



Rua Mato Grosso, 175 - Pituba, CEP: 41830-151 - Salvador - Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Maurício Amaral (mauricioamaral@live.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

14.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: CONCEITOS LÓGICO-JURÍDICOS OU JURÍDICO- POSITIVOS?

Jaldemiro Rodrigues De Ataíde j.r.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Breve apresentação da teoria de Agnelo Amorim Filho. 3. Análise crítica da tese de Agnelo Amorim Filho. 3.1 Uma primeira crítica ao pensamento de Agnelo Amorim Filho: a desconsideração das ações mandamentais e executivas. 3.2 Uma segunda crítica ao pensamento de Agnelo Amorim Filho: a desconsideração de que a prescrição e a decadência são categorias eficazes imputáveis aos fatos jurídicos. 4. Conclusões. 5. Referências

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de tudo, não poderia deixar de expressar minha imensa satisfação em participar desta obra coletiva em homenagem ao ilustre conterrâneo **Agnelo Amorim Filho**², que, no início da década de sessenta, escreveu o artigo intitulado "*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*"³, que veio a se tornar um clássico da literatura jurídica brasileira, um verdadeiro referencial teórico, citado com entusiasmo de norte a sul do país, desde sua publicação até os dias de hoje.

A tese do professor paraibano, antes de publicada na Revista de Direito Processual Civil, no ano de 1961, foi apresentada aos alunos da Faculdade de Direito da Paraíba, no ano de 1960, durante o Seminário de Direito Privado promovido, conjuntamente, pela referida faculdade, o Diretório Acadêmico Epitácio Pessoa e a OAB-PB.

- 1 Advogado sócio do Escritório *Nóbrega Farias & Trajano Advogados Associados*. Doutorando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Professor da Escola Superior da Advocacia na Paraíba - ESA-PB. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).
- 2 Amorim Filho foi advogado militante; Procurador Geral do Estado da Paraíba; Professor da Faculdade de Direito da Paraíba (hoje, Universidade Federal da Paraíba - UFPB) e Juiz Federal entre os anos de 1967 e 1968, quando faleceu prematuramente.
- 3 AMORIM FILHO, Agnelo. *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./fev. 1961.

Fosse assegurar que, aos paraibanos como eu, é motivo de muito orgulho ver a repercussão e influência que teve o célebre ensaio do professor Agnelo Amorim Filho, até hoje tão lembrado, elogiado e citado, embora escrito há mais de meio século. Não foram poucos os autores de renome nacional que renderam homenagem ao mestre paraibano. A título de exemplo cito Humberto Theodoro Jr.⁴ Silvio Rodrigues⁵, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁶, Carlos Roberto Gonçalves⁷ e o jovem e brilhante civilista pernambucano Roberto Paulino de Albuquerque Jr.⁸.

A contribuição do ilustre e saudoso professor paraibano para a distinção entre a prescrição e decadência foi enorme, sobretudo, no contexto em que erigido

- 4 "Foi nesse clima nebuloso da doutrina pátria, que se manifestou o talento científico do Prof. AGNELO AMORIM FILHO, da Faculdade de Direito da Paraíba, para iluminar, com elementos sólidos e bem concatenados, o caminho para atingir, com técnica incontestada, a distinção substancial entre o fenômeno da prescrição e o da decadência. Seu enfoque, exposto em denso estudo divulgado em outubro de 1960, pela *Revista dos Tribunais* (v. 300, PP. 7-37), toma como ponto de referência não mais a distinção entre direito e ação. Leva em conta as diferentes categorias de direitos subjetivos e à luz do bem da vida (...). O Código Civil de 2002 saiu da indefinição em que se metera o Código anterior, enfrentando claramente o problema de conceituar a prescrição e de definir os casos de decadência de maneira objetiva, separando de forma racional os dois institutos. Para tanto o legislador, sem dúvida, consagrou a teoria idealizada, ainda ao tempo do Código de 1916, pelo Professor AGNELO AMORIM FILHO." In: THEODORO JR., Humberto. *Distinção Científica entre Prescrição e Decadência. Um Tributo à Obra de Agnelo Amorim Filho*, p. 226; 232.
- 5 "Um excelente subsídio para esclarecimento da matéria foi, recentemente, publicado pelo Prof. AGNELO AMORIM FILHO, intitulado 'Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis', in *Revista dos Tribunais*, 300/7. Depois de analisar os critérios que têm sido apresentados, examina a classificação dos direitos de CHIOVENDA. Segundo este, mister separar (...). Deste modo conclui este esplêndido estudo:
 - Estão sujeitas à prescrição todas as ações condenatórias e somente elas.
 - Estão sujeitas à decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem) as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei.
 - São perpétuas (imprescritíveis): a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; b) todas as ações declaratórias." In: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, parte geral*, p. 350-351.
- 6 "Fracas essas premissas, é de se estabelecer uma correção entre a prescrição e os direitos subjetivos patrimoniais. É que, resgatando a lição imorredoura do Professor paraibano AGNELO AMORIM FILHO, em texto escrito na década de 60 e até hoje de indiscutível excelência, somente estão submetidos aos prazos prescricionais os direitos subjetivos patrimoniais ..." In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol. 1*, p. 743.
- 7 "O critério mais aceito na doutrina é o apresentado por AGNELO AMORIM FILHO, denominado 'critério científico', baseado na classificação dos direitos subjetivos e nos tipos de ações correspondentes. Para o mencionado doutrinador, estão sujeitas a prescrição (...)." In: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 1*, p. 518.
- 8 Para Roberto Paulino de Albuquerque Jr., embora o critério distintivo entre prescrição e decadência proposto por Agnelo Amorim Filho não seja perfeito e acabado, foi o referencial teórico diante dos questionamentos decorrentes do Código Civil de 1916 e, continua útil diante do Código Civil de 2002, pois, apesar de tal diploma legal, ainda, há prazos cuja natureza não é declinada; sem falar na legislação complementar. In: ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino. *Três problemas sobre a prescrição no direito brasileiro, primeira edição*, p. 817-835.

seu pensamento; já que o Código Civil de 1916, além de tratar indistintamente da prescrição e da decadência⁹, não cuidava expressamente desta e, ainda, trazia em um só capítulo prazos prescricionais e decadenciais, o que gerava confusão na doutrina e jurisprudência – que muitas vezes não sabia a natureza do prazo (se prescricional ou decadencial) – e acabava por ensejar problemas de ordem prática, tendo vista a diversidade de efeitos atinentes a cada instituto¹⁰.

Não é ocioso destacar a atualidade e utilidade da tese de Agnelo Amorim Filho, mesmo diante do Código Civil de 2002¹¹ – cuja redação, em matéria de prescrição e decadência, sua obra certamente influenciou¹² –, pois, como afirma Roberto Paulino de Albuquerque Jr.,

“ainda persiste interesse em debater o não pacificado critério. É que há prazos ao longo do Código sem declinação de sua natureza¹³ (v.g., art. 550), isso para não mencionar a legislação extravagante”¹⁴.

Em que pese tudo isso e a grande admiração nutrida pelo ilustre conterrâneo, por razões de honestidade acadêmica, o presente ensaio apresenta um olhar crítico sobre o célebre e já citado artigo.

Com efeito, à primeira vista, entendo que a prescrição e a decadência são categorias eficazes imputáveis a fatos jurídicos¹⁵ – mais precisamente, ao ato-fato lícito caducificante¹⁶ –, havendo, pois, considerável margem de liberdade

9 Nesse sentido: “O Código não faz qualquer distinção entre prescrição e decadência de direito, também chamada caducidade ou prazo extintivo.” In: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – parte geral*, p. 294. No mesmo sentido: FRANÇA, Ruben Limongi. *Instituição de Direito Civil*, p. 216.

10 Quanto à diversidade de efeitos entre a prescrição e a decadência, sempre houve um certo consenso entre os autores tradicionais. Nesse sentido: “Na decadência, o prazo não se interrompe, nem se suspende; corre indefectivelmente contra todos e é fatal, peremptório, termina sempre no dia preestabelecido. Além disso, não pode ser renunciado. Assim não acontece com a prescrição, que pode ser interrompida ou suspensa e não corre nos casos previstos pelos arts. 169 e 170, além de renunciável (art. 161)”. In: MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. Cit.*, p. 295. No mesmo sentido: WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução e Parte Geral*, p. 193; RODRIGUES, Silvio. *Op. Cit.*, p. 348.

11 É importante destacar que o Código Civil de 2002, reduziu sobremaneira a complexidade da distinção entre os prazos prescricionais e decadenciais, pois prazos prescricionais são: (i) o prazo geral de prescrição do art. 205 e, (ii) os prazos específicos previstos no art. 206; ao passo que os prazos decadenciais são todos os demais prazos mencionados ao longo do Código. Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 766; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.*, p. 519.

12 Nesse sentido: THEDORO JR., Humberto. *Op. Cit.*, p. 232.

13 Embora, conforme já afirmado na nota de rodapé n. 11, a doutrina dominante, entender que os prazos especiais contidos ao longo do Código são de decadência.

14 In. *Op. Cit.*, p. 817-835.

15 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 69-71.

16 “Os atos-fatos jurídicos caducificantes (casos de caducidade sem ilicitude) concretizam-se naquelas situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste na extinção de determinado direito e, por consequência, da pretensão, da ação e da exceção dele decorrentes, como ocorre na decadência e na preclusão, ou no encobrimento, da ação ou da exceção, conforme acontece na prescrição, independentemente de ato ilícito do seu titular.

do legislador na sua escolha, de forma que nada impede que amanhã trate como decadência o que ontem era tratado como prescrição (e vice-versa), o que, em se confirmando, revela que tais institutos são conceitos jurídico-positivos, e não lógico-jurídicos, o que teria passado despercebido por Agnelo Amorim Filho, que tanto buscou um critério científico para distinguir, *a priori*, os prazos prescricionais dos decadenciais.

Pois bem, o objeto do presente ensaio consiste em responder às seguintes indagações: (i) a prescrição e a decadência são conceitos lógico-jurídicos ou jurídico-positivos? (ii) Em sendo conceitos jurídico-positivos, é possível a elaboração de um critério científico perfeito e acabado para distingui-los *a priori*?

2. BREVE APRESENTAÇÃO DA TEORIA DE AGNELO AMORIM FILHO

Agnelo Amorim Filho¹⁷, no seu célebre ensaio, buscou encontrar um critério seguro, com base científica, que possibilitasse a distinção, *a priori*, entre os prazos prescricionais e decadenciais, assim como a identificação das "ações imprescritíveis"¹⁸; tudo isso, no contexto do Código Civil de 1916, que tratava tais institutos indistintamente, o que, conforme já demonstrado, gerava confusão na doutrina e jurisprudência e, ensejava problemas de ordem prática.

A primeira premissa da tese de Agnelo Amorim Filho é a classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda¹⁹, que dividia os direitos subjetivos em duas grandes categorias: (i) os "direitos a uma prestação" – que compreende aqueles direitos aos quais corresponde uma pretensão e "que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo" – e, (ii) os "direitos potestativos"²⁰ – aqueles que são insuscetíveis de violação e aos quais não corresponde uma prestação e,

(...)

Essas hipóteses em que a caducidade se dá independentemente de ato culposo, e, portanto, não constitui eficácia de ato ilícito, configuram atos-fatos jurídicos, uma vez que não se leva em consideração qualquer elemento volitivo como determinante da omissão (= inação) de que resultam." In: MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 139-140.

- 17 Por ser este tópico dedicado exclusivamente à análise do célebre artigo de Agnelo Amorim Filho, dispensarei as citações à sua obra, até para não me tornar tão repetitivo; ao mesmo tempo, esclareço que os trechos entre aspas são transcrições do citado ensaio.
- 18 Agnelo Amorim Filho criticava a expressão "ações imprescritíveis", pois servia para designar, tanto as ações não sujeitas a prazo prescricional, como as não sujeitas a prazo decadencial, sendo, pois, preferível, no seu entender, a expressão "ações perpétuas".
- 19 Sobre a classificação dos direitos em "direitos a uma prestação" e "direitos potestativos" recomenda-se a leitura de: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 47-54.
- 20 Pontes de Miranda, fala em *direitos formativos* como espécie de direitos potestativos e os classifica em: a) *direitos formativos geradores ou constitutivos*; b) *direitos formativos constitutivos* e, c) *direitos formativos extintivos*. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo V, p. 242-243.

Prescrição e decadência: conceitos *lógico-jurídicos* ou *jurídico-positivos*?

cujo exercício cria um estado de sujeição para outra ou outras pessoas, independentemente, da vontade dessas últimas, ou mesmo contra a sua vontade.

Como segunda premissa, Agnelo Amorim Filho adota a classificação ternária das ações (condenatórias, constitutivas e declaratórias), para, em seguida, associar (i) as ações condenatórias aos *direitos prestacionais* e (ii) as ações constitutivas aos *direitos potestativos*; (iii) já as ações declaratórias, teriam como objeto apenas a obtenção de uma “certeza jurídica”, não visando à realização de um *direito prestacional* ou *potestativo* e, portanto, não se identificando diretamente com nenhum deles.

Com base nessas premissas, assim como na ideia de que “o nascimento da pretensão e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito”, Agnelo Amorim Filho chega à sua *primeira conclusão*: (i) só os “direito a uma prestação” conduzem à prescrição, “pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, e somente eles dão origem a pretensões”; (ii) 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 se sujeitam a prazo prescricional.

A *segunda conclusão* a que chega Agnelo Amorim Filho é que

“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” (*direitos prestacionais*).

Com base nessas conclusões é que Agnelo Amorim Filho traça a *primeira regra geral*, tida por ele como indispensável à distinção entre prescrição e decadência, qual seja:

“todas as ações condenatórias (e somente elas) estão sujeitas à prescrição”. É importante destacar que todas as ações condenatórias estão sujeitas à prescrição, porque, mesmo que determinada ação não tenha prazo especial previsto em lei para a sua propositura, aplica-se à mesma o prazo de prescrição geral (art. 177 do CC/1916 e art. 205 do CC/2002).

Por outro lado, partindo da premissa de que a prescrição enseja a cessação da eficácia da pretensão (*rectius*, o encobrimento da eficácia) e que a decadência tem como efeito imediato a extinção do próprio direito, Agnelo Amorim Filho conclui que os *direitos potestativos* são os únicos que podem ser subordinados a prazos decadenciais, bem como que as ações constitutivas são as únicas, cuja não propositura, no prazo previsto em lei, implica na decadência do direito.

Com base nisso, Agnelo Amorim Filho chega à sua *segunda regra geral*:

“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.”

Não é ocioso destacar que só há decadência dos *direitos potestativos* com relação aos quais a lei, visando assegurar a paz social, fixou prazo especial para o seu exercício, já que não há que se falar em prazo geral de decadência, que é sempre especial.

De acordo com as duas citadas regras, Agnelo Amorim Filho distingue os prazos prescricionais dos decadenciais, da seguinte forma: tratando-se de ação condenatória, o prazo é de prescrição da pretensão que lhe corresponde e, tratando-se de ação constitutiva, o prazo é de decadência do direito exercitado por meio dela.

Outrossim, o ilustre professor paraibano afirma que se as ações declaratórias não têm o efeito de realizar uma prestação, nem tampouco o de criar um estado de sujeição, não podendo, pois, ser relacionada à prescrição ou à decadência, na medida em que a primeira tem como objetivo liberar o sujeito passivo de uma prestação em virtude do decurso do tempo e, a segunda, tem como objetivo liberar o sujeito passivo da possibilidade de sofrer uma sujeição, após o decurso do tempo previsto em lei.

Com base nisso é que Agnelo Amorim Filho chega à conclusão de que as ações declaratórias são “imprescritíveis”, isto é, não sujeitas a prazos prescricionais ou decadenciais.

Diante desses elementos, o festejado doutrinador paraibano chega à sua *terceira e última regra geral*:

“são perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações declaratórias, e também aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício”.

Ainda merece destaque algumas conclusões a que chegou o professor paraibano com bastante argúcia e percuciência. Primeiro, Agnelo Amorim Filho, mesmo sem ter percebido os três planos relativos ao fenômeno processual: o material, o pré-processual e o processual, ao tratar, sob o rótulo de “casos especiais de ações constitutivas”, de hipóteses em que a legislação disponibiliza “dois caminhos representados por ações de natureza diversa (condenatórias e constitutivas), das quais pode fazer uso alternativamente”, intuiu que a opção por uma das alternativas disponibilizadas (como se dá, *v.g.*, no caso de vício redibitório: redibição ou abatimento do preço, art. 475 do CC) tem o nítido caráter de um direito potestativo, cujo exercício depende exclusivamente da vontade do titular, logo, sujeito a prazo decadencial²¹. Segundo, o professor paraibano

21 Recomenda-se a leitura do belo artigo de autoria de Roberto Campo Gouveia Filho, Roberto Paulino de Albuquerque Jr. e Gabriela Expósito, em que os mesmos analisam o direito ao remédio jurídico (:

Prescrição e decadência: conceitos *lógico-jurídicos* ou *jurídico-positivos*?

percebeu (*vide* item intitulado “ações aparentemente declaratórias”) que algumas ações tidas por declaratórias pela doutrina, na verdade, são constitutivas (positivas ou negativas), logo, ligadas à decadência.

O professor Agnelo Amorim Filho conclui sua tese da seguinte forma:

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.

Em apertada síntese, esses são os critérios científicos apresentados pelo ilustre professor paraibano Agnelo Amorim Filho, visando possibilitar a distinção, *a priori*, entre os prazos de prescrição e de decadência, assim como a identificação das “ações imprescritíveis”.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA TESE DE AGNELO AMORIM FILHO

A análise crítica do ensaio de Agnelo Amorim Filho centrar-se-á em dois aspectos: *primeiro*, que a construção de sua tese, ao tomar como premissa a teoria ternária das ações (condenatórias, constitutivas e declaratórias), ignorou as ações mandamentais e executivas²², assim como ignora a controvérsia em torno da “ações meramente declaratórias”, únicas ações declaratórias que em sua teoria seriam *perpétuas*; *segundo*, porque, ao buscar um critério seguro, com base científica, para distinguir, *a priori*, os prazos prescricionais dos decadenciais, ignorou que a prescrição e a decadência são categorias eficaciais imputáveis a fatos jurídicos, havendo, pois, considerável margem de liberdade do legislador na sua escolha²³.

g. mandado de segurança; ação possessória de força nova etc.), no plano pré-processual. In: GOUVELA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. *Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda*, p. 506.

22 Roberto Paulino de Albuquerque Jr. bem percebeu essa questão. In: *Op. Cit.*, p. 817-835

23 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 69-71.

3.1 Uma primeira crítica ao pensamento de Agnelo Amorim Filho: a desconsideração das ações mandamentais e executivas

Conforme já afirmado, Agnelo Amorim Filho ao adotar como premissa de sua tese a teoria ternária das ações (condenatórias, constitutivas e declaratórias), ignorou as ações mandamentais e executivas.

Com efeito, a pergunta inevitável é a seguinte: as ações mandamentais e executivas submeter-se-iam a prazos prescricionais, ou seriam *ações perpétuas*?

É certo que processualistas que adotam a teoria ternária das ações, como Fredie Didier Jr., defendem que as *ações de prestação* (ou “condenatórias”, relativas a “direitos a uma prestação”) englobariam as ações mandamentais e executivas *lato sensu*, donde seria fácil concluir que estariam sujeitas a prazo prescricional²⁴.

Entretanto, de certa forma, a desconsideração das ações mandamentais e executivas não deixa de ser um ponto de incômodo, na medida em que não há ação de apenas uma única carga eficaz, podendo, por exemplo, decorrer eficácia mandamental ou executiva de uma ação constitutiva ou de uma ação declaratória²⁵.

Além disso, Agnelo Amorim Filho, ao concluir que as únicas ações declaratórias *perpétuas* seriam as “meramente declaratórias”, ignorou a séria controvérsia existente em torno das “ações meramente declaratórias”. Quanto à citada controvérsia, vejamos o raciocínio construído, a partir do pensamento de Pontes de Miranda, por Roberto Campo Gouveia Filho, Roberto Paulino de Albuquerque Jr. e Gabriela Expósito²⁶:

Não há sentença meramente declaratória. A sentença de força ou eficácia preponderante declaratória sempre vem enxertada de uma eficácia mandamental, de modo implícito. Tal eficácia mandamental é o preceito do Estado-juiz dirigido a todos para que não atentem, no plano real, contra a certeza jurídica gerada pela declaração judicial. Caso o façam, é possível pleitear a execução indireta da sentença, por intermédio de técnicas coercitivas. Um caso talvez ajude na compreensão. Suponha-se a existência de uma sentença declaratória da inexistência de uma dívida. Suponha-se, além disso, que a “dívida” declarada inexistente, esteja representada por um título, o qual vem a ser protestado. Ora, no caso, o protesto é fato do mundo real que atenta contra a eficácia mandamental da sentença declaratória, de modo que o prejudicado pode, de logo, pleitear a execução indireta da sentença. Não precisa, por óbvio, propor qualquer ação pela qual

24 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol 1, p. 250.

25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, p. 59.

26 GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. *Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda*, p. 509.

Prescrição e decadência: conceitos *lógico-jurídicos* ou *jurídico-positivos*?

possa se discutir, de modo definitivo ou provisório, a dívida já declarada inexistente. Nesse sentido, a chamada cautelar inominada de sustação de protesto, medida muito comum como preparatória da ação declaratória em questão, é, na verdade, uma técnica que possibilita a antecipação da eficácia mandamental da futura e provável sentença declaratória de inexistência da dívida consubstanciada no título protestado.

Cumpra destacar, ainda, que há autores como Ovídio Baptista da Silva²⁷ e Eduardo José da Fonseca Costa^{28/29} que adotam uma classificação quaternária das ações, em virtude de identificarem as sentenças declaratórias e condenatórias, na medida em que, pragmaticamente, não há diferença entre "condenar" e "declarar", já que em ambas há apenas uma *constatação*³⁰.

Logo, surge a questão, como se pode afirmar de modo genérico, absoluto e *a priori*, que as ações declaratórias são "imprescritíveis"?

Haverá quem responda que as ações declaratórias *perpétuas* são apenas as meramente declaratórias.

Contudo, mesmo diante de tal argumento, não há como esconder uma certa dúvida no ponto, principalmente, hoje, quando se tem admitido a *execução da*

27 Ovídio Baptista chega, inclusive, a defender a executividade da sentença declaratória. "Enquanto o juiz privado (*iudex*) do procedimento formulário e depois os magistrados do processo extrajudicial - já nas fases de desagregação do Império Romano - limitavam-se a produzir sentença meramente declaratórias do direito controvertido na causa, posto que a *condemnatio*, tanto no direito romano quanto em nossa moderna sentença condenatória, nada mais é, no plano do direito material, do que *simples declaração*. (...)".

"resultado, aliás, a que igualmente chega Liebman, ao ter de admitir que a sentença condenatória 'não passa de uma declaração' (*Embargos de executado*, n. 70, p. 132), apenas *distinta das sentenças* meramente declaratórias por conter, no plano processual, a eficácia especial de natureza constitutiva criadora do título executivo. (...)".

"A incongruência determinada pela força executiva de um documento privado *negocial* e a ausência de executividade na sentença declaratória são um problema surgido no direito moderno pois o direito romano, ignorando a ação declaratória, como demanda dotada de autonomia, certamente não o enfrentou.

Hoje, porém, dispondo o direito moderno de duas ações declaratórias, pois a *condenatória*, sob o ponto de vista substancial, 'não passa de uma declaração' (Liebman, *Embargos de executado*, p. 132), como explicar que apenas esta tenha a virtude de ensejar a execução e não as *sentenças* meramente declaratórias?". In: SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Jurisdição e Execução*, p. 9; 147; 153-154.

28 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Teoria Trinária vs. Teoria Quaternária: crônica de um diálogo de surdos*, p. 199-200.

29 Não é ocioso destacar que, embora ambos adotem uma "classificação quaternária", há diferença entre seus pensamentos, já que para Eduardo José da Fonseca Costa, a condenação há sempre um juízo axiológico, há a constatação de um ilícito.

30 O próprio Eduardo José da Fonseca Costa adverte que "no campo *semântico* é viável a diferenciação entre *declarar* e *condenar* (na *declaração*, haveria um juízo *ontológico*, que teria como objeto a existência ou a inexistência de uma situação, ou a autenticidade ou a falsidade de um documento; já na *condenação*, haveria o propósito de um juízo *fático* e um juízo *axiológico*, que teria como objeto a violação a um direito)." In: *Op. Cit.*, p. 200.

~~sentença~~ de improcedência³¹, que tem como carga eficaz preponderante (ou força sentencial) a declarativa³². Nesse contexto, como se pode afirmar “que as sentenças declaratórias não dão, não tiram, não proibem, não permitem, não extinguem e nem modificam³³”?

A análise crítica realizada nesse tópico, não colima profundas indagações acerca da classificação das ações (teoria ternária, quinária ou até quaternária), até por que fugiria ao objeto do presente ensaio; porém, justifica-se, na medida em que se encontra concatenada com o tópico seguinte, além do que possibilita a conclusão de que não seria um absurdo ou grave atecnia o legislador estabelecer prazo prescricional para uma “ação declaratória”, prazo prescricional para uma “ação constitutiva”, ou que é imprescritível determinada “ação condenatória”.

3.2 Uma segunda crítica ao pensamento de agnelo amorim filho: a desconsideração de que a prescrição e a decadência são categorias eficazes imputáveis aos fatos jurídicos

A prescrição e a decadência são categorias eficazes imputáveis a fatos jurídicos³⁴ – mais precisamente, ao ato-fato lícito caducificante –, havendo, pois, considerável margem de liberdade do legislador na sua escolha³⁵, que (i) pode dispor a respeito dos prazos prescricionais (reduzindo-os ou ampliando-os); (ii) pode dispor sobre suspensão e interrupção dos prazos prescricionais e decadenciais; (iii) pode dispor sobre os efeitos da prescrição (extinção do próprio direito, ao invés de encobrimento da eficácia da pretensão); (iv) pode estabelecer como prescritível ação antes sujeita a prazo decadencial; (v) pode estabelecer como imprescritível ação antes tida como prescritível etc.

É que, na definição do fato jurídico, o legislador estima a relevância dos fatos da vida para o relacionamento social e, imputa as consequências que constituem a sua eficácia jurídica³⁶.

31 Vide: REsp 1300213/RS.

32 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, p. 59.

33 AMORIM FILHO, Agnelo. *Op. Cit.*, p. 95-132.

34 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 69-71.

35 Mesmo sendo a prescrição um conceito jurídico-positivo, Roberto Paulino de Albuquerque Jr. criticou e com acerto a alteração do § 5º, do art. 2019 do CPC, pela Lei nº 11.280/2006, que passou a prever a pronúncia de ofício da prescrição, pois tal reforma desconsiderou o aspecto técnico, subvertendo construções científicas há muito consolidadas, não levou em conta a tradição do sistema jurídico brasileiro e o dado do direito comparado etc. In: ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. *Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo - ou de como o art. 3º da Lei 11.280/2006 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro*, p. 280-296.

36 Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 69.

Prescrição e decadência: conceitos *lógico-jurídicos* ou *jurídico-positivos*?

"A gama de efeitos imputáveis aos fatos jurídicos é, praticamente ilimitada, porque, sendo imputação, é criação humana, assim sujeita, apenas, aos modelos criados pela inteligência, estimulada e orientada pela experiência, com a finalidade de atender as necessidades da convivência social"³⁷.

Não há qualquer empecilho a que certo sistema jurídico institua um tipo de categoria eficaz que não exista em qualquer outro sistema, ou deixe de adotar um que seja comum a todos. Ou seja, há uma certa arbitrariedade do legislador na escolha da categoria eficaz³⁸.

Por conseguinte, sendo a prescrição e a decadência categorias eficazes, não se afiguram conceito lógico-jurídicos³⁹, mas sim conceitos jurídico-positivos⁴⁰, de forma que o legislador tem total liberdade para estabelecer os prazos prescricionais e decadenciais, as formas de suspensão, de interrupção, de contagem, assim como as consequências de seu advento⁴¹.

Pontes de Miranda dizia textualmente que o instituto da prescrição é de direito positivo⁴². Quanto à decadência (que preferia nominar de preclusão), afirmava que o legislador poderia prever hipóteses de suspensão ou interrupção do seu prazo, donde se pode concluir que também se constitui num conceito jurídico-positivo⁴³.

³⁷ Ibidem, p. 70.

³⁸ Idem.

³⁹ Lorival Vilanova conceitua o conceito lógico-jurídico ou conceito fundamental da seguinte forma: "Conceito fundamental é aquele sem o qual não é possível ordenamento jurídico. O mero conceito geral (*Allgemeiner Begriff*) se encontra nos subdomínios do direito, mas dele se pode prescindir. O conceito fundamental (*Grundbegriff*), este é condição da possibilidade do direito positivo e da Ciência do Direito positivo, para dizermos em léxico bem kantiano. Assim, temos os conceitos de norma, de fato jurídico, de sujeito-de-direito, de relação jurídica, de objeto, de fonte técnica ou formal (modo de produção de normas), de hipótese fática, de efeito jurídico, de causalidade jurídica, de norma primária e de norma secundária, de direito subjetivo e de dever subjetivo (dever jurídico): todos esses conceitos pertencem ao nível da *Teoria Geral do Direito*. Em nível de *abstração formalizadora*, alcançamos as contrapartes lógicas de tais conceitos". In: VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*, p. 238-239. No mesmo sentido: TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, p. 81; DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*, p. 42-45.

⁴⁰ Sobre conceito jurídico-positivo, vejamos as lições de Juan Manuel Terán: "todos los conceptos jurídico-positivos, sólo son aplicables a una esfera de validez determinada en cuanto al tiempo en sentido histórico. (...) O sea, la validez de un concepto jurídico-positivo está sujeta a la vigencia del derecho mismo en que se apoya. En cambio, cuando se formula un concepto lógico que sirve de base para la conceptualización jurídica positiva, esa noción se formula con pretensión de validez universal". In: TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, p. 81. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*, p. 39-42.

⁴¹ Nesse sentido, posiciona-se Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: "Deve-se, e antemão, deixar assentado, como ponto-de-partida para a análise do problema, que a prescrição é um conceito jurídico-positivo. Com isso queremos dizer que o legislador tem total liberdade para estabelecer os prazos prescricionais, as formas de suspensão, de interrupção, de contagem, assim como as consequências de seu advento." In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A Teoria da Ação de Direito Material*, p. 146.

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, tomo I*, p. 100-101.

⁴³ Ibidem, p. 135-136.

Destarte, parece-me bastante claro que a prescrição e a decadência são conceitos jurídico-positivos, nada impedindo que amanhã o legislador trate como decadência o que ontem era tratado como prescrição (e vice-versa); não havendo também qualquer óbice a que o legislador estipule prazo prescricional para ação declaratória, ou prazo decadencial para ação condenatória e, prazo prescricional para ação constitutiva.

A maior prova disso está no ordenamento jurídico brasileiro que: (i) prevê a prescrição como causa de extinção do crédito tributário, assegurando, inclusive, o direito à repetição de indébito àquele que pagou crédito prescrito (art. 156, I c/c art. 165, I, CTN), assemelhando-se, pois, em tudo, à decadência; (ii) prevê a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de dano ao patrimônio público (art. 37, § 5º, CF), isto é, a imprescritibilidade de uma ação condenatória; (iii) prevê o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento de ação popular, visando a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio de ente público, quando tal ação, tendo natureza constitutiva negativa, deveria se submeter a prazo decadencial etc.

Assim, em que pese o brilhantismo com que Agnelo Amorim Filho construiu sua tese, que foi de grande importância no contexto do Código Civil de 1916 e continua sendo útil até os dias de hoje, até por que, na maioria dos casos, chega a um bom resultado; o fato é que, sendo a prescrição e a decadência conceitos lógico-jurídicos, não pode existir com foro de definitividade um critério científico para distinguir, *a priori*, os prazos prescricionais dos decadenciais e identificar as ações imprescritíveis.

4. CONCLUSÕES

O presente ensaio teve como escopo analisar criticamente o célebre artigo do professor paraibano Agnelo Amorim Filho, a fim de concluir (i) se a prescrição e a decadência são conceitos lógico-jurídicos ou jurídico-positivos e, conseqüentemente, se, em sendo conceitos jurídico-positivos, (ii) afigura-se possível a elaboração de um critério científico perfeito e acabado para distinguir, *a priori*, os prazos prescricionais e decadenciais, bem como identificar as ações imprescritíveis? Com base nessas premissas é que se apresentam as seguintes ilações:

- A contribuição do ilustre e saudoso professor paraibano para a distinção entre a prescrição e a decadência foi enorme, sobretudo, no contexto em que erigido seu pensamento; já que o Código Civil de 1916, além de tratar indistintamente da prescrição e da decadência, não cuidava expressamente desta e ainda, trazia em um só capítulo prazos prescricionais e decadenciais, o que gerava confusão na doutrina e jurisprudência - que muitas vezes não sabia a natureza do prazo (se prescricional ou decadencial) - e acabava por ensejar

problemas de ordem prática, tendo em vista a diversidade de efeitos atinentes a cada instituto.

- A tese do professor Agnelo Amorim Filho continua sendo útil até os dias de hoje, até por que, na maioria dos casos, chega a um bom resultado, sobretudo, quanto à sujeição dos *direitos prestacionais* a prazos prescricionais e, dos *direitos formativos* a prazos decadenciais.

- Em que pese o brilhantismo e o refinamento teórico com que o paraibano Agnelo Amorim Filho construiu sua tese; o fato é que, sendo a prescrição e a decadência conceitos jurídico-positivos, não pode existir com foro de definitividade um critério científico para distinguir, *a priori*, os prazos prescricionais dos decadenciais, nem para identificar as “ações imprescritíveis”.

5. REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo - ou de como o art. 3º da Lei 11.280/2006 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 25, n.25, p. 280-296, 2006.
- _____. Três problemas sobre a prescrição no direito brasileiro: primeiro esboço. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia. (Org.). **Do direito civil I**. 1ed. Recife: Nossa Livraria, 2013, v. 1, p. 817-835.
- AMORIM FILHO, Agnelo. 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.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil** 4ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Teoria Trinária vs. Teoria Quinária: crônica de um diálogo de surdos. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Teoria Quinária da Ação**. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 195-204.
- DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2012.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil, vol 1**. 15ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, vol. 1**. 11ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.
- FRANÇA, Ruben Limongi. **Instituição de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol 1**. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. *Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especia-*

- lidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda.* In: DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C.; BASTOS, A. A. (Org.). **Execução e Cautelar - Estudos em homenagem a José de Moura Rocha.** Salvador: Juspodivm, 2012.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material.** Salvador: Juspodivm, 2008.
- _____. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., F. (Org.). **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010. 2 v.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, parte geral.** 35ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo V: arts. 444 a 475. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 3 ed. Rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. **Tratado de direito privado.** Tomo V. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- _____. **Tratado de direito privado.** Tomo VI. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, vol 1.** 19ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da, **Jurisdição e Execução.** 2ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del Derecho.** 7ed. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1977.
- THEDORO JR., Humberto. Distinção Científica entre Prescrição e Decadência. Um Tributo à Obra de Agnelo Amorim Filho. In: DIDIER JR., Fredie.; MAZZEI, Rodrigo (Org.). **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual.** 2ed. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 1, p. 225-250.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito.** 4ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução e Parte Geral.** 6ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.