

O apelo, assim, deve, *data venia*, prosperar.

Rio de Janeiro, GB, em 10 de julho

de 1973. — *Bulhões Carvalho*, Presidente. — *Graccho Aurélio*, Relator. — *Marins Peixoto*.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não for invocada pela parte.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 80.486

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Tribunal de Justiça

Voto vencido: Des. Graccho Aurélio
Apelantes: Jasson Marcondes e Mário Gonçalves Duarte
Apelado: Estado da Guanabara

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 80.486, apelantes Jasson Marcondes e Mário Gonçalves Duarte e apelado o Estado da Guanabara:

Acordam os Juizes da 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para julgar não ter ocorrido a prescrição reconhecida pela sentença, contra o voto do revisor, que negava provimento ao recurso, quanto a essa preliminar. Determinar a volta dos autos à inferior instância para julgamento do mérito. Decisão unânime.

O nosso Código Civil, ao versar o tema da prescrição, estabelece, em seu art. 166, de forma expressa:

“O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não for invocada pela parte”,

isto, está claro, em homenagem ao princípio: *Prescriptio non tollit actionem ipse jure sede exceptione ope*. Ver, a propósito, BARBOSA MAGALHÃES (*Das Obrigações Solidárias*).

Posto tenha sido pouco feliz a fórmula do artigo, porque faz supor que o Juiz possa conhecer da prescrição de

direitos não patrimoniais, quando o certo é que, precisamente, os direitos patrimoniais é que são prescritíveis, na observação de CLÓVIS BEVILÁQUA, em escólio a esse artigo, o certo é que sempre se acolheu o princípio vedativo.

O Código estabelece, nesse artigo, regra absoluta: se a parte não invocar a prescrição, o Juiz não a pronunciará. Não se abre exceção nem para favorecer o incapaz, princípio consagrado desde o Projeto FELÍCIO DOS SANTOS, vol. III, pág. 44, afinado, de resto, com a legislação estrangeira (ALVES MOREIRA, *Instituições*, Vol. I, pág. 768; RICCI, *Diritto Civile* — It., Vol. V, pág. 150; LAURENT, *Principes*, Vol. 32, pág. 175).

O princípio mantém-se íntegro, até mesmo no caso do incapaz, não acolhendo o Código o temperamento contido na Consolidação CARLOS DE CARVALHO.

Na realidade, nessa consolidação, artigo 956, admitia-se, excepcionalmente, o decreto da prescrição em favor dos incapazes e dos que a eles são equiparados, por não terem capacidade para renunciar expressa ou tacitamente.

É bem verdade que autores como RUSSEL combatem o princípio de que ao Juiz seja vedado pronunciar a prescrição que a parte não alega, ainda que dos autos conste sua prova. Mas, como argumenta CLÓVIS BEVILÁQUA, a prescrição é de ordem pública porque a segurança dos direitos interessa a par da sociedade e cabe ao indivíduo o direito de renunciar à prescrição consumada, porque, além da regra *invicto beneficium non datur*, deve o direito respeitar o escrúpulo daquele que não quer se libertar do compromisso pela tábua da prescrição.

O fato é que sempre assim se tem entendido.

Na França, também o princípio resulta de disposição expressa. Com efei-

to, o Código Civil Francês em seu Livro III, Título Vigésimo, no art. 2.223 é incisivo: "Les Juges ne peuvent pas supplier d'office le moyen resultant de la prescription".

E DALLOZ explica que "la défense faite au juge par l'art. 2.223 du Cod. Civil de supplér d'office le moyen tire de la prescription est absolut".

Igual princípio é consagrado pelo artigo 515 do Código Civil Português:

"Os Juizes não podem suprir de officio, a prescrição, não sendo essa invocada pelas partes."

O legislador, dilucida DIAS FERREIRA, ao comentar este artigo, respeitou a intenção da parte que, cedendo aos brados da sua consciência quisesse prescindir deste meio de defesa por o reputar pouco conforme a mais sã moral, e preferisse sujeitar-se à decisão quedada em novas provas dos autos. Não pode, por isso, supri-la o juiz de officio, em caso algum, qualquer que seja a sua duração e natureza da ação, ou a forma do processo (DIAS FERREIRA, *Código Civil Português*, Vols. I, II, página 363).

Os Tribunais, a seu turno, têm sido chamados a pronunciar-se sobre o assunto em uma série de julgados.

Com efeito, ao julgar o Agravo de Petição n.º 8.687, relator o então Desembargador BARROS MONTEIRO, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, assim se pronunciou:

"A prescrição não pode ser reconhecida quando não tenha sido formalmente alegada pelo interessado e não se pode ferir a sua argüição do simples fato de se pedir na instância superior, a confirmação de sentença que a decretara."

Ver a jurisprudência a respeito (*in Rev. Forense*, vol. 160, pág. 223, volume 104, pág. 65; *Rev. dos Tribunais*, vol. 136, pág. 126; 133, pág. 313; 123, pág. 142; 103, pág. 349; *Arquivo Judiciário*, vol. 93, pág. 468 e 77, pág. 254).

São estes os fundamentos pelos quais

é de se rejeitar a prescrição decretada

Rio, 24 de abril de 1973. — *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, Presidente; *Graccho Aurélio*; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, com a seguinte declaração de voto vencido:

Jasson Marcondes e Mário Gonçalves Duarte movem ação ordinária contra o Estado da Guanabara, alegando que o primeiro autor foi reformado no posto de Coronel da PMEG por decreto publicado a 20.9.66, e o segundo autor foi reformado no posto de Tenente Coronel da PMEG por decreto publicado a 10.10.1966; que ambos foram reformados, contra vontade, em decorrência de erro substancial da Junta Médica da Corporação, que os deu como portadores de moléstia incurável, na realidade não ocorrida; que assim pedem sua reversão ao serviço ativo com os direitos e vantagens correspondentes.

A sentença apelada julgou prescrito o direito dos autores, pelo decurso de mais de quatro anos do ato dado como viciado por erro, ocorridos os exames médicos impugnados em 2 de setembro de 1966 e 3 de outubro de 1966, e o Decreto de reformas em 20 de setembro e 10 de outubro do mesmo ano, ao passo que a presente ação foi proposta a 26 de maio de 1971, mais de quatro anos depois. Funda a prescrição no Código Civil, art. 178, § 9.º, V, b (fls. 173).

Não obstante julgar os autores carecedores de ação, a sentença julgou também a ação improcedente em seu mérito (fls. 177).

O que posto:

A sentença decretou a prescrição, fundada no art. 178, § 9.º, V, b, do Código Civil, que reza: "Prescreve em quatro anos a ação de anular ou rescindir os *contratos* para a qual não se tenha estabelecido menor prazo; contado, este, no caso de erro... do dia em que se realizar o ato ou o contrato".

A sentença equipara o ato de reforma dum militar a um "contrato", para o efeito de estabelecer o curso da prescrição.

Tal alegação é original e certamente não tem o menor fundamento jurídico.

A relação entre funcionário e o Estado não tem caráter contratual, mas estatutário. O vínculo que une o Estado a seus agentes é de direito público e não de direito privado.

Especificamente o ato de reforma imposta a um militar é um ato unilateral do Estado e não tem caráter contratual algum, sendo apenas subordinado ao cumprimento de dispositivos legais.

Se o Dr. Juiz *a quo* encontrou dificuldade de enquadrar a prescrição no caso dos autos no art. 178, § 10, n.º V, por se tratar de questão de mero interesse pessoal e não patrimonial, deveria concluir que o prazo prescricional seria o do art. 177 do Código Civil.

Na realidade, entretanto, os autores pleiteiam interesses patrimoniais contra a Fazenda e portanto a prescrição seria quinquenal.

Quanto à classificação do prazo como sendo de decadência e não de prescrição não importa à espécie dos autos, em que não se discute a interrupção do prazo prescricional.

Mesmo tratando-se de prazo de decadência, pressupõe-se que a lei determine expressamente a existência do prazo, pois em tal matéria não se admite interpretação analógica ou extensiva.

Inexistente assim prescrição ou decadência no caso dos autos, devem estes voltar à primeira instância, pois não se admite que o juiz de primeira instância depois de acolher a preliminar de prescrição, julgue simultaneamente o mérito, cujo julgamento é incompatível com a aceitação daquela preliminar. — *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho.*

VOTO VENCIDO

A prescrição quinquenal ou o prazo decadencial do Dec. número 20.910/32 não exclui outros menores, podendo ser alegados de officio.

É de decadência o prazo para

anular atos ou contratos, por erro.

Os direitos potestativos são os únicos que têm prazo de decadência.

As únicas ações que têm prazo decadencial são as constitutivas.

A prescrição em favor do Estado pode ser invocada de officio.

1 — Trata-se de ordinária em que dois oficiais da Polícia Militar pretendem anular, por erro, a sua reforma.

O ilustre Dr. Juiz decretou de officio a prescrição da ação, aplicando o artigo 178, § 9.º, V, b, do Código Civil.

A douta maioria desta E. Câmara reformou essa respeitável decisão, sob o fundamento de que a prescrição não poderia ser decretada sem a provocação do Estado, nos termos do art. 166 do Código Civil.

Fiquei, *data venia*, vencido.

2 — Entendi, primeiramente, que a ação anulatória de ato ou contrato deve ser proposta no prazo de 4 anos, em face do que dispõe o art. 178, § 9.º, V, b, do Código Civil, pouco importando que a demanda seja dirigida contra o Estado.

É verdade que o Dec. 20.910/32 estabeleceu a prescrição quinquenal contra as pessoas jurídicas de direito público, conforme já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, pelos votos dos eminentes Ministros ALIOMAR BALLEIRO, HAHNEMANN GUIMARÃES e ADALÍCIO NOGUEIRA, essa prescrição não exclui as de menor prazo, previstas em outras leis (R.T.J., 40/42), ressalva, aliás, explicitada no art. 10, do Decreto n.º 20.910.

Nem poderia ser de outra forma, porque esse decreto foi expedido em benefício da União, dos Estados e Municípios, de modo que não deve ser interpretado para alongar as prescrições *levis temporis*, inferiorizando as pessoas jurídicas de direito público em relação às de direito privado.

Não me pareceu também que o citado artigo do Código Civil só se referisse

às anulações de contrato, pois, se assim fosse, o legislador não iria precisar que o prazo fosse contado do "ato" ou contrato.

É o ensinamento de PONTES DE MIRANDA:

"A ação é a de anulação dos contratos e dos demais negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* suscetíveis de anulação por erro, dolo, simulação ou fraude contra credores" (*Tratado de Direito Privado*, VI, pág. 372, § 711, n.º I).

3 — Em segundo lugar, não me pareceu, *data venia*, que o processo devesse estancar, por não haver o Estado invocado, antes da sentença, a proteção do referido art. 178.

O controvertido texto legal, na verdade, não regula a prescrição, mas a decadência do direito de anular ato unilateral ou contrato (CÂMARA LEAL, *Da Prescrição e da Decadência*, n.º 198; AGNELO AMORIM FILHO, *in Rev. de Direito Processual Civil*, págs. 97 e 100).

A ação de anulação é constitutiva, pois visa extinguir uma relação jurídica (GABRIEL DE REZENDE, *Curso*, I, pág. 66; LOPES DA COSTA, *Código*, I, pág. 84; FREDERICO MARQUES, *Instituições de D. Proc. Civil*, II, n.º 282).

Por isso, o prazo para a sua proposição é de decadência (AGNELO AMORIM FILHO, *ob. cit.*, pág. 117).

A ação anulatória nada mais é do que o exercício de um direito potestativo, que nasceu no momento do ato ou contrato para ser invocado em prazo certo, sob pena de perecimento.

Como bem observou o mestre paulista, só as ações condenatórias prescrevem, pois as declaratórias e as constitutivas sem prazo são perpétuas, ao passo que as constitutivas com prazo precluem (*ob. cit.*, pág. 131).

Assim, inaplicável seria o art. 166 do Código Civil, que regula apenas a prescrição de direitos patrimoniais e não a decadência, invocável de ofício (CARVALHO SANTOS, *Código Civil*, volume III, n.º I ao art. 161).

4 — Não obstante, ainda que se tratasse de prescrição de direitos patrimoniais, mesmo assim não haveria razão, *data venia*, para o sucesso da apelação, pois o Estado invocou a prescrição nas suas eruditas contra-razões, nos termos do art. 162 do mesmo Código.

Ademais, convém lembrar que as prescrições em favor do Estado podem ser decretadas de ofício, pois a Procuradoria não tem poderes para transigir com seu silêncio (*Revista de Direito Administrativo*, 84/356).

5 — Foram essas as razões que me levaram a dissentir da ilustre maioria.

Rio de Janeiro, GB, em 24 de abril de 1973. — *Graccho Aurélio*, Revisor, vencido.

EXECUÇÃO DE SENTENÇA — CAUÇÃO

A sentença que depende de liquidação é passível de mera execução provisória.

RECLAMAÇÃO N.º 7.588

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Tribunal de Justiça

Relator: Des. Bulhões Carvalho

Reclamantes: Joaquim Osório de Araújo e outros

Reclamado: Dr. Juiz da 12.ª Vara Cível

Vistos, relatados e discutidos estes autos de reclamação n.º 7.588, de que são reclamantes Joaquim Osório de Araújo e outros e é reclamado o Dr. Juiz da 12.ª Vara Cível, acordam os Juizes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça em julgar improcedente a reclamação.

Joaquim Osório de Araújo e outros reclamam contra o Dr. Juiz da 12.ª