

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. DIFERENÇAS SUTIS.

Neibal Albrecht Bier¹

As vezes são várias em que se falava em prescrição, quando na verdade se tratava de decadência e o contrário também é verdadeiro, principalmente porque no Código Civil de 1916 não distinguia um instituto do outro, como também estabelecia prazos decadenciais no mesmo artigo em que tratava de prescrição.

O problema na prática que se instaura é exatamente as pessoas distinguirem “automaticamente” quando se trata de um e de outro instituto, já que suas implicações são diferentes. Esse *pager* em exatamente essa finalidade: traçar de forma objetiva linhas divisórias sem adentrar as discussões trazidas nos manuais de direito material e mostrar de forma prática as diferenças, sutis muitas vezes, entre um instituto e outro de forma de assimilação prática.

A discussão acerca desse assunto sempre é polêmica em face de peculiaridades que a prática apresenta, por esse motivo as decisões que via de regra são lidas devem ser entendidas adequadamente.

Ao que se tem parecido é que os operadores do direito acabam por utilizar o instituto da prescrição do seu sentido genérico — *lato sensu* —, o que não parece mais adequado para quem tenha um conhecimento diferenciado.

Antropologicamente falando o homem é um ser gregário e como tal foi juntando forças para alcançar seus objetivos. O problema inerente dessa junção de pessoas é a geração de conflitos, motivos pelos quais regras foram constituídas e mais tarde deram origem às leis nos moldes do que hoje existem, cuja função axiológica é permitir que as pessoas vivam harmonicamente de sorte que suas vidas continuem estáveis.

Um dos instrumentos criado com essa finalidade foram os institutos da prescrição e da decadência, pois é ela que dá a segurança para a sociedade permitindo assim que haja uma constância e uma serenidade no âmago societário.

¹ BIER, Neibal Albrecht. Advogado, Especialista em Contratos. Especialista em Responsabilidade Civil. Especialista em Direito Tributário. Mestrando da Universidade de Passo Fundo. Linha de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia, Relações Sociais e Dimensões de Poder.

Por prescrição se entende como sendo a causa que põe fim à pretensão sobre um direito subjetivo material que em virtude do transcurso de um tempo estabelecido em lei deixou de ser exercido.

Aliás, é exatamente essa similitude do transcurso do tempo pela característica destrutiva de um direito ou de um procedimento que vise a proteger aquele direito violado que fazia confundir o instituto da prescrição com o da decadência.

A prescrição em sentido estrito tem como finalidade extinguir pretensões já que põe fim ao exercício de alguma espécie de ação², cujo fundamento axiológico é garantir a paz social, porque aquele que teve um direito violado não mais poderá utilizar-se de um instrumento processual para proteger seu interesse. E, isso ocorre, porque transcorreu um prazo determinado em lei entendido como razoável para que esse procedimento fosse adotado, mas que o titular se quedou inerte.

Esse instituto atinge não só a pretensão em si ao direito da ação, como também o de opor uma exceção. Tais são os casos da prescrição extintiva e da aquisitiva, cuja pretensão em si mesma é a consolidação de direitos que não poderiam ficar em aberto eternamente, sob pena de gerar instabilidade social.

O instituto da prescrição é instituído por norma de ordem pública, razão pela qual são geradas pelo menos três consequências principais: a) é vedado aos particulares declarar qualquer direito imprescritível; b) os prazos não podem ser alterados por vontade de quem quer que seja³; e c) a prescrição só poderá ser renunciada depois de ocorrida⁴.

Quando se fala em prescrição obrigatoriamente tem de ter havido um direito subjetivo material desrespeitado que seja passível de proteção através de um procedimento jurisdicional. É exatamente o instrumento protetivo daquele direito violado ou que esteja para ser violado que pelo decurso de determinado tempo impede de ser utilizado porque a norma estabeleceu um prazo peremptório para ser exercido.

A prescrição atinge sempre uma pretensão que seria exercida através de uma ação. Ela não atinge o direito em si próprio. Tanto é assim que mesmo prescrita uma dívida, por exemplo, o devedor poderá pagar o credor voluntariamente. O que morreu

² Procedimento processual que vise a proteger algum direito violado.

³ Art. 192, CC.

⁴ Art. 191, CC.

para este era exatamente o poder de exigir o pagamento compulsório, porque não há mais forma procedimental — ação — que autorize isso.

É imprescindível para a caracterização da prescrição que todos os requisitos estejam presentes, inclusive a inexistência de uma causa de interrupção⁵, impeditivas⁶ ou então de suspensiva⁷ desses prazos.

Uma nota importante que deve ser levada em consideração é que a prescrição poderá ser alegada em qualquer grau de jurisdição desde que ainda na fase cognitiva, pois a partir da fase liquidatória ou de execução isso se mostra impossível, salvo se for superveniente à sentença.

É demais importante trazer à baila que a revogação do art. 194 do Código Civil pela redação conferida pela Lei 11.280/2006 possibilitou ao magistrado conhecer de ofício a prescrição em quaisquer casos, não mais somente quando favorecesse o incapaz.

Por outro lado, a decadência é a extinção do próprio direito subjetivo pelo agente pelo transcurso do tempo⁸, seja em virtude de fixação legal, seja por vontade das partes — uni ou bilateral — estabeleceu. É o direito material que deixa de ser exercido por um determinado tempo e que mais tarde não poderá ser exercido porque perdeu a licitude da

⁵ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

⁶ Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

⁷ Art. 198:

(...)

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

(...)

III - pendendo ação de evicção.

⁸ A inação do agente é a meu ver o traço que mais aproxima o instituto da decadência e o da prescrição.

exigibilidade. Esse não exercício por determinado lapso temporal retira o direito, por ficção, do plano da existência e, por óbvio, da validade e da eficácia.

O direito que decai independe da vontade de quem quer que seja e não necessita ser desrespeitado para que tenha eficácia e é exatamente o exercício desse direito que impede a decadência.

Isso, na prática, causará a extinção do processo por falta de uma das condições da ação⁹ porque aquele que era titular de um direito deixou de ser pela abstinência de exercê-lo durante um determinado prazo e bem por isso ele pode ser reconhecido de ofício quando se tratar de norma de ordem pública e se esse direito decorrer da própria lei, porém não poderá quando se referir a direitos patrimoniais, já que decorrerá da vontade das partes que estabeleceram determinado prazo.

Quando se refere aos efeitos decorrentes da prescrição e da decadência, é de razoável entendimento que a prescrição pode ser interrompida ou então não corre contra determinadas pessoas, enquanto que a decadência não, pois esta correrá contra quem quer que seja sem suspensão ou interrupção, cuja única exceção é quanto aos absolutamente incapazes¹⁰.

Essa distinção já não é tão fácil quando se leva em consideração a natureza de cada um desses institutos.

O prazo decadencial quando fixado em lei jamais poderá ser renunciado, todavia, quando esse lapso decorrer da vontade das partes será lícita a renúncia.

Acredita-se que a regra menos complicada de ser compreendida para separar esses dois institutos é aquela que leva em consideração o momento em que se tem em vista o direito da ação, isto é, quando a origem de exigir o seu direito nasce no mesmo momento da possibilidade jurídica de buscar a tutela jurisdicional, o caso é de caducidade, caso contrário é de prescrição, já que o direito preexistia à ação que lhe protegesse.

Bem por isso que no caso da ação rescisória o prazo é *decadencial* e não *prescricional*. Isso é assim porque o que extingue não é o direito de ação, mas sim o próprio direito material subjetivo do interessado de desconstituir a sentença, cujo prazo

⁹ Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

¹⁰ Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

passou a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão final, da mesma maneira que a ação poderia ter sido proposta.

Calha, porém salientar que mesmo se tratando de prazo decadencial se o último dia do prazo ocorrer em dia não útil, este se prorrogará para o próximo dia útil, entendimento esse expressado de forma uníssona pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹¹.

A contagem dos prazos.

Há dúvidas importantes na vida jurisdicional sobre o termo inicial para a contagem dos prazos, tanto prescricionais como decadenciais.

No caso dos prazos prescricionais — exercício de uma ação — é de ser levado em consideração que em muitos casos a lei estabelece o início, entretanto, a regra geral é de que eles iniciam no exato momento da violação do direito protegido, ou seja, no momento em que a ação poderia ter sido proposta. Dito de outra maneira, no exato momento em que o titular da ação passou a ter um interesse legítimo, consubstanciado na violação do seu direito subjetivo inicia-se a contagem do prazo.

No caso dos prazos prescricionais há possibilidade de interrupção, suspensão ou mesmo prorrogação dos mesmos.

Por outro lado, quando se trata de decadência as causas de impedimento, de suspensão ou mesmo de interrupção dos prazos, segundo estabelece o atual Código Civil no seu art. 207¹².

Sendo assim, mais importante de tudo é cuidar a data o início da contagem do prazo, pois na decadência fluirá a partir do dia seguinte ao conhecimento da causa — direito — e o termo final será no primeiro dia útil subsequente.

¹¹ DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. VENCIMENTO EM DIA NÃO-ÚTIL. PRORROGAÇÃO PARA O DIA ÚTIL SEGUINTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, não obstante o prazo para ajuizamento da ação rescisória seja decadencial, se o seu termo final ocorrer em dia não-útil, prorroga-se para o dia útil subsequente.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 966017/ROAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2007/0153590-6).

¹² Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Importante ainda trazer à lume que o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança não é prescricional, nem tampouco decadencial. Ele é *sui generis*. Não se trata de prescricional porque o direito poderá ser exigido adotando um outro procedimento processual. Também não é decadencial porque não atinge de modo algum o direito que se quedará intacto podendo ser protegido de forma ordinária que não seja um *mandamus*¹³.

Essas poucas linhas trazem de forma sutil as diferenças para auxiliar aqueles que trabalham diretamente com esses institutos, pressupondo que os leitores tenham o conhecimento básico prescrito nos manuais de direito material e de direito processual.

¹³ MANDADO DE SEGURANÇA. DECADENCIA. ART. 18 DA LEI 1.533/1951. - O PRAZO DECADENCIAL PARA SE IMPETRAR O MANDADO DE SEGURANÇA E DE CENTO E VINTE DIAS, CONTADOS DA CIENCIA DO ATO. - RECURSO DESPROVIDO. RMS 5928/RS RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1995/0031571-8. DJ. DJ 24/11/1997 p. 61250.