

Prescrição, Decadência, Caducidade, Preclusão, Perempção

Dra. Iduna Evangelina Weinert Lemos de Abreu

INTRODUÇÃO

Trata-se de estabelecer a distinção entre cinco importantes institutos do Direito, quais sejam, a prescrição, a decadência, a caducidade, a preclusão e a perempção.

A tarefa, à primeira vista, pode parecer fácil; entretanto, uma análise superficial, baseada em simples conceitos, não produziria resultados relevantes.

A matéria, em verdade, envolve profundas divergências, que se constataam ao examinarmos mais de perto o pensamento de renomados juristas e legisladores pátrios. E diga-se, ainda, que essas divergências produziram inegáveis reflexos no nosso direito positivo.

Vale ressaltar, outrossim, que a controvérsia existente na conceituação dessas figuras jurídicas apresenta-se em todos os ramos do Direito, seja Civil, Administrativo, Penal, Comercial ou Trabalhista, ou, ainda, nas normas de direito substantivo e adjetivo.

Desta forma, a primeira dificuldade com que nos defrontamos foi escolher o critério que nortearia o trabalho: analisar, separadamente, cada instituto? Analisá-los em conjunto, estabelecendo, a cada momento, semelhanças e distinções? Situá-los, um a um, em cada ramo do Direito? Utilizar como

ponto de partida para uma final conclusão as palavras, tão discordantes, de alguns insignes mestres brasileiros?

Por fim, após alguma hesitação, traçamos um roteiro de trabalho alimentando a esperança de, a final, alcançarmos o objetivo proposto, consubstanciado numa diferenciação, o mais correta possível, dos referidos institutos.

1 — DEFINIÇÃO

1.1 — Genérica — Valemo-nos, aqui, das definições constantes de obras de caráter geral, sem qualquer especialização.

1.1.1 — Prescrição

“Prescrição — Modo de adquirir um direito ou uma propriedade de ser isento de uma obrigação pela posse não interrompida ou pela cessação do exercício do direito de outrem durante um espaço de tempo fixado pela lei; extinção de um direito, que não se exerce por determinado tempo. A **prescrição** pode ser alegada em qualquer instância pela parte a quem aproveita (Cód. Civ. Bras., art. 162). **Prescrição de dívida**, diz-se de uma dívida que cessa pelo fato de o credor não ter reclamado o seu pagamento durante o prazo marcado pela lei. F. lat. *Praescriptio*.” (Caldas Aulete, vol. IV, pág. 2.931).

“Prescrição — **Direito** — Modo de adquirir um direito ou uma propriedade ou de ser isento de uma obrigação pela extinção de um direito que não foi exercido por um tempo determinado. — **Prescrição aquisitiva**. Modo de adquirir propriedade pela posse pacífica e não disputada durante certo número de anos. — **Prescrição de dívida**. Cessamento de uma dívida pelo fato de o credor não ter reclamado seu pagamento dentro do prazo estipulado por lei. — **Prescrição de pena**. Extinção do direito de processar alguém ou de submetê-lo ao cumprimento da pena a que fora condenado. — **Prescrição extintiva**. Perda de um direito e de toda sua capacidade defensiva, em virtude do não-exercício desse direito durante um prazo marcado. — **Prescrição liberatória**. — **Prescrição extintiva**. — **Prescrição negativa**. Desoneração de obrigação pela não-exigência de sua efetivação. — **Prescrição positiva**. Aquisição de coisas ou direitos pela posse.” (Enciclopédia Brasileira Mérito, vol. 16, pág. 117.)

1.1.2 — Decadência

“Decadência — Decair — do Latim *decadentia* — ir em decadência; decair da demanda; ter nela sentença contrária.” (Caldas Aulete, vol. II, pág. 947.)

“Decadência — ato ou efeito de decair; estado do que decai.

Decair — decair da demanda; perder a demanda.”

(*Enciclopédia Brasileira Mérito*, vol. 6, págs. 608 e 609.)

1.1.3 — Caducidade

“Caducidade — caduco + dade — **Direito** — Fato de ter caducado um contrato, dívida, herança, legado, etc.” (*Enciclopédia Brasileira Mérito*, vol. 4, pág. 178.)

“Caducidade — A circunstância de estar caduco um legado, um contrato, uma dívida etc.” (*Caldas Aulete*, vol. 1, pág. 566.)

1.1.4 — Preclusão

“Preclusão — Perda de uma determinada faculdade processual civil, pelo não-exercício dela na ordem legal, ou por se haver realizado uma atividade incompatível com tal exercício, ou, ainda, por já ter sido ela validamente exercitada. Do latim: **praeclusio**.” (*Caldas Aulete*, vol. IV, pág. 2.918.)

“Preclusão” — A *Enciclopédia Brasileira Mérito* não define a preclusão como figura jurídica, mas apenas como fenômeno fonético.

1.1.5 — Perempção

“Perempção — Perda do direito de ação sobre o mesmo objeto, em virtude de se terem tornado efetivos, por três vezes, quaisquer dos motivos que permitem ao réu eximir-se de responder ao processo intentado pelo autor. Latim: **peremptio**.” (*Enciclopédia Brasileira Mérito*, vol. 15, pág. 250.)

“Perempção — prescrição em certos processos.” — (*Caldas Aulete*, vol. IV, pág. 3.840).

COMENTÁRIO: Vemos que as definições propostas pelas obras consultadas não são precisas; considerando-se, porém, que não se tratam de obras jurídicas, especializadas, não se poderia exigir um maior aprofundamento.

1.2 — **Jurídicas** — Consultamos o “*Dicionário de Tecnologia Jurídica*”, de Pedro Nunes, para obter definições de caráter técnico, mais ricas em conhecimentos jurídicos.

1.2.1 — Prescrição

“Prescrição — **Direito Civil e Comercial** — Maneira pela qual, e sob as condições que a lei estabelece, alguém adquire um direito ou se libera de uma obrigação, em consequência da inércia ou negligência do sujeito ativo desta ou daquele, durante determinado lapso de tempo.

A prescrição diz-se:

- a) aquisitiva — o modo derivado de aquisição da coisa ou de direito, em virtude da posse continuada pelo lapso de tempo e sob as condições que a lei estabelece. O mesmo que **prescrição positiva, ou usucapião**;
- b) extintiva — a perda do direito, ou da faculdade de o alegar, por não ter sido utilizado ou exercitado, ou caducidade da obrigação não exigida, durante o espaço de tempo que a lei estabelece sob essa cominação. O mesmo que **prescrição libertária ou negativa**.
— Direito Internacional Público — Posse pública, contínua e incontestada do território de uma nação, por parte de Estado soberano, durante longo lapso de tempo, que importe na presunção de aquiescência da possuidora anterior, sem que do fato resulte alteração de ordem internacional." (Vol. II, pág. 306.)

1.2.2 — Decadência

"Decadência — francês: *décheance*; italiano: *decadenza*. Perda, perecimento ou extinção de direito, em consequência de finalização do termo legal ou convencional e peremptório a que se achava subordinado: **decadência** do direito de propor a ação; **decadência** do direito de queixa, do direito de regresso do portador de cambial etc.

O mesmo que caducidade.

Não se confunde com prescrição extintiva. O traço diferencial entre os dois institutos está no fato de a primeira resultar da inércia ou negligência do titular do direito, e de ser suscetível de interrupção, ao passo que a segunda se verifica somente pelo decurso de certo prazo, previsto na lei, o qual não pode ser suspenso nem interrompido.

— Direito Penal — Modo de extinção da punibilidade, nos delitos de ação privada, que se promove mediante queixa ou representação da parte, por não ter sido ela proposta ou exercitada dentro do prazo legal." (Vol. I, pág. 389.)

1.2.3 — Caducidade

"Caducidade — Qualidade do ato, contrato ou garantia que perdeu a sua validade jurídica por inadimplemento de cláusula ou obrigação, ou ocorrência de outra circunstância que o torna nulo; extinção de uma faculdade de direito que não foi exercido dentro de certo prazo; preclusão: **caducidade** da patente de invenção, **caducidade** do legado, **caducidade** da concessão. Modo de extinção do aforamento, pelo fato de o enfiteuta falecer sem herdeiros etc. O mesmo que **decadência** ou **resolução**." (Vol. I, pág. 196.)

1.2.4 — Preclusão

"Preclusão — latim: *praeclusio, praeclusia via* — Perda, caducidade de um direito, de um termo ou de uma faculdade processual que não foi exercitada dentro do tempo prefixado: **preclusão** do direito de queixa, de recorrer etc. Periclitamento do poder de agitar uma questão ou invocar uma qualidade jurídica, por ter decaído, em virtude de expiração do prazo dentro do qual deveria ser suscitada ou alegada.

Extinção ou consumação de uma relação jurídica, por ter-se completado o prazo legal ou o limite assinalado na lei ou convenicionado entre as partes." (Vol. II, pág. 298.)

1.2.5 — Perempção

"Perempção — (Dir. Jud. Civ.) — Pena imposta ao autor, numa relação processual, a requerimento do réu, e que consiste na privação do direito de demandar este sobre o mesmo objeto se, por qualquer dos motivos previstos na lei, der causa a três absolvições de instância. Verificada a perempção, só em defesa poderá ser oposto o direito do titular (C.P.C., art. 204, parágrafo único). — (Dir. Jud. Perf.) — Extinção de ação penal de caráter privado, por ter ficado paralisada durante o espaço de tempo que a lei estabelece para a incidência na pena." (Vol. II, pág. 270.)

COMENTÁRIO — Os conceitos propostos pelo autor, Pedro Nunes, apresentam, realmente, maior conteúdo jurídico e, relativamente à preclusão e à perempção, aproximam-se dos conceitos que, a final, proporemos; destaque-se, entretanto, o emprego do termo "caducidade" como "extinção de direito" quando, na realidade, constitui ela apenas uma das formas de extinção desses. Por outro lado, o autor considera os termos "caducidade" e "decadência" como sinônimos, o que aumenta bastante a confusão.

Por outro lado, quanto às definições de prescrição e decadência, não podemos aceitá-las, e as razões disso estarão consignadas quando estabelecermos os traços distintivos entre esses dois institutos, adiante.

1.3 — **Administrativa** — Delimitamos, aqui, a nossa pesquisa ao Direito Administrativo; procuramos colher de um especialista desse importante ramo do Direito o ponto de vista que sustenta quanto à conceituação das cinco figuras jurídicas em tela. O resultado do nosso trabalho foi o seguinte, após consulta ao "Dicionário de Direito Administrativo", do Prof. Cretella Júnior:

1.3.1 — Prescrição

"Prescrição (da falta disciplinar) — A **prescritibilidade** no âmbito disciplinar tem sido discutida pelos tratadistas do Direito Administrativo, inclinando-se alguns pela tese da **imprescritibilidade** e outros pela **prescritibilidade**. Não é lícito,

entretanto, à doutrina, quando é omissivo o direito positivo, criar **direito novo** e conceder benefícios que só o legislador pode outorgar. Cabe à lei fixar, de modo absolutamente preciso, o prazo prescricional. Alguns autores distinguem entre **prescrição da infração** e **prescrição da pena**, explicando que a **prescrição da infração** ocorre quando o fato não é punível dentro do período de tempo fixado em lei, decorrido a contar da infração, e que a **prescrição da pena** se verifica quando a sanção foi aplicada, mas deixou de ser executada durante tanto tempo quanto a lei fixou. A fonte, no caso, é uma só: a **norma estatutária**. O Estatuto Brasileiro é bem claro a respeito, preceituando que **prescreverá** em dois anos a **falta** sujeita à **pena de repreensão, multa ou suspensão**, e em cinco anos a **falta** sujeita à **pena de demissão**. A **prescritibilidade** é aceita pelo nosso direito positivo. Em todos os Estatutos dos Funcionários, quer da União, quer dos Estados, quer dos Municípios, há sempre dispositivos expressos para conclusão rápida dos processos administrativos (60 dias), prorrogando-se o prazo por despacho, em circunstanciada representação que lhe fizer o Presidente da Comissão. Por que tal rigor? Para que não ocorra a **prescrição** em processos que se arrastem durante anos e anos. Por sua vez, até no Estatuto dos Servidores da Universidade de São Paulo está abrigado o instituto da **prescrição** (art. 189). Para contagem do **tempo de prescrição**, no campo administrativo, leva-se em consideração o **fato**, a **falta**, a **infração**. Não a **pena**. Diante do artigo estatutário, os autores tomam posições. A **prescrição** de que trata o artigo, escreve Brandão Cavalcanti, comentando exatamente o Estatuto Federal no tocante ao tema que analisamos, independe da ação administrativa e da condenação, ou melhor, da aplicação da pena. Não tendo sido a pena aplicada depois de decorridos os prazos mencionados, a contar do **ato** ou **fato**, extingue-se a pena por impossibilidade de sua aplicação. A **prescrição** tem a faculdade de extinguir a ação repressiva, tornando nula a aplicação da pena, uma vez decorrido o prazo legal, variando esse prazo de acordo com a natureza da infração e principalmente da medida da pena ("O Funcionário Público e seu Regime Jurídico", 1958, vol. II, pág. 274). "A toda **infração disciplinar** corresponde uma sanção da lei. A autoridade incumbida de aplicar a pena, entretanto, tem um prazo para fazê-lo. Lançará a punição no momento adequado, no calor da infração, a fim de alcançar os efeitos psicológicos que visa. Caíndo em inércia, perde a oportunidade de colimar o principal objetivo, que é o de assegurar a ordem e a disciplina administrativas. A

inércia por maior lapso de tempo significa que a autoridade deseja relegar a infração ao esquecimento e há regras positivas que obrigam ao esquecimento desde que não aplicadas desde logo. A **prescrição** na esfera disciplinar pode ser, assim, definida como a **extinção do direito de punir** que a lei impõe à autoridade administrativa, no caso de não usar ela, no momento adequado e durante certo lapso de tempo, das prerrogativas que lhe confere o Estatuto dos Funcionários no capítulo das infrações" (Armando Pereira, "Prática do Processo Administrativo", 2ª edição, 1966, pág. 139). (Págs. 252/3.)

1.3.2 — Decadência — O instituto não mereceu a apreciação do Professor Cretella Júnior, na obra mencionada.

1.3.3 — Caducidade

"Caducidade — Rescisão do **contrato de concessão de serviço público** em virtude de falta grave cometida pelo **concessionário**. Pela **caducidade** rompe-se de maneira definitiva o **contrato**, com uma série de extraordinárias conseqüências para o **concedente** e para o **concessionário**. Para o **concessionário**, a **caducidade** acarreta ruína moral e patrimonial. Além do descrédito em que se lança, com amplas repercussões sociais, o concessionário sofre consideráveis perdas de natureza pecuniária. Para o concedente, o Poder Público, a **caducidade** traz amplos embaraços, porque acarreta momentânea desorganização dos serviços públicos, até que novo **concessionário** assuma a direção da **empresa**. Por esse motivo, a **caducidade**, medida extrema, só é decretada quando a Administração não encontra nenhuma solução, verificando de modo mais rigoroso a situação do **concessionário**." (Pág. 51.)

1.3.4 — Preclusão — Não mereceu, igualmente, apreciação do autor focalizado.

1.3.5 — Perempção — Também não foi incluído pelo Professor Cretella Júnior, em sua obra "Dicionário de Direito Administrativo"

COMENTÁRIO — Quanto à prescrição, vemos que o renomado mestre refere-se seguidamente à "prescrição da infração" e à "prescrição da pena" quando o que ocorre, em verdade, é a extinção, pela prescrição, do direito de o Estado punir, através do procedimento administrativo competente, seu funcionário faltoso. Por outro lado, a colocação que faz do instituto da caducidade também não parece correto, pois a caducidade não é forma de extinção de contratos, mas, sim, conseqüência da mesma; rescindido o contrato, pelas mais variadas razões, torna-se caduco o título, deixa de produzir efeitos jurídicos; eis que a caducidade extingue exatamente o título criador de direitos e obriga-

ções como, no caso, o contrato de concessão, citado pelo Professor Cretella Júnior.

Apenas uma palavra mais de estranheza pela omissão, na obra, dos institutos da decadência, da preclusão e da perempção.

Pelo que pudemos observar, até este ponto, as definições, tanto de caráter geral quanto as de natureza jurídica ou as específicas a um determinado ramo do direito, não levaram ao estabelecimento de contornos nítidos, ao delineamento das características essenciais dos cinco institutos focalizados.

Concluimos, apenas, que, com relação à perempção e à preclusão, o entendimento é mais ou menos uniforme, já que se trata de figuras jurídicas de natureza essencialmente processual e, podemos dizer, consagradas pelo Direito.

Em relação à caducidade, notamos a tendência, quase generalizada, até aqui, de considerá-la como sinônimo de decadência, o que dá origem a lamentável confusão, considerando-se que representam formas totalmente distintas de extinção de direitos.

Entretanto, relativamente à prescrição e à decadência, a situação é bem mais grave, caótica mesmo, pode-se dizer. Ao iniciante no trato dos termos jurídicos, a primeira impressão é de pânico; como conciliar opiniões, as mais abalizadas, e por vezes totalmente opostas?

Tendo em vista a urgência em colocar as coisas o tanto quanto possível em seus devidos lugares, ou seja, definir de forma lógica e juridicamente válida essas duas importantíssimas figuras do Direito, concentramos nelas, de agora em diante, até uma final conclusão, a nossa pesquisa.

2 — A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NA DOUTRINA BRASILEIRA

O primeiro passo dado foi no sentido de buscar, na inesgotável fonte de nossa doutrina, através das palavras de alguns dos seus insígnis representantes, os esclarecimentos de que necessitamos. Vale ressaltar, entretanto, que da obra do esclarecido mestre Antônio Luiz da Câmara Leal, intitulada "Da Prescrição e da Decadência", extraímos a mais valiosa contribuição para o fim colimado.

2.1 — Prescrição

Diz Câmara Leal na obra citada:

"A palavra prescrição procede do vocábulo latino **praescriptio**, derivado do verbo **praescribere**, formado de **prae** e **scribere**, com a significação de "escrever antes" ou "no começo." (Pág. 17.)

Quanto à origem histórica da palavra, esclarece Câmara Leal que, no Direito Romano, ela tinha dois significados, inicialmente: **praescriptio** era a parte preliminar da "fórmula", em que o pretor determinava ao Juiz a absolvição do réu, se estivesse extinto o prazo de duração da ação. "Mas, por uma evolução conceitual, passou o termo a significar, extensivamente, a matéria contida nessa parte preliminar da fórmula, e daí sua nova acepção de extinção da ação pela expiração do prazo de sua duração" (pág. 18); caracterizada estava, assim, segundo Câmara Leal, a **prescrição reivindicatória**.

Origem semelhante teve o mesmo termo **praescriptio**, quando se referia à extinção da ação reivindicatória pela longa duração da posse ou a aquisição da propriedade pelo usucapião.

“Em sua origem, portanto, era perfeita a analogia entre essas duas formas de prescrição, a da ação temporária e a da reivindicação, constituindo ambas causas extintivas da ação.” (Pág. 19.)

Embora análogas em sua origem eram, entretanto, perfeitamente distintas em sua essência. Justiniano, porém, decidiu por unificar os dois institutos, dando ao usucapião a denominação de prescrição aquisitiva.

Essa equívoca unificação proliferou no espírito dos mais renomados homens do Direito, angariando, até nossos dias, conceituados adeptos aos quais se opuseram os componentes da corrente dualista, ou pela dualidade conceitual dos dois institutos, separando em campos perfeitamente distintos a prescrição e o usucapião.

Cumprе lembrar, a essa altura, que o nosso Código Civil em vigor tendeu de forma irrecusável para a doutrina dualista, reservando a denominação prescrição, isoladamente considerada, para o fenômeno jurídico da extinção do direito de ação e colocando o instituto do usucapião inteiramente distinto da mesma.

Assim é que encontramos a prescrição situada na Parte Geral do Código, enquanto que o usucapião é encontrado na Parte Especial, relativa ao Direito das Coisas. “E por isso — aduz Câmara Leal —, considerando a prescrição como **fenômeno extintivo das ações**, nosso Código subordinou-a, como fato jurídico, ao Título III, da parte geral, cuja inscrição é “Dos Fatos Jurídicos”. (Pág. 22.)

Neste ponto impõe-se uma longa transcrição; refiro-me às palavras incisivas do incomparável mestre Pontes de Miranda, em sua monumental obra “Tratado de Direito Privado”, sobre a polêmica doutrinária que há tanto tempo preocupa juristas não apenas nacionais como estrangeiros.

Creemos que, após a leitura atenta dessas palavras, nenhum crédito poderão merecer as bem elaboradas e prolixas teorias unificadoras da prescrição e do usucapião sob as denominações de “prescrição extintiva” e “prescrição aquisitiva”, respectivamente.

“Capítulo IV — Fato Jurídico da Prescrição —

§ 662 — Conceito de prescrição —

1 — Extensão do conceito de prescrição no direito comum e no direito moderno.

— No direito comum, reuniam-se sob o nome de **prescrição** fatos de nascimento, ou terminação, ou desvirtuamento dos direitos, pretensões, ou ações, devido à continuação de exercício ou ao não-exercício continuado. Daí distinguem-se, então, a prescrição aquisitiva e a extintiva. Pensou-se mesmo em teoria geral da prescrição, com tal conceito larguíssimo — o que veio até K.A.D. Unterholzner (Verjährungslehre, 1ª ed., 1815, 2ª ed., 1858) e perdura em juristas e sistemas jurídicos não a par da ciência, nem da

verdade histórica. O erro gerou outros erros, que aos poucos se vão riscando da doutrina e da jurisprudência. O § 178 do *System*, IV, de F. von Savigny, foi decisivo em repeli-lo: trata-se de abstração arbitrária, que os juristas modernos armaram em teoria; o elemento comum, o tempo, passara a unificar a prescrição e a usucapião, a ponto de se falar em **rei praescriptio** e em **rem praescribere**, conceito e termos estranhos ao direito romano, rompendo-se, assim, com a história e a ciência. Por outro lado, desatendia-se à distinção entre prescrição e preclusão, encamulhando-se o que era prescrição e algo que de modo nenhum se submetia às suas regras; pulularam expressões atécnicas, sem qualquer autenticidade, desde o século XII. Com tudo isso, distanciavam-se os juristas do conceito de **praescriptio**, que só é **exceptio**, pois, nas fontes; prescrição nunca se refere à aquisição ou perda do direito. Durante sete séculos, é de reverenciar-se a Mureto e a Hugo Donelo, que se insurgiram contra a deturpação dos conceitos. O último (*Commentarii*, III, 6ª ed., 48), exprobrou a **magna inscitia Latini sermonis et iuris civilis** de se chamar prescrição à usucapião e de se falar de **praescribere rem**.

No direito brasileiro, no fim do século passado, Antônio de Almeida Oliveira (*A Prescrição*, 1 s.), com atraso lamentável de leitura e pior escolha (e.g., P. Van Wetter, que parece ter sido o único curso de direito romano que ele leu), tratou, conjuntamente, da prescrição e dos outros institutos, como a usucapião. Ainda em 1918, Numa P. do Vale intitulou a sua monografia "Da Prescrição Extintiva". Lendo a Dunod e a J. Domat, Manuel de Almeida e Souza (*Notas de uso prático*, III, 158 s.), caiu, muito antes daquele, no mesmo engano, tanto mais quanto o Código Frederico, que tanto manuseara, não ficara incólume à confusão multissecular, nem o ficara Melo Freire (*Institutiones*, III, 28 s.). O próprio Teixeira de Freitas (*Consolidação*, arts. 1.319-1.333) tratou da prescrição "aquisitiva", talvez porque tivesse de respeitar a terminologia viciosa das Ordenações Filipinas (Livro III, Título 40, § 3º, **verbis**, "de que se possa causar prescrição"). Aliás, já nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 127, § 4º) vinha a alusão. Ledor, desde o ano anterior (1856), da tradução francesa de F. von Savigny, era de esperar-se que Teixeira de Freitas, na "Consolidação das Leis Civis" (1857), sobpusesse alguma nota, que correspondesse à crítica do romanista alemão; não no fez. Ainda em 1883 não se livrou do erro multissecular (*Vocabulário Jurídico*, 313). Os outros juristas, portugueses e brasileiros, seguiram o mesmo caminho (e.g., M. A. Coelho da Rocha, *Instituições*, II, 357). O próprio Lafaiete Rodrigues Pereira (*Direito das Coisas*, I, 165, notas 1 e 2), que citou o § 177 da edição francesa de F. von Savigny, aliás § 178 (erro tipográfico da edição), achava que a classificação (prescrição aquisitiva e prescrição liberatória ou extintiva), embora pudesse dar ensejo aos

erros e perigos previstos por F. von Savigny, "entendida em termos hábeis, é exata (!) e se coaduna com as doutrinas do direito moderno acerca deste assunto (?)". Influência de F. Mackeldey, cuja obra, traduzida em quase todas as línguas, nenhum valor científico possui. Lacerda de Almeida (**Direito das Coisas**, I, 227 s.) advertiu na confusão conceptual; mas adotou-a, por ter sido linguagem das Ordenações Filipinas. Não foi, porém, ao excesso do Código Civil francês (arts. 2.219 — 2.281), seguido do espanhol (arts. 1.930 — 1.975) e do argentino (arts. 3.497 — 4.043), de retirar do direito das coisas a usucapião para, com a prescrição propriamente dita, formar título à parte.

O Código Civil brasileiro de modo nenhum autoriza a se pensar em prescrição aquisitiva, ainda quando a prescrição da pretensão real acarrete a extinção do direito (arts. 739, VI, 745 e 748). As adjetivações "aquisitiva", "liberatória ou extintiva" são absolutamente estranhas ao direito brasileiro." (Obra citada, págs. 98-99-100.)

É, entretanto, sobre o objeto da prescrição que repousa o núcleo da polémica doutrinária.

No entender dos civilistas alemães que acompanharam a escola romana, o objeto da prescrição são as ações, o direito de ação em si, enquanto que os juristas franceses e italianos, em grande parte, preferiram adotar o pensamento ítalo-francês, que considera seu objeto as obrigações, e, por via de consequência, os direitos a elas relacionados.

Do que já vimos até agora, poderemos extrair os elementos ou condições da prescrição, que são:

- 1 — a existência de uma ação exercitável, ou ainda a **actio nata**;
- 2 — a inércia do titular da ação, caracterizada pelo seu não-exercício;
- 3 — a continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo;
- 4 — a ausência de ato ou fato que a lei declare ter eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

O Professor Washington de Barros Monteiro, em sua obra "Curso de Direito Civil", Parte Geral, 1º Volume, utiliza-se das palavras de Clóvis Beviláqua para definir prescrição:

"Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso dela, durante um determinado espaço de tempo. Esse conceito aplica-se exclusivamente à prescrição extintiva, também chamada prescrição liberatória." (Pág. 310.)

Precioso subsídio constituem, ainda, as elucidativas palavras do Professor Orlando Gomes, em seu trabalho "Introdução ao Direito Civil", na tarefa de melhor conceituar a prescrição:

"A prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue pela inércia do seu titular, durante certo lapso de tempo, que fica privado da ação própria para assegurá-lo.

Do conceito de prescrição participam os seguintes elementos ou

requisitos: **a) a inércia do titular; b) o transcurso do tempo; c) a perda da ação.**

Para que um direito prescreva, é preciso, em primeiro lugar, que o seu titular se desinteresse de exercê-lo. Em seguida, que a inatividade se prolongue por algum tempo. Transcorrido o prazo dentro do qual o direito deve ser exercido, sem que seu titular se movimente para conservá-lo, a lei o declare extinto, **por via de consequência**, trancando a ação judicial de que o titular poderia ter-se valido para assegurá-lo." (Pág. 375.)

Buscamos na monumental obra do mestre Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", Parte Geral, vol. 6, algumas idéias, ainda no sentido de melhor conceituar prescrição:

"No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, **prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação.**" (Pág. 100.)

E, ainda:

"Quando se diz que "prescreveu o direito", emprega-se elipse reprovável, porque, em verdade, se quis dizer que "o direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava, ou teve prescritas todas as pretensões (ou ações) que dele se irradiavam." (Pág. 103.)

A título ilustrativo, citaremos algumas definições mais de prescrição, já agora em outros ramos do Direito que não o Civil, e começaremos pelo Direito Processual Penal, citando palavras do Professor E. Magalhães Noronha, na obra "Curso de Direito Processual Penal":

"O nº IV do art. 108 (do Código Penal), além da decadência e da perempção, cita a prescrição. É esta a perda do direito de punir, pelo decurso de tempo. Com efeito, o tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. Não obstante, há penas imprescritíveis: são as acessórias (Cód. Penal, art. 118). Sendo a prescrição a extinção da punibilidade pela fluência do tempo, tratam as leis de fixá-lo. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, regula a prescrição o máximo da pena **in abstracto**. Depois daquela, é a pena **in concreto** que a determina. No primeiro caso, há prescrição do direito de punir em expectativa. (Comumente se fala em prescrição da **ação**, o que não é exato.) No segundo, há prescrição desse mesmo direito de punir em concreto, já consagrado na sentença condenatória." (Pág. 39.)

No âmbito do Direito do Trabalho, fomos recolher a lição de Cristóvão Piragibe Tostes Malta, em seu trabalho "Prática do Processo Trabalhista":

"A prescrição e a decadência, segundo o entendimento de alguns, não são propriamente **preliminares**, mas **prejudiciais de mérito**, em virtude de sua íntima vinculação com o mérito.

Tanto a prescrição como a decadência dizem respeito à perda da

possibilidade de exercer-se um direito pela inércia do titular durante um determinado prazo." (Pág. 243.)

"Indiretamente a decadência atinge a ação e indiretamente a prescrição atinge o direito." (Pág. 244.)

Com relação à prescrição mercantil, ou seja, à prescrição em matéria comercial, valemo-nos dos ensinamentos de Carvalho Santos, em sua extraordinária obra "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro":

"Os aspectos da prescrição mercantil apresentam particularidades interessantes."

"A prescrição em matéria de comércio é mais curta do que a civil.

A necessidade que a vida moderna impôs aos negócios que se constituem e se liquidam rapidamente, fazem da vida do comércio mais ativa e intensa que a civil.

A prescrição mercantil pode ocorrer de duas maneiras distintas: **extintivas e aquisitivas.**

Entretanto, convém acentuar que não é o tempo em si mesmo que faz ocorrer esse direito — mas um certo fato que se verifica no tempo.

O não-uso do direito, são estados de fato que correspondem à não-existência do direito." (Vol. 39, pág. 85.)

Em matéria administrativa, o instituto da prescrição tem relevante atuação, razão por que procuramos o significado que adquire nesse ramo do Direito. De Armando Pereira, em sua obra "O Processo Administrativo e o Direito de Petição", colhemos os seguintes ensinamentos:

"A prescrição é a extinção da ação administrativa, assim como da aplicação da pena em que incorre o funcionário, em virtude de infrações previstas no Estatuto."

"Trata-se de um princípio de direito hoje universalmente reconhecido, muito embora, no setor administrativo, haja doutrinadores que sustentem a imprescritibilidade da ação disciplinar."

"O Estatuto cogita dos prazos prescricionais de certas penas, mas ouvida os da prescrição da ação disciplinar. Entretanto, sustentam alguns exegetas do direito administrativo brasileiro que devem ser assimiladas aqui as regras de Direito Penal (Código Penal, capítulo sobre a extinção da punibilidade, artigos 109 e seguintes)." (Pág. 114.)

"Mas, o que ocorrerá com as faltas que não encontram símile na sistemática penal? A insubordinação grave, o exercício de atividade comercial, o aliciamento de subordinados para fins partidários etc., são imprescritíveis, por que a lei deles se esqueceu?

Entendo que, no caso, será lícito recorrer ao prazo de prescrição geral adotado inclusive pelo Estatuto (cinco anos) para as modalidades de infração que não encontram adequação ao Direito Penal (art. 169 E.F.)." (Págs. 115 e 116.)

2.2 — Decadência —

De idêntica relevância para o Direito, ao lado da prescrição, situa-se o instituto da decadência. Mas é preciso que se diga que, de igual dificuldade é a perfeita conceituação dessa figura jurídica, não somente em razão de sua amplitude como também das similitudes que guarda em relação à prescrição.

Assim é que a decadência se constitui matéria de inesgotável polêmica, ingrediente suficiente para extensas monografias e pesquisas.

Para iniciarmos o seu estudo, voltamos a recorrer à magnífica obra de Câmara Leal, já citada, e a primeira referência que se impõe diz respeito à origem histórica do termo.

“Decadência — é vocábulo de formação vernácula, tendo, porém, como étimo remoto o verbo latino **cadere** — cair. É formado pelo prefixo latino **de** (de cima de), pela forma verbal **cado**, de **cadere**, e pelo sufixo **ência**, do latim **entia**, que denota **ação** ou **estado**.

Literalmente, pois, decadência é a ação de cair ou o estado daquilo que caiu.

Aplicado à linguagem jurídica, foi introduzido em sua terminologia para indicar a queda ou perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido.” (Pág. 113.)

Às páginas 115, da mesma obra, Câmara Leal propõe a definição do instituto “Decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado.”

Apesar da clareza meridiana do conceito expendido por Câmara Leal, vale a transcrição do ponto de vista abraçado por outros eminentes juristas, no sentido de estabelecer as exatas fronteiras da decadência objetivando, sobretudo, fugir à “mélange” em que mergulham eminentes doutrinadores e juristas.

Exemplo dessa lamentável confusão encontramos na obra do renomado Professor Washington de Barros Monteiro, ao tentar definir decadência:

“O Código não faz qualquer distinção entre prescrição e decadência de direito, também chamada **caducidade** ou **prazo extintivo**.” (Mesma obra, vol. I, pág. 312, gritos meus.)

No mesmo equívoco labora o mestre Orlando Gomes ao afirmar:

“Não é apenas com a prescrição que os direitos se extinguem pela inércia do titular durante certo lapso de tempo. Há direitos que, por sua natureza, devem ser exercidos em certo prazo fixo, sob pena de **caducidade**. A esse prazo se chama extintivo, porque é fatal à existência do direito, o qual, ou se exerce entre o seu termo inicial e final, ou perece. Nesses casos, diz-se que há decadência.” (Mesma obra, pág. 389, grifos meus.)

Ainda, no mesmo sentido, ao pesquisarmos a obra de Carvalho Santos, citada anteriormente, encontramos, em relação à caducidade:

“Caducidade — Vide — Decadência.” (Vol. 6, pág. 241.)

Ao estudarmos a prescrição, fizemos referência à existência de duas correntes, a germânica e a ítalo-francesa, que conceituam esse instituto de forma totalmente oposta. O mesmo ocorre em relação à decadência; as duas doutrinas citadas igualmente se chocam: em termos genéricos, ao que os juristas da corrente germânica chamam de prescrição os adeptos da doutrina ítalo-francesa entendem por decadência, e vice-versa.

Dentre os adeptos do primeiro grupo encontram-se: Planck, Maynz, Zachariae, Mackeldey, Van-Wetter, Staedtler, Chironi & Abello, Bonfante, Barassi, Holland, Hale, Alves Moreira, Espínola, Bevilacqua e Carpenter e o autor antes citado, Câmara Leal; à doutrina ítalo-francesa associaram-se Coviello, Ruggiero, Baudry-Lacantinerie, Colin & Capitant, M. I. Carvalho de Mendonça e outros.

Passamos a estabelecer, a seguir, uma distinção entre as figuras da prescrição e da decadência que possa levar, a final, a uma conceituação dos dois institutos.

2.3 — Distinção entre prescrição e decadência —

Para a obtenção de uma perfeita diferenciação entre esses dois institutos jurídicos, tomaremos por base alguns de seus traços característicos; assim é que analisaremos, sucessivamente, essas duas figuras do Direito, quanto ao seu objeto, quanto ao direito subjetivo a que se referem, quanto à ação, quanto ao exercício dessa ação, quanto à diversidade de suas conseqüências e de seus efeitos, procurando, finalmente, fixar um critério distintivo prático que irá orientar, inclusive, o exame dos dispositivos contidos em nosso direito positivo.

2.3.1 — Quanto à dualidade conceitual:

- A prescrição é a extinção da ação provocada pela inércia do seu titular, durante um determinado lapso de tempo, que é fixado em lei.
- A decadência vem a ser a extinção do direito, em decorrência da inércia continuada de seu titular, uma vez que ele deixa de exercitá-lo durante o termo estabelecido ao seu exercício.

2.3.2 — Quanto ao objeto:

- a prescrição tem por objeto a ação;
- a decadência tem por objeto o direito.

Como ilustração à distinção supra, vale a citação das palavras cristalinas do Professor Washington de Barros Monteiro, na obra anteriormente citada, vol. 1, pág. 312:

“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, atinge a ação.”

De extrema valia será a lembrança das palavras do Professor Orlando Gomes, em sua "Introdução ao Direito Civil", já citada, às págs. 392:

"Por fim, desde que a **decadência** extingue o direito, este, logicamente, jamais poderá ser exercido, seja qual for o modo. 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, nos casos em que o meio judicial proporcionado ao titular do direito visa facilitar o seu exercício."

Como foi dito neste trabalho, é sobre o objeto da prescrição e da decadência que se travam as polêmicas mais acirradas, entre os adeptos da doutrina alemã, de caráter dualista, e os seguidores do pensamento ítalo-francês, de natureza unitarista.

O Mestre Câmara Leal, ao estudar o conceito jurídico da decadência, cita Coviello, representante da doutrina ítalo-francesa:

"Com a prescrição não se deve confundir a decadência, se bem que haja, entre elas, analogia, importando tanto uma, como outra, em extinção de direitos. Dá-se a decadência quando a lei, ou a vontade do homem, prefixa um termo ao exercício de um direito (cumprimento de um ato qualquer ou proposição da ação judicial), de modo tal que, decorrido o termo, ao interessado fica precluso o cumprimento do ato, ou o exercício da ação." (Págs. 115-116.)

Logo abaixo vem, entretanto, a crítica do jurista brasileiro:

"Em que pese a autoridade desse eminente professor, há confusão inicial entre os dois institutos, pela indevida unificação de seu objeto.

Nem a prescrição tem por fim direto extinguir direitos, nem a decadência tem por função imediata extinguir ações. As ações se extinguem pela prescrição e os direitos se extinguem pela decadência, e nisso consiste a principal e substancial diferença entre essas duas causas extintivas." (Pág. 116.)

Estamos com o Professor Câmara Leal, e a citação do eminente jurista italiano teve a intenção única de assinalar a existência de outra corrente doutrinária, igualmente representativa, que parte, entretanto, de pressupostos diversos.

2.3.3 — Quanto ao direito:

- a prescrição supõe um direito existente, já tendo sido exercido pelo seu titular, mas contra o qual se eleva obstáculo constituído pela violação de terceiro;
- a decadência, entretanto, supõe um direito em potencial, ainda não exercitado por seu titular.

2.3.4 — Quanto à ação:

- na prescrição temos que a ação nasce posteriormente ao direito; o direito preexiste à ação, sendo, pois, distinta a origem de ambos;

- a decadência supõe uma ação que nasce ao mesmo tempo que o direito, de forma simultânea, tendo, portanto, a mesma origem.

Neste sentido, são absolutamente precisas as palavras do Professor Orlando Gomes, na obra já referida:

“Partindo-se, porém, do pressuposto de que a prescrição visa a ação, enquanto a decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra, como fazem certos autores, tomando-se em consideração a **origem da ação**. Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então, o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é **extintivo**. Trata-se, neste caso, **de decadência**. Quando é distinta a origem do direito, nasce, posteriormente, e, de modo mais **preciso**, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculo ao seu exercício.” (Págs. 390-391.)

2.3.5 — Quanto ao exercício da ação:

- observa-se, na prescrição, que o exercício da ação não pode ser confundido com o exercício do direito, já que a ação não constitui o meio colocado ao alcance do titular para exercitar o seu direito, mas sim o remédio jurídico de que pode valer-se para retirar o obstáculo que se levantou ao exercício desse direito;
- na decadência, entretanto, o exercício da ação e o exercício do direito se identificam na medida em que aquela representa o meio pelo qual o titular poderá realizar este, ou seja, tornar efetivo o exercício do seu direito.

Sobre o exercício da ação torna-se inevitável a citação das palavras do Mestre Carvalho Santos, no vol. 39, pág. 83, de sua monumental obra, anteriormente referida:

“Havendo uma ação exercitável do autor que não foi por este exercitada durante um lapso de tempo sem que para isso concorresse algum fato ou ato de efeito suspensivo ou impeditivo do prazo prescricional, consuma-se a prescrição, impossibilitadora do exercício da ação por parte do autor prescribente.

A decadência, por outro lado, se consuma pela inércia do titular do direito em exercer este por um determinado tempo, extinguindo com isso o direito do interessado.”

2.3.6 — Quanto às conseqüências:

O assunto encontra-se exposto de forma límpida, na obra do Professor Câmara Leal, razão por que se impõe a transcrição do seu pensamento, a respeito:

I — A decadência corre contra todos, não admitindo sua suspensão em favor daqueles contra os quais não corre a prescrição.

II — A decadência tem um curso fatal, não se suspendendo, nem interrompendo, pelas causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, só podendo ser obstada a sua consumação pelo efetivo exercício do direito, ou da ação, quando esta constitui o meio pelo qual deve ser exercitado o direito.

III — A decadência, por isso que extingue o direito, deve ser conhecida e julgada pelo juiz, independentemente de arguição pelo interessado, não se lhe aplicando a proibição legal do pronunciamento *ex officio* da prescrição das ações patrimoniais, porque não poderá reconhecer e atribuir a estas um direito manifestamente extinto pela decadência." (Pág. 395.)

2.3.7 — Quanto aos efeitos:

a) em relação ao direito:

- a prescrição extingue diretamente a ação, extinguindo o direito por via de consequência, se não dispuser o titular de outro meio para se fazer valer;
- a decadência extingue diretamente o direito e, mediatamente, por via oblíqua, a ação;

b) em relação à ação:

- a prescrição extingue apenas a ação específica para cujo exercício foi estabelecida, podendo o direito ser argüido por outra ação, se existir e se não tiver sido, igualmente, atingida pela prescrição;
- a decadência atinge a toda e qualquer ação que se fundamente no direito por ela extinto, impedindo, de forma absoluta, que seu titular o invoque, através de qualquer ação, em Juízo.

2.3.8 — Critério prático de distinção:

O critério a que vamos nos referir é proposto por Câmara Leal em sua obra "Da Prescrição e Da Decadência" e, efetivamente, possui enorme valor prático, quando queremos distinguir se se trata de prazo de prescrição ou de prazo de decadência.

Vale observar que esse critério tem por fundamento a origem da ação, ou seja, o momento do nascimento do direito de ação, em profundo relacionamento com o nascimento do direito.

Se a ação constitui, ela própria, o exercício do direito que lhe serve de fundamento, ou ainda, se a origem da ação é idêntica à origem do direito, sendo simultâneo o nascimento de ambos, aí teremos um prazo de **decadência**.

Se, entretanto, verifica-se a preexistência do direito à ação, que surgiu exatamente para proteger esse direito, e, conseqüentemente, tem o seu nascimento posterior ao surgimento do direito, aí teremos um prazo de **prescrição**.

Na primeira hipótese, o prazo é extintivo do direito e o seu decurso produzirá a decadência; na segunda hipótese, o prazo é extintivo da ação e o seu decurso dará lugar à prescrição.

3 — A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Com base no critério supramencionado, tentaremos analisar a colocação dos institutos da prescrição e da decadência no direito positivo brasileiro ou, mais especificamente, no art. 178 do nosso Código Civil, ante a impossibilidade de uma apreciação mais abrangedora.

De início, impõe-se salientar que os autores consultados são unânimes em reconhecer a colocação errônea dos institutos no Código Civil, que não faz qualquer distinção entre os prazos de prescrição e de decadência, confundindo-os, de forma sistemática. Nesse sentido manifestaram-se Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, Carvalho Santos, Câmara Leal, Pontes de Miranda e outros insignes civilistas.

Assim, temos que são prazos de decadência equivocadamente colocados como prazos de prescrição, no art. 178 do nosso Código Civil, os seguintes:

- 1 — o de dez dias para o marido anular o casamento contraído com mulher já deflorada, a ser contado a partir da data do conhecimento do fato; (§ 1º)
- 2 — o de quinze dias, para o comprador solicitar o abatimento do preço da coisa móvel recebida com vício redibitório, contados a partir da tradição da coisa; ou, ainda, para rescisão do contrato e devolução do preço pago, com perdas e danos; (§ 2º)
- 3 — o de dois meses para o marido contestar a legitimidade do filho, nascido com a sua presença, a ser contado a partir do nascimento; (§ 3º)
- 4 — o de três meses, contados do seu regresso ao lar conjugal, se estava ausente, ou a serem contados da data do conhecimento do nascimento, se lhe foi este ocultado, para o marido contestar a legitimidade do filho; (§ 4º, nº I)
- 5 — o de três meses, concedidos ao pai, tutor ou curador para anular o casamento do filho, pupilo ou curatelado, contados da ciência do casamento que foi celebrado sem o seu consentimento, ou suprimimento judicial; (§ 4º, II)
- 6 — o de seis meses, de que dispõe o cônjuge coato para anular o casamento, contados do momento da cessação da coação; (§ 5º, I)

- 7 — o de seis meses, contados da cessação da incapacidade, para o incapaz de consentir anular o casamento; ou contados do casamento, para ser a anulação promovida pelo representante legal do incapaz; ou, ainda, contados da morte do incapaz, quando esta tiver ocorrido durante a incapacidade, para os seus herdeiros pleitearem a anulação; (§ 5º, II)
- 8 — o de seis meses, a serem contados a partir da data em que a menor completou dezesseis anos ou o menor completou dezoito anos, para que, qualquer dos dois, promovam a anulação do casamento celebrado antes da idade permitida em lei; ou contados do casamento, para que seus representantes legais ou os parentes dos menores para isso competentes possam promover a anulação do mesmo; (§ 5º, III)
- 9 — o de seis meses, contados da tradição do imóvel, para o comprador haver o abatimento do preço, ou rescindir o contrato comutativo, se constata vício redibitório no imóvel recebido; (§ 5º, IV)
- 10 — o de um ano, a ser contado, pelo doador, a partir do conhecimento da ingratidão, para o fim de promover a revogação da doação; (§ 6º, I)
- 11 — o de um ano, concedido ao filho para desobrigar e reivindicar os imóveis de sua propriedade, gravados ou alienados pelo pai fora dos casos expressamente legais, a ser contado a partir do dia em que completar a maioridade; (§ 6º, III)
- 12 — o de um ano para os herdeiros do filho, contado a partir do falecimento deste, ainda menor, para o fim de promoverem ação no sentido de desobrigarem ou reivindicarem os imóveis de propriedade do falecido, gravados ou alienados pelo pai, fora dos casos legais; ou contado da data em que o pai do menor decaiu do pátrio poder, para que a mesma ação possa ser intentada pelo representante legal nomeado; (§ 6º, IV)
- 13 — o de um ano, a ser contado da data em que a sentença de partilha transitou em julgado, para se promover a nulidade da mesma; (§ 6º, V)
- 14 — o de um ano, para que o proprietário do prédio desfalcado solicite a restituição da parte acrescida ao prédio aumentado, ou ainda a indenização equivalente, contado a partir da data em que ocorreu a avulsão; (§ 6º, XI)
- 15 — o de um ano, contado do falecimento do filho durante a menoridade ou incapacidade, concedido aos seus herdeiros,

- para promoverem a prova da legitimidade da filiação; (§ 6º, XII)
- 16 — o de um ano, contado do dia em que ocorrer o término da menoridade ou interdição, para que o adotado se desligue da adoção feita durante sua menoridade ou interdição; (§ 6º, XIII)
 - 17 — o de dois anos, deferidos ao cônjuge enganado anular o casamento, contados da data da ciência do fato tido como erro essencial; (§ 7º, I)
 - 18 — o de dois anos, quando se trata de anular doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, contados da ciência da doação; (§ 7º, VI)
 - 19 — o de três anos, concedidos ao vendedor para resgatar o imóvel que foi vendido com pacto de retrovenda, a ser apurado a partir da escritura de venda; (§ 8º)
 - 20 — o de quatro anos, contados da dissolução da sociedade conjugal, deferidos à mulher para desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal gravados ou alienados pelo marido sem o seu consentimento ou o suprimento judicial correspondente; ou, ainda, para que a mesma anule as fianças prestadas ou as doações feitas pelo marido, exceto os previstos em lei; (§ 9º, nº I, letras a e b)
 - 21 — o de quatro anos, contados do falecimento da mulher ocorrido dentro dos quatro anos, seguintes à dissolução do casamento, para seus herdeiros poderem desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal gravados ou alienados pelo marido sem o consentimento da mulher ou ainda, sem suprimento judicial; também para promoverem a anulação das fianças prestadas ou doações feitas pelo marido, a não ser nos casos legais; (§ 9º, nº II)
 - 22 — o de quatro anos, contados da dissolução da sociedade conjugal, para que a mulher ou seus herdeiros desobriguem ou reivindicuem os bens dotais gravados ou alienados pelo marido; (§ 9º, III)
 - 23 — o de quatro anos para que os interessados pleiteiem a exclusão do herdeiro ou promovam a prova da causa de sua deserdação ou, ainda, para o deserddado impugnar a deserdação, prazo a ser contado a partir da abertura da sucessão; (§ 9º, IV)
 - 24 — o de quatro anos, contados da data da emancipação ou da maioridade, para que o filho natural impugne o seu reconhecimento; (§ 9º, VI)
 - 25 — o de cinco anos, contados a partir da sentença, para que se pleiteie a rescisão do julgado. (§ 10, nº VIII)

Feita esta análise, resta indagar: por que motivo teria ocorrido a confusão? O que teria levado o insigne Clóvis a fugir à distinção, agora já tão clara, entre prescrição e decadência?

A resposta nos dá o Professor Câmara Leal, em sua magnífica obra: "Se muitos deles escaparam à argúcia do eminente Bevilacqua, deve-se atribuir à falta de uma orientação segura, até então, ressentida pela doutrina, segundo confessaram os mais notáveis mestres, inclusive o mesmo Bevilacqua." (Pág. 136.)

4 — OS INSTITUTOS NA PRÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

4.1 — A Prescrição

Sobre a prescrição, no âmbito do Direito Administrativo, pareceu-nos da maior importância o exame de um dos seus aspectos práticos e que diz respeito à relevação da prescrição pela Administração Pública.

Neste sentido, encontramos na obra de Carvalho Santos "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 39, págs. 77 e 78, valioso trabalho de William Andrade Patterson sobre a "Prescrição Administrativa", e dele extrairemos o trecho relativo ao aspecto a que acima nos referimos:

"6 — Relevação da prescrição pela Administração — Muito se tem discutido e debatido sobre se é lícito ao Poder Público relevar a prescrição, vale dizer, não considerá-la, preferindo decidir, mesmo após o escoamento do prazo previsto na Lei Estatutária.

Hoje, o problema já está superado, de vez que a própria Administração vem entendendo poder, ela mesma, relevar a prescrição visando à boa aplicação do direito.

Nesse sentido tem opinado o Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP), quando alude nestes termos:

"Um ato administrativo pode relevar o prazo legal para a prescrição administrativa, a fim de serem examinadas as situações suscetíveis de amparo no Poder Judiciário; nunca, porém, a prescrição quinquenal, que somente pode ser relevada mediante ato do Poder Legislativo." (Vide D.O. de 31-8-1959, pág. 18.836.)

Outra não é a orientação que dá a Consultoria-Geral da República, o mais alto órgão de assessoramento Jurídico do Governo. Carlos Medeiros Silva, quando de sua marcante passagem por aquela Consultoria, emitiu parecer elucidando a matéria:

"Prescrição — Reclamação Administrativa — Não estando esgotado o prazo para a propositura de ação judicial e ante a previsão do êxito desta, pode a Administração solucionar a controvérsia, a despeito de decorrido o lapso menor, da chamada prescrição administrativa." (Rev. Dir. Adm., vol. 37, pág. 454.)

Mais recentemente, o ilustre Consultor-Geral, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, reafirma essa opinião, ao dizer que:

"A prescrição, como se sabe, é um instituto que visa a assegurar a estabilidade nas relações jurídicas. Seria incoerente, ilógico e antijurídico se se pretendesse burlar o seu sentido e a sua inspiração, para o fim de mutilar aquela garantia e aquele equilíbrio, próprios do seu conceito. A Administração, pode, **sponte sua**, relevar a prescrição, quando esta lhe favorece, e no interesse da boa aplicação do direito, como tem entendido a jurisprudência, inclusive do Excelso Pretório (Rev. Dir. Adm., vol. 72, págs. 75/76). Mas não seria lícito negá-la, quando esta ampara os seus subordinados, máxime em se tratando de desídia de seus agentes." (Parecer número 575-H, in **D.O.** de 13-10-67, pág. 10.393/4.)

A mesma tese tem sido acolhida, reiteradamente, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, como se pode observar das razões de voto, proferidas pelo eminente Ministro Victor Nunes Leal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 9.914. (Rev. Dir. Adm., vol. 72, págs. 75/6.)

Disso tudo resulta, desenganadamente, que a Administração, usando de seu poder de arbítrio, do seu poder discricionário, pode, por sua livre e espontânea vontade, relevar a prescrição administrativa, observado, porém, o seguinte:

- a) que não esteja esgotado o prazo para a propositura da ação judicial;
- b) que a prescrição seja em seu favor, contra a inércia do funcionário.

É forçoso concluir, portanto, que a Administração pode, a seu critério, dispensar a prescrição de que trata o inciso II do art. 169 do Estatuto.

Mas não poderá fazê-lo quanto às hipóteses do art. 213, por isso que se destinam elas a resguardar o direito do servidor, contra a inércia do Poder Público. Assim, nas prescrições que visam às penalidades disciplinares, não será permitida a sua relevação.

William Andrade Patterson."

4.2 — A Decadência

Com relação à decadência, extraímos, da "Revista de Direito Administrativo, nº 75, de 1964, trecho de artigo assinado por Celso Agrícola Barbi, sob o título "Perspectivas do Mandado de Segurança" (págs. 429 a 436):

"13 — Conseqüência direta da caracterização que procuramos encontrar na estrutura do mandado de segurança é a supressão do prazo de caducidade, fixado em 120 dias. Se o mandado é apenas um processo sumário documental, porque restringir seu uso ao prazo de 120 dias? Enquanto prevaleceu o ponto de vista de Castro Nunes, para o qual a mesma ilegalidade seria corrigida a final por formas diferentes, segundo a via processual adotada, is-

to é, se por mandado de segurança, a Administração teria de cumprir a sentença especificamente, e se por outra ação, poderia preferir a reparação pecuniária, ainda se justificava a existência do prazo de decadência. Mas hoje, quando esta opinião está abandonada e que a própria Constituição, no art. 190, obriga a reintegração do funcionário ilegalmente demitido, como se justifica que, em caso como o previsto na Carta Magna, o funcionário seja obrigado às delongas de uma ação de rito ordinário somente porque deixou ultrapassar o prazo de 120 dias? O argumento comumente usado, da conveniência da estabilidade do ato administrativo, após curto prazo, peca pela base, pois o direito do funcionário ou interessado não prescreve nos 120 dias; somente a forma processual é que se altera. Parece-nos que a delonga da ação de rito ordinário é nociva até mesmo ao Estado, pois retardará a normalização de uma situação irregular que poderia ser sanada mais prontamente pela via expedita do mandado de segurança.

Pensamos, pois, que deve ser suprimido o prazo de decadência, salvo para mandados de segurança contra ato judicial, pois quanto a estes deveria ser reduzido, de forma que, se o ato atacado for recorrível por outra forma, o prazo para o mandado seria o mesmo do recurso. E se nenhum recurso houver para o ato, então que se fixe prazo no máximo igual ao das apelações." (Pág. 432.)

OBSERVAÇÕES: O ilustrado jurista confunde, seguidamente, os institutos da decadência, prescrição e caducidade, ora referindo-se a um, ora a outro, como se sinônimos fossem...

Note-se, ainda, que o artigo foi incluído no índice geral das Revistas de Direito Administrativo sob a rubrica "Prazo de Decadência"; do exame das palavras contidas no texto chegamos à conclusão que o autor quer-se referir ao prazo de prescrição do direito de intentar Mandado de Segurança.

4.3 — Caducidade

Encontramos, na "Revista de Direito Administrativo" nº 73, de 1963, um caso concreto em que é debatido o problema da caducidade no âmbito do Direito Administrativo. Dele extraímos os seguintes trechos:

"DESAPROPRIAÇÃO — CADUCIDADE

Não se concebe, a pretexto algum, a perpetuação de uma desapropriação.

Interpretação do art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Prefeitura do Distrito Federal **versus** Isaac Catran e outros
Recurso Extraordinário nº 39.805 — Relator: Sr. Ministro
Vilas-Boas

.....

Relatório

Sr. Ministro Vilas-Boas — A Prefeitura do Distrito Federal opôs embargos ao acórdão de fls. 94, cuja ementa é a seguinte: “Desapropriação. Caducidade. Art. 1º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21-6-1941. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Sustenta a embargante que o ponto central da demanda não está em saber se o decreto expropriatório pode ou não caducar, senão em fixar se pode ou não a Administração restringir o uso da propriedade particular, no caso um imóvel atingido por objeto de urbanização, consoante dispõe a legislação em vigor.

Voto

O Sr. Ministro Vilas-Boas (Relator)

A tese do acórdão embargado é rigorosamente exata.

A Constituição assegura, na sua plenitude, o exercício do direito de propriedade.

Se admite, por exceção, que a Administração se aproprie dos bens particulares, condiciona esse poder à verificação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social e ao pagamento prévio de justa indenização.

Não se concebe, também, a pretexto algum, a perpetuação de uma desapropriação.

Qualquer decreto expropriatório é necessariamente limitado no tempo, de acordo com o art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41, que é uma cláusula de garantia à propriedade privada. (Pág. 154.)

OBSERVAÇÃO — Observe-se, pelas citações feitas, a hipótese da caducidade do título expropriatório (decreto de expropriação) por não ter sido o direito de expropriação exercido pela Administração Pública dentro do prazo que lhe é deferido por lei.

4.4 — Preclusão

Quanto à preclusão, na órbita do Direito Administrativo, encontramos, no vol. nº 101, de 1970, da “Revista de Direito Administrativo”, um caso concreto em que se aborda a ocorrência ou não do instituto.

As fls. 323 a 360 do referido número da revista encontramos extenso parecer do Advogado J. H. Meirelles Teixeira, de São Paulo, do qual extraímos a parte final:

“.....
Concorrência Pública — Publicidade — Igualdade e Preferência — Controle e Fiscalização da Obra — Atos Administrativos

— Nulidade — Prazo — Preclusão — Cia. do Metropolitano de São Paulo.

A situação privilegiada de um dos concorrentes é motivo de anulação da concorrência.

Não há prazo para a Administração anular os atos administrativos contra a lei.

A pré-qualificação dos candidatos não importa em preclusão da faculdade de excluir um deles da concorrência.

.....
 Daí mostrar Jêze que, mesmo se a lei fixar um prazo para recurso, por motivo de irregularidade do ato jurídico, a expiração desse prazo impede os interessados de agirem diretamente, mas não de fazerem valer a irregularidade de modo indireto, por exemplo, por via de exceção, pois, em outros termos, é preciso dizer que, em certa medida, **quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum**, sendo de notar-se que também no direito germânico os prazos de decadência ou de preclusão não convalidam atos eivados de nulidade, como não-lo atestam, entre outros, Wolff e Rosen-Hoewell.

Aliás, no caso sob consulta, o edital para a pré-qualificação que também lhe vem anexado (doc. nº 13) expressamente estabelecia que a Companhia do Metropolitano "se reserva o direito de **cancelar** ou **anular**, total ou parcialmente, esta pré-qualificação, abrindo outra ou contratando a construção do metrô por novas concorrências, sem que advenha para o concorrente **direito a qualquer reclamação ou reivindicação**", o que bem revela, primeiro, que a Companhia se reservou justamente esse direito de proceder a qualquer anulação, inclusive de todas as pré-qualificações, e, segundo, que da pré-qualificação não resultava qualquer direito aos concorrentes, mas simples **expectativa**, sujeita a desaparecer por ato discricionário da Companhia do Metropolitano.

Como se vê, ainda que a anulação da pré-qualificação da Hochtief e suas consorciadas não houvesse sido provocada por regular e tempestiva impugnação dos demais concorrentes, prescrita no art. 741, § 1º, do Código de Contabilidade da União, isto é, com estrita e plena observância do prazo aberto no curso do processo a todos os candidatos, para tal fim, ficava sempre à Companhia do Metropolitano um direito autônomo e imprescritível, de proceder, de ofício, à anulação em causa, independentemente portanto da interposição eventual de qualquer recurso, e não obstante o decurso de qualquer período de tempo, **por força da imprescritibilidade dos vícios de que padece, desde a sua origem, o ato anulado.**

Não há, portanto, que cogitar-se de uma pretensa preclusão, que pudesse prejudicar seja a impugnação dos concorrentes, tal como se efetivou, seja o iniludível e irrecusável direito que assistia à Companhia do Metropolitano de anular o ato ilegítimo da pré-qualificação do Consórcio Metronora, nas condições e pelos motivos em que foi levada a efeito. E muito menos, ainda, pelos fundamentos expostos, caberia cogitar-se também de qualquer direito subjetivo e adquirido do referido Consórcio, **intocável e definitivo**, como se pretende, que jamais lhe poderia advir de uma pré-qualificação eivada dos graves vícios apontados.

É o que nos parece, s.m.j.

J.H. Meirelles Teixeira, Advogado em São Paulo." (Pág. 360.)

4.5 — Perempção

Com relação ao instituto da perempção, encontramos, ao pesquisar o Vol. nº 66/61, da "Revista de Direito Administrativo", um caso concreto ocorrido na órbita do Direito Tributário, desdobrado do Direito Financeiro que se libertou, recentemente, da tutela do Direito Administrativo para tornar-se ramo independente, relativamente, do direito. Apesar de indireta a relação com o Direito Administrativo, nos pareceu válido o exemplo, já que, em última análise, discute ato praticado pela Administração Pública.

"IMPOSTO DE CONSUMO — RECURSO — PEREMPÇÃO

Cabe o pedido de reconsideração, quando não ocorreu a perempção decretada anteriormente.

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Com guarda de prazo é pedida a reconsideração do Acórdão nº 35.122, que ostenta as seguintes ementas e considerando:

"Fiança apenas da multa imposta sem compreender o imposto exigido. Não se conhece do recurso, por perempto.

.....

 A recorrente faz as alegações que são lidas. Isto posto:

Considerando que incorreu, efetivamente, a perempção decretada, pois a toda a sorte o recolhimento, de que dá conta a guia 76, de 5-4-57 (doc. de fls.), pelo seu quantitativo de Cr\$ 1.180.101,50 — e mais circunstâncias conhecidas e provadas no feito, está vinculado ao presente processo, tendo ocorrido, conseqüentemente, o pagamento parcial do débito, segundo é admitido, **ex vi** do parágrafo único do art. 323 da C.R.I.C. (Decreto nº 45.422, de 1959) para os efeitos de discussão, apenas, da multa, como permite o artigo mencionado;

Considerando que nessas condições merece deferimento o pedido, a fim de ser apreciada a questão, quanto ao mérito;

.....

Considerando tudo o mais que do processo consta:

Acordam os membros da 1ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, quanto à preliminar, deferir o pedido de reconsideração; quanto ao mérito, ainda, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 1959.

— **Jaime Augusto C. de Vasconcelos**, Presidente.

— **Célio Peixoto de Azevedo Loureiro**, Relator designado.

— **Francisco Flávio Fontana**, Procurador Representante da Fazenda Nacional." (Pág. 297.)

5 — CONCLUSÃO

De tudo que já foi dito, não poderão mais subsistir dúvidas na conceituação dos institutos jurídicos que nos propusemos a distinguir.

Desta forma, e para concluir, diremos apenas mais algumas palavras, no sentido de estabelecer definições práticas, embora não definitivas de:

Prescrição. É o fenômeno extintivo de uma ação ajuizável pela inércia de seu titular, durante o prazo que a lei estabeleceu para esse fim;

Decadência. É o fenômeno extintivo do direito que não é exercitado pelo seu titular, através da ação competente, dentro do prazo legal;

Caducidade. É o fenômeno extintivo do título criador de direito, pelo não exercício desse direito no prazo estipulado em lei;

Preclusão. É fenômeno processual impeditivo que diz respeito à perda ou à privação de uma faculdade ou de um direito decorrente do não-exercício ou da existência de um obstáculo jurídico, entendendo-se este como a prática de outro ato incompatível com a faculdade ou como já ter o titular exercitado o ato validamente.

Torna-se imprescindível, para um esclarecimento maior do instituto da preclusão, recorrermos às esclarecedoras palavras do Professor Washington de Barros Monteiro, na obra retrocitada:

"A prescrição não se confunde igualmente com a **preclusão**. Define-se geralmente esta última como a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual. Ela impede se renovem as mesmas questões no mesmo processo. Seu objetivo, no dizer de Chiovenda, é tornar possível o ordenado desenvolvimento do juízo com a progressiva e definitiva eliminação dos obstáculos. A **preclusão** é relação exclusivamente processual, enquanto a prescrição é de direito substancial; representa aquela a privação de uma determinada faculdade no curso do processo; esta é a perda da ação concedida para defesa em razão do decurso do tempo." (Pág. 303.)

Perempção. É o fenômeno processual, ocorrido por especial disposição da lei, em que se presume o abandono do processo; é a inércia no processo; é a inação no movimentá-lo.

Mais uma vez vamos buscar, nas palavras do Professor Washington de Barros Monteiro, o esclarecimento definitivo sobre a figura processual da perempção:

“Por fim, também com a **perempção** de instância oferece a prescrição certa semelhança. Numa e noutra, perde-se a ação, mas, na segunda, isso sucede de modo definitivo, perene, irreparável, a menos que haja renúncia (art. 161), ao passo que, na primeira, só se verifica a extinção da instância ou do processo, ficando, porém, ileso o direito de ação, o **jus persequendi**, que poderá ser renovado em outro feito, salvo se já então consumada a prescrição, ou ao autor vier a faltar **legitimatío ad causam**, como no caso do art. 351.” (Pág. 303, obra citada.)

6 — BIBLIOGRAFIA

- 6.1 — “Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa”, Caldas Aulete.
- 6.2 — “Enciclopédia Brasileira Mérito”, coleção.
- 6.3 — “Dicionário de Direito Administrativo”, José Cretella Júnior, José Bushatsky, São Paulo, 1972.
- 6.4 — “Curso de Direito Civil”, Washington de Barros Monteiro, Parte Geral, 1º Vol., Edição Saraiva, São Paulo, 1967.
- 6.5 — “Tratado de Direito Privado”, Pontes de Miranda, Parte Geral, Vol. 6.
- 6.6 — “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, Carvalho Santos, Vol. 6, caducidade; Vol. 14, decadência; Vol. 37, perempção; Vol. 38, preclusão; Vol. 39, prescrição.
- 6.7 — “Da Prescrição e da Decadência”, Antônio Luiz da Câmara Leal, Editora Forense, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 1959.
- 6.8 — “O Processo Administrativo e o Direito de Petição”, Armando Pereira, Irmãos Pongetti Editores, Rio de Janeiro, 1962.
- 6.9 — “Introdução ao Direito Civil”, Orlando Gomes, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1957.
- 6.10 — “Curso de Direito Processual Penal”, A. Magalhães Noronha, Edição Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 1971.
- 6.11 — “Prática do Processo Trabalhista”, Cristóvão Piragibe Tostes Malta, Edições Trabalhistas S.A., 3ª Edição, Rio de Janeiro.
- 6.12 — “Revista de Direito Administrativo”, nº 66/1961 — perempção; nº 73/1963 — caducidade; nº 75/1964 — decadência; nº 101/1970 — preclusão.
- 6.13 — “Apostilas dos Cursos de Direito Administrativo I e II”, Prof. José Júlio Leal Fagundes.
- 6.14 — “Dicionário de Tecnologia Jurídica”, Pedro Nunes, Vols. I e II.