

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO CIVIL

FABIANE DOS SANTOS LUGÃO

Rio de Janeiro

2008

FABIANE DOS SANTOS LUGÃO

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Francisco Amaral dos
Santos

Rio de Janeiro

2008

FABIANE DOS SANTOS LUGÃO

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Francisco Amaral dos Santos – Presidente da Banca Examinadora
Professor Doutor da Faculdade Nacional de Direito – Orientador

Ao meu amado pai Mailton, por ser meu herói e ter me ensinado a dar valor a cada segundo de vida. Saudade.

RESUMO

LUGÃO, Fabiane dos Santos. *Prescrição e decadência no direito civil*. 2008. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Prescrição e decadência no direito civil constituem o tema do presente estudo. Inicialmente, procura-se abordar o tempo como fato jurídico gerador de impactos nas relações de Direito, os fundamentos sociais da decadência e da prescrição, bem como a evolução histórica deste instituto. Em seguida, busca-se apresentar as noções conceituais sobre a prescrição e a decadência destacando-se os conceitos e fundamentos que permitem compreender a importância e o funcionamento desses institutos jurídicos no âmbito do direito civil. Prossegue-se estabelecendo a distinção entre prescrição e decadência, abordando-se critérios tradicionais e atuais que diferenciam esses dois fatos jurídicos extintivos, destacando-se, também, os critérios esposados no texto do Código Civil. A seguir, enfoca-se a prescrição e a decadência no Código Civil, concentrando-se de forma detalhada em questões relativas à sistemática nele adotada, às causas impeditivas e suspensivas da prescrição, às causas interruptivas da prescrição e aos prazos prescricionais e decadenciais. Finalmente, chega-se às conclusões, com a síntese, em tópicos articulados, do assunto abordado.

Palavras-Chave: Prescrição; Decadência; Direito Civil.

ABSTRACT

LUGÃO, Fabiane dos Santos. *Prescrição e decadência no direito civil*. 2008. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Prescription and decadence in the civil law constitute the theme of the present study. Initially, it tries to approach the time as juridical fact generator of impacts in the Law relationships, the social foundations of the decadence and prescription, as well as the historical evolution of this institute. Soon after, it is looked for to present the conceptual notions about the prescription and the decadence, detaching the concepts and foundations that allow to understand the importance and operation of those juridical institutes in the ambit of the civil law. It continues settling down the distinction between prescription and decadence, being approached traditional and actual criteria that differentiate those two extinctive juridical facts, standing out, also, the criteria placed in the text of the Civil Code. To proceed, it is focused the prescription and the decadence in the Civil Code, concentrating, in a detailed way, on the subjects about the systematic it adopted, the impeding and suspensive causes of the prescription, the interruptive causes of the prescription and the prescriptive and decadential periods. Finally, it is reached the conclusions, with the synthesis, in articulate topics, of the approached subject.

Keywords: Prescription; Decadence; Civil Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
1.1 O tempo como fato jurídico.....	10
1.2 Prescrição aquisitiva.....	11
1.3 Fundamentos sociais da prescrição e decadência.....	13
1.4 Histórico da prescrição.....	15
1.5 Requisitos da prescrição e decadência.....	17
2. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA	19
2.1 As divergências na doutrina brasileira.....	19
2.2 Critérios tradicionais para distinção entre prescrição e decadência.....	20
2.3 Conceitos de prescrição e decadência.....	24
3. DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA	27
3.1 Critério contemporâneo para distinção.....	27
3.2 Noções conceituais.....	28
3.2.1 <u>Classificação dos direitos subjetivos</u>	28
3.2.2 <u>Classificação das ações</u>	33
3.2.3 <u>Correspondência entre as espécies de direitos e as classes de ações</u>	35
3.3 Critério atual para distinção.....	36
4. A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL	41
4.1 A nova sistemática adotada no Código de 2002.....	41
4.2 Impedimento, suspensão e interrupção da prescrição.....	46
4.2.1 <u>Causas impeditivas e suspensivas da prescrição</u>	47
4.2.2 <u>Causas interruptivas da prescrição</u>	50
4.3 Prazos prescricionais em matéria de direito intertemporal.....	54
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O presente estudo acerca da prescrição e decadência no Direito Civil objetiva apresentar os aspectos principais, bem como os controvertidos, elencados na doutrina.

Não há a pretensão de esgotar todo assunto, nem abranger toda a polêmica existente sobre o tema, até porque existem tradicionais divergências constatadas que revelam o grau de complexidade e as variações de opiniões sobre esses dois importantes institutos do Direito Civil relacionados à promoção da paz social ou, em outros termos, à segurança jurídica.

Este trabalho justifica-se tendo em vista as recentes e importantes alterações na legislação civil relativas à prescrição e à decadência. Considerando que o Código Civil de 1916 já não mais atendia aos anseios da sociedade brasileira quanto à disciplina destes institutos, surgiram as modificações propostas e acolhidas pela Lei nº. 10.406/2002 – Código Civil e pela Lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.

Deste modo, há uma melhor disciplina e harmonização com a orientação vigente, sem, contudo, esgotar o assunto.

A contagem do tempo permite uma melhor compreensão do mundo e um relacionamento mais adequado entres os indivíduos. Sem sua regular passagem não seria possível distribuir tarefas ao longo do dia ou marcar um encontro em determinada hora, por exemplo.

Na precisa lição de Caio Mario da Silva Pereira “O tempo domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis”. De fato, é incontestável que o tempo exerce grande influência na vida do homem.

Por ser tão útil e simples determinar o tempo e sua passagem, ele acabou se tornando um dos mais fortes elementos reguladores da vida social.

O Direito serve-se da contagem de tempo de diversas formas. Assim, há várias influências do elemento tempo no âmbito do direito.

Conforme preleciona Gustavo Kloh Muller Neves:

Em alguns casos, o decurso do tempo antes da ocorrência de uma dada situação pode alterar os seus efeitos (como ocorre na legitimação da posse de bens públicos imóveis); em outros, a produção de efeitos de um fato depende de que transcorra tempo após este ter ocorrido (por exemplo, somente após um ano, a contar do desaparecimento, será aberta a sucessão provisória do ausente); pode-se ter ainda a consolidação dos efeitos jurídicos de um fato, findo um interregno temporal (vale citar a coisa julgada)¹.

O presente estudo aborda duas destas hipóteses em que o tempo influi em relações de direito, sendo o principal personagem. Trata-se de categorias jurídicas há muito conhecidas, mas que representam um dos temas mais difíceis da Teoria Geral do Direito: a prescrição e a decadência.

De natureza inicialmente privatista, estes institutos estão presentes em todos os ramos do direito, levando consigo a mesma dificuldade do tema. Este trabalho restringir-se-á ao estudo da prescrição e decadência no Direito Civil, sem entrar na análise de regramentos especiais de ordem trabalhista, administrativa, penal ou tributária (cada um destes ramos com teoria própria sobre a prescrição).

De qualquer sorte, pode-se dizer, por enquanto, que a prescrição é a consolidação de uma lesão a um direito², e que esta não se confunde nem com a decadência (ou caducidade) – a perda efetiva de um direito pelo seu não-exercício no prazo estipulado³ – nem com a usucapião (modo originário de aquisição de direito real pelo decurso do tempo⁴).

Além disso, vale ressaltar a essência destes institutos, no intuito de atender ao interesse coletivo de garantia de pacificação social.

A prescrição e a decadência não surgem como castigo à inércia do titular do direito, antes, agem no interesse social de estabelecer um ambiente de segurança e harmonia, extinguindo situações litigiosas e evitando que, passados anos e anos, seja mobilizado o Poder Judiciário para oferecer solução a conflitos decorrentes de direitos cuja prova de constituição se perdeu no tempo⁵.

¹ NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 2.

² Ibidem. p. 24.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. I. p. 467.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed ver. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 681.

⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. vol. I, 32 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 327.

Para preservar a estabilidade social e a segurança jurídica, não podem ser estabelecidas relações jurídicas perpétuas que abrigam, sem limitação temporal, outros sujeitos à mercê do titular.

O exercício de direitos deve ser ponderado com a preservação da estabilidade das relações jurídicas na sociedade, para que não seja uma “ameaça eterna” contra os sujeitos obrigados. Afinal, eles não devem estar submetidos indefinidamente a uma “espada de Dâmocles” sobre as suas cabeças⁶.

Apesar de não ser essa sua essência, a existência de prazo para o exercício de direitos e pretensões é, indiretamente, uma forma de disciplinar a conduta social. Aqueles titulares que se mantêm inertes, numa aplicação do brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*, sofrem uma espécie de sanção.

Isto posto, cumpre destacar que, para cumprir os objetivos delineados para a realização deste estudo, o Capítulo 1 trata das “Considerações Iniciais”, procurando abordar o tempo como fato jurídico impactador das relações de direito, a distinção entre prescrição aquisitiva e extintiva, os fundamentos sociais da decadência e da prescrição, bem como a evolução histórica destes institutos.

O Capítulo 2 trata das “Noções Conceituais sobre Prescrição e Decadência”, destacando os conceitos e fundamentos que permitem compreender a importância e funcionamento desses institutos jurídicos no âmbito do Direito Civil.

O Capítulo 3 estabelece a “Distinção entre Prescrição e Decadência”, abordando critérios tradicionais e atuais que diferenciam esses dois fatos jurídicos extintivos, além de destacar os critérios esposados no texto do Código Civil de 2002.

Por fim, o Capítulo 4 enfoca a “Prescrição e a Decadência no Código Civil de 2002”. Por ser ponto importante desse estudo, concentra-se de forma detalhada em questões relativas à sistemática adotada no Código Civil, às causas impeditivas e suspensivas da prescrição, às causas interruptivas da prescrição e aos prazos prescricionais e decadenciais.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Op. cit., p. 455.

1) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 O tempo como fato jurídico

A contagem do tempo permite compreender melhor o mundo ao redor e propicia relacionamentos mais adequados entre as pessoas. Por ser tão útil e simples determinar o tempo e sua passagem, ele acabou tornando-se um dos mais fortes elementos reguladores da vida social. O seu decurso é de grande relevância porque incide nas relações travadas na sociedade, influenciando no nascimento, no exercício e na extinção de direitos⁷.

Gustavo Kloh Müller Neves pondera que “Resta muito difícil conceber a complexidade das relações sociais atuais desatreladas da marcação do tempo, nem é possível imaginar uma ordem social na qual os atores obrem com senso de finalidade sem a referida noção”⁸. Nesse estudo, o importante fator tempo nos interessa bem de perto.

Encontram-se diversas influências do elemento tempo no âmbito do direito. Por exemplo, o trânsito em julgado de uma sentença depende de certa quantidade de tempo decorrido; a pessoa física passa pelas fases de absoluta incapacidade, relativa incapacidade e plena capacidade civil de acordo com a idade que vai atingindo ao longo da vida; um negócio jurídico pode estar sujeito a termo inicial ou resolutivo; a sucessão provisória do ausente só será aberta após um ano do seu desaparecimento.

Prescrição aquisitiva, prescrição extintiva e decadência são institutos que também exemplificam esta influência do tempo no âmbito do direito, pois têm por base o decurso de um lapso de tempo legalmente previsto.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. I . p. 453.

⁸ NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 2.

Silvio Rodrigues, ao tratar da influência do elemento tempo na prescrição, preleciona que:

Nessa matéria, mais do que em qualquer outra relação jurídica, a interferência desse elemento é substancial, pois existe um interesse da sociedade em atribuir juridicidade àquelas situações que se prolongam no tempo. De fato, dentro do instituto da prescrição, o personagem principal é o tempo⁹.

Diante desses três institutos, o tempo é, assim, fator de limitação do exercício dos direitos ao fulminar de morte certos direitos ou pretensões não exercidas no prazo legal – prescrição extintiva e decadência, e fator de nascimento de direitos, ao permitir que uma pessoa incorpore a seu patrimônio direito que desfruta por longo período de tempo – prescrição aquisitiva.

1.2 Prescrição aquisitiva

A prescrição aquisitiva, ou usucapião, é modo originário de aquisição de direito real pelo decurso do tempo¹⁰. O usucapião verifica-se quando uma pessoa possui, com ânimo de dono, coisa móvel ou imóvel durante um período de tempo fixado em lei.

São requisitos essenciais, portanto, para a aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva: o tempo e a posse.

Boa-fé, má-fé e justo título são elementos que tornam o prazo para usucapião ora mais longo, ora mais curto.

Embora a prescrição extintiva, ou liberatória, e a prescrição aquisitiva tenham o tempo como elemento em comum, são institutos que não se confundem tendo em vista que possuem finalidades sociais diversas.

⁹ RODRIGUES, Sílvio, *Direito civil*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. I. p.323.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 681.

A prescrição liberatória tem força extintiva e faz desaparecer pretensões em face da inércia do titular. O usucapião, por sua vez, tem força criadora e faz nascer direito real pela posse contínua de uma coisa, ou seja, solidifica uma situação fática, pelo decurso do tempo, conferindo direito real ao possuidor¹¹.

Orlando Gomes apresenta distinções entre estes dois institutos quanto ao objeto, efeito e campo de aplicação, a saber:

O objeto da prescrição aquisitiva é a aquisição de direitos. O da prescrição liberatória, a extinção. A primeira habilita o possuidor de uma coisa a converter a posse em propriedade, ou direito real limitado. A segunda é meio de defesa. Reserva-se para o usucapião um lugar no Direito das coisas, por ser um modo de aquisição da propriedade. A prescrição liberatória tanto extingue as relações jurídicas constituídas no campo do direito das obrigações como as que se formam na órbita do Direito de família, do Direito das sucessões e do próprio Direito das coisas. É, por outras palavras, um modo geral de extinção das relações jurídicas¹².

Por ser tão notável a distinção entre esses dois institutos, a eles não pode ser dispensado um tratamento unitário. Nosso Código Civil acertadamente trata o usucapião no campo dos direitos reais e a prescrição extintiva na sua parte geral.

Nesse sentido, ensina Caio Mário da Silva Pereira:

Bem andou o legislador de 1916, no que foi seguido pelo de 2002, conservando separados os dois institutos e deduzindo os princípios estruturais da extintiva na Parte Geral do Código Civil, para significar que tem aplicação a todos os direitos, ao mesmo tempo em que relegou a aquisitiva para a Parte especial (Direito das Coisas) seu campo regular de incidência, tendo em vista a sua finalidade aquisitiva de direitos reais. O sistema que as define conjuntamente bem merece as críticas que recebem, como se deu com o Código italiano, de 1865, que, por havê-las definido ambas em um mesmo dispositivo, recebeu o comentário desfavorável dos juristas italianos¹³.

Nesse estudo, por uma opção metodológica em restringir o objeto do trabalho, será abordada apenas da prescrição extintiva.

Ainda, como a prescrição aquisitiva é mais conhecida como usucapião, será usada a expressão “prescrição” para designar a prescrição extintiva ou liberatória.

¹¹ VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. I. p. 613.

¹² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 507-508.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 682.

1.3 Fundamentos sociais da prescrição e decadência

Na busca da justificativa da prescrição e decadência, vários fundamentos são apresentados pela doutrina ao longo da história do Direito Brasileiro.

Um primeiro fundamento seria extinção de direitos ou pretensões como castigo à inércia do titular, presumindo-se seu desinteresse ante sua negligência. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira ensina que tal entendimento:

não é de boa juridicidade, pois que punível deve ser o comportamento contraveniente à ordem constituída, e nada comete contra ela aquele que mais não fez do que cruzar os braços contra os seus próprios interesses, deixando de defender os seus direitos¹⁴.

Entretanto, apesar de não ser essa sua essência, a existência de prazo para o exercício de direitos e pretensões é, indiretamente, uma forma de disciplinar a conduta social. Aqueles titulares que se mantêm inertes, numa aplicação do brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*, sofrem uma espécie de sanção. Afinal, quem não tem a dignidade de lutar por seus direitos não deve sequer merecer a sua tutela.

Outra concepção que se destaca é a de que o tempo faz presumir o pagamento ou o perdão da dívida de forma irrefragável. Se o credor permanece um longo tempo sem exigir seu crédito, é porque ele o remiu ou houve o pagamento.

Mais uma vez, com seu brilhantismo de costume, Caio Mário da Silva Pereira pondera que esta presunção absoluta atentaria flagrantemente contra a realidade, uma vez que o credor poderia produzir prova da inexistência do pagamento ou da remissão¹⁵.

A maioria dos doutrinadores, como Orlando Gomes¹⁶ e Francisco Amaral¹⁷, entretanto, fundamenta os institutos em tela com base no interesse social do ordenamento jurídico de estabelecer um ambiente de segurança e harmonia, extinguindo situações litigiosas e evitando que, passados anos e anos, seja

¹⁴ Ibidem. p. 683.

¹⁵ Loc. cit.

¹⁶ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 509.

¹⁷ AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 565.

mobilizado o Poder Judiciário para oferecer solução a conflitos decorrentes de direitos cuja prova de constituição se perdeu no tempo¹⁸.

Não é razoável que, para a preservação do sentido de estabilidade social e segurança jurídica, sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular .

Pronunciando-se a respeito do tema, pondera Francisco Amaral que:

Com o fim de proteger a segurança e a certeza, valores fundamentais do direito romano, limitam-se no tempo a exigibilidade e o exercício dos direitos subjetivos, fixando prazos maiores ou menores, conforme a sua respectiva função¹⁹.

O exercício de direitos deve ser ponderado com a preservação da estabilidade das relações jurídicas na sociedade, para que não seja uma “ameaça eterna” contra os sujeitos obrigados. Afinal, eles não devem estar submetidos indefinidamente a uma “espada de Dâmocles” sobre as suas cabeças²⁰.

Na mesma esteira de raciocínio caminha, com maestria, Silvio Rodrigues, quando salienta:

Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que a situação de fato que o tempo consagrou adquira juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa, pois é de interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi²¹.

O interesse social que lastreia a prescrição torna incontestável sua natureza de instituto de ordem pública, cuja disciplina não pode ser alterada pela autonomia privada.

A decadência, quando fixada em lei, também se fundamenta na segurança e certeza das relações jurídicas, tendo caráter público e imperativo.

Ao revés da prescrição, entretanto, as partes podem estabelecer prazos decadenciais tendo em vista seus próprios interesses. Nesta hipótese, ter-se-á a

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit. p. 327.

¹⁹ AMARAL, Francisco. Op. Cit. p. 541.

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Op. cit. p. 455.

²¹ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit. p. 327.

decadência convencional, fruto da autonomia que rege as relações entre particulares, caracterizada, portanto, pela natureza privada.

1.4 Histórico da prescrição

Gustavo Kloh Müller Neves relata que:

primeira menção à prescrição na ocidentalidade se encontra no texto bíblico do Levítico, ao estabelecer, no capítulo 25, versículo 10, o perdão das dívidas no ano do Jubileu. Essa extinção fundava-se na solidariedade, valor consolidado nos fundamentos do Judaísmo e no desapego aos bens materiais²².

O instituto da prescrição era desconhecido no Direito Romano. Em um primeiro momento, todas as ações eram perpétuas.

Com a Lei *Aebutia*, no período anual de jurisdição do pretor, este foi investido no poder de criar ações não previstas no direito honorário. Do surgimento desse poder somado à necessidade de limitar o tempo dentro do qual as ações podiam ser propostas, surgiram as ações temporárias, que coexistiram com as ações perpétuas.

A palavra prescrição tem origem no vocábulo latino *praescripto*, que significa um escrito posto antes, escrever no começo (*prae- escriptio*).

Sílvio de Salvo Venosa explica que:

ao estabelecer que a ação era temporária, fazia o pretor precedê-la de parte introdutória chamada *praescriptio*, porque era escrita antes ou no começo da fórmula. Por uma evolução conceitual, o termo passou a significar extensivamente a matéria contida nessa parte preliminar da fórmula, surgindo então a acepção tradicional de extinção da ação pela expiração do prazo de sua duração²³.

²² NEVES, Gustavo Kloh Muller. Op. cit.. p. 3.

²³ VENOSA, Sílvio Salvo. Op. cit. p. 614.

Foi Teodósio II quem introduziu no Direito Romano um modelo genérico de regra prescricional, destinada a atingir todas as ações, extinguindo as ações perpétuas.

Justiniano, por sua vez, dividiu a prescrição em duas espécies: aquisitiva e extintiva. A prescrição aquisitiva era modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada, correspondendo ao usucapião. A prescrição extintiva era meio pelo qual o devedor era liberado de uma obrigação pelo decurso do tempo.

Percebe-se aqui que o fundamento da prescrição já era a segurança jurídica, e não mais a solidariedade prevista no texto bíblico do Levítico. Diante da idéia de segurança, busca-se impedir que o titular possa impor eternamente a fórmula ao sujeito passivo, limitando o exercício da ação pelo decurso do tempo²⁴.

O Direito Canônico, por sua vez, via a prescrição como defesa imoral, pois seria contrária ao princípio segundo o qual o devedor compromete-se a honrar as obrigações assumidas e assim deve fazê-lo, e por esse motivo procurou restringi-la.

Apesar desta hostilidade do Direito Canônico, em nome da harmonia e segurança jurídica, o instituto da prescrição foi difundido e está presente em todas as legislações contemporâneas, sendo indispensável em qualquer sociedade organizada.

Os Códigos Francês de 1804, Italiano de 1865 e Português de 1876 estavam estruturados de forma coincidente: não havia conceito de prescrição, decadência e usucapião, inexistia especial distinção entre estes institutos e tampouco se realizava uma adequada sistematização dos mesmos²⁵.

Foi o Código Civil Alemão de 1896 que trouxe a diferenciação entre prescrição e usucapião, dando uma melhor sistematização para a matéria. Entretanto, embora a doutrina alemã reconhecesse a decadência, este diploma não lhe fazia referência expressa.

O Código Civil Brasileiro de 1916 consolidou os preceitos já firmados pelos Códigos europeus, sendo a visão brasileira da prescrição uma síntese de tais diplomas, sem nenhuma inovação.

²⁴ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Op. cit. P. 4.

²⁵ Ibidem. p. 8.

Em momento oportuno iremos analisar a sistematização da prescrição e decadência no Código Civil de 1916, fazendo um paralelo com o Código Civil de 2002.

Todavia, cabe destacar, desde já, que, apesar de natureza inicialmente privatista, estes institutos estão presentes em todos os ramos do Direito. Este trabalho restringi-se ao estudo da prescrição e decadência no Direito Civil, sem entrar na análise de regramentos especiais de ordem trabalhista, administrativa, penal e tributária (cada um destes ramos com teorias próprias sobre a prescrição).

1.5 Requisitos da prescrição e decadência

Os requisitos da prescrição são: a) um direito subjetivo lesado do qual nasce uma pretensão; b) inércia do titular ao não exigir sua prestação; e c) decurso do tempo, escoando o prazo que a lei determina para essa exigência²⁶.

Antônio Luiz Câmara Leal menciona o requisito de ausência de fato ou ato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do curso da prescrição²⁷.

Desta forma, se violado um direito subjetivo e seu titular queda-se inerte e assim permanece pelo período de tempo previsto em lei para o prazo prescricional, a prescrição se consuma e sua pretensão é extinta.

Vale mencionar que para configurar a prescrição não basta uma inércia momentânea é preciso que ela prolongue-se no tempo até o decurso do prazo legal previsto em lei. Se o titular do direito sair da inércia ou verificar-se fato ou ato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do curso do prazo, a prescrição não se consuma.

Nesse sentido, preleciona Sílvio de Salvo Venosa:

Não é a inércia momentânea ou passageira que configura a prescrição, mas aquela ocorrida durante o lapso de tempo fixado em lei, especificamente para aquele direito violado. Se antes de advir o

²⁶ AMARAL, Francisco. Op. Cit. p.566.

²⁷ LEAL, Antônio Luiz Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. E. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

termo legal da prescrição o titular move a ação, ou pratica ato equivalente, interrompe a prescrição. A inércia exigida é a continuada, que constitui elemento da prescrição²⁸.

Também é requisito da decadência a inércia do titular do direito, durante certo lapso de tempo. Porém, a decadência pressupõe um direito potestativo para o qual a lei prevê prazo para seu exercício, e não um direito subjetivo lesado, como na prescrição.

Importante, por ora, é deixar claro que os institutos da prescrição e da decadência têm em comum os requisitos da inércia do titular do direito e a passagem do tempo, encontrando ambos fundamento na necessidade de segurança jurídica. Entretanto, são institutos que não se confundem.

²⁸ VENOSA, Sílvio Salvo. Op. cit. p. 616.

2) NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

2.1 As divergências na doutrina brasileira

Como foi dito, a doutrina brasileira praticamente absorveu os preceitos já firmados pelos códigos europeus, sendo a visão brasileira da prescrição uma síntese de tais diplomas.

Entretanto, nessas fontes já havia uma divergência de raízes romanas quanto à conceituação e diferenciação entre os institutos da prescrição e decadência. Haveria diferenciação de tratamento entre estes dois institutos?

Esta questão representa um dos temas mais difíceis da Teoria Geral do Direito, havendo mesmo quem chegue ao extremo de defender a inexistência de diferença entre os institutos. A grande maioria da doutrina, entretanto, chega à conclusão de que os dois institutos são distintos.

Superado esse primeiro problema, verifica-se também uma segunda divisão doutrinária quanto a elaboração de um critério seguro para se fundamentar a distinção entre os institutos da prescrição e decadência. Vários critérios são apresentados, mas quase todos são alvo de alguma reserva.

Em que pese os esforços dos vários doutrinadores do direito civil, o critério mais completo é o proposto por Agnelo Amorim Filho²⁹, o chamado “Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência”.

Alguns critérios diferenciam a prescrição da decadência através de seus efeitos, o que facilita a compreensão e distinção dos institutos, mas não leva à solução do problema, que continua cercado de obscuridade³⁰.

²⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. *Do Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e Identificar as Ações Imprecritíveis*. V.300. São Paulo: RT, 1960. Reproduzido na RT, v. 71, out, 1997, p. 725-6.

³⁰ GOMES, Orlando. *Op. cit.* p. 518.

O critério desenvolvido por Agnelo Amorim Filho³¹ tem o mérito de permitir uma distinção a priori dos prazos prescricionais e decadenciais, através da classificação dos direitos subjetivos e dos tipos de ações correspondentes.

2.2 Critérios tradicionais para distinção entre prescrição e decadência

O primeiro grande critério de diferenciação entre os institutos é o de que a prescrição extingue diretamente a ação e, por via reflexa, o direito por ela protegido, enquanto a decadência extingue diretamente o direito e, como conseqüência, a ação que o protege.

Este critério, todavia, está mais preocupado em delimitar as conseqüências da diferenciação entre os institutos do que determinar sua causa propriamente. A distinção quanto aos efeitos é mais fácil. Estabelecer a distinção tendo em vista a essência ou natureza da prescrição e da decadência é que se apresenta como tarefa mais árdua.

Neste sentido, leciona Agnelo Amorim Filho:

Entretanto, tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, uma vez que pretende fazer a distinção pelos efeitos ou conseqüências. O critério apontado apresenta-se, assim, com uma manifesta petição de princípio, pois o que se deseja saber precisamente é quando o prazo atinge a ação ou o direito. O que se procura é a causa e não o efeito³².

O segundo critério é sugerido por Antônio Luiz Câmara Leal, que sustenta:

É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como

³¹ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

³² AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição³³.

Assim, quando o nascimento da ação é simultâneo ao do direito, a hipótese é de decadência. Noutra giro, quando são distintos os momentos em que ambos se originam, a hipótese é de prescrição.

Sobre esse segundo critério, pondera Agnelo Amorim Filho:

Todavia, o critério proposto por CÂMARA LEAL, embora muito útil na prática, se ressentido de uma dupla falha: em primeiro lugar, é um critério empírico, carecedor de base científica, e isso é reconhecido pelo próprio CÂMARA LEAL, pois ele fala em 'discriminação prática dos prazos de decadência das ações' (op. cit., pág. 434). Com efeito, adotando-se o referido critério, é fácil verificar, praticamente, na maioria dos casos, se determinado prazo é prescricional ou decadencial, mas o autor não fixou, em bases científicas, uma norma para identificar aquelas situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, pois é esse o seu ponto de partida para a distinção entre os dois institutos. Em segundo lugar, o critério em exame não fornece elementos para se identificar, direta ou mesmo indiretamente (isto é, por exclusão), as denominadas ações imprescritíveis³⁴.

Diante de vários outros critérios, Maria Helena Diniz apresenta o seguinte quadro esquemático, buscando elencá-los:

- 1) A decadência extingue o direito e indiretamente a ação; a prescrição extingue a ação e por via oblíqua o direito.
- 2) O prazo decadencial é estabelecido por lei ou por vontade unilateral ou bilateral; o prazo prescricional somente por lei.
- 3) A prescrição supõe uma ação cuja origem seria diversa da do direito; a decadência requer uma ação cuja origem é idêntica à do direito.
- 4) A decadência corre contra todos; a prescrição não corre contra aqueles que estiverem sob a égide das causas de interrupção ou suspensão previstas em lei.
- 5) A decadência decorrente de prazo legal pode ser julgada, de ofício, pelo juiz, independentemente de arguição do interessado; a

³³ LEAL, Antônio Luiz Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. E. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

³⁴ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

prescrição das ações patrimoniais não pode ser, *ex officio*, decretada pelo magistrado.

6) A decadência resultante de prazo legal não pode ser renunciada; a prescrição, após sua consumação, pode sê-lo pelo prescribente.

7) Só as ações condenatórias sofrem os efeitos da prescrição; a decadência só atinge direitos sem prestação que tendem à modificação do estado jurídico existente³⁵.

Quanto ao critério n° 5 apresentado pela autora, ele não mais subsiste, uma vez que a Lei n° 11. 280 de 2006 acrescentou o § 5° ao artigo 219 do Código de Processo Civil, permitindo que o juiz, assim como na decadência, também decrete a prescrição de ofício.

Uma outra posição, originária de manifestações contemporâneas da doutrina sobre prescrição, e que veio a prevalecer no texto do Código Civil de 2002, estabelece que a prescrição extingue a pretensão, e não a ação. O alvo da prescrição é a pretensão. O texto do Código Civil de 2002, ao adotar essa visão, inspira-se no art. 194 do BGB³⁶, que foi o primeiro a positivizar esse entendimento.

Essa teoria, antes mesmo do Código Civil de 2002, já era preponderante na nossa doutrina, podendo-se citar alguns juristas contemporâneos que já a abraçavam, entre outros Francisco Amaral³⁷.

A prescrição extingue a pretensão, mas o que seria a pretensão?

Segundo Carnelutti, “a pretensão é a exigência da subordinação do interesse alheio ao próprio”³⁸, considerando a pretensão no seu sentido processual. André Fontes define a pretensão como sendo “o poder de exigir um comportamento”³⁹.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ensinam que pretensão:

é a expressão utilizada para caracterizar o poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico, vale dizer, é o poder de exigir a submissão de um interesse subordinado (do

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 271.

³⁶ Parágrafo 194 do BGB enuncia que: o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão (pretensão) se extingue pela prescrição. Tradução livre.

³⁷ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 562.

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Buenos Aires: EJEA, 1973.v. I. p. 73 *apud* FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 12.

³⁹ *Ibidem*. p. 11.

devedor da prestação) a um interesse subordinante (do credor da prestação) amparado pelo ordenamento jurídico⁴⁰.

Nessa esteira, pretensão é o poder de exigir a prestação, o poder de exigir de outrem que faça ou não faça algo. É através do reconhecimento da pretensão que o ordenamento jurídico protege o sujeito e o capacita com meios de agir na tutela do seu direito subjetivo.

A pretensão não nasce juntamente com o direito subjetivo, na verdade, ela nasce com a insatisfação deste direito, em momento posterior. Quando a prestação resta inadimplida em decorrência de uma ilicitude, neste momento surge a pretensão e, conseqüentemente, começa a correr o prazo prescricional.

Segundo André Fontes, o conteúdo da pretensão é a própria exigibilidade e seu objeto consiste na realização da prestação, ou seja, realização do ato que satisfaz o direito subjetivo⁴¹.

O mesmo autor conclui que “A pretensão, portanto, é sempre uma exigência (conteúdo) que se refere à realização (objeto) de uma prestação, a fim de atingir a satisfação (finalidade)”⁴².

Pode-se afirmar que, diante do art. 189 do Código Civil, a visão que dentre todas prevaleceu foi exatamente esta, qual seja a de que a prescrição tem como alvo a pretensão e não o direito de ação que protege o direito subjetivo violado.

Comentando este dispositivo, Miguel Reale, com sabedoria, pontifica:

Ainda a propósito da prescrição, há 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 subjetivos⁴³.

Essa teoria contemporânea ajuda a entender, por exemplo, a irrepetibilidade do pagamento espontâneo da dívida prescrita.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 457.

⁴¹ Ibidem. p. 21 e 22.

⁴² Ibidem. p. 22.

⁴³ REALE, Miguel. *Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 68.

Com a prescrição, a pretensão é atingida, não se podendo exigir o cumprimento da prestação. O direito subjetivo, entretanto, não é atingido, resta inteiro e poderá ser legitimamente satisfeito, se assim desejar o devedor.

Desta forma, quem paga dívida depois de decorrido o prazo prescricional, paga dívida que ainda existe, mas que apenas não podia ser exigida.

Como consequência disto, o cumprimento espontâneo de obrigação prescrita não dá ensejo a pedido de restituição pelo devedor. Esse é o teor do art. 882 do Código Civil, *in verbis*: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”.

Segundo Gustavo Kloh Müller Neves, Fernando Gama reconhece uma eficácia de novação na prescrição, porque esta extingue uma obrigação civil e faz surgir uma obrigação natural⁴⁴.

Segundo Sérgio Carlos Covello, obrigação natural é aquela “*que não confere o direito de exigir seu cumprimento, mas, se cumprida espontaneamente, autoriza a retenção do que foi pago*”⁴⁵.

Para a doutrina contemporânea, o alvo da prescrição é a pretensão, e o da decadência é um direito potestativo sujeito a prazo.

Assim, prescrição e decadência têm em comum o fato de serem um efeito do tempo aliado à falta de atuação do titular. Mas há também outro ponto em que se tocam: a dificuldade de se estabelecer a distinção entre estes dois institutos.

Não surpreende, portanto, a existência dos vários critérios tradicionais e atuais apontados para diferenciar estes dois institutos jurídicos extintivos.

2.3 Conceitos de prescrição e decadência

⁴⁴ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Op. cit. p. 22 e 23.

⁴⁵ COVELLO, Sérgio Carlos, *A Obrigação Natural – Elementos para uma Possível Teoria*. São Paulo: LEUD, 1996. p. 71-2, *apud*, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 456.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: “A prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei”⁴⁶.

Prescrição é, assim, a extinção da pretensão oriunda do direito subjetivo que foi violado, por inércia de seu titular⁴⁷.

Este instituto atinge direitos subjetivos patrimoniais e disponíveis, os direitos a uma prestação. Não afeta, por isso, direitos sem conteúdo patrimonial direto como os direitos personalíssimos, de estado ou de família, que são irrenunciáveis e indisponíveis⁴⁸.

Como vimos, o objeto da prescrição é a pretensão, e não o direito de ação em si, que sempre existirá, por ser autônomo, mesmo depois de decorrido o prazo prescricional estabelecido em lei.

Francisco Amaral conceitua decadência como sendo “a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado pela lei”⁴⁹.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona explicitam que decadência:

consiste na perda efetiva de um direito potestativo, pela falta de seu exercício, no período de tempo determinado em lei ou pela vontade das próprias partes. Sendo, literalmente, a extinção do direito, é também chamada, em sentido estrito, consoante já se disse, de caducidade, não remanescendo qualquer sombra de direito em favor do titular, que não terá como exercer mais, de forma alguma, o direito caduco⁵⁰.

Pode-se afirmar, em conclusão com os autores citados, que decadência é a perda do direito potestativo sujeito a prazo, em razão da inércia de seu titular.

Por nos interessar de perto, em momento oportuno, o tema da diferenciação entre dos dois institutos será mais longamente abordado.

Entretanto, é preciso registrar, desde já, que nem a prescrição, nem a decadência se confundem com os institutos da preclusão e perempção.

⁴⁶ Ibidem. p.455.

⁴⁷ CC-02: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que se referem os arts. 205 e 206”.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 456.

⁴⁹ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 561.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p.459.

Preclusão é a perda de uma faculdade processual por não ter sido exercida em tempo oportuno⁵¹.

Como ensinava Moacyr Amaral Santos a preclusão:

pode ser temporal, lógica ou consumativa. Interessa aqui a preclusão temporal. Esta consiste na perda de uma faculdade ou direito processual por não ter sido exercido em tempo e momento oportunos. Assim, a contestação deverá ser apresentada dentro de quinze dias a contar da entrada em cartório do mandado de citação devidamente cumprido (Código Processo Civil, art. 297). Não apresentando a contestação no prazo, não mais o réu poderá oferecê-la, isto é, estará precluso o seu direito de apresentá-la. O tempo útil está precluso, encerrado, e com isso perdeu o réu o direito de realizar o respectivo ato⁵².

Por sua vez, perempção, embora também calcada na idéia de inércia, é instituto de direito processual, aplicável somente àqueles que acionam a máquina judiciária, com perda do direito de renovar a propositura da mesma ação, como sanção ao não-cumprimento de diligências que lhe cabiam⁵³.

⁵¹ Ibidem, p. 460.

⁵² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, p. 255.

⁵³ "Perempção. 1. *Direito processual civil*. Caducidade ou extinção de processo, sem julgamento do mérito, quando o autor, por não promover atos e diligências que lhe competiam, abandonar a causa por mais de trinta dias, ou melhor, quando o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo por não ter promovido as diligências, não poderá intentar a repropositura da quarta ação contra o réu com o mesmo objeto. É a perda do direito de demandar sobre o mesmo objeto. É o modo extintivo da relação processual fundado na desídia e inação do autor. 2. *Direito processual penal*. Forma extintiva da punibilidade, em caso de ação penal privada, resultante da inércia do querelante, no que atina à movimentação processual, ou seja, por deixar de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos; ou não comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato processual a que deva estar presente; ou não formular o pedido de condenação nas alegações finais; ou pelo não-comparecimento em juízo, dentro de sessenta dias, em caso de morte ou incapacidade do querelante, de pessoa habilitada a fazê-lo; ou, ainda, pela extinção da pessoa jurídica, querelante, sem deixar sucessor" (Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3, p. 570).

3) DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

3.1 Critério contemporâneo para distinção

Destacou-se, anteriormente, que a distinção entre a prescrição e a decadência é um dos temas tradicionalmente mais difíceis da Teoria Geral do Direito Civil.

Neste sentido, observa Agnelo Amorim Filho:

A questão referente à distinção entre prescrição e decadência - tão velha quanto os dois velhos institutos de profundas raízes romanas - continua a desafiar a argúcia dos juristas. As dúvidas são tantas e vêm se acumulando de tal forma através dos séculos, que, ao lado de autores que acentuam a complexidade da matéria, outros, mais pessimistas, chegam até a negar - é certo que com indiscutível exagero - a existência de qualquer diferença entre as duas primeiras espécies de prazos extintivos. [...]E Camara Leal, inegavelmente o autor brasileiro que mais se dedicou ao estudo do assunto, chegando mesmo a elaborar um método prático para se fazer a distinção entre os dois institutos, diz que este é 'um dos problemas mais árduos da Teoria Geral do Direito Civil' (*Da Prescrição e da Decadência*, 1.3 ed., p. 133)⁵⁴.

O fato de o Código Civil de 1916 elencar, indistintamente, em seu art. 178, prazos prescricionais e decadenciais ajudou a alimentar as dúvidas sobre o tema e dificultou a elaboração de um critério seguro de diferenciação entre os institutos.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a ausência deste critério para distinção:

forçou Orlando Gomes, na última página do Capítulo 34 de sua obra, a fugir do seu estilo desapegado ao texto de lei e enumerar os prazos que entendia serem decadenciais. Vale dizer, depois de todo o esforço teórico desenvolvido, talvez não satisfeito com os critérios diferenciadores elaborados pela doutrina, o grande civilista cuidou, ele mesmo, de indicar os prazos legais de caducidade⁵⁵.

⁵⁴ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 462.

A confusão entre estes institutos não foi desfeita pelos critérios de distinção tradicionais, porque eles sempre focaram mais nos efeitos e conseqüências dos institutos do que em suas causas. E, como foi dito anteriormente, a distinção quanto aos efeitos é mais fácil, difícil é estabelecê-la tendo em vista a essência ou natureza da prescrição e da decadência.

Assim, não obstante os esforços expedidos por um grande número de doutrinadores a fim de demarcar a fronteira entre prescrição e decadência, tal tarefa, mesmo nos dias de hoje, ainda não foi completamente superada.

O critério doutrinário mais completo e que permite uma distinção “a priori” de prescrição e decadência, é o “critério científico” proposto por Agnelo Amorim Filho, no valioso estudo analítico já citado, tendo por base a classificação das ações quanto à providência jurisdicional, bem como a classificação dos direitos subjetivos elaborada por Chiovenda.

3.2 Noções conceituais

Agnelo Amorim Filho desenvolve sua teoria a partir da classificação dos direitos subjetivos, de acordo com Chiovenda, bem como da classificação das ações quanto ao provimento jurisdicional. Faz-se necessário, portanto, analisar essas classificações.

3.2.1 Classificação dos direitos subjetivos

Giuseppe Chiovenda⁵⁶ classifica os direitos subjetivos, quanto à finalidade, em duas grandes categorias: direitos a uma prestação e direitos potestativos.

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Atualmente, para efeito de nomenclatura, considera-se o direito subjetivo *lato sensu* gênero que possui duas espécies: direito subjetivo *stricto sensu* (direito a uma prestação) e direito potestativo. O direito subjetivo *stricto sensu*, por sua vez, é chamado simplesmente por direito subjetivo, e desta forma vamos nos referir a ele.

O direito subjetivo *lato sensu* é o direito de agir que nasce da lei. É o poder de fazer ou ter o que não for proibido por lei.

Resumindo, com Francisco Amaral, o subjetivo *lato sensu* é:

expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo-se juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico. Consiste, assim, no instrumento de realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo. [...] Seu fundamento axiológico é a liberdade do homem⁵⁷.

O direito subjetivo, por sua vez, é um poder de agir ligado a um dever do sujeito passivo. É poder que a ordem jurídica confere a alguém de exigir de outrem determinado comportamento⁵⁸.

Na precisa lição de Agnelo Amorim Filho, o direito subjetivo:

compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles, de Chiovenda, a denominação de 'direitos a uma prestação', e como exemplos poderíamos citar todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. Nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direito de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade⁵⁹.

A doutrina diverge quanto ao conceito de direito subjetivo, existindo várias teorias que se prestam a defini-lo.

A primeira é a Teoria da Vontade, concebida por Windschheid, segundo a qual "o direito é o poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica"⁶⁰. Essa

⁵⁷ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 183.

⁵⁸ Ibdem. p. 181.

⁵⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit

⁶⁰ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 187.

definição é própria do liberalismo, pregando a intervenção mínima do Estado para que a vontade do indivíduo prevaleça.

Miguel Maria de Serpa Lopes critica essa teoria, alegando que ela não explica a situação do absolutamente incapaz que, apesar de não poder manifestar juridicamente sua vontade, continua sendo titular de direitos subjetivos⁶¹.

Francisco Amaral acrescenta, ainda, que “existem direitos de exercício obrigatório, como os de família, os de propriedade com função social. Por isso, definir direito subjetivo como poder da vontade significa confundir o próprio direito com o seu exercício”⁶².

Uma segunda teoria, proposta por Ihering, é a Teoria do Interesse, entendendo o direito subjetivo como “o interesse juridicamente protegido”⁶³, fruto da combinação de “dois elementos, um, substancial, que é a vantagem, o benefício a atingir, e outro, formal, que assegura essa vantagem, e que é a proteção jurídica, a ação”⁶⁴.

Miguel Maria de Serpa Lopes critica também essa teoria, salientando que “há muitos direitos que dificilmente podem ser ligados a um interesse, e muitos interesses que não logram a proteção do Direito subjetivo”⁶⁵.

A Teoria Mista é outra construção que se presta a definir a essência do direito subjetivo. Ela o define como interesse que a lei tutela através do reconhecimento da vontade individual⁶⁶. Ao conjugar os elementos vontade e interesse, essa teoria é destinatária das mesmas críticas feitas às duas primeiras.

Como deixamos entrever, a forma mais coerente e simples de conceituar direito subjetivo é tê-lo como poder de exigir de outrem um comportamento positivo ou negativo, é o direito a uma prestação. E, por ser um direito a uma prestação, é suscetível de ser violado.

⁶¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 206.

⁶² AMARAL, Francisco. Op. cit. p.188

⁶³ Loc. cit.

⁶⁴ Loc. cit.

⁶⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit. p. 207

⁶⁶ AMARAL, Francisco. Op. cit. p.188.

O direito potestativo, por sua vez, é um poder de agir ligado à sujeição. É o poder que o titular do direito tem de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar⁶⁷.

O estado de sujeição em que se encontra o sujeito passivo dispensa que este consinta com tal fato, bastando uma declaração de vontade unilateral do sujeito ativo.

Como exemplo de direito potestativo pode-se citar o poder que tem o condômino de desfazer a comunhão. Os outros condôminos não têm como evitar o exercício desse direito, que depende tão somente da vontade unilateral do que pretende o desfazimento. A eles cabe apenas a sujeição.

Na precisa lição de Agnelo Amorim Filho:

a principal característica dos direitos potestativo é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outras pessoas, independente da vontade dessas últimas, ou mesmo contra sua vontade. Assim, por exemplo, o mandatário, o donatário e os outros condôminos, sofrem os efeitos da extinção do mandato, da doação, e da comunhão, sem que possam se opor à realização do ato que produziu aqueles efeitos. No máximo, a pessoa que sofre a sujeição pode, em algumas hipóteses, se opor a que o ato seja realizado de determinada forma, mas nesse caso o titular do direito tem a faculdade de exercê-lo por outra forma. Ex.: divisão judicial, quando os demais condôminos não concordam com a divisão amigável⁶⁸.

O direito potestativo não é direito a uma prestação, não há exigência de um comportamento de outrem. Como o sujeito passivo não tem nenhum dever a cumprir, havendo apenas um estado de sujeição, tem-se que o direito potestativo não é passível de violação.

Cabe destacar que direito potestativo não se confunde com faculdade jurídica. Esta é um poder de agir que não gera sujeição, exigindo, para que a esfera jurídica de terceiro seja atingida, a aquiescência deste.

Estas são as três características do direito potestativo: a) seu exercício cria um estado de sujeição para outras pessoas, independente da vontade destas; b) são insuscetíveis de violação; e c) a eles não corresponde uma prestação.

⁶⁷ Ibidem. p. 194.

⁶⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

Os direitos potestativos são exercidos de formas diferentes, de acordo com a necessidade ou não de intervenção judicial. Com base nesse parâmetro, pode-se subclassificá-los em direitos potestativos: a) exercitáveis mediante simples declaração de vontade do seu titular; b) exercitáveis mediante declaração de vontade do titular, com exigência judicial no caso de resistência; e c) exercitáveis mediante ajuizamento obrigatório de ação judicial.

A regra é que os direitos potestativos são exercidos mediante simples manifestação de vontade do seu titular, independentemente de acesso às vias judiciais. Esses são os chamados direitos potestativos puros. Como exemplo podemos citar o direito de aceitação da herança e o de revogação do mandato.

Por outro lado, há direitos potestativos que poderiam ser exercidos por simples manifestação de vontade de seu titular, mas admitem uma resistência do sujeito que se sujeita.

Nessa segunda subclassificação, o direito potestativo pode sofrer resistência quanto à forma de seu exercício extrajudicial, sendo a via judicial subsidiariamente exercida para fazer valer a sujeição.

Como exemplo, podemos mencionar o já citado direito do condômino de desfazer a comunhão. Se os outros condôminos opuserem resistência, o titular do direito poderá exigir intervenção judicial.

Agnelo Amorim Filho, ao lecionar sobre essa segunda categoria, aduz que esses direitos potestativos:

também podem ser exercidos mediante simples declaração da vontade do seu titular, sem apelo à via judicial, mas somente se aquele que sofre a sujeição concordar com tal forma de exercício. Se não houver concordância, o titular do direito potestativo pode recorrer à via judicial para exercitá-lo. Tal via funciona, aí, apenas subsidiariamente⁶⁹.

Na terceira e última categoria, os direitos potestativos só podem ser exercidos mediante ajuizamento obrigatório de ação judicial. Diferentemente da segunda categoria, aqui o exercício do direito de ação não é subsidiário, antes, é forma obrigatória do exercício do direito.

Na precisa lição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

⁶⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

Aqui, não há campo para disponibilidade, pelo que, mesmo que o sujeito passivo da relação jurídica aceite que o direito seja exercido extrajudicialmente, isto não poderá ocorrer, pois, em verdade, visa a lei a conceder maior segurança para determinadas situações jurídicas, cuja alteração tenha possíveis fortes reflexos na ordem pública⁷⁰.

De modo geral, estão nessa categoria os direitos relacionados ao estado civil das pessoas, como, por exemplo, o direito de invalidar o casamento nulo ou anulável.

Podemos observar que, mesmo quando a forma de exercício do direito potestativo é por via judicial, o autor não pleiteia do réu qualquer prestação. Busca apenas que, independente da vontade do réu, a sujeição seja a este imposta⁷¹.

Importante destacar, ainda, que a lei fixou prazo especial para exercício de alguns direito potestativos, mas não estabeleceu um prazo geral para aqueles não abrangidos pelo prazo especial. Desta forma, se o direito potestativo não tiver um prazo fixado para seu exercício, ele será perpétuo.

3.2.2 Classificação das ações

Pelo o método proposto por Agnelo Amorim Filho, o segundo ponto importante para a distinção entre prescrição e decadência é a classificação das ações de conhecimento.

As ações podem ser classificadas por vários critérios. O principal critério de classificação das ações, entretanto, é o que leva em conta a natureza do provimento jurisdicional invocado.

A doutrina tradicional adota a classificação trinária, dividindo as ações em meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 466.

⁷¹ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

Na ação meramente declaratória, o autor pretende apenas obter uma certeza jurídica acerca do seu direito⁷². O pedido consiste, por exemplo, na declaração da existência do direito do autor a um bem da vida, na declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou na declaração de autenticidade ou falsidade de um documento.

Um exemplo de ação meramente declaratória é a ação de investigação de paternidade. O autor sempre foi filho do réu, a sentença traz apenas uma certeza jurídica, deixando fora de dúvida o direito do autor.

Na ação constitutiva, o autor pleiteia a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica. Desta forma, na ação meramente declaratória, o autor pede a declaração de existência de um direito ou de uma situação jurídica, nada mais. Mas o autor pode mais. Pode pedir que, em face do direito declarado, o juiz crie, modifique ou desconstitua uma situação jurídica.

Exemplo de ação constitutiva é a ação de anulação de divórcio. Até a sentença, os cônjuges são marido e mulher. A partir da sentença, cessou o vínculo matrimonial.

Por último, temos a ação condenatória que, além de declarar a existência do direito do autor, impõe ao réu uma prestação consistente em dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Na ação condenatória, o autor pretende obter uma prestação do réu.

Como exemplos de ações condenatórias, podemos citar as ações que condenam o réu a pagar uma indenização, entregar um bem ou não fazer algo. Sempre há imposição de uma prestação ao réu.

Como deixamos entrever, todas as sentenças de mérito produzem efeitos declaratórios, mesmo sendo condenatória ou constitutiva. Como preleciona Agnelo Amorim Filho:

as sentenças condenatórias e constitutivas também têm certo conteúdo declaratório, ao lado do conteúdo condenatório ou constitutivo, pois toda sentença deve conter, necessariamente, a declaração da existência da relação jurídica sobre a qual versa. O que as distingue das declaratórias propriamente ditas é que, nestas, tal conteúdo é total, ao passo que nas outras duas espécies é parcial. Em outras palavras: as sentenças declaratórias são puramente declaratórias, ao passo que as condenatórias são, simultaneamente, declaratórias e condenatórias. O mesmo se pode

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 467.

dizer com referência as constitutivas: são, simultaneamente, declaratórias e constitutivas⁷³.

Sobre a classificação das ações, cabe ainda destacar a existência da classificação quinária, que soma a estas três espécies, outras duas: as ações mandamentais e as ações executivas *lato sensu*.

A classificação quinária, entretanto, sofre duras críticas porque as duas outras classes que sugere não passam de ações condenatórias, com peculiaridades apenas na forma de execução.

A sentença na ação mandamental não vai depender de execução, é auto-executável, bastando que o juiz expeça uma ordem a um funcionário do Estado para praticar ou deixar de praticar determinado ato.

A sentença na ação executiva *lato sensu* também não vai depender de um processo autônomo de execução, sendo a ordem cumprida pelo próprio órgão jurisdicional.

Assim, essas duas outras classes de ações não deixam de ser ações condenatórias, que impõem ao réu uma prestação. A necessidade ou não de um processo de execução autônomo para a realização da prestação é um aspecto externo à sentença e não muda sua eficácia, que continua condenatória.

3.2.3 Correspondência entre as espécies de direitos e as classes de ações

As ações constitutivas têm por objetivo o exercício de duas categorias de direito potestativos, quais sejam os exercitáveis mediante declaração de vontade do titular, com exigência judicial no caso de resistência e os exercitáveis mediante ajuizamento obrigatório de ação judicial.

Como as ações constitutivas tutelam direitos potestativos, Agnelo Amorim Filho destaca que tais ações são dotadas das seguintes características:

⁷³ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

a) não pressupõem a existência de lesão a um direito, como ocorre nas ações condenatórias; b) por meio delas não se exige uma prestação do réu, mas apenas se pleiteia a formação, modificação, ou extinção de um estado jurídico; c) não são meio para se restaurar um direito lesado, mas meio pelo qual se exercitam duas classes de direitos potestativos; d) não têm por objetivo a satisfação de uma pretensão, se se entender como tal 'o poder de exigir de outrem uma prestação', pois os direitos potestativos são, por definição, 'direitos sem pretensão'; (...) finalmente e) as sentenças proferidas nas ações constitutivas (positivas ou negativas) não são suscetíveis, e nem carecem, de execução, pois o conteúdo de tais ações se esgota com o provimento judicial que determina a criação, modificação, ou extinção do estado jurídico⁷⁴.

Os direitos subjetivos *stricto sensu*, ou direitos a uma prestação, adequam-se às ações condenatórias, que, além de declararem a existência do direito do autor, impõem ao réu uma condenação por ter descumprido sua obrigação, consistente em dar, fazer ou não fazer algo.

Como só os direitos a uma prestação podem ser violados, e não os potestativos, eles serão exercidos através da ação condenatória. Portanto, a ação condenatória sempre pressupõe um direito a uma prestação violado.

3.3 Critério atual para distinção

Para expor o método científico proposto por Agnelo Amorim Filho, é necessário, primeiramente, fazer a seguinte pergunta: qual o termo inicial da prescrição?

A doutrina tradicional fixa o termo inicial da prescrição no nascimento da ação, após a violação de um direito. Portanto, violado um direito, nasce a ação, termo *a quo* da prescrição.

Porém, o direito de ação é um direito subjetivo público, autônomo e abstrato.

⁷⁴ Ibidem.

Público porque é um direito em face do Estado, é um direito conferido ao cidadão a que corresponde o dever do Estado de exercer a jurisdição.

Autônomo porque possui conteúdo próprio que o distingue do direito subjetivo material. Não é o próprio direito material nem uma projeção deste, mas sim um outro direito com conteúdo próprio.

Abstrato porque sua existência não está condicionada à existência do direito material. O direito de ação não se confunde com o direito material. Quem que não tem razão também poderá exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre o direito material.

Para Agnelo Amorim Filho, o direito de ação é de tal modo abstrato e autônomo que preexiste ao direito material⁷⁵. A recusa do sujeito passivo em satisfazer a pretensão não marca o nascimento da ação porque essa já existia. Nessa esteira, a violação do direito apenas representa uma das condições para o exercício da ação, qual seja interesse de agir.

Então, violado o direito, nasce a pretensão contra o sujeito passivo; recusando-se o sujeito passivo a atender a prestação, o titular reúne as condições para o exercício da ação. Como preleciona Agnelo Amorim Filho “A recusa do sujeito passivo em satisfazer a pretensão não determina o nascimento da ação, pois esta já existia. Tal recusa apenas representa uma das condições para o exercício da ação”⁷⁶.

Como o direito de ação preexiste o direito, não pode ser ele o termo inicial da prescrição.

Em consonância com o princípio da autonomia do direito de ação, mais acertado é considerar o nascimento da pretensão como termo inicial da prescrição.

André Fontes, dissertando sobre o tema, aduz que “O instante do nascimento da pretensão bem pode ser traduzido pelo que os romanos designavam de *actio nata*. Sua principal consequência prática seria o de marcar o termo inicial do prazo da prescrição”⁷⁷.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem

⁷⁷ FONTES, André. Op. cit. p. 19.

Como início do prazo prescricional é estabelecido pelo nascimento da pretensão, temos que concluir que a primeira coisa atingida pela prescrição é a pretensão, e não a ação. O objeto da prescrição é a pretensão, e não o direito de ação em si, que sempre existirá, por ser autônomo, mesmo depois de decorrido o prazo prescricional estabelecido em lei.

Na precisa lição de Agnelo Amorim Filho:

a ação, que é o *pasterius* lógico em relação à pretensão, é atingida apenas indiretamente pela prescrição: desde que uma pretensão fica encoberta pela prescrição, também fica encoberta a ação porventura originada daquela pretensão (ou que tinha na mesma pretensão uma das condições para o seu exercício).

Por outro lado, se se entender que a prescrição atinge de modo direto a ação (processual), ter-se-á que concluir, necessariamente, que a pretensão (como *prius* lógico que é, em relação à ação), ficará incólume; persistirá o poder do credor de exigir a prestação (embora apenas extrajudicialmente); e frustrar-se-á, desse modo, a principal finalidade da prescrição.

[...] Pouco, ou nada, adiantaria paralisar a ação, com objetivo de alcançar aquela paz social, se a pretensão permanecesse com toda sua eficácia⁷⁸.

Respondendo à pergunta inicial, tem-se que a pretensão é o termo *a quo* da prescrição, bem como constitui seu objeto.

Com esses dados, Agnelo Amorim Filho conclui que apenas os direitos suscetíveis de lesão, que dão origem a pretensões, conduzem à prescrição. Assim, só os direitos a uma prestação (direito subjetivo *stricto sensu*) conduzem à prescrição, pois só eles comportam violação.

Conseqüentemente, pode-se concluir também que, como as ações condenatórias são as vias hábeis à proteção dos direitos a uma prestação, somente elas podem sofrer os efeitos da prescrição.

A pretensão não poderá ser satisfeita através de ações declaratórias ou constitutivas, porque não se prestam a essa finalidade. É a ação condenatória que sempre pressupõe um direito a uma prestação violado, e só ela, portanto, sofre os efeitos da prescrição.

⁷⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

Os direitos potestativos, por sua vez, não são passíveis de violação, não geram pretensões, não são exercitáveis através de ações condenatórias, não estão sujeitos o prazo prescricional, portanto.

Há direitos potestativos aos quais a lei não impôs um prazo para seu exercício sob pena de extinção. Estes direitos potestativos não subordinados a prazo seguem o princípio da inesgotabilidade, segundo o qual “os direitos não se extinguem pelo não-uso”⁷⁹.

Deve-se observar que os direitos a uma prestação sempre estão sujeitos a um prazo, sejam os prazos especiais do art. 206 ou o prazo geral do art. 205, ambos os dispositivos do Código Civil. O mesmo não acontece com os direitos potestativos, que não possuem um prazo geral fixado para seu exercício.

Quanto aos direitos potestativos sujeitos a prazo, podemos dizer que o prazo aqui é fixado para o exercício do direito e não da ação. Nestes casos, decorrido o lapso temporal legalmente fixado com o titular inerte, haverá a extinção do próprio direito e não da ação.

Pode-se concluir, então, que os direitos potestativos são os únicos direitos subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito dessa é exatamente perda de um direito em razão da inércia de seu titular⁸⁰.

Conseqüentemente, como as ações constitutivas são as vias hábeis à proteção dos direitos potestativos, somente elas podem sofrer os efeitos da decadência.

De tudo exposto, conclui Agnelo Amorim Filho:

Os direitos potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito dessa é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados. A conclusão imediata é, igualmente, inevitável: as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois - insista-se – a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias⁸¹.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ Ibidem

Conforme o critério proposto por Agnelo Amorim Filho, se a ação for condenatória, o prazo é de prescrição e extingue a pretensão; se a ação for constitutiva, o prazo é de decadência e extingue o direito.

Mas, e quanto à ação declaratória? A qual instituto ela se liga, prescrição ou decadência?

Foi visto que, nas ações declaratórias, o autor visa apenas obter uma certeza jurídica e só. Assim, essas ações não objetivam o cumprimento de uma prestação nem a criação de um estado de sujeição, conseqüentemente, não estão ligadas nem à prescrição nem à decadência, sendo imprescritíveis.

Agnelo Amorim Filho, ao enfrentar o tema, preleciona:

Realmente, como já vimos, o objetivo da prescrição é liberar o sujeito passivo de uma prestação, e o da decadência, o de liberá-lo da possibilidade de sofrer uma sujeição. Ora, se as ações declaratórias não têm o efeito de realizar uma prestação, nem tampouco o de criar um estado de sujeição, como ligar essas ações a qualquer dos dois institutos em análise?⁸².

Além das ações declaratórias, são também imprescritíveis as ações constitutivas para as quais a lei não fixou prazo especial de exercício, como é o caso da ação de divórcio.

Fácil é concluir com Agnelo Amorim Filho que: a) estão sujeitas à prescrição todas as ações condenatórias, e apenas elas; b) estão sujeitas à decadência as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; e c) são perpétuas todas as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei e todas as ações declaratórias⁸³.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem

4) A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

4.1 A nova sistemática adotada no Código de 2002

O Código Civil de 1916 não disciplinou expressamente a decadência, tratando todos os prazos sob a denominação comum de prescrição. Como esse Código não fazia qualquer distinção entre prescrição e decadência, cabia à doutrina e à jurisprudência estabelecer a distinção entre estes dois institutos jurídicos, o que nunca foi feito de forma pacífica.

O Código Civil de 2002, buscando superar esse problema, disciplinou expressamente na lei quais seriam os prazos prescricionais e quais se reputariam como decadenciais. Assim, a árdua tarefa de diferenciação antes delegada para a doutrina restou liquidada.

Dentro da nova norma geral, todos os prazos prescricionais do Código Civil estão previstos de forma taxativa na sua Parte Geral, Título IV, Capítulo I (arts. 205 e 206). Dessa forma, todos os demais prazos são de decadência⁸⁴.

⁸⁴ CC-02: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Art. 206. Prescreve: § 1.º Em um ano: I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos; II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão; III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários; IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo; V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade. § 2.º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. § 3.º Em três anos: I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos; II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias; III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela; IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa; V - a pretensão de reparação civil; VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição; VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima; b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento; c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à

Nesse sentido, manifesta-se Miguel Reale:

Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da prescrição e decadência, que, anos a fio, a doutrina e 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 pôr 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 Especial⁸⁵.

A relação de prazos prescricionais dos arts. 205 e 206 é efetivamente taxativa no Código Civil. Todavia, não há impedimento para que leis especiais estabeleçam outros prazos prescricionais, o que, de fato, sempre ocorreu, como é o caso do art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

É de se observar, porém, que, na ausência de prazo específico previsto em norma legal, o exercício de qualquer tipo de pretensão condenatória estará submetido ao novo prazo prescricional geral do art. 205, que é de dez anos.

Observe-se, portanto, a redução do prazo prescricional previsto no art. 177 do Código Civil 1916, que era de vinte anos para as ações pessoais, e de dez (entre presentes) ou quinze anos (entre ausentes) para as ações reais⁸⁶.

Numa interpretação a constrario *sensu*, todos os prazos não previstos no Título IV, Capítulo I, da Parte Geral (arts. 205 e 206) são decadenciais.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona destacam alguns desses prazos: arts. 45, parágrafo único, 48, parágrafo único, 445, 446, 501, 512, 513, parágrafo único, 516,

violação; VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial; IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório. § 4.º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas. § 5.º Em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular; II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato; III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo”.

⁸⁵ REALE, Miguel. Op. cit. p. 67.

⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p.482.

539, 550, 754, 771, 1.084, 1.122, 1.124, 1.131, 1.151, 1.237, 1.302, 1.481, 1.482, 1.541, 1.555, 1.560, 1.800, parágrafo quarto, 1.807, 1.815, 1.859, 1.891, 1.895, 1.983, 2.027, parágrafo único, dentre outros, além daqueles estabelecidos em normas legais específicas⁸⁷.

Ao Tratar de forma explícita os dois prazos extintivos, até mesmo a diferença entre os institutos ficou facilitada, uma vez que a própria letra da lei oferece elementos de diferenciação.

A possibilidade ou não de renúncia prévia, por exemplo, é elemento interessante para a distinção, já que a decadência, prevista em lei, é irrenunciável (art. 209)⁸⁸, enquanto a renúncia à prescrição não é somente admissível, como também se aceita a sua caracterização tácita. Entretanto, para se renunciar à aplicação da prescrição é preciso que a mesma já esteja consumada e não haja prejuízo a terceiro⁸⁹.

Com a renúncia, o devedor deixa de alegar a prescrição que o beneficia, abre mão de um direito.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“renunciar à prescrição” consiste na possibilidade de o devedor de uma dívida prescrita, consumado o prazo prescricional e sem prejuízo a terceiro, abdicar do direito de alegar esta defesa indireta de mérito (a prescrição) em face do seu credor. Se anuncia o pagamento, e o executa, *renunciou expressamente*. Se, embora não o haja afirmado expressamente, constituiu procurador, providenciou as guias bancárias para o depósito ou praticou qualquer ato incompatível com a prescrição, significa que *renunciou tacitamente*⁹⁰.

Como foi dito, para que a renúncia seja válida é preciso que a prescrição já esteja consumada e que a renúncia não prejudique terceiros.

Nesse sentido, também preleciona Francisco Amaral:

Consumada a prescrição, o devedor tem seu patrimônio acrescido, pois deixa de indenizar o dano causado ao credor, com o não-pagamento da obrigação. Pode, entretanto, renunciar a essa vantagem, desde que não prejudique terceiros, isto é, credores, os

⁸⁷ Ibidem. p.484.

⁸⁸ CC-02: “É nula a renúncia à decadência fixada em lei”.

⁸⁹ CC-02: “Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 468.

quais poderão apor-se a essa diminuição patrimonial que lhes reduz as garantias de recebimento de seu crédito⁹¹.

Como conseqüência dessa peculiaridade em relação à renúncia, proibida para o prazo decadencial legal, deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência prevista em lei. A Lei nº 11.280/2006, entretanto, acabou prevendo o pronunciamento de ofício da prescrição.

Antes da Lei nº 11.280/2006, a regra geral era que a prescrição de um direito patrimonial não era matéria apreciável de ofício, só podendo ser apreciada por argüição do próprio interessado. Como exceções a essa regra geral, existia o caso dos absolutamente incapazes, que, por merecerem uma maior proteção do Estado, podiam ver a prescrição ser declarada de ofício quando tal acolhimento lhes favorecesse, seja como sujeito passivo (hipótese mais visível), seja como terceiro interessado juridicamente no resultado da demanda⁹², na forma do art. 194 do Código Civil de 2002, ora revogado.

A Lei nº 11.280/2006 revogou o art. 194 do Código Civil de 2002 e tornou a prescrição decretável de ofício em qualquer caso, não mais apenas em favor de incapazes.

Assim, agora, o juiz pode reconhecer de ofício a prescrição, não dependendo mais da argüição do interessado.

Essa mesma norma também alterou o § 5º do art. 219 do CPC. Antes, o juiz só podia pronunciar de ofício a prescrição caso se tratasse de direitos patrimoniais. Regra desnecessária, na verdade, porque, adotando-se a teoria de Agnelo de Amorim Filho, não há hipótese de prescrição que atinja direitos não patrimoniais, os quais estariam sujeitos à decadência. Entretanto, agora a questão é pacífica, pois o juiz poderá reconhecer de ofício em qualquer caso.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem, todavia, que:

esse reconhecimento de ofício pressupõe que o juiz, antes de se manifestar, à luz do princípio da cooperação processual, ouça as partes. E essa oitiva tem duas finalidades: permitir que o devedor possa opor-se ao pronunciamento judicial (pois pode querer pagar, renunciando à prescrição) e admitir que o credor possa contrapor-se ao reconhecimento do fim da sua pretensão, argumentando, por

⁹¹ AMARAL, Francisco. Op. cit. p.565.

⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p.469.

exemplo, que o prazo prescricional não fluiu, ou qualquer outra causa obstativa da prescrição⁹³.

Como foi visto, o juiz deve sempre reconhecer a decadência prevista em lei. Entretanto, se a decadência for estipulada convencionalmente, não poderá ser declarada *ex officio*. Se os contratantes, pela autonomia da vontade, previram prazo decadencial para exercício de um direito, será necessário que o interessado alegue a decadência para que o juiz possa conhecê-la.

Portanto, enquanto o Código Civil de 1916 vedava o reconhecimento de ofício da prescrição de direitos patrimoniais e não tratava expressamente da decadência, o Código Civil de 2002 permite sempre o reconhecimento da prescrição *ex officio* e reservou vários artigos à disciplina da decadência.

Antes do Código Civil de 2002, havia na doutrina divergência quanto à possibilidade de alteração convencional dos prazos prescricionais. Como alertamos em várias passagens, as normas sobre prescrição são de ordem pública, não podendo ser afastada pela vontade das partes. É o que preceitua o artigo 192 do Código Civil, pondo fim à controvérsia, a saber: “Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.

Outra questão importante que deve ser destacada é que os “relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente” (art. 195 do CC-02), regra que também é aplicável para a decadência, por força do art. 208 do CC-02⁹⁴.

O dispositivo não abrange os absolutamente incapazes, pois, como se verá, a favor deles há causa impeditiva a obstar o transcurso do prazo prescricional.

O Código de 1916 já previa essa ação regressiva, mas exigia como requisito para a responsabilização dos representantes legais do incapaz, a comprovação do dolo ou negligência destes.

⁹³ Sobre o tema, na III Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, de novembro/2001, foram propostos dois Enunciados pelos seguintes ilustres juristas: “O juiz deve suprir de ofício a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz” (JOAO BAPTISTA VILLELA) e “O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração *ex officio* da prescrição de direitos patrimoniais em favor de absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC” (MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS). Cumpre anotar que o art. 194 do CC-02 foi revogado pela Lei n.º 11.280/2006.

⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 470.

Por fim, urge atentar para duas regras. A primeira vem contida no artigo 196 do Código Civil de 2002, segundo a qual “a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor”, tratando-se da denominada *accessio praescriptionis*.

A segunda regra é a de que os direitos acessórios prescrevem conjuntamente com o direito principal, regra essa que era expressa no Código Civil de 1916 e não foi repetida no Código de 2002, mas merece integral acolhimento jurisprudencial e doutrinário⁹⁵.

4.2 Impedimento, suspensão e interrupção da prescrição

Impedimento, suspensão e interrupção da prescrição são conceitos que se distinguem.

Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes:

A diferença entre causas impeditivas da prescrição e causas suspensivas assenta em que, embora as causas de uma sejam as mesmas da outra, as impeditivas atuam para impedir o início da prescrição, enquanto que as suspensivas ocorrem supervenientemente quando a prescrição em curso⁹⁶.

Assim, o impedimento e a suspensão da prescrição cessam, temporariamente, seu curso. Porém, desaparecida a causa de impedimento ou superada a causa de suspensão, a prescrição retoma seu curso normal, computado o tempo anteriormente decorrido, se este existiu⁹⁷.

A diferença entre suspensão e impedimento é quanto ao termo inicial de cada um. No impedimento, o prazo prescricional nem começa a correr, seu termo inicial fica obstado. Na suspensão, o prazo prescricional começa a correr, é suspenso e,

⁹⁵ Loc. cit.

⁹⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit. p.525.

⁹⁷ VENOSA, Sílvio Salvo. Op. cit. p. 628.

após cessar a causa de suspensão, prossegue o prazo de onde parou, computando-se o tempo já decorrido.

A interrupção é o contrário da suspensão, pois o prazo prescricional começa a correr, é interrompido e, após cessar a causa de interrupção, o prazo já decorrido não é aproveitado, iniciando-se novo prazo prescricional. Portanto, na suspensão, o prazo já decorrido é computado, na interrupção, esse mesmo prazo é inutilizado.

Com brilhantismo, prossegue ensinando Miguel Maria de Serpa Lopes que:

Os casos de impedimento e de suspensão da prescrição irmanam-se com os da interrupção num determinado ponto: todos convergem para um efeito comum: atingir o curso de uma prescrição. Diferem, porém, estruturalmente, na intensidade e na forma da produção desse efeito. Nas causas de impedimento e nas de suspensão, que ocorrem quando há um motivo legal para empecer o início de um lapso prescricional ou para deter o já iniciado, a prescrição se detém e dorme, para recomeçar a partir do momento em que tais causas venham a desaparecer; nas causas de interrupção, o lapso se interrompe para súbito recomeçar; nas primeiras (causas suspensivas), o lapso anterior à suspensão não é reputado perdido, mas se soma ao tempo que sobrevier após a cessão da suspensão, de modo que o lapso prescricional se perfaz com a adição do tempo posterior à suspensão ao que lhe correu anteriormente, ao passo que na interrupção, mui ao contrário, e esta é a principal diferença, a prescrição recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último processo para a interromper (Cód. Civil, art. 173), e recomeçar significa novamente iniciar-se⁹⁸.

4.2.1. Causas impeditivas e suspensivas da prescrição

A lei entende que o vínculo que une as pessoas na hipótese do art. 197 é mais forte do que a necessidade de segurança jurídica oriunda da prescrição⁹⁹.

Para Miguel Maria de Serpa Lopes, o principio que impede a prescrição entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal, e entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, inspira-se na idéia de paz e segurança nas

⁹⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit. p. 533.

⁹⁹ CC-02: “Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.”

relações de família. Não é desejável que para a manutenção de um direito entre essas pessoas seja necessária medida judicial interruptiva da prescrição¹⁰⁰.

Polêmica que surge é quanto à união estável. Corre prescrição entre companheiros?

Uma primeira corrente entende que a prescrição não é impedida entre os companheiros durante a união estável porque, embora a Constituição Federal tenha equiparado a união estável ao casamento, ela não os igualou. Assim, o Código Civil optou por não conceder aos companheiros o direito de seu art. 197, I.

Uma segunda corrente, majoritária, entende que a prescrição não corre entre os companheiros porque na união estável há o mesmo vínculo de afeto que no casamento e deve ser protegido.

Por último, a lei também impede o decurso da prescrição contra os tutelados ou curatelados no interesse de sua proteção.

Também não corre prescrição, nos casos previstos no art. 198 do Código Civil¹⁰¹.

Os incapazes a que se refere esse artigo são somente os absolutamente incapazes, não beneficiando os relativamente incapazes. Estes terão apenas ação de regresso contra seus representantes, com foi dito.

O prazo não corre contra o absolutamente capaz apenas se este for credor. Se o absolutamente incapaz for devedor, portanto, o credor deve observar o prazo para exigir a prestação, pois há prescrição.

Os incisos I e III desse artigo estabelecem a prerrogativa de não ocorrência de prescrição contra as citadas pessoas que estão no estrangeiro a serviço do Estado. O benefício é estendido a ausente a serviço de qualquer ente público, seja da Administração direta ou indireta.

Por último, o art. 199 do Código Civil traz outros motivos que suspendem a prescrição¹⁰².

¹⁰⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit. p. 525.

¹⁰¹ CC-02: “Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.”

¹⁰² CC-02: “Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção”.

Este artigo é desnecessário por falar o óbvio. Mesmo que ele não existisse, as normas que estabelece seriam cumpridas. Nos três casos que ele apresenta, o titular do direito não pode exigir a prestação, não tem pretensão, conseqüentemente, não corre o prazo prescricional.

Noutro giro, pode-se notar da leitura dos três artigos que o Código Civil não faz distinção expressa entre impedimento e suspensão da prescrição. As causas elencadas poderão ora impedir, ora suspender a prescrição, de modo que os três artigos são aplicados a ambas situações¹⁰³.

Gagliano e Pamplona Filho, no mesmo sentido, complementam exemplificando:

João é credor de Maria de uma dívida já vencida e exigível, estando em curso o prazo prescricional (para se formular a pretensão condenatória, via ação de cobrança) de dez anos (no CC-16: vinte anos). Dois anos após a data do vencimento da dívida, contraem matrimônio, por força do qual o prazo prescricional ficará suspenso até a dissolução da sociedade conjugal. No caso, decretada a separação judicial do casal, o prazo prescricional (suspenso durante o tempo de convivência conjugal) continuará a correr, computados os dois anos transcorridos, até que o credor atue ou seja atingido o limite máximo da prescrição. O matrimônio, no caso, atuou como uma causa suspensiva da prescrição. Se, todavia, Maria, respeitado o regime de separação de bens, contrai a dívida perante João, no curso do casamento, o prazo prescricional ficará impedido de correr até a dissolução da sociedade conjugal¹⁰⁴.

Vale destacar a nova regra do art. 200 do Código Civil, que assim dispõe: “Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

Determinados fatos geram repercussões tanto no juízo civil, quanto no penal. Se corresse processos simultâneos em ambos juízos, isso poderia gerar sentenças contraditórias¹⁰⁵. Para evitar isto, enquanto não houver sentença criminal definitiva, a prescrição não começa a correr contra os interessados.

Por fim, o art. 201 do Código Civil estabelece que “suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível”. Como regra, os efeitos da suspensão e do impedimento são limitados às

¹⁰³ VENOSA, Sílvio Salvo. Op. cit. p. 628.

¹⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 472.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 474.

peças cujas condições subjetivas impõem tal prerrogativa. O citado artigo apenas traz uma exceção a esta regra. Assim, a suspensão da prescrição em favor de um dos credores solitários somente aproveitará aos demais se a obrigação for indivisível.

4.2.2. Causas interruptivas da prescrição

Como vimos, com a causa interruptiva, o prazo prescricional já iniciado pára; cessando a causa, o prazo recomeça a contar, desconsiderando-se o tempo anteriormente decorrido.

O art. 202 do Código Civil dispõe que, agora, a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma única vez. Há muita polêmica em torno desse artigo e podemos ver divergências quanto sua interpretação.

A doutrina majoritária entende que a prescrição somente se interrompe uma vez por cada causa interruptiva.

Um segundo entendimento adota a interpretação literal do citado artigo e entende que há somente uma interrupção da prescrição, independente da causa.

Nesse esteira, Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho prelecionam que “Esta limitação nos parece bastante salutar, no sentido de moralizar a utilização da possibilidade de interrupção, evitando-se abusos generalizáveis e a própria perpetuação da lide”¹⁰⁶.

Por último, há uma terceira corrente que entende que, quando o credor vai a juízo, esta é a maior prova de que saiu da inércia. Portanto, não é razoável permitir que contra ele corra o prazo prescricional enquanto pendente a ação em juízo.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 476.

A prescrição se interrompe toda vez que o credor transmite ao devedor a sua exigência de que o devedor cumpra a prestação. O art. 202 do Código Civil apresenta as formas de interromper a prescrição ao dispor^{107 108}.

A primeira causa de interrupção da prescrição é citação, só voltando o prazo a correr a partir do último ato do processo. Então, durante todo o tempo que durar o processo, não voltará a fluir o prazo prescricional.

A prescrição só será interrompida no momento em que o réu for citado, podendo essa interrupção retroagir à data do ajuizamento da ação, desde que a citação não se retarde por culpa do autor.

Se o autor for diligente, fornecendo as informações necessárias para que a citação se cumpra e pagando as custas, mesmo que a citação se retarde, por exemplo, por excesso de trabalho do oficial de justiça, a interrupção da prescrição irá retroagir à data do ajuizamento da ação, porque o retardo não decorreu de culpa sua.

Então, se o autor ajuizou a ação no prazo prescricional, mesmo que a citação se faça depois de decorrido o prazo, essa citação retroage à data em que ele ajuizou a ação, desde que a citação não se retarde por sua culpa. Nesse sentido, preleciona Miguel Maria de Serpa Lopes que:

o despacho ordenatório não é fator interruptivo da prescrição, senão pura e simplesmente o marco assinalador do momento a partir do qual se deve reputar consumada a interrupção, por força de um efeito retrooperante da citação, sendo êste, na verdade, o verdadeiro ato interruptivo da prescrição¹⁰⁹.

¹⁰⁷ CC-02: “art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - O despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - o protesto, nas mesmas condições do inciso antecedente; III- por protesto cambial; IV - A apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”.

¹⁰⁸ Para que se possa fazer uma análise comparativa, transcrevemos o art. 172 do Código Civil de 1916, que trata das causas interruptivas da prescrição: “Art. 172. A prescrição interrompe-se: I - pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente; II - pelo protesto, nas condições do número anterior; III - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores; IV - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; V - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”.

¹⁰⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit. p. 534.

O Código Civil de 1916 não previa que a interrupção da prescrição retroagiria à data da propositura da ação, mas o art. 219, § 1.º do Código de Processo Civil, com redação determinada pela lei nº 8.952/94, passou a prever.

A lei permite que a citação atinja o efeito apontado ainda que o juiz que despacha seja incompetente, exigindo-se apenas que o autor aja de boa-fé, não de admitindo erros grosseiros¹¹⁰.

Outras duas causas interruptivas da prescrição é o protesto judicial (regulado pelos artigos. 867 a 873 do Código de processo Civil) e o protesto cambial (regulado pelo Decreto nº 2.044/1908).

No Código Civil de 1916, o protesto cambial não tinha força de interromper a prescrição. Esse entendimento era inclusive assentado na Súmula 153 do Supremo Tribunal Federal, dispondo que “simples protesto cambiário não interrompe a prescrição”. O efeito de interromper a prescrição só lhe foi conferido pelo atual Código Civil¹¹¹.

O protesto judicial é medida cautelar de protesto, e só terá o condão de interromper o curso do prazo prescricional se obedecidos todos os requisitos da citação comentados anteriormente.

A quarta modalidade de interrupção da prescrição é a apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores. Quando credor habilita seu crédito no inventário ou no concurso de credores aberto contra o devedor demonstra que quer fazer valer sua pretensão e, conseqüentemente, tal ato interrompe o curso do prazo prescricional¹¹².

A quinta modalidade de que fala a lei é a interrupção da prescrição por qualquer ato judicial que constitua o devedor em mora. Sobre essa causa interruptiva, ensinam Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que:

tal regra não é novidade, uma vez que já se encontrava no Código de 1916 (art. 172, IV, do CC-16). Trata-se de norma genérica que considera causa interruptiva da prescrição qualquer ato judicial que demonstre a intenção do credor de exigir o cumprimento da prestação devida. Interpelações, notificações, enfim, medidas

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio Salvo. Op. cit. p.636.

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed ver. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 700.

¹¹² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p.478.

cautelares em geral podem interromper o curso do prazo prescricional¹¹³.

Por fim, o prazo prescricional interrompe-se por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Aqui, o ato de interrupção é produzido pelo próprio devedor.

O devedor pode reconhecer o direito do credor através de uma carta que reconheça legitimidade da dívida, de um pedido de tolerância ou de um pagamento parcial da obrigação¹¹⁴. O importante é que o ato do devedor seja inequívoco, e não presumido, podendo ser judicial ou extrajudicial.

A admissão do ato como causa interruptiva nessa modalidade deve ficar a cargo do julgador no caso concreto, não devendo o interprete estabelecer restrições ou condicionamentos onde não existe¹¹⁵.

Registre-se que, na forma do art. 203, a prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.

O art. 204 do Código Civil é o último a disciplinar as causas que interrompem a prescrição¹¹⁶.

Assim como na suspensão e impedimento, os efeitos da interrupção são pessoais, de maneira que a interrupção da prescrição por um credor não aproveita os demais¹¹⁷. Da mesma forma, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica os demais coobrigados.

A regra aplicada aos credores solidários, entretanto, é uma exceção, e ensina Sílvio de Salvo Venosa que:

Em se tratando de credores solidários, observamos que, na relação jurídica, existem várias relações enfeixadas numa só, que se denomina solidariedade. Os vários credores podem exigir, individualmente, o pagamento de toda a dívida. Desse modo, a

¹¹³ Ibidem. p. 479.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p.701.

¹¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 479.

¹¹⁶ CC-02: “Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados. § 1.º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros. § 2.º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis. § 3.º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador”.

¹¹⁷ VENOSA, Sílvio Salvo. Op. cit. p.639.

interrupção fomentada por um dos credores solidários aproveita a todos¹¹⁸.

4.3 Prazos prescricionais em matéria de direito intertemporal

Por último, completando o presente estudo, vamos tratar dos prazos extintivos que estavam em andamento antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 fixou prazos diferentes daqueles previstos pelo Código de 1916. Para resolver esse conflito de normas no tempo, o art. 2028 do CC estabeleceu que: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Se o prazo extintivo já começou e terminou antes da vigência da lei nova, não há nenhuma dificuldade, posto que se trata de situação jurídica consolidada.

Se o prazo extintivo começou a correr após a vigência da nova lei, simplesmente aplicam-se as regras do Código Civil.

A dificuldade surge em relação às situações pendentes, prazos que se iniciaram na lei anterior e continuam a correr na lei nova.

Neste caso, se o prazo extintivo aumentou com a lei nova, esta será a lei a ser aplicada. Porém, se o prazo foi reduzido pela lei nova, deve-se verificar quanto tempo já transcorreu. Se o prazo já passou da metade, aplica-se a lei anterior. Se o prazo iniciado na lei anterior não chegou até a metade, aplica-se a lei nova.

¹¹⁸ Loc. cit.

CONCLUSÃO

A pesquisa e análise do tema mostraram que as relevantes alterações realizadas recentemente na legislação cível relativa à prescrição e à decadência buscaram harmonizar e disciplinar aspectos controvertidos apontados pela doutrina sobre esses institutos essenciais à estabilidade social e à segurança jurídica.

O interesse social que fundamenta a prescrição, por seu turno, justifica a sua natureza imperativa, de instituto de ordem pública, cuja disciplina não pode ser alterada pela vontade das partes.

A decadência também se fundamenta na segurança e certeza das relações jurídicas.

No que tange à natureza desse instituto, ao revés da prescrição, o prazo decadencial pode ser fixado em lei ou ser convencional.

Se o prazo decadencial é fixado em lei, tendo em vista os valores sociais mencionados (segurança e certeza), ele reveste-se, nesta hipótese, de caráter público e imperativo.

Mas as partes também podem estabelecer, para alcançar seus próprios interesses, prazos para o exercício de certos direitos. Como fruto dessa autonomia privada que orienta as relações entre particulares, tem-se a decadência convencional caracterizada pela natureza privada.

Assim, a prescrição tem sempre natureza imperativa, ao passo que a decadência pode ter natureza imperativa ou privada.

O Direito existe para garantir a pacificação social. Os homens, como seres gregários que são, estabelecem relações diárias entre si. Cabe ao Direito prever, na medida do possível, a disciplina dessas relações sociais, para que todos possam saber como devem se portar para alcançarem as finalidades que pretendem atingir.

Como ensina de Silvio Rodrigues:

Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que a situação de fato que o tempo consagrou adquira juridicidade, para que sobre a comunidade não paire,

indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa, pois é de interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi.¹¹⁹

Portanto, não é razoável que, para a preservação do sentido de estabilidade social e segurança jurídica, sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular¹²⁰.

O fundamento dos institutos em tela é o interesse social em conferir estabilidade, certeza e segurança às relações jurídicas.

Um dos meios que o ordenamento se vale para proteger a segurança e a certeza, valores fundamentais do direito moderno, é limitar no tempo a exigibilidade e o exercício dos direitos subjetivos, fixando-se prazos maiores ou menores, conforme a sua respectiva função¹²¹.

Na precisa lição de Francisco Amaral:

Para os direitos subjetivos, a lei fixa prazos mais longos, que podem ser suspensos e interrompidos, durante os quais se pode exigir o cumprimento desses direitos, ou melhor, dos respectivos deveres. Já para os direitos potestativos, os prazos são mais rígidos, isso porque esses direitos devem exercer-se em brevíssimo tempo. Tal distinção é fundamental.¹²²

Desta forma, a ordem jurídica estabelece os prazos de prescrição e decadência para garantir a estabilidade das relações jurídicas na sociedade, sendo este o fundamento dos institutos.

A prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei¹²³.

Desta forma, a obrigação jurídica prescrita converte-se em obrigação natural, conseqüentemente, não pode ser exigido seu cumprimento, mas, uma vez cumprida espontaneamente, o credor pode reter o que foi pago.

¹¹⁹ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit. p. 327.

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Op. cit. p. 454.

¹²¹ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 565.

¹²² Loc. Cit.

¹²³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p.455.

A prescrição tem por objeto direitos subjetivos patrimoniais e disponíveis, os direitos a uma prestação. Não afeta, por isso, direitos sem conteúdo patrimonial direto como os direitos personalíssimos, de estado ou de família, que são irrenunciáveis e indisponíveis¹²⁴.

Tanto que as relações jurídicas afetadas pela prescrição são objeto necessário de ações condenatórias, que visam a compelir o obrigado a cumprir a prestação ou sancioná-lo na hipótese de inadimplemento.

Durante muito tempo sustentou-se a idéia de que a prescrição atingiria a direito de ação em si, e, apenas por via reflexa, o direito de ação por ela protegido, sendo este o entendimento da doutrina tradicional.

Segundo demonstrou-se no presente estudo, tal assertiva se mostra equivocada.

O direito de ação, ou seja, o direito de pedir ao Estado um provimento jurisdicional que ponha fim ao litígio, é um direito subjetivo público, autônomo e abstrato¹²⁵.

O direito de ação é um direito em face do Estado, distinto do direito subjetivo material e não está condicionado à existência deste. Assim, como foi dito, o direito de ação não é o direito daquele que tem razão. Quem que não tem razão também poderá exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre o direito material.

Por esse motivo, por ser o direito de ação um direito subjetivo público, autônomo e abstrato, não se pode dizer que a prescrição ataca a ação porque esta sempre existirá.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, dissertando sobre o tema, aduzem:

Ocorre que, na época da elaboração do Código Civil de 1916, e mesmo antes, considerava-se, ainda com fulcro na superada *teoria imanentista do Direito Romano*, que a ação judicial nada mais era do que o próprio direito subjetivo, lesado, em movimento. Por essa razão, incrementada pelo pouco desenvolvimento do Direito Processual Civil, não se visualizava a nítida distinção entre o direito de ação em si (*de pedir do Estado o provimento jurisdicional*) e o próprio direito material violado¹²⁶.

¹²⁴ Ibidem. p. 456.

¹²⁵ Loc. Cit.

¹²⁶ Ibidem. p. 456-457.

Para a doutrina tradicional, então, a ação e o direito material eram faces da mesma moeda, por isso a prescrição extintiva atacava o direito de ação e, indiretamente, o próprio direito material violado.

Todavia, o objeto da prescrição não é o direito de ação, que sempre existirá, mesmo depois de decorrido o prazo prescricional estabelecido em lei. O seu objeto é a pretensão que surge do direito violado.

No capítulo 2, conceituou-se a pretensão como o poder de exigir a prestação, o poder de exigir de outrem que faça ou não faça algo. É através do reconhecimento da pretensão que o ordenamento jurídico protege o sujeito e o capacita com meios de agir na tutela do direito subjetivo.

Conclui-se, portanto, que o objeto da prescrição extintiva é a pretensão, e não o direito de ação em si, que sempre existirá, por ser público, autônomo e abstrato.

Diante do art. 189 do Código Civil, que determina que “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos. 205 e 206”, a visão que prevaleceu foi exatamente esta, qual seja a de que a prescrição tem como alvo a pretensão e não o direito de ação que protege o direito subjetivo violado.

A decadência, por sua vez, caracteriza-se pela existência de prazo para o exercício de um direito potestativo, que transcorre aliado à inércia do titular. Consiste, portanto, na perda do direito potestativo sujeito a prazo, em razão da inércia de seu titular.

Como foi analisado ao longo do trabalho, existem grandes diferenças entre a prescrição e a decadência. Mas o Código Civil de 1916 não tratava de forma separada estes institutos. O Código Civil de 2002, por fim, passou a esposar em seu texto a distinção existente entre os dois institutos extintivos.

Sobre os critérios distintivos entre os dois institutos, no que diz respeito à determinação das hipóteses de incidência que determinam a aplicação de um ou outro, referiu-se anteriormente ao clássico texto de Agnelo Amorim Filho, *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e Identificar as Ações Imprescritíveis*¹²⁷.

¹²⁷ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

Primeiramente, através da natureza do direito, determina-se se sobre ele incidirá a prescrição ou a decadência.

A decadência atinge direitos potestativos, consistindo estes num poder de agir ligado à sujeição. Direito potestativo é o poder que o titular do direito tem de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar¹²⁸.

No direito potestativo sujeito a prazo decadencial, não há, portanto, pretensão exigível pelo titular do direito violado, que será sempre e apenas objeto de prescrição¹²⁹.

Esta é a primeira regra apresentada por Agnelo Amorim Filho: os direitos subjetivos serão consumidos pela prescrição, e os direitos potestativos pela decadência¹³⁰.

A segunda regra de Agnelo Amorim Filho diz respeito à correlação entre o tipo de pedido realizado e a consequência jurídica da inércia do titular do direito pleiteado.

Nas ações condenatórias, o direito está submetido à prescrição. Nas ações constitutivas, o decurso do prazo fixado em lei para o exercício do direito está sujeito à decadência. Se a ação for declaratória ou, mesmo constitutiva, não houver prazo fixado para o exercício do direito, haverá imprescritibilidade.

No capítulo 4 analisaram-se os prazos prescricionais e decadenciais, bem como as causas que suspendem, impedem e interrompem a prescrição.

A lei 11.280/2006, ao revogar o art. 194 do Código Civil e alterar o § 5º do art. 219 do CPC, autorizou o conhecimento da prescrição de ofício pelo juiz, não dependendo mais da arguição do interessado.

O presente estudo, portanto, demonstrou por evidências claras e objetivas que as modificações inseridas pela Lei nº. 10.406/2002 – Código Civil e pela Lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 disciplinaram e harmonizaram o entendimento e aplicação das regras prescricionais e decadenciais em relação à orientação doutrinária vigente.

¹²⁸ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 194.

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 459.

¹³⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM FILHO, Agnelo. *Do Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e Identificar as Ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, v. 300, São Paulo: RT, 1960. Reproduzido na RT, v. 711, out. 1997, p. 725-6.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.1. 10ª ed., São Paulo:Saraiva,1994.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.1. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2001..

FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO. Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, Parte Geral, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993. _____ *Introdução ao Direito Civil*. 18.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Da Prescrição e da Decadência*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1960.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1. 19ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. 20. ed ver. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Miguel. *Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil (Parte Geral)*, vol.1, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SAN TIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1978..

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil - Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil (Parte Geral)*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. v. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.