
Revista da Faculdade de Direito

DOCTRINA

Quae temporaria sunt ad agendum, perpetua
sunt ad excipiendum

Francisco Morato

Em principio fenecem as exceções desde que se extingue o direito sobre que se fundam ou que cessa uma das condições essenciaes de sua existencia.

Não se extinguem, porém, pela prescrição. Desde que o direito continua a subsistir, absurdo seria negar os meios de fazel-o valer em juizo; razão de irresistivel procedencia juridica, a que acrescemos outras de equidade e bom senso, já porque a prescristibilidade das exceções implicaria a validação de atos insanavelmente nulos, já porque, se nos é facultado acionar quando bem nos apraz, não podemos entretanto, entrar com exceção senão quando o adversario nos chama em justiça.

Fundada nestes canones de processualistica e de civilismo, formulou a escola o axioma juridico — *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* —, axioma que os romanos guardavam com a costumada sabedoria, que é de exação absoluta no Direito Moderno e que se manifesta por consequencias praticas palpaveis (MAYNZ: *Droit Romain*, I, § 151. AUBRY & RAU: *Droit Civi'*, VIII, § 771).

Contra o sabio brocardo revoltam-se LAURENT, DURANTON, MARCADÉ e, entre nós, JOÃO MONTEIRO, GUSMÃO e outros, pelo fundamento que invocam, de ser inconsistente, diametralmente oposto a principios rudimentares de direito.

A jurisprudencia e a torrente dos interpretes sustentam, porém, a boa doutrina, podendo-se declinar dentre os mestres franceses, os insignes AUBRY & RAU, MERLIN, TOULLIER, LAROMBIERE, DEMOLOMBE e o proprio PLANIOL, o qual, depois de escrever menos avisadamente não existir hoje a razão que em direito romano justificava a máxima, conclue combatendo o parecer de *Laurent* e testemunha que uma jurisprudencia constante considera a exceção como *perpetua* e sobrevivente consequencialmente á extinção da ação por prescrição (*Traité de Droit Civil, llème éd. Rinert, II § 1291 e not 1*).

O que a lei extingue em algumas hipoteses, conforme acontece com a rescisoria, é a ação por esse processo especial e não a defesa do direito pelas vias ordinarias.

Por garantia do direito, quando violado ou ameaçado, a lei dá ao titular a faculdade de assegurar-o por via direta ou indireta, por ação ou por exceção, agindo ou defendendo.

As vezes a lei, por conveniencia de evitar a multiplicação de feitos, limita no tempo o direito de agir; mas não limita o de defender, porque o direito, emquanto é direito, ha-de ter necessariamente garantia.

É o que acontece no caso da ação rescisoria. Vindo a lançar um ato contaminado de nulidade visceral, póde a parte arguil-a dentro do prazo de recurso no feito em que ela ocorreu. Não arguindo em recurso, póde pleiteal-a por ação rescisoria afim de evitar o estorvo eventual do ato nulo. Não entrando com a rescisoria dentro de cinco annos, perde o direito á ação, mas não perde o direito á defesa. Porisso mesmo que é insanavel, a nulidade não se sana, nem o ato se revalida; pelo que lhe é licito impugnal-o em qualquer tempo e instancia em que se tente fazel-o prevalecer contra si.

Como é sabido, o fundamento da ação rescisória é a circunstancia de achar-se a sentença rescindenda contaminada de nulidade absoluta, que não pode ser sanada, ratificada ou suprida pelo Juiz, nem mesmo a requerimento das partes.

Si vem a ponto uma dessas nulidades e contra ela não entra a parte tempestivamente com a rescisória, como por essa omissão revalidal-a e consideral-a sanada?

Absurdo chocante.

O que a lei faz na conjuntura exposta e em outras analogas, é eliminar o processo específico para o caso, sem todavia aniquilar o direito e privar-o de defesa por vias ordinarias.

É neste sentido que se diz serem em regra perpetuas as exceções, tomando o termo no sentido geral da defesa. Subordinadas á ação do autor, duram tanto tempo quanto as ações que tendem a repelir.

É o sentido do brocardo de exação *apodictica quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (RAMALHO: *Praxe*, § 234. MAYNZ: *Droit Romain*, I § 151. AUBRY & RAU, *Droit Civil*, 4ème ed., § 771. PLANIOL II pag. 485).

Em apoio da tese verdadeira, assinala MAYNZ um exemplo frisante. Em 1855 *A* vende a *B* uma casa, sob a condição de ser o imovel entregue no ato e o preço pago em 1857. Nenhuma das partes executa o contrato, cabendo a cada uma a ação resultante da venda e a *exceptio non adimpleti contractus*. Entretanto a ação do comprador prescrever-se-á em 1875, a do vendedor em 1877. Supondo que o vendedor demande em 1876 o pagamento do preço, poderá o comprador, cuja ação acha-se prescrita ha um ano, fazer valer sua *exceptio non adimpleti contractu*? Esta questão não comporta duvida conforme a tese verdadeira; os adversarios do bom sistema, ao contrario, são obrigados a condenar o comprador a pagar o preço sem receber a casa (*Droit Romain cit., not. 6 ao § 151*).

Criticando uma das decisões da Corte de Cassação de Paris, no sentido de que a regra formulada na escola dos romanistas é maxima de equidade e de bom senso, pergunta LAURENT si é licito aos tribunaes derogar e fazer a lei em nome da equidade e do bom senso.

A critica realça a semrazão do ponto de vista do illustre e fecundo jurisconsulto belga. Não ha lei nenhuma, nem na doutrina romana, nem no direito positivo francês nem no direito patrio, extinguindo por prescrição no caso o direito a que a ação se refere. o que a lei faz é limitar no tempo a ação creada para hipóteses especificas, sem tocar no direito que póde ser invocado e patrocinado pelas vias comuns de defesa.

Em regra a extinção obliqua do direito, por consequencia da extinção da ação com que o tutela o direito, só se opera nos casos geraes ou ordinarios de prescrição dos remedios judicarios.

Si lei nenhuma extingue o direito a que alude a ação especifica, é evidente que rege na conjuntura o principio geral de doutrina processual, de que a todo direito corresponde necessariamente a faculdade de fazel-o valer em justiça e de que, si não houvera tal principio geral, caberia invocar a equidade e bom senso juridico em um de seus mais notaveis predicados ou virtualidades, qual seja de suprir as deficiencias e lacunas da legislação positiva.

Costumam os partidarios de DURAUTON e LAURENT padri-nhar-se com varios exemplos, que são antes de prazos extintivos que de prescrição e que logicamente não se applicam ao têma em controversia.

A maxima *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* não é applicavel em materia de decadencia de prazos (CLOVIS BEVILAQUA: *Com. ao art. 161 do Cod. Civil.* AUBRY & RAU *cit.*, § 771).

De todo o exposto resulta, manifesta e irrefutavel, na doutrina do Direito Romano e na doutrina do Direito Moderno, na teoria e na pratica, a verdade e sabedoria da maxima que vimos defendendo.