

PRESCRIÇÃO: DA AÇÃO, DO DIREITO OU DA PRETENSÃO?

MILTON SANSEVERINO
Promotor Público

É sabido que o Código Civil em vigor não estabelece diferença entre prescrição e decadência, englobando todos os prazos, indiscriminadamente, sob a primeira rubrica. A distinção, no entanto, é feita pela doutrina, à qual ficou reservada a ingrata tarefa de estremar as hipóteses de prescrição daquelas em que se verifica a caducidade.

Acerca do melhor critério para separar uma coisa de outra tem-se controvertido largamente, tanto aqui como alhures. De um modo geral, porém, existem na atualidade certas diretrizes mais ou menos definidas, certas regras mais ou menos assentadas, aceitas por boa parte da doutrina, não obstante surjam, vez por outra, algumas divergências de tomo.

Assim é que, no intento de atingir a almejada distinção, costuma-se enfatizar, com freqüência, entre outros aspectos, que as ações prescrevem, enquanto os direitos decaem. Ou, por outras palavras, que a prescrição se volta, fundamentalmente, para a ação, enquanto a decadência, de seu turno, atinge diretamente o direito (direito subjetivo material). É, com efeito, a posição mais comum na doutrina nacional, ao menos entre os civilistas. Daí dizer o emérito Prof. Washington de Barros Monteiro que "a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado; a decadência, ao inverso, atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação" ("Curso de Direito Civil", Saraiva, São Paulo, 1964, 4.^a ed., 1.^o vol., pág. 299). Estaria correta a colocação? Eis aí uma questão que vem preocupando os juristas de longa data e que não encontra, ainda hoje, resposta pronta ou solução cômoda, dificultando sobremaneira a compreensão e assimilação do tema, notadamente por parte dos alunos dos cursos jurídicos, ao nível do bacharelado.

Basta ver que para uns a prescrição atinge o próprio direito e não só a ação, pois, sendo a ação um direito público subjetivo, dizem, não pode prescrever. É a escola perfilhada, de preferência, pelos processualistas (cf., a respeito, Ugo Rocco, "Trattato di Diritto Processuale Civile", UTET, Torino, 1966, 2.^a ed., vol. II, págs. 351/352, ns. 2 e 3, bem assim pág. 350, nota 1). Outros, ao revés, afirmam que tanto a prescrição como a decadência aniquilam a ação e não o direito. E outros, ainda, sustentam que sendo a ação um poder é ela atingida pela decadência e não pela prescrição, que se voltaria, na verdade, para o direito subjetivo, sem contar, por fim, a opinião daqueles que negam qualquer relevo a tal tipo de discussão (cf., a propósito, Santi Romano, "Frammenti

di un Dizionario Giuridico”, trad. de Sentis Melendo e Ayerra Redin, EJEA, B. Aires, 1964, págs. 121/129).

Ousamos imaginar, de nossa parte, se a prescrição não atingiria, na realidade, a **pretensão**, em lugar da ação ou do direito. Não constitui novidade, realmente, o entendimento de que o termo **ação**, constante do artigo 75 do Código Civil, estaria empregado aí com o sentido de **pretensão**, ou seja, o equivalente mais próximo, em vernáculo, da “anspruch” do direito alemão (cf., nesse sentido, entre outros, Clóvis Beviláqua, “Código Civil Comentado”, Livr. Franc. Alves, Rio, 1959, 12.^a ed., vol. I, págs. 63 e 255, obs. 1; Orlando Gomes, “Introdução ao Direito Civil”, Forense, Rio, 1965, 2.^a ed., pág. 438, n. 359). E não, como à primeira vista poderia parecer, com o significado próprio e peculiar de “ação processual”, por oposição àquela a que se convencionou chamar, para ressalva da construção legislativa e para preservar o correto entendimento do texto, de “ação em sentido material” (cf. Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, Rio, 1974, 1.^a ed., tomo I, pág. 267, n. 2; Orlando Gomes, ob. e loc. cit.).

De tal modo que, a partir dessa premissa, se pode validamente imaginar que o mencionado artigo 75 precisa ser entendido em termos. Com efeito: não só não é exato que a cada direito corresponde (necessariamente) uma ação que o assegura (observe-se que há direitos sem ação e vice-versa, tanto quanto pode haver pretensão sem ação, etc.), como, além disso, onde se diz “ação” se deve ler “pretensão” (exigibilidade, ou poder de exigir de outrem coisa que nos é atribuída como nossa pelo direito objetivo, ou, ainda, consoante a célebre fórmula de Carnelutti, a exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio), assente que está, hoje, a idéia de que a **ação** é instituto nitidamente de direito processual e, como tal, totalmente desvinculado do direito subjetivo material, que, eventualmente, vise a tutelar, podendo até mesmo — note-se — existir independentemente dele, como demonstrou, magistralmente, A. Wach em sua famosa “Pretensão de Declaração”, publicada em Leipzig, em 1888.

Ora, se assim é, como parece ser, nada mais natural, então, senão supor que a prescrição, instituto de direito material, possa fulminar, na verdade, a pretensão, figura também de direito substancial (sob o prisma do artigo 75 do Código Civil), e que constitui, em última análise, o próprio cerne, a substância vital, a alma mesma ou o conteúdo mais específico da ação (em acepção processual), vista esta como o poder ou direito (ou o conjunto de poderes ou de direitos) de estimular a atividade jurisdicional do Estado, por meio da qual, uma vez ajuizada a inicial, veicula o autor o seu pedido, trazendo a lide (fenômeno de direito material na concepção carneluttiana) para o campo do processo, onde, afinal, se instalará, ou não (dependendo da postura do réu em face do pedido do autor), a controvérsia, a fim de que seja solucionada pelo julgador.

Chegar-se-ia, dessa forma, à conclusão de que a prescrição, antes de atingir a ação, atingiria, em verdade, a pretensão, esvaziando, com isso, o conteúdo daquela, e, assim, tornando inviável o seu exercício. Desde o momento em que o titular do direito perdesse a exigibilidade, pelo decurso do tempo, perderia também — e “pour cause” — a ação,

isto é, o poder de invocar ou de provocar a oferta da prestação jurisdicional pelo Estado num caso determinado. Não podendo mais exigir aquilo que é seu, tal como lhe é atribuído pelos parâmetros do direito objetivo, seja em juízo, seja fora dele, não poderá, obviamente, se valer da ação, que, a essa altura, estará totalmente carente de conteúdo. Logo, poder-se-ia concluir — sempre no âmbito da provisoriedade destas considerações — que não seria a ação que pereceria, mas, em realidade a pretensão. E, perecendo esta, neutralizada estaria, por via oblíqua, ou reflexa, a própria ação, não obstante se mantivesse incólume, enquanto existente, o direito subjetivo material. (*)

(*) **OBSERVAÇÕES:**

1 — Este breve ensaio foi publicado, pela primeira vez, no jornal acadêmico “O Lobão” (ano I, n. 1, última pág.), da Faculdade de Direito de São Carlos, em 31-5-74;

2 — em sentido diametralmente oposto manifesta-se Carnelutti, sustentando, em síntese, com o vigor e a erudição de sempre, que a prescrição não afeta nem a ação, nem o direito, nem, muito menos, a pretensão (“anspruch”), mas, em realidade, a **relação jurídica material** (“Appunti sulla prescrizione”, in Rivista di Diritto Processuale Civile, Cedam, Padova, 1933, vol. X, I, págs. 34/35, n. 1). Ousamos, todavia, dissentir, neste passo, do renomado mestre, com base nas razões sucintamente expostas neste esboço, que na verdade não passa, em última análise, de modesto e despretensioso exercício em torno de tão árduo quanto atraente tema. E cremos não estar de todo isolados neste nosso aparente — e só aparente — gesto de rebeldia contra a categorizada e talentosa lição do célebre e genial jurista. Efetivamente, parece que começam a despontar na doutrina nacional, ainda que de maneira algo tímida ou hesitante, sem emprestar ao tema particular ênfase, trechos onde se podem claramente surpreender, em essência, ao menos aparentemente (se não nos equivocamos), idéias análogas às de texto, ganhando este, em consequência, o respaldo e o conforto do apoio — sempre gratificante — de eminentes e abalizadas opiniões (cf. nesse sentido, entre outros, Caio Mário da Silva Pereira, “Instituições de Direito Civil”, Forense, Rio, 1972, 3.^a ed., vol. II, pág. 205; J. J. Calmon de Passos, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, Rio, 1974, 1.^a ed., vol. III, págs. 213, ns. 126, e 217, 1.^o). Pontes de Miranda, a seu turno, fala em “encobrimento de eficácia” relativamente à prescrição, aduzindo que com ela cessa a **exigibilidade** (“Tratado de Direito Privado”, Borsoi, Rio 1972, 3.^a ed., tomo XLVII, pág. 488, § 5.103, n. 1). Em seguida, porém, afirma — em aparente contradição com o que dissera anteriormente — que “com a prescrição não se extingue o direito, nem a **pretensão**, nem a ação” (op. e loc. cit. — grifou-se). Fica-se, assim, sem saber ao certo — salvo melhor juízo — qual, exatamente, o pensamento do insigne mestre a propósito do assunto;

3 — v. tb., em abono da tese esposada no texto, artigo 187 do Projeto de Código Civil (projeto Miguel Reale) ora em tramitação no Congresso Nacional (Projeto n. 634, de 1975. Mensagem do Executivo n. 160 de 1975);

4 — cf., outrossim, no mesmo diapasão do ponto de vista sustentado aqui, e a respeito da inovação introduzida — mais na forma que no fundo, diga-se de passagem — pelo artigo 187 do projeto de codificação mencionado acima, excelente e pormenorizado estudo, notadamente à luz do direito e da doutrina germânica, do "ex" Juiz de Direito (recentemente falecido) Dr. Alfredo Gallo Júnior (in Diário Comércio & Indústria, São Paulo, Capital, ed. de 26-9-75, 2.º cad., pág. 3, onde a matéria é analisada em profundidade, com invulgar proficiência e erudição.