

# CRITÉRIO CIENTIFICO PARA DISTINGUIR A PRESCRIÇÃO DA DECADÊNCIA E PARA IDENTIFICAR AS AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS.

AGNELO AMORIM FILHO

(Professor da Faculdade de Direito da Universidade da Paraíba)

## I O PROBLEMA EM FACE DA DOCTRINA 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, a respeito do assunto, 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 exagero - a existência de qualquer diferença entre as duas principais espécies de efeitos do tempo sobre as relações jurídicas. É o que informa DE RUGGIERO (*Instituições de Direito Civil*, vol. 1º, pág. 335 da trad. port.). Já BAUIDRY-LACANTINÉRIE e ALBERT TISSIER declaram que são falíveis, ou imprestáveis, os vários critérios propostos 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 BEVILÁQUA, 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. Tribs.*, 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, inegavelmente 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 esse é "um dos problemas mais árduos da teoria geral do direito civil" (*Da Prescrição e da Decadência*, 1ª. ed., pág. 133).

É 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. Deste 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.

Há também um outro problema de capital importância, intimamente relacionado com aquele da distinção entre prescrição e decadência, e ao qual não se tem dispensado a necessária atenção. É 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 aquele segundo o qual a prescrição extingue a ação, e a decadência extingue o direito. Entretanto, tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, uma vez que pretende fazer a distinção pelos efeitos ou conseqüências. O critério apontado apresenta-se, assim, com uma manifesta petição de princípio, pois o que se deseja saber, precisamente é quando o prazo atinge a ação ou o direito. O que se procura é a causa e não o efeito.

Processo distintivo indiscutivelmente mais vantajoso do que aquele é o sugerido por CÂMARA LEAL, assim resumido pelo seu autor:

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

Todavia, o critério proposto por CÂMARA LEAL, embora muito útil na prática, se ressent de dupla falha: Em primeiro lugar, é um critério empírico, carecedor de base científica, e isso é reconhecido pelo próprio CÂMARA LEAL, pois ele fala em "discriminação prática dos prazos de decadência das ações" (*op. cit.*, pág. 434). Com efeito, adotando-se o referido critério, é fácil verificar, praticamente, na maioria dos casos, se determinado prazo é prescricional ou decadencial, mas o autor não fixou,

em bases científicas, uma norma para identificar aquelas situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, pois é esse o seu ponto de partida para a distinção entre os dois institutos. Em segundo lugar, o critério em exame não fornece elementos para se identificar, direta ou mesmo indiretamente (isto é, por exclusão), as denominadas ações imprescritíveis.

Faz-se necessário, assim, intensificar a procura de um outro critério, e temos a impressão que, tomando-se como ponto de partida a moderna classificação dos direitos desenvolvida por CHIOVENDA e, particularmente, a categoria dos direitos potestativos, chegar-se-á, indubitavelmente, àquele critério ideal, isto é, a um critério dotado de bases científicas e que permite, simultânea e seguramente, distinguir, *a priori*, a prescrição da decadência, e identificar as denominadas ações imprescritíveis. É 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 aqueles 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 eles, de CHIOVENDA, a denominação de "*direitos a uma prestação*", e como exemplos poderíamos citar todos aqueles 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 aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas. Desenvolvendo a conceituação dos direitos potestativos, diz CHIOVENDA:

Esses poderes (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 todas 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 dele. São

poderes 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. É 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 termos:

Em princípio: quando se trata de modificar os limites entre duas esferas jurídicas, é necessário o acordo 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. Lº, tomo 1º, pág. 203 da trad. cast.).

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 a separação; 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 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 resolução do contrato por inadimplemento (art. 475, do Cód. Civil), ou por vícios redibitórios (art. 441); o poder de escolha nas obrigações alternativas (art. 252); o poder de interpelar, notificar, ou protestar, para constituir em mora; o poder de alegar compensação; o poder de resgatar imóvel vendido com cláusula de retrovenda; 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 assegurado ao filho de desobrigar os imóveis de sua propriedade alienados ou gravados pelo pai fora dos casos permitidos em lei; 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 facilmente que a principal característica dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu

exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade dessas 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 aqueles 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 tem a faculdade de 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 eles não corresponde uma prestação. Tais características são encontradas em todos os exemplos enumerados acima.

A categoria dos direitos potestativos é conceituada por vários outros autores em termos 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. V, pág. 242; J. FREDERICO MARQUES, Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, pág. 241; ORLANDO GOMES, Introdução ao Direito Civil, pág. 119; e LUÍS LORETO, Revista Forense, 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 torno 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 trad. port.).

As principais objeções feitas à existência dos direitos potestativos são as seguintes: alega-se que eles 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 todas aquelas objeções. Assim, acentua ele, 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 força do exercício de um daqueles poderes atribuídos a outra pessoa e que recebem a denominação de direitos potestativos.

É precisamente o que ocorre com o poder, assegurado aos contratantes, de promoverem a decretação de invalidade dos contratos anuláveis, exemplo típico de direito potestativo. Se um dos contratantes pretende exercitá-lo, pode fazê-lo sem o concurso da vontade do outro, e esse, 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 deste. Ex.: o proprietário tem o poder de vender a coisa, mas só a compra quem quer - ninguém é obrigado a fazê-lo. O exercício desse poder não cria um estado de sujeição para terceiros sem a vontade desses. Tal poder é, por conseguinte, uma mera faculdade, e não um direito potestativo.

Por ai 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, ed. bras.). Tais atos, entretanto, são faculdades que nem sequer podem ser classificadas de jurídicas e muito menos podem ser classificadas 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 interesse de interromper uma relação jurídica ou de constituir uma nova". E arremata: "...pois que (tais poderes) 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 reforço de argumentação, poder-se-ia invocar, ainda, a opinião de PONTES DE MIRANDA:

Toda 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).

É 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 essa só existe nos direitos potestativos.

Deste modo, aqueles que não querem, de forma alguma, ver nos direitos potestativos uma categoria autônoma de direitos subjetivos, têm que admitir, necessariamente, que eles constituem, pelo menos, uma classe especial de faculdades - isto é aquelas faculdades cujo exercício cria um estado de *sujeição* para terceiros. O problema se reduzira, 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 apelo às vias judiciais, e em qualquer hipótese sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição. Exs.: 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.

Em outros casos, que compõem uma segunda categoria, os direitos potestativos também podem ser exercitados mediante simples declaração da vontade do seu titular, sem apelo à via judicial, mas somente se aquele 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 subsidiariamente. Exs.: o direito que tem o condômino de dividir a coisa comum; 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 de 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 aqueles que sofrem a sujeição, estão de acordo em que o direito seja exercitado por outra forma. É por esse motivo que CALAMANDREI dá, a tais procedimentos judiciais, a denominação de ações necessárias, e a elas faz referência em várias passagens dos seus Estudos sobre el Proceso Civil (págs. 37, 152, 233, 238, 239 e 240 da trad. cast.).

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, aqueles direitos potestativos que dizem respeito ao estado civil das pessoas (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 221). Exs.: o direito de invalidar casamento nulo ou anulável; o direito que tem o pai de contestar a paternidade dos filhos de sua mulher; o direito que tem o filho de pleitear o reconhecimento de sua paternidade, quando o pai não o reconheceu voluntariamente; 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. 319 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 que ele 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. É o que ocorre, por exemplo, com a ação proposta pelo cônjuge coacto para anular o casamento: julgada procedente, 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 acordo 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". Deste 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" (CHIOVENIDA, op. 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 meios de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação ("direitos a uma prestação"); e as ações constitutivas são meios 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-somente, 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, op. cit., 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 toda sentença deve conter, necessariamente, a declaração da existência da relação jurídica sobre a qual versa. O que as distingue das declaratórias propriamente 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, simultaneamente, declaratórias e condenatórias. O mesmo se pode dizer com referência às constitutivas: são, simultaneamente, declaratórias e constitutivas (CALAMANDREI, Estudios sobre el Proceso Civil, pág. 282; Luís MACHADO GUIMARÃES, in Rev. For., 101/8; LOPES DA COSTA, Direito Procesual Civil Brasileiro, 1ª ed., 1/84; ALFREDO BUZAID, Ação Declaratória, 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 todas essas ações, as quais, de resto, nem sequer chegam a formar categorias particulares. (Citação feita por NÉLSON CARNEIRO na Rev. For., 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) - aqueles que, por medida de segurança dos negócios jurídicos, a lei não permite sejam exercidos mediante simples declaração de vontade, nem mesmo quando estão de acordo todos os interessados, inclusive aquele que sofre a "sujeição" (ações constitutivas necessárias, segundo a terminologia adotada por CALAMANDREI). Ex.: as ações anulatórias de casamento; e b) - aqueles direitos potestativos que são exercidos por meio de ação apenas subsidiariamente isto é, quando os outros interessados não concordam em que eles 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 ele 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. (Somente 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. 443).

Convém acentuar, finalmente, que embora as sentenças proferidas nas ações constitutivas produzam, normalmente, efeitos *ex nunc*, não é contrário 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 1º, 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 (op. e vol. cit., pág. 178).

Por sua vez, ensina PONTES DE MIRANDA que o instituto da prescrição "serve à segurança e à paz públicas", e é este, precisamente, o ponto de vista que, de modo geral, prevalece, a respeito do assunto, na doutrina e na jurisprudência, embora ainda haja quem procure apresentar, como fundamento do mesmo instituto, o castigo à negligência, a aplicação do princípio *dormientibus non succurrit ius*.

Mas há um ponto que deve ficar bem ressaltado, porque interessa fundamentalmente às conclusões do presente estudo: os vários autores que se dedicaram à análise do termo inicial da prescrição fixam esse termo, sem discrepância, no nascimento da ação (*actio nata*), determinado, tal nascimento, pela violação de um direito. SAVIGNY, por exemplo, no capítulo da sua monumental obra, dedicado ao estudo das condições da prescrição, inclui, em primeiro lugar, a *actio nata*, e acentua que esta se caracteriza por dois elementos: a) - existência de um direito atual, suscetível de ser reclamado em juízo; e b) - violação desse direito (op. cit., tomo IV, pág. 186). Também CÂMARA LEAL afirma, peremptoriamente:

sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação.

.....

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

.....

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

Desde que o direito está normalmente exercido, ou não sofre qualquer obstáculo, por parte de outrem, não há ação exercitável.

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

Opinando no mesmo sentido, poderão ser indicados vários outros autores, todos mencionando aquelas duas circunstâncias que devem ficar bem acentuadas (o nascimento da ação como termo inicial da prescrição, e a lesão ou violação de um direito como fato gerador da ação).

Convém acentuar que quando se diz que o termo inicial do prazo prescricional é o nascimento da ação, utiliza-se aí a palavra "ação" no sentido de "pretensão", isso é, no mesmo sentido em que ela é usada nas expressões "ação real" e "ação pessoal", pois, a rigor, a prescrição não começa com a ação e sim com a pretensão; está diretamente ligada a essa, e só indiretamente àquela. A pretensão, como se sabe, é um conceito relativamente antigo, concebido no século passado como decorrência necessária do princípio da autonomia do direito de ação, mas ainda pouco utilizado pela maioria dos autores nacionais. Com ele se designa um dos sentidos da *actio romana*: o poder de exigir de outrem, extrajudicialmente, uma prestação; é "a exigibilidade ou a própria exigência de uma prestação, positiva ou negativa" (HÉLIO TORNAGHI, *Processo Penal*, 2º vol., pág. 140, da 1ª ed.); é a ação no sentido material, contraposta à ação no sentido judicial (ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, pág. 397). Ou, conforme acentuou WINDSCHEID, que foi o fixador dos contornos da pretensão: "é a *actio* do direito romano e do direito comum desprovida de todo aparato processual (apud LIEBMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. 1º, pág. 138). Note-se ainda, para melhor ressaltar a diferença, que a pretensão é um poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito substancial, ao passo que a ação processual é poder dirigido contra o Estado, para que esse satisfaça a prestação jurisdicional a que está obrigado. A rigor, só quando a pretensão não é satisfeita pelo sujeito passivo, ou seja, só quando o sujeito passivo não atende a exigência do titular do direito, é que surge, como consequência, a ação, isto é, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Em resumo: violado o direito (pessoal ou real), nasce a pretensão (ação material) contra o sujeito passivo; recusando-se o sujeito passivo a atender a pretensão, nasce a ação processual, com a qual se provoca a intervenção do Estado. E também há

casos em que a pretensão nasce antes da violação do direito. É o que ocorre, por exemplo, nas obrigações subordinadas a prazo e nas quais não se convencionou local para o pagamento (art. 327 do Cód. Civil): vencido o prazo, sem que o credor tenha ido recebê-lo no domicílio do devedor, e sem que esse último haja manifestado recusa em efetuar o pagamento, não se pode dizer que tenha havido lesão do direito do primeiro, mas é inegável que, com o vencimento da obrigação, nasceu a pretensão, isso é, o poder, para o credor, de exigir a prestação do devedor. De qualquer forma, a pretensão é sempre um *prius* lógico imediato em relação à ação: a ação não nasce diretamente da violação do direito, mas da recusa do obrigado em satisfazer a pretensão. E se quase nunca se atenta para tal circunstância, e se quase sempre se confunde pretensão com ação, é porque, na maioria dos casos, se propõe a ação processual (contra o Estado), sem se exercitar antes a pretensão contra o sujeito passivo da relação substancial, pois a lei não exige que uma só seja proposta depois de desatendida a outra. Nas considerações feitas, e nas que se seguem, deve ficar ressaltado o ponto de vista daqueles que, abraçando a doutrina mais moderna - e talvez a mais acertada - vêem no direito de ação, rigorosamente, um direito de tal modo autônomo e abstrato, que preexiste à relação de direito substancial. Para esses, não há como falar em nascimento da ação, do mesmo modo que não se pode falar em carência de ação. Para eles, a recusa do sujeito passivo em satisfazer a pretensão não determina o nascimento da ação, pois essa já existia. Tal recusa apenas representa uma das condições para o exercício da ação.

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

somente quando ele procurar o devedor, para receber o pagamento, e houver recusa da parte desse (caracterizando-se, assim, a violação do direito), é que começará a fluir dito prazo.

Foi, talvez, para atender a tais situações, que o Código Civil alemão introduziu em seu texto, exatamente na seção que trata da prescrição, o conceito de pretensão (*Anspruch*), que é extremamente útil na prática: "O poder de exigir de outrem uma prestação" (§ 194). E acrescentou, no § 198: "A prescrição começa com o nascimento da pretensão". Acentue-se que, quando o mencionado Código, em seu 194, fala em "poder de exigir", está subentendido que é o poder de exigir extrajudicialmente (tendo em vista a possibilidade de realização espontânea do direito por parte do sujeito passivo), e não o poder de exigir por via judicial. Esse último constitui a ação propriamente dita (ou ação judicial), e corresponde ao outro sentido que os romanos davam à *actio*.

Desde que o início do prazo prescricional é determinado pelo nascimento da pretensão, segue-se, daí, como conclusão lógica e inevitável, que a primeira coisa atingida pela prescrição é a pretensão, e não a ação. Pode até haver casos em que se verifica a prescrição da pretensão, sem que a ação haja sequer nascido. O exemplo citado acima, com apoio no art. 327 do Código Civil, também é de utilidade aqui: assim, decorrido o prazo prescricional (iniciado com o vencimento da obrigação), sem que haja comparecido ao domicílio do devedor, e sem que esse haja manifestado recusa em efetuar o pagamento, prescreveu a pretensão (desde que o interessado tenha oferecido a exceção de prescrição), embora, a rigor, não tivesse nascido a ação. Em resumo: a ação, que é posterius lógico em relação à pretensão, é atingida apenas indiretamente pela prescrição: desde que uma pretensão fica encoberta pela prescrição, também fica encoberta a ação porventura originada daquela pretensão (ou que tinha na mesma pretensão uma das condições para o seu exercício).

Por outro lado, se se entender que a prescrição atinge de modo direto a ação (processual), ter-se-á que concluir, necessariamente, que a pretensão (como *prius* lógico que é, em relação à ação), ficará incólume; persistirá o poder do credor de exigir a prestação (embora apenas extrajudicialmente); e frustrar-se-á, desse modo, a principal finalidade da prescrição.

Chegar-se-á também, por um caminho mais curto, à conclusão de que a prescrição atinge diretamente a pretensão, se se levar em conta que a prescrição é uma exceção de natureza substancial, e que tais exceções são utilizadas, precisamente, contra as pretensões, e não contra os direitos nem contra as ações.

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

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

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

Se, a título de verificação do acerto daquelas conclusões, as aplicarmos aos vários prazos para propositura de ações enumerados no art. 206 do Código Civil, verificaremos o seguinte: 1º) todos os prazos do mencionado dispositivo que são classificados, pela doutrina e pela jurisprudência, como prazos de prescrição, *stricto sensu*, se referem a ações condenatórias; 2º) os demais prazos (que são classificados pela doutrina e pela jurisprudência como prazos de decadência) não se referem a ações

condenatórias. Aliás, se analisarmos o Código Civil alemão, faremos algumas observações interessantes, que vêm confirmar, plenamente, aquelas conclusões a que chegamos com referência ao art. 206 do Código Civil brasileiro: o dispositivo do Código alemão (§ 196), que fixa os prazos especiais de prescrição, enumera exclusivamente pretensões ligadas a direitos pertencentes à primeira categoria da classificação de CHIOVENDA, isto é, "direitos a uma prestação", que são os únicos suscetíveis de violação, são os únicos dos quais se irradiam pretensões e são os únicos protegidos por meio de ações condenatórias.

As considerações feitas acima conduzem, pois, inevitavelmente, à fixação desta primeira regra, indispensável à distinção entre prescrição e decadência: - **TODAS AS AÇÕES CONDENATÓRIAS (E SOMENTE ELAS) ESTÃO SUJEITAS A PRESCRIÇÃO.**

Passemos, agora, ao instituto da decadência.

## **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 sobre as relações jurídicas? É exatamente porque os dois institutos, embora tendo fundamentos comuns, divergem quanto ao objeto e quanto aos efeitos.

Realmente, ao conceituarem a decadência, doutrina e jurisprudência, na sua grande maioria, embora não forneçam critério seguro para distingui-la da prescrição, acentuam um fato de importância capital: o efeito imediato da decadência é a extinção do direito, ao passo que o da prescrição é a cessação da eficácia da ação (entenda-se: da pretensão). Isto, porém, não basta para distinguir os dois institutos, e o problema permanece de pé. Examinemos a questão sob outro aspecto.

Quando enumera os princípios concernentes ao exercício dos direitos, o Prof. ORLANDO GOMES inclui dois que interessam de perto à matéria em discussão: o da disponibilidade, segundo o qual o exercício dos direitos é facultativo (ninguém é obrigado a exercê-los); e o da inesgotabilidade, de acordo com o qual os direitos não se esgotam pelo não-uso (Introdução ao Direito Civil, pág. 122). Pode-se dizer, assim, que a exemplo do que ocorria com as ações no direito romano antes de surgir o instituto da prescrição, também os direitos, em principio, têm duração perpétua.

Todavia, conforme já vimos anteriormente, há certos direitos cujo exercício afeta, em maior ou menor grau, a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade. São os direitos potestativos. É natural, pois, que a possibilidade de exercício desses direitos origine, em algumas hipóteses, para os terceiros que vão sofrer a sujeição, uma situação de intranqüilidade cuja intensidade varia de caso para caso. Muitas vezes aqueles reflexos se projetam muito além da esfera jurídica dos terceiros que sofrem a sujeição e chegam a atingir interesses da coletividade, ou de parte dela, criando uma situação de intranqüilidade de âmbito mais geral. Assim, a exemplo do que ocorreu com referência ao exercício das pretensões, surgiu a necessidade de se estabelecer também um prazo para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos, isto é, aqueles direitos potestativos cuja falta de exercício concorre de forma mais acentuada para perturbar a paz social. Daí fixar a lei (além de outros), prazos para o exercício dos seguintes direitos potestativos: direito de preempção ou preferência; direito de propor ação rescisória; direito que têm os cônjuges de promover a anulação do casamento; direito que têm os contratantes de rescindir ou anular os contratos, etc., etc. Convém acentuar, a esta altura, que nem todos aqueles prazos estão ligados à propositura de uma ação, pois, como já vimos, há direitos potestativos que se exercem por outro meio que não o do procedimento judicial, mas, mesmo assim, podem estar subordinados a um prazo. Por exemplo: o exercício do direito de preempção ou preferência não se faz por meio de ação, porém está subordinado a um prazo (art. 516 do Cód. Civil). Assim, pode-se dizer, com relação aos direitos potestativos subordinados a prazo, que o prazo não é fixado, propriamente, para a propositura da ação, mas para o exercício do direito. E se quase sempre não se atenta para essa circunstância é porque, na maioria dos casos, tais direitos, quando subordinados a prazo, se exercitam por meio de ação.

Também se verifica a situação inversa: há direitos potestativos que se exercitam (facultativa ou mesmo obrigatoriamente) por meio de ação, mas, apesar disso, não estão subordinados a prazo. Exs.: os direitos potestativos exercitados por meio das ações de divisão e investigatória de paternidade. Essa observação deve ficar bem acentuada, porque é o ponto de partida para a construção da teoria da imprescritibilidade, que pretendemos expor mais adiante.

Com referência àqueles direitos potestativos para cujo exercício a lei não achou necessário fixar um prazo especial, fica prevalecendo, então, o princípio geral da inextinguibilidade ou da perpetuidade ("os direitos não se extinguem pelo não-uso"), pois não há dispositivo estabelecendo um prazo

geral para que os direitos potestativos sejam exercitados sob pena de extinção. Relativamente a tais direitos só há prazos especiais. Já o mesmo não acontece com os direitos da outra categoria (os "direitos a uma prestação" da classificação de CHIOVENDA): as ações por meio das quais esses direitos são protegidos, ou estão subordinadas a prazos especiais no art. 207 do Código, ou estão subordinadas aos prazos gerais do art. 206, pois esse último artigo só se aplica às ações condenatórias, que são as únicas ligadas às pretensões reais e pessoais.

As considerações feitas acima levam, inevitavelmente, à conclusão de que, quando a lei, visando à paz social, entende de fixar prazos para o exercício de alguns direitos potestativos (seja exercício por meio de simples declaração de vontade, como o direito de preempção ou preferência; seja exercício por meio de ação, como o direito de promover a anulação do casamento), o decurso do prazo sem o exercício do direito implica na extinção deste, pois, a não ser assim, não haveria razão para a fixação do prazo. Tal consequência (a extinção do direito) tem uma explicação perfeitamente lógica: É que (ao contrário do que ocorre com os direitos suscetíveis de lesão) nos direitos potestativos subordinados a prazo o que causa intranquilidade social não é, propriamente, a existência da pretensão (pois deles não se irradiam pretensões) nem a existência da ação, mas a existência do direito, tanto que há direitos desta classe ligados a prazo, embora não sejam exercitáveis por meio de ação. O que intranquiliza não é a possibilidade de ser exercitada a pretensão ou proposta a ação, mas a possibilidade de ser exercido o direito. Assim, tolher a eficácia da ação, e deixar o direito sobreviver (como ocorre na prescrição), de nada adiantaria, pois a situação de intranquilidade continuaria de pé. Infere-se, daí, que quando a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito, e não a extinção da ação. Essa também se extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito.

O mesmo fato não é observado com referência à outra categoria de direitos (os "direitos a uma prestação"): a lei não fixa - e nem tem motivos para fixar - prazo para o exercício de nenhum deles. Com relação a esses direitos, os prazos que existem, fixados em lei, são tão-somente para o exercício das pretensões que deles se irradiam. Assim, o decurso do prazo sem exercício da pretensão, implica no encobrimento da eficácia dessa (desde que o interessado ofereça a exceção de prescrição) e não na extinção do direito que ela protege, pois - repita-se - em face dos denominados "direitos a uma prestação", a pretensão e a ação funcionam como meios de proteção e não como meios de exercício.

Por conseguinte, também se impõe, necessariamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não-exercício. Dai se infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito dessa é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados. A conclusão imediata é, igualmente, inevitável: as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois - insista-se - a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias (art. 205).

Finalmente, se, para testar o acerto daquelas conclusões, analisarmos os vários prazos especiais enumerados no art. 206 do Código Civil, verificaremos que todos aqueles classificados pela doutrina e pela jurisprudência como sendo prazos de decadência, correspondem, exatamente, a direitos potestativos e a ações constitutivas.

Deste modo chegamos, por dedução, a esta segunda regra: OS ÚNICOS DIREITOS PARA OS QUAIS PODEM SER FIXADOS PRAZOS DE DECADÊNCIA SÃO OS DIREITOS POTESTATIVOS E, ASSIM, AS ÚNICAS AÇÕES LIGADAS AO INSTITUTO DA DECADÊNCIA SÃO AS AÇÕES CONSTITUTIVAS QUE TÊM PRAZO ESPECIAL DE EXERCÍCIO FIXADO EM LEI.

Com a aplicação das duas regras deduzidas acima, torna-se extremamente fácil distinguir a prescrição da decadência: se se trata de ação condenatória, o prazo é de prescrição da pretensão que lhe corresponde; e se se trata de ação constitutiva, o prazo é de decadência do direito exercitado por meio dela.

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

de prescrição dela o juiz não pode conhecer ex-officio, ainda tendo ciência da consumação do prazo prescricional. Aliás, a prescrição não tem efeito extintivo nem mesmo quando oferecida a exceção e transitada em julgado a decisão que a acolheu; o prescribente pode renunciar à prescrição, e nesse caso há, como conseqüência, a restauração da pretensão primitiva, e não o nascimento de uma nova pretensão. Tal não ocorreria se houvesse, por força do uso da exceção de prescrição, extinção da pretensão primitiva.

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

## **X - CASOS ESPECIAIS DE AÇÕES CONSTITUTIVAS**

O primeiro caso que pode oferecer alguma dificuldade na aplicação das duas regras fixadas acima é aquele a que se refere o artigo 475 do Código Civil: “O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade”. Como se verifica do texto indicado, o comprador tem, à sua disposição, dois caminhos representados por ações de natureza diversa (condenatórias e constitutivas), dos quais pode fazer uso alternativamente: a) pode ele propor uma ação para haver abatimento do preço (ação condenatória), ou b) 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?

Para solucionar o caso, deve-se levar em conta, não a natureza das ações que estão em jogo, e sim que, quando a lei coloca aqueles dois caminhos à disposição do interessado, estabelece em seu favor um poder de opção. A tal poder a outra parte tem que se sujeitar, independentemente da própria vontade, ou mesmo contra sua vontade: conceder abatimento no preço; ou sofrer os efeitos da rescisão do contrato, com a devolução do preço pago, mais perdas e danos, conforme tiver sido a escolha do titular do poder. Vê-se, assim, que estão presentes, naquele poder, os elementos característicos de um legítimo direito potestativo: exercício dependente exclusivamente da vontade do titular, e estado de sujeição que nasce para o outro membro da relação jurídica. Deste modo, os aludidos prazos são fixados para o exercício daquele direito potestativo (o direito de opção) e, conseqüentemente, devem ser classificados como prazos decadenciais. É essa, realmente, a classificação dada por PONTES DE MIRANDA (op. cit., vol. 6.-9, págs. 140, 340, e 341); CÂMARA LEAL (op. cit., págs. 145 e

146); ORLANDO GOMES (op. cit., pág. 393); e CARLOS MAXIMILANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 352.

Outro prazo que merece referência especial é o do art. 1.251, do Código Civil [5]: 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, se não houver reclamação do outro proprietário dentro do prazo de um ano. Deste modo, a ação em análise não tem efeito condenatório, e sim efeito constitutivo negativo: visa evitar que se crie um novo direito de propriedade sobre a porção de terra objeto da avulsão, ou que se crie esse novo direito independentemente de indenização. Trata-se, pois, de ação constitutiva, e conseqüentemente o prazo é de decadência. Esse 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 de 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 ao instituto da decadência), existe uma terceira categoria, a das ações declaratórias. Qual a posição dessas últimas em face dos dois institutos? Estão ligadas a eles, ou a algum deles?

Conceituando as ações declaratórias e, simultaneamente, 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-somente, 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 (*op. cit.* e pág. cit.).

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 (sic) outro efeito que o de fazer cessar a incerteza do direito..." (*op. cit.*, 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 força de uma sentença declaratória, no mundo jurídico nada entra, nada se altera, e dele nada sai. As sentenças desta natureza, pura e simplesmente, proclamam a "certeza" a respeito do que já existe, ou não existe, no mundo jurídico. É exatamente o princípio consagrado no nosso Código de Processo Civil quando trata de tais ações: "O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência, ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento" (art. 3º).

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 indissolúvelmente, a uma pretensão, de modo que, se não há prestação a reclamar, 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 indissolúvelmente, ao exercício de um direito, de modo que só sofrem os efeitos (indiretos) da decadência aquelas ações que são meios de exercício de alguns direitos pertencentes a uma categoria especial.

Ora, as ações declaratórias nem são meios de reclamar uma prestação, nem são, tampouco, meios 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 Derecho 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 interesse 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 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), seu exercício, ou falta de exercício, não afetam, direta ou indiretamente, a paz social.

Além do mais, se se quisesse fixar um prazo extintivo para as ações declaratórias, de que natureza seria este 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 imprescritíveis. 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. São as denominadas "ações de estado". Pelo menos elas não podem ser consideradas declaratórias dentro da concepção moderna desse tipo de ações, isto é, aquelas ações por meio das quais se procura, exclusivamente, obter uma certeza jurídica. É 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 inexistente), 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 à 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 "interesse declaratório" e da *incerteza jurídica*, ligados às ações declaratórias:

Desaparece o interesse 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 dele decorrentes, é necessário e indispensável a propositura da competente ação de estado, mesmo havendo absoluta e inabalável certeza a respeito da existência desse estado, e mesmo havendo coincidência das vontades e acordo expresso de todos os interessados possíveis e imagináveis, próximos ou remotos. Por conseguinte, única e exclusivamente por meio de ação é possível: o marido contestar a paternidade dos filhos de sua mulher (art. 1.601); o filho

impugnar o reconhecimento (art. 1.614); o filho demandar o reconhecimento da filiação, quando os pais não o tenham feito voluntariamente; 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: somente 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". Deste modo, se as ações de estado fossem 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. Qual a consequência 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 consequência da extinção daquele prazo, apenas a impossibilidade de se proclamar a "certeza jurídica", deixando subsistirem os efeitos inerentes ao estado objeto da ação, efeitos esses 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 todas as ações de estado, mas não resistimos à tentação de assinalar algumas particularidades observadas com relação a um dos tipos mais característico 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. 1.616): o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento (art. 1.614); mesmo que exista escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente, e mesmo que todos os interessados (inclusive os herdeiros do suposto pai), estejam de acordo com o conteúdo de tal escrito (o que, obviamente, dispensa a ação declaratória para se obter a "*certeza jurídica*"), ainda assim não se dispensa a propositura da ação investigatória; algumas legislações estrangeiras fixam prazo (de decadência) para ser proposta a investigatória de paternidade (PLANIOL, *Tratado Práctico 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 dele decorrentes; 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 construtivas: 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 destes, ou mesmo contra sua vontade. Aliás, as ações de estado não são apenas constitutivas - elas são constitutivas "obrigatórias" ou "necessárias".

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 (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 NÉLSON CARNEIRO, *Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos*, pág. 226).

É 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 RÁO 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 Práctico*, 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); SÉRGIO 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 estado), podemos dizer que elas, como constitutivas que são, seguem a sorte dessas 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 estado, e respectivas sentenças, sejam classificadas como constitutivas pois, de acordo com os ensinamentos de CHIOVENDA GOLDSCHMIDT, PONTES DE MIRANDA e PRIETO CASTRO, tais efeitos não são privativos das ações e sentenças declaratórias. Eles 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 separação 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 ressentir de um certo empirismo. Não se encontra nos autores a fixação de uma doutrina, com

princípios juridicamente 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. 205 e 206 do Código Civil. Com efeito, dizendo o referido art. 205, como diz, que a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, a conclusão que se impõe, à primeira vista, é a da inexistência de ações imprescritíveis em face do nosso direito.

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, passariam a produzir todos os seus efeitos, como se válidos fossem, 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. Outro exemplo: O casamento que um pai contraísse com sua própria filha, apesar de ser ato nulo, passaria a produzir efeitos, como se válido fosse, 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, 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. É 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 (prescricional ou decadencial). Esse objetivo não corresponde, todavia, à compreensão lógica e gramatical da expressão. "Imprescritível" significa "que não prescreve" ou "não sujeito a prescrição". Deste 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 força 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 se 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 esse 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 todas 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 ligadas à prescrição ou à decadência. Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: são perpétuas (imprescritíveis) todas aquelas ações que não estão sujeitas nem a prescrição nem a decadência. Por aí se verifica, facilmente, que são perpétuas (imprescritíveis): a) todas 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 todas são atingidas, ou por um dos prazos especiais do art. 206 ou pelo prazo geral do art. 205.

Com efeito, já vimos anteriormente que não há qualquer razão para o legislador subordinar as ações declaratórias a prazos, pois o seu uso, ou não-uso, não afeta, direta ou indiretamente, 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 se exercerem pretensões, nem meio de exercício de direitos potestativos.

Quanto às ações constitutivas, a lei só fixou prazo para propositura de algumas delas. A demais ações constitutivas, não estando, como não estão, sujeita a qualquer prazo, devem ser classificadas como imprescritíveis (ou perpétuas, segundo a denominação que propusemos) . Com relação aos direitos exercidos por meio destas ações constitutivas, 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 para aquelas não atingidas por prazos especiais, de vez que os 206 e 205 só se aplica às ações condenatórias.

Já temos, assim, elementos para fixar a terceira e última regra: SÃO PERPÉTUAS (ou imprescritíveis) TODAS 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 todas 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. O mesmo raciocínio exposto no presente capítulo conduz à solução de um outro problema igualmente tormentoso, que exige desenvolvimento maior do que o permitido pela natureza do presente trabalho: o da imprescritibilidade das exceções. Realmente, sendo as exceções, como são, direitos potestativos se não têm prazo de exercício fixado em lei, prevalece, com relação a elas, o princípio da perpetuidade dos direitos. Ou - para usar a terminologia ainda em vigor - as exceções são, em princípio, imprescritíveis.

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

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

3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias.

Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. 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.

Uma grande vantagem do critério aqui sugerido é que, tendo como um dos pontos de partida, para sua dedução, a categoria dos direitos potestativos, pode, contudo, ser acolhido e utilizado até mesmo por aqueles que não reconhecem essa categoria, desde que admitam a existência de ações constitutivas, pois as duas situações são perfeitamente conciliáveis, conforme acentua CARNELUTTI (Sistema de Derecho Procesal Civil, 1/172).

Aí fica, pois, exposto o critério que, como contribuição das mais modestas para a solução do tormentoso problema, apresentamos ao exame e à crítica dos doutos.

*Fonte:* Agnelo Amorim Filho, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.