

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Geraldo Joffily (*)

AFINIDADES

Durante muitos séculos alguns teóricos procuraram negar o instituto da prescrição, porque seria a negação do direito natural, constituindo um esbulho, onde o proprietário é espoliado da sua propriedade e o credor do seu crédito. O fundamento da prescrição, quer extintiva, quer aquisitiva, é a necessidade social, da qual depende a ordem social e a segurança do próprio Estado.

O genial tribuno do Fórum Romano, Caio Túlio Cícero, já nos advertia que o princípio de usucapião favorecia a República, evitando que a posse por longos anos viesse a ser perturbada.

O Código Civil distingue perfeitamente a prescrição aquisitiva da prescrição extintiva (ou liberatória), por isso mesmo o usucapião foi regulada na parte especial (arts. 618 e 619 do CC). Acontece, porém, que o nosso Código Civil, em vigor desde janeiro de 1917, preferiu ignorar o vocábulo decadência, que vinha provocando a maior celeuma entre os teóricos, filiados a dezenas de escolas e subescolas (romanistas, germanistas, gauleses, tedescos, peninsulares, etc....). Desde a Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, no Rio de Janeiro, 1934, até o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acompanhei, durante mais de quarenta anos, o desempenho do nosso Código Civil. Parece-me que a ausência do vocábulo decadência em nada prejudicou a real aplicação das normas. Tanto assim que o novo Código de Processo Civil (Buzaid) também não dá maior importância à decadência, referida, episodicamente, no art. 269, nº IV, pelo art. 220:

"O disposto no artigo anterior (prescrição) aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei."

O novo Projeto ao Código Civil introduz profundas modificações, tratando da prescrição, e também da decadência, em capítulos distintos. Pelo visto, o novo Projeto vai provocar o renascimento de velhas polêmicas em matéria por todos considerada como fonte das maiores controvérsias e desentendimentos. Senão vejamos:

Clóvis Bevilacqua define a prescrição como a perda da ação atribuída a um direito, em conseqüência do não-uso de defesa durante um determi-

(*) Desembargador do TJDF.

nado espaço de tempo. Não é falta de exercício do direito que lhe tira o vigor, o direito pode conservar-se inativo por longo tempo sem perder a sua eficácia. É o não-uso da ação que lhe atrofia a capacidade de reagir. A inércia do titular do direito permite que se realizem e consolidem fatos contrários ao direito negligente. O usucapião e a prescrição têm o mesmo fundamento: o respeito às situações desenvolvidas e à consolidação pelo tempo. O interesse do titular do direito não pode prevalecer contra o interesse da paz social.

O Código distinguiu a prescrição, propriamente dita, do usucapião. A primeira é uma força extintiva da ação, a segunda é uma energia criadora de direitos reais, em particular da propriedade, transformando uma situação de fato numa realidade jurídica. A prescrição atua sobre ações, sejam reais ou pessoais. Por isso não pode ser colocada no Direito das Obrigações. O usucapião, sim, tem o seu lugar no Direito das Coisas, parte especial (art. 550).

Continuando, adverte Clóvis: "Extinta a ação fica o direito inerte, perde uma de suas principais características, que é a realidade". Portanto, prescrita a ação podemos dizer que está prescrito o direito. Extinguindo diretamente a ação, a prescrição extingue também, por via de consequência, o direito protegido pela ação.

O Código não distinguiu a prescrição dos prazos extintivos, que operam a decadência ou caducidade dos direitos. No entanto, a doutrina estabelece diferenças entre as duas figuras jurídicas. O prazo extintivo opera a decadência do direito, objetivamente, porque o direito é conferido para ser usado num determinado prazo. Não se suspende nem se interrompe, corre contra todos e é fatal. Por exemplo, o prazo de três meses para celebração do casamento, a contar do momento em que o oficial certifica a habilitação dos nubentes (art. 181, § 1º), como os prazos para anulação de casamento (art. 178), arremata Clóvis.

O grande mestre Frederico Carpenter reconhece a objetividade do Código, seguindo a orientação de Clóvis, mas dedica mais de cem páginas, a respeito dos vários conceitos, para distinguir prescrição extintiva de decadência. Vejamos alguns tópicos das observações de Carpenter:

A prescrição aquisitiva (usucapião), sendo um modo de adquirir a propriedade, tem seu lugar próprio na parte especial, no Direito das Coisas. Andou bem o Código, colocando a prescrição das ações na parte geral (arts. 161/179) e o usucapião na parte especial (arts. 550/553 e 618/619).

Todavia, a distinção entre aquisitiva e extintiva não deixa de ser um artifício puramente lógico. Na prescrição há sempre um patrimônio que se perde e outro que aumenta. A prescrição é sempre filha de um conceito único. Por outro lado, se o credor não exige seu crédito e o perde, o deve-

dor ganhou um aumento de seus haveres. O conceito de prescrição é eminentemente unitário.

Como já advertia Windscheid, esta unidade de conceitos se robustece, se atentarmos aos efeitos da prescrição sob o ponto de vista econômico. Sob este aspecto, qualquer prescrição é necessariamente extintiva e aquisitiva ao mesmo tempo. Em toda prescrição há um patrimônio que se perde e outro que se ganha ou adquire. A tradição jurídica moderna é toda pela unidade do conceito de prescrição... (era o que já se dizia no século passado).

Continua Carpenter: merece notar que a prescrição das ações completa-se com o só decurso do tempo, ao passo que o usucapião exige mais, além do decurso do tempo, também a posse da coisa, requisito indispensável. Tratar, pois, do usucapião fora da parte especial do Direito das Coisas seria uma extravagância, aumentando ainda mais a confusão.

O fundamento da prescrição é o mesmo, quer se trate da extintiva, quer da aquisitiva. Não há talvez um instituto de direito que mais oportunidade tenha fornecido às divagações dos filósofos do que a prescrição. Já na antiguidade variavam sobre ela seus conceitos.

A denominação de prescrição das ações é muito mais precisa que a da prescrição extintiva ou liberatória, porque o efeito extintivo não é peculiar à prescrição, é característico também dos prazos extintivos, os quais, entretanto, não extinguem ações (continua Carpenter).

Acentuadas divergências e infundável disputa entre os melhores escritores os colocam em campos opostos quando tratam de caracterizar a diferença entre prescrição extintiva e prazo extintivo. No entanto, adotando o critério tão simples e tão seguro de que só se pode falar de prescrição quando há uma ação que morre ou se extingue, todas as dificuldades desaparecem. Torna-se necessário precisar bem o conceito da ação. A ação é não só o próprio direito, depois de violado, como também o próprio direito antes de violado, mas já ajuizável, isto é, já exigível em juízo. Portanto, desde que a extinção do direito se dê independentemente da violação dele, ou independente do fato de ter atingido a sua época de exigibilidade, o caso não é de prescrição extintiva, mas sim de prazo extintivo.

Em suas magníficas aulas, Santiago Dantas reconhece poderosa afinidade entre prescrição extintiva e decadência, estabelecendo a seguinte diferença prática entre os institutos. Vejamos a preciosa lição do mestre:

“Ao lado da prescrição extintiva, temos um instituto que com ela guarda poderosa afinidade, é a decadência. A decadência e a prescrição extintiva estão claramente separadas na sistemática das nossas leis. Enquanto a prescrição extintiva geralmente consiste no decurso de um prazo, que se interrompe, que se suspende,

que pode, por conseguinte, recomeçar a contar, muitas vezes, e que as partes interessadas precisam alegar para que o juiz dela tome conhecimento, as decadências são aquelas que na linguagem forense chamamos prazos fatais. Nada os interrompe, nada os suspende e, quando decorrem, o juiz pronuncia a decadência de ofício, sem ser necessário que ninguém a alegue. Esta é a diferença prática entre a prescrição extintiva e a decadência.”

Vejamos a opinião de outras autoridades.

Assinala Carvalho Santos que o Código preocupa-se na Parte Geral da prescrição extintiva (liberatória), tratando da prescrição aquisitiva (usucapião) na Parte Especial. Instituto afim ao da prescrição é o da decadência do direito, não sendo muito nítidos os traços diferenciados que os extremam. O que mais pode distingui-los é a circunstância da decadência atingir o próprio direito, diretamente, o que não sucede com a prescrição.

Caio Mário nos aponta sérias dúvidas: a decadência ou caducidade muito se aproxima da prescrição, diferindo, entretanto, nos seus fundamentos e no modo peculiar de operar. Decadência é o perecimento do direito, em razão do seu não-exercício em prazo determinado. Com a prescrição tem estes pontos de contato: é um efeito do tempo, aliado à falta de atuação do titular. Mas diferem em que a decadência é a morte da relação jurídica pela falta de exercício em tempo prefixado, enquanto que a prescrição extingue um direito que não tinha prazo para ser exercido, mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo na criação de uma situação contrária, oriunda da inatividade do sujeito. Longe de nós, entretanto, ocultar a complexidade de tratamento da matéria em doutrina e na legislação. A bem dizer é este um dos pontos mais controvertidos da ciência jurídica. Não há acordo entre os escritores, nem a controvérsia encontra desate com a aplicação de princípios certos. Talvez porque os haja em demasia, ou pela variedade de critérios, uns de ordem subjetiva, outros de ordem objetiva. Uns em atenção ao fenômeno da aquisição do direito, outros em referência à indagação se existe um prazo estabelecido para o seu exercício. Ora cogita-se da inação do titular, ora da declaração e peremptoriedade da relação jurídica por imposição legal. Ora pretende-se estabelecer a diferenciação em função da patrimonialidade do objeto do direito (prescrição), em contraste com os direitos não-patrimoniais (decadência).

Prossegue Caio Mário: num desvio de perspectiva, não falta quem procure a distinção no objeto da ação do tempo, dizendo que é prescrição quando fulmina o direito, e decadência quando atinge a ação, o que se desmente à simples lembrança de que não se deve pôr o fundamento de um instituto nos efeitos que produz. Uns entendem que a prescrição atinge o direito, e a decadência a ação, outros que a prescrição atinge a ação e

a decadência o direito, e outros, como nós, que sustentamos que tanto a prescrição quanto a decadência fazem perecer o direito.

O nosso Código menciona apenas prescrição, sem aludir à decadência (conclui Caio Mário). Todavia, a doutrina brasileira é unânime em apontar numerosas hipóteses consignadas no art. 178 como sendo típicos casos de caducidade de direito (decadência) e não de prescrição liberatória. Devemos admitir que o critério diferencial não resulta muito nítido. É, com efeito, tão sutil a diferença em alguns casos que o jurista mais sente e aceita pela sensibilidade do que define e caracteriza abstratamente. Mas os conceitos científicos não podem permanecer assentados em base tão aleatória. Daí termos formulado as noções que apresentamos, e distinguido uma das outras dentro de uma linha da maior simplicidade (arremata Caio Mário, reconhecendo a confusão de conceitos).

Orlando Gomes, abalizado autor do Projeto ao Novo Código Civil, critica a orientação de Clóvis Beviláqua e defende a necessidade de que o novo diploma distinga em capítulos separados os institutos de prescrição e decadência. Vejamos a opinião do conceituado mestre:

"A decadência não deve ser confundida com a prescrição. Certos traços comuns dão a impressão de que os prazos extintivos não se distinguem dos prazos prescricionais, dos quais seriam apenas modalidades, sujeitas a regras especiais. Com efeito, tanto a prescrição como a decadência extinguem direitos. Numa e na outra, a extinção é consequência da inércia do titular durante certo lapso de tempo. Aparentemente, portanto, confundem-se.

A confusão generaliza-se, não só pela dificuldade de encontrar um critério distintivo seguro, como, também, porque o direito positivo engloba a prescrição dos prazos extintivos, dificultando a separação. Os subsídios da doutrina não fornecem elementos para uma distinção clara e peremptória, embora se assinale, com precisão, a diversidade dos efeitos que os dois institutos produzem. As divergências na determinação dos traços diferenciais são grandes, concorrendo, ainda mais, para a obscuridade em que continua envolvida a questão.

Diz-se que a prescrição ataca a ação e não o direito, que só se extingue por via de consequência, enquanto a decadência atinge diretamente o próprio direito. Mas, desde que o efeito é o mesmo, torna-se difícil, na prática, saber se o alvo foi a ação ou o direito, tanto mais quando a extinção deste coincide com a daquela. É uma explicação, mas não um critério distintivo. Outros traços diferenciais têm sido assinalados, mas padecem do mesmo defeito. Mostram, de fato, que os dois institutos são diversos, mas não proporcionam uma chave para uma qualificação segura.

Partindo-se, porém, do pressuposto de que a prescrição visa à ação, enquanto a decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra, tomando-se em consideração a origem da ação.

Outros traços diferenciais: a decadência verifica-se pelo transcurso de um prazo extintivo, que deflui contra todos. A prescrição não corre contra certas pessoas, havendo causas que impedem o início do prazo em que deveria consumir-se. A decadência opera independentemente de provocação do interessado, que não precisa alegá-la para que o juiz a pronuncie. A prescrição só é decretada judicialmente se o interessado a argúi. Não pode ser pronunciada *ex officio*. Por fim, desde que a decadência extingue o direito, este, logicamente, jamais poderá ser exercido. A prescrição, no entanto, só extinguindo o direito por via de consequência, uma vez que mata a ação, permite que ainda seja exercido por meio de outra ação.

O campo de aplicação da prescrição é mais amplo do que o da decadência. Esta dirige-se, preferencialmente, aos direitos potestativos. São sempre curtos os prazos extintivos. A prescrição abarca todos os direitos. Seus prazos, via de regra, são mais dilatados.

São prazos de decadência, confundidos no Código entre os de prescrição, os de anulação de casamento, como o prazo para o marido contestar a legitimidade de filho de sua mulher.”

Washington de Barros e Pinto Falcão seguem a mesma orientação.

O Código não faz qualquer distinção entre prescrição e decadência de direito. Mas a doutrina estabelece nítida diferenciação para as duas figuras jurídicas. Com efeito, a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado. A decadência, ao inverso, atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação.

Na decadência o direito é outorgado para ser exercido dentro de determinado prazo: o de três meses para celebração do casamento, a contar a habilitação; os prazos estabelecidos para anulação de casamento; o fixado para contestação da legitimidade de filho; o de ajuizamento de ação rescisória; o do pacto de retrovenda; o do inquilino para ajuizar ação renovatória de contrato de locação comercial (Decreto nº 24.150/34); etc.

Já na prescrição sucede coisa diferente, pressupõe a inércia do titular, que não se utiliza da ação existente para a defesa de seu direito no prazo marcado pela lei.

Na decadência o prazo não se interrompe, nem se suspende; corre indefectivamente contra todos e é fatal. Além disso, não pode ser renunciada. Assim não acontece com a prescrição, que pode ser interrompida ou suspensão e não corre nos casos previstos pelos arts. 169 e 170, além de ser renunciável (art. 161).

Além do que a prescrição resulta exclusivamente de disposição legal; a decadência advém não só da lei, como também do contrato e do testamento.

A prescrição não se confunde com a preclusão, que é relação exclusivamente processual, para impedir que se renovem as mesmas questões.

Tenho o maior respeito pelas autoridades que se deixam levar pelo aprimoramento teórico para distinguir prescrição extintiva de decadência, mas permito-me lembrar que, na prática, tal diferenciação, por vezes sutil, como todos reconhecem, não prejudicou o desenlace das questões ajuizadas. As modificações agora sugeridas no Projeto ao novo Código Civil, distinguindo, em capítulos diversos, prescrição e decadência, poderá prejudicar mais do que beneficiar. Como já observava Clóvis, a questão de extinguir o direito, propriamente dito, ou ação, é de todo irrelevante, de vez que "prescrita a ação, podemos dizer que está prescrito o direito; extinguindo diretamente a ação, a prescrição extingue também, por via consequente, o direito protegido pela ação".

A questão dos "prazos fatais", atingidos pela decadência, é apenas teórica. Na prática foi adequadamente condicionada pelos Capítulos II e III: "Das Causas que impedem ou suspendem a Prescrição. Das Causas que interrompem a Prescrição".

As abstrações teóricas não devem dificultar a natural compreensão e aplicação das normas. Parece-me, *data venia*, que alguns teóricos exageram as incompatibilidades entre prescrição e decadência.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 1984.