

PRESCRIÇÃO

J. A. DE CARVALHO E MELLO

V

A COMISSÃO de Justiça e Legislação do extinto Senado Federal, como vimos, versou bem o assunto. Seu parecer, demonstrando conhecimento de causa, referiu fatos elucidativos da elaboração da lei de que se cogitava, registou a sua e a opinião de sua congêneres da antiga Câmara dos Deputados sobre o caráter da norma em discussão, deu, a seu juízo, as razões da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, neste particular, admitiu a possibilidade de nova orientação dos julgados daquela alta Corte de Justiça, *vis-à-vis* à regra em apreço. Discorreu, em seguida, e com proficiência, a respeito da arguição de inconstitucionalidade daquele diploma legal, fixando a exclusiva competência do Poder Judiciário para decretá-la, à vista de motivos que lhe cumpriria minuciar.

E' sabido que estava em debate a qualidade, ou atributo, do dispositivo constante do art. 9.º do decreto legislativo n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, *verbis*:

"A prescrição quinquenal de que goza a Fazenda Nacional (decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851, arts. 1.º e 2.º) se aplica a todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a dita fazenda, e o prazo da prescrição corre da data do ato ou fato do qual se originar o mesmo direito ou ação, salvo a interrupção por meios legais".

Propusera-se a representação-consulta saber:

- a) se era "de considerar-se este artigo como interpretativo do decreto n. 1.851, a que se" reportava, ou,
- b) "simplesmente, como tendo criado direito novo", e,
- c) nesta hipótese, "como estender a aplicação do mesmo decreto a casos nele não especificados".

Antes de tudo, um parêntese.

Permitimo-nos aqui ligeiro reparo no concernente à expressão "direito novo", ali usada. E' que não atinamos com o sentido e a significação que

se lhe atribuíram ou, ainda, se lhe atribuíam. Tampouco percebemos seu alcance ou compreensibilidade, seu conteúdo, seu continente, seus motivos, sua razão de ser, sua finalidade. Isto porque, a nosso ver, não há "*direito novo*". Há, sim, e unicamente, novas disposições ou dispositivos novos impostos pelas circunstâncias eventuais e pela complexidade, sempre crescente das múltiplas relações oriundas de fatos novos emergentes. Há, apenas, novos acontecimentos, que reclamam sistematização das consequências deles decorrentes, ordem e disciplina dos efeitos a que dão origem, e metodização dos resultados advindos, concomitante ou posteriormente. Tudo isso, entretanto, — ninguém se iluda, — é, em última análise, calcado nos eternos axiomas do Direito.

De nenhum novo princípio nuclear decorreram as leis que se foram, e tampouco as que surgem, ou surjam, resultam ou resultarão de fonte desconhecida. Absolutamente não, porque todas e cada uma delas promanam, em linha direta ou indireta, de qualquer daqueles imutáveis postulados de abrangimento sem limites, de alcance infinito, de extensão sem fronteiras e de previsão indefinida e indefinível, familiares aos estudiosos, utilizados, quando necessários, pelos eruditos, e aplicáveis às hipóteses do conhecimento de todos e, queiram, ou não, ocorrentes, insensivelmente talvez, à mais fértil imaginação que se presuma criadora. Toda a conceituação das normas que aparecem, ou teem aparecido, está vinculada, por sua própria natureza, a um ou mais princípios jurídicos, ou ao seu conjunto em que afinal se enquadra, ou a que se ajusta.

Negar essa assertiva, se não induz falta de tato, ou desconhecimento das coisas, deixa entrever gesto de vontade que procura abrigo na facil dissimulação da faculdade do subconciente, não raro desperto.

Não se argumente com a denominação de "direito constituído" que convencionalmente se dá à lei. Alegação, como esta, não justificará a conclu-

são, a seu turno, assente em que, sendo novo o seu contexto, încarna e regula o diploma legal direito novo. Não justificará, repetimos, antes confirmará o enunciado, porquanto subentenderá a existência do direito que a lei apenas reconhece e corporifica. E' que esse direito, em estado latente, sempre existiu, e existirá, à espreita de momento que lhe ase a eclosão, radicado a um ou mais princípios básicos, já consagrados. E a razão disso está em que é ele imanente aos aglomerados de homens e muito mais às sociedades organizadas.

Concretizando-o, portanto, garante-lhe, apenas, a lei o exercício em benefício do todo e de cada um dos elementos que o integram, do indivíduo em frente do indivíduo, deste em face da coletividade a que pertence, e desta *vis-à-vis* do poder público, ou do Estado, supremo orientador dos seus destinos.

Com efeito, a lei não cria o direito, reconhece-o e declara-o; não o produz, define-o e sistematiza-o; não o gera, equilibra-o e harmoniza-o; não o funda, regulariza-o e disciplina-o; não o forma, informa-o e corporifica-o; não o constrói, vigia-o e distribue-o. E assim é porque direito é força, energia, disciplina, obediência, sinergia, amparo, segurança e harmonia, atributos inerentes à própria vida, física, ou moral, pública, ou privada, social, ou política, coletiva, ou individual, onde quer que reponte.

E' uno o direito em sua essência, que se não divide nem se transforma; múltiplas são as manifestações e variados os aspectos que a sua aplicação oferece, nova aqui, velha ali, sediça acolá, algures e alhures precipitada, oportuna ou retardatária. O direito, este não se avelhanta, nem rejuvenece; os fatos e as relações que a lei regula, estes, sim, modificam-se e desaparecem, cedendo lugar uns a outros nessa indefinida marcha incoercível da humanidade para a perfeição, senão para a involução, quando daqueles salutareis princípios se afasta, ou por vesânia, ou calculada ambição, os proscreve dos seus hábitos.

Mas, voltemos à matéria objeto destas nossas considerações. Já vai longa a digressão feita e demais extenso se apresenta o parêntese aberto à apreciação que nos propusemos fazer dos efeitos do mencionado decreto legislativo n. 1.939, de 1908.

* * *

Quem quer que tenha atentamente lido o ilustrado parecer da Comissão de Justiça do Senado

verificou, de certo, seu deliberado propósito de não responder com segurança e precisão ao primeiro tópico da referida consulta.

Na verdade, fazendo literatura jurídica, divagou um pouco e, afinal, taxando de "*claros e precisos*" os termos da aludida norma, afirmou, em seguida, que, referindo-se ela a "*todo e qualquer direito e ação*", excluía restrições não expressas no respectivo diploma legal.

Ora, isto que aí está constitue regra ordinária e comezinho princípio de hermenêutica, dispensando, portanto, qualquer referência que lhe não foi pedido. *Urbi et orbe* é sabido e incontroverso que "ao intérprete ou aplicador não é lícito fazê-la (restrição), porque seria excetuar a lei".

E assim, sobre essa parte da representação, julgou melhor não emitir opinião.

Algo, entretanto, de grande significação e maior relevância disse, em linhas gerais, objetivando o segundo elemento da consulta citada, que, na simplicidade dos seus termos, punha em cheque o disposto no art. 1.º do mesmo decreto e, por ato reflexo, toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, baseada, por sua vez, no § 5.º do artigo 13 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, *verbis*, respectivamente:

"O direito de usar do processo sumário especial do art. 13 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, cessa uma vez decorrido o prazo de um ano da data da publicação do ato ou decisão administrativa e, não havendo essa publicação, da data em que os interessados tiverem ciência das mesmas".

"A ação poderá ser desprezada *in limine* se for manifestamente infundada, se não estiver devidamente instruída, se a parte for ilegítima, ou se houver decorrido um ano da data da intimação ou publicação da medida que for objeto do pleito".

E' que aquela veneranda Corte de Justiça vinha decidindo uniformemente que, depois de decorrido esse prazo, podia ser intentada a ação ordinária:

"A prescrição de um ano estabelecida no § 5.º do art. 13 da lei n. 221, de 1894, refere-se expressamente à ação sumária (especial) de que trata o mesmo artigo e não ao direito em si, sendo que já foi deliberado por um acórdão do Tribunal, que a mencionada prescrição não é aplicável em ações ordinárias versando embora sobre assunto que devesse ser tratado por ação sumária (especial) do cit. art. 13.

A lei n. 221, de 1894, complementar da organização da justiça federal, é uma lei de processo, na qual não seria lícito reformar o direito civil, que estabelece para as ações ordinárias (como a de que se usou no caso dos autos) a prescrição de 30 anos" (Ac. de 25-6-1898 do S. T. Fed., na apel. civ. n. 316).

"Não há nulidade do processado por incompetência de ação, pelo fato de, não sendo possível usar da ação sumária especial do art. 13 da lei n. 221, de 1894, por ter decorrido mais de um ano da data da intimação ou publicação do ato ou decisão administrativa, substituir-se aquela ação pela ordinária pedindo a anulação do ato ou decisão" (Ac. de 2-9-1899 do S. T. Fed., na apel. n. 458).

"...a prescrição de um ano só atinge às ações sumárias e não às ordinárias, como já foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 21 de julho de 1897 e em 25 de junho de 1898" (Sent. do Juiz Fed. da Paraíba do Norte, de 5-6-1900, confirmada por acordão daquela Corte, de 18-9-1901, na apel. civ. n. 607).

Paremos aqui, visto que a prova da alegação está devidamente feita, cumprindo-nos registrar, porem, que já àquele tempo havia vozes discordantes no seio do dito Tribunal, como o demonstra, entre outros, o judicioso voto do Ministro Pindaba de Matos, na assentada de julgamento da apelação n. 458, *verbis*:

"...vencido, quanto à nulidade do processado pela incompetência da ação ordinária e quanto à prescrição do direito de reclamar contra um ato do Poder Executivo impugnado como ofensivo de direitos individuais. No sentido do meu voto assim decidiram os acordãos deste Tribunal, número 202, de 26 de setembro de 1896, n. 238, de 2 de junho, n. 232, de 12 de junho, n. 284, de 7 de agosto, n. 276, de 18 de setembro, n. 283, de 18 de setembro, e n. 286, de 25 de setembro, todos estes do ano de 1897, estabelecendo-se nessas decisões, — que a ação competente para pedir reparação de ofensas de direitos individuais por atos ilegais do Poder Executivo é a sumária especial de que trata o art. 13 e seus parágrafos da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894; e — também o direito à semelhante reclamação e pedido prescrevia no fim de um ano da data ou do conhecimento do ato considerado ilegal, nos termos do § 5.º daquele artigo da citada lei. Ainda no caso sujeito, assim votei, porque, tendo sido impugnada na contestação da ação a substituição do processo ordinário do sumário, incorreu o processado em nulidade insuprível, nos termos expressos do art. 48, § 2.º, da dita lei. Além do que, prescrito estava o direito do autor desde que dele não usou dentro do prazo fixado na lei; sendo o caso de prescrição extintiva, pelo qual extinguem-

se todas as obrigações e todos os direitos e ações correspondentes, excetos aqueles que a lei declarou imprescritíveis (Coelho da Rocha, § 456)".

Foi à vista disso que aludiu o mesmo parecer, ou, melhor, a mesma resposta, mais uma vez, àquela fórmula: — "todo e qualquer direito e ação", — exarada no mencionado art. 9.º do aludido decreto legislativo n. 1.939, de 1908, colocado este dispositivo em frente do que se continua no § 5.º do art. 13 da lei n. 221, de 1894, referido, para, com muito acerto, considerá-la "claríssima, genérica e suficientemente compreensiva da ação ordinária com fundamento na lesão resultante de atos administrativos".

E tinha razão o Senado, visto como, quaisquer que fossem as objeções oferecidas, ou argumentos produzidos e utilizados, resultariam nenhuns diante da extensibilidade característica e indissimulável daquelas expressões anulatórias de qualquer tentativa de fugir aos seus efeitos e às suas consequências, absolutamente inevitáveis.

Mas, tudo no mundo tem sua explicação.

Aquele modo de, a seu tempo, entender e aplicar uma e outra normas, a do § 5.º do art. 13 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, e artigo 1.º, combinado com o art. 9.º do decreto legislativo n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, assentava em velha decisão do antigo Conselho de Estado em consulta da Secção da Fazenda de 30 de novembro de 1868, confirmada pela Imperial Resolução de 12 de dezembro do mesmo ano, a que deu cumprimento o aviso n. 9, de 7 de janeiro de 1869, inaplicável à espécie.

A decisão, ou, melhor, a resposta àquela consulta aí está, na íntegra, para conhecimento dos leitores:

"A secção não conhece lei alguma que estabeleça prescrição contra o direito que um oficial tem de queixar-se da injustiça que sofreu em ser reformado com um soldo menor do que aquele que lhe competia, nos termos da respectiva legislação. Independente de requerimento da parte, o próprio governo, se por acaso reconhece que praticou uma tal injustiça, pode e deve repará-la...

A prescrição, portanto, não pode ser aplicada a essa questão, e, se fosse, teria a absurda consequência de proibir a reparação da injustiça como tal reconhecida.

A questão, pois, que resta é somente se a dívida do Tesouro, proveniente da diferença do soldo de capitão para major, é ou não exigível, desde 8 de janeiro de 1853. No pensar da secção, que concorda com a maior parte das informações,

é fora de dúvida que tal dívida é exigível desde essa data, e certamente não está prescrita.

Na verdade, antes da Imperial Resolução de 27 de novembro de 1867, o suplicante não era reconhecido credor, nenhum título tinha para com ele pedir tal pagamento, estava sofrendo uma injustiça, e impossibilitado de fazer valer o seu crédito. Só prescreve o direito de que o possuidor pode usar, e de que não usa, e ainda isso quando a lei é expressa e positiva para o caso.

Nem se diga que a questão importa o direito de ser declarado credor do Tesouro, direito que prescreve no termo de cinco anos, porquanto é visto no art. 3.º do decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851, que essa disposição dirige-se a obrigar aqueles que como tais desejam ser reconhecidos a requerer, liquidar e exigir o pagamento. São relações entre as partes e o Tesouro, e não reparações de injustiças dependentes de outros ministérios, e que só depois da solução estabelecem essas relações.

O suplicante não podia fazer reconhecer, liquidar e muito menos exigir seu pagamento antes da data da Imperial Resolução, que restituiu-lhe o seu direito preterido por força maior, que ele não podia dominar.

Do dia, pois, dessa restituição é que esse direito restaurou-se e se tornou exigível; daí em diante é que pode correr a prescrição".

Releva acentuar, entretanto, que eram profundamente diversas as situações de uma e outra épocas. Ao tempo dessa decisão, seria possível restringir os limites do decreto n. 857, de 1851, à literalidade dos seus dispositivos. Mais tarde, porém, novo aspecto oferecia a legislação contida no art. 9.º do decreto legislativo n. 1939, de 1908.

De fato, do ponto de vista anterior, tratar-se-ia do direito que alguém pretendesse ter a ser declarado credor do Estado, sob qualquer título que fosse; em face do diploma legal de 1908, a prescrição extendia-se a outros direitos, ou, mais claramente, envolvia e compreendia não só aquele, mas "todo e qualquer direito e ação que alguém" tivesse "contra a dita Fazenda".

Se, ex-vi do decreto n. 857, apesar das expressões "sob qualquer título que seja", seria de admitir-se a restrição, por força do decreto n. 1939, impunha-se a extensibilidade àquele e quaisquer outros direitos, desde que fossem exercidos contra a Fazenda Federal.

Argumentando com os próprios termos do artigo 9.º, e esclarecendo que tal disposição tivera por objetivo por ponto final nas divergências até então ocorrentes, respondera o Senado de modo satisfatório à segunda parte e, a seu turno, con-

siderara prejudicados o 1.º e o 3.º e último tópicos da aludida representação-consulta.

Embora isso, continuou a desinteligência entre uma e outra correntes, a que atribuía ao preceito caráter interpretativo do disposto no decreto anterior, e a que o recebera como regra disciplinadora de nova forma de apreciar e resolver relações dessa ordem.

Veio, posteriormente, o decreto n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 (Código Civil), que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1917, e, em seu artigo 178, § 10, n. VI, dispunha:

"Prescrevem, em cinco anos:

"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".

Não podia ser mais claro, explícito, expressivo ou terminante: — "toda e qualquer ação contra a Fazenda...".

Pois bem, ainda assim as dívidas permaneceram, e o Supremo Tribunal Federal, em seu acórdão n. 2.784, de 24 de setembro de 1919, decidia:

"A prescrição de cinco anos não se aplica à ação judicial, como meio de obter o reconhecimento de direitos do funcionário lesado por ato da administração federal",

ao mesmo tempo que, em julgados outros, resolvia em sentido diametralmente oposto, *verbis*:

"A prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Nacional, aplica-se a todo e qualquer direito e ação, que alguém tenha contra a dita Fazenda, e o prazo da prescrição..." (Ac. de 15 de setembro de 1917).

"Prescreve em cinco anos o direito de acionar a Fazenda para pedir a anulação do ato, que demitir um funcionário" (Ac. de 1-6-1918).

"Todo e qualquer direito, que alguém alegue, como credor da Fazenda Nacional, prescreve em cinco anos..." (Ac. de 22-1-1919).

"Prescrevem no prazo de cinco anos as dívidas passivas da Fazenda Nacional, e esta prescrição compreende o direito que alguém pretenda ter a ser declarado credor do Estado por qualquer título que seja" (Ac. de 10-12-1919).

No próximo artigo, apreciaremos o decreto n. 20.910, de 1932, do Governo Provisório e demais preceitos legais que regularam a matéria até o presente momento.