

ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de
Direito de São Paulo (1914)

**DA PRESCRIÇÃO
E DA
DECADÊNCIA**

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

4.^a EDIÇÃO

**Atualizada pelo juiz
JOSÉ DE AGUIAR DIAS**

**FORENSE
RIO DE JANEIRO
1982**

José Fausto Magalhães.

Esta obra é autografada por um dos filhos ou por um dos netos do
Autor: Stella Câmara Leal Tostes, Fausto da Câmara Leal, Cora Tostes
e José Otávio da Câmara Leal Magalhães.

CAPÍTULO III

DAS CONDIÇÕES ELEMENTARES DA PRESCRIÇÃO

SUMÁRIO: 13. Condições elementares — 14. Existência de uma ação exercitável — 15. Condições da *actio nata* — 16. Conhecimento da violação pelo titular — 17. — Ações cujo nascimento depende do titular: início da prescrição — 18. Inércia do titular da ação — 19. Continuidade da inércia durante um certo lapso de tempo — 20. Prazo prescricional — 21. Causas interruptivas da prescrição — 22. Ausência de causas preclusivas de seu curso — 23. Causas impeditivas e suspensivas da prescrição.

13. Já tivemos ensejo de indicar os elementos integrantes, ou condições elementares da prescrição, quando tratamos de seu conceito jurídico (nº 6). Representando, porém, a parte nuclear do instituto, cumpre dedicar-lhes um capítulo especial, em que sejam estudadas e expostas com maior amplitude.

Como vimos, quatro são essas condições: a) existência de uma ação exercitável; b) inércia do titular da ação pelo seu não-exercício; c) continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; d) ausência de causas preclusivas de seu curso.

Aqui trataremos, pois, de cada uma delas em particular.

14. 1ª) *Existência de uma Ação Exercitável* — A prescrição tem por objeto as ações e por efeito a sua extinção. Ela supõe, portanto, a existência de uma ação.

Há diferença entre o direito e a ação. Todo direito tem duas fontes: a lei, que o reconhece em tese; e o fato que lhe dá nascimen-

to. Uma vez adquirido pela verificação do fato, a que a lei atribui o efeito de gerá-lo, ele entra para o poder de seu titular como faculdade de agir (*facultas agendi*), podendo este exercê-lo segundo as normas e dentro dos limites, traçados pela lei.

A todo direito corresponde uma obrigação, donde o brocardo: *jus et obligatio sunt correlata*.¹ Essa obrigação tanto pode ser geral e negativa, competindo a todos, que deverão abster-se de qualquer ato que possa ofender o direito do titular; como pode ser especial e positiva, competindo a determinadas pessoas, que deverão dar, fazer ou não fazer alguma coisa, a que se obrigaram, ou lhes é imposto pela lei, e em cujo cumprimento direto consiste o direito do titular.

Enquanto o direito tem uma existência normal, sendo por todos respeitado, e cumpridas as obrigações positivas a que corresponde, ele, por si, provê à sua conservação, bastando-se a si mesmo. Mas, no momento em que sofre alguma perturbação, ou pelo desrespeito, por parte dos que tinham a obrigação geral-negativa de respeitá-lo, ou pelo não-cumprimento das obrigações correlativas, por parte dos que estavam a elas diretamente vinculados, ele já não pode, por si, prover à sua conservação, já não se basta a si mesmo, e necessita de um meio de proteção que o assegure e defenda. Esse meio protetor é a intervenção do poder público, pelos seus órgãos judiciais, mediante o exercício da ação promovida pelo titular. Tendo por fim proteger e garantir o direito, a ação tem uma individualidade própria, distinta do direito, em benefício do qual exerce a sua atividade, e, por isso, diferentes são as suas origens. É assim que o direito nasce do fato que o gera, *jus oritur ex facto*; e a ação da violação por ele sofrida. Enquanto nenhuma perturbação sofre o direito, nenhuma ação existe que possa ser posta em atividade pelo seu titular.

Ora, sendo o objetivo da prescrição extinguir as ações, ela só é possível desde que haja uma ação a ser exercitada, em virtude da

¹ DIRCEU RODRIGUES, *Brocardos Jurídicos*, I, pág. 181.

violação do direito. Daí a sua primeira condição elementar: existência de uma ação exercitável. É a *actio nata* dos romanos.²

15. Duas condições exige a ação, para se considerar *nascida* (*nata*), segundo a expressão romana: a) um direito atual atribuído ao seu titular; b) uma violação desse direito, à qual tem ela por fim remover.

Se o direito não é atual, isto é, completamente adquirido, mas futuro, por não se ter acabado de operar sua aquisição,³ não tendo entrado ainda, definitivamente, para o poder do titular, não é passível de violação, e não pode, portanto, justificar o nascimento de uma ação.

Por isso o direito subordinado a alguma condição suspensiva ou termo inicial, não sendo exigível antes de verificar-se a condição ou vencer-se o termo, não poderá dar lugar ao nascimento da ação, até que a condição se cumpra ou o termo se extinga — *in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione vel sub die... Pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel... diei... lapsum, prescriptiones... initium accipiunt*.⁴

Não basta, porém, que o direito tenha existência atual e possa ser exercido por seu titular, é necessário, para admissibilidade da ação, que esse direito sofra alguma violação que deva ser por ela removida. É da violação, portanto, que nasce a ação. E a prescrição começa a correr desde que a ação teve nascimento, isto é, desde a data em que a violação se verificou.

16. Discute-se, no campo da doutrina, se a prescrição é um fenômeno puramente objetivo, decorrendo o seu início do fato da violação, que torna a ação exercitável, independentemente da ciência ou conhecimento do titular, ou, se é um fenômeno também sub-

² SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano*, trad. esp., IV, § 239.

³ Cód. Civil, art. 74, nº III.

⁴ JUSTINUS, c. 7, § 4, de *praescriptione XXX*, 7-39.

jetivo, ficando o início da prescrição dependendo da condição de que seu titular tenha conhecimento da violação.

SAVIGNY é pela doutrina objetiva, dizendo: "Se se subordina o ponto de partida da prescrição ao fato da violação que ação é chamada a combater, este início tem uma natureza puramente objetiva, pouco importando que o titular tenha, ou não, conhecimento dela."⁵

Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular — *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt*⁶ —, não se compreende a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação.

Nosso Cód. Civil, a respeito de diversas ações, determina expressamente o conhecimento do fato, de que se origina a ação, pelo titular, como ponto inicial da prescrição.⁷

Exercitar a ação, ignorando a violação que lhe dá origem, é racionalmente impossível, e antijurídico seria responsabilizar o titular por uma inércia que não lhe pode ser imputada — *ad impossibilia remota tenetur*.⁸

Nas ações que nascem do não cumprimento de uma obrigação, denominadas pessoais, porque o direito do titular recai sobre atos do sujeito passivo, que se obrigara a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, não pode o titular ignorar a violação ao seu direito, uma vez que essa consiste na falta de cumprimento da obrigação, e, por isso, o início da prescrição, nas ações pessoais, coincide com o momento em que a obrigação devia ser cumprida e não o foi.

Mas, nas ações que nascem da transgressão da obrigação geral-negativa de respeito ao direito do titular, a que todos estão sujeitos,

⁵ SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano*, trad. esp., IV, § 239.

⁶ JUSTINIANUS, cap. 3, de *annali exceptione*, 7-40.

⁷ Cód. Civil, art. 178, § 4º, ns. I e II; § 6º, ns. I e II; § 7º, nº V.

⁸ DIRCEU RODRIGUES, *Brocardos Jurídicos*, I, pág. 17.

pode dar-se a violação do direito, sem que dela o titular tenha imediato conhecimento, podendo, mesmo, sua ignorância prolongar-se por muito tempo, como, geralmente, sucede quando o titular do direito violado se acha ausente do lugar da violação, e não tem ali preposto ou representante que o ponha ao corrente dos fatos.

Todavia, a ignorância não se presume, pelo que ao titular incumbe provar o momento em que teve ciência da violação, para que possa beneficiar-se por essa circunstância, a fim de ser o prazo prescricional contado do momento da ciência, e não da violação.

É bem de se ver que essa doutrina da contagem do prazo da prescrição da data da ciência da violação deve ser limitada às prescrições de curto prazo, porque, nas de prazo longo, a própria ignorância da violação, pelo titular, denota negligência, indicando o abandono em que deixou a coisa, objeto da violação, a ponto de ter sido violada e ele o ignorar por longo tempo.

Não encontramos essa opinião em nossos escritores, sendo, talvez, uma inovação doutrinária por nós aventada, mas acreditamos que tem bons fundamentos e deveria ser adotada, na prática, porque se baseia na boa razão.

17. Alguns romanistas, entre os quais UNTERHOLZNER⁹ e KIND,¹⁰ sustentam que a prescrição começa antes que a ação tenha nascido, se o nascimento desta dependia do titular — *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris*.

Essa opinião, todavia, é combatida por THON¹¹ e SAVIGNY.¹²

Originou-se essa disputa doutrinária dos casos em que a obrigação do sujeito passivo não tem prazo fixo para seu cumprimento, ficando abstrita à vontade do titular, como no empréstimo, no depósito, no comodato e no precário.

⁹ UNTERHOLZNER, *Verjährungslehre*, II, pág. 319.

¹⁰ KIND, *Quaestiones Forenses*, III, cap. 35.

¹¹ THON, *Lindes Zeitschrift*, VIII, págs. 2-6.

¹² SAVIGNY, *ob. cit.*, IV, § 239.

Não há razão jurídica para essa exceção à regra da *actio nata* como condição natural do início da prescrição.

Se a obrigação do sujeito passivo, para se tornar exigível, depende da vontade do titular, fazendo-se certa pela reclamação por parte deste, é intuitivo que, sem essa reclamação, não há obrigação atual, nem ação para exigí-la, não podendo, portanto, correr a prescrição. É da reclamação não atendida que nasce a ação do titular, e dela, portanto, é que a prescrição começará a correr.

Somente no depósito voluntário e no precário é que a restituição da coisa fica dependendo, inteiramente, da reclamação do titular,¹³ porque no mútuo e no comodato a lei determina, supletivamente, o prazo da restituição,¹⁴ salvo, pela natureza do empréstimo, ficando evidente que a restituição não deve obedecer a qualquer fixação de prazo, porque, então, ficará dependendo, como no depósito, da reclamação do titular.¹⁵

18. 2ª) *inércia do titular da ação* — Entende-se por *inércia* a inação, a passividade do titular do direito, ante a violação por este sofrida.

E, como seu dever seria exercitar a ação, para defesa de seu direito, a sua inércia se caracteriza pela abstenção de exercício da ação. De modo que a inércia só se verifica desde que, violado o direito, seu titular, em vez de pôr imediatamente em movimento a sua ação, para protegê-lo, queda imóvel, inativo, deixando que a violação permaneça. Ela tem, pois, o seu início desde o momento em que a ação deveria ter sido exercitada, e não o foi.

Cessa, porém, a inércia no instante em que o titular ajuíza a sua ação, pedindo ao poder público, representado por seus órgãos judiciários, que determine o restabelecimento de seu direito, fazendo cessar a violação e impondo ao violador a reparação dos danos dela

¹³ Cód. Civil, art. 1.265.

¹⁴ Cód. Civil, arts. 1.250 e 1.264.

¹⁵ Cód. Civil, art. 1.264, nº III.

decorrentes. Toda violação ocasiona um dano, e, por isso, toda ação, além de coibitiva da violação, tem, também, uma função reparatória.

A inércia é, pois, o não-exercício da ação, em seguida à violação do direito, e dura enquanto a ação não é exercitada. Uma vez ajuizada, porém, desaparece a inércia.

Como a harmonia social exige o equilíbrio estável das relações jurídicas, o poder público tem interesse em que o titular do direito não se conserve inerte diante da violação, que perturba a estabilidade do direito, e, por isso, pune a sua inércia, decretando a extinção da ação e, conseqüentemente, o perecimento do direito violado, se ela perdurar. E a essa extinção da ação, determinada pela lei, é que se dá a denominação de prescrição.

Posto que muitos escritores neguem que a prescrição extintiva seja uma pena imposta à negligência do titular, ela assim era entendida entre os romanos, que a introduziram, segundo já fizemos sentir, e com bom fundamento, porque representa um mal infligido ao titular, privando-o do seu direito, e tem por causa determinante a sua inação prejudicial ao interesse social. Há nela, portanto, o característico da pena: *malum passionis, propter malum actionis*.

Compreender-se-á, ainda, o caráter repressivo da prescrição, atendendo-se a que o Estado, não podendo punir a violação civil do direito, armou o particular do direito de ação para promover a sua reparação, de modo que a inércia deste constitui a omissão de um dever, tornando-se punível.

19. 3ª) *Continuidade da inércia durante um certo lapso de tempo* — Não é a inércia momentânea ou passageira que a lei pune com a prescrição, mas a inércia prolongada, duradoura, indicativa da negligência do titular. E, por isso, ela fixa um prazo para o exercício da ação. Se esse prazo deflui e se extingue, sem que a ação seja ajuizada, opera-se a prescrição, e o titular fica privado do direito de exercitá-la. Não basta, pois, a inércia para consumação da prescrição, mas é necessário que ela se prolongue durante um determinado lapso de tempo. Inércia e tempo são elementos que se con-

jugam, para, associados, determinarem a prescrição. A inércia é a sua causa eficiente e o tempo o fator operante. Se, antes de consumado o tempo, a inércia cessa e o titular se torna ativo, a prescrição se interrompe. Logo, é a inércia continuada, ou continuidade da inércia, que constitui elemento da prescrição, que, para consumir-se, requer que essa continuidade se prolongue, sem interrupção, durante todo o tempo determinado pela lei para o exercício da ação.

20. O prazo prescricional, ou tempo da prescrição, é aquele que a lei expressamente estabelece para cada ação. Ele varia de legislação para legislação.

Nosso Cód. Civil estatui um prazo geral para as ações pessoais e para as reais, e prazos especiais para diversas ações. Pelo que toda ação, para a qual não haja um prazo especial, fica sujeita ao prazo geral, segundo sua natureza pessoal ou real.

O prazo geral para as ações pessoais é de vinte anos, e para as ações reais é de dez e de quinze anos, segundo as partes residam ou não no mesmo município.¹⁶

21. Três são as causas apontadas pelos autores como interruptivas da prescrição em curso: a) a cessação da violação do direito; b) o reconhecimento do direito do titular pelo adversário; c) o ato do titular, reclamando, judicialmente, o seu direito.¹⁷

A cessação da violação torna a ação desnecessária, faz desaparecer a causa que lhe dera nascimento, extingue a *actio nata*, uma das condições elementares da prescrição, impede, portanto, que essa se consuma, interrompendo-a.

O reconhecimento do direito do titular pelo adversário torna também a ação desnecessária, equivale à cessação da violação, e interrompe, portanto, a prescrição. Esse reconhecimento, porém, deve revestir-se das formalidades estabelecidas para os atos jurídicos, segundo a natureza do direito reconhecido.

¹⁶ Cód. Civil, arts. 177 e 551, parág. único.

¹⁷ SAVIGNY, ob. cit., IV, § 242.

O ato judicial promovido pelo titular, para salvaguarda ou defesa de seu direito, faz cessar a sua inércia e interrompe, por isso, a prescrição. Esse ato tanto pode ser o início da ação, pela citação do responsável pela violação do direito ou inexecução da obrigação, como o protesto judicial, ou a apresentação do título creditório no juízo do inventário, ou em concurso de credores, ou ainda qualquer ato judicial que constitua o devedor em mora.¹⁸

22. 4ª) *Ausência de causas preclusivas de seu curso* — Embora se verifiquem todos os elementos integrantes da prescrição, a *actio nata* e a inércia do titular, há circunstâncias, previstas pela lei, que impedem o curso da prescrição. É o que denominamos de causas preclusivas de seu curso. E, porque impedem o curso da prescrição, esta, para correr normalmente e consumir-se, supõe a ausência dessas causas, motivo pelo qual a enumeramos entre as condições elementares da prescrição.

23. As causas preclusivas, entre as quais se devem compreender as interruptivas, a que nos referimos atrás (nº 21), abrangem as diversas circunstâncias que, por determinação da lei, impedem que a prescrição tenha início, ou a suspendem temporariamente.

Em nosso direito, são causas impeditivas da prescrição:

1ª — a constância do matrimônio, para as ações entre cônjuges;

2ª — o pátrio poder, para as ações entre ascendentes e descendentes;

3ª — a tutela ou curatela, para as ações entre tutelares e tutelados, ou entre curatelados e curadores;

4ª — a incapacidade civil, para as ações que competem aos absolutamente incapazes, quais sejam: os menores de dezesseis anos,

¹⁸ Código Civil, art. 172. V. art. 219 e seus parágrafos, e arts. 263 e 617 do Código de Processo Civil.

os psicopatas, os surdos-mudos impossibilitados de exprimir sua vontade, e os ausentes, declarados tais por ato do juiz.¹⁹

São causas suspensivas da prescrição:

1ª — a ausência do titular fora do Brasil, em serviço público da União, dos Estados, ou dos Municípios;

2ª — o serviço militar do titular, em tempo de guerra, estando servindo na armada ou no exército nacionais.²⁰

Essas causas suspensivas podem tornar-se impeditivas se o nascimento da ação ocorrer durante o tempo da ausência ou do serviço militar, nas condições acima indicadas.

Desaparecendo ou cessando as causas preclusivas, a prescrição começa a correr, ou prossegue o seu curso suspenso, conforme essas causas forem impeditivas ou suspensivas. E nisso a interrupção se distingue da suspensão do curso prescricional, porquanto, interrompida a prescrição, ela recomeça, tendo um novo início, do qual se contará o prazo prescricional; ao passo que, suspensa a prescrição, ela não recomeça, mas prossegue, cessada a causa suspensiva, devendo-se computar no prazo o tempo já decorrido antes da suspensão.

¹⁹ Cód. Civil, arts. 168 e 169, nº I.

²⁰ Cód. Civil, art. 169, ns. II e III.