

# **PRESCRIÇÃO x DECADÊNCIA**

**JOANA D'ARC ALVES DA SILVEIRA**

Advogada

Especialista em Direito

Docente no Curso de Direito da UNILAGO

## **RESUMO**

O presente artigo tem como principal objetivo traçar uma linha de estudos, para aprendermos identificar a prescrição e a decadência. Tendo em vista que houve mudanças em relação ao Código Civil de 1916, e o Novo Código Civil de 2002. Pois o antigo Código Civil, ao falar de prescrição, não deixava claro que existiam diferenças quanto a decadência, e tratava o prazo decadencial como sendo prazo prescricional. Já no Código Civil vigente, essa interpretação ficou mais clara, sendo que o poder legislativo se preocupou em diferenciar os dois institutos. Também vamos conhecer a teoria utilizada para distinguir a prescrição e a decadência. Para estudarmos melhor, e aprendermos a diferenciar o prazo prescricional do prazo decadencial, iremos utilizar a classificação dos direitos, divididas na classe dos direitos subjetivos a uma prestação, e direitos subjetivos de sujeição.

**Palavras-chave:** Prescrição. Decadência. Código Civil. Prazo. Direitos.

## **Introdução**

O critério mais divulgado para se fazer a distinção entre os dois institutos é aquele segundo o qual a prescrição extingue a ação, e a decadência extingue o direito. Entretanto, tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, uma vez que pretende fazer a distinção pelos efeitos ou consequências. O critério apontado apresenta-se, assim, com uma manifesta petição de princípio, pois o que se deseja saber, precisamente é quando o prazo atinge a ação ou o direito. O que se procura é a causa e não o efeito.

Processo distintivo indiscutivelmente mais vantajoso do que aquele é o sugerido por CÂMARA LEAL, assim resumido pelo seu autor: É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição". (CÂMARA LEAL, Da Prescrição e da Decadência, 1.º ed., págs. 133 e 134).

Todavia, o critério proposto por CÂMARA LEAL, embora muito útil na prática, se ressentido de dupla falha:

Em primeiro lugar, é um critério empírico, carecedor de base científica, e isso é reconhecido pelo próprio CÂMARA LEAL, pois ele fala em "discriminação prática dos prazos de decadência das ações" (op. cit., pág. 434). Com efeito, adotando-se o referido critério, é fácil verificar, praticamente, na maioria dos casos, se determinado prazo é prescricional

ou decadencial, mas o autor não fixou, em bases científicas, uma norma para identificar aquelas situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, pois é esse o seu ponto de partida para a distinção entre os dois institutos.

Em segundo lugar, o critério em exame não fornece elementos para se identificar, direta ou mesmo indiretamente (isto é, por exclusão), as denominadas ações imprescritíveis.

Faz-se necessário, assim, intensificar a procura de um outro critério, e temos a impressão que, tomando-se como ponto de partida a moderna classificação dos direitos desenvolvida por CHIOVENDA e, particularmente, a categoria dos direitos potestativos, chegar-se-á, indubitavelmente, àquele critério ideal, isto é, a um critério dotado de bases científicas e que permite, simultânea e seguramente, distinguir, a priori, a prescrição da decadência, e identificar as denominadas ações imprescritíveis.

## **FUNDAMENTOS E EFEITOS DA PRESCRIÇÃO**

Acentua SAVIGNY que, durante muito tempo, a prescrição foi um instituto completamente estranho ao direito romano, mas, ao surgir o direito pretoriano, passou a constituir uma exceção à antiga regra da duração perpétua das ações. Por último, a exceção se converteu em regra geral (Sistema del Derecho Romano, tomo IV, págs. 181 e 185 da trad. cast.). Tendo ainda em vista o direito romano, diz o mesmo autor que o principal fundamento da prescrição é a necessidade de serem fixadas as relações jurídicas incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se dita incerteza em um lapso determinado de tempo (op. e

vol. cit., pág. 178). Por sua vez, ensina PONTES DE MIRANDA que o instituto da prescrição "serve à segurança e à paz públicas", e é este, precisamente, o ponto de vista que, de modo geral, prevalece, a respeito do assunto, na doutrina e na jurisprudência, embora ainda haja quem procure apresentar, como fundamento do mesmo instituto, o castigo à negligência, a aplicação do principio *dormientibus non succurrit ius*. Mas há um ponto que deve ficar bem ressaltado, porque interessa fundamentalmente às conclusões do presente estudo: os vários autores que se dedicaram à análise do termo inicial da prescrição fixam esse termo, sem discrepância, no nascimento da ação (*actio nata*), determinado, tal nascimento, pela violação de um direito. SAVIGNY, por exemplo, no capítulo da sua monumental obra, dedicado ao estudo das condições da prescrição, inclui, em primeiro lugar, a *actio nata*, e acentua que esta se caracteriza por dois elementos: a) - existência de um direito atual, suscetível de ser reclamado em juízo; e b) - violação desse direito (op. cit., tomo IV, pág. 186). Também CÂMARA LEAL afirma, peremptoriamente: sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação.

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.

O momento de início do curso da prescrição, ou seja, o momento inicial do prazo, é determinado pelo nascimento da ação - *actioni nondum natae non praescribitur*. Desde que o direito está normalmente exercido,

ou não sofre qualquer obstáculo, por parte de outrem, não há ação exercitável.

Mas, se o direito é desrespeitado, violado, ou ameaçado, ao titular incumbe protegê-lo e, para isso, dispõe da ação... (CÂMARA LEAL, Da Prescrição e da Decadência, págs. 19, 32 e 256).

Opinando no mesmo sentido, poderão ser indicados vários outros autores, todos mencionando aquelas duas circunstâncias que devem ficar bem acentuadas (o nascimento da ação como termo inicial da prescrição, e a lesão ou violação de um direito como fato gerador da ação). Convém acentuar que quando se diz que o termo inicial do prazo prescricional é o nascimento da ação, utiliza-se aí a palavra "ação" no sentido de "pretensão", isso é, no mesmo sentido em que ela é usada nas expressões "ação real" e "ação pessoal", pois, a rigor, a prescrição não começa com a ação e sim com a pretensão; está diretamente ligada a essa, e só indiretamente àquela. A pretensão, como se sabe, é um conceito relativamente antigo, concebido no século passado como decorrência necessária do princípio da autonomia do direito de ação, mas ainda pouco utilizado pela maioria dos autores nacionais. Com ele se designa um dos sentidos da *actio romana*: o poder de exigir de outrem, extrajudicialmente, uma prestação; é "a exigibilidade ou a própria exigência de uma prestação, positiva ou negativa" (HÉLIO TORNAGHI, *Processo Penal*, 2º vol., pág. 140, da 1ª ed.); é a ação no sentido material, contraposta à ação no sentido judicial (ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, pág. 397). Ou, conforme acentuou WINDSCHEID, que foi o fixador dos contornos da pretensão: "é a *actio* do direito romano e do direito comum desprovida de todo aparato processual (apud LIEBMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. 1º, pág. 138). Note-se ainda, para melhor ressaltar a diferença, que a pretensão é um poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito

substancial, ao passo que a ação processual é poder dirigido contra o Estado, para que esse satisfaça a prestação jurisdicional a que está obrigado. A rigor, só quando a pretensão não é satisfeita pelo sujeito passivo, ou seja, só quando a sujeito passivo não atende a exigência do titular do direito, é que surge, como consequência, a ação, isto é, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado.

Em resumo: violado o direito (pessoal ou real), nasce a pretensão (ação material) contra o sujeito passivo; recusando-se o sujeito passivo a atender a pretensão, nasce a ação processual, com a qual se provoca a intervenção do Estado. E também há casos em que a pretensão nasce antes da violação do direito. É o que ocorre, por exemplo, nas obrigações subordinadas a prazo e nas quais não se convencionou local para o pagamento (art. 327 do Cód. Civil): vencido o prazo, sem que o credor tenha ido recebê-lo no domicílio do devedor, e sem que esse último haja manifestado recusa em efetuar o pagamento, não se pode dizer que tenha havido lesão do direito do primeiro, mas é inegável que, com o vencimento da obrigação, nasceu a pretensão, isso é, o poder, para o credor, de exigir a prestação do devedor.

De qualquer forma, a pretensão é sempre um prius lógico imediato em relação à ação: a ação não nasce diretamente da violação do direito, mas da recusa do obrigado em satisfazer a pretensão. E se quase nunca se atenta para tal circunstância, e se quase sempre se confunde pretensão com ação, é porque, na maioria dos casos, se propõe a ação processual (contra o Estado), sem se exercitar antes a pretensão contra o sujeito passivo da relação substancial, pois a lei não exige que uma só seja proposta depois de desatendida a outra. Nas considerações feitas, e nas que se seguem, deve ficar ressalvado o ponto de vista daqueles que, abraçando a doutrina mais moderna - e talvez a mais acertada - veem no

direito de ação, rigorosamente, um direito de tal modo autônomo e abstrato, que preexiste à relação de direito substancial. Para esses, não há como falar em nascimento da ação, do mesmo modo que não se pode falar em carência de ação. Para eles, a recusa do sujeito passivo em satisfazer a pretensão não determina o nascimento da ação, pois essa já existia. Tal recusa apenas representa uma das condições para o exercício da ação.

As digressões feitas acima impõem a conclusão de que, sob o ponto de vista doutrinário, não é rigorosamente correto afirmar que o prazo prescricional começa a fluir a partir do nascimento da ação processual oriunda da lesão do direito (ou - para usar a terminologia da doutrina mais atualizada - a partir da reunião das condições para o exercício da ação), pois além de não se originar a ação, diretamente, da violação do direito, ainda há casos em que aquele prazo necessariamente deve começar a correr antes da lesão do direito e, conseqüentemente, antes que o titular possa, a rigor, propor a ação (processual). Serve para ilustrar a assertiva o exemplo anteriormente citado, da dívida quérable (art. 327 do Cód. Civil) sujeita a prazo, em que o credor, na data do vencimento, não foi receber o pagamento no domicílio do devedor, nem esse manifestou recusa em efetuar o pagamento, não tendo havido, assim, violação do direito do primeiro, nem, conseqüentemente, nascimento da ação. Se se entender que, no caso, o prazo prescricional deve começar a fluir com o nascimento da ação decorrente da violação do direito, chegar-se-á à conclusão - evidentemente absurda - de que tal prazo jamais terá início, ou, então, que seu início ficará dependendo exclusivamente da vontade do credor: somente quando ele procurar o devedor, para receber o pagamento, e houver recusa da parte desse (caracterizando-se, assim, a violação do direito), é que começará a fluir dito prazo. Foi, talvez, para atender a tais

situações, que o Código Civil alemão introduziu em seu texto, exatamente na seção que trata da prescrição, o conceito de pretensão (Anspruch), que é extremamente útil na prática: "O poder de exigir de outrem uma prestação" (§ 194).

E acrescentou, no § 198: "A prescrição começa com o nascimento da pretensão". Acentue-se que, quando o mencionado Código, em seu 194, fala em "poder de exigir", está subentendido que é o poder de exigir extrajudicialmente (tendo em vista a possibilidade de realização espontânea do direito por parte do sujeito passivo), e não o poder de exigir por via judicial. Esse último constitui a ação propriamente dita (ou ação judicial), e corresponde ao outro sentido que os romanos davam à actio. Desde que o início do prazo prescricional é determinado pelo nascimento da pretensão, segue-se, daí, como conclusão lógica e inevitável, que a primeira coisa atingida pela prescrição é a pretensão, e não a ação. Pode até haver casos em que se verifica a prescrição da pretensão, sem que a ação haja sequer nascido. O exemplo citado acima, com apoio no art. 327 do Código Civil, também é de utilidade aqui: assim, decorrido o prazo prescricional (iniciado com o vencimento da obrigação), sem que haja comparecido ao domicílio do devedor, e sem que esse haja manifestado recusa em efetuar o pagamento, prescreveu a pretensão (desde que o interessado tenha oferecido a exceção de prescrição), embora, a rigor, não tivesse nascido a ação. Em resumo: a ação, que é posterius lógico em relação à pretensão, é atingida apenas indiretamente pela prescrição: desde que uma pretensão fica encoberta pela prescrição, também fica encoberta a ação porventura originada daquela pretensão (ou que tinha na mesma pretensão uma das condições para o seu exercício). Por outro lado, se se entender que a prescrição atinge de modo direto a ação (processual), ter-se-á que concluir, necessariamente, que a pretensão



(como prius lógico que é, em relação à ação), ficará incólume; persistirá o poder do credor de exigir a prestação (embora apenas extrajudicialmente); e frustrar-se-á, desse modo, a principal finalidade da prescrição. Chegar-se-á também, por um caminho mais curto, à conclusão de que a prescrição atinge diretamente a pretensão, se se levar em conta que a prescrição é uma exceção de natureza substancial, e que tais exceções são utilizadas, precisamente, contra as pretensões, e não contra os direitos nem contra as ações.

Compreende-se facilmente o motivo da escolha da pretensão como termo inicial do prazo de prescrição. É que o estado de intranquilidade social que o instituto da prescrição procura limitar no tempo, não resulta somente da possibilidade de propositura da ação, mas também de um fato que sempre lhe é anterior, e que pode até ocorrer sem que haja nascido a ação: a possibilidade de exercício da pretensão. Pouco, ou nada, adiantaria paralisar a ação, com o objetivo de alcançar aquela paz social, se a pretensão permanecesse com toda sua eficácia.

Deste modo, fixada a noção de que o nascimento da pretensão e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por CHIOVENDA, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria, (isto é, os "direitos a uma prestação"), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, e somente eles dão origem a pretensões, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos - (que são, por definição, "direitos sem pretensão", ou "direitos sem prestação", e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou

violação) - não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.

Por via de consequência chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem sofrer os efeitos da prescrição, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem judicialmente os direitos que irradiam pretensões, isto é, os da primeira categoria da classificação de CHIOVENDA. Com efeito, as condenatórias são as únicas ações que servem de meio para se obter judicialmente, com a intervenção do Estado, satisfação das pretensões não atendidas extrajudicialmente pelos sujeitos passivos das relações jurídicas substanciais. Igual satisfação não é possível obter, jamais, por via de ações constitutivas ou declaratórias, pois essas têm finalidades diversas.

Assim, desde que a prescrição atinge diretamente as pretensões, somente as ações condenatórias podem sofrer seus efeitos. Se, a título de verificação do acerto daquelas conclusões, as aplicarmos aos vários prazos para propositura de ações enumerados no art. 206 do Código Civil, verificaremos o seguinte: 1º) todos os prazos do mencionado dispositivo que são classificados, pela doutrina e pela jurisprudência, como prazos de prescrição, *stricto sensu*, se referem a ações condenatórias; 2º) os demais prazos (que são classificados pela doutrina e pela jurisprudência como prazos de decadência) não se referem a ações condenatórias. Aliás, se analisarmos o Código Civil alemão, faremos algumas observações interessantes, que vêm confirmar, plenamente, aquelas conclusões a que chegamos com referência ao art. 206 do Código Civil brasileiro: o dispositivo do Código alemão (§ 196), que fixa os prazos especiais de prescrição, enumera exclusivamente pretensões ligadas a direitos pertencentes à primeira categoria da classificação de CHIOVENDA, isto é,

"direitos a uma prestação", que são os únicos suscetíveis de violação, são os únicos dos quais se irradiam pretensões e são os únicos protegidos por meio de ações condenatórias. As considerações feitas acima conduzem, pois, inevitavelmente, à fixação desta primeira regra, indispensável à distinção entre prescrição e decadência: - **TODAS AS AÇÕES CONDENATÓRIAS (E SOMENTE ELAS) ESTÃO SUJEITAS A PRESCRIÇÃO.**

Passemos, agora, ao instituto da decadência

## **FUNDAMENTOS E EFEITOS DA DECADÊNCIA**

Por que razão há prazos de prescrição e prazos de decadência? Por que há ações que conduzem à prescrição e ações que conduzem à decadência, quando seria muito mais simples unificar os conceitos e dar uma só denominação aos principais efeitos da incidência do tempo sobre as relações jurídicas? É exatamente porque os dois institutos, embora tendo fundamentos comuns, divergem quanto ao objeto e quanto aos efeitos.

Realmente, ao conceituarem a decadência, doutrina e jurisprudência, na sua grande maioria, embora não forneçam critério seguro para distingui - la da prescrição, acentuam um fato de importância capital: o efeito imediato da decadência é a extinção do direito, ao passo que o da prescrição é a cessação da eficácia da ação (entenda-se: da pretensão). Isto, porém, não basta para distinguir os dois institutos, e o problema permanece de pé. Examinemos a questão sob outro aspecto. Quando enumera os princípios concernentes ao exercício dos direitos, o Prof. ORLANDO GOMES inclui dois que interessam de perto à matéria em discussão: o da disponibilidade, segundo o qual o exercício dos direitos é

facultativo (ninguém é obrigado a exercê-los); e o da inesgotabilidade, de acordo com o qual os direitos não se esgotam pelo não-uso (Introdução ao Direito Civil, pág. 122).

Pode-se dizer, assim, que a exemplo do que ocorria com as ações no direito romano antes de surgir o instituto da prescrição, também os direitos, em principio, têm duração perpétua. Todavia, conforme já vimos anteriormente, há certos direitos cujo exercício afeta, em maior ou menor grau, a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade. São os direitos potestativos.

É natural, pois, que a possibilidade de exercício desses direitos origine, em algumas hipóteses, para os terceiros que vão sofrer a sujeição, uma situação de inquietude cuja intensidade varia de caso para caso. Muitas vezes aqueles reflexos se projetam muito além da esfera jurídica dos terceiros que sofrem a sujeição e chegam a atingir interesses da coletividade, ou de parte dela, criando uma situação de inquietude de âmbito mais geral. Assim, a exemplo do que ocorreu com referência ao exercício das pretensões, surgiu a necessidade de se estabelecer também um prazo para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos, isto é, aqueles direitos potestativos cuja falta de exercício concorre de forma mais acentuada para perturbar a paz social.

Daí fixar a lei (além de outros), prazos para o exercício dos seguintes direitos potestativos: direito de preempção ou preferência; direito de propor ação rescisória; direito que têm os cônjuges de promover a anulação do casamento; direito que têm os contratantes de rescindir ou anular os contratos, etc., etc. Convém acentuar, a esta altura, que nem todos aqueles prazos estão ligados à propositura de uma ação, pois, como já vimos, há direitos potestativos que se exercem por outro meio que não o

do procedimento judicial, mas, mesmo assim, podem estar subordinados a um prazo. Por exemplo: o exercício do direito de preempção ou preferência não se faz por meio de ação, porém está subordinado a um prazo (art. 516 do Cód. Civil).

Assim, pode-se dizer, com relação aos direitos potestativos subordinados a prazo, que o prazo não é fixado, propriamente, para a propositura da ação, mas para o exercício do direito. E se quase sempre não se atenta para essa circunstância é porque, na maioria dos casos, tais direitos, quando subordinados a prazo, se exercitam por meio de ação. Também se verifica a situação inversa: há direitos potestativos que se exercitam (facultativa ou mesmo obrigatoriamente) por meio de ação, mas, apesar disso, não estão subordinados a prazo. Exs.: os direitos potestativos exercitados por meio das ações de divisão e investigatória de paternidade.

Essa observação deve ficar bem acentuada, porque é o ponto de partida para a construção da teoria da imprescritibilidade, que pretendemos expor mais adiante. Com referência àqueles direitos potestativos para cujo exercício a lei não achou necessário fixar um prazo especial, fica prevalecendo, então, o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade ("os direitos não se extinguem pelo não-uso"), pois não há dispositivo estabelecendo um prazo geral para que os direitos potestativos sejam exercitados sob pena de extinção. Relativamente a tais direitos só há prazos especiais. Já o mesmo não acontece com os direitos da outra categoria (os "direitos a uma prestação" da classificação de CHIOVENDA): as ações por meio das quais esses direitos são protegidos, ou estão subordinadas a prazos especiais no art. 207 do Código, ou estão subordinadas aos prazos gerais do art. 206, pois esse último artigo só se

aplica às ações condenatórias, que são as únicas ligadas às pretensões reais e pessoais.

As considerações feitas acima levam, inevitavelmente, à conclusão de que, quando a lei, visando à paz social, entende de fixar prazos para o exercício de alguns direitos potestativos (seja exercício por meio de simples declaração de vontade, como o direito de preempção ou preferência; seja exercício por meio de ação, como o direito de promover a anulação do casamento), o decurso do prazo sem o exercício do direito implica na extinção deste, pois, a não ser assim, não haveria razão para a fixação do prazo. Tal consequência (a extinção do direito) tem uma explicação perfeitamente lógica:

É que (ao contrário do que ocorre com os direitos suscetíveis de lesão) nos direitos potestativos subordinados a prazo o que causa intranquilidade social não é, propriamente, a existência da pretensão (pois deles não se irradiam pretensões) nem a existência da ação, mas a existência do direito, tanto que há direitos desta classe ligados a prazo, embora não sejam exercitáveis por meio de ação. O que intranquiliza não é a possibilidade de ser exercitada a pretensão ou proposta a ação, mas a possibilidade de ser exercido o direito. Assim, tolher a eficácia da ação, e deixar o direito sobreviver (como ocorre na prescrição), de nada adiantaria, pois a situação de intranquilidade continuaria de pé. Infere-se, daí, que quando a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito, e não a extinção da ação. Essa também se extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito. O mesmo fato não é observado com referência à outra categoria de direitos (os "direitos a uma prestação"): a lei não fixa - e nem tem motivos para fixar - prazo para o exercício de nenhum deles. Com relação a esses direitos, os prazos que existem, fixados em lei,

são tão somente para o exercício das pretensões que deles se irradiam. Assim, o decurso do prazo sem exercício da pretensão, implica no encobrimento da eficácia dessa (desde que o interessado ofereça a exceção de prescrição) e não na extinção do direito que ela protege, pois - repita-se - em face dos denominados "direitos a uma prestação", a pretensão e a ação funcionam como meios de proteção e não como meios de exercício.

Por conseguinte, também se impõe, necessariamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não exercício. Dai se infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito dessa é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados.

A conclusão imediata é, igualmente, inevitável: as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois - insista-se - a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias (art. 205).

Finalmente, se, para testar o acerto daquelas conclusões, analisarmos os vários prazos especiais enumerados no art. 206 do Código Civil, verificaremos que todos aqueles classificados pela doutrina e pela jurisprudência como sendo prazos de decadência, correspondem, exatamente, a direitos potestativos e a ações constitutivas. Deste modo chegamos, por dedução, a esta segunda regra: OS ÚNICOS DIREITOS PARA OS QUAIS PODEM SER FIXADOS PRAZOS DE DECADÊNCIA SÃO OS DIREITOS POTESTATIVOS E, ASSIM, AS ÚNICAS AÇÕES

LIGADAS AO INSTITUTO DA DECADÊNCIA SÃO AS AÇÕES CONSTITUTIVAS QUE TÊM PRAZO ESPECIAL DE EXERCÍCIO FIXADO EM LEI. Com a aplicação das duas regras deduzidas acima, torna-se extremamente fácil distinguir a prescrição da decadência: se se trata de ação condenatória, o prazo é de prescrição da pretensão que lhe corresponde; e se se trata de ação constitutiva, o prazo é de decadência do direito exercitado por meio dela.

Entretanto convém atentar para alguns fatos que são corolários da exposição feita acima: 1º) Tanto na decadência quanto na prescrição a ação (judicial) não é atingida de modo direto, e sim, indiretamente. De modo direto são atingidos o direito (na decadência) e a pretensão (na prescrição). 2º) A decadência opera ipso jure: produz efeito extintivo imediato a partir da consumação do prazo, e como diz respeito à extinção do direito, dela o juiz pode, e deve, conhecer de ofício, independentemente de provocação do interessado, pois não se conceberia que ele fosse basear sua decisão em um direito que deixou de existir. Enquanto isso, a prescrição só atua ope exceptionis, e por isso pode-se mesmo dizer que o efeito imediato da consumação do prazo prescricional é um efeito criador: faz nascer, em favor do prescribente, uma exceção substancial cuja atuação depende exclusivamente da sua vontade - se o prescribente não oferecer a exceção de prescrição dela o juiz não pode conhecer ex-officio, ainda tendo ciência da consumação do prazo prescricional. Aliás, a prescrição não tem efeito extintivo nem mesmo quando oferecida a exceção e transitada em julgado a decisão que a acolheu; o prescribente pode renunciar à prescrição, e nesse caso há, como consequência, a restauração da pretensão primitiva, e não o nascimento de uma nova pretensão.



Tal não ocorreria se houvesse, por força do uso da exceção de prescrição, extinção da pretensão primitiva.

## **CONCLUSÃO**

Reunindo-se essas regras deduzidas acima, tem-se um critério dotado de bases científicas, extremamente simples e de fácil aplicação, que permite, com absoluta segurança, identificar, a priori, as ações sujeitas a prescrição ou a decadência, e as ações perpétuas (imprescritíveis).

Assim:

1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;

2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias. Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições.

Portanto:a) não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência;

b) não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; e

c) não há ações declaratórias sujeitas a prescrição ou a decadência.

Uma grande vantagem do critério aqui sugerido é que, tendo como um dos pontos de partida, para sua dedução, a categoria dos direitos potestativos, pode, contudo, ser acolhido e utilizado até mesmo por

aqueles que não reconhecem essa categoria, desde que admitam a existência de ações constitutivas, pois as duas situações são perfeitamente conciliáveis, conforme acentua CARNELUTTI (Sistema de Derecho Procesal Civil, 1/172). Aí fica, pois, exposto o critério que, como contribuição das mais modestas para a solução do tormentoso problema, apresentamos ao exame e à crítica dos doutos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**Fonte:** RT, Equipe. **Vade Mecum:** universitário RT. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Patrick Lendl. **Fatos jurídicos:** teoria e prática. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 262 p

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil:** parte geral. - 9. Ed. – São Paulo: Atlas 2009 – (Coleção Direito Civil; v. 1)

Wikipédia. **Artigo prescrição.** 2012.