

REVISTA DOS TRIBUNAIS

ano 94 • volume 836 • junho de 2005 • p. 1-800

Repositório de Jurisprudência autorizado pelo **Supremo Tribunal Federal**,
Proc. 33/85 – DDID (*DJU* 23.10.1985, p. 18.861), registrado
sob n. 006/85 e pelo **Superior Tribunal de Justiça**,
Port. n. 8, de 31.05.1990 (*DJU* 06.06.1990, p. 5.171).

Publicação Oficial

Tribunais de Justiça dos Estados

Acre	Maranhão	Rio de Janeiro
Alagoas	Mato Grosso	Rio Grande do Norte
Amapá	Mato Grosso do Sul	Rio Grande do Sul
Amazonas	Minas Gerais	Rondônia
Bahia	Pará	Roraima
Ceará	Paraíba	Santa Catarina
Distrito Federal	Paraná	São Paulo
Espírito Santo	Pernambuco	Sergipe
Goiás	Piauí	Tocantins

Tribunais de Alçada

Minas Gerais
Paraná
Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil de São Paulo
Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

Tribunais Regionais Federais

1.ª, 2.ª, 4.ª e 5.ª Regiões

Tribunais de Justiça Militar

São Paulo

Publicação não oficial

TRF 3.ª Região

EDITORA



REVISTA DOS TRIBUNAIS

ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR

Tel.: 0800-702-2433

(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)
<http://www.rt.com.br>

nal em si. Embora se reconheça que o Corregedor Nacional integra o Conselho, trata-se de um nítido exemplo de silêncio eloquente, sendo assistemática a tese de que o poder de requisição do último decorreria da amplitude de suas funções, refletindo uma clara manifestação da teoria dos poderes implícitos. Incumbe ao Corregedor a realização de inspeções e correções, justificando que o referido poder esteja nele concentrado: ademais, fosse outra a *ratio* da norma, o poder de requisição não seria expressamente outorgado a órgão específico, mas, sim, concentrado no próprio Conselho.

Vale realçar a amplitude dos poderes a serem exercidos pelo Corregedor Nacional, pois, sob as epígrafes da inspeção e da correção, atividades executivas que o inciso II do § 3.º do art. 130-A indica pertencerem ao Conselho, encontra-se uma ampla e inesgotável liberdade de acesso às instalações e documentos relativos às atividades desenvolvidas pelos agentes fiscalizados. Uma interpretação sistemática indica que, como o Conselho, anteriormente à instauração do procedimento disciplinar, somente pode atuar quando provocado, não será possível a realização de inspeções e correções "de rotina", sem a existência de um procedimento prévio, em tramitação no órgão, noticiando a existência de irregularidades a serem apuradas.

7. O PROCURADOR-GERAL E AS ATRIBUIÇÕES DE CUNHO DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL

Considerando a amplitude dos poderes correicional e disciplinar do Conselho, releva analisar-se o Procurador-Geral, de Justiça ou da República, terá a sua esfera jurídica por eles alcançada.

A nosso ver, não são necessários maiores desenvolvimentos para se concluir pela negativa. Ao Conselho incumbe aplicar sanções administrativas, não estando o Procurador-Geral, nessa condição, sujeito a sanções de tal natureza. O Chefe da Instituição ocupa o ápice do escalonamento funcional, inexistindo órgão de hierarquia superior com atribuição para lhe aplicar sanções administrativas.

Em questões afetas ao exercício funcional e ao padrão comportamental por ele desenvolvido no âmbito institucional, somente restará a responsabilização política (excluindo-se os planos cível e criminal, que alcançam todo e qualquer agente público), a ser promovida no âmbito do Poder Legislativo.²⁵

Não estando sujeito ao poder disciplinar do Conselho, será ilegítima a realização de correções e inspeções junto à estrutura administrativa especificamente vinculada à atuação do Procurador-Geral de Justiça, salvo se o desiderato final, sem dissimulações, for o de alertar a conduta de determinado membro ou servidor do Ministério Público.

8. AS OUVIDORIAS

Consoante o art. 130-A, § 5.º, da Constituição, "*leis da União e dos Estados criam ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público*".

Tratando-se de órgão cujas atribuições estão estritamente vinculadas ao Ministério Público, entendemos que tanto o Chefe do Executivo como o Chefe do Ministério Público

detêm iniciativa legislativa concorrente para deflagrar o processo legislativo: na União, o Presidente da República e o Procurador-Geral da República; nos Estados, o Governador do Estado e o Procurador-Geral de Justiça. Como se constata pela sistemática adotada no parágrafo quinto, cada ente da Federação, consoante a natureza do respectivo Ministério Público (dos Estados ou da União), terá competência legislativa plena, não havendo que se falar em edição de normas gerais pela União.

Para o fiel cumprimento dos seus objetivos, é necessário que a ouvidoria, ainda que integrada em sua estrutura, seja funcionalmente independente do respectivo Ministério Público, não sendo aceitável uma relação de subordinação quanto aos agentes cuja conduta possa vir a ser questionada.

Não compete à ouvidoria a prolação de decisões, mas, tão-somente, a partir da verossimilhança dos fatos narrados, promover a sua apreciação pelo órgão competente, *in casu*, o Conselho. Esse juízo prévio, ainda que superficial, é da essência da própria atividade a ser desenvolvida, pois, não fosse assim, não seria necessário um ouvidor, mas um mero protocolo.

Como desdobramento do que dissemos em relação aos poderes disciplinar e correicional do Conselho, é igualmente aconselhável que o ouvidor venha a identificar os órgãos da Administração Superior do Ministério Público das irregularidades que lhe sejam narradas, permitindo a deflagração dos mecanismos de controle interno.

9. O CONTROLE DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Caberá ao STF processar e julgar originariamente "*as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público*". Essa competência alcançará, do mesmo modo, as ações decorrentes de atos praticados pelo Corregedor Nacional, que atua como *longa manna* do Conselho.

Ainda sob a ótica do controle das atividades do Conselho, merece ser lembrado o papel desempenhado pelo Presidente do Conselho Federal da OAB: na dicção do art. 130-A, § 4.º, da Constituição, caberá a esse agente oficial junto ao Conselho. Essa atuação se dará na condição de órgão interventivo – o que, por evidente, não exclui a possibilidade, conferida a qualquer do povo, de encaminhar notícias de ilícitos ao Conselho – devendo emitir pronunciamento e podendo fazer uso da palavra, na forma prevista no regimento interno, em todos os procedimentos da alçada do Conselho. Não intervindo, ter-se-á o descumprimento da Constituição e uma causa de nulidade das decisões tomadas.

Quanto à responsabilidade pessoal dos membros do Conselho, embora não seja propriamente um mecanismo de controle externo, deve ser mencionado que caberá ao Senado Federal processá-los e julgá-los nos crimes de responsabilidade.²⁶

10. EPILOGO

A criação dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça, como todos bem sabem, estaria associada à alegada necessidade de serem acessados e revistos atos praticados com base na autonomia administrativa e financeira do Ministério Público e do Poder Judiciário, muitas vezes inacessíveis aos mecanismos de controle já existentes. No que concerne ao aspecto disciplinar, a atuação desses Conselhos decorreria de uma reconhe-

(25) Vide art. 128, §§ 2.º e 4.º, da CF/88.

(26) Art. 52, II, da CF/88.

cida condescendência dos mecanismos de controle interno quanto aos ilícitos praticados pelos respectivos membros. Abstraindo-nos de concepções corporativas e ideológicas, não se pode negar a existência de uma certa razoabilidade nesses fundamentos.

Espera-se, no entanto, que o lenitivo não termine por gerar mal maior que aquele que buscou combater. Uma interpretação adequada e o uso moderado de seus poderes e atribuições mostram-se imprescindíveis à coexistência dos Conselhos com os órgãos controlados. O agigantamento dos primeiros, com o correlato encolhimento dos últimos, pode trazer consigo a semente do arbítrio e da própria desestabilização do Estado brasileiro, isto porque o contínuo enfraquecimento da autonomia administrativa e financeira conduzirá à indetectível certeza de que a autonomia funcional dos órgãos controlados não tardará em ser alcançada.

As normas constitucionais que disciplinam a atuação dos Conselhos devem ser interpretadas com cautela e responsabilidade: evitando, a todo custo, o desenfrado alargamento dos seus poderes. A não ser assim, o controle externo se transmutará em interno e o Conselho, hoje dissociado das estruturas controladas, em breve absorverá suas atribuições e prerrogativas, terminando por sedimentar uma deleteria subordinação hierárquica.

Segunda Seção

DISTINÇÃO CIENTÍFICA ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. UM TRIBUTO À OBRA DE AGNELO AMORIM FILHO¹

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Minas Gerais,
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça
de Minas Gerais. Doutor em Direito. Advogado.

SUMÁRIO: 1. *Introdução* – 2. *A prescrição na teoria de Agnelo Amorim Filho* – 3. *A decadência na teoria de Agnelo Amorim Filho* – 4. *A imprescritibilidade de algumas ações ("ações perpétuas")* – 5. *Conclusões a que chega a tese de Agnelo Amorim Filho* – 6. *Prescrição e decadência no novo Código Civil brasileiro* – 7. *A prescrição como extinção da pretensão* – 8. *Não é o direito que prescreve* – 9. *Direito, pretensão, ação e responsabilidade* – 10. *Ação de direito processual e ação de direito material* – 11. *A instituição de um regime próprio para a decadência pelo novo Código Civil* – 12. *Conexão entre o direito material e o direito processual* – 13. *Objeto e exceção em matéria de prescrição e decadência*.

1. INTRODUÇÃO

No direito comparado sempre houve sérias divergências doutrinárias em torno da distinção entre prescrição e decadência e não poucos e renomados doutores chegaram à conclusão de que eram falíveis ou imprestáveis os critérios propostos para a separação e identifica-

⁽¹⁾ Vide, na Seção memória do Direito, artigo do Prof. Agnelo Amorim Filho.

ção dos dois institutos, de sorte que só o casuismo é que, realmente, poderia levar à qualificação de um prazo como prescricional ou decadencial.²

Sob influência desse clima teórico, o primitivo projeto preparado por CLÓVIS BEVILÁQUA para o Código Civil brasileiro dispunha genericamente sobre os prazos prescricionais e os de decadência se achavam dispersos, junto à disciplina dos direitos que a eles se subordinavam. Assim permaneceu durante as discussões regimentais. Na redação final, foi que a comissão dela encarregada, na suposição de aprimorar o projeto, transferiu da Parte Especial para a Parte Geral todos os prazos de decadência, colocando-os ao lado dos prazos prescricionais. Sobre essa estrutura e confusa unificação não chegou a haver debate, de sorte que o planejado melhoramento acabou por redundar, para os aplicadores do Código num difícil problema, pois o que efetivamente se deu foi um "erro manifesto de classificação", como registrou COSTA MANSO.³

Em consequência da inominável impropriedade legal de rotular indiscriminadamente de prescricionais tanto os prazos de prescrição como os de decadência, se viram os doutores envolvidos na ingloria tarefa de desdizer a literalidade do Código, tendo em conta que seria absurdo admitir que a lei possa ignorar e contrariar a natureza das coisas.

Do penoso labor da doutrina e jurisprudência, aos poucos foram se estabelecendo, de forma empírica, quais seriam os prazos do Código que, malgrado o *nomen iuris*, não seriam de prescrição, mas de decadência.

Teoricamente, os civilistas se limitavam a remontar às origens romanas da prescrição, para afirmar singelamente que esta *extingue a ação*, enquanto a decadência *extingue o direito*. A afirmação, se era verdadeira, não era científica, porque registrava a diferença de efeitos, mas não explicava as causas que levariam um prazo a atingir a ação e outro a atingir o próprio direito. Nem mesmo CÂMARA LEAL, autor do estudo mais extenso e detalhado sobre a prescrição no Código Civil de 1916, conseguiu ir além da casística e empírica separação entre os casos legais de prescrição e de decadência.⁴

Foi nesse clima nebuloso da doutrina pátria, que se manifestou o talento científico do Prof. AGNELO AMORIM FILHO, da Faculdade de Direito da Paraíba, para iluminar, com elementos sólidos e bem concatenados, o caminho para atingir, com técnica incontestável,

(2) RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1957, vol. 1, § 34, p. 367; BAUDRY-LACANTINIERE; TISSIER, Albert. *Teoria geral*. 2. ed., p. 367; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975, § 76, p. 285 (edição atualizada pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira); GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones*, vol. 9, p. 217. Todos são citados por AGNELO AMORIM FILHO, "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". In *Revista dos Tribunais*, vol. 300, pp. 7-8, out/1960, pp. 7-37.

(3) *Revista dos Tribunais*, vol. 85, p. 257.

(4) "É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. É de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição" (LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 124). O critério, como se vê, é puramente empírico ou prático, não chegando ao estabelecimento de uma regra realmente científica a respeito da distinção.

distinção substancial entre o fenômeno da prescrição e o da decadência. Seu enfoque, exposto em denso estudo divulgado em outubro de 1960, pela *Revista dos Tribunais* (vol. 300, pp. 7-37), toma como ponto de referência não mais a distinção entre direito e ação. Leva em conta as diferentes categorias de direitos subjetivos e à luz do bem da vida que se insere nos respectivos objetos, distingue aqueles que podem ser violados pelo sujeito passivo (porque o exercício respectivo depende de ato do devedor) daqueles que não dependem de atuação de outrem para produzir o efeito a que tem direito o titular (porque o respectivo exercício é consequência apenas e tão somente da vontade do titular).

A partir da classificação preconizada por CHIOVENDA, AGNELO AMORIM FILHO registra: (a) a categoria dos direitos subjetivos cuja finalidade é assegurar, para o titular (sujeito ativo), *uma prestação*, positiva ou negativa, devida por outrem (sujeito passivo), e que, por isso, se denominariam "direitos a uma prestação"; e (b) a outra categoria que é a dos direitos subjetivos que conferem *poder* ao respectivo titular de interferir, com declaração unilateral de vontade, sobre situações jurídicas de outra pessoa, sem depender do concurso da vontade do sujeito passivo; a essa categoria dá-se o nome de "direitos potestativos".

Enquanto, nos direitos a uma prestação o titular depende da cooperação do sujeito passivo para exercer seu direito subjetivo, nos direitos potestativos, esse exercício independe de qualquer ato do sujeito passivo. Não há prestação a ser por este cumprida. O que há é tão apenas a sua *sujeição* a um estado jurídico que o titular do direito potestativo cria sem a necessidade do concurso da vontade ou de qualquer atitude do destinatário da declaração unilateral de vontade. Inserem-se nessa categoria direitos como o de promover a extinção do condomínio, a resolução do contrato não cumprido, a revogação da doação ou do mandato, a invalidação dos negócios jurídicos defeituosos etc.

2. A PRESCRIÇÃO NA TEORIA DE AGNELO AMORIM FILHO

Os direitos a uma prestação, por dependerem de ato do sujeito passivo, são aqueles que podem ser objeto de *violação* (isto é, de inadimplemento), por parte deste. Os direitos potestativos, por não se encontrarem na dependência de ato do sujeito passivo, não se sujeitam a *violação* de sua parte.

Diante da violação ao direito subjetivo, o titular quanto vai perante a justiça em busca da prestação jurisdicional, o faz com objetivo de contar com esta para impor ao inadimplente o cumprimento da prestação devida. O processo é utilizado como instrumento de reação contra a violação do direito subjetivo. Essa violação não é senão o inadimplemento da prestação devida, e o fim do processo vem a ser a imposição da sanção que afinal incidirá sobre o obrigado, compelindo-o a realizar a prestação inadimplida, sob pena de sofrer a execução judicial em seu patrimônio. A ação de que se vale o credor, na ótica processual moderna, é, pois, uma ação *condenatória*, que é justamente aquela que se presta a exigir do réu uma determinada prestação.⁵

Já a ação *constitutiva* — para a atual processualística — "cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior".⁶ Donde a conclusão:

(5) "Um dos pressupostos da ação de condenação é 'a existência de uma vontade de lei que garante a um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação'" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. 1, § 7.º, n. 43, p. 184, *apud* AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, pp. 14-15).

(6) AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, vol. 300, p. 16.

"Por aí se verifica, de pronto, que as duas mencionadas espécies de ação correspondem exatamente, com rigorosa precisão, aqueles dois grandes grupos nos quais CHIOVENDA divide os direitos: as ações *condenatórias* são meios de proteção daqueles direitos *suscetíveis de violação* ('direitos a uma prestação'); e as ações *constitutivas* são o meio de exercício daqueles direitos *insuscetíveis de violação* ('direitos potestativos')."

Há, ainda, uma terceira modalidade de ação, que é a das *ações declaratórias*, cujo objetivo é apenas conseguir uma "certeza jurídica", "sem o fim - no dizer de CHIOVENDA - de preparar a consecução de qualquer bem, a não ser a certeza jurídica".⁷

Assentadas essas premissas estabelecidas pelo moderno direito processual AGNELO AMORIM FILHO as coteja com o instituto da prescrição, segundo sua concepção histórico-jurídica: desde as origens romanas, como registra SAVIGNY, a prescrição tem sido vista como um meio de fixar as relações jurídicas incertas, após um lapso determinado de tempo.⁸ Com esse propósito, o instituto "serve à segurança e à paz públicas".⁹ Mas a partir de que momento esse propósito começa a atuar em prol da segurança e da paz pública? A resposta dos clássicos na a prescrição começa a atuar em prol da segurança e da paz pública? A resposta dos clássicos na matéria sempre foi: é o nascimento do direito à ação, provocado pela *violação* de um direito subjetivo, que fixa o marco inicial da prescrição, o que SAVIGNY denomina de *actio nata*. Ou seja, dois elementos definem o nascimento da ação (em sentido substancial): a) a existência de um *direito subjetivo atual*, suscetível de ser reclamado em juízo; e b) a *violação* desse direito.¹⁰

Tem-se, portanto, o momento inicial do prazo de prescrição determinado pelo evento da "violação" de um direito atual, ou seja, justamente quando nasce para o titular o direito de remover dita *violação* praticada pelo sujeito passivo.¹¹

É bom ressaltar, a essa altura, que a ação de que se cogita não é simplesmente o direito de obter uma sentença (conceito abstrato do moderno direito processual). No plano do direito material, a ação é tratada como a defesa com que o direito subjetivo conta para reagir contra sua concreta violação. É essa tutela que se pode perder pela inércia do titular, diante da violação sofrida, depois que se ultrapassa o prazo de prescrição.

Segundo essa trilha clássica, chega-se ao Código Civil alemão, onde se procedeu à definição de *pretensão* (§ 194), que corresponde à idéia de *actio nata* ("direito de exigir de outrem uma ação ou uma omissão", isto é, uma *prestação*) e onde se determinou que "a prescrição começa com o nascimento da *pretensão*" (§ 198).¹²

(7) "O autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual, quer, tão-somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia, no processo, a certeza jurídica e nada mais" (CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, § 9.º, n. 59, p. 210).

(8) SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. de Scialoja. Torino: Unione Tipografica, 1886, vol. 5, § 237, p. 309.

(9) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, § 662, p. 100.

(10) SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale*, cit., vol. V, § 239, pp. 324-325.

(11) No sentido de conjugar o nascimento de ação e a violação de um direito para ter-se o início da prescrição, AGNELO AMORIM FILHO cita numerosa e abalizada doutrina nacional e estrangeira (*Revista dos Tribunais*, vol. 300, p. 19).

(12) A noção de *pretensão*, portanto, nada mais é do que uma nova denominação para o antigo fenômeno da *ação* em sentido material ou civilístico, que, obviamente é muito diverso do direito de ação conceituado no plano do direito processual (direito público).

Não é, portanto, para AGNELO AMORIM FILHO, qualquer tipo de ação que se sujeita ao regime da prescrição, mas apenas aquelas por meio das quais se reclama "uma prestação destinada a restituir o direito" que fora antes violado.¹³

Por via de consequência, chega "a uma segunda conclusão importante: 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 categoria de "direitos a uma prestação".¹⁴

3. A DECADÊNCIA NA TEORIA DE AGNELO AMORIM FILHO

Os direitos subjetivos entram no mundo jurídico, em princípio, sem limitação temporal, ou seja, nascem com possibilidade perpétua de exercício. Nem sempre, porém, as coisas são assim. A prescrição, como já se viu é um marco traçado pela lei, para o credor de prestação inadimplida reagir pelas vias judiciais. Há, outrossim, aqueles direitos que representam uma sujeição para outra ou outras pessoas, como se passa com os direitos potestativos, cuja perpetuação também seria indesejável socialmente. Tal como se passa com os direitos à prestação, a lei reconhece que a duração perpétua da sujeição à vontade do titular do direito potestativo, ou, pelo menos de certos direitos potestativos, gera uma intranquilidade, que, conforme sua intensidade reflete sobre interesses de toda a coletividade, ou de parte dela, "criando uma situação de intranquilidade de âmbito mais geral". Dar o estabelecimento - a exemplo do que se passa com as pretensões tuteladas pela ação condenatória - de um prazo também "para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos cuja falta do exercício concorre de forma mais acentuada para perturbar a paz social". É o que, por exemplo, se passa com o exercício dos direitos de preferência, de invalidação ou resolução de negócios jurídicos, de renovação ou revisão de contratos etc.

Os direitos potestativos nem sempre dependem de ação para ser exercidos. Quando isto, porém, se torna necessário, a ação será do tipo constitutivo. Ainda aqui poderá o recurso ao processo permanecer aberto indefinidamente (pense-se na ação de investigação de paternidade, na ação de separação ou de divórcio etc.) ou poderá ser condicionado a um limite temporal. Para a primeira modalidade, prevalece a *perpetuidade* dos direitos, ou seja, "os direitos não se extinguem pelo não-uso". Mas, para aqueles subordinados a prazo, este "não é fixado, propriamente, para a proposição da ação, mas para o exercício do direito".¹⁵

Enquanto, frente aos "direitos à prestação", a ação nasce da lesão e serve para proteção do direito contra a violação, no caso dos direitos potestativos a ação constitutiva não é meio de proteção, é forma de exercício do próprio direito, o qual não depende do sujeito passivo, nem pode por ele ser violado.

Na prescrição, faz-se cessar a tutela à pretensão, mas não se põe fim ao direito, que continua a existir, embora sem a proteção da ação condenatória, cuja força ficará na dependência de usar, ou não, o deverdor, a exceção de prescrição. Quando, por sua vez, "a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito, e não a extinção da ação. Esta também se extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito".¹⁶

Dessas considerações AGNELO AMORIM FILHO extrai as seguintes conclusões em torno do fenômeno da decadência:¹⁷

(13) AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, p. 19.

(14) Idem, *ibidem*, pp. 19-20.

(15) Idem, pp. 21-22.

(16) Idem, p. 22.

(17) Idem, pp. 22-23.

Em primeiro lugar, "só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude de seu não-exercício". Donde se infere que "os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de *decadência*, uma vez que o objetivo e efeito desta é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados".

Em segundo lugar, chega-se a uma outra e inevitável conclusão: "as únicas ações cuja não proposição implica na *decadência do direito* que lhes corresponde são as *ações constitutivas*, que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois - insista-se - a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo de que ocorre com as condenatórias".¹⁸

4. A IMPRESCRIPTIBILIDADE DE ALGUMAS AÇÕES ("AÇÕES PERPÉTUAS")

Fala-se, em doutrina e jurisprudência numa categoria de ações que compreenderia as *ações imprescritíveis*, que viriam ser aquelas que não se subordinam nem aos prazos prescricionais nem aos decadenciais. AGNELO AMORIM FILHO, diante da diversidade de nomenclatura entre a prescrição e a decadência, prefere denominá-las de "ações perpétuas".¹⁹

O que já foi grandemente complexo no passado torna-se singelo na sistematização de AGNELO AMORIM FILHO, quando se procura explicar o que vem a ser *ação perpétua* ou *imprescritível*.

Tratando-se, no caso da imprescritibilidade (ou perpétuidade), de um "conceito negativo", a ele se chega por exclusão, a partir dos casos para os quais a lei instituiu a prescrição ou a decadência. Como esses são os das pretensões disputáveis em ação condenatória e os do exercício dos direitos potestativos por via de ação constitutiva, pode-se concluir que: a) as ações condenatórias nunca são imprescritíveis, pois a lei, quando não as submete a prazo especial aplica-lhes um prazo geral ou universal de prescrição; b) todas as ações meramente declaratórias são perpétuas, pois não tendem nem à proteção contra a violação de direito (prescrição) nem ao exercício de direito potestativo (decadência). Seu plano de atuação é (prescrição) nem ao exercício de direito potestativo (decadência).²⁰ c) algumas apenas o da "certeza jurídica", que, em si, não se subordina a eficácia do tempo;²¹ d) algumas constitutivas referem-se a direitos cujo exercício se sujeita a prazos determinados pela lei; outras não sofrem qualquer restrição temporal. Aquelas são instrumento de direitos potestativos decadenciais; e estas são meios de exercício de direitos perpétuos, devendo, por isso serem classificadas como *imprescritíveis* ou *perpétuas*.²¹

5. CONCLUSÕES A QUE CHEGA A TESE DE AGNELO AMORIM FILHO

O autor encerra sua preciosa exposição reunindo três regras que traduzem um critério dotado de irrecusáveis bases científicas, extremamente simples e de fácil aplicação, por meio

(18) AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, p. 23.

(19) *Ibidem*, p. 33.

(20) A lei não subordina as ações declaratórias a prazos extintivos, "pois o seu uso, ou não-uso, não afeta, direta ou indiretamente, a paz social, uma vez que elas nada criam e nada modifcam - apenas declaram a certeza jurídica (...) há até mesmo uma impossibilidade lógica em filiar as ações declaratórias aos institutos da prescrição ou da decadência, uma vez que elas não são meio de restauração de direito lesados, nem meio de exercício de direitos potestativos" (AMORIM FILHO, Agnelo, *Revista dos Tribunais*, vol. 300, p. 3-4).

(21) AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, p. 3-4.

do qual se pode identificar, *a priori*, as ações sujeitas a *prescrição* ou a *decadência*, e as ações perpétuas (imprescritíveis). Assim:²²

1ª - Estão sujeitas a *prescrição*: todas as *ações condenatórias*, e somente elas;

2ª - Estão sujeitas a *decadência* (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem): as *ações constitutivas* que têm prazo especial de exercício fixado em lei; 3ª - são *perpétuas* (imprescritíveis): a) as *ações constitutivas* que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; b) todas as ações declaratórias".²³

6. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2.002 saiu da indefinição em que se metera o Código anterior, enfrentando claramente o problema de conceituar a prescrição e de definir os casos de decadência de maneira objetiva, separando de forma racional os dois institutos. Para tanto, o legislador, sem dúvida, consagrou a teoria idealizada, ainda ao tempo do Código de 1916, pelo Prof. AGNELO AMORIM FILHO.²⁴

Como já observamos, ao noticiar a notável obra do mestre da Universidade da Paraíba, uma grande deficiência do Código velho se fazia sentir no tratamento dos prazos extintivos, já que eram todos eles englobados sob o *nomen iuris* de prescrição e, por isso, literalmente se regiam pelos mesmos princípios e regras.

Como a lei não pode contrariar a natureza das coisas, doutrina e jurisprudência tiveram de assumir a tarefa de joear entre os prazos ditos prescricionais no texto da lei os que realmente se referiam a prescrição e os que, embora assim rotulados, representavam, na verdade, casos de decadência.²⁵

(22) AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, p. 37.

(23) Lembra AGNELO AMORIM FILHO que a declaratória pode referir-se a qualquer tipo de direito subjetivo, inclusive aqueles que se ligam a alguma prestação ou a alguns que ostentem a natureza potestativa. O objeto da declaratória, portanto, pode também ser objeto de condenatória ou de constitutiva. Nesses casos, a prescrição ou a decadência não pode deixar de refletir sobre a ação declaratória. Não há, contudo, razão para se considerar também prescrita a correspondente ação declaratória. O que se dá é a sua invariabilidade não por prescrição, e sim por *faltar interesse* para justificar a declaração de interesse em torno de direito já inexistente (Cf. CHIOVENDA, *Ensayos de derecho procesal civil*, vol. I, p. 129; FERREIRA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*, p. 458 *apud* AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, pp. 25-26).

(24) "Das várias tentativas de se definir prescrição, a que, tradicionalmente, é a mais aceita, por ser a mais lógica, atribui-se a AGNELO AMORIM FILHO. Segundo ele, haverá prescrição quando se der a perda do direito de ação (ação que nasce 'quando o direito material é violado') pela inércia de seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo". Haverá decadência quando se der a perda do próprio direito subjetivo material pela inércia de seu titular, que não o exerce no prazo fixado em lei". Assim, só o direito a alguma prestação pode ser violado e, portanto, "só se pode falar em prescrição quando se tratar de direitos a uma prestação". Assim, "somente as ações condenatórias estão sujeitas a prazos prescricionais". Decadência, por sua vez, diz respeito aos direitos potestativos, de sorte que são as ações constitutivas que se sujeitam aos efeitos da decadência (FUTUA, César. *Direito Civil: curso completo*, 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 250-252).

(25) "Prescrição e decadência. Embora o Código civil - de 1916 - não faça distinção entre os dois institutos, um e outros se distinguem, tanto pela natureza ou essência, como pelos seus efeitos" (TARJ, Ap 38.586, rel. Juiz Wilson Marques, j. 14.05.1987, RT 625/193).

Por falta de parâmetros na lei, a tarefa se mostrou inçada de dificuldades, porque no direito comparado não havia uniformidade de posições e conceitos em que se pudesse apoiar. Basta lembrar que no direito romano e no medieval, sempre se teve a prescrição como um fenômeno do plano processual, que afetava a *actio* e não diretamente o direito material. Nesse âmbito, o direito alemão e suíço evoluíram para a extinção da *pretensão*, como sendo o efeito do transcurso do prazo prescricional aliado à inércia do titular do direito violado. O direito italiano, todavia, fez declarar literalmente em seu Código de 1942 que a prescrição era causa de extinção do próprio direito.

Entre nossos doutrinadores, por isso, estabeleceu-se uma divisão de teses entre os que se mantinham fiéis às tradições romanas, para defender a prescrição como causa de extinção apenas da ação²⁶ e os que a qualificavam como causa de extinção dos próprios direitos.²⁷

A falta de critério legal e a controvérsia doutrinária acerca da conceituação da prescrição tornavam tormentosa a diferenciação entre esta e a decadência. Para os que viam na prescrição a extinção apenas da ação, era mais fácil distingui-la da decadência porque esta, ao contrário daquela, funcionava como causa de extinção do direito, que por sua própria natureza deveria ser exercido em certo prazo, sob pena de caducidade. Se, todavia, tanto a prescrição como a decadência se apresentavam como causa de extinção do direito subjetivo, torna-se penosa e quase impossível uma distinção precisa entre as duas figuras extintivas.

O novo Código tomou posição no debate travado no direito comparado e optou por conceituar a prescrição como perda da *pretensão* (art. 189), ideia que se aproxima da posição romana (*actio*) e que é a atual do direito alemão e suíço. Com isso, facilitada restou a configuração dos casos de decadência (art. 207), aos quais se dedicou regulamentação separada (arts. 207 a 211). Foi o que também fez o novo Código Civil do Peru (de 1984), para o qual, textualmente, "la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo" (art. 1.989); enquanto "la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente" (art. 2.003).

7. A PRESCRIÇÃO COMO EXTINÇÃO DA PRETENSÃO

Entre as duas grandes propostas de conceituação da prescrição, oferecidos pelo direito comparado – a do direito alemão (extinção da *pretensão* não exercida no prazo legal) e a do direito italiano (extinção do *direito* por falta de exercício pelo titular durante o tempo deter-

(26) MIRANDA, Pontes de: "só pretensões e ações prescrevem" (*Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. VI, § 668, n. 2, p. 136); LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 22; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. I, p. 288.

(27) GOMES, Orlando: "A prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante um certo lapso de tempo, do seu titular, que, em consequência, fica sem ação para assegurá-lo" (*Introdução ao direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, n. 294, p. 496). "É preciso reconhecer que, embora a prescrição se refira à ação, em regra a extinção da ação e do direito são contemporâneos, porque uma frita à ação, em regra não pode valer e é ineficaz" (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, vol. III, p. 372). "Perda do direito, dissemos, e assim nos alinha: mos entre os que consideram que a prescrição implica algo mais do que o perecimento da ação" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. I, n. 121, p. 435).

minado pela lei) – o novo Código brasileiro optou pelo primeiro modelo, que assim é explicado pela própria lei:

"Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206" (CC/2002, art. 189).

Donde:

A prescrição faz extinguir o direito de uma pessoa a exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido na lei.

Não é, pois, o direito subjetivo descumprido pelo sujeito passivo que a inércia do titular faz desaparecer, mas é o direito de exigir em juízo a prestação inadimplida que fica comprometido pela prescrição. O direito subjetivo, embora desguarnecido da pretensão, subsiste, ainda que de maneira débil (porque não amparado pelo direito de forçar o seu cumprimento pelas vias jurisdicionais), tanto que se o devedor se dispuser a cumpri-lo, o pagamento será válido e eficaz, não autorizando repetição de indébito (art. 882), e se demandado em juízo, o devedor não arguir a prescrição, o juiz não poderá reconhecê-la de ofício (art. 194).

Evitou o Código a linguagem do direito antigo, segundo a qual a prescrição provocaria a perda da ação. E o fez para evitar o conflito com os conceitos do direito processual moderno, que emancipara a ação de seu vínculo com o direito material da parte e a deslocara para o campo do direito público, onde exerce o papel de direito subjetivo à prestação jurisdicional, qualquer que seja o sentido dado à composição do litígio. Nesse rumo não mais se pode ver a ação como a reação judicial à violação do direito subjetivo, porquanto até mesmo o autor que afinal não se reconheceu como titular do direito invocado contra o réu, teve ação. Na ótica do direito processual ação é, pois, um direito autônomo e abstrato, que se satisfaz com a prestação jurisdicional (direito à sentença de mérito), não importa em favor de qual dos litigantes. O titular do direito prescrito não perde o direito processual de ação, porque a rejeição de sua demanda, por acolhida da exceção de prescrição, importa ela mesma, uma sentença de mérito (CPC, art. 269, IV).

Daí que andou corretamente o Código ao prever que a inércia do titular do direito violado, que deixa de fazer atuar a pretensão durante o prazo determinado pela lei, provoca a extinção desta, segundo o mecanismo da prescrição.

A pretensão, para o art. 189 tem um sentido que se aproxima não da ação moderna, mas da antiga *actio* do direito romano. Para evitar dificuldades teóricas, o Código teve o cuidado de dizer o que era a pretensão atingível pela força extintiva da prescrição, servindo-se, para tanto, do conceito de SAVIGNY a respeito da ação em sentido material, que se contrapõe ao de ação em sentido processual:

"Il rapporto qui descritto nascente della lesione del diritto si chiama diritto ad agire od anche azione, quando si riferisca questa espressione alla semplice facoltà dell'offeso, la quale si manifesta in forma determinata, nel qual caso essa significa il fatto stesso dell'agire e quindi (ne presupposto del processo scritto) è sinonima di citazione o libello introduttivo. Qui può parlarsi soltanto dell'azione in quel primo (sostanziale) significato della parola, cioè del diritto d'agire: l'azione nel secondo significato (formale), ossia l'atto, mercé cui si fa valere il diritto, colle sue condizioni e forme, spetta alla teoria della procedura".²⁸

Anota MOREIRA ALVES, em seu relato na Comissão Revisora do Projeto que se transformou no atual Código Civil, que PUGLIESE, ao analisar o conceito de pretensão (*Anspruch*),

(28) SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale*, cit., vol. 5, § 205, p. 5.

moldado por WINDSCHEID, concluiu que nada mais continha do que uma denominação nova para a figura que SAVIGNY tratava como *ação em sentido material*. Com efeito, WINDSCHEID concebera, como *Anspruch*, o direito de postular a eliminação da violação de um direito primário, e, portanto, uma figura distinta do direito violado e cuja não satisfação seria a condição da *actio*.²⁹

É, pois, a *actio* em sentido material — direito à prestação que irá reparar o direito violado — que será o objeto da prescrição. Não é nem o *direito subjetivo material* da parte, nem o direito processual de *ação* que a prescrição atinge, é apenas a pretensão de obter a prestação devida por quem a descumpriu (*actio* romana ou *ação* em sentido material).

Essa concepção facilita, e muito, a separação das ações que se submetem ao regime da prescrição daquelas que se sujeitam à decadência. Sempre que, consoante a doutrina de AGNELLO AMORIM FILHO, a parte não tiver *pretensão* a exercer contra o demandado (por que este não tem obrigação de realizar qualquer *prestação* em favor do autor), o prazo extintivo, se houver, não será de prescrição, mas de decadência. É o que se passa com as ações constitutivas e declaratórias, porque nas primeiras se exerce um direito potestativo, e nas últimas, apenas se busca a certeza acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Vale dizer: em nenhuma delas o autor reclama prestação (*ação* ou omissão) do réu, não havendo *pretensão* para justificar a prescrição.

Em resumo, para haver prescrição é necessário que:

- a) exista o direito material da parte a uma prestação a ser cumprida, a seu tempo, por meio de ação ou omissão do devedor;
- b) ocorra violação desse direito material por parte do obrigado, configurando o *inadimplemento* da prestação devida;
- c) seja, então, a *pretensão*, como consequência da violação do direito subjetivo, isto é, nasça o *poder de exigir a prestação* pelas vias judiciais; e, finalmente,
- d) se verifique a *inércia* do titular da *pretensão* em fazê-la exercer durante o prazo extintivo fixado em lei.

8. NÃO É O DIREITO QUE PRESCREVE

Prevê o art. 189 que, violado o direito, surge a pretensão, que se extinguirá quando não exercida no prazo fixado pela lei. Nisso consiste a prescrição: perda ou extinção da *pretensão* (poder de reagir contra a violação do direito) e não na extinção do próprio direito subjetivo.³⁰

Os que vêem a prescrição como causa de extinção do direito material, argumentam que não pode ser havido como direito, o interesse desprovido de tutela estatal (*ação*).³¹

(29) PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subjetivo*. Milano: Giuffrè, 1939, n. 43, p. 253, apud ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 151, nota 7.

(30) Na verdade, a lei faz uma redução ou simplificação do fenômeno. A prescrição, em si, mesmo depois de consumada, não extingue de imediato a pretensão. Apenas faculta ao devedor usá-la para, por meio de defesa (exceção), provocar a neutralização da pretensão, exercida pelo credor. O que inibe a pretensão, de tal sorte, é a *exceção de prescrição* e não propriamente a prescrição.

(31) “Com a maioria sustentamos nós que o efeito extintivo (da prescrição) se dá sobre o próprio direito: com a ação prescrevem ao mesmo tempo o próprio direito, e isto não porque se

Acontece que a simples consumação do prazo prescricional não priva, de imediato e de todo, o interesse do credor da tutela jurisdicional. O efeito extintivo não opera *ipso iure*, pela mera ultrapassagem do termo fixado na lei. Para que a pretensão do credor seja paralisada é indispensável que o devedor, quando demandado, argua a prescrição como meio de defesa (art. 193). O que esta na verdade gera é uma *exceção*, que o devedor usará, ou não, segundo suas conveniências. Assiste-lhe o direito de renunciar à prescrição (art. 191) e de simplesmente não alegá-la, visto que ao juiz é vedado conhecê-la de ofício (art. 194). Em última análise, o que irá bloquear a ação exercida pelo titular do direito, será a *exceção* e não diretamente a *prescrição*, já que esta, sem aquela nenhum efeito terá sobre a pretensão deduzida em juízo.³²

Nessa ordem de idéias não é, de fato, correto afirmar-se que a prescrição provoca a extinção do direito do credor. Em realidade, consiste ela na abertura de uma faculdade que a lei faz ao devedor para poder este, amparado no transcurso do tempo, negar-se a cumprir a prestação devida, que só veio a ser reclamada depois de ultrapassado o prazo da prescrição. Assim, embora não desapareça o direito pelo decurso do tempo e pela inatividade do credor, a ordem jurídica o deixa sob a boa vontade do sujeito passivo, “retirando do titular o poder de *impô-lo* ao inadimplente”.³³

A perda do poder de imposição do direito, se o devedor se opuser a cumpri-lo, embora o debilite profundamente, não equivale necessariamente à sua extinção. Esse quadro é o que melhor se harmoniza, segundo ALBALADEJO, não só com a consciência social, como com a sistemática operacional que a própria lei adota para a prescrição.

Com efeito, a consciência social não costuma aceitar que o direito desapareça apenas pelo passar do tempo e, ao contrário, censura o devedor que se ampara na prescrição como única justificativa para não pagar o que deve.³⁴

No plano da sistemática do direito positivo, a debilitação, e não a extinção do direito, é a única explicação aceitável para a postura legal que assegura a renunciabilidade da prescrição pelo devedor, assim como impõe a vedação a que o juiz a conheça de ofício.³⁵

A tese da extinção do direito como efeito da prescrição não consegue explicar, de maneira convincente, como extinto um direito, ainda possa o devedor renunciar ao efeito já operado fazendo-o, só com seu ato unilateral, reviver uma relação jurídica bilateral, sem nenhuma aquiescência do credor. E muito menos justifica, racionalmente, como o juiz, diante do silêncio do devedor, deva acolher a pretensão do credor, não obstante esteja sua demanda fundada em direito extinto pela prescrição. A ter-se como correta a tese da extinção do direito

confunda direito substancial com ação (conceitos e momentos diversos), mas sim porque, sendo a tutela judiciária um caráter imane e essencial do direito, perdida a tutela, também com ela se perdeu o direito” (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, cit., vol. I, § 34, p. 355).

(32) A prescrição “só releva se for invocada pela parte interessada. O juiz não pode declarar *ex officio* a prescrição, mesmo que tenha num processo elementos para isso. É necessário pois o réu manifeste a sua vontade de se valer da prescrição” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 8. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1998, vol. II, n. 210, p. 454).

(33) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil I - introducción y parte general*. 14. ed. Barcelona: Bosch, 1996, t. I, vol. II, § 107, p. 468.

(34) Idem, ibidem, p. 469.

(35) Idem, ibidem, p. 469.

submetido à prescrição, estar-se-ia diante de uma profunda desarmonia dentro do sistema do direito positivo no campo obrigacional, e ter-se-ia de admitir uma verdadeira ruptura entre o processo e a realidade substancial.³⁶ A sentença tutelaria, contra a evidência, um direito extinto, só porque o devedor se omitiu.

A tentativa de contornar essa desarmonia evidente é feita pela atribuição de um suposto efeito constitutivo à exceção de prescrição. O efeito prescricional seria obtido não pelo decurso do prazo legal, mas por via da exceção. Entretanto, a incongruência entre a tese e a lei é inegável: como explicar que o devedor só possa renunciar à prescrição depois que esta já estiver consumada (art. 191)? Teria o devedor que primeiro propor a exceção para depois renunciar à prescrição? Isto seria um contra-senso, e nada há na lei que o imponha. Ao contrário, o que se deduz do sistema de direito positivo é que a prescrição se consuma no momento em que se completa o lapso fixado na lei. Desde então o devedor está autorizado a usar a exceção competente, caso o credor venha a ajuizar a ação para fazer valer sua pretensão. Desde o momento, pois, do termo final do prazo, a prescrição está consumada e, por isso, pode ser renunciada, expressa ou tacitamente, pelo devedor, independentemente de estar, ou não, ajuizada a causa.

Se, como adverte PANZA, fosse a exceção que consumasse a prescrição e lhe desse a eficácia extintiva do direito do credor, a renúncia só seria, de fato, admissível depois de excepcionada em juízo, porque a lei só permite renúncia à prescrição consumada. Ora, se isto fosse verdadeiro, "non si comprende poi come la renunzia possa risultare anche da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione"³⁷ (Código italiano, art. 2.937, 2º e 3º co.; Código brasileiro, art. 191).

Em conclusão: a violação de um direito subjetivo gera, para o respectivo titular a pretensão, que se define como o poder ou a faculdade de exigir de alguém uma prestação (ação ou omissão).³⁸ A pretensão sujeita-se a um prazo legal de exercício, que findo sem que o credor a tenha feito valer em juízo, provocará a prescrição.

A prescrição, porém, não extingue o direito subjetivo material da parte credora. Cria apenas para o devedor uma *exceção*, que se for usada no processo de realização da pretensão do credor, acarretará a extinção desta.

Se não exercitada a exceção, o direito do credor será tutelado normalmente em juízo, sem embargo de consumada a prescrição. E mesmo depois de a exceção ter sido acolhida, se o devedor efetuar o pagamento da prestação devida, ou renunciar aos efeitos da prescrição já operada, tudo se passará como se o direito do credor jamais tivesse sido afetado pelo efeito prescricional.

O efeito da prescrição, dessa maneira, é uma exceção que, quando exercida, neutraliza a pretensão, sem, entretanto, extinguir propriamente o direito subjetivo material do credor.³⁹

(36) PANZA, Giuseppe. *Verbete, cit.*, *Digesto, cit.*, vol. XIV, p. 229.

(37) *Ibidem*, p. 220.

(38) PRIETO, F. Pantaleón. *Prescripción. Verbete in Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, vol. III, p. 5.008.

(39) A rigor, a prescrição não extingue, o direito, nem mesmo a pretensão, visto que o juiz não pode acolhê-la se o devedor não manejar a respectiva exceção (art. 194). Logo, o que se cria com a prescrição é, na verdade, uma defesa para o devedor, que se maneja para inviabilizar a pretensão. Dessa maneira, "a prescrição não subtiliza alguma ao credor, cinge-se a fornecer ao devedor um escudo, do qual se poderá servir-se ou não, a seu talante" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual, *Revista Forense*, vol. 364, p. 186).

9. DIREITO, PRETENSÃO, AÇÃO E RESPONSABILIDADE

Par CÉSAR FULZA, a prescrição não extingue a *ação* que protege um direito violado, como queria a doutrina de AGNELLO AMORIM FILHO, porque na moderna concepção do direito de ação jamais se pode retirar de alguém o direito do credor de ir à justiça em busca de uma sentença condenatória. O direito à prestação jurisdicional independe da efetiva existência do direito subjetivo que a parte intenta realizar. O resultado do exercício do direito de ação tanto pode ser favorável como desfavorável ao titular do direito de ação. Também entende que nascida a pretensão para o titular do direito a uma prestação "rigorosamente ela não se extingue", tanto que "se o pagamento for realizado espontaneamente será válido", e se acionado o devedor, não for por este alegada a prescrição, "será proferida sentença condenatória favorável ao credor que poderá executá-la", concretizando assim a pretensão, mesmo depois da prescrição.

Assim, não estaria correta nem a doutrina que identifica a prescrição com a perda da ação, nem o conceito legal de perda da pretensão. Para CÉSAR FULZA, a extinção seria da responsabilidade, ou seja, com o decurso do tempo, "o devedor passa a não mais responder pela dívida, passa a não mais responder pelo inadimplemento do direito a uma prestação do credor".⁴⁰

Ora, se o credor não perde a pretensão, porque pode obter pagamento ou condenação, se não for invocada a prescrição, o mesmo acontece com a responsabilidade, ou seja, também a responsabilidade prevalecerá, levando o devedor a sofrer a expropriação executiva, se a exceção de prescrição não for tempestivamente arguida. Como então falar, *in casu*, em extinção da responsabilidade?

De fato, a prescrição não gera imediatamente a perda da pretensão, mas conduz à sua extinção se o devedor, acionado, fizer uso da respectiva exceção. Uma vez exercida dita exceção, não será o direito subjetivo material, nem a ação no sentido processual que sofrerão o efeito extintivo, mas apenas a pretensão, visto esta como o poder de exigir a prestação devida, que corresponde ao sentido antigo (românico) de direito de ação, qual seja o de direito do titular à proteção do seu direito subjetivo contra a violação praticada pelo obrigado.

Portanto, no plano material, onde opera o fenômeno da prescrição, não está em jogo o direito de ação concebido pelo moderno direito processual, mas a *pretensão*, que nasce por força do relacionamento obrigacional e em torno dele se desenvolve, podendo ser, ou não, levada ao processo judicial.

O poder de exigir a prestação (i.é., a *pretensão*), nessa ordem de idéias, nasce antes do direito de ação e independe deste. Pode ser exercido fora do juízo e tanto pode ser satisfeito como extinto sem interferência da prestação jurisdicional. É preciso, todavia, que, uma vez instaurado o processo judicial, a eficácia extintiva seja adequadamente arguida pelo devedor, para que a perda da pretensão efetivamente se consume.

10. AÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL E AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Quando AGNELLO AMORIM FILHO elaborou seu estudo sobre a prescrição, vigorava o art. 75 do CC/16, segundo o qual "a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura". Ter-se-ia tomado incorreta ou revogada a norma civil depois que passou a conceber o direito de ação como direito a prestação jurisdicional, de forma autônoma e abstrata?

(40) FULZA, César. *Direito civil: curso completo*, 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 252-253.

A resposta é negativa: o fato de se ter detectado a ação no plano processual não invalida o reconhecimento (alás, indispensável) de que o direito subjetivo tem de contar com a proteção estatal, quando ameaçado ou violado. As duas realidades têm de coexistir, cada uma em seu terreno, momentaneamente quando os mais recentes estudos processuais não se cansam de reafirmar o excesso de autonomia que se pretende dar ao direito processual. Direito e processo são duas faces de uma só realidade, são órgãos do mesmo organismo, pelo que, mais importante do que cuidar da autonomia entre eles é pesquisar e determinar seus pontos de contato. É precisamente o que faz a moderna processualística ao defender a meta da instrumentalidade e efetividade: o processo deve proporcionar a quem realmente tem o direito subjetivo tudo o que este direito lhe confere.

Vale dizer que o direito de ação é, hoje visto, na ótica do direito processual, como autônomo e abstrato, frente ao direito material, mas não é hostil a este nem é com ele incompatível. Sendo certa a instrumentalidade de um direito em relação ao outro, pode-se perfeitamente encerrar o direito de ação tendo do ponto de vista processual como material. E será apenas na perspectiva do direito processual que prevalecerá a sua autonomia e abstração. Estar-se-á cuidando apenas do direito à prestação jurisdicional. Pode, porém, a ação ser encarada dentro da perspectiva do direito material. Nesse ângulo, é com a tutela jurisdicional que o titular do direito subjetivo material irá contar, ou seja, o acesso à justiça lhe assegurará a tutela ou proteção que a ordem jurídica assegura a todos os direitos subjetivos materiais. Ter ação, no sentido material ou civilístico, é, portanto, ter direito à proteção jurisdicional⁴¹, e não apenas direito a reconhecer que há uma ação material distintiva. Daí que não há impropriedade alguma em reconhecer que há uma ação material distintiva da ação processual, a qual desta se vale para implementar-se, quando necessário.⁴²

Sendo inegável que o processo deve assegurar a "efetividade da tutela jurisdicional", que por sua vez tem de "atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem".⁴³

Ao se descobrir e conceituar a moderna ação processual, destarte, não se aboliu, nem poderia pensar em abolir, a ação material, porque a jurisdição deve a proteção aos direitos materiais e é por meio do processo que essa proteção se realiza.

A ação que se perde quando o titular do direito material incorre em prescrição, portanto, é a ação de direito material, ou seja, o poder de exigir a prestação do obrigado, fenômeno que o atual Código Civil brasileiro, na esteira do BGB, chama de pretensão.

11. A INSTITUIÇÃO DE UM REGIME PRÓPRIO PARA A DECADÊNCIA PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

Embora fosse antiga a advertência de que não se deve confundir a prescrição com a decadência,⁴⁴ o Código de 1916 não fez o menor esforço para distingui-las, e, o que é pior,

(41) "A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do resultado que é produzido pelo processo no plano do direito material. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 147).

(42) Ao falar em ação de direito material, "trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual*, cit., p. 147).

(43) MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual*, cit., p. 147.

(44) GALLO, Paolo. *Prescrizione e decadenza in diritto comparato. Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 1996, vol. XIV, p. 252.

reuniu todos os prazos extintivos sob o rótulo único da prescrição. Simplesmente ignorou a existência da decadência, o que, aliás, entre os Códigos primitivos, era comum.⁴⁵ Com efeito, foi por meio da doutrina e da jurisprudência que se isolou e conceitua a decadência como fenômeno distinto da prescrição, durante a formação do direito de origem românica. Diversamente da prescrição, que sempre despertou a atenção do legislador, a decadência quase sempre careceu de uma específica disciplina legislativa.⁴⁶

Entre nós, a total ausência de referência no Código antigo ao fenômeno da decadência, fez com que a doutrina não tivesse parâmetro algum no direito positivo para construir a teoria delimitadora daquele fenômeno em relação à prescrição. Por outro lado, nem mesmo a prescrição chegou a ser definida na lei. Daí o aparecimento de teses pouco claras e de orientações não convergentes durante os longos anos de vigência do Código Beviláqua, quer a respeito da prescrição, quer a propósito da decadência.

A exemplo dos Códigos mais modernos como o italiano e o português, o novo Código brasileiro define o que é prescrição (art. 189) e institui uma disciplina específica para a decadência (arts. 207 a 211), agrupando em capítulos separados os preceitos reguladores de cada uma das duas figuras jurídicas.⁴⁷

O ponto de partida da tomada de posição do Código de 2002 está na ideia de pretensão, sobre a qual se constrói a teoria da prescrição. Não se tratando de pretensão – exigência de uma prestação omitida pelo obrigado – não há que se pensar em prescrição. Os prazos extintivos de direitos desprovidos de pretensão é que constituem o objeto da decadência.

Explica a Comissão Revisora do Projeto que se converteu no atual Código:

"Ocorre a decadência quando um direito potestativo não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente (nos casos em que a lei – como sucede em matéria de anulação, desquite etc. – exige que o direito de anular, o direito de desquite – só possa ser exercido em Juízo, ao contrário, por exemplo, do direito de resgate, na retrovenda, que se exerce extrajudicialmente), dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo".⁴⁸

Se a prescrição é a perda da pretensão (força de reagir contra a violação do direito subjetivo), não se pode, realmente, cogitar de prescrição dos direitos potestativos. Estes nada mais são do que poderes ou faculdades do sujeito de direito de provocar a alteração de alguma situação jurídica. Nesses não se verifica a contraposição de uma obrigação do sujeito passivo a realizar certa prestação em favor do titular do direito. A contraparte simplesmente está sujeita a sofrer as consequências da inovação jurídica. Por isso, não cabe aplicar aos direitos potestativos a prescrição: não há pretensão a ser extinta, separadamente do direito subjetivo;

(45) O certo, contudo, é que "siendo la prescripción y la caducidad dos instituciones, no solo distintas sino excluyentes, por cuanto, mientras la primera, solo extingue la acción y la segunda, no solo extingue la acción, sino además el derecho mismo, no se procede aplicar ambas simultaneamente" (jurisprudência peruana citada por FELIPE OSTERLING PARODI. *Código civil y código procesal civil*. Lima: Librería y ediciones jurídicas, 2002, p. 258).

(46) GALLO, Paolo. *Prescrizione e decadenza in diritto comparato*, cit., p. 252.

(47) Igual orientação é seguida pelo novo Código Civil do Peru (de 1984): "La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo" (art. 1.989). "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente" (art. 2.003).

(48) ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 155.

é o próprio direito potestativo que desaparece, por completo, ao término do prazo marcado para seu exercício.⁴⁹ Explica a Comissão Revisora:

“Os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular um negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo portanto, dever algum que possa descumprir).”⁵⁰

Quando se estipula, na lei ou no contrato, um prazo determinado para que a parte exerça um direito de cunho potestativo, a própria aquisição desse direito restou condicionada ao dado temporal. A decadência se insere na estrutura formativa do próprio direito.

A prescrição participa da vida do direito subjetivo, de modo acidental. O direito deve ser exercido e satisfeito independentemente de termo extintivo. A prescrição nasce do fato anormal do inadimplemento. É porque o obrigado a uma prestação deixou de cumpri-la, que começa a correr o prazo de prescrição, dentro do qual o credor deverá reagir, para forçar a realização da prestação descumprida. A inércia da reação à ofensa ao direito provocará, ao final do prazo assinalado na lei, a perda da tutela jurisdicional, embora ainda subsista o direito subjetivo, já então debilitado, mas não extinto (se o devedor não arguir a prescrição, o juiz não poderá recusar a tutela jurisdicional, e se o devedor pagar a dívida prescrita o pagamento será válido e irrepetível). É o que se passa, por exemplo, com o débito proveniente de qualquer mútuo ou com o preço da compra e venda ou da locação.

No campo dos direitos potestativos, surgem facilidades, a cujo exercício se marca de antemão um termo, de sorte que ditas facilidades não mais se poderão fazer valer quando, por qualquer motivo, já tenha decorrido o tempo previsto.⁵¹ É o que se dá, por exemplo, com a anulação do negócio jurídico por vício de consentimento, com a revogação da doação por ingratidão, com a retrovenda, com a resolução do contrato de compra e venda por vício redibitório, com o direito de preferência do condômino ou do locatário, etc.

Quando se trata de caducidade ou decadência (ou preclusão) o tempo se conta necessariamente desde o nascimento do direito potestativo (ou facultativo). Quando é de prescrição que se cogita, o prazo extintivo começa não do nascimento do direito, mas do momento em que a inércia do titular se manifestou, depois que ele já existia e veio a ser violado.⁵²

Assim delineados os contornos da prescrição e da decadência, pode-se definir a decadência como o fenômeno que faz extinguir os direitos potestativos, cujas facilidades nascem com um prazo de duração limitado.⁵³

(49) “Sabe-se que a prescrição é o encobrimento dos direitos análogos à pretensão: enquanto a decadência trata da extinção dos direitos potestativos, de modo que a solução adotada (pelo novo Código) é extremamente operativa, motivo pelo qual MIGUEL REALE com ela exemplifica a direttriz que dominou, entre outras, os trabalhos codificatórios (MARTINS-COSTA, Judith. O projeto de Código Civil brasileiro: em busca da ‘ética da situação’. *Revista Jurídica*, vol. 282, p. 38).

(50) ALVES, José Carlos Moreira, *op. cit.*, p. 155.

(51) RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, cit., vol. I, § 34, p. 357.

(52) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*, cit., t. I, vol. II, § 108, p. 506.

(53) “Caducidade ou preclusão é um instituto por via do qual os direitos potestativos se extinguem pelo facto do seu não-exercício prolongado por certo tempo” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, cit., vol. II, n. 214, p. 463).

Inspirado no pensamento de JHERING, de que a essência do direito está na sua *realizabilidade* (aquilo que os processualistas contemporâneos chamam de *efetividade*), o Código adotou o critério mais operacional possível para enfrentar e solucionar um dos mais intrincados problemas do direito civil, que era o de conceituar e separar a prescrição e a decadência.

Em primeiro lugar, definiu-se a pretensão como sendo o objeto da prescrição e, em seguida, anularam-se em dois únicos artigos todos os casos de prescrição (art. 205 e 206), deixando os de decadência para a regulamentação específica de cada modalidade de direito (art. 207 a 211).⁵⁴

A medida legislativa foi de extrema singeleza, mas de evidente *operabilidade*, na linguagem de MIGUEL REALE, para quem, na aplicação da nova sistematiza dos prazos extintivos, “não haverá dúvida nenhuma: ou figura no artigo que rege a prescrição, ou então se trata de decadência”.⁵⁵

O lugar destinado à fixação dos prazos decadenciais foi a Parte Especial do Código. Raros foram os casos em que prazos da espécie apareceram na Parte Geral, situações em que se teve o cuidado de explicitar a natureza do prazo extintivo, como complemento do artigo em que, especificamente, aplicável (por exemplo: arts. 45, parágrafo único, 47, parágrafo único, 68, 119, parágrafo único, 178 e 179).

Na parte especial, numerosos são as hipóteses de decadência, podendo lembrar-se, a título exemplificativo: art. 501 (ações relativas às diferenças de área de compra e venda de imóvel); art. 504 (ações de preferência do condômino na venda de quinhão de outro comunitário); art. 505 (cláusula de retrovenda); art. 512 (venda a contento); art. 516 (direito de preferência, cláusula especial de compra e venda); art. 554 (doação a entidade futura); art. 559 (revogação de doação por ingratidão); art. 618 (prazo para reclamar defeitos de construção contra o empreiteiro); art. 859 (concurso com promessa de recompensa) etc.

Explica MIGUEL REALE como se organizou o tratamento da decadência na visão do novo Código, nos seguintes termos:

“Qual é o tratamento dado à decadência? Há, por exemplo, o direito do doador de revogar a doação feita, por ingratidão. Aí o prazo é tipicamente de decadência. E então a norma vem acoplada a outra: a norma de operabilidade está jungida ao direito material. Como se vê, cada norma de decadência está acoplada ao preceito cuja decadência deve ser decretada. De maneira que, com isso, não há mais possibilidade de alarmantes contradições jurisprudenciais.

O critério de operabilidade leva-nos, às vezes, a forçarmos um pouco, digamos assim, os aspectos teóricos. Vou dar um exemplo, para mostrar que prevalece, às vezes, o elemento de operabilidade sobre o elemento puramente teórico-formal. Qual é o prazo da responsabilidade de um construtor, pela obra que ele entregou, numa empreitada de material e de labor, ou seja, de mão-de-obra e com fornecimento de material? É um prazo de cinco anos –

(54) “No que concerne ao regramento da prescrição e da decadência – tema tormentoso no Código Civil vigente (de 1916), que mistura ambas as espécies – o Projeto (novo Código) adotou interessante solução metodológica: trata sistematicamente apenas a prescrição (art. 189), enunciando as hipóteses na Parte Geral (art. 206) e acoplando as regras relativas à decadência em cada preceito onde cabível, salvo a regulação genérica dos arts. 207 a 211” (MARTINS-COSTA, Judith. O projeto de Código Civil brasileiro: em busca da ‘ética da situação’. *Revista Jurídica*, vol. 282, p. 38).

(55) REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 10-11.

um prazo extenso. Porém estabelecemos que, não obstante a aparência de uma norma prescritiva, ela devia ser colocada como norma de decadência, para que não houvesse dúvida na jurisprudência, nem dúvida na responsabilidade, quer do proprietário, quer do empresário, um a exigir uma responsabilidade, outro a fazer face aquilo que assumiu como obrigação contratual".⁵⁶

Em resumo: prazos prescricionais são apenas os dos arts. 205 e 206. Todos os demais que figuram no Código, mormente os da Parte Especial, são decadenciais.

12. CONEXÃO ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL

Já se acentuou que a prescrição se instala numa relação entre credor e devedor, quando aquele não reage contra a violação por este praticada. Na prescrição, há, destarte, um direito e uma obrigação em confronto. Na decadência apenas um sujeito se apresenta como titular de uma facultade. Não há obrigação descumprida. Daí porque é no terreno dos direitos potestativos (ou facultativos) que opera a decadência.

Cotejando o direito subjetivo do titular de um direito potestativo com o sistema processual, ver-se-á que, na classificação das ações pela eficácia da sentença, a prescrição é aplicável às *ações condenatórias*, e a decadência, às *ações constitutivas*.

É que nas ações condenatórias o que se obtém em juízo é um comando judicial tendente a impor a realização, pelo demandado, de uma prestação em favor do demandante. As pretensões, que se extinguem pela prescrição, são justamente as exigências de prestações não cumpridas a seu tempo pelo obrigado. Daí a conclusão de que são as ações condenatórias as que ensejam a prescrição, quando não exercitadas no prazo da lei.

Já nas ações constitutivas, o que se busca é a atuação de facultades do demandante capazes de operar alteração na situação jurídica existente entre ele e o demandado. São ações que versam sobre direitos sem pretensão, porque não correspondem a prestações sonegadas pelo réu. A decadência, desta maneira, é fenômeno próprio das ações constitutivas.⁵⁷

Convém observar, no entanto, que o direito potestativo nem sempre depende de sentença para implementar-se. Muitas vezes pode ser exercitado extrajudicialmente (como no direito de opção, no direito de renovação de certos contratos, no direito de retrovenda etc.), reito de opção, porém, que se tiver de exercer em juízo o direito potestativo, a ação adequada será a constitutiva. Por outro lado, é de destacar que alguns direitos potestativos são insuscetíveis de prazo extintivo, como os ligados ao estado de família.

Feitas estas ressalvas, o critério de correlação entre as ações de direito material e as de direito processual é correto e útil, tendo a grande virtude de ligar o problema da prescrição à existência da *pretensão*, como no direito alemão e no novo direito brasileiro; e de permitir por meio da noção de *direito potestativo*, "visão mais clara do problema da *decadência*".⁵⁸

É nesse rumo que — desde o famoso estudo de AGNELLO AMORIM FILHO — já se encaminhava a doutrina brasileira, mesmo antes do advento do atual Código Civil, que veio, sem dúvida, prestigiar e consolidar o entendimento exposto.⁵⁹ Pode-se, de tal maneira, sintetizar o seguinte:

(56) REALE, Miguel. *O projeto*, cit., p. 11.

(57) "Os direitos desprovidos de pretensão, os chamados *direitos potestativos*, são necessários seu exercício por meio de ação judicial, demandam *sentença constitutiva*" (GOMES, Orlando. *Introdução*, cit., n. 302, p. 509).

(58) GOMES, Orlando. *Introdução*, cit., n. 302, p. 509.

(59) "A preferência dos estudos mais modernos sobre a distinção entre a prescrição e a decadência parece se fixar no tema do cotejo entre as ações condenatórias e as ações constitutivas.

usar o quadro de diferenciação entre a prescrição e a decadência da seguinte forma: a) as *ações condenatórias* sujeitam-se aos efeitos da prescrição; b) as *ações constitutivas* sujeitam-se à decadência do direito potestativo que as fundamenta; e c) as *ações constitutivas*, que não têm prazo especial de exercício fixado em lei, e todas as ações declaratórias não se sujeitam nem à decadência nem à prescrição".⁶⁰

13. OBJEÇÃO E EXCEÇÃO EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Ao disciplinar os efeitos da citação válida, o art. 219, *caput*, do CPC, neles incluía o de *interrupção a prescrição*, regra que se harmonizava com o art. 172, I, do CC/16, assim redigido: "A prescrição interrompe-se: I — pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente".

O § 1.º do art. 219 do CPC, porém, havia introduzido um mecanismo de retroatividade que não existia na sistemática da lei material, segundo o qual, embora a causa interruptiva da prescrição fosse realmente a citação, os seus efeitos retroagiam "à data da propositura da ação".

O novo Código Civil foi além da literalidade do art. 219 do CPC e dispôs que o ato que interrompe a prescrição não é mais a citação, mas o despacho do juiz que ordena sua realização (CC/2002, art. 202, I). Ressaltou, contudo, que esse despacho somente interromperá a prescrição se o interessado, de fato promover a citação no prazo previsto na lei processual.

A inovação, desta maneira, se deu apenas literalmente, porque se a citação ocorrer fora do prazo do art. 219, § 2.º, do CPC, não terá força interruptiva o despacho que a ordenou. Tudo na prática se manteve na mesma situação: sem a consumação da citação não há interrupção alguma. Sempre haverá de realizar-se a citação, e o efeito se manifestará na data do despacho que a ordenou somente quando o cumprimento do ato citatório for tempestivo, segundo a lei processual. Mudaram-se os termos do enunciado legal, mas conservou-se o mesmo efeito concreto.

A efetiva derrogação do preceito processual ocorreu em face do § 5.º do art. 219 do CPC, onde se vedava o conhecimento de ofício, pelo juiz, da prescrição de direitos patrimoniais. É que o Código Civil de 2002 criou uma regra especial em relação aos débitos do absolutamente incapaz, autorizando ao juiz conhecer da prescrição independentemente de alegação da parte quando beneficiar devedor privado da capacidade civil, em caráter absoluto (CC/2002, art. 194).

O Código Civil de 2002, ao permitir o conhecimento *ex officio* da prescrição benéfica ao incapaz, não só derogou o art. 219, § 5.º, do CPC, como quebrou a clássica distinção entre os casos de *objeção* e *exceção*, em matéria de prescrição e decadência.

Com efeito, historicamente exceção substancial sempre se entendeu como defesa que o demandado opõe à eficácia da pretensão do demandante, de sorte que juiz somente pode apreciá-la quando exercida pela parte. Como a prescrição corresponde a uma *exceção substancial*, a regra observada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de Processo Civil atual

Dessa forma a prescrição diz respeito a direitos já constituídos e que são ofendidos pelo sujeito passivo, sem que o respectivo titular tenha reagido por via de ação condenatória, no prazo devido. Já a decadência refere-se a direitos potestativos, cuja ação constitutiva não foi manejada em tempo útil pelo titular (cf. GUMARAES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 27, p. 103; AMORIM FILHO, Ângelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, vol. 300, pp. 7-37, out/1960; PINTO, Nelson Luiz. *Ação de usucapião*. São Paulo: RT, 1987, n. 3.2.1, p. 33, e n. 3.2.2, p. 39).

(60) AMORIM FILHO, Ângelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, vol. 300, p. 37.

era a de que não podia o magistrado conhecer de ofício os efeitos da prescrição.⁶¹ Já para a decadência, vigorava o regime da *objeção* – isto é, o de causa não de paralisação da pretensão, mas de eliminação ou extinção dela – de sorte que natural era o poder do juiz de apreciar a *ex officio*. Afinal, a caducidade representa o desaparecimento completo do direito potestativo de alguém. Se não mais existe o direito subjetivo, não pode evidentemente o juiz tutelá-lo.⁶²

Por isso, sempre se manteve a observância, entre nós, no plano do processo civil, do princípio de que a decadência, como *objeção* que é, haveria de ser conhecida e levada em conta pelo julgador, na solução do litígio, quer tivesse sido, ou não, arguida pelo demandado.⁶³

Nada obstante essa tradição, o Código Civil de 2.002 escolheu novos rumos para disciplinar o tratamento processual da prescrição e da decadência, pois:

a) embora continue a vigorar a regra das exceções no tocante à necessidade de provocação do demandado, para a prescrição em benefício do absolutamente incapaz a norma não mais vigora, visto que o juiz pode acolhê-la de ofício (CC/2002, art. 194);

b) Quanto à decadência, a cognoscibilidade *ex officio* continua prevalecendo para as causas extintivas legais. Quando, porém, a hipótese for de prazo convencional de caducidade, o regime não será o clássico da decadência, mas o das exceções, ou seja, o juiz não poderá atuar para seu reconhecimento sem provocação do demandado (CC/2002, art. 211).

Nessa perspectiva, pode-se concluir, com DIDIER JR., que “o legislador civil, atento aos aspectos práticos, e preocupado com a justiça das decisões, passou por cima da distinção teórica entre exceção e objeção substancial, aplicando a uma, em alguns casos, o regime processual da outra”.⁶⁴ É sempre bom ter presente que o legislador não fica jungido às construções teóricas do doutrinador, quando busca disciplinar concretamente as relações sociais por meio do direito positivo. Ao jurista é que cabe conformar suas teorias à nova ordem jurídica imposta pelo legislador. Este só não pode ir contra a natureza da coisa. Quanto às sistematizações doutrinárias, o legislador pode adotá-las, modificá-las ou ignorá-las, segundo as conveniências políticas e práticas perseguidas.

(61) “A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão... só encobre a eficácia do direito” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoli, 1955, t. VI, pp. 10-11). “A exceção opera no plano de eficácia. Quem excetua não nega a eficácia, busca neutralizá-la ou retardá-la” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 3.3.1, p. 21).

(62) Para CALMON DE PASSOS, o fato impeditivo ou extintivo, configurador da exceção, quando o juiz o ignorava porque a parte não o arguiu, não leva a uma sentença *injusta* (no sentido de ser contrariado o direito). Pelo princípio dispositivo somente ao interessado cabe decidir sobre a conveniência de opor ou não a exceção de que dispõe. A *objeção*, contudo, corresponde a fatos impeditivos ou extintivos que o magistrado não pode ignorar, “porquanto a sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre *injusta* (contrária ao direito), se não foram aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado” (PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. III, p. 235).

(63) “Costumava-se dizer que a decadência era uma objeção, e como tal, poderia ser conhecida *ex officio* pelo juiz” (DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, n. 3.3.2, p. 25).

(64) DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, p. 25.

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL NA ALTA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

IVAN LUIZ DA SILVA

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.
Pós-graduado em Direito pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

Professor de Direito. Procurador de Estado em Alagoas.
Ex-Procurador de Estado em Sergipe. Advogado.

SUMÁRIO: 1. *Introdução* – 2. *Aspectos conceituais e natureza jurídica* – 3. *Fundamentação legal* – 4. *Hipóteses legais*: 4.1 *Ordem pública*; 4.2 *Economia pública*; 4.3 *Saúde pública*; 4.4 *Segurança pública* – 5. *Conclusões* – 6. *Referências*.

1. INTRODUÇÃO

Nas lides processuais, nas quais a Fazenda Pública se encontra como parte, o instituto da suspensão da eficácia de liminar e de segurança recebe um especial destaque, já que essa medida processual possui uma relação quase umbilical com o mandado de segurança.¹

Em relação a esse instrumento processual, Cândido Dinamarco constata que “tal instituto permanece à sobra dos ricos progressos da doutrina brasileira do mandado de segurança e ainda constitui para todos nós interpretes, uma verdadeira ilha de mistérios a desvendar.”² O presente texto, por seu turno, busca sistematizar os aspectos mais relevantes das hipóteses legais da suspensão de execução de liminar e da sentença de segurança sob o prisma da jurisprudência do STF e do STJ.

2. ASPECTOS CONCEITUAIS E NATUREZA JURÍDICA

O instituto da suspensão da eficácia das decisões judiciais (medidas liminares, sentenças e acórdãos) é um pedido formulado perante o presidente de determinado tribunal com o objetivo de suspender a eficácia da liminar ou da própria sentença concessiva de segurança que se inserem nas hipóteses legais.

(1) RODRIGUES, Marcelo Abella. A suspensão de segurança. In: SUNDFELD, Carlos Ari et BUENO, Cassio Scapinella (Coords.). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

(2) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 613.