

José Fernando Simão

TEMPO E DIREITO CIVIL

prescrição e decadência

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como requisito
para obtenção do título de Livre-docente
em Direito Civil (Edital FD 13/2011).

São Paulo
2011

insurgiram contra a deturpação dos conceitos. No Brasil, Antonio de Almeida Oliveira, com base em P. van Wetter, tratou conjuntamente dos institutos; Manuel de Almeida e Sousa e Melo Freire também não ficaram incólumes “à confusão multissecular”. Nem o próprio Teixeira de Freitas se livrou deste equívoco. Coelho da Rocha e Lafayette Rodrigues Pereira mantiveram o erro multissecular, e o último ainda afirmou que pensava que a identificação dos institutos poderia gerar erros e perigos, mas, mesmo assim, era exata. O Código Civil brasileiro não autoriza, de modo algum, a se pensar em prescrição aquisitiva. As adjectivações “aquisitiva”, “liberatoria” ou “extintiva” são absolutamente estranhas ao direito brasileiro.¹¹⁴

Em razão do exposto, a menção à prescrição será desacompanhada de qualquer adjectivo.

b) Prescrição e decadência

Supervinda eventual confusão terminológica entre prescrição e usucapião, o que dá operabilidade ao sistema, cabe, então, a árdua tarefa de distinguir a prescrição da decadência em termos conceituais.

O cuidado que se deve ter nessa reflexão é a não utilização dos efeitos dos institutos para tal mister. No passado, afirmava-se que a grande diferença entre a prescrição e a decadência é que a primeira poderia ser suspensa ou interrompida, e a segunda, não. Em outras palavras, por tal critério, toda a vez que a lei contivesse regra de suspensão ou interrupção do prazo este seria necessariamente prescricional. Tal conclusão é ilógica de acordo com as regras da natureza e do direito. Dizem que por produzir certo efeito algo é “A”, e não “B”, é ignorar que esse mesmo efeito pode ser produzido por “C” e “D”, que não se confundem nem com “A”, nem com “B”.

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* – Parte geral – Eficácia jurídica. Determinações, inexas e anexas. Direitos. Preclusões. Ações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 6, p. 99–100. A crítica a Antonio Almeida de Oliveira é dura, pois Pontes afirma que este só leu um único curso de direito romano, o de P. van Wetter. O único autor que tem a escusa na identificação de usucapião e prescrição, segundo Pontes de Miranda, é Teixeira de Freitas. Para ele, Teixeira de Freitas tratou a usucapião como prescrição aquisitiva porque tinha que respeitar a terminologia viciosa das Ordenações Filipinas. Contudo, poderia ter feito uma crítica na sua Consolidação das Leis Civis, já que conhecia a tradução para o francês da obra de Savigny, mas não o fez (*Tratado de direito privado*, cit., p. 99).

Dizer que negócio nulo é aquele que jamais se convalida significa dizer que, se a lei criar um negócio nulo com prazo para sua declaração, tal negócio deixaria de ser nulo em razão de um efeito: a convalidação¹¹⁵. Da mesma forma, se este fosse o critério de diferenciação da prescrição e da decadência, quando o art. 26 do CDC traz causas obstativas da decadência, a conclusão do intérprete seria a de que, na realidade, a hipótese é de prescrição, pois somente esta está sujeita à paralisação.

O próprio Código Civil tratou de repelir a distinção pelos efeitos ao dispor que a decadência pode sofrer interrupção, suspensão ou impedimento, desde que em razão de expressa previsão legal (cf. art. 207).

A questão que se coloca, então, é saber se ontologicamente há uma efetiva diferença entre prescrição e decadência ou se a distinção é mera opção do legislador. Se a primeira interpretação prevalecer, o Código Civil merece alguma crítica, conforme se demonstrará oportunamente. Se a segunda prevalecer, duas conclusões são inafastáveis: toda a doutrina e a jurisprudência que mencionavam a decadência em matéria civil na vigência do Código Civil de 1916 estavam completamente equivocadas, pois o diploma não disciplinou tal instituto; e somente a partir de 11 de janeiro de 2003 surgiu o instituto da decadência para o direito civil brasileiro.

A convicção que se tem é que a distinção não é simples opção ou faculdade do legislador. Se o fosse, não haveria porque a doutrina se debruçar sobre o tema por décadas a fio e o legislador de 2002 adotar expressamente a distinção¹¹⁶. Os prazos têm diferenças enquanto prazos, sendo irrelevante o fato de a lei denominá-los de prescrição ou decadência. O *nomen juris* dado ao prazo por certo artigo de lei não tem força de alterar sua natureza.

¹¹⁵ Se essa lógica prevalecesse, não se poderia explicar como um casamento nulo celebrado por autoridade incompetente se convalidaria após dois anos da celebração na sistemática do Código Civil de 1916 (cf. art. 208) ou o testamento nulo se convalida após cinco anos, de acordo com o atual Código Civil (cf. art. 1.859).

¹¹⁶ Corrobora essa afirmação a lição de Paulo Tornimim Borges em obra escrita na vigência do revogado Código Civil: “A decadência é instituto ainda hoje tido como um tanto informe, pouco caracterizado, se bem seja indiscutível sua realidade, aliás necessária nos quadros do direito positivo”. A lição termina com um verdadeiro desafio aos juristas: “A nossa ignorância, porém, não deve resultar na negação pura e simples dos princípios, pois a fuga não resolve o problema, que continua de pé, desafiando o engenho humano.” *Decadência e prescrição*, p. 13.

Na busca da definição dos institutos, as lições dos diversos estudiosos do tema devem ser observadas, ainda que sob um viés crítico.

Em princípio, cabe lembrar o que ensinou Nicolau Nazo na sua obra da década de 1950 sobre a dificuldade em se definir tais institutos. O autor afirma que, mesmo no direito estrangeiro, há incertezas no vocabulário. Sobre o assunto ao mencionar doutrina francesa, Nicolau Nazo cita Michel Vasseur, o qual revela uma preferência pela palavra “forclusão” para remeter à “decadência”. Explica, ainda, que Vasseur prefere a expressão “forclusion”; que corresponde à palavra italiana “*declusione*”, ao termo “*déchéance*”, que equivale ao italiano “*preclusione*”, pelo fato da noção de “*déchéance*” ser muito ampla, uma vez que, ao lado das hipóteses de “*déchéance*” por omissão, decorrentes da expiração de um prazo, existem hipóteses de “*déchéance*” por comissão, que são estranhas à expiração de um prazo. Entretanto, o mesmo autor francês reconhece que o termo “*déchéance*” passou a figurar nos textos do *Code Civil*¹¹⁷.

Assim, pode-se concluir que na França, por exemplo, o termo decadência (*déchéance*), tem significado amplíssimo. Conforme esclarece Nicolau Nazo, esse termo inclui “impropriamente” a decadência por comissão. Para o autor, a decadência por omissão tem como pressuposto o não exercício do direito dentro de um prazo peremptório, fixado pela lei, por sentença, por contrato ou testamento. A decadência por comissão, ao contrário, prescinde da noção de prazo e pode resultar tanto da prática de um ato lícito quanto ilícito. Como exemplo de decadência por comissão (ato ilícito) podem ser citadas as regras contidas no art. 395 do Código Civil de 1916, determinando a perda do pátrio poder do pai ou da mãe que castigar imoderadamente o filho, que o deixar em abandono ou praticar atos contrários à moral ou aos bons costumes. Também haveria decadência por comissão nas hipóteses em que há revogação de doação feita a donatário ingrato (arts. 1.181 a 1.183 do CC/16), bem como nas situações de exclusão de herdeiros ou legatários (arts. 1.595, 1.744 e 1.745 do CC/16). Como exemplo de decadência por comissão decorrente de ato lícito, o Código Civil de 1916 apresentava as seguintes situações: a perda do pátrio poder pela viúva, que convola as segundas núpcias, quanto aos filhos do leito

anterior (art. 393 do CC/16); a perda do direito de repetir o que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir obrigação natural (art. 970 do CC/16), bem como o de reaver o mutuário juros pagos não estipulados ou imputá-los no capital (art. 1.263 do CC/16)¹¹⁸.

O conceito de decadência por comissão não pode ser importado para o direito brasileiro. As penalidades impostas pelo ordenamento em razão de certos atos praticados não se confundem com a noção de decadência construída pela doutrina brasileira no decorrer do século XX. Todas as hipóteses desse instituto descritas por Nicolau Nazo não exigem sequer lapso temporal para sua verificação. Isso, por si só, retira qualquer aplicação ao direito brasileiro da noção francesa de decadência por comissão. Perda de poder familiar, por exemplo, é uma sanção ao genitor que não exige qualquer lapso de tempo para se dar, basta a ocorrência de um único ato suficientemente grave para que o genitor receba tal pena¹¹⁹.

Se a noção francesa não coincide com a brasileira, o tratamento que a Alemanha deu aos efeitos do tempo sobre as relações jurídicas também foi diverso. Explica Nicolau Nazo que o BGB, ao mesmo tempo que dedicou uma seção especial de sua Parte Geral, nos arts. 194 a 225, à prescrição, embora não faltem numerosos textos dispersos naquele diploma legislativo visando ao mesmo instituto, teve o cuidado de usar sempre uma única expressão para designá-la, isto é, *Verjährung*, que corresponde à palavra “prescrição”. Tendo enumerado os casos de prescrição na Parte Geral e em outros dispositivos do código, desinteressou-se, no entanto, o legislador em qualificar os institutos afins. Não os mencionou expressamente, mas usou, por exemplo, como nos §§ 382 e 801, de *Gerfrases*, deixando à doutrina a função de distingui-los. Os autores, para designar os prazos de decadência, adotam os termos *Ausschlussfrist*, que corresponderia a “prazo que exclui” ou *Präklusivfrist*, “prazo prefixado”, ou, ainda, a expressão *Gesetzliche Befristung* ou “prazo legal”¹²⁰.

Percebe-se, então, que o direito estrangeiro faz opções terminológicas distintas daquelas do direito brasileiro e pode ser usado apenas

¹¹⁸ NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 26.

¹¹⁹ O pai que praticar violência doméstica contra seu filho uma única vez perderá o poder familiar.

¹²⁰ NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 29-30.

¹¹⁷ A obra de Michel Vasseur é *Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1950, p. 442, conforme menciona Nicolau Nazo *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 16).

como fonte comparação das disciplinas, e não como fundamento da distinção pátria de prescrição e decadência.

Algumas características norreiam as definições de prescrição e de decadência segundo a doutrina. Para alguns autores, a distinção está nos efeitos dos institutos. Para outros, a diferença está na vontade das partes ao fixarem o prazo. Há quem diga, ainda, que os prazos se diferenciam por sua extensão (os decadenciais seriam mais curtos). Outra diferença apontada é que a prescrição se refere ao direito, das obrigações e a decadência aos demais ramos do direito civil. Deve-se frisar que uma das diferenças que mais se repete diz respeito à extinção do próprio direito (decadência) ou apenas da ação (prescrição)¹²¹.

Nesta parte da presente tese, tem-se por objetivo aprofundar a reflexão de Paulo Tornimn Borges sobre o tema: toda ciência tem princípios. Ou o conceito de decadência se regula por um princípio, ou se acha ainda em fase empírica. Mas esse princípio existe¹²².

Em suas conclusões, Luiz F. Carpenter fornece seu conceito de prescrição: "Podemos definir a prescrição liberatória como sendo um modo de extinção dos direitos em geral, salvo os imprescritíveis, em razão de que, violados, o respectivo titular ou sujeito deixou morrer, pelo decurso do tempo, a ação que os restabeleceria. Como temos visto, e essa definição ressalta claro, a prescrição fere diretamente a ação, e só por via de consequência o direito"¹²³. O autor é claro ao afirmar que no direito pátrio, como no direito francês e no italiano, extinta a ação, extinto está o direito¹²⁴.

¹²¹ Os adeptos de cada uma das correntes são indicados quando de seu estudo. Paulo Tornimn Borges divide-os em cinco correntes: as que classificam como decadência os prazos extintivos curtos, e como prescrição, os longos; as que afirmam incidir a prescrição sobre mera pretensão, o que não acontece com a decadência, que incide sobre o próprio direito; as que dividem os direitos em patrimoniais e não patrimoniais, incidindo a prescrição sobre os primeiros, e a decadência, sobre os últimos; as que inferem uma e outra, por necessidade a negligência para ocorrer prescrição, não se tratando de negligência na decadência; e as que entendem que a prescrição fere a ação, e a decadência, o direito (*Decadência e prescrição*, p. 21). Contudo, há autores que não dão conceito próprio e apenas transcrevem conceitos alheios (cf. FRANCO, Ary de Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro*, p. 8-12).

¹²² BORGES, Paulo Tornimn. *Decadência e prescrição*, p. 15.

¹²³ CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição*, p. 95-96.

¹²⁴ Afirma ainda Luiz Carpenter que o Código Civil Alemão caminhou para trás, retrogradau, abraçando a doutrina romana de que a extinção da ação não importa a extinção do direito (*Da prescrição*, p. 96).

Carlos Maximiliano entende que a prescrição resulta da inação de credor durante determinado lapso. O instituto não colima proteger um indivíduo, nem punir a inércia de outro. Reveste-se de uma finalidade eminentemente social, de ordem pública. O seu fundamento depara-se na necessidade imperiosa de não ficarem as relações jurídicas perpetuamente incertas, como resultaria se as ações não fossem temporárias¹²⁵.

Antônio Luís da Câmara Leal afirma que, historicamente, a prescrição foi introduzida no sistema pretoriano como uma exceção oposta ao exercício da ação e tinha por fim extinguí-la. O direito, porém, podia sobreviver à extinção da ação. Nesse sentido, apesar de opiniões em contrário, é a lição de Donellus, Weber, Thibaut, Dabelow, Glück, Guyet, Francke, Unterholzner e Rossini¹²⁶. O autor claramente se filia à tese segundo a qual a prescrição não extingue o direito, mas apenas a ação que o protege.

Os fundamentos da prescrição, no entendimento de Antônio Luís da Câmara Leal, justificam que esta apenas atinge a ação e não o próprio direito. Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez adquirido, entra como faculdade de agir (*facultas agendi*), para o domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não uso, ou não exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação. E essa potencialidade, em que se mantém pela falta de exercício, só poderá sofrer algum risco e vir a atrofiar-se caso, contra a possibilidade de seu exercício a todo momento, se oponha alguém, procurando embaraçá-lo ou impedi-lo, por meio de ameaça ou violação. É, então, que surge uma situação antijurídica, perturbadora da estabilidade do direito, para cuja remoção foi instituída ação como custódia tutelar. É contra essa inércia do titular, diante da perturbação sofrida pelo seu direito, deixando de protegê-lo, ante a ameaça ou violação, por meio da ação, que a prescrição se dirige, porque há um interesse social da ordem pública de que essa situação de incerteza e instabilidade não se prolongue indefinidamente¹²⁷.

¹²⁵ Essa noção, por si, não é suficiente para distinguir prescrição de decadência, mas, ainda neste capítulo, analisar-se-á o conceito de decadência para o autor em questão. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 237.

¹²⁶ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 23-24.

¹²⁷ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 23.

Em suma, para Antônio Luís da Câmara Leal, prescrição é a extinção de uma ação ajustável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso. O que dá corpo individualmente à prescrição são seus diversos elementos integrantes: objeto, causa eficiente, fator operante, fator neutralizante e efeito. Arremata o autor que seu objeto é a ação ajustável; sua causa eficiente é a inércia do titular; seu fator operante é o tempo; seu fator neutralizante são as causas legais preclusivas de seu curso; e, por fim, seu efeito é extinguir ações.¹²⁸

Antônio Luís da Câmara Leal formula sua premissa da seguinte maneira: são prescritíveis as ações, de origem distinta do direito, que protegem, quando têm por fim remover uma situação posterior a este, capaz de modificá-lo; e são imprescritíveis as ações cuja origem se identifica com a do próprio direito que protegem, não tendo por fim remover uma situação capaz de modificá-lo, mas, apenas, o reconhecimento judicial desse direito. O exemplo do autor para a ação imprescritível é aquela em que se pretende reconhecimento da nulidade do casamento (nulidade absoluta). Para ele, o fato que torna nulo o casamento é concomitante a este, de modo que o direito de anulá-lo nasce com o próprio casamento, e a ação tem por fim fazer apenas declarar essa nulidade. O autor também dá outros exemplos, a saber: ação de filiação, ação contestatória de maternidade, ações investigatórias de paternidade ou de maternidade, ação de alimentos e ação de desquite. Em contrapartida, na ação de anulação matrimonial (anulabilidade), o direito do promovente de anulação é anterior ao casamento, e este veio modificá-lo, realizando-se com violação daquele direito. O direito e a ação não se identificam: aquele é anterior ao casamento, e esta nasceu com ele. A ação tem por fim remover a nova situação criada pelo casamento, modificadora do direito do titular.¹²⁹

Note-se que a lição de Antônio Luís da Câmara Leal não consegue delimitar com clareza a noção de prescrição, faltando à definição operabilidade. Dizer que são prescritíveis as ações, de origem distinta do direito, que protegem, quando têm por fim remover uma situação posterior a este, capaz de modificá-lo, é de se imaginar que o direito preexiste à ação, e que necessariamente há uma violação posterior ao nas-

cimento do direito. A ideia de se remover uma situação posterior não favorece a compreensão da prescrição. Certamente, a alegação de compliance ou de confusão modifica a possibilidade de cobrança de crédito, mas gera a extinção do direito, e não a ineficácia da pretensão, como se verifica com a ocorrência da prescrição. Situação posterior capaz de modificar o direito é noção ampla demais e pouco clara. Imagine-se que os contratantes celebraram um distrato (resilição bilateral). Há uma situação posterior ao surgimento do direito que gerou sua extinção e que não significa a ocorrência de prescrição. Há fatores múltiplos no plano da eficácia que podem significar uma modificação em decorrência de ato das partes que não guardam relação com a prescrição.

Segundo Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, a doutrina brasileira divide-se em três posicionamentos distintos quanto à definição de prescrição. Para uma primeira corrente, a prescrição atingiria o próprio direito material subjacente: o prazo prescricional “conduz à perda do direito pelo seu titular negligente”. Para uma segunda corrente, a prescrição extinguiria a ação, e não o próprio direito. Essa é a orientação de Clóvis Beviláqua, para quem a prescrição “é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo” (*Código Civil*, p. 458). Por fim, um terceiro entendimento, surgido a partir da consagração das teorias abstratas do direito de ação, procura demonstrar que, a rigor, a prescrição não atinge o direito de ação, já que este se dirige ao Estado, como um direito subjetivo público à prestação jurisdicional, independentemente do mérito da demanda.¹³⁰

Ao contrário da prescrição, que desde o direito romano era instituto conhecido e que, por séculos, foi sendo desenhada pela doutrina

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 349-350. Segundo os autores, são adeptos da primeira corrente: Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p. 435-436) e Eduardo Espinola (*Sistema*, p. 621); são adeptos da segunda corrente: Clóvis Beviláqua (*Código Civil*, p. 458). Câmara Leal (*Da prescrição e da decadência*, p. 26); Paulo Nader (*Curso*, p. 567), Washington de Barros Monteiro (*Curso*, p. 286-287) e Arnaldo Rizzardo (*Parte Geral*, p. 566-567); e, por fim, o terceiro entendimento é o que foi consagrado no dispositivo do art. 189 do CC em vigor, conforme entende Humberto Theodoro Junior (*op. cit.*, p. 349-350). Em igual sentido: MALUF, Alberto Dabus. *Prescrição, decadência e prova*: arts. 189 a 232, p. 19.

¹²⁹ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 26.
¹³⁰ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 56.

e pela lei, conforme se demonstrou na Parte II da presente tese, apenas no século XIX surgiram debates em torno da decadência¹⁵¹.

Decadência é vocábulo de formação vernácula, tendo, porém, como étimo remoto o verbo latino *cadere*, cair. É formado pelo prefixo latino *de-* (de cima de), pela forma verbal *cado*, de *cadere*, e pelo sufixo *-ência*, do latim *entia*, que denota ação ou estado. Literalmente, pois, *decadência* é a ação de cair o ou o estado daquilo que caiu.¹⁵² Aplicado à linguagem jurídica, foi introduzido em sua terminologia para indicar a queda ou perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido. Conforme leciona

¹⁵¹ BORGES, Paulo Tornimim. *Decadência e prescrição*, p. 20. Para Paulo Tornimim Borges, os romanos não conheceram os prazos de decadência como partícipes dos quadros jurídicos; no mesmo sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes, para quem, embora os juristas romanos não desconhecassem uma certa diversidade entre a prescrição em sentido técnico e outras prefixações de tempo, modernamente denominadas de decadência, em regra, essa diversidade era posta de lado nas fontes, nas quais a indicação de *prescriptio* tinha um sentido amplo, compreensivo de todos os casos (*Curso de direito civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, v. I, p. 509-510). Nicolau Nazo atribui a primeira tentativa de discussão do tema a um romanista do século XIX, chamado Donelo (Hugonius Donelli; *Opera omnia* - Commentariorum juris civilis, Macerata, 1830, t. IV, p. 723, notas de Osuald Hilliger), que separou as *actiones temporales* das *actiones perpetuae*. Nas palavras de Nazo: "Desenvolvendo, a seguir, as consequências do modo diferente de extinção das duas espécies de ações, Donelo acrescenta que, nas primeiras, cessando com o prazo também a ação, é nulo o pacto em que o devedor permite ao credor agir ou prometer cumprir a obrigação, ocorrendo o contrário nas ações perpétuas, dado que nelas perduraria a obrigação até depois de decorrido o prazo prescricional. Nas ações temporárias, portanto, os direitos eram limitados dentro de certo prazo" (NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 31-32).

¹⁵² Pontes de Miranda afirma que o termo decadência não é adequado, seguindo o entendimento de A. von Tuhr: "Tem-se dado largo uso à expressão *decadência*, em vez de preclusão. A cada momento, fala-se de prazo de decadência para se nomear prazo de preclusão. O *terminus technicus* é prazo preclusivo, *Praktischerist* (cf. C. Reuter, *Uber die Berechtigung des Gegenstands "Verfallung und gesetzliche Befristung"*, 40 s. O direito cai, não decai)" (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* - Parte geral - Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretenções. Ações, p. 135). Paulo Tornimim Borges critica a concepção de Pontes de Miranda sobre o tema e afirma que este não tem razão quando profliga a expressão *decadência*, pois o seu étimo não designa a ação de cair, mas a de cair mesmo (prefixo latino *de-* de cima de -, *cado* - de *cadere*). Literalmente, decadência é a ação de cair ou o estado daquilo que caiu (*Decadência e prescrição*, p. 25).

Antônio Luís da Câmara Leal, decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado¹⁵³.

Não há na doutrina uniformidade no uso do termo, mormente antes da vigência do atual Código Civil. Explica Paulo Tornimim Borges¹⁵⁴ que o designativo *decadência* é empregado por Carvalho Santos (*Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, verbete "Decadência de direito", Editora Borsoi, Rio), Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, Livraria Freitas Bastos, Rio, 1957, v. I, n. 405), Lopes Da Costa (*Direito processual civil brasileiro*, Editora José Konfino, Rio, 1947, v. IV, apêndice), Alberto Trabucchi (*Istituzioni di diritto civile*, Casa Editora Dott. Antonio Milani, Padova, 1954, n. 62), e De Ruggiero (*Istituições de direito civil*, Livraria Acadêmica, São Paulo, 1934, tradução portuguesa de Dr. Ari Santos, v. I, parágrafo 34). Mas a estas designações prefere Josserrand a *prazo prefixado* (*Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Mantrola, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, t. 2, v. 1, n. 1002), R. Salvat, *prazo de caducidade* ou *prazo prefixo* (*Tratado de derecho civil argentino*: obligaciones en general, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956-), Clóvis e Carpenter, o termo genérico *prazo extintivo*, Planiol-Ripert, *caducidade* ou *prazo prefixado* (*Tratado práctico de derecho civil francés*, tradução espanhola de Mario Diaz Cruz, Editora Cultural, Habana, t. 7, n. 1402) e Cunha Gonçalves, *perempção do direito ou da ação* (*Tratado de direito civil*, Coimbra Editora, 1930, n. 420).

Exatamente em razão da enorme discordância terminológica, o art. 26 do CDC ora utiliza decadência, ora o verbo caducar, havendo clara indecisão terminológica entre o *caput* e os parágrafos. Com o atual Código Civil, toda a indecisão cai por terra, e o termo escolhido efetivamente é decadência, sendo que vários dispositivos que mencionavam caducidade sofreram emendas durante a tramitação legislativa¹⁵⁵.

¹⁵³ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 113-115. No mesmo sentido: MALUF, Alberto Dabus. *Prescrição, decadência e prova*: arts. 189 a 232, p. 1.

¹⁵⁴ *Decadência e prescrição*, p. 24.

¹⁵⁵ Especialmente sobre as emendas referentes aos arts. 445 e 446, que cuidam dos vícios redibitórios (SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no CDC*. São Paulo: Atlas, 2003). Sobre o tema, explica Francisco Amaral que a figura técnica que exprime a extinção dos direitos e suas pretenções pela inércia

Ademais, o Código Civil utiliza o termo caducidade em matéria testamentária, o qual tem significação clara: a caducidade é a ineficácia do testamento, cujas causas são as mais diversas. Por exemplo, caduca o testamento se o bem legado for alienado pelo testador antes de sua morte. Também há caducidade se o herdeiro testamentário morrer antes do testador e este não criou mecanismos de substituição testamentária. Como último exemplo, ocorre caducidade do testamento militar ou marítimo se o testador sobrevive à viagem ou à guerra.

Nicolau Nazo discorre a respeito da dificuldade em se fixar a noção de decadência. Para ele, grande parte dos autores que tenta conceituar decadência acaba por definir simplesmente um direito a termo. Da doutrina alemã, o autor transcreve as lições de Grawein e Rosenberg. Para o primeiro, a temporalidade corresponde ao prazo de existência de um direito, argumentando que há direitos que, pela sua natureza intrínseca, têm vida limitada, extinguem-se por si, independentemente da superveniência de um fato destruidor do direito. Em outras palavras, o fundamento da extinção de um direito temporário reside em si mesmo, em sua carência de força para subsistir além do "*dies fatalis*". Já Rosenberg, que exclui do conceito de decadência os direitos a termo, repete a distinção entre decadência e prazos preclusivos, que estariam incluídos na primeira, e afirma que a decadência, da mesma forma que a prescrição, se refere aos direitos que podem realizar-se também depois do prazo, contanto que o exercício seja anterior à sua expiração¹³⁶.

Sobre o equívoco na distinção de decadência e simples direito a termo, explica Nicolau Nazo que, em se tratando de decadência, apenas se leva em conta a inércia do titular, o direito em seu momento estático, isto é, se exercido dentro do prazo preestabelecido, a vida do direito de limitada se torna ilimitada, diferentemente do que ocorre com o direito a termo, que se extingue, quer seja exercido, quer não, à expiração do respectivo prazo¹³⁷.

Realmente, a existência de um termo final não se confunde com o instituto da decadência. Um contrato de locação de bem móvel firmado

do respectivo titular no tempo devido é a chamada *caducidade*. Esta, em sentido amplo, significa extinção de direitos em geral e, em sentido restrito, perda dos direitos potestativos, quando toma, então, o nome de *decadência* (*Direito civil*, p. 565).

¹³⁶ NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 47.

¹³⁷ NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 41.

por cem dias, findos os quais ocorre sua extinção (resolução), não se confunde com o prazo para o locatário reclamar de eventual vício redibitório do mesmo veículo. O prazo de duração do contrato (termo final) significa que a chegada de certa data do calendário extingue o contrato e, com isso, os direitos e deveres das partes. É a extinção da relação jurídica como um todo. A decadência, como se definirá, é nitidamente um efeito do tempo que tem por motivo a inércia de um titular, que acaba punido por não exercer seu direito potestativo. No exemplo *supra*, o locatário que percebe o vício e deixa de pedir a substituição do bem locado, restando inerte, verá a decadência de seu direito (art. 445 do CC). Há, na decadência, um caráter de sanção em decorrência do não exercício do direito. A inércia é a razão de ser do instituto. No direito a termo, a inércia ou não do titular é questão irrelevante, já que o termo chega com o simples passar dos dias, independentemente de ação humana.

Alguns autores pretendem caracterizar a decadência por seus efeitos. Zacharie von Lingenthal afirma que as únicas diferenças entre prescrição e decadência se pautam no sentido de que a decadência corre contra todos, opera, com frequência, de pleno direito e a ela nem sempre se pode renunciar. Também Aubry e Rau seguem este caminho da diferença pelos efeitos: diferentemente da prescrição, que é suspensa em favor dos menores e interditos, os prazos que acarretam decadência em favor dos maiores e capazes, bem como contra os maiores no gozo de seus direitos, da mesma forma que não se suspendem entre os cônjuges durante o casamento¹³⁸.

Outros autores, por sua vez, pretendem diferenciar prescrição e decadência de acordo com o caso concreto, em que se verificaria a intenção do legislador ou a vontade comum das partes quando o prazo decorrer de contrato¹³⁹. Trata-se de critério evidentemente subjetivo

¹³⁸ Apud NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 51-52. A informação confere segundo o seguinte trecho da obra de Aubry e Rau: "A la différence de la prescription, qui est suspendue en faveur des mineurs et des interdits, les délais emportant déchéance courent contre eux, aussi bien que contre les majeurs jouissant de leurs droits. D'un autre côté, les déchéances ne sont pas, comme la prescription, suspendues entre époux pendant le mariage" (*Cours de droit civil Français d'après la méthode de Zachariae*, p. 427). Nicolau Nazo afirma que a decadência, ao contrário da prescrição, não pode ser interrompida ou suspensa

(*A decadência no direito civil brasileiro*, p. 124).

¹³⁹ Nicolau Nazo afirma que Tissier e Sallé de Manterre seguem esta trilha. Todavia, o último acrescenta, ainda, que os únicos elementos que se encontram em

de difícil verificação e que, certamente, levaria a interpretações contraditórias do sistema. Ainda que se analisasse a vontade declarada, e não a subjetiva, a questão não se resolveria de maneira simples, motivo pelo qual a tese gera inoperabilidade.

Outra posição doutrinária para a diferença dos institutos está em suas finalidades. Enquanto a prescrição é uma instituição de paz social, que funciona no interesse superior ao das partes interessadas, a decadência, de que é atingido o titular de um direito ou de uma prerrogativa, funciona, em princípio e sob a reserva da intervenção possível da noção de ordem pública, com o objetivo de salvaguardar e proteger os interesses da pessoa contra quem esse direito ou essa prerrogativa possam ser exercidos¹⁴⁰.

Na Itália, sustenta-se que o elemento fundamental da distinção reside na natureza da inação do titular ou, melhor, no não exercício do direito; em outras palavras, enquanto na prescrição prevalece o não exercício em sentido subjetivo, na decadência, ao contrário, prevalece o não exercício em sentido objetivo. Na prescrição, o não exercício do direito em sentido subjetivo é o principal, sendo o decurso do tempo secundário; já na decadência, o decurso do prazo é o principal, enquanto o não exercício em sentido objetivo é secundário¹⁴¹. A diferença então, parece novamente decorrer dos efeitos, e não ser causa de distinção.

Há outras correntes que não se sustentam em razão da fragilidade dos argumentos. Há quem diga que a diferença estaria nos lapsos temporais. Enquanto a prescrição tem lapsos longos, mais dilatados,

todas as circunstâncias são: de um lado, o fato da decadência envolver sempre a existência de uma culpa do titular de um direito; de outro, reverso o caráter de uma sanção, com fim repressivo ou, às vezes, preventivo, que consiste na perda ou, com mais exatidão, na retirada de um direito (NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 59).

¹⁴⁰ NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 65.

¹⁴¹ Essa diferença é trazida por Faldut e Bensa e Covello, segundo Nicolau Nazo (*A decadência no direito civil brasileiro*, p. 72). É veementemente a crítica de Brenno Fischer quanto a esse critério de distinção: "Jogo de palavras que, no fundo, representa a mesma coisa, pois que não se pode distinguir no decurso de tempo, sem que o titular aja, uma predominância da inércia deste sobre aquele ou vice-versa" (*A prescrição nos tribunais*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957. v. 1, t. 1, p. 115). Covello chega a afirmar que não existe um critério geral para distinguir os institutos, e tudo se resume a interpretar a vontade das partes (BORGES, Paulo Torrinim. *Decadência e prescrição*, p. 14).

a decadência tem lapsos curtos ou breves. Brenno Fischer afirma com razão que isto seria muito pouco para a configuração dos dois institutos. Indica, desde logo e com razão, Ennecerus (*Tratado de direito civil*, trad. espanhola, Parte Geral, t. 1, v. 2, p. 490, nota ao n. II), lembrando que no Código Civil alemão se conhecem "prazos de decadência desde dois dias até trinta anos"¹⁴².

A crítica a essa distinção também vem da doutrina francesa. Paulo Torrinim Borges explica que Planiol e Ripert afirmavam que tal critério carecia de cientificidade, além de gerar imprecisões e incertezas, especialmente em se tratando de prazos breves de caráter convencional¹⁴³.

Concorda-se integralmente com as críticas formuladas, pois, efetivamente, o critério da extensão do prazo carece de qualquer base científica. Se é verdade que os prazos decadenciais costumam ser inferiores aos prescricionais, há exceções diversas¹⁴⁴. O prazo de prescrição da pretensão reparatória é de apenas três anos (art. 206, § 3º, V, do CC), e o de decadência, para anulação de negócios jurídicos por vício do consentimento, é de quatro anos (art. 178 do CC)¹⁴⁵. Há, em contrapartida,

¹⁴² FISCHER, Brenno. *A prescrição nos tribunais*, p. 110.

¹⁴³ BORGES, Paulo Torrinim. *Decadência e prescrição*, p. 42. Efetivamente, em sua obra, afirmam os autores franceses: "Qual é o critério de identificação da decadência? A brevidade do prazo ao fim do qual ela ocorre se constitui uma primeira característica. Por outro lado, é necessário considerar o fim e o papel do prazo. O prazo prefixado é uma condição prevista em lei para a realização de um ato determinado, geralmente a utilização de uma faculdade, e tem por objetivo, não impor uma sanção à negligência do interessado, mas pôr fim rapidamente, em todo caso, à possibilidade de se realizar um ato. É necessário, então, procurar em cada caso se há razões que determinem impedir, em um prazo intransponível, o exercício do direito. Esta distinção entre prescrição e decadência foi bastante criticada. Mostrou-se, sem dificuldades, a imprecisão deste critério e a incerteza deste como forma de distinguir dos institutos". PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1931. t. VII, 2ª parte, p. 736-737.

¹⁴⁴ Analisando-se uma tendência da lei, correta a afirmação de Francisco Amarel sobre o tema: "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" (*Direito civil*, p. 565).

¹⁴⁵ Apoiando essa redução efetivada pelo legislador em 2002 temos antiga lição de José Dias Marques. A redução dos prazos é importante, de modo a tirar do instituto da prescrição o máximo do seu rendimento. Essa orientação merece nosso

prazos de garantia convencionais, cuja natureza é decadal (o art. 446 do Código Civil confirma a asserção), que podem ser longos, em razão da natureza do bem alienado¹⁴⁶.

Em verdade, a extensão do prazo é mero arbítrio do legislador ante as conveniências sociojurídicas do momento. Convém que os prazos de decadência sejam mais curtos; mas nada impede, substancialmente, que eles sejam alongados na determinação legal¹⁴⁷. Esta assertiva fica evidente quando o atual Código Civil, por opção do legislador, reduziu diversos prazos prescricionais e ampliou outros decadenciais. De início, o prazo geral de prescrição foi reduzido de 20 para 10 anos sem qualquer distinção entre as ações reais e as pessoais (art. 205 do CC/2002 e art. 177 do CC/16). A pretensão para reparação civil, ou seja, aquela que se refere às indenizações, que era de 20 anos (art. 177 do CC/16), atualmente é de apenas três anos (art. 206, § 3º, V, do CC/2002).

Em compensação, a ação de anulação de casamento não mais se sujeita ao prazo decadencial de dois anos, mas, sim, ao de três¹⁴⁸. A ação do marido para contestar a paternidade do filho de sua esposa, que estava sujeita ao exiguo prazo decadencial de dois ou três meses, atualmente é imprescritível, por força do art. 1.601 do CC/2002¹⁴⁹.

aplauso. E nem se diga que tal medida se opõe à justa proteção dos direitos, assim amparados por curtos prazos de prescrição, porque a frequência, rapidez e multiplicidade dos meios de comunicação dá hoje ao comum dos homens a plena possibilidade de, mesmo a longa distância, organizar a defesa dos seus interesses e o exercício dos seus direitos. MARQUES, José Dias. *Prescrição extintiva*, p. 7.

¹⁴⁶ E o caso de garantia estendida na venda de celulares.

¹⁴⁷ BORGES, Paulo Tornim. *Decadência e prescrição*, p. 43.

¹⁴⁸ Art. 178 do CC/16: "Prescreve: (...) § 7º Em 2 (dois) anos: I – a ação do cônjuge para anular o casamento nos casos do art. 219, I, II e III; contado o prazo da data da celebração do casamento; e da data da execução deste Código para os casamentos anteriormente celebrados"; e art. 1.560 do CC/2002: "O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de III – três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557".

¹⁴⁹ Art. 178 do CC/16: "Prescreve: (...) § 3º Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 338 e 344)" e "§ 4º Em 3 (três) meses: I – a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo"; e art. 1.601 do CC/2002: "Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível".

Apesar dos diversos argumentos, a corrente que mais adeptos tem diz respeito ao objeto da extinção. Os mais diversos autores indicam que, enquanto a prescrição atinge a ação, a decadência extingue o próprio direito. Nicolau Nazo compila as diversas opiniões nesse sentido: Clóvis Beviláqua (*Teoria geral do direito civil*, p. 367 e 395, e *Comentários ao Código Civil*, obs. ao art. 161)¹⁵⁰, Lacerda de Almeida (*Obrigações*, § 92, 2. ed.), Manuel Inácio Carvalho de Mendonça (*Doutrina das obrigações*, v. I, n. 421)¹⁵¹, Eduardo Espínola (*Brevus anotações ao Código Civil*, v. I, nota 227), Carpenter ("Da prescrição", v. IV do *Manual do direito civil* de Paulo Lacerda, p. 77), Carvalho Santos (*Código Civil interpretado*, v. III, p. 372-373), Câmara Leal (*Da prescrição e da decadência*, p. 122-123), Pereira Braga (*Exegese do Código de Processo Civil*, v. III, t. I, p. 165), Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, v. I, p. 388), Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*, p. 392), Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil* – Parte geral, p. 299)¹⁵² e João Franzen de Lima (*Curso de direito civil brasileiro* – Introdução e parte geral, 3. ed., p. 366)¹⁵³.

Brenno Fischer, com base na doutrina estrangeira (Laurent, Josserand e Huc), elabora as distinções: a prescrição só vem da lei, enquanto a decadência pode também advir da determinação do juiz ou ato jurídico; a prescrição só é alegada em exceção, ao passo que a decadência pode dar lugar à ação; a prescrição, em regra, abrange obrigação ou direito real, interessando mais o patrimônio, enquanto a decadência atinge também as relações de família; as duas pessoas que figuram em caso de decadência são titulares de direito (o de uma é permanente e o de outra é contingente), já na prescrição, ao contrário, só há um portador de direito, de sorte que à outra parte pesa um dever ou obri-

¹⁵⁰ Diz Beviláqua que o prazo extintivo opera a decadência do direito porque o direito conferido é para ser exercido em determinado prazo; se não for exercido, extingue-se. Já a prescrição é a perda da ação (*Código Civil comentado*, p. 349-351).

¹⁵¹ Evidentemente, entende Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça que a prescrição implica um estado especial ao credor caracterizado pela inércia, negligência e lapso de tempo e se dirige contra a ação, impossibilitando seu exercício. A decadência, ao contrário, fere o próprio direito e o extingue (*Doutrina e prática das obrigações, ou tratado geral dos direitos de crédito*, p. 673).

¹⁵² Washington de Barros Monteiro afirma que a prescrição atinge diretamente a ação e, por via oblíqua, faz desaparecer o direito. Já a decadência extingue o próprio direito (*Curso de direito civil*, 35. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1: Parte geral, p. 294).

¹⁵³ NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 97.

gação; a prescrição tem que ser invocada pela parte, enquanto a decadência deve ser pronunciada *ex officio*; a prescrição pode ser interrompida ou suspensa, o que não ocorre com a decadência; e a prescrição consumada pode ser renunciada, já a decadência, não.¹⁵⁴

A distinção dos institutos com base na matéria não se sustenta. Dizer que os prazos prescricionais se referem ao direito das obrigações e os decadenciais ao direito de família é negar que uma ação de anulação de um contrato por erro, dolo, coação, lesão ou estado de perigo está sujeita a prazo decadencial e que o prazo para se cobrar alimentos inadimplidos é prescricional¹⁵⁵. Apesar do equívoco dessa distinção, dela pode-se extrair algo útil ao conceito de prescrição. Como esta está ligada a pretensões, necessariamente exigirá uma prestação e, portanto, uma obrigação de dar, fazer ou não fazer¹⁵⁶.

Com relação ao fato de a prescrição ter de um lado, o portador de um direito e, de outro lado, alguém que tem uma obrigação, a noção

¹⁵⁴ Na realidade, o autor segue a noção pela qual a prescrição extingue uma ação que não é exercida pelo titular por certo lapso de tempo. Ao tentar estabelecer a distinção entre prescrição e decadência, o autor afirma, com base em Giorgio Giorgi, que a prescrição afeta sempre a ação, de modo que a morte do direito por prescrição ocorre de um modo indireto e está fundada na presumida negligência do credor. A decadência, ao contrário, refere-se diretamente ao direito e o extingue por razão de interesse público, independentemente de negligência do credor (FISCHER, Brendo. *A prescrizione nos tribunali*, p. 122-124). Efetivamente, o autor italiano afirma em sua obra que a prescrição é um modo de extinguir a obrigação que depende da perda da ação relativa ocasionada pela inércia do credor durante todo o tempo e de acordo com as condições previstas em lei. E o tempo que extingue a ação e, com ela, o direito. Já a decadência atinge diretamente o direito quando este não houver sido exercitado dentro de certos prazos e por razões de interesse público, independentemente da negligência do credor (GIORGI, Giorgio. *Teoria de las obligaciones*. 2. ed. Madrid: Reus, 1930. v. VIII, tradução da 7.ª edição italiana, p. 341 e 346). Novamente repete-se a tese de que a extinção atinge objetos diversos.

¹⁵⁵ Há uma variação dessa teoria apresentada por Alfredo de Araújo Lopes da Costa, para quem, no direito brasileiro, como está no Código, são prazos de decadência apenas os assinalados à propositura de ações não patrimoniais. Contudo, o autor prossegue explicando que, incontestavelmente, encontramos casos em que se afronta o bom-senso, ao aplicar-lhes as regras comuns da prescrição (apud BORGES, Paulo Tornimn. *Decadência e prescrição*, p. 47).

¹⁵⁶ Tradicionalmente, uma prestação de cunho patrimonial. Contudo, na atualidade, admite-se contrato de cunho existencial. Sobre o tema, cf. a obra de Paulo Nalin (*Do contrato*: conceito pós-moderno — em busca de sua formulação civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006).

se revela adequada caso se reduza o alcance da noção de direito ao direito de crédito e o conceito de obrigação seja tomado em sentido restrito, ou seja, como vínculo jurídico entre o credor e o devedor que tem por objeto uma prestação.

Ainda com relação ao fato de a prescrição só poder ser reconhecida após a provocação do interessado e a decadência, não, a questão não serve para diferenciar estruturalmente prescrição de decadência. Isso se comprova pelo fato de a reforma de 2006 do Código Civil ter admitido o reconhecimento da prescrição de ofício, sem, contudo, transformá-la em decadência.

Da mesma forma, a questão da possibilidade de interrupção e suspensão da decadência que era negada pela doutrina pátria¹⁵⁷, conforme já dito anteriormente, foi afastada pelo art. 26 do CDC, em 1990, que expressamente prevê a paralisação do prazo decadencial em caso de vício de produto ou do serviço por inadequação. Por fim, o art. 207 do Código Civil repeliu qualquer dúvida quanto ao tema.

Para Antônio Luís da Câmara Leal, que também é adepto da tese pela qual a decadência extingue o próprio direito, são três os traços diferenciais entre a prescrição e a decadência¹⁵⁸:

1º traço — Com base na escola alemã, afirma-se que a prescrição extingue diretamente as ações e só indiretamente os direitos. Assim, o primeiro traço diferencial entre a prescrição e a decadência é que a segunda extingue diretamente o direito e, com ele, a ação que o protege, ao passo que a prescrição extingue diretamente a ação e, com ela, o direito que a protege. A decadência tem por objeto o direito, é estabelecida em relação a este e tem por função imediata extingui-lo; a prescrição tem por objeto a ação, é estabelecida em relação a esta e tem por função imediata extingui-la. A decadência é causa direta e imediata de extinção de direitos; a prescrição só os extingue mediata e indiretamente¹⁵⁹.

¹⁵⁷ SANTTIAGO DANTAS. *Programa de direito civil*, p. 396.

¹⁵⁸ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 114-115.

¹⁵⁹ Apesar de Ary de Azevedo Franco não conceituar prescrição, com base em Carpentier, reafirma o autor esta distinção: há prazos extintivos, que seriam distintos da prescrição, pois atingem diretamente o direito. Em outras palavras, na prescrição, atingir-se-ia a ação para indiretamente se extinguir o direito, enquanto crição, atingir-se-ia o direito diretamente e o direito. Tais prazos seriam, assim, decadenciais (*A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro*, p. 12). Em idêntico sentido J. M. Carvalho Santos: "Tal prescrição pode definir-se como sendo um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que nos assegurava, devido

2º traço — O momento de início da decadência e o momento de início da prescrição são diferentes. Se a decadência começa a correr, como prazo extintivo, desde o momento em que o direito nasce, a prescrição não tem o seu início com o nascimento do direito, mas só começa a correr desde o momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado, porque nesse momento é que nasce a ação, contra a qual a prescrição se dirige.

3º traço — O terceiro traço diferencial se manifesta pela diversidade de natureza do direito que se extingue: a decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício, ao passo que a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção por parte da ação contra a violação sofrida.

Carlos Maximiliano apresenta opinião diferente sobre o tema. Afirma o autor que assemelham-se bastante, porém não se confundem, *prescrição* e *decadência* (*déchéance*, dos franceses; *decadenza*, dos italianos; *Ausschlussfrist*, *gestaltliche Befristung* ou *Præklusivbefristung*, dos alemães). Ocorre a segunda quando a lei criadora de um direito subordina a existência deste a determinado prazo. A norma positiva concede ação especial, sob a condição desta ser proposta dentro de certo lapso de tempo. Por outras palavras: dá-se a decadência quando um preceito de lei assegura a *faculdade* de agir judicialmente e, ao mesmo tempo, a subordina à condição de exercer-se em prazo determinado.¹⁶⁰

A diferença, para o autor não, é só esta. Explica que, no caso de decadência, as duas pessoas que figuram são titulares de direito: o de uma é permanente; o da outra, contingente, efêmero, sujeito a desaparecer quando não exercido dentro de curto prazo. Na hipótese de *prescrição*, ao contrário, só se nos depara um portador de direito; a outra parte nenhum direito tem, na espécie; sobre ela pesa, antes, um dever, uma

à inércia do credor durante um decurso do tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita. A prescrição diz respeito à ação e só como consequência atinge o direito" (*Código Civil brasileiro interpretado* — Parte geral: arts. 114-179, p. 371).

¹⁶⁰ O exemplo do autor de prazo decadencial é o seguinte: o Código Civil outorga ao deador a faculdade de punir o ingrato ao lhe retirar o benefício; porém, tal prerrogativa é limitada no tempo: há de ser exercida dentro de um ano, a contar do dia em que o autor de liberalidade teve conhecimento do fato que o levou a desestimar o outoro amado e favorecido (arts. 1.181-1.184 do CC/16). MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, p. 255.

obrigação, a qual se extingue em consequência da negligência ou bondosa inércia do credor.¹⁶¹

A noção de prescrição realmente está ligada à de obrigação em sentido estrito, em outras palavras, à noção de prestação descumprida que, conforme se demonstrará, gera uma pretensão. Contudo, no caso de decadência, não se vê com clareza a existência de dois direitos: um permanente e outro efêmero. Se se tomar como exemplo o casamento com erro essencial quanto à pessoa do cônjuge, aquele que desconhecia certo fato e se casou em erro tem o direito de anular o casamento no prazo legal e efêmero de três anos, contados do casamento. Para o outro cônjuge, sobre quem recaia o erro, direito não há. Estará este em estado de sujeição, e não há, para ele, direito. Da mesma forma, o adquirente do bem com vício redibitório tem o curto prazo de 30 dias para a redibição do contrato (prazo efêmero), mas a outra parte tem apenas um estado de sujeição, sem qualquer direito.

Carlos Maximiliano resume seu entendimento sobre a distinção da seguinte maneira. A prescrição é a definitiva consolidação de um estado de fato, de que uma pessoa está gozando, oposta ao direito de outra; a decadência conserva e corrobora um estado jurídico preexistente. A primeira extingue um direito; a segunda respeta um direito em via de formação. A prescrição favorece a quem tinha um estado de fato, convertido, depois, pela inação de outrem, em estado de direito; com a decadência, aproveita quem estava já fruindo um direito e tinha como adversário o igualmente titular de direito, de uma ação que se extinguiu e era destinada a aniquilar o outro estado de direito. A primeira só decorre da lei; a segunda pode também advir de determinação de juiz ou de ato jurídico (unilateral ou bilateral, gratuito ou oneroso).¹⁶²

Note-se que falar em estado de fato no tocante à prescrição não revela a realidade em que, por exemplo, a pretensão surge de um con-

¹⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, p. 256.

¹⁶² Também quanto aos efeitos, Carlos Maximiliano afirma que as diferenças são claras. O curso do prazo decadencial não fica *suspensum* durante a incapacidade da parte, nem na constância do matrimônio, como acontece, comumente, com a *prescrição*. A decadência não só não se suspende mas também não se interrompe, como a prescrição; os meios adequados a evitar esta não se aplicam àquela, cujos prazos são improrrogáveis (*Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, p. 257).

trato inadimplido. Em razão de contratos (realidades de direito, e não apenas de fato) nascem pretensões e, com elas, iniciam-se prazos prescricionais. Mais que um simples estado de fato, havia uma relação jurídica preexistente, cujo direito dela resultante foi violado. Em contrapartida, se realmente a decadência aproveitasse àquele que estava fruindo um direito e tinha como adversário o igualmente titular de um direito, não se poderia explicar a decadência na hipótese de vício redibitório ou de anulação de casamento, em que apenas uma das partes tem o direito e a outra apenas a ele se sujeita.

Após se discurrir sobre as mais diversas tentativas de se diferenciar a prescrição da decadência, as palavras de Paulo Tornim Borges revelam a exata extensão do problema: a sua percepção científica tem sido ainda difusa como uma visão de míope; percebe-se a imagem, mas os seus contornos não ficam perfeitamente delineados. Existe um campo comum entre o ser e o não ser. Momentos há, frequentíssimos, em que o jurista fica perplexo ante defluir a ocorrência de decadência ou de instituto afim.¹⁶⁵

A partir das diversas lições analisadas e da fragilidade das distinções sugeridas, a solução da questão, que inclusive foi adotada pelo CDC, em 1990, e pelo atual Código Civil, foi a decorrente de trabalho de Agnelo Amorim Filho publicado na Revista dos Tribunais n. 300, denominado "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", que data de 1960.

Merece nota a crítica de Agnelo Amorim Filho ao critério adotado com frequência em que a distinção ocorre pela extinção da ação e do direito. Segundo o autor, o critério mais divulgado para se fazer a distinção entre os dois institutos é aquele segundo o qual a prescrição extingue a ação e a decadência extingue o direito. Entretanto, tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, pois pretende fazer a distinção pelos efeitos ou consequências, ainda que aqueles sejam, realmente, os principais efeitos dos dois institutos. O critério apontado apresenta-se, assim, com uma manifesta petição de princípio, pois o que se deseja saber precisamente é quando o prazo extintivo atinge a ação ou o direito. O que se procura é a causa, e não o efeito.¹⁶⁴

¹⁶³ BORGES, Paulo Tornim. *Decadência e prescrição*, p. 13.

¹⁶⁴ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 300, p. 7-37, 1960, p. 9.

A distinção entre prescrição e decadência passa pela distinção entre direito potestativo e direito a uma prestação, sendo que este pode ser denominado direito colaborativo, porque há uma conduta do sujeito passivo.¹⁶⁵ Para tanto, é necessária uma classificação dos direitos, a fim de se compreender a distinção.

Segundo Vicente Ráo, com base nas lições de Zitelmann¹⁶⁶, os direitos se dividem em categorias várias, conforme consistam em *direitos de dever* (*Sollrecht* ou *direitos de obrigação*) ou em *direitos de poder*, que, por sua vez, se subdividem segundo se entende o *poder* no sentido de *permissão* (*Darrecht*, ou direito em sentido absoluto) ou no sentido de *simples possibilidade* (*Kannrecht*, ou direito potestativo).¹⁶⁷

Vicente Ráo prossegue informando que a dois critérios, poderia sujeitar-se a classificação: o do interesse tutelado e do *predicado* dos direitos, considerando-se *predicado* a atribuição, ao titular, do poder ou da faculdade de realizar o imperativo jurídico. É a referência a predado dos direitos que interessa para compenensão de direito potestativo. Isso porque quanto aos últimos, direitos ditados pelos interesses tutelados, outra classificação existe, que os distingue em dois campos: um inteiramente dominado pelas ideias fundamentais do direito, isto é, pelas ideias de liberdade e igualdade, e outro regido pelos princípios fundamentais do Estado e, portanto, da submissão à autoridade.¹⁶⁸

Realmente, direito potestativo se opõe a um estado de sujeição da outra parte da relação jurídica, ou seja, o direito potestativo é exercido independentemente da concordância ou colaboração do sujeito passivo. Há efetivamente uma submissão à autoridade alheia.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Para esses conceitos, Agnelo Amorim Filho se vale da obra de Giuseppe Chiovenda. Para a tese, contribuem os estudos de Pontes de Miranda e Vicente Ráo.

¹⁶⁶ A obra consultada por Vicente Ráo é *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, de 1900.

¹⁶⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. 2, p. 437.

¹⁶⁸ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 439.

¹⁶⁹ Francisco Amarel leciona que existem, porém, direito subjetivos que não fazem nascer pretensões, porque destituídos dos respectivos deveres. São direitos potestativos. O direito potestativo é o poder que o agente tem de influir na esfera jurídica de outrem, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação objetiva sem que esta possa fazer alguma coisa senão sujeitar-se. São direitos potestativos: do patrão, de dispensar o empregado; do donador, de revogar a doação simples; do representado, de revogar a procuração; do agente, de ocupar *res nullius*,

Com base em Goldschmidt, Vicente Rão completa os ensinamentos sobre o tema. Partindo do predicado dos direitos (*fundamentum divinis*), estes se classificam em: a) direitos "potestativos" ou "constitutivos" (*Gestaltungswelt*); e b) direitos "imperativos" (*Herrschaftswelt*), que se subdividem em "preensões" e "poderes". "Potestativos" seriam os direitos formados pela faculdade de constituir ou extinguir uma relação jurídica, mediante declaração unilateral de vontade. Dos direitos "imperativos", a *pretensão* (que, para o autor, corresponde ao direito subjetivo típico) qualificar-se-ia como direito de exigir um ato ou uma abstenção, isto é, como direito praticamente coincidente com a noção de obrigações, e o *poder* se definiria como fenômeno de direito social ou, mais precisamente, como direito em virtude do qual se atribui a alguém um imperativo jurídico que adstringe quem lhe é subordinado a cumprir um dever negativo de tolerância ou um dever positivo de obediência, ou o adstringe ao cumprimento de certa e determinada prestação.¹⁷⁰

Agnelo Amorim Filho conceitua direito potestativo e dá exemplos de situações em que este se verifica. Uma das principais características do direito potestativo é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente 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 doação¹⁷¹ 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 pode exercê-lo de outra forma. Isso se verifica quando da necessidade de divisão judicial se os demais condôminos não concordam com a divisão amigável.¹⁷²

de aceitar ou não a proposta de contratar, de aceitar ou não herança, bem como de estabelecer uma passagem forçada para prédio encravado em outro (*Direito civil*, p. 564).

¹⁷⁰ RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 439.

¹⁷¹ O autor se refere à revogação por ingratidão, em que o doador terá o direito potestativo de revogar a doação se o donatário praticar determinados atos (art. 1.181 do CC/16: "Além dos casos comuns a todos os contratos, a doação também se revoga por ingratidão do donatário"; e art. 555 do CC/2002: "A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo").
¹⁷² AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 12.

Os exemplos se multiplicam. Determinado contrato de prestação de serviços prorrogado por tempo indeterminado admite a denúncia por qualquer das partes quando lhes convier. Há um direito potestativo de ambos os contratantes ao qual o outro não pode se opor. Na locação comercial, a regra se repete quando esta se prorroga por prazo indeterminado¹⁷³⁻¹⁷⁴. Na realidade, em muitas situações de sujeição há esta equivalência: ambos os contratantes têm o direito potestativo e, portanto, estão em estado de sujeição em relação ao outro.¹⁷⁵

Há situações em que apenas uma das partes tem o direito potestativo e a outra o estado de sujeição. No caso de casamento com erro essencial quanto à pessoa do cônjuge ou de coação, apenas o que casou em erro (por desconhecer determinada qualidade do cônjuge) ou que se casou sob coação poderá anular o casamento. Só esse cônjuge terá o direito potestativo, enquanto o outro se encontrará em estado de sujeição. Da mesma forma o adquirente de um bem com vício redibitório ou um consumidor que adquira um produto com vício oculto ou aparentemente. Estes terão o direito potestativo de pedir, ainda, o abatimento do preço ou, no caso do consumidor, pedir, ainda, a substituição do produto. Já o alienante ou o fornecedor estarão em estado de sujeição.

Outra questão importante é a de que o direito potestativo, em diversos casos previstos em lei, terá sua eficácia subordinada a um termo, ou seja, não produzirá efeitos assim que a parte o exercê-lo. Isso não retira a característica da potestatividade, mas apenas condiciona os efeitos desse direito ao escaamento de um prazo. Os exemplos se mul-

¹⁷³ Não se desconhece que melhor seria o uso da locução "tempo indeterminado", pois, se prazo houver, este será obviamente determinado. Assim, há contratação na locução "prazo indeterminado". Contudo, quando se utiliza tal expressão, se faz em razão da menção expressa em lei.

¹⁷⁴ Na locação residencial, a regra é diferente, por força do art. 47 da Lei n. 8.245/91. Se a locação foi celebrada verbalmente, por escrito, com prazo indeterminado (tempo indeterminado) ou inferior a 30 meses, o direito de denúncia vazia do locador só pode ser exercido após cinco anos de locação. Trata-se de proteção conferida ao locatário, que evita que este seja despejado após curto prazo de uso do imóvel.

¹⁷⁵ No contrato de trabalho celebrado por tempo indeterminado, por exemplo, empregador e empregador podem resili-lo a qualquer tempo. Há sujeição recíproca.

uplicam. No contrato de trabalho, há o aviso prévio de 30 dias¹⁷⁶, na locação, em regra, o prazo também é de 30 dias (cf. art. 46 da Lei. n. 8.245/91 referente à locação residencial), mas poderá ser de 90 dias (cf. o art. 8º da Lei n. 8.245/91, com relação à denúncia decorrente da alienação do imóvel); e, no contrato de agência e distribuição, o prazo é de 90 dias¹⁷⁷. Esses prazos afastam eventual efeito surpresa nefasto ao contratante que se encontra em estado de sujeição.

Os direitos potestativos não são passíveis de violação e a eles não corresponde a uma prestação¹⁷⁸.

É a partir da noção de direito potestativo que se chegará ao conceito de decadência. Quando a lei ou o contrato conceder um prazo para o exercício de um direito potestativo, tal prazo será de natureza decadencial.

Conforme explica Agnelo Amorim Filho, ao propor uma daquelas ações por meio das quais são exercidos os direitos potestativos, o respectivo autor não pleiteia do réu qualquer prestação, seja prestação de dar, de fazer, de não fazer, de abster-se ou de outra espécie. O que ele intenciona com a propositura da ação é apenas criar, extinguir ou modificar determinada situação jurídica, e isso é feito independentemente da vontade, ou mesmo contra a vontade, da pessoa ou pessoas sujeitas aos efeitos do ato. Assim, o réu da ação, embora não fique obri-

¹⁷⁶ Art. 487 da CLT: "Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de: I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa."

¹⁷⁷ Art. 720 do CC: "Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente". O parágrafo único do art. 473 do Código Civil traz regra geral de suspensão dos efeitos da rescisão como clara decorrência da função social do contrato: "A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos".

¹⁷⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 12.

gado a uma prestação, sofre uma sujeição. É o que o ocorre, por exemplo, com a ação proposta pelo cônjuge coato para anular o casamento. Julgada procedente a ação, o efeito da sentença não é a condenação do outro cônjuge a uma prestação, e sim a anulação do casamento. A tal efeito o outro cônjuge fica sujeito mesmo contra sua vontade¹⁷⁹.

O exemplo da anulação do casamento se aplica à anulação dos negócios jurídicos em geral nos quais haja algum tipo de vício do consentimento (art. 178 do Código Civil).

Em resumo, se existir um direito potestativo (que coloca a outra parte em estado de sujeição) que não seja passível de violação e houver um prazo para seu exercício, este é decadencial. A ação referente a tal direito terá natureza constitutiva ou desconstitutiva e terá como objetivo criar, modificar ou extinguir determinada situação jurídica.

Em contrapartida, a noção de prescrição se refere aos direitos laborativos, ou seja, àqueles em que pode ocorrer uma violação por descumprimento de uma prestação. Nas palavras de Agnelo Amorim Filho, só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda (direito a uma prestação)¹⁸⁰. Note-se que, ainda com base na teoria imanentista, afirma o autor que ocorre a prescrição da ação, enquanto atualmente afirma-se que o que prescreve é a pretensão. Isso porque o direito de ação, atualmente, é compreendido como o direito de se buscar uma decisão judicial, ou seja, trata-se de direito incondicionado de buscar no Poder Judiciário, via de regra, a solução de um litígio¹⁸¹. Tal direito conta com garantia constitucional¹⁸². Se a prescrição atingirse

¹⁷⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 15.

¹⁸⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 20.

¹⁸¹ É verdade que, em procedimentos de jurisdição voluntária, não se busca a solução de um conflito.

¹⁸² Art. 5º, XXXV, da CF. Conforme explica Carlos Alberto Dabus Maluf, um entendimento, surgido a partir da consagração das teorias abstratas do direito de ação, procura demonstrar que, a rigor, a prescrição não atinge o direito de ação, já que este se dirige ao Estado, como um direito subjetivo público à prestação jurisdicional, independentemente do mérito da demanda (*Prescrição, decadência e prova*: arts. 189 a 232, p. 9-10). Nicolau Nazzari contribui com a reflexão de Rocco, professor da Universidade de Nápoles (*In L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti*

efetivamente o direito de ação, seria ela um fator que impediria o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que é algo inadmissível no Estado Democrático de Direito.

É importante a reflexão sobre o porquê desta mudança. A teoria imanentista pode ser delimitada, conforme os ensinamentos de Humberto Theodoro Jr., da seguinte forma: “Desde o direito romano até o século passado, considerava-se a ação, sob o ponto de vista civilístico, como simples aspecto do direito material da parte. Nada mais era a ação para os clássicos do que o próprio direito substantivo reagindo contra sua violação. Assim, entendia-se que não podia haver ação sem direito, nem direito sem ação, como ensinava Savigny, e como ficou constante do art. 75 do Código Civil de 1916”¹⁸³.

Tal teoria se mostrou superada, porque, em meados do século XIX, a célebre polêmica entre Windscheid e Muther acabou por demonstrar que são realidades distintas o direito lesado e a ação, pois esta cria, a par do direito subjetivo material da parte prejudicada, dois outros direitos públicos: um, para o ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional e que é dirigido contra o Estado; e outro, para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica e que volta contra a parte que a causou¹⁸⁴.

¹⁸³ *arguendo*, p. 390): “A seu vez, dado o conceito de ação, como direito à prestação da atividade jurisdicional, semelhante distinção não pode conceber-se. (...) Quando a lei fala em prescrição da ação entende a palavra ação como sinônima de direito, isto é, entende referir-se à prescrição das relações jurídicas substanciais reais ou pessoais, civis ou comerciais, deduzidas em juízo por via de ação” (NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*, p. 115-116).

¹⁸⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I, p. 60. Eduardo J. Couture resume a questão da teoria imanentista: “A doutrina civilista, desenvolvendo o ensinamento dos pandectistas, sempre considerou este problema em um administrativo do direito privado a reclamar a sua atenção, dedicando-lhe amplos desenvolvimentos. Para esta corrente, a ação é o direito em movimento; nada mais é do que uma possibilidade dinâmica do direito, uma espécie de exercício que é inerente ao próprio direito”. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução port. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1946. p. 23. Percebe-se que, na teoria imanentista, como não havia distinção entre o direito de ação (processual) e o próprio direito subjetivo, entendia-se que a prescrição fulminava a própria ação. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*, p. 60-61.

Assim, passa-se para uma outra teoria, que pretende explicar a relação de direito e ação, qual seja, a concretista. Nas palavras Antonio Carlos Marcato, os adeptos da posição chiovendiana sustentam que o direito de ação é *autônomo e concreto*. Autônomo, porque não exige, para seu exercício, necessariamente, a existência de direito subjetivo violado ou ameaçado de violação; concreto, porque a tutela jurisdicional pleiteada pela parte só pode ser prestada mediante a proteção concreta de seu interesse, ou seja, o direito de ação só existirá quando o provimento final for *favorável*. Em outras palavras, o direito de ação existe apenas naqueles casos concretos em que também exista o direito subjetivo, cuja proteção foi reclamada pelo autor¹⁸⁵.

Já a terceira e atual teoria da ação é a teoria abstrata de Liebman, para quem a essência da ação reside na relação entre a iniciativa do particular e o exercício, em concreto, da jurisdição, pois ela (ação) é *direito ao meio*, não ao fim, seja quanto ao seu conteúdo, seja quanto à sua direção, como dois aspectos de uma só relação. Dessa forma, a ação representa, principalmente, direito de iniciativa e impulso conferidos ao autor, a fim de que, uma vez deduzida sua pretensão perante o órgão jurisdicional, ele obtenha deste um provimento que aprecie suas razões, ainda que a decisão possa, eventualmente, ser *desfavorável*. É direito subjetivo dirigido contra o Estado, sem configurar, todavia, o direito a uma prestação concreta, favorável, mas, sim, jurisdicional, aí residindo sua natureza abstrata.

¹⁸⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10. Eduardo J. Couture afirma que uma variante da teoria concretista é a do chamado direito potestativo e pertence a Chiovenda, o indicador da moderna escola processual italiana. O que sustenta Chiovenda é que a ação não é um direito público, senão também um direito privado, porquanto o particular que propõe ação não exerce contra o Estado nenhum direito ao qual este se ache correlatamente obrigado. O que existe é uma sujeição ao Estado, sem o qual a ideia de ação não se concebe nem poderia praticamente funcionar na vida. A relação se dá de cidadão a cidadão, por meio do Estado. Uma fórmula fundamental sobre a qual repousa toda a teoria é a de que a ação configura um direito potestativo, por assim dizer, o direito potestativo por excelência. Assim se entende de uma categoria especial de direitos diferentes dos reais e dos pessoais. A sua característica é a de darem origem, modificarem ou extinguírem direito subjetivos pela simples circunstância da vontade do seu titular. A doutrina chama também a esse tipo de poder jurídico “direitos de formação”. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*, p. 32-34.

Em síntese, é possível conceituar o direito de ação como *direito público subjetivo, autônomo* (pois não se confunde com o direito material, de cuja existência independe) e *instrumental* (já que sua finalidade é o julgamento de uma pretensão de direito material), dirigido *contra o Estado* (e não contra o adversário), a fim de que este preste a tutela jurisdicional exigida pelo autor, ainda que o provimento final lhe seja desfavorável¹⁸⁶.

Pela teoria abstrata, resta claro que a prescrição não tem o condão de extinguir a ação (possibilidade de o Estado apreciar o pedido), e sim a pretensão do direito subjetivo material.

Segundo essa noção de superação da teoria imanentista, afirma Pontes de Miranda que uma coisa é o exercício judicial da pretensão, e outra, o exercício da ação. Quem judicialmente interpela exerce, judicialmente, a pretensão; não propôs a ação. Nem sempre os juristas evitam essa confusão. Caso, ao se propor a ação, a citação possa ter efeitos que poderiam ter sido os da interpelação, ainda neste caso é a citação que contém interpelação e *vocatio in ius*. Exercer pretensão é exigir a prestação; propor “ação” é pedir a tutela do Estado, deduzindo-se o que se pede (pretensão, ação). Quem apenas interpela não aciona¹⁸⁷.

Exatamente em razão dessa nova visão do instituto da prescrição, o Código Civil afirma que a prescrição extingue¹⁸⁸ a pretensão que surge após a violação de um direito (art. 189 do CC). Cabe, então, verificar-se o conceito de pretensão para, por fim, concluir-se exatamente o que é a prescrição. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes elogiam a redação do dispositivo: o reconhecimento de que a prescrição atua sobre a pretensão é louvável e revela tendência a se decompor a noção de direito subjetivo, dando autonomia ao seu aspecto de centro de exigibilidade¹⁸⁹.

Pontes de Miranda explica que pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. Não

¹⁸⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *Portulancos especiais*, p. 10-11.

¹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* – Parte geral – Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5, p. 94-95.

¹⁸⁸ A questão da extinção ou da ineficácia será abordada a seguir.

¹⁸⁹ TEPEIDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, p. 350.

tem-se direito nem pretensão no tocante ao devedor de A, mas A tem, salvo se a sua posição subjetiva de credor estiver mutilada, de modo a se tratar de direito sem pretensão. O correlato da pretensão é um dever “premiável” do destinatário dela, talvez obrigação (no senso estrito), sempre obrigatoria (no sentido largo)¹⁹⁰.

A noção de pretensão, longe de ser única, passa por diversas acepções que não interessam à delimitação do conceito de prescrição. É essa noção de pretensão em sentido estrito que tem relação direta com o conceito de obrigação (também em sentido estrito), que permite que se conclua o que é pretensão.

Se se tomar por base o conceito tradicional de obrigação (em sentido estrito), pelo qual esta é o vínculo jurídico entre o credor e o devedor que tem por objeto uma prestação de dar, fazer ou não fazer, conclui-se que, quando violado o direito de crédito, ou seja, quando o devedor não cumpre espontaneamente a prestação, surge para o credor a pretensão, ou seja, a faculdade de exigir o seu cumprimento.

Essa faculdade não se dá necessariamente pela via judicial. A ação judicial é apenas uma das formas de se exercer a pretensão, mas evidentemente não é a única. Com a violação, o credor pode cobrar o devedor por meio de notificação, de protesto do título, de simples telefonema sem maiores formalidades, contratando um mandatário para efetuar a cobrança. Todas essas formas de cobrança são faces da pretensão.

Explica Paulo Tornim Borges que *pretensio* é palavra que tem ingresso no direito substantivo e adjetivo¹⁹¹, em cada um deles com significado diverso. Em torno de seu conceito substantivo, que nos interessa, gira o § 194 do Código Civil alemão: “O direito de exigir de outro uma ação ou omissão (pretensão) extingue-se por prescrição”. São duas as ideias do enunciado. A primeira é que se deve entender por pretensão, em direito civil, o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão. A segunda ideia está no fato de que a pretensão se extingue por prescrição. O campo jurídico da pretensão é, pois, a seu lado, o *habitat* da prescrição. Fora daquele não há prescrição. Em havendo, alhures, prazo extintivo, trata-se-á de outra modalidade que não a prescritiva¹⁹².

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* – Parte geral – Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações, t. 5, p. 451.

¹⁹¹ A pretensão processual não interessa ao conceito de prescrição.

¹⁹² BORGES, Paulo Tornim. *Decadência e prescrição*, p. 45-46.

Exatamente para superar a identificação entre ação e pretensão, Pontes de Miranda faz importante digressão sobre o assunto. Explica o autor que pretensão é, pois, a *tensio* para algum ato ou omissão dirigida a alguém. O *pre* está, aí, como “diante de si”. O direito é dentro de si mesmo, tem *extensio* e *intensidade*; a pretensão lança-se. Não é o direito, nem a ação, nem, *a fortiori*, a “ação” (sentido processual); há direitos que se perderam ou não têm pretensão. A conclusão é precisa: não há exigibilidade sem pretensão. Há direito sem pretensão, porque há direitos que não podem ser exigidos.¹⁹³

Direito há sem que haja exigibilidade ou pretensão quando se está diante da obrigação natural. Segundo a teoria dualista de Brinz, pode-se afirmar que há dívida (*Schuld*), mas não responsabilidade (*Haftung*). Exatamente em razão da pretensão significar a possibilidade de se exigir o crédito, a prescrição atinge apenas a pretensão, e não o próprio crédito, podendo o devedor optar por pagá-lo sem que isso lhe conceda direito posterior de repetição.

Clara é a distinção que Pontes de Miranda faz dos direitos em que há pretensão e daqueles direitos formativos. As pretensões não se confundem com os direitos formativos geradores, modificadores ou extintivos. Esses operam por si, sem necessidade de ato ou de omissão do devedor; as pretensões exigem a ação ou omissão do devedor.¹⁹⁴

Desta forma, claro está que, se os direitos formativos estivessem sujeitos a algum prazo, este teria natureza decedencial, e não prescricional.

Todavia, deve-se frisar que o conceito de pretensão de Pontes de Miranda é mais amplo do que aquele relacionado à prescrição.¹⁹⁵ Para

¹⁹³ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* – Parte geral – Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações, t. 5, p. 452-458.

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* – Parte geral – Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações, t. 5, p. 452-458.

¹⁹⁵ Da mesma forma a lição de Ludwig Emmeccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, para quem a pretensão é o direito a um ato ou a uma omissão dirigido contra pessoa determinada (*Tratado de derecho civil* – Parte general, v. II, t. 1, p. 457). Em idêntico sentido Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Mária Célia Bodin de Moraes: existem pretensões que prescindem da violação do direito para o seu surgimento. A pretensão é o poder de exigir uma prestação, um comportamento de outrem. Essa constatação se faz, de forma mais evidente, no

ele, é possível a pretensão à constituição, modificação ou extinção, se do fato jurídico resultou que alguém se obrigou a constituir, modificar ou extinguir e, por si só, não o poderia o credor. Afirma o autor que há, da parte de alguns juristas (e.g., A. von Tuhr, *Der allgermeine teil*, I, 224), confusão entre desnecessidade de intervenção ou cooperação do sujeito passivo e inexistência de pretensão; o sujeito passivo tem de abster-se de impedir ou de dificultar o direito formativo. Tanto assim que, se B impede que alguém exerça o seu direito de caça em terras dele, este alguém tem a ação, por violação do seu dever e obrigação de se abster. Mais: se ainda A propõe ação de nulidade de negócio jurídico contra B, e B, invocando o negócio jurídico, cobrar o que diz ser-lhe devido, é a pretensão à desconstituição o que A deve alegar contra a sua exigência, e não a ação constitutiva negativa.¹⁹⁶

Não se pode, para fins de prescrição, dar ao conceito de pretensão tamanha abrangência. Se assim fosse, todo e qualquer pedido que uma das partes de uma relação jurídica fizesse à outra seria uma pretensão.

campo dos direitos reais, pois ao proprietário é concedido o poder de exigir o respeito por parte de terceiros com relação à sua propriedade. Essa pretensão (à ausência) é anterior a qualquer ato lesivo, que pode mesmo nem vir a ocorrer (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 350-351). Concluem os autores afirmando que, entretanto, as pretensões que prescindem da violação de direito não dão ensejo à prescrição, que só surge com a violação. O que diferencia as duas hipóteses é o fato de que a pretensão prescricional nasce com a violação ao direito, incluindo precisamente sobre ela o prazo prescricional (p. 351).

¹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* – Parte geral – Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações, t. 5, p. 452-462. Francisco Amarel também traz o conceito de pretensão de maneira ampla, da infração do dever resulta, nas relações jurídicas patrimoniais, um dano para o titular do direito subjetivo. Nasce, então, para esse titular, o poder de exigir do devedor uma ação ou omissão, que permite a composição do dano verificado. A esse direito de exigir chama a doutrina de pretensão, por influência do direito alemão (BGB, § 191), principalmente Windscheid, que transferiu para o direito substantivo privado a ação, direito subjetivo processual do direito romano e do antigo direito comum alemão. Temos, então, a pretensão de direito privado distinta da pretensão de “proteção jurídica” ou “direito de ação”, que é o direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional do Estado para a realização de seu direito, reparando-se o dano causado pelo agente infrator. A pretensão revela-se, portanto, como um poder de exigir de outrem uma ação ou omissão. E, para alguns, sinônimo de direito subjetivo, embora com conotação dinâmica, enquanto aquele é estático e, para outros, ainda, uma situação jurídica subjetiva (*Direito civil*, p. 563).

No exemplo *supra*¹⁹⁷, se há um contrato em que B permite a A que este caça em suas terras, caso B impeça A de caçar, há, evidentemente, o descumprimento da obrigação de não fazer (a prestação de B era negativa), e A poderá exigir que B cesse com sua conduta, já que esta tem por efeito frustrar o fim do contrato (o art. 251 do CC traz regras para tanto)¹⁹⁸ ou, ainda, optar pela resolução culposa do contrato (art. 475 do CC). Qualquer que seja a opção do credor, este poderá cobrar eventual indenização (art. 389 do CC).

Se a pretensão for a de exigir a abstenção de B, está-se claramente diante de uma obrigação em sentido estrito e, portanto, a noção de pretensão é exata para a definição de prescrição. Da mesma forma, se o credor pretende receber indenização pelos prejuízos causados, a obrigação do devedor será a de dar e a noção de pretensão, adequada para que se concite prescrição.

Entretanto, quando Pontes de Miranda afirma que há, por parte do credor, uma “pretensão à desconstituição”, está-se adotando um conceito amplo em que qualquer pedido que uma parte faz à outra significa pretensão. É a noção de pretensão em sentido amplo que, se adotada, impede a adequada conceituação de prescrição.

O mesmo problema se verifica quando Pontes de Miranda trata do direito das coisas. Afirma, então, que a pretensão real, consistente em proibição de perturbar-se o direito, não pode ser identificada com o crédito que nasce da perturbação. Uma coisa é a pretensão, e outra a não satisfação dela: a pretensão continua idêntica a si mesma, embora se deem, ao correr do tempo, as infrações à obrigação de não perturbar¹⁹⁹.

Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp e Martin Wolff também comparam a pretensão no direito obrigacional e no direito real. A pessoa

¹⁹⁷ No exemplo, considera-se válido o direito de caça de espécies não nativas no Brasil, como ocorre no Rio Grande do Sul com relação aos javalis. Se fosse o contrato firmado para a caça de animais da fauna brasileira, este seria nulo, em razão da ilicitude do objeto (art. 104 do CC). Em razão da nulidade absoluta desse contrato, não há prazos para sua declaração.

¹⁹⁸ Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.”

¹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* — Parte geral — Eficácia jurídica. Determinações íneas e anexas. Direitos. Prescrições. Agãos, t. 5, p. 456.

determinada, no direito de crédito, é desde logo a pessoa do devedor. A pretensão de crédito existe desde o nascimento do direito do creditor. Pelo contrário, a propriedade e demais direitos absolutos só outorgam desde logo a faculdade geral de não ser perturbado o senhorio, e esta faculdade que se dirige contra todos não pode ser qualificada de pretensão nem no sentido comum, nem no sentido do Código Civil, pois em nenhum aspecto está sujeita às disposições aplicáveis às pretensões e, em particular, não pode ser cedida e não está sujeita à prescrição. Essa lição é perfeita para justificar o conceito de pretensão adotado. Contudo, prosseguem os autores, dos direitos absolutos só brota uma pretensão da conduta alheia que contradiz o direito absoluto. Por exemplo, quando outro possui a coisa e atrapalha o exercício da propriedade, o proprietário tem direito de exigir a restituição da coisa, isto é, tem a pretensão de propriedade²⁰⁰.

Se se delimitou na presente tese o conceito de obrigação em sentido estrito, como aquele em que o devedor se compromete a cumprir uma prestação de dar, fazer ou não fazer, quando se está diante do direito de propriedade, o que surge para aqueles que não são proprietários é um dever de abstenção, e não uma obrigação. Em outras palavras, A não pode invadir o terreno de B pelo simples fato de A não ser proprietário, o que configura um dever de abstenção, e não uma obrigação de não fazer, pois, entre A e B, não há vínculo obrigacional. Caso A invada o terreno de B, este não terá uma pretensão contra aquele, salvo se adotado o conceito amplo de pretensão, como quer Pontes de Miranda, que, repita-se, torna impossível a conceituação de prescrição. B poderá exigir a saída de A porque este descumpriu um dever negativo, e não porque tenha contra ele uma pretensão.

É de se perguntar se há prazos para que B exija a saída de A de seu terreno. A resposta só pode ser negativa. Enquanto proprietário, B poderá exigir a saída de A a qualquer tempo, pois, como não há pretensão

²⁰⁰ ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de direito civil* — Parte general, t.º 458. Os autores afirmam que a pretensão real não é idêntica ao direito absoluto em que se funda, nem mesmo como parte contida neste.

A extensão da propriedade e da pretensão de propriedade são diversas. A propriedade produz efeitos *erga omnes* e a pretensão de propriedade apenas contra o infrator. O conteúdo é diferente, pois a propriedade só dá ao senhorio um direito de proibição contra todos e, ao contrário, a pretensão vincula o possuidor à entrega, ou seja a um ato positivo (p. 462).

em sentido estrito, não incidirá prescrição ou decadência. Porém, duas questões exsurtem do caso exemplificado. A primeira é que, se A, com a demora de B, reunir os requisitos legais necessários à usucapião, poderá dela se valer como forma de impedir que B exerça qualquer direito sobre o imóvel?²⁹² A segunda é que, em certos casos, haverá incidência da *supressio*, que, como corolário da boa-fé objetiva, poderá impedir que B exija de A certa conduta.

A questão da *supressio* será tratada com vagar na última parte do presente capítulo, mas cabe um exemplo da aplicação do instituto ao direito das coisas. Determinado condômino residente na cobertura de um edifício coloca grades protetoras que claramente alteram a fachada do edifício, incorrendo em conduta proibida pelo Código Civil (art. 1.336 do CC). Todavia, o condômino e os demais condôminos toleram essa conduta por longo tempo, sem qualquer tipo de oposição. Passados os anos, determinado síndico notifica o condômino para que este retire a grade. O dever de não alterar a fachada não constitui obrigação negativa (não há vínculo obrigacional e, portanto, não há prescrição) e, assim, não estaria sujeito a prazo prescricional. Apesar disso, a situação de fato se consolidou com o passar dos anos, e o condômino sofreu *supressio*, não podendo exigir a retirada da grade. Se possível fosse exigir a retirada da grade, haveria clara afronta à boa-fé objetiva.

Da mesma forma se se pensar no condomínio edilício, em que a convenção determina realização de sorteio anual das vagas de garagem. Entretanto, apesar da previsão expressa, o condomínio nunca realiza o sorteio determinado. Não há vínculo obrigacional entre os condôminos e, assim, não se pode afirmar que houve prescrição, pois pretensão não existe no caso em questão. Isso não significa que após muitos anos o condômino poderá exercitar esse sorteio, salvo mediante concordância de todos os condôminos, pois a *supressio* impede o exercício dessa posição jurídica.

²⁹¹ Esse também é o pensamento de Amílcar Aquino Navarro, para quem a ação reivindicatória não fica sujeita à prescrição extintiva, uma vez que, vivo o domínio, não pode deixar de ser considerada a ação que o protege; só a usucapião faz extinguir a propriedade e, consequentemente, elimina a ação reivindicatória (Prescrição e decadência no direito imobiliário. In: CIANCI, Mirna (Org.). *Prescrição no Código Civil*, uma análise interdisciplinar. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6-7).
²⁹² Poderá A manejar a usucapião como defesa em ação possessória apenas para ser mantido na posse ou, em ação reivindicatória, poderá se valer de reconvenção para ter reconhecida a propriedade do bem.

É exatamente com estas ponderações que se refuta o conceito amplo de pretensão de Pontes de Miranda. Para fins de prescrição e da opção do legislador brasileiro, não se pode aplicar a lição do autor pela qual “a absolutividade do direito consiste exatamente nisso; além disso, proibir é exigir ato negativo. Não há como cindir-se o lado passivo dos direitos absolutos ao proibir que seja *prius* e exigir que este seja o conteúdo da pretensão, como *posterius*. Confundem-se, aí, a ação e a pretensão: a pretensão é *erga omnes*, consiste em proibição geral, que corresponde à estrutura dos direitos com sujeitos passivos totais; da infração, da não satisfação da exigência geral de abstenção é que nasce a ação”²⁹³.

Nas palavras de Francisco Amaral, a pretensão nasce no momento em que o credor pode exigir a prestação e esta não é cumprida, causando lesão no direito subjetivo, e pressupõe, assim, a existência de um crédito, com o qual não se confunde²⁹⁴. Esta é a noção de pretensão em sentido estrito.

Note-se que, se adotada a noção restrita de pretensão²⁹⁵, e não a ampla, as lições de Pontes de Miranda se revelam exatas para o conceito de prescrição. As pretensões extinguem-se: a) pela satisfação, se não são permanentes as prestações, pois, se o são, só se extinguem as que foram satisfeitas (pretensões saturadas, “*saturate Ausprüche*” de P. Langheinken, *Auspruch und einrede*, 246 s.); b) pela extinção do direito de que proveio, sem ser verdadeiro que, extinguindo-se a pretensão, se extinga o direito; c) pela superveniência de regra jurídica que deixe incólume o direito, mas elimine, no mundo jurídico, o efeito-pretensão²⁹⁶.

²⁹³ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado – Parte geral – Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*, t. 5, p. 461.

²⁹⁴ Exatamente em razão da noção de pretensão em sentido estrito, afirma o autor que ela não afeta por isso os direitos de personalidade, os direitos de estado e os direitos de família, que são irrenunciáveis e indisponíveis. Os direitos ou as relações jurídicas afetadas pela prescrição são objeto de ações condenatórias, que visam compelir o devedor a cumprir sua obrigação ou a puni-lo no caso de inadimplemento. (AMARAL, Francisco. *Direito civil*, p. 563-567).

²⁹⁵ Com a delimitação do conceito de pretensão, resta claro que a noção de pretensão processual não é relevante para o objeto da presente tese, razão pela qual o tema não será desenvolvido.

²⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado – Parte geral – Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*, t. 5, p. 475.

Uma última questão deve ser abordada antes de se definir prescrição. Efetivamente, a prescrição extingue a pretensão, como determina o art. 189 do Código Civil, ou apenas a torna ineficaz? A questão é pertinente porque o próprio Código Civil admite a renúncia à prescrição consumada (art. 191).

Em podendo o devedor renunciar à prescrição, é incorreto afirmar que esta extinguiu a pretensão²⁰⁷. São concludentes as palavras de Pontes de Miranda: a prescrição atinge a pretensão, cobrindo a eficácia desta²⁰⁸. Há encobrimento da pretensão, o que se verifica efetivamente no plano da eficácia, e não da existência²⁰⁹.

Em suma, prescrição é um fenômeno que torna ineficaz a pretensão, ou seja, a possibilidade de o credor exigir do devedor o cumprimento de uma prestação de dar, fazer e não fazer. A pretensão, em juízo, é exigível por uma ação condenatória.

A decadência é o fenômeno extintivo de direitos potestativos aos quais se fixou um prazo para seu exercício²¹⁰. Tais direitos se exercem

²⁰⁷ Pela impossibilidade de o consumidor renunciar à prescrição, confira-se Suzana Cata Petra Federighi, para quem, ainda que possível no diploma de direito privado, parece ser incompatível com a sistemática do CDC, seja pela vulnerabilidade do consumidor, assim reconhecida no diploma legal, seja por todos os princípios que informam o sistema e limitam a autonomia da vontade. Portanto, seria ela ainda impossível pela via contratual – por constituir cláusula abusiva, nos termos do art. 51 –, nada impedindo, entretanto, o fornecedor de renunciar a ela depois de sua consumação, se demandado extemporaneamente pelo consumidor, uma vez que as previsões protetivas da legislação de consumo a ele não seriam aplicadas (FEDERIGHI, Suzana Cata Petra. A prescrição e a decadência no CDC. In: CIANCI, Mirna (Org.). *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 510).

²⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado – Parte geral – Eficácia jurídica*. Determinações íneas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações, t. 5, p. 102.

²⁰⁹ A questão se repete na impropriedade do Código Civil ao enumerar a confusão como forma de extinção da obrigação. Isso porque o art. 384 prevê que cessada a confusão a dívida se restabelece com todos os seus acessórios. Assim, Judith Martins-Costa, com base nas lições de Pontes de Miranda, explica que não há “ressureição do crédito” que foi extinto e resurge, mas, sim, pós-eficácia da obrigação. Ocorre verdadeira neutralização da obrigação (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, t. I, p. 647).

²¹⁰ Ainda que se trate de decadência convencional, que nasce do acordo de vontades, esta extingue um direito potestativo e, portanto, não comporta renúncia. Exem-

em juízo, por meio de ações constitutivas ou desconstitutivas, que podem criar (ação renovatória da locação do imóvel urbano), modificar (ação estimatória ou *quantum minoris*) ou extinguir (ação para reconhecimento de dolo como vício do consentimento) uma relação jurídica.

c) *Supressio* e *surrectio*

As noções de *supressio*²¹¹ e *surrectio*²¹² decorrem do princípio da boa-fé objetiva, presente nos arts. 113 e 422 do Código Civil. A boa-fé objetiva é uma norma ética de conduta que exige do sujeito um comportamento leal. É a *Treu und Glauben* do direito alemão. Segundo Larenz, cada um deve guardar fidelidade à palavra dada, e não defraudar a confiança ou abusar da confiança alheia²¹³.

Trata-se de uma norma impositiva de conduta leal, geradora de um dever de correção que domina o tráfego negocial²¹⁴.

Assim, a boa-fé pode ser estudada de acordo com três funções: a interpretativa (como cânone hermenêutico); a ativa (como criadora de direitos laterais ou anexos); e a reativa ou limitadora de direitos subjetivos.

Em se tratando da função reativa, a boa-fé será a alegação de defesa para rechaçar determinada pretensão injusta, ou, como esclarece Menezes Cordeiro, exceção é a situação jurídica pela qual uma pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão

plio disso se dá quando o consumidor contrata a garantia estendida, ou seja, o fornecedor concede uma garantia por período superior à prevista pelo CDC. Nesta hipótese, se a garantia se expira e o fornecedor atende ao pleito do consumidor, não há renúncia à decadência, mas uma liberalidade do fornecedor. Não se pode renunciar a algo que se extinguiu.

²¹¹ A grafia de *supressio* é controversa. Enquanto Judith Martins-Costa (*A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999) e Adalberto Pasqualotto (*A boa-fé nas obrigações civis*. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cadapuz de (Org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 109-136. Edição comemorativa do cinquentaenário) utilizam apenas um “p”, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001) e Anderson Schreiber (*A proibição de comportamento contrário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005) utilizam dois.

²¹² Em alemão, a *supressio* é denominada *Verrückung*, e a *surrectio*, *Erwinkung*.

²¹³ PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis, p. 109-136.

²¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 46.