

TEMA DO TRABALHO: “NORMAS BIFRONTES NO NOVO CÓDIGO CIVIL: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.”

SUMÁRIO: 1.Importância do tema e delimitação do estudo. 2.Prescrição e decadência como institutos bifrontes. 3.Doutrina brasileira sobre a prescrição e a decadência no antigo Código Civil. 4.A concepção diferenciada de Pontes de Miranda. 5.Breve referência à doutrina italiana. 6.A tese de Câmara Leal. 7.A contribuição de Agnelo Amorim Filho. 8.A disciplina da matéria no novo Código Civil brasileiro. 9.O alcance da expressão “pretensão”. 10.Suficiência da distinção legal entre a prescrição e a decadência? 11.O regime processual dos institutos. 12.Conclusões. 13.Bibliografia.

Ricardo de Barros Leonel
Promotor de Justiça em São Paulo
Mestre e doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1.Importância do tema e delimitação do estudo.

Todo e qualquer estudo desenvolvido no âmbito do direito processual civil, em nossos tempos, não pode descurar do enfoque da fase metodológica em que se encontra a ciência, bem como da sua evolução recente. Essa é uma premissa essencial e indispensável que permite que a pesquisa não tenha conotação simplesmente acadêmica e desprovida de utilidade prática, contribuindo para que o tema desenvolvido labore em prol do cumprimento das finalidades do processo, ou seja seus escopos social, político e jurídico.¹

Necessário recordar que em pouco mais de cem anos a contar de meados do século dezenove, da concepção *immanentista* ou *sincretista* do direito processual, pelo qual figurava ele como simples apêndice do direito material, evoluiu-se para a concepção *autonomista* em que passou a ser considerado como segmento independente. Nesse último período histórico foi possível a formação dos conceitos essenciais e ocorreu o verdadeiro desenvolvimento dogmático do direito processual. Acabaram sendo sistematizadas as idéias sobre os institutos do direito processual, ou seja a jurisdição, a ação, a defesa e o processo, alcançando-se o ponto de maturidade da ciência.²

¹ Sobre os escopos do processo v. a insuperável lição de Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, cit., p.149/223.

² Nesse sentido: Dinamarco, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p.40/44 e 85/93.

Mas em que pese a evolução científica dos estudos do processo, percebeu-se que não poderia ele sobreviver como um fim em si mesmo. Sem desprezo de sua autonomia deveria ser ajustado ao alcance das metas relacionadas a seus escopos, ou seja da prestação jurisdicional que solucione os conflitos verificados na vida de relação e no direito material. O processo não pode se dissociar de sua finalidade última, consistente na realização da ordem jurídica justa.

Daí o surgimento do terceiro momento metodológico³ do processo, sua fase *instrumentalista*, caracterizada como pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos envolvidos em seus estudos, aptos a fornecer princípios gerais e soluções para problemas concretos. Os estudos científicos devem ser guiados para este fim, i. é dirigidos evidentemente para implementar a tentativa de atuação da ordem jurídica justa.

Nesse quadro se fortalece a idéia de que a importância do processo está na obtenção de resultados, e que sua utilidade é medida na razão direta dos benefícios que possa trazer para aquele que ostenta uma posição jurídica tutelada no ordenamento.⁴

Nessa visão mais moderna do instrumentalismo os estudiosos do direito processual reconhecem a necessidade de “revisitar” os institutos do direito processual à luz do direito material. Evidencia-se a relativização do binômio formado pelo direito material e pelo processo como meio de acesso à ordem jurídica justa, tendo em vista que os aspectos fundamentais do direito processual são elaborados e têm seus contornos definidos à luz da relação jurídica de direito material.⁵

Tais conclusões, que remontam à mais moderna e autorizada doutrina processual brasileira, permitem identificar a importância do tema a ser desenvolvido neste estudo.

Reconhecida na atual fase da evolução do direito processual a busca do “processo civil de resultados”⁶, em que pese sua autonomia como ciência não pode ele ser estudado de forma estanque, mas sim tendo em consideração sua inseparabilidade do direito material, em função do qual existe como instrumento.

Daí a necessidade de identificar tanto no ordenamento jurídico material como no processual normas que têm particular importância para um e para o outro ramo do direito, e que devem ser analisadas e compreendidas dentro da sua relevância para ambos.

Se o direito processual deve ser estudado e compreendido à luz da relação jurídica de direito material, em busca da maior efetividade e adequação do denominado processo civil de resultados, com maior razão deve o processualista voltar seus olhos para a compreensão e sistematização daqueles aspectos e institutos do ordenamento jurídico que tenham peculiar importância para ambos os ramos do direito,

³ Dinamarco, *Instrumentalidade...*, p.21.

⁴ Bedaque, José Roberto dos Santos, *Direito e processo*, cit., p.15.

⁵ É a lição de Bedaque, *Direito...*, p.12/13.

⁶ Na feliz e elucidativa expressão do Prof. Cândido Rangel Dinamarco.

tratados pelo legislador tanto do ponto de vista do direito processual como do direito material.

É o caso entre outros da prescrição e da decadência, a serem examinadas neste escrito.

Seu estudo pelo processualista à luz do texto positivado no novo Código Civil Brasileiro⁷ deve ser feito tendo em consideração a inseparabilidade do direito material e do direito processual, e a forma peculiar de inserção de tais institutos – decadência e prescrição – em relação a ambos os ramos do ordenamento.

Só assim será possível obter-se premissas válidas para a adequada compreensão do objeto do estudo, bem como para sua aplicação prática na solução dos problemas surgidos na vida de relação, canalizados em função do desenvolvimento do processo em juízo.

2.Prescrição e decadência como institutos bifrontes.

No atual estágio de evolução da ciência do direito e particularmente do processo é bem clara a distinção existente quanto a normas que são de caráter *processual*, de um lado, e de outro aquelas que são de caráter *material*.

Fala-se portanto em *direito material* (ou substancial) quando se trata daquele conjunto de normas contendo critérios destinados à solução de conflitos, que é integrado v.g. pelo direito civil, comercial, agrário, administrativo, ambiental, tributário, financeiro, econômico, eleitoral, trabalhista, do consumidor, etc. A referência é feita contudo em relação ao *direito processual* na medida em que se cuida da técnica para a solução daqueles conflitos pelo Estado, por meio do processo. Este último se encarrega por exemplo, vale dizer, do estabelecimento do modo como será exercida a jurisdição pelo juiz, como será exercido o direito de ação por quem pretender uma providência jurisdicional, como será implementada a defesa por quem vier a ser demandado em juízo.⁸

Mas essa distinção não é estanque, pois há situações em que fica clara a dificuldade de separação dos conceitos não só no plano dogmático, mas também no plano do prático.

Aliás, há aspectos do direito que são de ordem material e nada obstante vêm regulados por diplomas de caráter predominantemente processual e vice-versa, sendo possível identificar em textos legislativos de ordem material normas de evidente conteúdo processual. Há ainda casos de diplomas que poderiam ser considerados como híbridos ou mistos, pois em decorrência das peculiaridades das

⁷ Lei nº10406 de 10 de janeiro de 2002.

⁸ Dinamarco, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v.1, cit., p.40.

situações e institutos regulados, tratam indiscriminadamente tanto de normas materiais como processuais.⁹

Essa situação demonstra claramente que: a) a perfeita divisão sistemática e metodológica do direito processual e do direito material, reconhecida a autonomia de ambos, é imprescindível à compreensão e desenvolvimento dogmático de cada um dos ramos indicados do direito; b) todavia, não pode ser levada às últimas conseqüências, pela incidível correlação que inevitavelmente é identificada entre o direito e o processo.

Ademais, se fosse possível elucidar o relacionamento existente entre o direito material e o direito processual de modo figurativo, além do reconhecimento da influência de um quanto ao outro, seria inevitável o reconhecimento da existência de uma “zona cinzenta” na qual identificam-se normas e institutos que mesmo tendo caráter material ou processual, manifestam sua influência de modo peculiar e revestido de ainda maior importância no correlato ramo do direito.

Daí a asserção referente a “*institutos bifrontes*”.¹⁰

Evidenciado assim que direito processual e material não são estanques, fica clara a existência de “*faixas de estrangulamento*”¹¹, nas quais há clara intersecção entre os planos material e processual do ordenamento jurídico.

Dentro daquilo que clássica doutrina denominou de “*direito processual material*”,¹² os denominados *institutos bifrontes* como a ação, a competência, a prova, a coisa julgada e a responsabilidade patrimonial recebem do direito processual parte de sua disciplina, relacionada à sua técnica, mas referem-se igualmente a situações que se manifestam fora do processo. Ou ainda: no processo aparecem de modo explícito em situações concretas e específicas, mas são formados por um grande conteúdo de elementos identificados e delineados pelo direito material, dizendo respeito de alguma forma à própria vida dos sujeitos e a suas relações entre si e com os bens da vida, constituindo o que se poderia denominar de “*pontes de passagem*” entre o direito e o processo, ou entre os segmentos material e processual do sistema jurídico.¹³

Ora, a clareza com que o ordenamento disciplina de um lado questões de direito material e de outro de direito processual, permite separar no âmbito dogmático e doutrinário os dois planos. Todavia quando se trata dos mencionados “*institutos bifrontes*”, que possuem particular importância para ambos os aspectos do sistema jurídico e figuram como “*pontes de passagem*” entre eles na zona cinzenta já mencionada, esta configuração não se verifica de modo tão claro.

⁹ Dinamarco, *Instituições...*, p.41, traz vários exemplos de hipóteses de normas “deslocadas” de seu natural contexto, como acima indicado, referindo-se v.g. a dispositivos do Código Civil sobre a prova, outros contidos no Código de Processo Civil disciplinando a indenização pela litigância de má-fé, bem como as Leis do Divórcio, de Locação de Imóveis Urbanos e o Código do Consumidor, de conteúdo misto ou híbrido.

¹⁰ Atribuída a Dinamarco, *Instituições...*, p.43/44.

¹¹ Dinamarco, *Instituições...*, p.43.

¹² Cfr. Giuseppe Chiovenda, *apud* Dinamarco, *Instituições...*, p.44.

¹³ É a lúcida e incontestável lição de Dinamarco, *Instituições...*, p.44.

Aliás, da existência de institutos dotados dessa ambigüidade quanto aos planos material e processual, é possível intuir a necessidade do reconhecimento de normas que os regulem levando em consideração esta peculiaridade e que possuam o mesmo paralelismo.

Claro é que se por um lado o direito e o processo exercem recíproca influência, em alguns aspectos essa interferência é mínima, e em outros é muito intensa, atingindo tal intensidade seu ápice no que atine às normas e institutos que possuem a ambigüidade antes referida.

Essas idéias são claramente aplicáveis à prescrição e à decadência.

Não há dúvida, em linha de princípio, que se tratam de institutos de direito material, como tal regulados no direito civil por normas específicas do respectivo Código.

Todavia, são efetivamente institutos do direito material que exercem particular influência no âmbito do direito processual. Isso pode ser identificado exemplificativamente e sem preocupação de formular-se enumeração taxativa, no fato de que: a) com a propositura da demanda a citação, ainda quando ordenada por juiz incompetente interrompe a prescrição (art.219 do CPC, art.202 I do novo Cód. Civil e art.172 I do antigo Cód. Civil); b) o reconhecimento da prescrição e da decadência em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, por expressa opção legislativa, configura-se como sentença de mérito (art.269 IV do CPC), pondo fim ao litígio com decisão apta a ser coberta com a eficácia da coisa julgada material; c) o juiz não pode suprir de ofício a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz (art.194 do novo Cód. Civil); d) o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais se não foi invocada pelas partes (art.166 do antigo Cód. Civil e art.219 §5º do CPC); e) quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva (art.200 do novo Cód. Civil); f) deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência quando estabelecida por lei (art.210 do novo Cód. Civil); g) se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita poder alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação (art.211 do novo Cód. Civil).

Desse caráter especial dos institutos aqui indicados decorre o fato de contarem com regulamentação tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil, identificando-se pois dispositivos a respeito disseminados em ambos os diplomas.

Esta observação justifica a conclusão de que referidos institutos e as normas que deles tratam possuem peculiar importância para ambos os planos do ordenamento, ostentando o hibridismo antes referido. É relevante seu estudo partindo dessa premissa metodológica com a finalidade de concebê-los adequadamente do ponto de vista dogmático, para compreender com precisão sob o aspecto prático as suas conseqüências nos casos concretos.

3. Doutrina brasileira sobre a prescrição e a decadência na sistemática do antigo Código Civil.

Sem a pretensão de esgotar o exame dos institutos aqui analisados do ponto de vista do direito civil, é importante registrar ainda que de forma sintética a situação doutrinária que se configurou até o presente momento em torno do tema, para que seja possível compreender o tratamento legislativo revestido de novo enfoque, levando ainda em consideração o peculiar interesse da matéria tanto para o plano material como para o plano processual do ordenamento.

Na disciplina do Código Civil de 1916 grassou fecunda controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre os conceitos, delineamentos e distinções entre os institutos da prescrição e da decadência. Embora muitos debates e estudos tenham sido desenvolvidos jamais o tema se pacificou por completo.

Esta dificuldade operacional decorreu do fato de que o legislador em momento algum conceituou cada um dos institutos ou se preocupou em promover claramente sua diferenciação.

Ao revés, o Código Civil cuidou somente da prescrição, relegando ao labor doutrinário a conceituação da decadência, bem como a identificação e distinção, dentro dos prazos previstos em lei, daqueles decadenciais e dos prescricionais.

Essa sistematização positiva insuficiente foi a razão das confusões que reinaram a respeito do tema. Mas foi também o motivo para que fecundos estudos fossem desenvolvidos.

A idéia que praticamente sintetizou-se de forma predominante foi no sentido de que a decadência refere-se ao direito, enquanto a prescrição diz respeito ao exercício do direito em juízo, ou seja ao exercício da ação.¹⁴

Essa insatisfatória distinção decorreu também do fato de a própria dicção do Código Civil a respeito do direito de ação trazer a marca da teoria *immanentista*, colocando-a como mero apêndice do direito material ao afirmar que a todo direito corresponde uma ação que o assegura.¹⁵ Este dado concreto teve como uma de suas conseqüências a imprecisão da delimitação dos institutos aqui examinados, e se projetou também para a doutrina elaborada a esse respeito

A insuficiência da diferenciação acima observada revelou-se de forma evidente, não servindo na prática para distinguir na maioria dos casos concretos

¹⁴ Nesse sentido, v.g.: Barros, Raimundo Gomes, “Decadência e prescrição: distinção ontológica”, cit., p.91; Reis, Palhares Moreira, “Decadência e prescrição”, cit., p.41; Sobrinho, Jorge Hage, “A prescrição e a decadência no projeto do novo Código Civil”, cit., p.28.

¹⁵ Cfr. art.75 do Código Civil de 1916, observação formulada por Sobrinho, “Prescrição e decadência...”, p.31.

as hipóteses identificadas como decadência daquelas relacionadas à prescrição. Daí o surgimento de diversos outros critérios ou observações complementares, voltadas à elucidação das dúvidas daí decorrentes.

Oportuno formular breve resenha da doutrina relacionada ao tema sem pretender esgotar o exame de toda a bibliografia, mas com a finalidade de demonstrar as dificuldades a respeito.

Na concepção de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a prescrição seria a perda da ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela durante determinado espaço de tempo. Atingiria diretamente a ação fazendo por via indireta desaparecer o direito tutelado. Diversamente, a decadência fulminaria diretamente o direito e por via oblíqua ou reflexa determinaria a extinção da ação.

Para o autor, na decadência o direito é outorgado para ser exercido dentro de determinado prazo, findo o qual extingue-se. Diversamente, na prescrição há como pressuposto a inércia do titular, que não utiliza da ação existente para a defesa de seu direito no prazo concedido pela lei. Ademais, anota ainda que: a) não há suspensão ou interrupção de prazos decadenciais, diversamente do que ocorre com a prescrição; b) não há possibilidade de renúncia à decadência, diferentemente do que se verifica quanto à prescrição; c) a prescrição resulta exclusivamente de disposição legal, enquanto a decadência advém da lei, contrato ou testamento.¹⁶

De modo similar, SILVIO RODRIGUES advogava a tese de que na prescrição o que perece é a ação que protege o direito, enquanto na decadência é o próprio direito a perecer. Além disso, acolhendo a doutrina de ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL que oportunamente será examinada, afirmava que quando a ação e o direito têm origem comum verifica-se prazo de caducidade. De outro lado, se o direito preexiste à ação, que só aparece com a violação daquele, identifica-se prazo prescricional.¹⁷

Na mesma linha de raciocínio LIMONGI FRANÇA procurou ressaltar as diferenças entre os dois institutos. Afirmou que quanto: a) ao *objeto*, a prescrição atinge a ação, e a decadência o direito; b) ao *direito*, a prescrição supõe um direito em ato, já adjudicado ao titular, mas cujo exercício foi obstado por violação de terceiro; enquanto a decadência implica um direito ainda em estado potencial; c) à *ação*, a prescrição supõe uma ação cuja origem é distinta do direito e posterior a este; ao passo que a decadência supõe uma ação cuja origem é idêntica à do direito, sendo simultâneo seu nascimento; d) ao *exercício da ação*, pois na prescrição o exercício da ação não se confunde com o exercício do direito, pois aquela é simples remédio jurídico para a defesa do direito; já na decadência confunde-se o exercício da ação e o direito, pois aquela é o próprio meio para o exercício do direito.¹⁸

ORLANDO GOMES reitera as idéias acima referidas acrescentando que o campo de aplicação da prescrição é mais amplo que o da

¹⁶ Monteiro, Washington de Barros, *Curso de direito civil* (parte geral), cit., p. 288/289.

¹⁷ Rodrigues, Silvio, *Direito civil*, v.1, cit., p.346/347.

¹⁸ França, R. Limongi, *Manual de direito civil*, v.1., cit., p.359.

decadência, dirigindo-se esta preferencialmente aos denominados direitos potestativos, enquanto aquela refere-se aos direitos providos de pretensão, formulando dessarte ligação da prescrição às demandas condenatórias e da decadência às constitutivas.¹⁹

Numa concepção relativamente diferenciada, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA afirma que a prescrição extintiva conduz à perda do direito pelo titular negligente, implicando algo mais que a simples perda da ação. Argumenta considerar esdrúxulo que o ordenamento reconheça o direito, proclamando sua oponibilidade ao sujeito passivo, mas recuse meios para seu eficaz exercício. Assim, se o direito é reconhecido não deve ser desprovido da possibilidade de proteção em juízo, motivo pelo qual com o perecimento da ação extingue-se efetivamente o próprio direito.

Já com relação à decadência sustenta que figura como perecimento do direito em razão do seu não exercício em termo pré-determinado. Assim, ela acaba por fulminar a relação jurídica pela omissão no exercício de faculdade em tempo pré-estabelecido, enquanto a prescrição atinge um direito que não tem prazo para ser implementado mas que veio a encontrar obstáculo com a criação de uma situação contrária, oriunda da inatividade do sujeito. Em síntese, o fundamento da prescrição se identifica num interesse de ordem pública em que não sejam perturbadas situações contrárias constituídas ao longo do tempo; enquanto a decadência teria sua razão na inércia do sujeito quanto à utilização de um poder de ação dentro de limites temporais estabelecidos para seu uso.²⁰

Outra colaboração ao estudo do tema forneceu YUSSEF SAID CAHALI.

Anota o autor a predominância no Brasil da doutrina segundo a qual a prescrição atinge diretamente a ação e de forma indireta o direito por ela tutelado, enquanto a decadência fere o direito e apenas de forma reflexa a ação. Aduz todavia que este posicionamento não resiste à crítica decorrente do surgimento da autonomia do direito de ação, deixando claro que a concepção tradicional é um resquício do pensamento romano a respeito da *actio*.

Acrescenta ainda que o melhor critério até então identificado pela doutrina para a distinção dos prazos decadenciais e dos prescricionais, com base científica e sem levar em consideração apenas os efeitos produzidos em cada caso concreto, é aquele que parte da natureza das posições jurídicas tuteladas, valendo-se da distinção chiovendiana entre direitos a uma prestação e direitos potestativos.²¹

De outro lado NICOLAU NAZO, em extenso trabalho a respeito da decadência, abordou a dificuldade de sua diferenciação quanto à prescrição seja do ponto de vista histórico como do direito comparado, examinando a evolução doutrinária e legislativa na França, na Itália, na Alemanha e no direito brasileiro. Embora não tenha

¹⁹ Gomes, Orlando, *Introdução ao direito civil*, cit., p.508/509.

²⁰ Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, v.1, cit., p.435 e 440.

²¹ Cahali, Yussef Said, *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*, cit., p.12/28. Mais adiante serão examinadas as idéias invocadas pelo autor, sendo a distinção das espécies de direitos atribuída a Chiovenda, e sua implementação para a finalidade de diferenciação entre os institutos aqui examinados, na doutrina nacional, de autoria de Agnelo Amorim Filho.

declarado expressamente sua concepção a respeito do tema, colhe-se de sua elaboração a propensão para o acolhimento de soluções similares àquelas que partem da distinção entre os direitos tutelados, bem como do afastamento das idéias tradicionais de prescrição da ação e decadência do direito.²²

Estas idéias gerais foram retomadas por outros articulistas que, recentemente, debruçaram-se sobre o tema.²³

Exemplificando, para RAIMUNDO GOMES DE BARROS a decadência ocorre quando o indivíduo possui um poder por meio do qual, em determinado prazo previsto em lei, pode submeter outro indivíduo a um estado de sujeição de forma unilateral e não o faz, revelando-se nisso o caráter potestativo do instituto. De outro lado verifica-se a prescrição quando já se constituiu o direito, e passa a fluir o prazo para a obtenção de sua proteção em juízo, mediante o exercício do direito de ação.

Daí a conclusão desse autor no sentido de que decaem pela inércia do titular direitos ainda em formação, que não chegaram a se constituir, que dão margem exclusivamente a ações constitutivas; enquanto prescrevem as ações de natureza condenatória, em que o direito em verdade já existe.²⁴

Sem prolongar mais ainda o exame da doutrina anterior, necessário formular uma conclusão sobre o desenvolvimento científico sobre o tema até então.

A síntese que pode ser feita a propósito da doutrina acima referida é de que: a) em que pese o esforço na elucidação da questão, não houve êxito na identificação de critério claro para diferenciar a prescrição e a decadência; b) a maioria das idéias, conceitos e critérios fornecidos partia da concepção imanentista do direito de ação; c) os critérios identificados voltavam-se prioritariamente aos efeitos de cada um dos institutos, e não à sua essência, advindo daí sua insuficiência.

4.A concepção diferenciada de Pontes de Miranda.

Seja pela autoridade científica de seu autor, como ainda pela nota diferencial com relação à doutrina globalmente considerada, merece exame em tópico destacado o pensamento de PONTES DE MIRANDA sobre o tema da prescrição e da decadência.

²² Nazo, Nicolau, *A decadência no direito civil brasileiro*, cit., p.93/127.

²³ Entre outros, podem ser apontados v.g.: Glanz, Aída, “A prescrição e a decadência no direito privado brasileiro e no direito comparado”, cit.; Barros, Raimundo Gomes de, “Decadência e prescrição: distinção ontológica”, cit.; Cruz, Maria Isabel da, “Prescrição e decadência: alguns aspectos característicos”, cit.; Joffily, Geraldo, “Prescrição e decadência”, cit.; Sobrinho, Jorge Hage, “A prescrição e a decadência no projeto do novo Código Civil”, cit.; Reis, Palhares Moreira, “Decadência e prescrição”, cit..

²⁴ Gomes de Barros, “Decadência e prescrição...”, p.91/92.

É necessário ressaltar como premissa ao entendimento e correta valoração da obra doutrinária do mestre que seu posicionamento muitas vezes dissidente da doutrina em geral, em diversos temas, decorre das influências da doutrina germânica evidenciadas em sua formação jurídica.

Feita essa ressalva, não se pode deixar de examinar sua concepção a respeito do assunto aqui estudado.

O tratadista situa a questão examinando apenas a prescrição, deixando de fazer referência expressa ao problema da decadência, ao menos nos termos em que abordado pela doutrina dominante.

Para tanto, parte dos conceitos de direito, pretensão e ação, formulando clara separação entre cada um deles, afirmando que há direitos que perderam ou não têm pretensão ou ação, que identifica como “direitos mutilados”, e que, segundo aduz, equivocadamente a doutrina indica como sendo casos de “obrigações naturais”.²⁵

Conceitua a pretensão afirmando tratar-se de “*posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa*”. Esclarece que pela infeliz definição contida no §194 do Código Civil alemão, de que seria ela “*o direito de exigir de outrem ato ou abstenção*” determinando ainda submeter-se a prescrição, acabou o legislador por confundir direito e pretensão, “definindo o efeito pela causa”. Daí a razão pela qual parte dos doutrinadores alemães acabaram confundindo-a com outros conceitos, como o direito subjetivo e a ação. Sua finalidade é a satisfação daquilo que é devido por parte do obrigado.

Anota desse modo que a pretensão trata-se de categoria relacionada à *exigibilidade* de determinada situação jurídica tutelada, ou seja ao cumprimento de determinada comissão ou omissão por parte de terceira pessoa, não estando presente no caso dos direitos que denomina de “formativos” (que se identificam com os classicamente conhecidos como potestativos), modificadores ou extintivos, que operam por si sem a necessidade de ato ou omissão do devedor.²⁶

Afirma no mesmo sentido que todo direito, toda pretensão, toda ação e toda exceção, possuem seu próprio conteúdo, determinador de sua própria extensão. Assim, no direito de crédito a pretensão pode ser exercida extrajudicialmente ou judicialmente, neste último caso através do ajuizamento da ação cabível. Salienta contudo o ponto relevante de sua tese no sentido de que embora sejam normalmente exercidos de forma conjunta, não se confundem, podendo haver direito sem pretensão, pretensão sem direito, ou mesmo uns e outros sem ação.²⁷

Nessa linha de raciocínio, a pretensão é exercida perante o obrigado diretamente ou através do Estado, normalmente do Estado-juiz. Mas nem sempre isso ocorre com o exercício da ação, exemplificando com a idéia de que quem interpela judicialmente exerce sua pretensão em face do devedor, sem contudo exercer o

²⁵ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*, t.6, p.69, 92 e 98.

²⁶ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.5, p.503/509.

²⁷ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.6, p.104.

direito de ação. Assim, “ter pretensão” configuraria ter interesse na satisfação daquilo que em tese é devido, e exercê-la seria exigir efetivamente a prestação.²⁸

Salienta no mesmo sentido que por vezes o titular da pretensão exige, mas não pode propor a ação; se sua exigência é atendida a pretensão está satisfeita, caso contrário nada poderá ser feito por ele.²⁹ Desse modo, conclui que a pretensão nasce com a exigibilidade direito, e o que advém da violação ao direito é a ação³⁰

Partindo dessas premissas, conceitua o mestre a prescrição no Código Civil brasileiro como “*exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação*”.³¹ Desse modo, a prescrição atingiria não somente a ação, mas a pretensão, minando-a e conseqüentemente o próprio direito.³²

Assim, o que conclui o mestre das asserções acima sintetizadas é que a pretensão não se confunde com o direito subjetivo e tampouco com a ação. Configura-se como *exigibilidade* do direito, o que pode ser feito através da ação (demanda judicial) ou não. A pretensão, não o direito ou a possibilidade de demandá-lo em juízo, é que seria fulminada pela prescrição, atingindo-se apenas de modo reflexo a ação e o direito. Por essa linha de pensamento a ocorrência da prescrição implica inexigibilidade do direito e impossibilidade de uso da via judicial para sua obtenção, embora aquela posição jurídica ainda exista, agora como “obrigação natural”, ou na dicção de PONTES DE MIRANDA como direito sem pretensão e sem ação.

É importante notar que o autor trata da decadência como hipótese de simples preclusão, e fala desta no caso dos “*direitos formativos*”, que pelo que se observa da sua análise do problema equivalem aos direitos potestativos.

Assim, aduz que os prazos preclusivos ou de caducidade não se confundem com os prazos prescricionais, pois naqueles as pretensões ou ações efetivamente se extinguem, não ficam apenas “encobertos” como nestas.³³

Desse modo, anota que a preclusão é extinção de efeito dos fatos jurídicos e dos próprios efeitos jurídicos. Nela, diferentemente do que ocorre na prescrição que decorre da inércia do titular do direito, o tempo flui naturalmente: só pode ser obstado o efeito preclusivo em virtude do exercício do direito ou da ação pelo titular. A diferença de eficácias da preclusão e da prescrição está em que a primeira atinge diretamente o próprio direito, a pretensão e a ação, enquanto a última fulmina diretamente a pretensão e apenas de forma indireta e ação e o direito.³⁴

²⁸ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.6, p.126/127.

²⁹ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.6, p.127.

³⁰ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.6, p.128.

³¹ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.6, p.135.

³² Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.6, p.138.

³³ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.6, p.148.

³⁴ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.6, p.173/174.

É importante observar também que quando o emérito tratadista passa a enumerar os casos que seriam de prescrição e aqueles identificados como “preclusivos”, enquadra na primeira categoria as hipóteses de demandas de natureza condenatória, e na segunda as de natureza constitutiva.

Como mencionado inicialmente, essa linha de desenvolvimento do tema foge por completo ao clássico posicionamento da doutrina brasileira, mas certamente servirá, ainda que parcialmente, para subsidiar a compreensão da matéria no novo Código Civil em virtude da dicção legislativa, como oportunamente será observado.

5. Breve referência à doutrina italiana.

Aqui também sem a intenção de esgotar o exame do direito comparado, cabe ressaltar que importantes premissas para a compreensão do assunto estudado foram obtidas no âmbito do direito italiano.

No começo do século passado, ainda sob a vigência da anterior codificação civil elaborada no século dezenove, identificava-se a absoluta controvérsia doutrinária e jurisprudencial não só com relação à efetiva existência de diferença ontológica quanto aos institutos da prescrição e da decadência, como quanto aos critérios para a distinção. Isso decorria entre outras coisas da insuficiência das prescrições da legislação a respeito.

A propósito, o Código Civil então em vigor trazia no art.2105 apenas a definição de prescrição, esclarecendo constituir-se em um meio pelo qual com o decurso do tempo e sob condições determinadas o indivíduo adquire um direito ou é liberado de uma obrigação. No mesmo dispositivo estavam, portanto, os conceitos de prescrição aquisitiva e extintiva, não havendo referência à decadência.³⁵

A partir desse quadro conceituava-se a prescrição extintiva como sendo uma exceção com que o réu, chamado a satisfazer uma obrigação ou uma coisa submetida a um direito real, vem a ser liberado de tal obrigação se por um espaço de tempo determinado por lei o autor que tem direito negligencia de fazer valer suas razões, ou mesmo de exercer o seu próprio direito.³⁶

Anote-se do mesmo modo que incontáveis autores tentaram estabelecer critérios objetivos para diferenciar os institutos aqui analisados sem êxito. Embora com diferentes enfoques acabavam por deixar de lado a essência dos fenômenos acabando por identificar os pontos de distinção em aspectos secundários, como v.g. as origens de cada um deles, sua aplicação ou regime jurídico.

Nesse sentido afirmava-se v.g. que quanto à *origem*, ter-se-ia que: a) a prescrição tem fundamento na lei; b) a decadência surge pela lei, por convenção, por determinação judicial ou por testamento. De outro lado, quanto à

³⁵ Sabato, Raffaele, “Prescrizione in genere (materia civile), *Digesto italiano*, v. XIX, cit., p.464/465.

³⁶ Sabato, “Prescrizione...”, p.465.

aplicação, afirmava-se que: a) a prescrição podia ser suspensa ou interrompida e não poderia ser conhecida de ofício pelo juiz; enquanto b) a decadência não estaria sujeita a interrupção ou suspensão, mas poderia ser conhecida de ofício.³⁷

Acrescente-se que nessa mesma época reclamava-se a atenção para o fato de que a decadência tem um sentido mais amplo, que acaba se traduzindo na perda de faculdades ou direitos não só em virtude de inação ao fim de determinado termo, mas também como penalidade decorrente de certa conduta ativa ou omissiva, com exemplo nas mais diversificadas áreas do direito.³⁸

Não se olvidava o sentido da expressão no âmbito do processo civil, compreendendo o exercício do direito de ação, delineando-se com facilidade em função de um termo fixado de modo improrrogável para a prática de ato procedimental, sob pena de perda do direito ou da faculdade prevista na lei.³⁹

É imperativo recordar, ainda, a importante contribuição de CHIOVENDA ao tema, na medida em que extremou categorias jurídicas em que podem ser inseridos e qualificados os direitos, fornecendo com isso elemento essencial de trabalho o tema aqui tratado.

Separava o mestre duas grandes classes de direitos: a) *direitos a uma prestação*, tendentes a um bem da vida a conseguir-se mediante comportamento positivo ou negativo de outras pessoas; b) *direitos potestativos*, considerados como direitos tendentes a uma modificação do estado jurídico existente.

Os direitos a uma prestação poderiam ser *absolutos* (dirigidos a todas as pessoas indiscriminadamente), *relativos* (dirigidos a determinadas pessoas), *reais* (fundados na propriedade) e *personais* (derivados de relações envolvendo pessoas).⁴⁰

Quanto aos direitos *potestativos*, aduzia que careciam completamente daquilo que é característico dos direitos a uma prestação, ou seja precisamente a obrigação de uma pessoa de realizar determinada conduta ou abstenção.⁴¹

Por força dessa categoria jurídica fica claro que a lei confere a alguém o poder de influir com sua manifestação de vontade sobre a condição jurídica de outra pessoa, sem o concurso da vontade desta, seja fazendo cessar um estado jurídico existente ou um direito, seja ainda produzindo um novo direito ou estado jurídico. São poderes que se manifestam mediante simples declaração de vontade, ou ainda com intervenção do Estado-juiz mediante a prolação de sentenças constitutivas. A sujeição,

³⁷ Sabato, "Prescrizione...", p.465/467, faz resenha sintética das dezenas de autores italianos, franceses e alemães de seu tempo e do século dezenove, que sob diferentes perspectivas chegaram a critérios de diferenciação que dizem respeito só a aspectos secundários e aos efeitos dos institutos, fugindo da gênese e da essência do problema. Ele mesmo acaba por firmar posição com os critérios mencionados no texto, que são evidentemente insatisfatórios.

³⁸ Casone, Gaetano, "Decadenza". *Digesto italiano*, v. IX, cit., p.492/500.

³⁹ Casone, "Decadenza"... p.496/497.

⁴⁰ Chiovenda, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, v.1, cit., p.26/28.

⁴¹ Chiovenda, *Instituições...*p.30.

aí, é característica com relação àquele que sofre o efeito da manifestação de vontade alheia.⁴²

Essa distinção é relevante para a diferenciação das hipóteses de prescrição e de decadência, como será analisado posteriormente.

Verifica-se desse modo que a confusão instalada no direito brasileiro não foi privilégio de nossos juristas, sendo identificado o mesmo problema em outros contextos normativos, inclusive na Itália.

Aliás, ainda hoje o tema é tratado por vezes sem a precisão desejada, referindo-se alguns escritos de forma não absolutamente clara à prescrição, em hipóteses que poderiam ser assimiladas a casos de decadência.⁴³

Uma vantagem todavia poderia *a priori* ser identificada no âmbito do ordenamento italiano com relação ao tema, na medida em que o próprio legislador tentou efetuar a distinção conceitual entre os institutos.

Nesse sentido é indicativo o próprio texto legislativo que trata da prescrição, ao prever o art.2934 do Código Civil italiano que todo direito se extingue por prescrição, quando o titular do direito não o exercita pelo tempo determinado por lei. Do mesmo modo, o art.2964 procura elucidar os casos de decadência ao tratar da inaplicabilidade das regras da prescrição, prevendo que quando um direito deve ser exercido dentro de termo determinado sob pena de decadência, não se aplicam as normas relativas à interrupção da prescrição, bem como as relativas à suspensão, salvo expressa previsão em sentido contrário.⁴⁴

De todo modo, mesmo com a expressa opção do legislador de “conceituar” para esclarecer, a doutrina continuou concluindo no sentido da insuficiência do critério legislativo, na medida em que a dicção legal a respeito poderia ter sido mais pormenorizada, bem como por haver inúmeros textos de leis esparsas em que há fixação de prazo mas não há esclarecimento quanto a tratar-se de prescrição ou decadência, criando a possibilidade de dúvidas operacionais.⁴⁵

Daí o reconhecimento da importância, em que pese o ordenamento civil em vigor, da definição de critérios científicos para a identificação dogmática das hipóteses de decadência ou da prescrição.⁴⁶

⁴² Chiovenda, *Instituições...*, p.30/32.

⁴³ Nesse sentido, v.g.: Vitucci, Paolo “La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento”, cit.; Naatucci, Alessandro, “Risoluzione per inadempimento e prescrizione”, cit.; Caponi, Remo, “Gli impedimenti all’esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione”, cit.; escritos nos quais nos próprios temas dos artigos identifica-se a confusão conceitual, com a menção à “prescrição” de ações anulatórias, que por definição são constitutivas e portanto sujeitas a prazos decadenciais.

⁴⁴ Cahali, *Aspectos processuais...*, faz a observação acima, fazendo coro à doutrina italiana que louvou a opção do legislador, tendente a facilitar a identificação dogmática e prática da incidência de um ou outro instituto em casos específicos.

⁴⁵ Ferrucci, Romeo, “Prescrizione estintiva (diritto civile)”, *Novissimo digesto italiano*, v. XIII, cit., p.643.

⁴⁶ Ferrucci, “Prescrizione...”, p.643.

Assim, a doutrina tradicional acabava por definir a prescrição, seguindo o próprio critério legislativo, como sendo a perda do direito pelo não exercício durante o tempo determinado na lei. Nessa linha de raciocínio, adotada segundo autorizada doutrina pela maioria dos civilistas italianos, o efeito extintivo incide sobre o próprio direito. Dito de outro modo, com a ação prescreve ao mesmo tempo o próprio direito, e isto não porque se confunda direito substancial com ação, mas sim porque sendo a tutela judiciária de caráter imanente e essencial ao direito, inviabilizada aquela também com ela viria a perecer este último. Por outro lado, a sobrevivência de um direito à possibilidade de sua tutela (ação) não teria utilidade prática. Daí a tendência à insubsistência das denominadas obrigações naturais no direito moderno.⁴⁷

No que pertine à decadência, a mesma doutrina salienta sua incidência quanto a relações jurídicas às quais a lei ou mesmo a vontade do indivíduo estabelece previamente um termo fixo, dentro do qual deve ser promovida a ação. Terminado esse termo já não poderá mais ser exercida. É dispensável qualquer aferição quanto à ocorrência de negligência do titular ou impossibilidade concreta que se tenha verificado. O que importa é o decurso do termo.

Nessa linha de pensamento não é o direito que se extingue com o escoar do tempo, sendo ao contrário correto afirmar que há impedimento à aquisição de um direito. A faculdade cujo exercício foi vinculado de antemão a um termo nasce originariamente com uma limitação de tempo, de forma que não pode mais ser implementada quando superado este limite temporal.

Não são contudo fornecidos critérios claros de diferenciação entre os institutos em exame, sendo entretanto indicados como casos de decadência hipóteses claras de demandas constitutivas.⁴⁸

É conhecida também a lição carnelutiana com relação ao tema.

Aduz o doutrinador que a prescrição, como fato jurídico espacial e de origem processual, significa a perda de um direito por causa da inércia do seu sujeito. O que extingue o direito subjetivo é a inércia de seu titular diante da violação, não tanto por si só mas em razão do prolongamento do estado de inação por tempo determinado.

Assim, exemplifica afirmando que se extingue o direito de crédito por não ter sido exercitado por certo tempo, e extingue-se o direito real quando, diante de sua violação, o titular por certo tempo não reage. Salienta inclusive erro de perspectiva ao configurar-se *v.g.* a usucapião como prescrição aquisitiva, na medida em que a aquisição da propriedade não é um *prius*, mas um *posterius*. Nesse sentido, esclarece que o possuidor não poderia adquirir a propriedade se o *dominus* não a houvesse perdido. Na prescrição dita aquisitiva, desse modo, o fato essencial é a prescrição extintiva, a perda do proprietário, enquanto a correlata aquisição do possuidor se explica por sua ocupação da *res*, que em virtude da extinção do domínio precedente tornou-se *res nullius*.⁴⁹

⁴⁷ De Ruggiero, Roberto, *Instituições de direito civil*, v.1, cit., p.411/412, 416/417.

⁴⁸ De Ruggiero, *Instituições...*, p.430/432.

⁴⁹ Carnelutti, Francesco, *Teoria generale del diritto*, cit., p.208/209.

A respeito da decadência salienta que a nulidade relativa ou anulabilidade dos atos traz consigo os inconvenientes relacionados à incerteza. Para sua eliminação o período de pendência da resolubilidade deve ser abreviado, para convalidação ou invalidação durante um tempo determinado. Assim, decadência e nulidade são conceitos diversos, mas correlatos.

Acresce que a decadência refere-se à eficácia do tempo como *distância*, por exprimir a extinção de uma relação jurídica pelo defeito no cumprimento do ato em determinado termo. A distinção entre a eficácia do tempo como *distância* ou como *duração* serve para esclarecer a diferença entre a decadência e a prescrição e entre conceitos contíguos mas diversos, relativos à prescrição e à perempção.

Anota que tanto a prescrição como a perempção dizem respeito ao tempo como duração, não como distância, e por isso são fatos jurídicos puramente temporais ou, em outros termos, atos omissivos. A distinção entre decadência, de um lado, e prescrição e perempção de outro, funda-se em última análise na separação entre relações e modificações jurídicas. A prescrição seria, nesse raciocínio, conceito pertencente não à teoria das relações mas à teoria dos atos, da mesma forma que a perempção.

De outro lado, enquanto a decadência derivaria da natureza da relação e exprimiria a ineficácia do seu exercício além de um certo momento do tempo, prescrição e perempção denotam um fato, consistente na omissão prolongada no tempo, i. é, por certo período. Daí a possibilidade de suspensão e interrupção da prescrição e da perempção, e sua inadmissibilidade quanto à decadência.

Em síntese, para a decadência importa que um poder seja exercitado dentro de uma certa “*distantia temporis*”. Já para a prescrição e a perempção importa que a omissão tenha uma certa *duração*.⁵⁰

Desse modo acabam sendo identificados e criticados pela doutrina como critérios de distinção aqueles relacionados a: a) contraposição feita entre direito e potestade, como objeto respectivamente da prescrição e da decadência; b) contraposição entre extinção e impedimento, no sentido de que a decadência não comportaria a perda do direito mas sim a falta de sua aquisição pela não realização, em termo pré-estabelecido, de um elemento da *fattispecie* aquisitiva; c) contraposição entre tempo como distância e tempo como duração, no sentido de que a não atividade estaria relacionada a toda a sua duração na prescrição, enquanto ligada somente a um *punctum temporis* para a decadência. Afirma-se assim que se tratam em verdade simplesmente de diversificados modos de observação do mesmo problema, com relativa relevância na medida em que para ambos os institutos um certo poder se perde quando uma certa atividade não seja realizada em termo pré-fixado.⁵¹

Anota-se também que mesmo quando o Código Civil italiano afirma que “o direito se extingue pela prescrição”, a expressão direito deve ser

⁵⁰ Carnelutti, *Teoria...*, p.336/338.

⁵¹ Ferrucci, “Prescrizione...”, p.644.

compreendida em sentido amplo e não literal, não se limitando à categoria dos direitos subjetivos, mas em sentido compreensivo da generalidade de situações jurídicas ativas.

Daí a definição de prescrição sugerida como modo geral de extinção de situações jurídicas ativas, fundado na inércia do titular objetivamente considerada.⁵²

No mesmo sentido é a conclusão de que o direito em verdade não fica fulminado pela prescrição, mas só enfraquecido, sendo admissível salvo expressa disposição legal sua invocação como exceção, ainda que inviável a propositura de ação.⁵³

A doutrina aduz também que é possível caracterizar de modo genérico a decadência como perda de uma situação subjetiva ativa, verificada pela inobservância de normas imperativas que impõem determinado comportamento ao titular daquela, independentemente da fixação de um termo, ou mesmo por causa da falta de um requisito de idoneidade necessário para que determinada relação exista ou continue existindo. Fala-se assim em decadência a título de pena (primeira hipótese) e a título de incompatibilidade (segunda hipótese).⁵⁴

Todavia, o que importa é o conceito civilista, decorrente aliás da dicção do Cód. Civil italiano não sem críticas por parte dos estudiosos daquele País. Com relação especificamente à decadência no âmbito do direito civil, identifica-se como constante conceitual a perda de uma situação subjetiva ativa como efeito do inadimplemento de um ônus, falando-se ainda em “*autoresponsabilità*” do titular daquela situação ativa.⁵⁵

Uma das formas de identificação da distinção entre prescrição e decadência verifica na primeira uma “perda jurídica”, e na segunda a “não aquisição do direito”, localizando o fenômeno da decadência fora da esfera de aplicação da idéia de direito subjetivo. Desse modo, ela acaba sendo delineada como um fenômeno que diz respeito à *fattispecie* e que não incide ou se repercute sobre a esfera jurídica subjetiva. Assim, a ocorrência da decadência não significa que seja eliminado o efeito de uma *fattispecie* jurídica já perfeita, mas sim que venha a faltar a possibilidade de que se verifique um dos elementos da referida situação qualificada juridicamente em razão do decurso *in albis* do tempo no qual deveria verificar-se.⁵⁶

Apresenta-se também como aspecto de diferenciação dos dois fenômenos examinados o fundamento teleológico da decadência. Relacionada ela a direitos potestativos (de modificação unilateral de determinada situação jurídica que fica em estado de suspensão, de pendência ou de incerteza), serviria para conferir definitividade e consequentemente segurança quanto à configuração da relação jurídica,

⁵² Ferrucci, “Prescrizione...”, p.644/645.

⁵³ Ferrucci, “Prescrizione...”, p.645/646.

⁵⁴ Sabatini, Giuseppe, “Decadenza (diritto civile). *Novissimo digesto italiano*, v.5, cit., p.232.

⁵⁵ Sabatini, “Decadenza...”, p.232.

⁵⁶ Sabatini, “Decadenza...”, p.232.

evitando-se que o estado de sujeição do titular do pólo passivo perdure indefinidamente.⁵⁷

Não fica contudo sem crítica a distinção que toma por base a espécie de direitos considerados, argumentando-se que no ordenamento italiano identificam-se direitos potestativos sujeitos à prescrição e, ao contrário, direitos de crédito sujeitos a prazos decadenciais. Assim, na peculiar natureza dos direitos potestativos poderia ser colhida a razão do emprego normal – não exclusivo – do mecanismo da decadência.⁵⁸

Numa outra concepção mais recente chega a doutrina a afirmar, com amparo na própria definição legal em vigor constante do art.2934 do Código Civil italiano, que ao extinguir-se pela prescrição não só o direito mas também a correlativa obrigação, mais correto seria falar de extinção da inteira relação jurídica. Esta correção de perspectiva, dirigindo a atenção ao sujeito passivo da relação, que tem a disponibilidade com relação aos efeitos do instituto, permitiria resolver o problema de seu fundamento: trata-se de meio de proteção do interesse privado à liberação do vínculo obrigatório.⁵⁹

No mesmo sentido e com fundamento no art.2964 do vigente Código Civil, afirma autorizada doutrina que a decadência pode ser caracterizada como extinção de um direito (em sentido amplo), disposta pela falta de exercício dentro de determinado termo, estabelecido para que o próprio exercício possa ser implementado. Nessa concepção, seriam identificados como seus elementos: a) seu *objeto*, ou seja o direito; b) uma *fattispecie*, ou seja a falta de exercício até determinado termo; c) seu *efeito jurídico*, ou seja a extinção do direito; d) sua *ratio*, reconduzindo o mencionado efeito àquela *fattispecie*.⁶⁰

Anote-se também que atualmente não é pacífico o entendimento de que a decadência incida só na hipótese de direitos potestativos, embora predomine sua incidência nesses casos. Sendo seu objeto a “situação jurídica”, pode incidir sobre variadas categorias de direitos.⁶¹ Daí a afirmação de que a única fonte segura de distinção entre os dois institutos aqui estudados seria a própria lei.⁶²

Esta breve resenha formulada sem caráter exauriente deixa claro, como referido anteriormente, que as dúvidas sobre a configuração e elementos objetivos para a distinção entre a prescrição e a decadência ainda hoje não foram sanadas na doutrina italiana, em que pese a expressa previsão legal de ambos os institutos, que a princípio poderia parecer suficiente para solucionar o problema.

⁵⁷ Sabatini, “Decadenza...”, p.233.

⁵⁸ Sabatini, “Decadenza...”, p.235.

⁵⁹ Grasso, Biagio, “Prescrizione (diritto privato)”. *Enciclopedia del diritto*, v. XXXV, cit., p.56/57.

⁶⁰ Tedeschi, Vittorio, “Decadenza (diritto e procedura civile)”, *Enciclopedia del diritto*, v. XI, cit., p.773.

⁶¹ Tedeschi, “Decadenza...”, p.774.

⁶² Tedeschi, “Decadenza...”, p.791.

6.A tese de Câmara Leal.

Página marcante no direito brasileiro foi escrita por CÂMARA LEAL em primorosa tese que, se não solucionou por si só todas as incertezas dogmáticas e concretas sobre o tema, significou sensível evolução no trato científico de sua sistematização.

Salienta o autor inicialmente interessante aspecto relacionado à origem etimológica e histórica da palavra “prescrição”, afirmando que decorria inicialmente não da essência do instituto, mas sim pelo fato de referir-se às ações temporárias concedidas pelo pretor romano no período formulário. Assim, nas referidas ações - que se contrapunham às perpétuas - na edição da fórmula, antes dos elementos específicos inerentes a esta (*demonstratio, intentio, condemnatio e adjudicatio*), era fixado um prazo para o exercício da ação, findo o qual ela não mais poderia ser utilizada. Daí o termo *paescriptio*, derivado do verbo *paescribere*, com o significado daquilo que havia sido escrito antes da fórmula propriamente dita.⁶³

Identificava o mestre como objeto da prescrição a própria ação, podendo inclusive o direito sobreviver à extinção daquela. Daí a identificação dos elementos integrantes da prescrição como sendo: a) a existência de uma ação exercitável (*actio nata*); b) a inércia do titular da ação pelo seu não exercício; c) continuidade da inércia durante certo lapso de tempo; d) ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.⁶⁴

Com essas premissas ficou delimitado o conceito de prescrição como sendo a “*extinção de uma ação ajuizável em virtude da inércia de seu titular durante certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.*”⁶⁵

De outro lado, identifica o autor a dificuldade de se delimitar o conceito de decadência, considerando a inexistência de qualquer indicação legislativa no Código Civil, que trata apenas do outro instituto, bem como que há prazos indicados como de prescrição que evidentemente não o são.

Ademais, o fato essencial e comum a ambos – inércia continuada do titular durante certo lapso de tempo – seria o motivo principal para a ocorrência da confusão de conceitos.

Traçando um paralelo entre os dois fenômenos decorrentes do tempo, define a decadência como “*extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo pré-fixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado*”.⁶⁶

Assim, sendo embora a inércia e o tempo elementos comuns aos dois institutos, identificar-se-ia a distinção quanto ao objeto e ao momento de atuação.

⁶³ Câmara Leal, Antônio Luís da, *Da prescrição e da decadência*, cit., p.17/21.

⁶⁴ Câmara Leal, *Da prescrição...*, p.23 e 25.

⁶⁵ Câmara Leal, *Da prescrição...*, p.26.

⁶⁶ Câmara Leal, *Da prescrição...*, p.115.

Na decadência a inércia estaria voltada ao exercício do direito, operando o tempo seus efeitos desde o nascimento deste. Já na prescrição a inércia estaria voltada ao exercício da ação, operando o tempo seus efeitos desde o nascimento desta, que em regra é posterior ao nascimento do direito por ela protegido.⁶⁷

Desse modo centra CÂMARA LEAL toda sua doutrina de diferenciação sobre o *objeto* dos institutos. Aduz assim que é de decadência o prazo estabelecido por lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício de *direito* pelo titular. Será de prescrição quando fixado não para o exercício de direito, mas para o exercício da *ação* que o protege. Todavia, se o direito deve ser exercido por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, representando na prática o exercício da ação a própria implementação do direito, o prazo fixado para a utilização da ação será de decadência.⁶⁸

Ao final deixa clara sua concepção com oportuna síntese do paralelismo dos dois fenômenos.

Indica diversos *característicos diferenciais*. Inicialmente quanto: a) ao *objeto* (a prescrição atinge a ação, a decadência o direito); b) ao *direito* (a prescrição supõe um direito já exercido pelo titular, existente efetivamente, mas cujo exercício sofreu obstáculo pela violação de terceiro; a decadência supõe direito não exercido, existente apenas potencialmente); c) à *ação* (a prescrição supõe uma ação cuja origem é distinta da origem do direito, tendo assim nascimento posterior ao do direito; a decadência supõe uma ação cuja origem é idêntica à do direito, sendo simultâneo o nascimento de ambos); d) ao *exercício da ação* (na prescrição o exercício da ação não se confunde com o exercício do direito, porque a ação não representa o meio de que dispõe o titular para exercitar seu direito, mas apenas o remédio jurídico de que se pode socorrer para remover o obstáculo criado ao exercício do direito; na decadência o exercício da ação e o exercício do direito se identificam, porque a ação representa o meio de que deve servir-se o titular para realizar o efetivo uso de seu direito).

Arrola também a *diversidade de conseqüências jurídicas*, pois: a) a decadência corre contra todos e não admite suspensão em favor daqueles contra quem não corre a prescrição; b) a decadência tem curso fatal, não se suspendendo ou interrompendo pelas causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, só podendo ser obstada sua consumação pelo efetivo exercício do direito, ou da ação quando esta constitui o meio pelo qual deve ser exercitado o direito; c) a decadência, extinguindo o direito, deve ser conhecida de ofício pelo juiz, não se lhe aplicando a proibição para tanto que existe com relação à prescrição de ações patrimoniais.

Sobre a *diversidade de efeitos* anota quanto: a) ao *direito* (a prescrição não extingue, direta e imediatamente o direito, mas a ação que o protege, ficando o direito extinto só por conseqüência se não houver outro meio eficaz para sua proteção; a decadência extingue direta e imediatamente o próprio direito); b) à *ação* (a prescrição extingue somente a ação para cujo exercício foi estabelecida, podendo o direito ser pleiteado por outra ação, se houver; assim, prescrita a ação executiva, poderá o crédito cambial ser postulado em ação ordinária; prescrita a possessória sumária será

⁶⁷ Câmara Leal, *Da prescrição...*, p.115.

⁶⁸ Câmara Leal, *Da prescrição...*, p.124.

viável a ordinária; já a decadência prejudica toda e qualquer ação, impedindo de forma absoluta que seu titular invoque o direito como fundamento de qualquer pretensão em juízo; assim, o marido que deixou decair o direito de contestar a filiação do filho nascido de sua esposa não poderá postular em juízo sua separação com amparo nesse fundamento).

Finalmente, indica como *critério prático para diferenciação* a fixação do foco do observador nas seguintes circunstâncias: a) se o direito e a ação nascem concomitantemente, do mesmo fato; b) se a ação representa o meio de que dispõe o titular para tornar efetivo o exercício de seu direito. Verificadas ambas, o prazo é de decadência.⁶⁹

É evidente que mesmo sendo discutíveis os critérios e conclusões tirados pelo autor, o grande valor de sua obra, como já referido, foi a sua sistematização.

Ainda que seja possível afirmar que talvez não tenha ele ferido a essência dos institutos analisados de forma absoluta, buscando soluções relacionadas primordialmente às suas conseqüências práticas, acabou ele fornecendo elementos objetivos seguros para a elucidação de situações práticas relacionadas à vida do foro.

Aí a razão para o reconhecimento da inquestionável importância doutrinária de seu labor, e a reverência da qual será sempre digno através dos tempos na história do direito brasileiro.

7.A contribuição de Agnelo Amorim Filho.

Em época mais recente foi editado o trabalho de AGNELO AMORIM FILHO, que embora tratando-se de artigo doutrinário publicado em periódico jurídico, possivelmente tenha sido a elaboração doutrinária mais precisa a respeito do tema.

Aproximando-se da gênese do problema captou o autor a essência do que era imprescindível para realizar, não pelos efeitos ou conseqüências mas pela própria natureza do fenômeno, a distinção precisa das hipóteses de prescrição e de decadência.

Anota inicialmente que o critério mais difundido para a diferenciação da natureza dos prazos, como prescricionais ou decadenciais, é no sentido de que a prescrição atinge a ação, ao passo que a decadência alcança o direito. Todavia, conclui que esse método carece de base científica, na medida em que pretende estabelecer a separação pelos efeitos dos dois fenômenos.⁷⁰

⁶⁹ Câmara Leal, *Da prescrição...*, p.393/397.

⁷⁰ Amorim Filho, Agnelo, “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, cit., p.9.

Do mesmo modo, com relação à linha de raciocínio estabelecida por CÂMARA LEAL, AGNELO AMORIM reconhece seu valor prático mas não o aceita e critica-o por falta de “base científica”. Chega a tal conclusão por não ter sido identificada uma “norma” para diferenciar as hipóteses de um ou outro fenômeno, bem como por não ter sido fornecido elemento objetivo de identificação de ações imprescritíveis.⁷¹

Dessa forma, parte o doutrinador para a construção de um método para solução do problema calcado na classificação de CHIOVENDA a respeito dos direitos, utilizando-se particularmente da categoria dos denominados *direitos potestativos*. Assim, argumenta com amparo naqueles poderes que a lei concede a determinada pessoa de influir unilateralmente com sua manifestação de vontade sobre a esfera do patrimônio jurídico de outras pessoas, sem o concurso da vontade destas, que ficam em evidente estado de sujeição com relação ao titular do direito.⁷²

Ademais, tratando-se de direitos insuscetíveis de violação a eles não corresponde uma prestação, podendo ser citados inúmeros exemplos como: poder do mandante e do doador de revogarem o mandato e a doação; poder do cônjuge de promover a ação de separação; poder do condômino de desfazer a comunhão; poder do herdeiro de aceitar ou não a herança; poder dos interessados de promover a invalidação dos atos jurídicos nulos e anuláveis (contratos, testamentos, casamentos), etc..⁷³

Anota que alguns desses direitos podem ser exercidos: a) com simples declaração de vontade do seu titular; b) outros com declaração de vontade associada à aceitação da outra pessoa envolvida, sob pena de ser necessário exercê-los em juízo; c) e finalmente outros em que há necessariamente que ser feito seu exercício em juízo mesmo que haja a concordância da outra pessoa atingida pela implementação do direito potestativo, como no caso da anulação de casamento.

Na hipótese em que os direitos potestativos têm que ser exercidos em juízo o que se pretende é a constituição, modificação ou extinção de determinada situação ou relação jurídica, i. é, a obtenção de um provimento de natureza constitutiva, positiva ou negativa. Observa em contrapartida que quando se pretende uma prestação, o que se tem é uma ação cujo provimento será de natureza condenatória.⁷⁴

Observa em consequência o autor que só se pode falar na existência de pretensão, no sentido material do termo, naqueles casos em que há violação do direito, e com a violação o surgimento do direito de ação. Recorda para tanto que no próprio direito alemão, onde teve origem a idéia de pretensão, há expressa previsão no §194 do respectivo Código Civil conceituando-a como sendo o direito de exigir de terceira pessoa uma ação ou omissão, prevendo ainda o §198 que a prescrição começa com o nascimento da pretensão. Daí a sua conclusão de que não são todas as

⁷¹ Amorim Filho, “Critério científico...”, p.10.

⁷² V. item 5 *supra*.

⁷³ Apenas alguns entre os inúmeros exemplos fornecidos por Amorim Filho, “Critério científico...”, p.11/12.

⁷⁴ Amorim Filho, “Critério científico...”, p.14/16.

ações que dão origem à prescrição, mas só aquelas nascidas em decorrência da lesão a um direito.⁷⁵

Partindo das premissas acima sintetizadas, ou seja da noção de que a violação do direito e o início do prazo prescricional são correlatos, bem como com a distinção de categorias de direitos formulada por CHIOVENDA, chega o doutrinador ao seu primeiro “critério científico” para o equacionamento do problema. Afirma pois que *só os direitos a uma prestação, que podem gerar ações condenatórias, podem ser colhidos pela prescrição, e que os direitos potestativos, por definição direitos sem pretensão (em sentido estritamente material), sendo insuscetíveis de lesão ou violação e gerando ações constitutivas, não podem jamais dar origem a prazo prescricional.*⁷⁶

Avançando em seu raciocínio esclarece o civilista que só na classe dos direitos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude de seu não exercício em determinado tempo. Anota assim seu segundo critério, observando que *os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os potestativos, e por consequência só as ações constitutivas podem estar sujeitas a prazos decadenciais, desde que especialmente fixados em lei.*

Em síntese, se a ação é condenatória o prazo para seu exercício é prescricional, e se é constitutiva seu prazo é decadencial.⁷⁷

Seguindo o mesmo desenvolvimento lógico, passa o doutrinador a tratar da hipótese das ações declaratórias. Observa que elas não tendem a uma prestação, e tampouco à modificação de uma situação jurídica, mas simplesmente à obtenção de uma certeza jurídica por parte de seu autor. Assim, não estão ligadas a prazos decadenciais ou prescricionais. Fica confirmada sua asserção pelo fato de que nenhum dos prazos previstos no Código Civil trata de ações declaratórias, mas só de condenatórias ou constitutivas.

Daí seu terceiro critério ou conclusão no sentido de que *as ações declaratórias são “imprescritíveis”.*⁷⁸

Fica registrado também no prodigioso estudo que a impressão equívoca de que o Código Civil de 1916 fornece é no sentido da inexistência de ações “imprescritíveis”. Isso por determinar o art.179 que as hipóteses que não estejam expressamente reguladas pelo Código (indicadas no art.178 ou mesmo na parte especial) sejam enquadradas nos prazos gerais do art.177.

Ora, o engano decorre do fato de que os prazos do art.177 são relacionados a ações sobre direitos reais e pessoais, ou seja sobre direitos a uma prestação, que de conformidade com o raciocínio sintetizado acima são de natureza condenatória. Tratando-se assim de prazos prescricionais, não se referem a ações constitutivas, sujeitas somente a prazos decadenciais.

⁷⁵ Amorim Filho, “Critério científico...”, p.19.

⁷⁶ Amorim Filho, “Critério científico...”, p.19/20.

⁷⁷ Amorim Filho, “Critério científico...”, p.22/23.

⁷⁸ Amorim Filho, “Critério científico...”, p.26/27.

Decorre desta argumentação o terceiro critério definido pelo autor, relacionado às ações “perpétuas”, termo por ele proposto ao lugar do inapropriado uso da expressão “imprescritíveis”, que se refere apenas às condenatórias que em verdade sempre prescrevem. Assim, conclui que *são perpétuas todas as ações não sujeitas nem a prescrição nem indiretamente à decadência, ou seja todas as meramente declaratórias, e as constitutivas que não tenham prazo especial definido em lei, inexistindo ações condenatórias imprescritíveis.*⁷⁹

Ao final, sintetiza o prodigioso doutrinador suas conclusões: a)estão sujeitas à prescrição todas as ações condenatórias e só elas; b)estão sujeitas a decadência as ações constitutivas que têm prazo especial para exercício fixado em lei; c)são perpétuas as constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei e todas as ações declaratórias; d)não há ações condenatórias perpétuas nem sujeitas a decadência; e)não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; f)não há ações declaratórias sujeitas a prescrição ou decadência.⁸⁰

Verifica-se desse modo e ao cabo do referido estudo, que AGNELO AMORIM FILHO foi seguramente aquele que conseguiu escapar à análise meramente empírica do problema, fundamentada nos seus aspectos simplesmente secundários, adentrando na essência da diferenciação ontológica entre a decadência e a prescrição, fornecendo critérios efetivamente dogmáticos para sua compreensão e distinção.

Pode-se inclusive arriscar que, salvo equívoco, o raciocínio por ele desenvolvido não foi até hoje superado ou contestado de forma eficaz, permanecendo em pleno vigor sua valia e utilidade conceitual e prática, para os estudiosos do direito e para os profissionais do foro.

8.A disciplina da matéria no novo Código Civil brasileiro.

Diversamente do que ocorria na estrutura do Código Civil de 1916, que nada dizia a respeito da decadência e tratava apenas da prescrição, o novo Código (Lei nº10406 de 10 de janeiro de 2002) passou a tratar expressamente dos dois institutos.

Ao que parece o legislador procurou seguir o exemplo dos códigos civis italiano e alemão, que fazem expressa referência à prescrição e à decadência, tentando ainda que de forma singela conceituar os dois institutos⁸¹ com a finalidade de elucidar de uma vez por todas as discussões pendentes sobre o tema.

Estabelece assim o novo Código Civil brasileiro no art.189 que *“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os art.205 e 206”*.

⁷⁹ Amorim Filho, “Critério científico...”, p.33.

⁸⁰ Amorim Filho, “Critério científico...”, p.37.

⁸¹ No Código Civil italiano arts.2934 (prescrição) e 2964 (decadência); no Código Civil alemão (BGB) o § 194, que trata da prescrição extintiva e da aquisitiva.

Com relação à decadência, sem defini-la determinou a lei no art.207 que “*salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição*”.

Ambos os institutos estão previstos na Parte Geral da lei, dentro do Livro III que trata “*Dos fatos jurídicos*”, no Título IV com a rubrica “*da prescrição e da decadência*”.

Além disso o Código tratou dos dois assuntos ao estabelecer expressamente prazos prescricionais e decadenciais.

Sem prejuízo de outras normas eventualmente identificadas na Parte Especial do Código, pois não há aqui preocupação em formular enumeração exaustiva que extravasaria os limites deste estudo, quanto aos prazos verifica-se a determinação na Parte Geral de que v.g.: a) o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação nem convalesce pelo decurso do tempo, não estando portanto sujeito a prazo decadencial (art.169); b) é de quatro anos o prazo decadencial para pleitear-se a anulação de negócio jurídico fundado em coação, erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, e o celebrado por incapaz (art.178); c) quando a lei dispuser que determinado ato é anulável sem estabelecer prazo (decadencial) para pleitear-se anulação, será este de dois anos a contar da data da conclusão do ato (art.179); d) é de cento e oitenta dias a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade o prazo decadencial para pleitear-se a anulação de negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado (art.119); e) foram discriminados prazos verdadeiramente prescricionais, pois relacionados a possíveis demandas condenatórias (art.205 e 206).

O que resta então a verificar é, basicamente: a) qual o critério que o legislador adotou para diferenciar as hipóteses de prescrição daquelas de decadência; e b) se o conceito legislativo é suficiente a ponto de afastar dúvidas a respeito do tema.

Observa-se inicialmente que com respeito à prescrição foi clara a letra da lei ao determinar que a prescrição atinge a *pretensão*, e que esta nasce com a violação do direito do titular.

Mas o que viria a ser essa “*pretensão*” cujo nascimento advém da violação do direito de determinada pessoa, e que será atingida pela prescrição?

A propósito do tema versou a exposição de motivos enviada em 16 de janeiro de 1975 pelo professor MIGUEL REALE, Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do novo Código Civil, ao então Ministro da Justiça ARMANDO FALCÃO.

Ali ficou consignado expressamente: a) a dificuldade que o tema sempre suscitou na doutrina e na jurisprudência; b) a adoção de critério topológico de distinção, pelo qual os prazos contidos na Parte Geral, Título IV Capítulo I seriam de prescrição, e de decadência todos os demais, estabelecidos em cada caso como

complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Parte Especial; c) opção pela solução que reconhece a prescrição da pretensão e não da ação.⁸²

Mas é possível arriscar a afirmação de que a solução consistente simplesmente na técnica de discriminação de prazos por opção legislativa, associada ao critério topológico, é insuficiente. Basta recordar que há outros prazos de prescrição e de decadência que são previstos em leis especiais, que não contarão com a elucidação sistemática formulada pelo próprio legislador no contexto do novo Código Civil.

Como distinguí-los?

Este simples fato demonstra que a questão ainda não está sepultada, permanecendo sua atualidade em razão da necessidade de verificação de outras hipóteses possivelmente não alcançadas pelas soluções advindas da nova lei.

9.O alcance da expressão “pretensão”.

Como já referido, o novo Código afirma claramente que a prescrição atinge a “pretensão”, que nasce em decorrência da violação do direito, e na exposição de motivos subscrita pelo professor MIGUEL REALE ficou salientado que esta opção deveu-se ao reconhecimento da evolução doutrinária, na medida em que há muito superou-se “a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos”.

Segundo autorizada doutrina, o posicionamento esposado pelo mestre paulista é de que não são as ações ou os direitos que sofrem prescrição ou decadência, mas a sua possibilidade de exercício, i. é a pretensão de exercê-los ou realizá-los. A expressão “pretensão” seria aí empregada com uma acepção especial, esvaziada do conteúdo psicológico-volitivo e delineado como categoria funcional ou operacional. Não como categoria jurídica autônoma, mas como nexos instrumental voltado à realização do direito por meio da ação. Assim, esse enfoque seria o motivo da elaboração da definição de pretensão como sendo “vínculo deontológico de implicação

⁸² Merece transcrição o excerto da Exposição de motivos do Prof. MIGUEL REALE, na qualidade de Supervisor da Comissão Revisora: “18. Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da prescrição e decadência, que, anos a fio, tanto a doutrina como a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes. Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela Política legislativa. Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. Prazos de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial. 19. Ainda a propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltar. Trata-se de saber se prescreve a ação ou a pretensão. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos.”

*necessária entre um direito subjetivo, ainda que suposto, e a ação adequada à realização garantida do interesse invocado”.*⁸³

Desse modo, estaria sendo formulada uma prévia separação do problema do direito subjetivo e da ação, conceitos distintos e irreduzíveis a denominador comum, ambos implicados entretanto numa relação de polaridade, na medida em que o nexos entre eles seria representado pela pretensão, considerada sob dois prismas ou momentos, vale afirmar como “pretensão à titularidade do direito” e “pretensão à tutela jurisdicional do Estado”.

A pretensão à titularidade do direito seria analisada do ponto de vista do direito subjetivo, que pode ser satisfeito independentemente da ação, embora essa permaneça sempre na condição virtual de instrumento de proteção. No que atine à pretensão à tutela jurisdicional do Estado, seria examinada do ponto de vista da ação, embora esta possa ser exercida independentemente da existência do direito subjetivo.⁸⁴

A partir daí chegar-se-ia à conclusão de que a prescrição extingue uma “pretensão de direito”, enquanto a decadência estaria a excluir uma “pretensão de ação”. De conformidade com tal concepção, os efeitos da prescrição e da decadência dependeriam da polarização da primeira no sentido do aspecto subjetivo do titular do direito, e da segunda no aspecto objetivo da ordem processual. Daí por exemplo a possibilidade de suspensão do fluxo do prazo prescricional ou mesmo renúncia à prescrição que já se operou, diversamente do que ocorre com a decadência, pois em razão de sua objetividade inviabilizar-se-ia sua suspensão, pois seu prazo correria de forma inexorável.⁸⁵

No mesmo sentido a doutrina de MOREIRA ALVES, um dos insígnis integrantes da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Civil, declinando em escrito suas principais observações que também constaram de relatório do qual foi encarregado para a Parte Geral, apresentado pela mencionada Comissão revisora à Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

Naquela oportunidade salientou o mestre que o conceito de pretensão ainda não havia sido bem definido, mas que o Projeto a identificava como aquilo que SAVIGNY denominara *ação em sentido substancial ou material*, em contraposição a *ação em sentido formal ou processual*.⁸⁶

Vale a pena recordar que para SAVIGNY a relação surgida com a lesão ao direito denominava-se “direito de agir” ou “ação”, referida simplesmente à faculdade do ofendido de proteger seu direito. Era empregada contudo do mesmo modo para designar a efetiva atividade do lesado, por meio da citação ou do “libelo introdutivo”. Assim, falava o célebre doutrinador alemão de “ação” no sentido

⁸³ Nazo, *A decadência...*, p.100, mencionando estudo inédito do professor Miguel Reale, intitulado “Direito, pretensão e ação”.

⁸⁴ Seria essa a concepção do prof. Miguel Reale, cfr. Nazo, *A decadência...*, p.100/101.

⁸⁵ Reale, *apud* Nazo, *A decadência...*, p.102.

⁸⁶ Moreira Alves, José Carlos, *A Parte Geral do projeto de código civil brasileiro*, cit., p.151.

“material”, como sinônimo do direito de agir, e no sentido “formal” quando se referia ao procedimento, ou seja ao efetivo exercício em juízo daquele direito.⁸⁷

Adotada assim a idéia de que a prescrição alcançava a pretensão, era necessário ao novo texto defini-la, o que foi feito com a afirmação de que ela surge com a violação do direito. Isto, a *contrariu sensu*, justificaria também a desnecessidade de definição da decadência, na medida em que ela se refere aos denominados direitos potestativos, por natureza invioláveis e despidos de pretensão, e portanto não sujeitos à prescrição mas sim à decadência.⁸⁸

Dito de outro modo, anotava o mestre que se verifica a decadência quando um direito potestativo não é exercido extrajudicialmente ou judicialmente dentro do prazo previsto para este desiderato. Pela inexistência de pretensão decorrente de violação a direito, havendo sim exercício de direito pela obtenção de provimento judicial, não seria mesmo necessária qualquer definição legal da decadência.⁸⁹

Para a correta compreensão do conceito de pretensão não se pode fugir do exame, ainda que sintético, da origem da idéia.

A propósito do tema, na célebre polêmica sobre a *actio* romana do ponto de vista do direito moderno, WINDSCHEID anotava que figurava aquela como faculdade da qual dispunha o cidadão romano de impor sua vontade pela via judiciária, como que se colocando no lugar do direito para aquela cultura jurídica. Assim, o ordenamento não seria formado de direitos mas de *pretensões* (*anspruch* para os alemães) judicialmente postuláveis.⁹⁰

Deixava assim assente o autor que a *actio* era expressão apta a indicar aquilo que se pretende de terceira pessoa, ou seja, apta a indicar a própria *pretensão*, estando “ao posto” da pretensão. Isso não significava entretanto que ambas fossem a mesma coisa, mas sim que a *actio* figurava como o fazer valer a pretensão em juízo.⁹¹

Daí sua conclusão de que se a *actio* era a expressão romana utilizada para indicar a pretensão jurídica, a prescrição atingia esta última de forma direta, ficando alcançada apenas de forma conseqüente a obrigação.⁹²

Esta concepção foi, como se sabe, criticada por MUTHER, para quem no lugar da expressão “prescrição da pretensão”, deveria ter sido utilizada a idéia de “prescrição da pretensão à tutela estatal em razão de uma lesão ao direito”. Discordava assim este autor da conclusão de seu oponente afirmando que a pretensão

⁸⁷ Savigny, F. Karl von, *Sistema del diritto romano attuale*, v. V, cit., p.5.

⁸⁸ Moreira Alves, *A Parte Geral*...p.151/152.

⁸⁹ Moreira Alves, *A Parte Geral*..., p.155/156.

⁹⁰ Windscheid, Bernhard, “L””actio” del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno”, *Polemica intorno all’”actio” di Windscheid e Muther*, cit., p.8/9.

⁹¹ Windscheid, “L””actio”..., p.12/14.

⁹² Windscheid, “L””actio”..., p.57/61.

compreendia a “obrigação natural”, que em verdade não ficaria extinta pela prescrição de acordo com a tese do próprio WINDSCHEID.⁹³

Embora as idéias dos dois autores envolvidos em tal polêmica, relacionada à moderna visão do escólio oriundo do sistema do direito romano, não tenham sido aproveitadas integralmente, elas tiveram o condão de auxiliar o despertar dos estudiosos do direito para a evolução dos estudos do processo e para a autonomia deste segmento da ciência jurídica.

Assim, anota a doutrina que em decorrência do confronto de idéias ocorrido entre os dois romanistas resultou a conclusão de ambos no sentido de que no direito moderno a ação é um direito à tutela jurídica, cujo titular passivo é o próprio Estado. Tais concepções teriam também influenciado ADOLF WACH, que posteriormente desenvolveu com amparo naqueles argumentos a teoria da ação como direito concreto de agir, sendo ainda influenciados HELWIG e CHIOVENDA.

Ademais, como importante reflexo da polêmica verificou-se a ocasião surgida para que VON BÜLOW desenvolvesse seu raciocínio quanto à existência de dois planos referentes às relações entre as partes, ou seja o âmbito material e o processual. Daí a asserção de que a ação é dirigida contra o órgão estatal competente, bem como o surgimento da idéia dos pressupostos processuais diversos dos inerentes à relação de direito material controvertida.⁹⁴

Ademais, desvinculando a ação do conceito romano de *actio*, WINDSCHEID, acabou influenciando o campo civil e o processual.

De acordo com PUGLIESE, o conceito de pretensão (*anspruch*) ficava identificado com o equivalente moderno da *actio* e delineado como situação jurídica substancial, naturalmente distinta da ação em sentido processual, não identificável de outro lado com o direito subjetivo, do qual teria representado simples emanção.⁹⁵

Assim, se o conteúdo substancial da *actio* acabava como que transfundido na pretensão, ou seja se a ação não compreendia mais o poder de pedir em juízo o cumprimento de um ato ou a omissão prescrita pela norma substancial, formando esse poder a essência da pretensão, era fácil extrair o corolário de que na ação fosse possível identificar uma faculdade ou poder de fato independente do direito subjetivo substancial e respeitante também a quem não tivesse direito algum.⁹⁶

Embora outros autores já tivessem anteriormente invocado o conceito de pretensão, inclusive SAVIGNY, foi WINDSCHEID que teve o mérito de

⁹³ Muther, Teodor, “Sulla dottrina dell’”actio” romana, dell’odierno diritto di azione, della “litiscontestatio” e della successione singolare nelle obbligazioni”, *Polemica intorno all’”actio” di Windscheid e Muther*, cit., p.261/262.

⁹⁴ É a lição de Dinamarco, *Fundamentos...*, p.90/92, afirmando ainda que a partir dessa polêmica é que nasceu o verdadeiro “direito processual científico e sistemático”, em razão da discussão sobre temas como a ação, a relação processual e estrutura do ordenamento jurídico (p.282).

⁹⁵ Pugliese, Giovanni, “Introduzione”, *Polemica intorno all’”actio” di Windscheid e Muther*, cit., p.13/17.

⁹⁶ Pugliese, “Introduzione”, p.18.

conferir a essa idéia uma importância geral, identificando nela a acepção pessoal dos direitos, seja de crédito, seja reais ou absolutos, transformando-a em figura familiar a todos os teóricos e práticos do direito. Daí a tendência de individualizar no “direito ao comportamento” alheio senão o núcleo, pelo menos o elemento comum dos vários direitos subjetivos, tomando como ponto de partida a noção de pretensão.⁹⁷

Observa-se contudo que a imprecisão do conceito em questão teria sido retificada por CARNELUTTI, que afastou definitivamente a idéia de que a pretensão pudesse ser, mesmo nas relações reais e absolutas, um elemento intermediário entre a ação e o direito subjetivo, nascido em decorrência de certos pressupostos do último.

Teria assim, por obra deste autor, ficado esclarecido que à obrigação de ter um determinado comportamento não corresponderia um autêntico poder de exigi-lo, mas somente a uma expectativa, cuja base e garantia estariam na norma que prescreve aquele comportamento. Tal expectativa seria propriamente o que diversas correntes doutrinárias italianas teriam concebido como a *pretesa*, algumas depois identificando-a como direito subjetivo, outras vendo nela ao contrário um elemento essencial do próprio direito subjetivo, compreendido como complexo de atribuições conferidas pelo ordenamento jurídico a um sujeito para a satisfação de um seu interesse.⁹⁸

Como já referido em outro tópico, PONTES DE MIRANDA foi quem, em nossas plagas, tratou com propriedade do tema, procurando extremar os conceitos de direito subjetivo, ação e pretensão.

Traduzindo de forma precisa a concepção doutrinária germânica, esclareceu o mestre que a pretensão é a *exigibilidade* do direito subjetivo, que pode verificar-se entre outros meios através da ação.⁹⁹

Em que pese a carga *sincrética* ou *immanentista* da linguagem assim empregada, e feitas as advertências decorrentes do atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, é possível compreender qual o alcance da expressão pretensão, no modo como invocada no novo Código Civil ao tratar da prescrição.

É importante também advertir que o conceito de pretensão, nos termos acima delineados, *não se confunde com a concepção de pretensão processual*, devendo ser de antemão afastadas as possíveis dificuldades em virtude da utilização da mesma palavra para definir objetos distintos.¹⁰⁰

⁹⁷ Pugliese, “Introduzione”, p.30/31, indica outros autores que antes de WINDSCHEID invocavam o conceito de *anspruch*, traduzido para o italiano como *pretesa*: UNTERHOLZNER (Obbligazioni, 2 vol., 1840), utilizando-o para exprimir a condição do credor e definindo pretensão como “poder jurídico de exigir a prestação”; também SAVIGNY, falando em seu “Sistema”, ainda que de forma não muito clara, da possibilidade nascida da violação de um direito de pedir ao violador a reparação da lesão.

⁹⁸ Pugliese, “Introduzione”, p.33/34.

⁹⁹ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t.5 e 6, *passim*.

¹⁰⁰ Dinamarco, *Fundamentos...*, p.282.

Quando se examina a questão da pretensão do ponto de vista processual, voltam-se os olhos do estudioso do direito para o âmbito do denominado objeto litigioso do processo.

E a respeito desse, longe de ser pacífica se mostra ainda hoje a discussão.

Clássica, a propósito, a tese de SCHWAB sobre o objeto litigioso do processo civil, na qual o autor após examinar o posicionamento de inúmeros autores de seu tempo - entre eles LENT, ROSENBERG, NIKISCH, STEIN-JONAS-SCHÖNKE, BAUMBACH-LAUTERBACH e BÖTICHER - delimita sua conclusão a respeito do tema.

O autor salienta que o tema é de imprescindível exame em razão dos desdobramentos que produz quanto a aspectos dinâmicos da demanda em juízo, como nos problemas da acumulação de demandas, a sua modificação, a litispendência, bem como da coisa julgada.

Após o exame desses aspectos acaba sintetizando seu entendimento, de que o objeto litigioso do processo civil se consubstancia na pretensão processual, ou seja no pedido. Todavia, o próprio autor admite a insuficiência de sua afirmação em determinados casos, particularmente quando se trata de analisar a problemática relativa à coisa julgada. Assevera assim que é necessário o exame do denominado “estado de coisas”, ou seja dos fundamentos da demanda (causa de pedir) para a compreensão do alcance do objeto litigioso, i. é, do pedido formulado na ação.¹⁰¹

Estas mesmas idéias foram posteriormente reexaminadas pelo autor, fazendo sua reafirmação com algumas ponderações, trazendo à discussão os questionamentos relativos às teorias substanciais e processuais a respeito do objeto litigioso do processo.

Nessa nova oportunidade, o autor procurou separar os conceitos de pretensão processual e pretensão material, apresentando inúmeras dificuldades práticas decorrentes da confusão existente na época entre os dois institutos.¹⁰² Ademais, anotou que tanto aqueles que sustentam as novas teorias substanciais como os que se apegam às processuais têm se valido do mesmo conceito, qual seja a concreta *fattispecie* (acontecimento material qualificado juridicamente) que em teorias duplamente articuladas (no sentido material e processual) acabaria por adquirir importância semelhante ao da demanda (*antrag*, ou seja o pedido).

Assim, mesmo a finalidade da ação, aquilo que constitui seu pedido, adquire concepções de maior significado. Ainda que se cuide das teorias substanciais renovadas, vários direitos subjetivos que levam ao mesmo fim vêm necessariamente considerados como meros pontos de vista jurídicos ou fundamentos da uma única pretensão (processual). Anota todavia que tais discussões ainda não foram

¹⁰¹ Schwab, Karl Heinz, *El objeto litigioso em el proceso civil*, cit., *passim*, especialmente p.241/252.

¹⁰² Schwab, “La teoria dell’oggetto del processo nell’attuale dottrina tedesca”, cit., p.315/318.

solucionadas adequadamente, particularmente quanto ao significado para o objeto do processo da concreta *fattispecie*, bem como do próprio pedido.¹⁰³

A propósito do mesmo tema manifestou-se em ocasião mais recente HABSCHEID, analisando a questão do objeto do processo e conseqüentemente o alcance da expressão pretensão na doutrina alemã.

Para este autor o objeto do processo se constitui de duas partes: a pretensão do autor, que aparece nas suas conclusões (pedido) e que compreende seja o direito substancial seja o processual, e o estado de fato (causa de pedir) sobre o qual se funda tal pretensão. Deixa claro todavia o autor que a pretensão a que se refere é a de natureza processual, ou seja as conclusões ou pedido do autor, que não se confunde com a pretensão material.¹⁰⁴

Na abalizada doutrina de CRUZ E TUCCI, identifica-se a informação de que por muito tempo grassou a controvérsia a respeito do objeto litigioso do processo, particularmente quanto à sua abrangência em razão das conseqüências práticas relacionadas à litispendência, coisa julgada, cumulação de ações e modificação da demanda. Fazendo referência à importância da causa de pedir no tema e examinando a evolução do assunto no direito alemão, o Mestre deixa clara a noção de que embora tenham surgido inicialmente confusões entre os conceitos e finalidades da pretensão em sentido material e processual, posteriormente ambas as idéias ganharam contornos mais visíveis e evidentemente diferenciados.¹⁰⁵

Ainda que de forma indireta, interessante subsídio ao tema aqui analisado advém do posicionamento doutrinário de SIDNEY SANCHES, realizando estudo distintivo entre o “objeto do processo” e o “objeto litigioso do processo”.

Após traçar ampla resenha doutrinária sobre o assunto, sistematiza de forma clara sua concepção no sentido de que o *objeto do processo* é *gênero*. Trata-se de conceito mais amplo que envolve todas as matérias de fato e de direito relacionadas aos pressupostos processuais, as condições da ação, e ao próprio mérito, que devam ser examinadas pelo juiz mediante provocação das partes ou de ofício, seja como simples cognição ou mesmo para fins de julgamento propriamente dito, em caráter incidental ou principal.

Já o *objeto litigioso do processo* fica identificado como *espécie*. Trata-se de conceito mais estrito consubstanciado no próprio mérito. O autor identifica-o desse modo com os *pedidos* que podem ser formulados na demanda. *v.g.*: a)do autor formulado na inicial ou nas oportunidades em que o sistema processual permite sua modificação ou ampliação; b)do réu na reconvenção ou na contestação na hipótese de ações dúplices; c)do réu na ação declaratória incidental; d)do autor ou do réu contra terceiro na denúncia da lide; e)do réu no chamamento ao processo; f)de terceiro contra autor e réu no caso da oposição.¹⁰⁶

¹⁰³ Schwab, “La teoria...”, 329/330.

¹⁰⁴ Habscheid, Walter, “L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco”, cit., p.456/457 e 462.

¹⁰⁵ Cruz e Tucci, José Rogério, *A causa petendi no processo civil.*, cit., p.26 e 90/109.

¹⁰⁶ Sanches, Sidney, “Objeto do processo e objeto litigioso do processo, cit., p.23/25.

Sem perder de vista o tema do nosso estudo, o que se colhe do posicionamento acima referido é, mais uma vez, a visível diferenciação entre a pretensão material e a processual, aquela relacionada à exigibilidade do direito material, e esta última identificada com os pedidos formulados na demanda judicial.

Anotem-se finalmente as asserções de DINAMARCO sobre este intrincado tema. Passando em revista as diversas teses relacionadas ao conceito do mérito no âmbito do processo civil, finaliza com a conclusão de que o objeto litigioso do processo poderia identificar-se a princípio com a pretensão processual, compreendida como o pedido formulado na demanda iluminado pela causa de pedir, ressalvando todavia que a discussão ainda se encontra em aberto na doutrina, e que sua própria concepção a respeito ainda não está sedimentada.

Oportuno ressaltar que o Mestre deixa clara a distinção entre a pretensão material e processual. Anota que os doutrinadores alemães acabaram chegando a dois pontos fundamentais: a) a própria identificação do objeto do processo com a pretensão; b) a idéia da identificação da pretensão representativa do objeto do processo com a simples aspiração do demandante, canalizada pela demanda e sobre a qual deve ser editado o provimento judicial, que não se confunde com a *anspruch*, ou seja com a pretensão de direito material.¹⁰⁷

Ao cabo da digressão aqui realizada, pode-se delimitar com maior segurança a idéia de pretensão que foi adotada como pólo metodológico e operacional sobre o qual recair o conceito de prescrição.

Trata-se de fato da retomada daquele conceito civilista, de *pretensão no sentido material*, distinto do direito subjetivo bem como de sua instrumentalização em juízo pelo exercício do direito de ação. A pretensão a que se refere o legislador, no texto do novo Código Civil, é assim a *exigibilidade posição jurídica tutelada consubstanciada no direito subjetivo, que decorre da violação deste e se instrumentalizada em juízo através do exercício do direito de ação*.

10. Suficiência da distinção legal entre a prescrição e a decadência?

Como foi visto anteriormente inclusive com o exame da exposição de motivos e opiniões de célebres juristas que participaram de sua elaboração, entre eles os professores MIGUEL REALE e MOREIRA ALVES, o novo Código Civil procurou sistematizar a matéria e solucionar as dificuldades inerentes à diferenciação entre prescrição e decadência adotando premissas que podem ser assim sintetizadas: a) a prescrição atinge a pretensão material (exigibilidade do direito subjetivo), sendo ela expressamente definida pelo legislador, bem como seus casos; b) os prazos prescricionais teriam sido unificados na Parte Geral do Código; c) a decadência não foi clara e expressamente definida pelo legislador; d) estaria esta última relacionada

¹⁰⁷ Dinamarco, *Fundamentos...*, p.273, 275/276.

às hipóteses indicadas expressamente pelo legislador, de forma casuística, tanto na Parte Geral como na Especial do novo Código.

O modo pelo qual o tema foi tratado teve, sem dúvida alguma, o mérito de demonstrar uma clara opção metodológica do legislador por critérios que permitam compreender de modo mais preciso os institutos, facilitando a aplicação das normas inerentes a eles nos casos concretos.

Ainda que não seja aceita de forma unânime a idéia da pretensão material como eixo em torno do qual vem a ser formulada a teoria da prescrição, ao menos sua adoção revela uma solução mais coerente, tanto do ponto de vista teórico como na sua aplicação prática, que a vetusta e já superada concepção da prescrição em função do instituto da ação. Isso porque a afirmação de que a prescrição fulminaria a ação, como não se pode deixar de observar, releva a nítida confusão entre os planos material e processual do ordenamento jurídico, numa clássica concepção imanentista do direito à tutela jurisdicional, que não pode ser aceita na atual fase de desenvolvimento da ciência processual.

Parece contudo que tais premissas não porão a salvo de dúvidas outras hipóteses controversas que estejam fora do todo sistemático do novo Código, situadas assim na legislação esparsa anterior ou mesmo posterior a ele.

Pelos motivos já explanados inicialmente, continua assim presente a discussão a respeito da necessidade de claros critérios dogmáticos para diferenciar os dois institutos, mormente considerando a diversidade de regimes e de conseqüências entre o reconhecimento de um ou outro fator temporal de extinção da possibilidade de proteção a determinada situação jurídica.

Nesse sentido, pelas discussões de ordem não só acadêmica mas também pragmática que seguramente continuarão existindo, é oportuno procurar estabelecer modo simples e coerente, dotado de base científica, para divisar os casos de decadência daqueles sujeitos à prescrição.

E nesse desiderato é possível afirmar, com a ressalva de que o tema encontra-se ainda hoje aberto à salutar dialética dos estudiosos do direito, que as premissas e conclusões de AGNELO AMORIM FILHO apresentam-se em nosso tempo como plenamente adequadas ao exame do assunto, bem como que não se divorciam nem se contradizem quanto aos critérios e a normativa estabelecidos no novo Código Civil brasileiro.

É viável assim estabelecer como *premissas contemporâneas* para a solução de problemas inerentes à prescrição e à decadência que:

a) o legislador definiu como critério positivo que a prescrição é instituto que fulmina a pretensão de direito material, que se consubstancia na exigibilidade dos direitos que estão sujeitos a prestação (comissiva ou omissiva) por parte de alguma pessoa;

b) tal pretensão decorre efetivamente da violação do direito;

c) verifica-se a incidência da prescrição naqueles casos em que a demanda formulada em juízo tem por escopo exigir uma “prestação” por parte de

alguém, ou seja, nas quais se revela prevalente função condenatória da tutela jurisdicional, quando está presente a denominada “crise de adimplemento”;¹⁰⁸

d) não há situações de imprescritibilidade, pois o legislador definiu hipóteses expressas de prazos prescricionais, e ao lado delas prazos genéricos para os demais casos (art.205 e 206 do novo Cód. Civil);

e) o legislador ao contrário não definiu claramente o conceito de decadência, indicando aleatoriamente hipóteses específicas de sua verificação;

f) das hipóteses indicadas pelo legislador e a *contrariu sensu* da conceituação da prescrição, é possível concluir que os casos de decadência referem-se aos denominados direitos potestativos, em que há interferência unilateral na esfera jurídica alheia por parte do titular da posição jurídica tutelada;

g) tratar-se-á de caso de decadência, desse modo, sempre que a tutela jurisdicional destinar-se à solução de uma “crise de situação jurídica”, tendo função constitutiva;

h) os casos de decadência são taxativamente previstos pelo legislador, não havendo cláusula genérica prevendo prazo geral aplicável em casos omissos, o que dá margem a situações não sujeitas à decadência.

11.O regime processual dos institutos.

Tanto no Código de Processo Civil como no novo Código Civil encontram-se normas relacionadas particularmente ao regime processual dos institutos da prescrição e da decadência, o que ocorre em decorrência de seu caráter bifronte.

Numa breve resenha a respeito podemos destacar algumas disposições essenciais.

Em primeiro lugar, recorde-se que a citação determina a interrupção da prescrição, e no caso de direitos potestativos (ou, do ponto de vista processual, da tutela constitutiva) afasta a decadência, que não ocorre quando o direito é tempestivamente exercido, recordando que não está esta última sujeita a interrupção ou suspensão.¹⁰⁹

No mesmo sentido qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor terá o condão de interromper a prescrição, e a interrupção em si poderá ser promovida por qualquer pessoa que nisso ostente interesse jurídico.¹¹⁰

Além de deixar claro que a pretensão, sobre a qual recai a prescrição, nasce com a violação do direito, determinou ainda o novo diploma que a exceção prescreve no mesmo prazo que a pretensão.¹¹¹ Embora não houvesse no Cód. Civil de 1916 normas contendo tais disposições, particularmente a última relacionada à prescrição da exceção, é possível concluir que não há mais espaço para qualquer dúvida:

¹⁰⁸ Para o estudo e compreensão das denominadas “crises” jurídicas e sua relação com as diferentes espécies de tutela jurisdicional, v. DINAMARCO, *Instituições...*, vol.1, p.149/152.

¹⁰⁹ Nesse sentido art.219 do CPC e no novo Cód. Civil os art.202 I.

¹¹⁰ Nesse sentido art.202 V e 203 do novo Cód. Civil.

¹¹¹ Nesse sentido os art.189 e 190 do novo Cód. Civil.

operado o prazo prescricional não será viável a tutela de determinada posição jurídica por via da demanda judicial, e tampouco por via de defesa em demanda proposta contra o titular daquela posição. Utilizando exemplo tradicional da dívida prescrita, não dá ela margem à demanda para fins de cobrança, assim como não pode ser alegada em defesa para fins por exemplo de compensação. Mas remanesce no âmbito do direito material o reconhecimento da existência daquele direito, tanto que em caso de eventual pagamento, mesmo após a ocorrência da prescrição, torna-se inviável a repetição.¹¹²

Outra disposição importante diz respeito ao regime do conhecimento judicial dos prazos prescricionais ou decadenciais.

A esse respeito é de notar-se que: a) a prescrição e a decadência podem ser alegadas em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveitam;¹¹³ b) o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz;¹¹⁴ c) deve o juiz conhecer de ofício da decadência quando estabelecida por lei; se for convencional não pode o juiz suprir a alegação da parte;¹¹⁵ d) deve ser indeferida a inicial sempre que verificada desde logo a ocorrência da decadência e da prescrição, e evidentemente desde que se trate de caso em que possa ser conhecida de ofício.¹¹⁶

Quanto aos efeitos processuais do reconhecimento da prescrição e da decadência, é importante recordar que a sentença que as acolhe extingue o processo com julgamento do mérito independentemente do momento em que seja proferida, pois o que importa é seu conteúdo, sendo apta portanto à formação da coisa julgada material.¹¹⁷

Ficam assim consignadas observações de tópicos importantes, mas sem caráter exaustivo, a respeito do regime processual dos institutos.

Anote-se que não há aqui a intenção de esgotar o exame do assunto, que não se encerraria nos estreitos limites desse trabalho. Pretende-se somente chamar a atenção no sentido de que prescrição e decadência são efetivamente “pontes de passagem” entre o direito e o processo, vale afirmar, institutos que guardam peculiar importância para ambos os planos do ordenamento jurídico, e que devem ser compreendidos e estudados partindo desse enfoque metodológico.

¹¹² Nesse sentido o art.970 do Cód. Civil de 1916 e o art.882 do novo Cód. Civil, falando claramente na impossibilidade de repetição do que foi pago para solver dívida prescrita ou para “cumprir obrigação judicialmente inexigível”.

¹¹³ Cfr. art.193 e 211 do novo Cód. Civil; e art.267 §3º e 515 §§ do CPC.

¹¹⁴ Cfr.art.194 do novo Cód. Civil.

¹¹⁵ Cfr.210 e 211 do novo Cód. Civil; e art.219 §5º do CPC.

¹¹⁶ Cfr.art.295 IV do CPC.

¹¹⁷ Cfr.art.269 IV do CPC. Note-se, nesse sentido, que o art.810 do CPC determina claramente que quando a cautelar é extinta com o acolhimento da prescrição ou da decadência não é possível o aforamento de nova demanda. Isso decorre evidentemente do fato de que, em tal hipótese, terá havido julgamento do mérito na cautelar.

12. Conclusões.

Ao realizar síntese conclusiva sobre o tema desenvolvido no presente estudo é necessário advertir que não figurou aqui nenhuma premissa ou escopo de traçar a palavra final a respeito da matéria, e tampouco esgotar todos os seus aspectos ou facetas, cuja potencialidade de desdobramentos analíticos transcendem este simples escrito.

Espera-se sim que tenha ficado claro o enfoque objetivado e planejado, no sentido de permitir: a) a compreensão dos institutos analisados como de peculiar importância para o direito material e para o direito processual; b) o entendimento de sua essência e distinção recíproca; c) averiguar ainda que de forma sintética e superficial o modo como encontrar-se-ão disciplinados em nosso ordenamento, especialmente considerando a aproximação da vigência do novo Código Civil.

Enumerando assim algumas imprescindíveis observações, decorrentes do desenvolvimento dos escopos acima discriminados ao longo da pesquisa, é possível sintetizar que:

1) Há realmente determinados institutos e normas que, fugindo à clássica distinção entre materiais e processuais, por suas peculiaridades apresentam ao mesmo tempo importância para ambos os planos do ordenamento jurídico, funcionando como verdadeiros elos de ligação entre aqueles, sendo em função disso identificados como “bifrontes”.

2) Nesse quadro podem ser inseridos a prescrição e a decadência, pois embora sejam institutos relacionados ao direito material, particularmente ao decurso do tempo sem o exercício de posições jurídicas tuteladas, produzem efeitos e consequências relevantíssimas tanto naquele plano como também no âmbito do processo.

3) Sempre houve dúvidas a respeito da diferenciação dos dois fenômenos, decorrentes tanto da insuficiência do tratamento da questão no direito positivo, como de incertezas da própria doutrina sobre os domínios de cada um dos conceitos analisados.

4) Essas dúvidas não foram privilégio da doutrina brasileira, ao contrário diversificaram-se mundo afora, sendo feita ao longo deste estudo um exame perfunctório sobre as diversidades e incertezas dogmáticas no assunto.

5) Uma concepção tradicional e dominante, embora sujeita a constantes críticas, sintetizava a distinção afirmando que a prescrição atinge a ação e a decadência o direito. Todavia, a insuficiência dessas idéias deu margem a inúmeros estudos, em sua grande maioria também insatisfatórios, pois nada obstante fornecendo critérios práticos de diferenciação dos casos de prescrição e de decadência, examinavam os fenômenos pelas suas consequências e não pela sua própria essência, deixando de fornecer critério científico seguro.

6)Na doutrina brasileira não se pode deixar de mencionar a doutrina de CÂMARA LEAL que, embora não isento das críticas feitas pela doutrina em virtude do equivocado enfoque na solução do problema, como mencionado no item anterior, teve o mérito de realizar amplo estudo e sistematização de cada um dos institutos e suas hipóteses na legislação brasileira, fornecendo elementos distintivos revestidos de praticidade na sua utilização pelos operadores do direito.

7)Necessário registrar que a posição adotada por AGNELO AMORIM FILHO, ao sistematizar seu “critério científico” para distinguir a prescrição e a decadência e para identificar casos de ações “imprescritíveis” (*rectius* = não sujeitas a prazos decadenciais ou “perpétuas”, na dicção do referido autor), ainda hoje parece a mais correta. Correta esta afirmação seja do ponto de vista metodológico, por examinar a essência do problema e não somente suas conseqüências, seja ainda por propiciar efetivamente premissas e critérios gerais aptos a equacionar indiscriminadamente os casos concretos, em que o decurso do tempo inviabiliza a tutela da posição jurídica de determinada pessoa, determinando qual o instituto que incide naquela hipótese.

8)A síntese da teoria de AGNELO AMORIM FILHO indica que as demandas com finalidade condenatória estão sujeitas a prazos prescricionais, ao passo que as demandas de natureza constitutiva estão sujeitas a prazos decadenciais. Daí decorrem outras conclusões: a) não há casos de ações imprescritíveis; b) demandas condenatórias não estão sujeitas a prazos decadenciais; c) as demandas condenatórias estarão sujeitas a prazos especiais ou gerais de prescrição; d) as demandas constitutivas só estão sujeitas a prazos decadenciais, nunca a prescricionais; e) o prazo decadencial deve ser expressamente previsto em lei, não havendo cláusula geral de decadência; f) quando não há previsão expressa e típica de prazo decadencial a demanda constitutiva não está sujeita a limitação temporal (afirmando-se impropriamente que é “imprescritível”); g) demandas declaratórias não estão sujeitas a limites decadenciais ou prescricionais (afirmando-se impropriamente que são “imprescritíveis”).

9)O novo Cód. Civil, na tentativa de elucidar as dúvidas que sempre existiram sobre o tema, seguindo os exemplos dos congêneres italiano e alemão, procurou definir a prescrição, dizendo que ela atinge a pretensão, que nasce com a violação do direito. Não foi contudo definida a decadência, sendo portanto ainda hoje pertinente o labor doutrinário destinado a diferenciar os dois institutos.

10)A “pretensão” a que se referiu o legislador no novo Código Civil não se confunde que a pretensão *processual*. Esta, refere-se ao pedido formulado na demanda, ou seja o elemento objetivo que delimita o mérito do processo e seu objeto litigioso.

11)A “pretensão” prevista no novo texto legislativo é de natureza *material*, tendo o legislador brasileiro se utilizado do conceito oriundo do direito alemão da *anspruch*, previsto na legislação civil daquele país, cuja origem remonta ao trabalho doutrinário de WINDSCHEID, e que no direito brasileiro foi expressamente tratada e acolhida por PONTES DE MIRANDA.

12) Ainda que a solução esteja sujeita a críticas e eventualmente não receba a pacífica acolhida da doutrina brasileira do direito civil e processual, apresenta ela o mérito consistente em realizar uma opção metodológica clara, permitindo sua compreensão, o que não ocorria no Código Civil anterior e contribuía para a constante identificação de dúvidas operacionais na tratativa dos institutos.

13) Aceitando tais premissas e partindo delas, o que é imprescindível para compreender a sistemática que em breve entrará em vigor com o novo Código Civil, a *pretensão material* que se extingue com a prescrição não se confunde com o direito subjetivo (plano material) e tampouco com a ação ou demanda judicial (plano processual).

14) A *pretensão material*, que é atingida pela prescrição, nada mais é que a *exigibilidade do direito*. Assim fulminado ele continua a existir, podendo ser aqui eventualmente invocada ao menos para fins de compreensão e didáticos (não sem críticas), a categoria dos “direitos naturais” (PONTES DE MIRANDA fala claramente em “direitos mutilados” ou despidos de pretensão): existem mas não podem ser invocados por demanda judicial e tampouco por meio de defesa (exceção), em caso ação proposta por outrem contra o titular do direito sem pretensão. A propósito, a existência do direito desprovido de exigibilidade fica demonstrada no exemplo da dívida prescrita, pois em caso de eventual pagamento não será possível ao devedor promover judicialmente sua repetição.

15) Como a regulamentação contida no novo Código Civil não será suficiente para elucidar dúvidas relacionadas a casos em que a própria lei não seja clara, ou mesmo nas hipóteses contidas na legislação esparsa, continua sendo válido o critério proposto por AGNELO AMORIM FILHO, que realiza a distinção entre os casos de prescrição e de decadência partindo da espécie de direito e de tutela jurisdicional pretendida na demanda judicial.

16) O caráter bifronte dos institutos fica atestado na medida em que o seu regime processual conta com normas inseridas tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil, como foi possível observar em alguns exemplos indicados ao longo do estudo.

Junho de 2002.

13. Bibliografia.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *RT 300*, ano 49, outubro de 1960, p.7/37.

BARROS, Raimundo Gomes. Decadência e prescrição: distinção ontológica. *IOB. Repertório de Jurisprudência* n.5, mar/1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, 2ª ed..

CASONE, Gaetano. *Decadenza. Digesto italiano*, v. IX. Torino: UTET, 1926.

CAHALI, Yussef Said. *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*. São Paulo: RT, 1979.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 2ª ed..

CAPONI, Remo. Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione. *Rivista di Diritto Civile*, v.42, n.6, p.711/61, nov/dic 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro Italiano, 1951, 3ª ed..

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, 1ªed. (trad. Paolo Capitanio).

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, 2ªed..

CRUZ, Maria Isabel da, "Prescrição e decadência: alguns aspectos característicos". *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, 1996.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999, 1ª ed.. (trad. De Paolo Capitanio e atualização de Paulo Roberto Benasse).

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Prescrição e decadência. *Jurídica: Revista do Curso de Direito*. Vitória, v.2, n.2, p.65/71, out/2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994, 4ª ed..

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, 3ª ed..

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1975, 3ª ed..

FERRUCCI, Romeo. Prescrizione estintiva (diritto civile). *Novissimo digesto italiano*, v XIII, Torino: UTET, 1957.

GLANZ, Aída, A prescrição e a decadência no direito privado brasileiro e no direito comparado, *RT672*, outubro de 1991, p.65/71;

GRASSO, Biagio. Prescrizione (diritto privato). *Enciclopedia del diritto*, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 16ªed..

HABSCHEID, Walter J.. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. Padova, 1980, luglio/settembre 1980, anno XXXV (seconda serie), n.03.

HAGE SOBRINHO, Jorge. A prescrição e a decadência no Projeto do novo Código Civil. *Revista de doutrina e jurisprudência*. Brasília, n.54, p.22/50, mai/ago 1997.

JOFFILY, Geraldo. “Prescrição e decadência”, *Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal*, agosto de 1985.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, 22ªed..

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MUTHER, Theodor. Sulla dottrina del””actio” romana, dell’odierno diritto di azione, della “litiscontestatio” e della sucessione singolare nelle obbligazioni. *Polemica intorno all’”actio” di Windscheid e Muther*. Firenze: Stabilimenti tipolitografici Vallecchi, 1954.

NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959.

NATUCCI, Alessandro. Risoluzione per inadempimento e prescrizione. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, v.42, n.5, p.605/22, sett/ott 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 19ªed..

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookselles, 2000, 1ª ed..

PUGLIESE, Giovanni, Introduzione. *Polemica intorno all’”actio” di Windscheid e Muther*. Firenze: Stabilimenti tipolitografici Vallecchi, 1954.

REIS, Palhares Moreira. Decadência e prescrição. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, v.1, n.4, p.41/4, mar/abr/2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, 16ªed..

SABATINI, Giuseppe. Decadenza (diritto civile). *Novissimo digesto italiano*, v. V. Torino: UTET, 1957.

SABATO, Raffaele. Prescrizione in genere (materia civile). *Digesto italiano*, v.XIX. Torino: UTET, 1924.

SANCHES, Sidney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, vol.55, 6ºbimestre, 1978.

SAVIGNY, F. Karl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Vol. V (trad. Vittorio Scialoja). Torino: Unione Tipografico-editrice, 1893.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1968 (trad. Tomas A. Banzhaf).

_____.La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca. *Studi in onore di Antônio Segni*. Milano: Giuffrè, 1967.

SILVA, Eva Maria Pinto da. O instituto da decadência no Direito Civil Brasileiro. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas*. Belém, v.2. n.2, p.102/47, 1999.

TEDESCHI, Vittorio. Decadenza (diritto e procedura civile). *Enciclopedia del diritto*, v. XI. Milano: Giuffrè, 1962.

VITUCCI, Paolo. La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, v.36, n.2, p.157/66, mar/apr 1990.

WINDSCHEID, Bernhard. L'actio del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno. *Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther*. Firenze: Stabilimenti tipolitografici Vallecchi, 1954.