ISSN 0034-9275

REVISTA DOS TRIBUNAIS

ano 94 • volume 836 • junho de 2005 • p. 1-800

Repositório de Jurisprudência autorizado pelo **Supremo Tribunal Federal**, Proc. 33/85 – DDID (*DJU* 23.10.1985, p. 18.861), registrado sob n. 006/85 e pelo **Superior Tribunal de Justiça**, Port. n. 8, de 31.05.1990 (*DJU* 06.06.1990, p. 5.171).

Publicação Oficial

Tribunais de Justiça dos Estados

Acre
Alagoas
Amapá
Amazonas
Bahia
Ceará
Distrito Federal
Espírito Santo
Goiás
Maranhão
Mato Grosso
Mato Grosso do Sul
Minas Gerais
Pará
Paraíba
Paraná
Pernambuco
Piauí
Rio de Janeiro
Rio Grande do Norte
Rio Grande do Sul
Rondônia
Roraima
Santa Catarina
São Paulo
Sergipe
Tocantins

Tribunais de Alçada

Minas Gerais
Paraná
Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil de São Paulo
Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

Tribunais Regionais Federais

1.ª, 2.ª, 4.ª e 5.ª Regiões

Tribunais de Justiça Militar

São Paulo

Publicação não oficial

TRF 3.ª Região

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR
Tel.: 0800-702-2433
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)
http://www.rt.com.br

RITÉRIO CIENTÍFICO PARA DISTINGUIR A PRESCRIÇÃO DA DECADÊNCIA E PARA INDENIZAR AS AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS*

AGNELO AMORIM FILHO

* *Fac-símile* do artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, Ano 49, volume 300, outubro de 1960, na seção Doutrina, às páginas 7-37.

Doutrina.

Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. (*)

AGNELO AMORIM FILHO.
(Professor da Faculdade de Direito da Universidade da Paraíba.)

SUMÁRIO: I — O problema em face da doutrina e da lei. II — Critérios que têm sido apresentados para distinguir a prescrição da decadência. III — A moderna classificação dos direitos e os direitos potestativos. IV — Críticas feitas à existência dos direitos potestativos. V — Formas de exercício dos direitos potestativos. VI — Moderna classificação das ações. VII — Ações constitutivas. VIII — Fundamentos e efeitos da prescrição. IX — Fundamentos e efeitos da decadência. X — Casos especiais de ações constitutivas encontradas no art. 178 do Código Civil. XI — Ações declaratórias. XII — Ações aparentemente declaratórias. XIII — O problema da imprescritibilidade das ações. XIV — Alcance dos arts. 177 e 179 do Código Civil. XV — Conclusões.

I — O PROBLEMA EM FACE DA DOUTRINA E DA LEI.

A questão referente à distinção entre prescrição e decadência — tão velha quanto os dois velhos institutos de profundas raízes romanas — continua a desafiar a argúcia dos juristas. As dúvidas são tantas, e vêm se acumulando de tal forma através dos séculos, que, ao lado de autores que acentuam a complexidade da matéria, outros, mais pessimistas, chegam até a negar — é certo que com indiscutível exagêro — a existência de qualquer diferença entre as duas principais espécies de prazos extintivos. E' o que informa De Ruggiero («Instituições de Direito Civil», vol. 1º, pág. 335, da trad. port.). Já Baudry-Lacantinerie e Albert Tissier declaram que são falíveis, ou imprestáveis, os vários critérios pro-

(*) Tema debatido no Seminário de Direito Privado organizado pela Faculdade de Direito da Universidade da Paraíba, pelo Diretório Acadêmico "Epitácio Pessoa" e pela Seção da Ordem dos Advogados da Paraíba.

postos para distinguir os dois institutos. Acentuam, ainda, que não se pode, «a priori», estabelecer diferença entre prescrição e decadência, e sim examinar caso por caso, para dizer, «a posteriori», se o mesmo é de prescrição ou de decadência. Clóvis Bevilaqua, por sua vez, afirma que «a doutrina ainda não é firme e clara neste domínio» («Teoria Geral», pág. 367 da 2ª ed.). Para Amílcar de Castro, é «uma das mais difíceis e obscuras questões de Direito essa de distinguir a prescrição da decadência» («Rev. dos Tribs.», vol. 156/323). Giorgi diz que a ciência ainda não encontrou um critério seguro para distinguir a prescrição das caducidades («Teoria de las obligaciones», vol. 9º, pág. 217). E Câmara Leal, inegàvelmente o autor brasileiro que mais se dedicou ao estudo do assunto, chegando mesmo a elaborar um método prático para se fazer a distinção entre os dois institutos, diz que êste é «um dos problemas mais árduos da teoria geral do Direito Civil» («Da prescrição e da decadência», pág. 133, 1ª ed.).

E' incontestável, porém, que as investigações doutrinárias, confirmadas pela grande maioria da jurisprudência, já conseguiram, pelo menos, chegar a uma conclusão: a de que os dois institutos se distinguem. Dêste modo, falta apenas encontrar uma regra, um critério seguro, com base científica, para se fundamentar tal distinção, de modo a se tornar possível identificar, «a priori», os prazos prescricionais e os decadenciais, o que, sem dúvida, não constitui empreendimento fácil.

No Direito brasileiro a questão ainda se torna mais complexa e eriçada de obstáculos, pois o nosso Código Civil engloba indiscriminadamente, sob uma mesma denominação e subordinados a um mesmo capítulo, os prazos de prescrição e os prazos de decadência, dando-lhes, conseqüentemente, tratamento igual. Por vêzes, ainda, o mesmo Código faz uso de terminologia absolutamente inadequada em face dos pronunciamentos da jurisprudência e da doutrina: é quando se refere à «prescrição do direito» (arts. 166, 167 e 174, n. I), embora prevaleça o ponto de vista segundo o qual é a ação, e não o direito, que prescreve. Êste último está sujeito à decadência, cujos efeitos atingem a ação apenas por via reflexa. A explicação para aquêle injustificável êrro do nosso Código é a seguinte, segundo observação de Costa Manso: No projeto primitivo, organizado por Clóvis Bevilaqua, os prazos de decadência se achavam dispersos pelo Código, nos lugares apropriados, e assim foram mantidos pela comissão revisora extraparlamentar, pela «Comissão dos XXI» da Câmara dos Deputados, e pela própria Câmara, nas três discussões regimentais. Na redação final, entretanto, a respectiva comissão, supondo melhorar o projeto, metodizando-o, transferiu para a Parte Geral todos os prazos de decadência, colocando-os ao lado dos prazos prescricionais pròpriamente ditos. E isso passou despercebido, não foi objeto de debate, resultando, daí, ao invés do planejado melhoramento, um êrro manifesto de classificação («Rev. dos Tribs.», vol. 85/257).

Aquela indiscriminação, que resultou de uma lamentável inadvertência, força os aplicadores do Código a decidirem contra seu texto expresso, distinguindo onde êle não distingue, infringindo-se, assim, multissecular regra de hermenêutica. E' certo porém que, ou se adota essa atitude de franca rebeldia contra o texto legal, ou ter-se-á que chegar a conclusão ainda mais absurda, isto é, admitir que certos prazos classificados pelo Código como sendo de prescrição (mas que são, indiscutìvelmente, de decadência), podem ser objeto de suspensão, de interrupção e de renúncia. Como exemplo entre muitos, citemos o prazo que tem o marido para anular o casamento contraído com mulher já deflorada (art. 178, § 1º). Ninguém admite, doutrinàriamente, a possibilidade de ser tal prazo objeto de interrupção, suspensão, ou renúncia, mas, por outro lado, ninguém pode negar que, em face do texto do Código Civil, o mesmo prazo é suscetível de renúncia, interrupção, ou suspensão. Como situar-se o intérprete diante dessa alternativa tão paradoxal? Atentar contra a letra da lei, ou atentar contra o bom senso jurídico? A única solução é seguir aquêle conselho de Carpenter: em artigos de lei, o êrro, quando é demasiado grande, não prejudica, pois pode ser ladeado («Da prescrição», pág. 357, 1ª ed.). Dêste modo, apesar do texto expresso do Código, doutrina e jurisprudência, embora divergindo as opiniões com referência a alguns casos, classificam como sendo de decadência os prazos previstos no art. 178, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, ns. I e II; § 5º, ns. I, II, III e IV; § 6º, ns. I, III, IV, V, XI, XII e XIII; § 7º ns. I, VI e VII; § 8º; § 9º, ns. I, «a» e «b» II, III, IV, V e VI; e § 10, n. VIII.

Há também um outro problema de capital importância, intimamente relacionado com aquêle da distinção entre prescrição e decadência, e ao qual não se tem dispensado a necessária atenção. E' o que diz respeito às denominadas ações imprescritíveis. Como identificar tais ações? Ou — reunindo os dois problemas — como saber se determinada ação está subordinada a um prazo de prescrição, a um prazo de decadência (por via indireta), ou se ela é imprescritível?

II — CRITÉRIOS QUE TÊM SIDO APRESENTADOS PARA DISTINGUIR A PRESCRIÇÃO DA DECADÊNCIA

O critério mais divulgado para se fazer a distinção entre os dois institutos é aquêle 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, pois pretende fazer a distinção pelos efeitos ou conseqüências, se bem que aquêles sejam, realmente, os principais efeitos dos dois institutos. O critério apontado apresenta-se, assim, com uma manifesta petição de princípio, pois o que se deseja saber, precisamente, é quando o prazo extintivo atinge a ação ou o direito. O que se procura é a causa e não o efeito.

Processo distintivo indiscutìvelmente mais vantajoso do que aquêle é o sugerido por Câmara Leal, assim resumido pelo seu autor:

«E' 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», 1ª ed., págs. 133 e 134).

Todavia, o critério proposto por Câmara Leal, embora muito útil na prática, se ressente de dupla falha: Em primeiro lugar, é um critério empírico, carecedor de base científica, e isto é reconhecido pelo próprio Câmara Leal, pois êle fala em «discriminação prática dos prazos de decadência das ações» (obra citada, pág. 434). Com efeito, adotando-se o referido critério, é fácil verificar, pràticamente, na maioria dos casos, se determinado prazo extintivo 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 êste 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, indubitàvelmente, 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. E' o que nos propomos demonstrar com o presente trabalho.

III — A MODERNA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS E OS DIREITOS POTESTATIVOS.

Segundo Chiovenda («Instituições», 1/35 e segs.), os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: A primeira compreende aquêles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem êles, de Chiovenda, a denominação de «direitos a uma prestação», e como exemplos poderíamos citar todos aquêles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. Nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade. A segunda grande categoria é a dos denominados «direitos potestativos», e compreende aquêles podêres que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sôbre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas. Desenvolvendo a conceituação dos direitos potestativos, diz Chiovenda:

«Esses podêres (que não se devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, como a faculdade de testar, de contratar e semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia), se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz. Têm tôdas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dêle. São podêres puramente ideais, criados e concebidos pela lei...; e, pois, que se apresentam como um bem, não há excluí-los de entre os direitos, como realmente não os exclui o senso comum e o uso jurídico. E' mera petição de princípio afirmar que não se pode imaginar um direito a que não corresponda uma obrigação» («Instituições», trad. port., 1/41-42).

Von Tuhr, por sua vez, conceitua os direitos potestativos nos seguintes têrmos:

«Em princípio, quando se trata de modificar os limites entre duas esferas jurídicas, é necessário o acôrdo dos sujeitos interessados. A possibilidade que têm A e B de modificar suas relações jurídicas recíprocas, não pode, evidentemente, conceber-se como um direito, pois não pressupõe mais que a capacidade geral de produzir efeitos jurídicos. Sem embargo, distinta é a situação quando A ou B têm a faculdade de realizar a modificação em virtude de sua só vontade. Tais faculdades são inumeráveis e ilimitadamente diversas, porém sempre se fundamentam em certos pressupostos exatamente determinados. Neste caso cabe falar de direitos; são os potestativos» («Derecho Civil», vol. 1º, tomo 1º, pág. 203 da tradução castelhana).

Como exemplos de direitos potestativos podem ser citados os seguintes: o poder que têm o mandante e o doador de revogarem o mandato e a doação; o poder que tem o cônjuge de promover o desquite; o poder que tem o condômino de desfazer a comunhão; o poder que tem o herdeiro de aceitar ou renunciar a herança; o poder que têm os interessados de promover a invalidação dos atos jurídicos nulos ou anuláveis (contratos, testamentos, casamentos etc.); o poder que tem o sócio de promover a dissolução da sociedade civil; o poder que tem o contratante de promover a rescisão do contrato por inadimplemento (art. 1.092 do Código Civil), ou por vícios redibitórios (art. 1.101); o poder de escolha nas obrigações alternativas (art. 884); o poder de interpelar, notificar, ou protestar, para constituir em mora; o poder de alegar compensação; o poder de resgate do imóvel vendido com cláusula de retrovenda; o poder de adquirir meação de parede, muro etc. (art. 643); o poder de dar vida a um contrato mediante aceitação da oferta; o poder de requerer a interdição de determinadas pessoas; o poder de promover a rescisão das sentenças; o poder que tem o pai de contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 344); o poder assegurado ao filho de desobrigar os imóveis de sua propriedade alienados ou gravados pelo pai fora dos casos permitidos em lei; o poder que têm os herdeiros do filho de pleitearem a prova da legitimidade da filiação; o poder que tem o adotado de se desligar da adoção realizada quando êle era menor ou se achava interdito; o poder assegurado ao cônjuge ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice. Muitos outros exemplos ainda poderiam ser citados.

Da exposição feita acima se verifica fàcilmente que uma das principais características dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade. Assim, por exemplo, o mandatário, o donatário e os outros condôminos, sofrem os efeitos da extinção do mandato, da doação, e da comunhão, sem que possam se opor à realização do ato que produziu aquêles efeitos. No máximo a pessoa que sofre a sujeição pode, em algumas hipóteses, se opor a que o ato seja realizado de determinada forma, mas nesse caso o titular do direito pode exercê-lo por outra forma. Ex.: divisão judicial, quando os demais condôminos não concordam com a divisão amigável.

Outras características dos direitos potestativos: são insuscetíveis de violação e a êles não corresponde uma prestação.

A categoria dos direitos potestativos é conceituada por vários outros autores em têrmos mais ou menos equivalentes aos de Chiovenda e Von Tuhr: Ennecerus-Kipp e Wolf, «Tratado de derecho civil», vol. 1º, tomo 1º, trad. cast., pág. 294; Lehmann, «Tratado de derecho civil», vol. 1º, págs. 128 e 129; Guilherme Estelita, «Direito de ação — direito de demandar», págs. 88 e 89; Pontes de Miranda, «Tratado de direito privado», vol. 5º, pág. 242; J. Frederico Marques, «Ensaio sôbre a jurisdição voluntária», pág. 241; Orlando Gomes, «Introdução ao direito civil», pág. 119; e Luís Loreto, «Rev. Forense», vol. 98/9.

IV — CRÍTICAS FEITAS À EXISTÊNCIA DOS DIREITOS POTESTATIVOS.

A categoria dos direitos potestativos embora admitida por vários autores, principalmente na Alemanha e na Itália, também tem sido muito combatida. Entretanto, Chiovenda, ao redigir as suas «Instituições de direito processual civil», afirmou que «... as vivas controvérsias dos últimos anos em tôrno aos direitos potestativos agora se aplacaram e a categoria pode considerar-se em definitivo, também na Itália, reconhecida pela doutrina e pela própria jurisprudência, que lhe consagrou a utilidade prática em importantes aplicações» (vol. 1º, pág. 43 da tradução portuguêsa).

As principais objeções feitas à existência dos direitos potestativos são as seguintes: alega-se que êles nada mais são do que faculdades jurídicas, ou, então, manifestações da capacidade jurídica, e que não se pode admitir a existência de um direito ao qual não corresponda um dever. Todavia, na exposição que faz da sua doutrina, Chiovenda dá resposta cabal e antecipada a tôdas aquelas objeções. Assim, cumpre acentuar, em primeiro lugar, que o exercício de um direito potestativo cria um estado de sujeição para outras pessoas, coisa que não ocorre com o exercício das meras faculdades. Por sujeição, como já vimos, deve-se entender a situação daquele que, independentemente da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade, sofre uma alteração na sua situação jurídica, por fôrça do exercício de um daqueles podêres atribuídos a outra pessoa e que receberam a denominação de direitos potestativos. Com efeito, ao fazer referência às declarações de vontade por meio das quais se exercitam os direitos potestativos, Chiovenda diz:

«Têm tôdas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dêle» («Instituições», 1/41).

E' precisamente o que ocorre com o poder, assegurado aos contratantes, de promoverem a decretação de invalidade dos contratos nulos, exemplo típico de direito potestativo. Se um dos contratantes pretende exercitar aquêle direito, pode fazê-lo sem o concurso da vontade do outro, e êste, embora não possa se opor, fica sujeito aos efeitos do ato: sua esfera jurídica é afetada por uma manifestação da vontade alheia, independentemente da própria vontade.

Já o mesmo não ocorre com o exercício das denominadas faculdades jurídicas: tal exercício só afeta a esfera jurídica de terceiro com aquiescência dêste. Ex.: O proprietário tem o poder de vender a coisa, mas só a compra quem quer — ninguém é obrigado a fazê-lo. O exercício dêsse poder não cria um estado de sujeição para terceiros sem a vontade dêstes. Tal poder é, por conseguinte, uma mera faculdade, e não um direito potestativo.

Por aí se verifica que não assiste qualquer parcela de razão a Cunha Gonçalves quando identifica os direitos potestativos com as faculdades jurídicas e cita, como exemplos, os atos de andar, comer, beber, dormir, dançar, ler e escrever («Princípios de Direito Civil Luso Brasileiro», vol. 1º, pág. 62, e «Tratado de Direito Civil», vol. 1º, tomo 1º, da 1ª edição brasileira). Tais atos, entretanto, são faculdades que nem sequer podem ser classificadas de jurídicas, e muito menos podem ser classificados de direitos potestativos, pois não criam estados de sujeição para terceiros.

Com referência às outras objeções feitas à existência dos direitos potestativos, convém atentar para as considerações que Chiovenda faz a respeito do conteúdo jurídico da expressão «bem», a qual abrange, entre outras coisas, «... a modificação do estado jurídico existente, quando se tenha interêsse de interromper uma relação jurídica ou de constituir uma nova». E arremata: «... pois que (tais podêres) se apresentam como um bem, não há excluí-los de entre os direitos, como realmente não os exclui o senso comum e o uso jurídico» («Instituições», vol. 1º, pág. 42). Como refôrço de argumentação poder-se-ia invocar, ainda, a opinião de Pontes de Miranda:

«Tôda permissão de entrar na esfera jurídica de outrem é direito;

.....

A todo direito corresponde sujeito passivo, ou total, nos direitos absolutos, ou determinado nos direitos relativos. Os direitos formativos, quer geradores, quer modificativos, quer extintivos, não são sem sujeitos passivos: há sempre esfera jurídica alheia em que se opera a eficácia do exercício de tais direitos» («Tratado de Direito Privado», vol. V, pág. 245).

E' certo que, em virtude da grande semelhança entre os dois institutos, torna-se muito sutil, em alguns casos, a distinção entre

os direitos potestativos e as meras faculdades, mas a questão fica grandemente facilitada se se levar em conta, como fator distintivo, a sujeição, pois esta só existe nos direitos potestativos.

Dêste modo, aquêles que não querem, de forma alguma, ver nos direitos potestativos uma categoria autônoma de direitos subjetivos, têm que admitir, necessàriamente, que êles constituem, pelo menos, uma classe especial de faculdades — isto é, aquelas faculdades cujo exercício cria um estado de sujeição para terceiros. O problema se reduzirá, então, a uma simples questão de natureza terminológica. De qualquer forma, não serão afetadas as conclusões que temos em vista no presente estudo.

V — FORMAS DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS POTESTATIVOS.

Os direitos potestativos se exercitam e atuam, em princípio, mediante simples declaração de vontade do seu titular, independentemente de apêlo às vias judiciais, e, em qualquer hipótese, sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição. Exemplos: Os direitos de revogação do mandato, de aceitação da herança, de dar vida a um contrato mediante aceitação da oferta, de escolha nas obrigações alternativas, de retrovenda, de dissolução das sociedades por tempo indeterminado (art. 1.404).

Em outros casos, que compõem uma segunda categoria, os direitos potestativos também podem ser exercitados mediante simples declaração da vontade do seu titular, sem apêlo à via judicial, mas sòmente se aquêle que sofre a sujeição concordar com tal forma de exercício. Se não houver concordância, o titular do direito potestativo pode recorrer à via judicial para exercitá-lo. Tal via funciona, aí, apenas subsidiàriamente. Exemplos: o direito que tem o condômino de dividir a coisa comum; o direito que tem o sócio de promover a dissolução da sociedade por tempo indeterminado, antes de expirado o respectivo prazo (art. 1.408 do Código Civil); o direito que tem o doador de revogar a doação; o direito que tem o filho de desobrigar os imóveis de sua propriedade alienados ou gravados pelo pai fora dos casos expressos em lei; o direito que tem o cônjuge, ou seus herdeiros necessários, para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice; o direito que tem o vendedor para resgatar o imóvel vendido com cláusula de retrovenda.

Finalmente, há uma terceira categoria de direitos potestativos que só podem ser exercidos por meio de ação. A ação, aqui, já não tem caráter simplesmente subsidiário, ou facultativo, mas obrigatório, como forma de exercício do direito. Conseqüentemente, nessa terceira categoria não se dispensa a propositura da ação nem mesmo quando todos os interessados, inclusive aquêles que sofrem a sujeição, estão de acôrdo em que o direito seja exercitado por outra forma. E' por êsse motivo que Calamandrei dá, a tais procedimentos judiciais, a denominação de ações necessárias, e a elas faz referência em várias passagens dos seus «Estudios sobre el proceso civil» (págs. 37, 152, 233, 238, 239 e 240 da tradução castelhana).

O que tem em vista a lei, ao eleger a via judicial como forma especial e exclusiva de exercício dos direitos potestativos dessa

terceira categoria, é conceder maior segurança para determinadas situações jurídicas, cuja alteração tem reflexos acentuados na ordem pública. Nessa categoria Eduardo Couture inclui, de modo geral, aquêles direitos potestativos que dizem respeito ao estado civil das pessoas («Fundamentos del derecho procesal civil», pág. 221). Exemplos — o direito que tem o marido de promover a anulação do casamento contraído com mulher já deflorada, e todos aquêles direitos de invalidar os casamentos nulos ou anuláveis; o direito que tem o pai de contestar a legitimidade do filho de sua mulher; o direito que tem o filho ilegítimo de pleitear o reconhecimento de sua paternidade, quando o pai não o reconheceu voluntàriamente; o direito que têm determinadas pessoas de requererem a interdição de outras etc. etc.

Corolário da natureza especial destas ações constitutivas necessárias é a impossibilidade de ser aplicado a elas o princípio da confissão ficta, consubstanciado no art. 209 do Código de Processo Civil.

Ao propor uma daquelas ações por meio das quais são exercidos os direitos potestativos da segunda e da terceira categorias, o respectivo autor não pleiteia do réu qualquer prestação, seja prestação de dar, de fazer, de não-fazer, de abster-se, ou de outra espécie. O a que êle visa com a propositura da ação é, apenas, criar, extinguir, ou modificar determinada situação jurídica, e isso é feito independentemente da vontade, ou mesmo contra a vontade da pessoa ou pessoas que ficam sujeitas aos efeitos do ato. Assim, o réu da ação, embora não fique obrigado a uma prestação, sofre uma sujeição. E' o que ocorre, por exemplo, com a ação proposta pelo cônjuge coacto para anular o casamento. Julgada procedente a ação, o efeito da sentença não é a condenação do outro cônjuge a uma prestação, e sim a anulação do casamento. A tal efeito o outro cônjuge fica sujeito, mesmo contra sua vontade.

Como se verifica fácil e prontamente, há uma nítida diferença de conteúdo entre tais ações e aquelas outras que caracterizam a atividade jurisdicional e que são propostas exatamente com o objetivo de compelir o réu a uma prestação.

VI — MODERNA CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES.

A concepção dos direitos potestativos induziu a substituição da tradicional classificação das ações, oriunda do Direito Romano, e que levava em conta a natureza do direito cuja defesa se pretendia com o exercício da ação (ações reais, pessoais, mistas e prejudiciais), por uma outra classificação que tivesse em vista a natureza do pronunciamento judicial pleiteado. «Classificação segundo a carga de eficácia», conforme a conceituou Pontes de Miranda («Tratado de Direito Privado», 5/483).

De acôrdo com essa orientação, Chiovenda classificou as ações em três grupos principais: condenatórias, constitutivas e declaratórias («Instituições», 1/67).

Lança-se mão da ação condenatória quando se pretende obter do réu uma determinada prestação (positiva ou negativa), pois, «correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação». Dêste modo, um dos pressupostos da ação de condenação é «a

existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação. Por conseqüência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos» (Chiovenda, ob. cit., 1/267).

Já a ação constitutiva (positiva ou negativa) cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior.

Por aí se verifica, de pronto, que as duas mencionadas espécies de ação correspondem exatamente, com rigorosa precisão, àqueles dois grandes grupos nos quais Chiovenda divide os direitos: as ações condenatórias são meio de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação («direitos a uma prestação»); e as ações constitutivas são o meio de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (direitos potestativos).

Quanto às ações declaratórias, têm elas por objetivo conseguir uma «certeza jurídica». Ou, segundo a conceituação de Chiovenda:

«... verificar qual seja a vontade concreta da lei, quer dizer, certificar a existência do direito (já direito a uma prestação, já direito potestativo), sem o fim de preparar a consecução de qualquer bem, a não ser a certeza jurídica.

.....

O autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão-sòmente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia, no processo, a certeza jurídica e nada mais» («Instituições», 1º vol., págs. 265 e 303).

Por enquanto, deve ficar bem fixada esta noção, que tem importância capital no desenvolvimento de alguns aspectos do presente estudo: o objetivo da ação declaratória é a obtenção de uma «certeza jurídica», e nada mais. Nas declaratórias, conseqüentemente, o autor «não colima a realização do direito» (Chiovenda, obra citada, 1/302).

Convém acentuar, porém, que as sentenças condenatórias e as constitutivas também têm certo conteúdo declaratório, ao lado do conteúdo condenatório ou constitutivo, pois tôda sentença deve conter, necessàriamente, a declaração da existência da relação jurídica sôbre a qual versa. O que as distingue das declaratórias pròpriamente ditas é que, nestas, tal conteúdo é total, ao passo que nas outras duas espécies é parcial. Em outras palavras: as sentenças declaratórias são puramente declaratórias, ao passo que as condenatórias são, simultâneamente, declaratórias e condenatórias. O mesmo se pode dizer com referência às constitutivas: são, simultâneamente, declaratórias e constitutivas (Calamandrei, «Estudios sobre el proceso civil», pág. 282; Luiz Machado Guimarães, «in» «Rev. Forense», vol. 101/8; Lopes da Costa, «Direito Processual Civil Brasileiro», 1/84, 1ª ed.; Alfredo Buzaid, «Ação declaratória», pág. 95; e Torquato Castro, «Ação declaratória», pág. 19).

Ainda a respeito da classificação das ações faz-se necessário registrar que alguns autores admitem outras categorias além daquelas três já referidas, como, por exemplo, as ações executórias, as ações determinativas, as ações mandamentais etc. Todavia, Eduardo Couture acentua, com muita propriedade, que a classificação tricotômica abarca tôdas essas ações, as quais, de resto, nem sequer chegam a formar categorias particulares (citação feita por Nelson Carneiro na «Rev. Forense», vol. 136/51).

VII — AÇÕES CONSTITUTIVAS.

A natureza do presente estudo exige que, a esta altura, nos detenhamos um pouco na análise das ações constitutivas. Têm elas por objetivo o exercício de duas categorias de direitos potestativos: a) aquêles que, por medida de segurança dos negócios jurídicos, a lei não permite sejam exercidos mediante simples declaração de vontade, nem mesmo quando estão de acôrdo todos os interessados, inclusive aquêle que sofre a «sujeição» (ações constitutivas necessárias, segundo a terminologia adotada por Calamandrei). Ex.: as ações anulatórias de casamento; e b) aquêles direitos potestativos que são exercidos por meio de ação apenas subsidiàriamente, isto é, quando os outros interessados não concordam em que êles sejam exercidos mediante simples declaração de vontade. Ex.: a ação de divisão.

Pelo que foi dito acima já se pode concluir que as ações constitutivas têm as seguintes características: a) não pressupõem a existência de lesão a um direito, como ocorre nas ações condenatórias; b) por meio delas não se exige uma prestação do réu, mas apenas se pleiteia a formação, modificação, ou extinção de um estado jurídico; c) não são meio para se restaurar um direito lesado, mas meio pelo qual se exercitam duas classes de direitos potestativos; d) não têm por objetivo a satisfação de uma pretensão, se se entender como tal «o poder de exigir de outrem uma prestação», pois os direitos potestativos são, por definição, «direitos sem pretensão» (quando muito há, nas ações constitutivas, uma pretensão de natureza especial, isto é, uma pretensão dirigida contra o Estado, ou uma pretensão à tutela jurídica, ou «pretensão à prestação jurisdicional», como quer Pontes de Miranda, mas êle mesmo acentua que não se deve confundir «pretensão de direito material» com «pretensão à tutela jurídica» — «Comentários ao Código de Processo Civil», 1ª ed., 1º vol., pág. 19); finalmente: e) as sentenças proferidas nas ações constitutivas (positivas ou negativas) não são suscetíveis, e nem carecem de execução, pois o conteúdo de tais ações se esgota com o provimento judicial que determina a criação, modificação, ou extinção do estado jurídico. (Sòmente quando a ação constitutiva se encontra cumulada com uma ação condenatória é que se pode cogitar de execução, mas aí a execução diz respeito a essa última. Ex.: a ação para rescindir o contrato de compra e venda de coisa recebida com vício redibitório, e reaver o preço pago, mais perdas e danos — art. 178, § 2º, e § 5º, n. IV.)

Convém acentuar, finalmente, que embora as sentenças proferidas nas ações constitutivas produzam, normalmente, efeitos «ex nunc», não é contrária à sua natureza, e é até mesmo freqüente, a produção de efeitos «ex tunc», conforme ensinam Chiovenda

(«Instituições», 1/286), Pontes de Miranda («Comentários ao Código de Processo Civil», vol. 2º, pág. 468, da 1ª ed.), Goldschmidt («Derecho procesal», pág. 112), e Prieto Castro («Derecho Procesal Civil», tomo I, pág. 65).

VIII — 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 (ob. e vol. cits., pág. 178).

Por sua vez, ensina Pontes de Miranda que o instituto da prescrição «serve à segurança e à paz publicas», e é êste, 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 princípio «dormientibus non sucurrit 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 têrmo inicial da prescrição fixam êsse têrmo, 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 dêsse direito (obra citada, tomo IV, pág. 186). Também Câmara Leal afirma, peremptòriamente:

«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 dêsse 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 citados vários outros autores, todos mencionando aquelas duas circunstâncias que devem ficar bem acentuadas (o nascimento da ação como têrmo inicial da prescrição, e a lesão ou violação de um direito como fato gerador da ação): De Ruggiero, «Instituições de Direito Civil», vol. 1º, págs. 324 e 325; Carpenter, «Da prescrição», pág. 269 da 1ª ed.; Von Tuhr, «Derecho Civil», vol. 3º, tomo 2º, pág. 202, da trad. cast.; Ennecerus-Kipp e Wolf, «Tratado de Derecho Civil», tomo 1º, vol. 2º, pág. 510 da trad. cast.; Ebert Chamoun, «Instituições de Direito Romano», pág. 68; Pontes de Miranda, «Tratado de Direito Privado», vol. VI, pág. 114; Lehmann, «Tratado de Derecho Civil», vol. 1º, pág. 510, da trad. castelhana.

Sancionando aquêle entendimento, que remonta ao Direito Romano, o Código Civil alemão, depois de definir a pretensão, no seu § 194, como «o direito de exigir de outrem uma ação ou uma omissão (prestação)», acrescenta (§ 198) que «a prescrição começa com o nascimento da pretensão». Dêste modo, também no Direito positivo alemão não são tôdas as ações que dão origem à prescrição, mas apenas aquelas ações nascidas da lesão de um direito.

Compreende-se fàcilmente o motivo da escolha da lesão do direito como têrmo inicial do prazo de prescrição: é que a lesão dá origem a uma ação, e a possibilidade de propositura desta, com o fim de reclamar uma prestação destinada a restaurar o direito, é que concorre para criar aquêle estado de intranqüilidade social que o instituto da prescrição procura evitar. Assim, com a prescrição, limita-se o prazo para exercício da ação. Esgotado o prazo, extingue-se a ação, mas sòmente a ação, pois o direito correspondente continua a subsistir, se bem que em estado latente, podendo até, em alguns casos, voltar a atuar. A sobrevivência do direito violado (em estado latente) por si só não causa intranqüilidade social. O que causa tal intranqüilidade é a ação, isto é, a possibilidade de ser ela proposta a qualquer momento. Dêste modo, não se faz necessário extinguir o direito para fazer cessar a intranqüilidade — basta extinguir a ação. E' por isso que se diz comumente, e com procedência, que a prescrição extingue a ação e não o direito. Exemplos: o crédito correspondente a uma ação executiva cambiária prescrita pode ser cobrado por meio de ação ordinária; o proprietário que deixou prescrever a ação reivindicatória que tinha contra determinada pessoa, ainda pode exercer sua pretensão reivindicatória contra outra pessoa, se a coisa passou, depois, para a posse desta última e ela não pode invocar, em seu favor, a prescrição consumada. Nos exemplos citados houve extinção da ação, mas não do direito.

Dêste modo, fixada a noção de que a violação do direito 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

sòmente êles são suscetíveis de lesão ou de violação, 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 qu violação), não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.

Por via de conseqüência chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda.

Se, a título de verificação do acêrto daquelas conclusões, as aplicarmos aos vários prazos para propositura de ações enumerados no art. 178 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 do mesmo art. 178 (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, e atentarmos para a circunstância de que êle (ao contrário do Código Civil brasileiro) não trata indistintamente os prazos de prescrição e de decadência, faremos algumas observações interessantes, que vêm confirmar, plenamente, aquelas conclusões a que chegamos com referência ao art. 178 do Código Civil brasileiro: o dispositivo do Código alemão (§ 196) que fixa os prazos especiais de prescrição enumera exclusivamente direitos pertencentes à primeira categoria da classificação de Chiovenda, isto é, «direitos a uma prestação», que são os únicos suscetíveis de violação, e que são protegidos por meio de ações condenatórias.

Por outro lado, convém levar em conta dois outros fatos importantes: 1º) o dispositivo do Código Civil brasileiro que fixa os prazos gerais de prescrição se refere apenas às ações reais e às ações pessoais (art. 177); 2º) as ações condenatórias (ou «ações de prestação») são as únicas que comportam subdivisão em ações reais e ações pessoais. Por conseguinte, o mencionado art. 177 se aplica, única e exclusivamente, às ações condenatórias.

As considerações feitas acima conduzem, pois, inevitàvelmente, à fixação desta primeira regra indispensável à distinção entre prescrição e decadência: **Tôdas as ações condenatórias (e sòmente elas) estão sujeitas a prescrição.**

Passemos, agora, ao instituto da decadência.

IX — 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 sôbre as relações jurídicas? E' exatamente porque os dois institutos, embora tendo fundamentos comuns, divergem quanto ao objeto e quanto aos efeitos.

Realmente, ao conceituarem 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 extinção da ação. 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 acôrdo 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 nascer o instituto da prescrição, também os direitos, em princípio, 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 êsses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade. São os direitos potestativos. E' natural, pois, que a possibilidade de exercício dêsses direitos origine, para os terceiros que vão sofrer a sujeição, uma situação de intranqüilidade, cuja intensidade varia de caso para caso. Muitas vêzes aquêles reflexos se projetam muito além da esfera jurídica dos terceiros que sofrem a sujeição e chegam a atingir interêsses da coletividade, ou de parte dela, criando uma situação de intranqüilidade de âmbito mais geral. Assim, a exemplo do que ocorreu com referência ao exercício das ações condenatórias, surgiu a necessidade de se estabelecer também um prazo para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos, isto é, aquêles 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 tem o marido de contestar a legitimidade do filho de sua mulher; direito que têm os contratantes de rescindir ou anular os contratos etc. etc. Convém acentuar, a esta altura, que nem todos aquêles 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. 1.153 do Código Civil). Assim, pode-se dizer, com relação aos direitos potestativos subordinados a prazo, que o prazo não é fixado, pròpriamente, para a propositura da ação, mas para o exercício do direito. E se quase sempre não se atenta para esta 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 obrigatòriamente) 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. Esta 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 êstes direitos são protegidos, ou estão subordinadas à prazos especiais no art. 178 do Código, ou estão subordinadas aos prazos gerais do art. 177, pois êste último artigo só se aplica às ações condenatórias, conforme já acentuamos.

As considerações feitas acima levam, inevitàvelmente, 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 dêste, pois, a não ser assim, não haveria razão para a fixação do prazo. Tal conseqüência (a extinção do direito) tem uma explicação perfeitamente lógica: E' que (ao contrário do que ocorre com os direitos suscetíveis de lesão) nos direitos potestativos subordinados a prazo o que causa intranqüilidade social não é, pròpriamente, 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 intranqüiliza não é a possibilidade de ser proposta a ação, mas a possibilidade de ser exercido o direito. Assim, extinguir a ação, e deixar o direito sobreviver (como ocorre na prescrição), de nada adiantaria, pois a situação de intranqüilidade 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 dêsse direito, e não a extinção da ação. Esta também se extingue, mas por via indireta, como conseqüência 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 dêles. Com relação a êstes direitos, os prazos que existem, fixados em lei, são tão-sòmente para a propositura das ações por meio das quais êles são protegidos. Assim, o decurso do prazo sem propositura da ação, implica na extinção desta, e não na extinção do direito que ela protege, pois — repita-se — em face dos denominados «direitos a uma prestação», a ação funciona como meio de proteção e não como meio de exercício.

Por conseguinte, também se impõe, necessàriamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não-exercício. Daí se

infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito desta 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. 177).

Finalmente, se, para testar o acêrto daquelas conclusões, analisarmos os vários prazos especiais enumerados no art. 178 do Código Civil, verificaremos que todos aquêles classificados pela doutrina e pela jurisprudência como sendo prazos de decadência, correspondem, exatamente, a direitos potestativos e a ações constitutivas.

Dêste 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 e classificar os vários prazos enumerados no art. 178 do Código Civil: se se trata de ação condenatória, o prazo é de prescrição da ação; e se se trata de ação constitutiva, o prazo é de decadência do direito exercitado por meio dela.

A seguir trataremos de alguns casos especiais que podem suscitar dúvidas.

X — CASOS ESPECIAIS DE AÇÕES CONSTITUTIVAS ENCONTRADOS NO ART. 178 DO CÓDIGO CIVIL

O primeiro caso que pode oferecer alguma dificuldade na aplicação das duas regras fixadas acima é aquêle a que se referem o § 2º e o § 5º, n. IV, do art. 178; prazo para o comprador propor ação destinada a haver abatimento do preço de coisa (móvel ou imóvel) recebida com vício redibitório, ou rescindir o contrato e reaver o preço pago, mais perdas e danos. Como se verifica dos textos indicados, o comprador tem, à sua disposição, ações de natureza diversa (condenatórias e constitutivas), das quais pode fazer uso alternativamente: a) pode êle propor uma ação para haver abatimento do preço (ação condenatória), ou, b) pode propor uma ação para rescindir o contrato (ação constitutiva), cumulada com uma ação para reaver o preço pago, mais perdas e danos (ação condenatória). Como aplicar, na hipótese, o critério distintivo proposto acima, desde que estão presentes os dois tipos de ações que servem de base à distinção? O prazo é de prescrição ou de decadência?

Só há uma maneira de solucionar o impasse, desde que não é possível admitir que o prazo seja, simultâneamente, de prescrição e de decadência: é verificar qual dos dois interêsses deve prevalecer — o protegido pela prescrição, ou o protegido pela decadência

Ora, basta atentar para as circunstâncias de que os prazos de decadência são insuscetíveis de renúncia, de interrupção, e de suspensão, e que o seu esgotamento deve ser reconhecido de ofício pelo juiz, para se concluir que tais prazos têm um conteúdo de interêsse público muito mais relevante que os prazos prescricionais. Dêste modo, os prazos estabelecidos no art. 178, § 2º, e § 5º, n. IV, são prazos de decadência, e é esta, realmente, a classificação dada a tais prazos por Pontes de Miranda («Tratado de Direito Privado», vol. 6º, págs. 140, 340 e 341); Câmara Leal («Da prescrição e da decadência», págs. 145 e 146; Orlando Gomes («Introdução ao Direito Civil», pág. 393) e Carlos Maximiliano («Hermenêutica e Aplicação do Direito», pág. 352).

Outro prazo que merece referência especial é o do art. 178, § 6º, n. XI, do Código Civil: a ação do proprietário do prédio desfalcado contra o do prédio aumentado pela avulsão, é ação condenatória ou constitutiva? O prazo é de prescrição da ação, ou de decadência do direito a que ela corresponde?

À primeira vista parece tratar-se de ação condenatória, pois afigura-se que, ao propor a ação, o autor pretende do réu uma prestação, isto é, a entrega da parte acrescida ao seu imóvel pela avulsão. Ocorre, porém, que a avulsão não resulta de ato do proprietário do imóvel beneficiado, contrário ao direito do outro proprietário, e sim de fato da natureza que tem como efeito jurídico a constituição de um direito de propriedade em favor do proprietário do imóvel beneficiado (art. 536), se não houver reclamação do outro proprietário dentro do prazo de um ano (arts. 541 e 542). Dêste modo, a ação em análise não tem efeito condenatório, e sim efeito constitutivo negativo: visa a evitar que se crie um novo direito de propriedade sôbre a porção de terra objeto da avulsão, ou que se crie êsse novo direito independentemente de indenização (arts. 541 e 542). Trata-se, pois, de ação constitutiva, e conseqüentemente o prazo é de decadência. Este entendimento coincide com o de Pontes de Miranda («Tratado de Direito Privado», vol. VI, págs. 358 e 359); Carlos Maximiliano («Hermenêutica e Aplicação do Direito», pág. 351 da 5ª ed.); e Câmara Leal («Da Prescrição e da Decadência», pág. 146 da 1ª ed.).

XI — AÇÕES DECLARATÓRIAS.

Quando expusemos a classificação das ações adotada por Chiovenda, verificamos que, ao lado das ações condenatórias (ligadas ao instituto da prescrição), e das ações constitutivas (ligadas, indiretamente, ao instituto da decadência), existe uma terceira categoria, a das ações declaratórias. Qual a posição destas últimas em face dos institutos? Estão ligadas a êles, ou a algum dêles?

Conceituando as ações declaratórias e, simultâneamente, distinguindo-as das condenatórias e das constitutivas, diz Chiovenda:

«O autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão-sòmente, saber que seu direito existe ou quer excluir que

exista o direito do adversário; pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais» («Instituições», 1/302 e 303).

A obtenção dessa «certeza jurídica» é, no dizer do mesmo autor, a mais autônoma e a mais elevada função do processo (ob. e pág. cits.).

A «certeza jurídica» surge, assim, como efeito, não apenas imediato, mas também único, das ações e sentenças declaratórias, e é precisamente o que acentua Chiovenda quando afirma que a sentença declaratória «... não ensarta outro efeito que não o de fazer cessar a incerteza do direito...» (obra citada, 1º vol., pág. 286). Realmente, a noção de obtenção da «certeza jurídica» está sempre ligada ao conceito de ação declaratória: Chiovenda («Instituições», 1º vol., págs. 286, 321, e 324; «Ensayos de derecho procesal civil», 1º vol., pág. 32 da trad. cast.); e Torquato Castro («Ação declaratória», págs. 27 e 88).

Por conseguinte, pode-se dizer que as sentenças declaratórias não dão, não tiram, não proíbem, não permitem, não extinguem e nem modificam nada. Em resumo: não impõem prestações, nem sujeições, nem alteram, por qualquer forma, o mundo jurídico. Por fôrça de uma sentença declaratória, no mundo jurídico nada entra, nada se altera, e dêle nada sai. As sentenças desta natureza, pura e simplesmente, proclamam a «certeza» a respeito do que já existe, ou não existe, no mundo jurídico. E' exatamente o princípio consagrado no nosso Código de Processo Civil quando trata de tais ações: «O interêsse do autor poderá limitar-se à declaração da existência, ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento» (art. 2º, parágrafo único).

Fixado o conceito, pergunta-se: as ações declaratórias estão ligadas à prescrição ou à decadência? Parece-nos que nem a uma coisa nem a outra, conforme se passa a demonstrar.

Já vimos, anteriormente, que todo prazo prescricional está ligado, necessária e indissolùvelmente, à lesão de um direito, de modo que, se não há lesão do direito, não há como cogitar de prescrição da ação. Já vimos, igualmente, que fato semelhante ocorre com o instituto da decadência: todo prazo decadencial está ligado, também necessária e indissolùvelmente, ao exercício de um direito, de modo que só sofrem os efeitos (indiretos) da decadência aquelas ações que são meio de exercício de alguns direitos pertencentes a uma categoria especial.

Ora, as ações declaratórias nem são meio de proteção ou restauração de direitos lesados, nem são, tampouco, meio de exercício de quaisquer direitos (criação, modificação ou extinção de um estado jurídico). Quando se propõe uma ação declaratória, o que se tem em vista, exclusivamente, é a obtenção da «certeza jurídica», isto é, a proclamação judicial da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, ou da falsidade ou autenticidade de um documento. Daí é fácil concluir que o conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição e da decadência: as ações desta espécie não estão, e nem podem estar, ligadas a prazos prescricionais ou decadenciais. Realmente, como já vimos, o objetivo da prescrição é liberar o sujeito passivo de uma prestação, e o da decadência, o de liberá-lo da possibilidade

de sofrer uma sujeição. Ora, se as ações declaratórias não têm o efeito de realizar uma prestação, nem tampouco o de criar um estado de sujeição, como ligar essas ações a qualquer dos dois institutos em análise? Se o único efeito de tais ações é a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de um documento, qual a finalidade da fixação de um prazo para o seu exercício? E quais seriam as conseqüências do decurso do prazo sem propositura da ação? A relação inexistente passaria a existir? E a existente deixaria de existir? O documento falso passaria a autêntico? E o autêntico passaria a falso? Mesmo admitindo-se, para argumentar, a possibilidade de conseqüências tão absurdas, a ação não seria, nestes casos, declaratória, e sim constitutiva.

Para ficar ainda mais acentuada a incompatibilidade entre as ações declaratórias e os institutos da prescrição e da decadência, basta atentar para o seguinte: Diz Chiovenda que as sentenças declaratórias podem ter por objeto qualquer direito, inclusive de natureza potestativa («Instituições», 1/331, e «Ensayos de derecho procesal civil», pág. 127). Daí pode-se concluir que os direitos objeto das ações declaratórias são, também, objeto de uma das outras duas categorias de ações (condenatórias ou constitutivas), e tal conclusão dá origem a mais um argumento favorável ao ponto de vista que sustentamos. Realmente, desde que as situações jurídicas que se colocam no campo de atuação das ações declaratórias já são tuteladas por um dos outros dois tipos de ações cuja finalidade precípua é a realização do direito (condenatórias ou constitutivas) e se estas, por sua vez, já se encontram ligadas a um prazo extintivo (prescricional ou decadencial), seria absurdo admitir outro prazo de igual natureza para a ação declaratória que tivesse por objetivo a mesma situação jurídica. Se se entender de outra forma, qual dos dois prazos deve prevalecer? O da ação declaratória ou o outro? Levando em consideração o ponto assinalado, acentuam Chiovenda («Ensayos de derechó procesal civil», 1/129 da trad. cast.) e Ferrara («A simulação dos negócios jurídicos», pág. 458 da trad. port.), que quando a ação condenatória está prescrita, não é razão para se considerar também prescrita a correspondente ação declaratória, e sim para se considerar que falta o interêsse de ação para a declaração da certeza.

E se se levar em conta que a prescrição e a decadência têm uma finalidade comum, que é a paz social, ainda ficará mais evidenciada a desnecessidade de se fixar prazo extintivo para as ações declaratórias, pois, não produzindo elas (e as respectivas sentenças), como de fato não produzem, qualquer modificação no mundo jurídico (mas apenas a proclamação da certeza jurídica), o seu exercício, ou falta de exercício, não afetam, direta ou indiretamente, a paz social. E tanto é exata a conclusão que, entre os vários prazos extintivos encontrados no art. 178 do Código Civil, não há um só que se refira a ações declaratórias pròpriamente ditas.

Além do mais, se se quisesse fixar um prazo extintivo para as ações declaratórias, de que natureza seria êste prazo? Prescricional ou decadencial? O legislador que pretendesse fazer uma escolha se depararia com um obstáculo intransponível: como as ações declaratórias não têm por finalidade a restauração, nem tampouco o exercício de direitos, elas não podem ser atreladas nem ao instituto da prescrição nem ao da decadência.

Diante de tudo isso, a conclusão que se impõe é a seguinte: as ações declaratórias devem ser classificadas como ações inprescritíveis. E é esta, realmente, a classificação dada pela maioria dos doutrinadores. Entre muitos outros: Chiovenda («Instituições», 1/62; «Ensayos», 1/32); Pontes de Miranda («Tratado de Direito Privado», vol. 6º, págs. 129, 130 e 285) e Ferrara («Da simulação dos negócios jurídicos», pág. 458).

XII — AÇÕES APARENTEMENTE DECLARATÓRIAS.

Problema intimamente ligado ao das ações declaratórias, e que merece exame mais detido, é o daquelas ações que poderiam receber a denominação de «aparentemente declaratórias», em virtude de serem geralmente classificadas como declaratórias, embora sejam, na realidade, constitutivas.

Em primeiro lugar examinaremos as denominadas «ações de nulidade», isto é, aquelas ações que têm por objetivo a invalidação dos atos nulos. São tradicionalmente classificadas como declaratórias, enquanto que aquelas outras que têm por finalidade a invalidação dos atos anuláveis são classificadas como constitutivas.

Todavia, Pontes de Miranda, usando argumentos que nos parecem irretorquíveis, demonstra que as ações de nulidade (do mesmo modo que as de anulação), são constitutivas negativas. Começa êle acentuando que, classificar as ações de nulidade como declaratórias equivale a equiparar os atos nulos aos atos inexistentes, o que representa «romanismo escusado» ou «resíduo romanístico» não tolerado pelo Direito moderno. Realmente, no Direito Romano, os conceitos de ato nulo e ato juridicamente inexistente se equivaliam, e por isso a sentença que proclamava uma nulidade era de natureza puramente declaratória: limitava-se a registrar um fato (a inexistência jurídica do ato), sem produzir qualquer modificação de natureza jurídica, pois o ato nulo, que já se encontrava fora do mundo jurídico antes da sentença, lá se conservava, de vez que não era considerado ato jurídico. Hoje, porém, a conceituação é diferente, conforme acentua o mesmo autor: «ato nulo» difere de «ato juridicamente inexistente». O ato nulo é um ato que, embora defeituosamente, penetra no mundo jurídico, tanto que recebe a denominação de «ato jurídico» (Código Civil, art. 145). «Nulo» é negação de validade no mundo jurídico, e não negação de existência no mesmo mundo. Dêste modo, a decisão que pronuncia uma nulidade não tem efeito apenas declaratório, e sim, também, efeito constitutivo, pois desloca o ato do mundo jurídico para o mundo fático. O ato que teve sua nulidade pronunciada por sentença, sai do mundo jurídico, por fôrça desta sentença, e passa a ser apenas ato do mundo fático, isto é, ato juridicamente inexistente. O efeito da sentença é, pois, o de ocasionar uma modificação: transforma um ato jurídico nulo em ato juridicamente inexistente. Não ocorreu aí, apenas, a proclamação de uma «certeza jurídica», e por isso a ação é constitutiva e não simplesmente declaratória. Por conseguinte, a nulidade é «decretável» e não

«declarável» (Pontes de Miranda, «Tratado de Direito Privado», vol. 4º, págs. 7, 9, 11 a 14, 17, 19, 20, 28, 29, 33, 75, 77, 79, 80 e 209; «Tratado de Direito de Família», 1º vol., pág. 304 da 3ª ed.; «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. 2º, págs. 464 e 467 da 1ª ed.).

Aliás, a distinção entre atos nulos e atos juridicamente inexistentes, estranha ao Direito Romano (v. Savigny, «Sistema», tomo 3º, pág. 351, da trad. cast.), surgiu por ocasião da elaboração do Código Civil francês (Josserand, «Derecho Civil», tomo 1º, vol. 1º, pág. 137).

Para reforçar aquelas conclusões de Pontes de Miranda, convém atentar para uma circunstância que não se concilia, de modo algum, com a pretendida equiparação dos atos nulos aos atos juridicamente inexistentes, nem com a natureza simplesmente declaratória que se quer atribuir às ações de nulidade: é que há atos nulos que produzem efeitos permanentes, e alguns chegam mesmo a convalidar por completo. Exemplos: o casamento putativo (art. 221); o casamento contraído perante autoridade incompetente, depois de decorrido o prazo de dois anos dentro do qual a nulidade deve ser alegada (art. 208); a partilha nula, depois de decorrido o prazo de decadência fixado no art. 178, § 6º, n. V, do Código Civil; o parentesco por afinidade em linha reta sobrevive a casamento nulo (art. 335). Entendemos, assim, que as ações de nulidade devem ser classificadas como constitutivas negativas.

Outras ações aparentemente declaratórias são as denominadas **ações de estado**, também geralmente classificadas como declaratórias, mas na realidade são constitutivas, embora com uma grande carga de declaratividade. Pelo menos elas não podem ser consideradas declaratórias dentro da concepção moderna dêsse tipo de ações, isto é, aquelas ações por meio das quais se procura, exclusivamente, obter uma **certeza jurídica**. E' o que procuraremos demonstrar.

Da conceituação da ação declaratória se infere, naturalmente, que uma das suas principais características é a facultatividade ou voluntariedade: ela é utilizada quando alguém quer, apenas, estabelecer a **certeza jurídica** a respeito da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, mas ninguém é obrigado a propô-la para que desta relação decorram efeitos jurídicos. A relação jurídica existe (ou inexiste), e seus efeitos se produzem (ou não se produzem), independentemente de sua declaração judicial. Em resumo: pode-se dizer que não há ações declaratórias «obrigatórias» ou «necessárias», como as há na classe das constitutivas. Assim, por exemplo, se não há dúvidas a respeito da existência de determinada relação jurídica, isto é, se coincidem as vontades de todos os possíveis interessados, no sentido de reconhecerem a existência da relação; ou, em outras palavras, se não há incerteza a respeito da existência da mesma relação, a ação declaratória se torna desnecessária. E mesmo havendo incerteza, ou incoincidência das vontades dos interessados, não é indispensável a propositura da declaratória para que a relação jurídica exista e produza seus efeitos, pois, como já vimos, a finalidade única das ações declaratórias é a obtenção da «certeza jurídica», e não a produção de quaisquer outros efeitos. O interessado na declaração pode até achar preferível aguardar-se para tutelar seu direito por um meio mais enérgico, que não seja apenas o declaratório. O que é certo, porém, e deve ficar bem ressaltado, é que, com ou sem ação declaratória, os efeitos jurídicos da relação se produzem da mesma forma.

Tais inferências encontram pleno apoio nestes ensinamentos de Goldschmidt a respeito do «interêsse declaratório» e da «incerteza jurídica», ligados às ações declaratórias:

«Desaparece o interêsse na declaração se o demandado declara não pretender discutir no futuro o direito do autor, ou renunciar ao direito de que se jactou.»

.....

«Falta esta insegurança quando a demanda deva procurar, não o esclarecimento de relações jurídicas controvertidas concretas e determinadas, e sim a declaração de relações ainda incontrovertidas» («Derecho Procesal Civil», pág. 107 da trad. cast.).

Ora, nada do que foi assinalado acima (e que é característico das ações declaratórias), ocorre com as denominadas «ações de estado». Assim, se se pretende obter o reconhecimento de determinado estado pessoal e a produção dos efeitos dêle decorrentes, é necessário e indispensável a propositura da competente ação de estado, mesmo havendo absoluta e inabalável certeza a respeito da existência dêsse estado, e mesmo havendo coincidência das vontades e acôrdo expresso de todos os interessados possíveis e imagináveis, próximos ou remotos. Por conseguinte, única e exclusivamente por meio de ação é possível: a) o marido contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 344); b) o filho, ou seus herdeiros, provarem a legitimidade da filiação na hipótese do art. 350 do Código Civil; c) o adotado se desligar da adoção realizada quando êle era menor ou se achava interdito (art. 373); d) o filho natural impugnar o reconhecimento (art. 362); e) o filho natural demandar o reconhecimento da filiação, quando os pais não o tenham feito voluntàriamente (arts. 363 e 355); f) o cônjuge promover a decretação da invalidade do casamento nulo ou anulável.

Há, ainda, algumas outras circunstâncias observadas nas ações de estado, em geral, e que as incompatibilizam, inteiramente, com o caráter declaratório que se lhes pretende atribuir. Assim, em primeiro lugar: sòmente determinadas pessoas (e não todos os interessados) podem propor a ação de estado. Ora, é noção elementar, e fundamental, que as sentenças declaratórias não produzem qualquer alteração no mundo jurídico, pois elas não têm como efeito a aquisição, modificação ou extinção de direitos, e sim a proclamação da **certeza jurídica**. Dêste modo, se as ações de estado fôssem ações declaratórias, não havia razão para se permitir sua utilização apenas a determinadas pessoas, e não a todos os interessados. Se sua utilização é limitada, é porque as ações de estado têm outros efeitos que não a simples proclamação da **certeza jurídica**.

Em segundo lugar: o Código Civil estabelece prazos extintivos para o exercício de várias ações de estado (art. 178, §§ 3º, 4º, 6º, n. XII, 9º, n. VI, e art. 208). Qual a conseqüência da extinção do prazo para exercício de uma ação de estado? A impossibilidade

de ser proclamada, daí por diante, a **certeza jurídica?** Isto não teria sentido, nem finalidade. O legislador não iria estabelecer, como conseqüência da extinção daquele prazo, apenas a impossibilidade de se proclamar a **certeza jurídica**, deixando subsistirem os efeitos inerentes ao estado objeto da ação, efeitos êsses que independem da proclamação daquela certeza: a declaração da «certeza jurídica», ou a permanência da situação de «incerteza», não atingem, e nem podem atingir, os efeitos das relações jurídicas. Estas existem, e produzem efeitos, independentemente da proclamação da **certeza jurídica**, como já vimos. Em conclusão: se há prazo para o exercício de algumas ações de estado, é porque a lei tem em vista alcançar, com a extinção do prazo, não a impossibilidade de se proclamar a **certeza jurídica**, mas a impossibilidade de serem obtidos os efeitos decorrentes do estado objeto da ação. Conseqüentemente, a finalidade das ações de estado não é a proclamação da **certeza jurídica**, mas a obtenção daqueles efeitos, e assim elas devem ser classificadas como constitutivas (positivas ou negativas), e não como declaratórias.

A brevidade do presente estudo não permite uma análise detalhada de tôdas as ações de estado, mas não resistimos à tentação de assinalar algumas particularidades observadas com relação a um dos tipos mais característicos da classe — a ação investigatória de filiação. Tais particularidades também acentuam a incompatibilidade que existe entre as ações de estado e as ações declaratórias. Assim (e devendo-se levar em conta que a sentença proferida na ação investigatória tem os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário — art. 366): a) o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento (art. 362); b) mesmo que exista escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente (art. 363, n. III), e mesmo que todos os interessados (inclusive os herdeiros do suposto pai), estejam de acôrdo com o conteúdo de tal escrito (o que, òbviamente, dispensa a ação declaratória para se obter a «certeza jurídica»), ainda assim não se dispensa a propositura da ação investigatória; c) o Código Civil enumera, taxativamente, os únicos casos em que se pode demandar o reconhecimento da filiação (art. 363 e incisos); d) os filhos adulterinos e os incestuosos não podem ser reconhecidos, nem demandar o reconhecimento, a não ser, quanto aos primeiros, após a dissolução da sociedade conjugal (art. 258, e lei n. 883, de 21 de outubro de 1949); e) algumas legislações estrangeiras fixam prazo (de decadência) para ser proposta a investigatória de paternidade (Planiol, «Tratado Practico de Derecho Civil», vol. 2º, pág. 729 da trad. cast.) e De Ruggiero («Instituições», vol. 1º, pág. 335), o que equivale a dizer que, decorrido o prazo, já não é mais possível obter o reconhecimento judicial do estado, nem os efeitos dêle decorrentes; f) há legislações que, embora reconhecendo efeitos jurídicos ao estado de filho natural, e permitindo o reconhecimento voluntário, não admitem a ação investigatória. Era o caso da França, antes da lei de 1912 (Colin et Capitant, «Curso elemental de derecho civil», tomo 1º, págs. 620 e segs.).

Parece-nos, face ao exposto, que se impõe a conclusão de que as ações de estado não são declaratórias, e sim constitutivas (positivas ou negativas), e realmente elas se apresentam com as duas

principais características das ações constitutivas: a) são meio de exercício de direitos potestativos (o direito à aquisição, modificação ou extinção do estado, e aos efeitos daí decorrentes), e b) as sentenças nelas proferidas sempre criam um estado de «sujeição» para terceiros, independentemente do concurso da vontade dêstes, ou mesmo contra sua vontade. Aliás, as ações de estado não são apenas constitutivas — elas são constitutivas «obrigatórias» ou «necessárias». E as ações de nulidade de casamento ainda se apresentam com uma feição particular: são constitutivas por dois motivos — porque são «ações de estado» e porque são «ações de nulidade».

O ponto de vista que sustentamos, isto é, a constitutividade das ações de estado, se ajusta perfeitamente a estas duas observações alusivas aos efeitos do reconhecimento voluntário da filiação ilegítima (e que equivalem aos da ação investigatória): «antes do reconhecimento não há, juridicamente, filiação...» (Pontes de Miranda, «Tratado de Direito Privado», vol. 9º, pág. 181); para Cicu, é o reconhecimento que estabelece o estado de filiação natural («apud» Orlando Gomes e Nelson Carneiro, «Do reconhecimento dos filhos adulterinos», pág. 226).

E' certo que, concluindo pela constitutividade das ações de estado, nos colocamos em posição diametralmente oposta à da maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência, mas não nos encontramos sós. Eduardo Couture, por exemplo, situa as ações de estado entre as constitutivas necessárias («Fundamentos del derecho procesal civil», pág. 221 da 2ª ed.); Ricardo Reimundin («Derecho procesal civil», pág. 112) considera as ações de estado como «tipicamente constitutivas», e Vicente Rão admite que há algumas ações de estado que são declarativas e outras, constitutivas («O Direito e a vida dos direitos», vol. 2º, tomo 3º, pág. 194). No mesmo sentido: Planiol, «Tratado practico», 1/17. Alguns outros autores limitaram seu pronunciamento às ações investigatórias de paternidade, ou ao reconhecimento voluntário, classificando-os como atos constitutivos: Cunha Gonçalves («Tratado de Direito Civil», vol. 1º, tomo 1º, pág. 267, da edição brasileira); Sergio Sotgia («apud» Serpa Lopes, «Tratado dos registros públicos», vol. 1º, pág. 310 da 3ª ed.).

Concluindo as considerações a respeito das ações às quais demos a denominação de «aparentemente declaratórias» (isto é, as ações de nulidade e as ações de estado), podemos dizer que elas, como constitutivas que são, seguem a sorte destas últimas com referência aos dois institutos objeto do presente estudo: estão ligadas à decadência.

Finalmente, deve ficar acentuado que o fato de produzirem, quase sempre, efeitos «ex tunc», não impede que as ações de nulidade, e as de estado, e respectivas sentenças, sejam classificadas como constitutivas, pois, de acôrdo com os ensinamentos de Chiovenda, Goldschmidt, Pontes de Miranda e Prieto Castro, tais efeitos não são privativos das ações e sentenças declaratórias. Êles são até muito freqüentes nas ações e sentenças constitutivas.

XIII — O PROBLEMA DA IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES.

São constantes, na jurisprudência e na doutrina, referências a ações imprescritíveis, e entre elas, embora variando as opiniões, são colocadas as seguintes: as ações declaratórias, algumas ações de estado (inclusive a de desquite e a investigatória de paternidade), a ação de divisão e a de demarcação, e as ações de nulidade.

Entretanto, observa-se, com relação à imprescritibilidade, a mesma situação já registrada ao tratarmos da distinção entre os institutos da decadência e da prescrição: é a inexistência de um critério seguro, com base científica, que permita identificar, «a priori», as ações imprescritíveis. A respeito do assunto Câmara Leal acentua:

«Todo o estudo relativo à imprescritibilidade se ressente de um certo empirismo. Não se encontra nos autores a fixação de uma doutrina, com princípios jurídicamente estabelecidos. Tudo se reduz à casuística» («Da prescrição e da decadência», pág. 51 da 1ª ed.).

Aliás, faz-se necessário acentuar, antes de mais nada, que a admissão da existência de ações imprescritíveis no Direito brasileiro aparentemente se choca com o disposto nos arts. 177 e 179 do Código Civil. Com efeito, dizendo o referido art. 179, como diz, que os casos de prescrição não previstos no Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177, a conclusão que se impõe, à primeira vista, é a da inexistência de ações imprescritíveis em face do nosso Direito, pois qualquer ação, necessàriamente, ou estará enquadrada em um dos casos especiais do art. 178, ou a ela se aplica um dos prazos gerais estabelecidos no art. 177. Com base nesse raciocínio, cuja falsidade pretendemos demonstrar no presente estudo, há mesmo quem sustente que, na sistemática do nosso Código Civil, não existem ações imprescritíveis («Rev. Forense», vol. 152/480, e Brenno Fisher, «A prescrição nos tribunais», vol. III, págs. 396 e 397).

Entretanto, para demonstrar, de início, e independentemente de qualquer outra consideração, que existem ações imprescritíveis no Direito brasileiro, basta atentar para as conclusões absurdas a que conduziria a adoção de ponto de vista diferente. Assim, por exemplo, um contrato firmado por um menor de oito anos, ou por um louco judicialmente declarado como tal, ou a compra e venda de um imóvel de alto valor feita por instrumento particular, apesar de serem atos nulos (art. 145), passariam a produzir todos os seus efeitos, como se válidos fôssem, e não poderiam mais ter sua nulidade decretada, após o decurso do prazo geral de prescrição, e depois de atravessados, com referência aos incapazes, os obstáculos legais que se opõem à fluência dos prazos prescricionais (art. 169, n. I). Outro exemplo: O casamento que um pai contraísse com sua própria filha, apesar de ser ato nulo (art. 207), passaria a produzir efeitos, como se válido fôsse, e também não poderia mais ter sua nulidade decretada, depois que se consumasse o prazo prescricional geral. Ora, ninguém pode admitir conclusões tão estapafúrdias, nem mesmo invocando o texto legal. Assim, apesar do que dispõem de modo expresso os arts. 177 e 179 do Código, forçoso é concluir, desde já, no sentido da existência de, pelo menos, algumas ações imprescritíveis: aquelas ações de nulidade

mencionadas nos exemplos citados. E se se admite que há algumas ações imprescritíveis, já fica aberta uma brecha no sistema que, aparentemente, resulta da letra dos mencionados dispositivos. Por aí, então, poderão ser admitidas outras ações igualmente imprescritíveis, pois outras existem. E quais são elas? Como identificá-las «a priori»? Qual o critério a adotar? São as perguntas que nos propomos responder a seguir.

Antes, porém, torna-se mister examinar um assunto de natureza terminológica, que deve ser analisado antes de qualquer outro, para que o problema que temos em vista fique bem equacionado. E' o que diz respeito à manifesta impropriedade da expressão «ações imprescritíveis», pois tal expressão não corresponde, com exatidão, ao sentido em que ela é utilizada comumente. Costuma-se usar tal expressão com o objetivo de designar aquelas ações que não estão sujeitas, direta ou indiretamente, a qualquer prazo extintivo (prescricional ou decadencial). Este objetivo não corresponde, todavia, à compreensão lógica e gramatical da expressão. «Imprescritível» significa «que não prescreve» ou «não sujeito a prescrição». Dêste modo, lógica e gramaticalmente, a expressão abrange, não só a) as ações não sujeitas nem a prescrição nem a decadência, como também b) as ações sujeitas a decadência (indiretamente, por fôrça da extinção do direito a elas correspondente), pois estas últimas também são «ações que não prescrevem». A expressão em foco tem, por conseguinte, uma compreensão mais ampla do que o sentido em que é utilizada, pois abrange uma categoria de ações (aquelas sujeitas a decadência) que não se tem em mente abranger quando se faz uso dela. Talvez a anomalia decorra da confusão que muitos fazem entre os institutos da prescrição e da decadência, ou da dificuldade que há em distingui-los. Mas, como a precisão dos conceitos é fundamental nos domínios do Direito, há necessidade de ser substituída a expressão «ações imprescritíveis» por uma outra que corresponda com exatidão à idéia que se pretende exprimir, e concilie a realidade com a lógica. Para êsse fim não vemos outra melhor do que a expressão «ações perpétuas», que submetemos, neste momento, à apreciação dos doutos. Aliás, no Direito Romano, essa expressão designava, inicialmente, aquelas ações que não estavam sujeitas a qualquer prazo extintivo, e depois, quando tôdas as ações ficaram subordinadas a prazos, passou a designar aquelas ações sujeitas ao prazo mais longo (Savigny, «Sistema», tomo IV, pág. 185).

O problema da identificação das denominadas «ações imprescritíveis» tem sua solução grandemente facilitada com a fixação daquelas duas regras, já deduzidas acima, destinadas a identificar as ações sujeitas a prescrição ou a decadência. Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: são perpétuas (imprescritíveis) tôdas aquelas ações que não estão sujeitas nem a prescrição nem, indiretamente, a decadência. Por aí se verifica fàcilmente que são perpétuas (imprescritíveis): a) tôdas as ações meramente declaratórias; e b) algumas ações constitutivas (aquelas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei). Quanto às ações condenatórias, não há, entre elas, ações perpétuas (imprescritíveis).

pois tôdas são atingidas, ou por um dos prazos especiais do art. 178, ou por um dos prazos gerais do art. 177.

Com efeito, já vimos anteriormente que não há qualquer razão para o legislador subordinar as ações declaratórias a prazos extintivos, pois o seu uso, ou não-uso, não afeta, direta ou indiretamente, a paz social, uma vez que elas nada criam e nada modificam — apenas declaram a «certeza jurídica». Já vimos, também, que há até mesmo uma impossibilidade lógica em filiar as ações declaratórias aos institutos da prescrição ou da decadência, uma vez que elas não são meio de restauração de direitos lesados, nem meio de exercício de direitos potestativos. Um fato confirma plenamente as duas observações feitas acima: entre os vários prazos estabelecidos no art. 178 do Código Civil, não há um só que se refira à ação declaratória.

Quanto às ações constitutivas, a lei só fixou prazo para a propositura de algumas delas: são aquelas que se encontram enumeradas no art. 178, ao lado de várias ações condenatórias. As demais ações constitutivas, não estando, como não estão, sujeitas a qualquer prazo extintivo, devem ser classificadas como imprescritíveis, (ou perpétuas, segundo a denominação que propusemos). Com relação aos direitos exercidos por meio destas ações constitutivas não incluídas no art. 178, fica prevalecendo o princípio geral da perpetuidade dos direitos.

Convém acentuar que não existe, com referência às ações declaratórias e às constitutivas, qualquer dispositivo fixando prazo geral de extinção para aquelas não atingidas por prazos especiais, de vez que os arts. 177 e 179, conforme já acentuamos e será demonstrado mais desenvolvidamente, só se aplicam às ações condenatórias.

Já temos, assim, elementos para fixar a terceira e última regra: **São perpétuas (ou imprescritíveis) tôdas as ações declaratórias, e também aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício.**

Os resultados da aplicação da regra deduzida acima coincidem com a opinião generalizada a respeito da imprescritibilidade das ações declaratórias, da ação de divisão, de várias ações de estado, inclusive a investigatória de paternidade; da ação de demarcação, e de quase tôdas as ações de nulidade. Com a mesma regra ficam, pois, eliminadas aquelas discussões irredutíveis a respeito da prescritibilidade da ação investigatória de paternidade: ela é imprescritível porque é constitutiva e não tem prazo especial fixado em lei para o seu exercício.

XIV — ALCANCE DOS ARTS. 177 e 179 DO CÓDIGO CIVIL

Depois da confusão que o Código Civil fêz, no art. 178, dos prazos de prescrição com os de decadência, talvez a inexplicável existência do art. 179 seja o fator que mais haja concorrido para dificultar, entre nós, a distinção entre os dois institutos e a identificação das ações perpétuas (imprescritíveis).

Diz o mencionado art. 179 que: «Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177.» Por sua vez, o art. 177 dispõe que: «As ações pessoais prescrevem ordinàriamente em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.»

Nestas condições, faz-se necessário, em primeiro lugar, fixar os limites do campo de incidência do art. 177, e não há dúvida que êle só pode se aplicar às ações condenatórias (ou «ações de prestação» ou «ações de pretensão»), pois sòmente elas comportam a subdivisão em ações reais e ações pessoais. Não se pode cogitar de ações reais e ações pessoais nas classes das constitutivas e das declaratórias, de vez que estas são, por definição, «ações sem pretensão de Direito material». Não há ações constitutivas reais ou pessoais, do mesmo modo que não há declaratórias nas mesmas condições. Não é possível pleitear, por meio de ação constitutiva ou declaratória, qualquer prestação, pessoal ou real. Aliás, Pontes de Miranda acentua êsse aspecto do problema em uma síntese feliz:

«As categorias «ações reais, ações pessoais» pertencem ao Direito material. Compreende-se perfeitamente o que o Código Civil, no art. 177, quis exprimir quando disse que as ações pessoais prescrevem ordinàriamente em trinta anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas. Os conceitos e as qualificações, aí contidos, pertencem ao Direito material. «Ação» está, em tal texto, em lugar de «pretensão» («Comentários ao Código de Processo Civil», 1/94, 1ª ed.).

Ferrara, por sua vez, depois de concluir que as ações declaratórias são imprescritíveis, observa, a respeito da incidência do dispositivo do antigo Código Civil italiano, equivalente ao art. 177 do nosso Código:

«Nem pode constituir obstáculo para esta dedução lógica o art. 2.135, segundo o qual tôdas as ações, quer reais, quer pessoais, prescrevem em trinta anos, pois é certo que faz-se aqui alusão às ações de prestação...» («A simulação dos negócios jurídicos», págs. 458 e 459 da trad. port.).

Diante das considerações feitas acima, cabe a pergunta: e qual o alcance, ou campo de incidência, do art. 179 do Código?

À primeira vista parece que o art. 179 manda aplicar o art. 177 a tôdas as ações não abrangidas pelo mesmo art. 177. Assim, afigura-se, também à primeira vista, que, por fôrça do art. 179, o art. 177 do Código Civil seria aplicável às ações constitutivas e às declaratórias. Todavia, tal conclusão, por vários motivos, não pode ser admitida.

Note-se, em primeiro lugar, que o mencionado art. 179 fala em «casos de prescrição», o que induz, desde logo, a conclusão de que sòmente os casos que podem ser submetidos à prescrição é que são atingidos pelo dispositivo. Ora, as ações constitutivas, exatamente porque não são «ações de prestação», e nem estão ligadas a um direito suscetível de lesão, não podem ficar subordinadas a um prazo prescricional, pois, conforme já ficou acentuado, prescrição e lesão do direito são conceitos correlatos e inseparáveis, que se correspondem como causa e efeito. Quando o legislador quer subordinar uma ação constitutiva a prazo extintivo, tal prazo só pode

ser de decadência, isto é, decadência do direito potestativo exercido por meio da ação: extinto o direito, extingue-se também, por via de conseqüência, a ação constitutiva correspondente. Quanto às ações declaratórias, elas não podem ser subordinadas nem a prazo prescricional nem a prazo decadencial, pois não são meio de restauração de direitos lesados («direitos a uma prestação»), nem, tampouco, são meio de exercício de determinados direitos que podem ser exercitados por via de ação (direitos potestativos). O legislador nem sequer pode cogitar de submeter as ações declaratórias a prazos extintivos, pois não há como filiá-las, lógica e jurìdicamente, nem ao instituto da prescrição, nem ao da decadência.

Por conseguinte, as ações constitutivas e as declaratórias não estão — e nem podem ser incluídas pelo legislador — entre aquêles «casos de prescrição» a que alude o art. 179.

Mas, se, contrariando o bom senso e a lógica jurídica, se pretendesse aplicar o art. 179 às ações constitutivas e às declaratórias, ter-se-ia também que admitir, necessàriamente, uma outra conclusão que já foi repelida por absurda: a inexistência de ações perpétuas (imprescritíveis), no Direito brasileiro, pois os arts. 177, 178 e 179 passariam a abarcar tôdas as classes de ações (condenatórias, constitutivas e declaratórias). Ter-se-iam, então, que admitir, igualmente, aquelas conseqüências extravagantes da adoção de tal ponto de vista, já assinaladas antes: as ações de nulidade estariam sujeitas a prazos extintivos e, por conseguinte, os contratos firmados por menores de qualquer idade, ou por loucos, e os casamentos celebrados entre pais e filhas passariam a ter validade após o decurso do prazo extintivo. Por mais êste motivo, isto é, por conduzir a resultados absurdos, deve ser repelida a interpretação em foco.

E se examinarmos o problema sob outro ângulo, verificaremos que não só jurídica, como também lògicamente, é impossível fazer o art. 177 incidir, por fôrça do art. 179, sôbre outras ações que não as condenatórias. Com efeito, o mencionado art. 177 estabelece duas espécies diferentes de prazos, um para as ações pessoais, e outro para as ações reais, variável, êste último, conforme os interessados estejam presentes ou ausentes. Se se pretender aplicar o mesmo dispositivo às ações constitutivas e declaratórias, e levando-se em conta que tais ações não comportam a subdivisão em ações reais e ações pessoais, qual daqueles prazos deve ser observado? O das ações reais ou o das ações pessoais? O Código não fornece elementos para se fixar um critério de escolha, e nem seria possível fazer-se, no caso, uma escolha arbitrária.

As três situações focalizadas acima conduzem, inevitàvelmente, a esta conclusão: os arts. 177 e 179 não se aplicam às ações constitutivas nem às declaratórias. Segue-se daí que o art. 179 é um dispositivo completamente inerte e ineficaz — sua presença não altera, do mesmo modo que sua ausência não alteraria, o campo de incidência do Código Civil. E' precisamente a conclusão a que chega Pontes de Miranda: o art. 179 nada mais é do que uma explicitação do art. 177, perfeitamente riscável da letra do Código

Civil, porque está contido na generalidade conceitual do mesmo art. 177 («Tratado de Direito Privado», 6/285).

E' certo que há um princípio de hermenêutica, segundo o qual as leis não contêm palavras ou dispositivos inúteis, mas é igualmente certo que existe um outro princípio, muito mais importante, segundo o qual a interpretação dos textos legais não deve conduzir a conseqüências absurdas. Se há conflito, é óbvio que deve prevalecer o princípio mais importante.

XV — CONCLUSÕES.

Reunindo-se as três 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:** tôdas as ações **condenatórias**, e sòmente elas (arts. 177 e 178 do Código Civil);

2ª — **Estão sujeitas a decadência** (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito 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) tôdas as **ações declaratórias.**

Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. Assim: 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.

Aplicando-se aquêle critério, conclui-se que são de decadência os seguintes prazos especiais fixados no art. 178 do Código Civil: § 1º, § 2º, § 3º, § 4º, ns. I e II, § 5º, ns. I a IV, § 6º, ns. I, III, IV, V, XI, XII e XIII, § 7º, ns. I, VI e VII, § 8º, § 9º, ns. I, «a» e «b», II, «a» e «b», III, IV, V e VI, e § 10, n. VIII. Tais prazos correspondem exatamente àqueles que Câmara Leal — utilizando-se de um critério prático, mais complexo, e de mais difícil aplicação — também classificou como prazos de 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 aquêles 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.