar, além do curso primário, tem um curso de ensino secundário (cit. Reg., art. 17); d) do processo está provado que o requerente frequentou, com aproveitamento, de 1898 a 1901, precisamente o curso secundário do referido Colégio; e) o regulamento de 1898 foi expedido pelo Poder Executivo, em virtude da autorização conferida pela lei n. 463, de 23 de novembro de 1897, art. 1º, e a disposição do art. 242, guarda a estrita observância dos termos da mesma autorização, tomando por base o regulamento aprovado pelo decreto n. 5.529, de 17 de janeiro de 1874, art. 218. Este ponto ficou líquido.

Suscita, porém, agora, o auditor de guerra com exercício no gabinete de V.Exa. a questão da prescrição, entendendo que o “o direito do peticionário está prescrito desde 1906, pois é ele praça de 1901”. Não há prescrição alguma. Nem esse aspecto do caso me escapou, quando da primeira vez o examinei.

O decreto n. 2.881, de 1898, assegurou a todos os alunos que houvessem frequentado, com aproveitamento, o curso secundário do Colégio Militar, a contagem desse tempo, como de serviço, para todos os efeitos, menos para baixa ou demissão. Para o efeito, entre outros, assegurado, da sua reforma, agora que se quer reformar, vem o requerente mui oportunamente pedir a contagem daquele tempo. Pouco importa que seja praça de 1901, alferes de 1903, 2º tenente de 1907, 1º tenente de 1911, etc.

O direito à contagem daquele tempo não foi particularmente concedido nem às praças, nem aos alferes, nem aos segundos ou primeiros tenentes. Foi genericamente assegurado a todos quantos – qualquer que seja o seu posto, na época em que o queiram fazer valer – provarem haver preenchido a única condição de terem sido alunos que frequentaram com aproveitamento o curso secundário dos estabelecimentos militares de ensino.

É evidente que se o computo é para o efeito da reforma, nenhum interesse têm eles em que tal contagem se faça senão quando de reforma cogitam. E esse direito o decreto lhes garante sem limitação alguma de tempo. Não tendo duração limitada, podem fazê-lo valer até o momento em que o fato da reforma lhes dê o interesse jurídico de promover o seu reconhecimento.

Na informação junta confundem-se institutos distintos, quais são a prescrição e os prazos extintivos. Tratando destes últimos, que os escritores franceses denominam *déchéance*, os italianos *decadenza* e os alemães *temporalidade do direito*, adverte, muito a propósito, o nosso Clovis Bevilacqua: “Cumprе distinguir a decadência dos direitos, determinada pela extinção dos prazos assinados á sua duração, da prescrição. A decadência resulta, simplesmente, do decurso do tempo, porque o direito já nasce com esse destino de extinguir-se num lapso limitado de tempo, se dentro dele não for posto em atividade” (Teoria Geral do Direito Civil, § 76), ou se extingue num prazo prefixo, não obstante o seu uso ou exercício.

A prescrição não decorre do não uso dos direitos, pois que, a não ser na hipótese dos



prazos extintivos, acima referidos, a regra é que os direitos não se perdem pelo não uso ou exercício.

“Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. Não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor; nós podemos conservar inativos em nosso patrimônio muitos direitos por tempo indeterminado. O que o torna inválido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege. A ação, considerada do ponto de vista social, é o princípio tutelar que a sociedade insere em cada direito, e por meio do qual ela se interpõe entre o portador do direito e o seu ofensor. Mas, esse argumento protetor do direito se adelgaça e desfaz, quando, por longo tempo, deixa de reagir contra os ataques vibrados sobre o direito; é um órgão que se atrofia pelo desuso”. (Clovis, op. cit., § 77)

A prescrição extingue ações: não é só a doutrina, é o nosso direito escrito. Pode ser aquisitiva ou extintiva. Pela primeira, também chamada usucapião, a qual, aliás, nada tem que ver com o caso em estudo, sim, adquirem-se direitos. Mas, pela extintiva ou liberatória, não se extinguem os direitos, extinguem-se as ações. Basta abrir o Código Civil, na disposição que interessa aplicar: “Art. 178. Prescrevem: § 10, em cinco anos: VI. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer AÇÃO contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma AÇÃO”.

Nos termos iniludíveis do Código, não é o direito, é a ação contra a Fazenda que prescreve em cinco anos. Onde: não é esta que se extingue por que o direito prescreve; é, pelo contrario, o direito que se extingue porque a ação prescreve. É certo que, extinta a ação, extinto ficará o direito. Mas a prescrição nunca extingue diretamente o direito. Este vem a ser atingido por via de consequência, isto é, por se extinguir a ação que o protegia (in Manual do Código Civil Brasileiro, Carpenter, Da prescrição, número 16).

Ora, se em última análise, a ação é a faculdade de exigir de uma pessoa um ato ou uma abstenção: *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, e, se a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito – claro é que o fundamento daquela vem a ser a recusa ou a iminência de recusa, por parte do sujeito passivo da relação jurídica, de praticar esse ato ou essa abstenção, e, enquanto ao menos tal intenção ou proposito não foi revelado, o sujeito ativo pode, como aqui, não ter interesse em promover a ação. Não terá esta, assim, sequer nascido, porque o direito até então não desconhecido, ou mesmo contestado, não será ainda exigível em juízo.

A ação, que, afinal, é o próprio direito em movimento, surge quando este é negado ou embaraçado: pressupõe a sua violação atual ou iminente.

“Todo direito violado, ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reativa própria, que o põe virtualmente em estado de defesa, escreve belamente João Monteiro



(Teoria do processo, I, § 12). Daqui vem a primeira ideia de ação, cujo germe é este: uma relação de direito preexistente e sua negação. A ação (actio juris) é a reação que a força do direito opõe à ação contrária (violatio juris) de terceiro; é um movimento de reequilíbrio, é um remédio.”

Enquanto não é contestado, o direito permanece, por assim dizer, passivo. Esta observação de Garsonnet (Tr. de Proc. Civil, n. 132), é desenvolvida pelo mestre de São Paulo, quando disserta: “ação é o poder ou faculdade de agir em juízo, poder ou faculdade latente em toda relação de direito e que se traduz em ato (ação, no sentido objetivo) logo que se consuma ou está iminente qualquer violação das relações de direito(op.cit., § 18).

Em verdade, ao titular de um direito, enquanto não se lhe contesta, falta o interesse para estar em juízo.

Existe o princípio de direito que confere a ação (no caso, o preceito legal invocado pelo requerente e a ação que a todo direito corresponde); falta, porém, na linguagem de Paula Baptista (Proc. § 7º), o fato que dá lugar à aplicação deste princípio.

Os conceitos expostos levam a esta conclusão, magistralmente formulada por João Monteiro, no Direito das Ações, última das suas obras, infelizmente não concluída: “A ideia de ação pressupõe estes dois fatores: a preexistência de uma relação de direito (facultas agendi) e sua negação (ratio agendi), negação que não precisa ser efetiva, bastando ser iminente. No dizer de Scialoja, o direito violado é o princípio e fundamento da ação”.

Desde modo, à noção subjetiva da palavra ação, isto é, à faculdade ou poder inerente ao próprio direito de se fazer firmar em juízo (facultas agendi) vem se juntar a noção objetiva, isto é, o exercício daquele poder ou faculdade (ratio agendi), posto em prática logo que o titular de uma relação de direito violada (creditor ou ator) judicialmente pede ao violador (debetor ou réus) que satisfaça a obrigação de lhe reparar o direito que violou” (pag. 22).

Tal a doutrina. Tal o direito positivo: “... devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação” (Código Civil, citado art. 178, § 10, n. VI).

O ato ou fato do qual se originaria, na espécie, a ação do requerente, seria o que lhe negasse a contagem do tempo, ora requerida, para o efeito da reforma. Esse ato nem sequer existe ainda: o Governo não indeferiu o seu pedido; neste momento o estuda. A prescrição da ação, portanto, nem mesmo começou a correr. O seu prazo se iniciará futuramente, na data do ato que o indeferir.

Nem a conclusão contrária poderiam levar os dois acórdãos invocados do Supremo Tribunal Federal, números 1.804, de 1º de novembro de 1911, e 2.202, de 28 de julho de 1914, aliás anteriores ao Código, e fundados (como se pode ver no Manual de Jurisprudência



Federal, n. 1.622 e respectivo Suplemento, n. 1.234, de Octavio Kelly) no art. 9º da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, onde ainda se encontrava a locução viciosa, hoje abolida pelo Código, “direito e ação”.

Também não seria preciso insistir em que ao requerente não cumpria interromper, em tempo algum, uma prescrição que, até esta data, não começou a correr.

Reitero a V.Exa. os meus protestos de elevada estima e mui distinta consideração.

James Darcy.

Date Created

11/12/2014