

# Alguns aspectos relevantes da prescrição e decadência no novo código civil

**Humberto Theodoro Júnior**

Desembargador Aposentado do TJMG. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito. Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. O efeito do decurso do tempo sobre os direitos subjetivos. 2. Prescrição e decadência. 3. A prescrição como extinção da pretensão. 4. Visão histórica. 5. Não é o direito que prescreve. 6. Fundamento da prescrição. 7. Ação, pretensão e exceção. 8. Prescritibilidade das exceções. 9. Direito comparado. 10. A prescrição e o direito intertemporal. 11. O regime velho da decadência. 12. O regime do novo Código. 13. A virtude da solução encontrada pelo Código. 14. Conexão do direito material com o direito processual. 15. Fundamento da decadência. 16. Direito intertemporal. 17. Decadência e direito adquirido.

## **1. O efeito do decurso do tempo sobre os direitos subjetivos**

O decurso do tempo (como acontecimento natural) exerce efeitos sobre as relações ou situações jurídicas, ora positivos, ora negativos. Seja isoladamente, seja cumulativamente com outros fatores, a lei toma o tempo como causa de *aquisição* ou *extinção* de direitos ou faculdades jurídicas.

Assim, a propriedade e outros direitos reais podem ser adquiridos pelo transcurso dos prazos de usucapião; e a pretensão de exigir a prestação inadimplida se extingue se o credor não aciona o devedor dentro do prazo estipulado em lei; e,

ainda, extingue-se o próprio direito subjetivo se, nascido com previsão de prazo certo para seu exercício, o titular deixa exaurir dito prazo sem exercitá-lo.

Fala-se, por isso, em prazos *aquisitivos* (usucapião ou *prescrição aquisitiva*) e prazos *extintivos* (*prescrição liberatória e decadência*).

Alguns Códigos reúnem todos esses fenômenos temporais numa disciplina única, como, v.g., o Código Civil argentino (arts. 3.947 a 4.041), o francês (arts. 2.219 a 2.281) e o espanhol (arts. 1.930 a 1.975). Não é o critério, porém, observado por Códigos mais modernos, que cuidam do usucapião dentro do direito das coisas e reservam as figuras da prescrição e decadência apenas para os casos de extinção dos direitos e ações, como se dá com o Código português (art. 300º a 333º) e o italiano (arts. 2.934 a 2.969). Para estes últimos não há que se cogitar de prescrição aquisitiva e de prescrição extintiva. O termo prescrição sem qualquer qualificativo se emprega apenas para os casos de extinção ou liberação de vínculos jurídicos por decurso do tempo.

É o último padrão o que já adotava o Código brasileiro de 1916 e que se mantém no atual, sob os aplausos da doutrina, porque, ao contrário do usucapião (prescrição aquisitiva), que somente se aplica ao direito das coisas, a prescrição e a decadência são eventos que afetam as relações jurídicas pertinentes a todos os setores do direito privado (obrigações, família, sucessões e até mesmo direitos reais) e que se estendem inclusive ao direito público. Sua sede natural no Código Civil, portanto, é a Parte Geral. Sem falar na completa diversidade de efeitos (criar e extinguir direitos), os fatos básicos de cada instituto não são os mesmos: na prescrição a idéia central se localiza na *inércia* do titular do direito, enquanto no usucapião o elemento fundamental é a *posse*. Tão notáveis são as diferenças entre

as duas figuras jurídicas que se tem condenado, nas lições mais atuais, a unidade do conceito de prescrição<sup>1</sup>.

Ainda que a lei englobe as duas modalidades de prescrição numa sistematização única, a doutrina não consegue abordá-las de forma unificada. Na Espanha, *v.g.*, onde o Código reúne no mesmo capítulo a prescrição aquisitiva e a extintiva, a orientação doutrinária não acompanha o comando legal e observa: “La distinta naturaleza, función, fundamento, requisitos y efectos de un y outro instituto exigen un tratamiento separado”<sup>2</sup>.

## 2. Prescrição e decadência

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 joeirar 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<sup>3</sup>.

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

---

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 293, p. 496.

<sup>2</sup> PRIETO, F. Pantaleón. *Prescripción*. Verbete in *Enciclopédia Jurídica Básica*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, v. III, p. 5.008.

<sup>3</sup> “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, ac. 14.05.1987, RT 625/193).

afetava a *actio* e não diretamente o direito material. Nessa linha, 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 ação<sup>4</sup> e os que a qualificavam como causa de extinção dos próprios direitos<sup>5</sup>.

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 apresentam 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), idéia 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

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Pontes de: “só pretensões e ações prescrevem” (*Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. IV, §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, v. I, p. 288.

<sup>5</sup> 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 conseqüência, fica sem *ação* para assegurá-lo” (*Introdução cit.*, 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 um direito que se não pode valer é ineficaz” (SANTOS, Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III, p. 372). “Perda do direito, dissemos, e assim nos alinhamos 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, 2.001, v. I, n. 121, p. 435).

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. 1989); enquanto “la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente” (art. 2003).

### **3. 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 determinado pela lei) - o novo Código brasileiro optou pelo primeiro modelo, que assim pode ser explicado:

*A prescrição, para o Código atual, 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.*

A rigor, a lei faz uma simplificação do fenômeno, pois que nem mesmo a pretensão se extingue pela prescrição. O que ela faz é nascer para o devedor uma exceção (ou defesa) que se for utilizada, inibirá a pretensão do credor de exigir a prestação devida.

O que o legislador quis foi deixar claro que não é o direito subjetivo descumprido pelo sujeito passivo que a inércia do titular faz desaparecer, mas 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 argüir 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 uma sentença de mérito (CPC, art. 269, n. 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 ou 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 introdutivo. 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, mercè cui si fa valere il diritto, colle sue condizioni e forme, spetta alla teoria della procedura”<sup>6</sup>.

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*), 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*<sup>7</sup>.

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*). Nesse sentido, a pretensão nada mais é de que o poder de exigir uma prestação. Não nasce do direito subjetivo diretamente, mas de seu vencimento ou de qualquer fato que gere sua exigibilidade.

<sup>6</sup> SAVIGNY, Frederico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. de Scialoja. Torino: Torinese, 1886, v. 5, § 205, p. 5.

<sup>7</sup> PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milano: Giuffrè, 1939, n. 43, p. 253, *apud* ALVES, Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro cit.*, p. 151, nota 7.

Essa concepção facilita, e muito, a separação das ações que se submetem ao regime da prescrição daquelas que se sujeitam à decadência. Sempre que a parte não tiver *pretensão* a exercer contra o demandado (porque este não tem obrigação de realizar qualquer *prestação* em favor do autor), o caso 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 a *violação* desse direito material por parte do obrigado, configurando o *inadimplemento* da prestação devida;
- c) surja, 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 exercitar durante o prazo extintivo fixado em lei.

#### **4. Visão histórica**

Não foi no direito romano primitivo ou clássico que se concebeu o instituto da prescrição extintiva ou liberatória. No tempo das *legis actiones*, a regra era a perpetuidade das ações e mesmo no período formulário, o fenômeno foi apenas percebido esporadicamente sem, entretanto, passar por uma elaboração sistemática, jurisprudencial ou legislativa.

A prescrição, tal como vigora nos direitos positivos modernos, deita suas raízes no direito romano posclássico e justiniano, “quando a exigência de certeza nas relações jurídicas se torna essencial na vida negocial, e então se faz exprimir na legislação imperial”<sup>8</sup>.

Registra-se que apenas a partir dos tempos de TEODÓSIO II foram introduzidos na via legislativa, limites temporais para o exercício dos direitos em juízo<sup>9</sup>.

No direito romano, é interessante ressaltar, as limitações temporais não se referiam diretamente aos direitos, mas diziam respeito à possibilidade de fazê-los atuar em juízo, por meio de determinado remédio, fosse ele uma ação, uma exceção ou um interdito<sup>10</sup>.

Ultrapassado o termo previsto, o réu podia paralisar a demanda do autor mediante uma exceção, cuja eficácia se manifestava apenas no plano processual, pois se, mesmo após a prescrição, o pagamento da dívida viesse a ocorrer era havido como perfeitamente válido e não autorizava o exercício de restitória<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> CIMMA, Maria Rosa. *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio. Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 1996, v. XIV, p. 253.

<sup>9</sup> AMELOTTI, Mario. *La prescrizione delle azioni in diritto romano*. Milano, 1958, p. 4.

<sup>10</sup> CIMMA, Maria Rosa. *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio. Digesto cit.*, p. 253.

<sup>11</sup> GALLO, Paolo. *Prescrizione e decadenza in diritto comparato. Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 1996, v. XV, p. 248.

O instituto da decadência nunca chegou a ser trabalhado no direito romano, e só no Século XIX é que o direito moderno elaborou suas bases<sup>12</sup>.

Essa visão da prescrição, construída em Roma passou pela Idade Média e, pelo direito intermédio, em toda a Europa, e chegou à Inglaterra, no Século XVII, onde perdura até hoje, como restrição aplicável ao exercício de direito em juízo e não como causa de extinção propriamente dele. Segundo a lei inglesa, tal como já dispunha o direito romano, o direito subjetivo, ainda depois de verificada a prescrição, poderá ser eventualmente atuado em juízo por meio de outro remédio processual que não aquele afetado pelo efeito prescricional, ou por via de exceção quando se oferecer oportunidade. E, ainda, se se der o pagamento depois da prescrição, não será tratado como uma espécie de doação, mas como um normal adimplemento de uma obrigação<sup>13</sup>.

O tratamento da prescrição como fenômeno de efeito predominantemente processual e não causa direta de extinção do direito material da parte chegou aos Códigos do Século XIX (Código Napoleão, art. 2.105), entrando no Século XX prestigiado pelos Códigos da Alemanha (§ 194) e da Suíça (art. 127).

O tema, que até então era palco de debates que não chegavam a abalar profundamente a teoria romana, complicou-se depois que o novo Código italiano, abandonou a tese de que a prescrição era a perda da ação, pelo decurso do tempo, para declarar, textualmente, em seu art. 2.934, que são os próprios direitos que se extinguem, na espécie.

---

<sup>12</sup> GALLO, Paolo, op. cit., loc. cit.

<sup>13</sup> GALLO, Paolo, op. cit., p. 248-249.

Essa nova postura do direito positivo italiano estimulou a doutrina local a abandonar maciçamente as tradições enraizadas a partir de Roma<sup>14</sup> e teve reflexos também na literatura francesa<sup>15</sup>.

A tomada de posição do legislador italiano, todavia, não eliminou o debate na própria Itália, embora a grande maioria da doutrina tenha se contentado com a orientação do art. 2.934 de seu atual Código Civil. É que mesmo tendo a prescrição como causa de extinção do direito material da parte inerte, essa modalidade extintiva operaria de maneira diferente das autênticas extinções previstas na disciplina geral porque seus efeitos dependem de exceção do devedor, não podem ser reconhecidos pelo juiz de ofício, podem ser elididos por renúncia do devedor e não impedem os efeitos amplos do pagamento, quando este é voluntariamente efetuado pelo devedor depois de já consumado o prazo prescricional.

Daí existir obra posterior ao Código Civil que, malgrado a literalidade de sua disposição, ainda defende a tese clássica de que a prescrição, como exceção processual, apenas extingue a ação e não o direito material do credor<sup>16</sup>. O argumento é que a norma legal não pode ter a força de definição cabal da figura jurídica, em face da própria sistemática que adota para discipliná-la. Em casos

<sup>14</sup> “La vecchia questione se la prescrizione estingua il diritto o l’azione (che - com’è noto - si distingue dal diritto soggettivo sostanziale) è stata risolta testualmente dal legislatore nel primo senso: l’art. 2.934 cod. civ., infatti, dice che ogni diritto si estingue per prescrizione” (TORRENTE, Andrea, SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 16. ed., Milano: Giuffrè, 1999, § 83, p. 14209. No mesmo sentido: GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 10. ed., Padova, CEDAM, 1999, n. 53.1, p. 907; RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957, v. I, § 34º, p. 355; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 38. ed. Padova: CEDAM, 1998, n. 60, p. 121).

<sup>15</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit civil - les obligations*. Paris: Press Universitaires de France, 1982, p. 578; MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent. *Droit civil. Les obligations*. Paris: Cujas, 1985, p. 484; STARCK, Boris. *Droit civil. Les obligations*. Paris: Litec, 1989, p. 123; todos *apud* GALLO, Paolo, op. cit., p. 250, nota 10.

<sup>16</sup> PANZA, Giuseppe. *Contributo allo studio della prescrizione*. Napoli, 1984. A tese mereceu acolhida de GAZZONI. *Manuale di diritto privato*. Napoli, 1987, p. 1142 e BARBERO, Domenico. *Il sistema del diritto privato*, a cura di Lisere e Floridia, Torino, 1988, p. 157. Ambos aderiram à teoria da prescrição da ação e não do direito (Cf. *Digesto*, cit., XIV, p. 227, nota 2).

como este, “a natureza estritamente teórica do problema exclui a validade de uma solução legislativa”<sup>17</sup>.

Com efeito, a lei não tem força, no tratar as categorias jurídicas, de contrariar a natureza das coisas. A palavra final não é a do legislador mas a da ciência do direito.

O novo Código brasileiro, conhecendo a divergência entre o direito alemão e o italiano, preferiu seguir a tradição romanística consagrada pelo B.G.B., para considerar a prescrição como causa de extinção da *pretensão* (*actio*, no sentido romano de *ação de direito material*) e não do direito subjetivo material<sup>18</sup>.

### 5. Não é o direito que prescreve

Prevê o art. 189 que, violado o direito, surge a pretensão, que se extinguirá quando não exercitada 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<sup>19</sup>.

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*)<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> PANZA, Giuseppe *Prescrizione*. Verbete in *Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 1996, XIV, p. 227.

<sup>18</sup> Na mesma linha dispõe o novo Código Civil do Peru: “La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo” (art. 1989).

<sup>19</sup> 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, exercitada pelo credor. O que inibe a pretensão, de tal sorte, é a *exceção de prescrição* e não propriamente a prescrição.

<sup>20</sup> “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 confunda direito substancial com ação (conceitos e momentos diversos), mas sim porque, sendo a tutela judiciária um caráter imanente e essencial do direito, perdida a tutela, também com ela se perdeu o direito” (RUGGIERO. *Instituições cit.*, v. I, §34º, p. 355).

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<sup>21</sup>.

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”<sup>22</sup>.

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

---

<sup>21</sup> 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 que 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, v. II, n. 210, p. 454).

<sup>22</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil - I - introducción y parte general*. 14.ed. Barcelona: Bosch, 1996, t. I, v. II, § 107, p. 468.

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<sup>23</sup>.

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<sup>24</sup>.

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, 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 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<sup>25</sup>. 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.

---

<sup>23</sup> ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, § 107, p. 469.

<sup>24</sup> ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, *loc. cit.*

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”<sup>26</sup> (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)<sup>27</sup>. 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.

---

<sup>25</sup> PANZA, Giuseppe. *Verbete cit., Digesto cit.*, v. XIV, p. 229.

<sup>26</sup> PANZA, Giuseppe. *Verbete cit., Digesto cit.*, v. XIV, p. 220.

<sup>27</sup> PRIETO, F. Pantaleón, *verbete cit., Enciclopédia jurídica básica cit.*, v. III, p. 5.008.

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 inibição 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<sup>28</sup>.

## **6. Fundamento da prescrição**

Muitos são os argumentos que a doutrina usa para justificar o instituto da prescrição. Acima de tudo, no entanto, há unanimidade quanto à inconveniência social que representa a litigiosidade perpétua em torno das relações jurídicas. Há, sem dúvida, um anseio geral de segurança no tráfico jurídico, que não seria alcançada se, por mais remota que fosse a causa de uma obrigação, pudesse sempre questionar-se sua existência, sua solução ou seu inadimplemento.

Pondo fim à controvérsia sobre uma situação jurídica antiga e já consolidada pelo tempo, é opinião tranqüila que a prescrição atende à satisfação de superior e geral interesse à certeza e à segurança no meio social e, assim, se coloca

---

<sup>28</sup> 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 manejada inviabilizará a pretensão. Dessa maneira, “a prescrição não subtrai arma alguma ao credor: cinge-se a fornecer do 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*, v. 364, p. 186).

entre os institutos de ordem pública. Essa circunstância é confirmada pelas disposições legais que consideram inderrogáveis os prazos prescricionais por acordo entre as partes (art. 192) e proíbem a renúncia aos efeitos da prescrição enquanto não consumada (art. 191).

Continua sempre atual o ensinamento de SAVIGNY no sentido de que o fundamento principal da prescrição é a necessidade de serem fixadas as relações incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se, após determinado lapso de tempo, a incerteza acaso suscetível sobre a qual não se provocara até então o acerto judicial<sup>29</sup>.

Vários outros motivos são invocados entre os doutos para justificar a prescrição como:

- a) a renúncia ou o abandono presumido do direito pelo titular que não o exercita no prazo fixado por lei; ou a sanção à negligência dele em fazê-lo atuar no aludido prazo<sup>30</sup>;
- b) a necessidade de proteger os obrigados, especialmente os devedores, contra as dificuldades de prova a que se exporiam caso o devedor pudesse exigir em data muito distante do negócio a prestação que, acaso já até tivesse recebido; com efeito, não é curial que as pessoas guardem indefinidamente os comprovantes dos pagamentos feitos e, assim, até mesmo as obrigações adimplidas poderiam não ter como ser comprovadas, se o interessado não fosse protegido pela prescrição<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> SAVIGNY. *Sistema del derecho romano cit.*, t. IV, p. 178, *apud* GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil cit.*, n. 294, p. 497.

<sup>30</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil cit.*, § 107, p. 470; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral cit.*, v. II, n. 206, p. 445-446.

<sup>31</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *op. cit.*, loc. cit.

A rigor o legislador, quando impõe, como de ordem pública, a disciplina básica da prescrição, não atenta para estas particularidades éticas. O próprio instituto em sua essência não se compromete com o justo, mas com questões práticas de conveniência e oportunidade<sup>32</sup>.

É precisamente por isto que a lei não impõe às partes a automática extinção dos direitos pela simples consumação da prescrição, mas apenas *faculta* ao devedor a possibilidade de negar-se a satisfazer a pretensão do credor que deixou transcorrer *in albis* o prazo legalmente previsto. Do ponto de vista ético, não seria justo protegê-lo *ipso iure*, sem deixar-lhe a oportunidade de decidir sobre a conveniência, ou não, de prevalecer da defesa derivada da prescrição.

O direito, por isso mesmo, com a prescrição, apenas facilita uma arma de defesa, cujo emprego dependerá, em última instância, da discricção do devedor. Moralmente, não deve usá-la quem verdadeiramente se considera devedor do que lhe é reclamado; mas, em terreno de segurança jurídica, é preferível correr o risco de que alguém a use injustamente a deixar a sociedade exposta a todas as pretensões velhas, de cuja legitimidade ou ilegitimidade é difícil estar seguro em razão do longo tempo transcorrido<sup>33</sup>.

Daí porque, apartando-se dos aspectos éticos que o direito não pode controlar por inteiro, o fundamento principal, senão único, para sustentar o instituto da prescrição é, mesmo, o da segurança das relações jurídicas, cuja estabilidade se recomenda ainda quando não se ajuste com rigor e por inteiro ao ideal de justiça.

---

<sup>32</sup> Mesmo como simples meio de defesa facultado ao devedor, a prescrição é olhada, no ponto de vista moral, com certo desfavor. Os antigos qualificavam-na como *impium remedium* ou *impium praesidium* (ANDRADE, Manuel A. Domingues de, op. cit., p. 446, nota 1).

<sup>33</sup> ALBALADEJO. op. cit., § 107, p. 471.

No fenômeno prescricional, na verdade se confrontam dois imperativos caros ao direito: o anseio de segurança nas relações jurídicas e a busca da justiça. Quando se reconhece a *pretensão* - força de coagir o violador do direito a realizar a prestação a que faz jus o titular do direito violado - atua-se em nome da justiça. A busca eterna da justiça, porém, longe de realizar a plenitude da paz social, gera intranquilidade e incerteza, no tráfico jurídico que urge coibir. É preciso, por isso, estabelecer um modo harmônico de convivência entre os dois valores em choque. Isto a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira satisfatória, conferindo-lhe todo amparo do poder estatal, e com isso, atende aos desígnios de justiça. Além do termo desse prazo, se o credor não cuidou de fazer valer a pretensão, dando ensejo a supor renúncia ou abandono do direito, negligência em defendê-lo, ou até mesmo presunção de pagamento, a preocupação da lei volta-se, já então, para os imperativos de segurança e as exigências da ordem e da paz sociais, que passam a prevalecer sobre a justiça e os direitos individuais.

Nessa altura, ainda que se corra o risco de cometer alguma injustiça (o que nem sempre acontecerá), a obra da prescrição consistirá, basicamente, em consolidar situações de fato que tenham perdurado por longo tempo e que, em nome da segurança e da paz social, devem se tornar definitivas<sup>34</sup>.

Nessa perspectiva entende SANTORO-PASSARELLI, que a prescrição, mais do que a certeza das relações jurídicas, tende a realizar a adequação da situação de direito à situação de fato<sup>35</sup>.

## **7. Ação, pretensão e exceção**

---

<sup>34</sup> TERRÉ, François, SIMLER Philippe, LEQUETTE, Yves. *Droit civil - les obligations*. 6. ed., Paris: Dalloz, 1996, p. 1.090; WITZ, Claude. *Droit privé Allemand*. Paris: LITEC, 1992, n. 668, p. 530.

Ação, no sentido material, e não processual, é a tutela que o Estado assegura, por meio dos órgãos judiciais, ao titular de qualquer direito ameaçado ou lesado (Constituição, art. 5º, XXXV). Nesse sentido dispunha o art. 75 do Código BEVILAQUA: “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”<sup>36</sup>.

Quando o direito subjetivo corresponde à obrigação do sujeito passivo de realizar em favor do titular, uma prestação, e essa a seu devido tempo não é cumprida, dá-se o *inadimplemento*. Dele, segundo o art. 189 do novo Código, nasce a *pretensão*, que nada mais é do que o poder de exigir a prestação devida pelo inadimplente<sup>37</sup>.

Junto com a pretensão nasce a *ação* em sentido material, ou seja, o direito à tutela do órgão judicial para obter o resultado prático correspondente à pretensão. No plano processual, o exercício da pretensão provoca a movimentação de ação condenatória ou executiva.

A todas pretensões correspondem ações. Mas, nem todos os direitos materiais conduzem às pretensões, pois muitos conferem apenas faculdades, cujo exercício depende da vontade do titular, sem entretanto se correlacionarem com obrigação de prestar por parte do sujeito passivo. Desses direitos, ditos *formativos* ou *potestativos*, decorre apenas uma sujeição de quem deve suportar os efeitos do exercício da faculdade.

---

<sup>35</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil*. Tradução de A. Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, n. 24, p. 125.

<sup>36</sup> Este fenômeno deita raízes na *actio* do direito romano, que é coisa muito diversa da *ação* em sentido processual, a qual atua, não na relação privada entre as partes do vínculo jurídico material, mas na relação de direito público que se estabelece com o órgão judicial, para definir a solução do conflito jurídico (o litígio). Esta ação processual manifesta-se, independentemente de ser a parte efetivamente titular do direito material invocado, e se apresenta como um *direito subjetivo público*, naturalmente insuscetível de prescrição (Cf. nosso *Curso de Direito Processual Civil*. 38. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, n. 50, p.47).

<sup>37</sup> “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado cit.*, v. V, §615, p. 451).

Quando o direito potestativo só pode se consumir com a intervenção do órgão judicial, ao titular cabe uma *ação* em sentido material, como meio de criar a situação jurídica nova em face do sujeito passivo. Esta ação não entra no regime da prescrição, porque não se funda em violação de direito e, por isso mesmo, não enseja pretensão. O titular do direito potestativo não reclama prestação alguma da contraparte. Impõe-lhe simplesmente o seu poder de criar uma nova situação jurídica. No plano do direito processual, a ação se apresenta como constitutiva, cujo exercício não se sujeita a prescrição. Os prazos para seu exercício são de decadência.

Há, ainda, as situações de incerteza, que, naturalmente, podem abalar a segurança do direito subjetivo material e, assim, devem contar com a tutela judicial para outorgar-lhes certeza e segurança. No plano processual provocam o aparecimento de ações declaratórias, que, por sua própria função, não se sujeitam a prazos prescricionais; duram enquanto durar a incerteza, que visam eliminar.

Aos direitos materiais, às pretensões que deles emanam, e às ações que os asseguram, contrapõem-se as *exceções*, meios de defesa com que o sujeito passivo resiste indiretamente ao exercício das pretensões e ações, neutralizando sua eficácia, a despeito da existência e validade do vínculo material entre as partes.

Para PONTES DE MIRANDA, “a exceção, em direito material, contrapõe-se à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção. O excipiente exerce pretensão à tutela jurídica, como o que diz ter direito, pretensão e ação: ele o diz; por isso, excepciona”<sup>38</sup>.

A exceção, para alguns, teria força constitutiva, por alterar a situação jurídica do que exerce o direito, a pretensão e a ação. PONTES DE MIRANDA,

todavia, afirma-lhe a natureza apenas declaratória. Embora seja contradireito, não se destina a eliminar o direito daquele que agiu primeiro. O acionado apenas lhe contrapõe outro direito, para tão somente “encobrir-lhe” a eficácia. Com a exceção busca-se a declaração a respeito de tal direito. Nada mais.

Ao contrário de negar o direito em vias de exercício, a exceção supõe esse direito, mas supõe também um outro que toca ao excipiente. A propositura de uma exceção, por isso, assemelha-se com o exercício da ação. O que distingue as duas figuras “é apenas o estar a exceção em contraposição a algum direito ou efeito dele, sem no excluir, nem no modificar”<sup>39</sup>. No sentido processual, a exceção é uma defesa indireta, que atua em juízo sem negar o fato constitutivo do direito do autor, mas contrapondo-lhe outro a benefício do réu, cujos efeitos são capazes de neutralizar os do primeiro.

Os exemplos mais típicos de exceção substancial são o direito de retenção por benfeitorias, a *exceptio non adimpleti contractus* e a prescrição extintiva. A arguição de qualquer dessas defesas não importa negação do direito material do demandante. Apenas lhe contrapõe outro direito do réu que, temporária ou definitivamente, “encobre-lhe” ou “neutraliza-lhe” a eficácia.

Imagine-se o caso do possuidor que tem a obrigação de restituir a coisa possuída, mas que nela fez benfeitorias necessárias de boa-fé. Se usar a exceção de retenção, de maneira alguma estará negando o direito do dono de recuperar a coisa julgada. Apenas lhe oporá um contra-direito, qual seja o de reter um bem enquanto não houver a indenização das benfeitorias. Igual embaraço ocorrerá na exceção de contrato não cumprido. O demandado não nega sua dívida, mas opõe à pretensão do autor, a faculdade de não cumpri-la antes que este realize sua contraprestação.

---

<sup>38</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado cit.*, v. VI, § 628, n. 2, p. 5.

<sup>39</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado cit.*, v. VI, § 628, n. 5, p. 7.

Assim se passa, também, com a prescrição: o devedor que a argúi não nega a dívida cobrada pelo autor, nem recusa reconhecer sua obrigação. Recusa-se apenas a pagá-la em virtude da inércia do credor durante o tempo legal suficiente para fazer nascer a prescrição.

## 8. Prescritibilidade das exceções

Tem se mostrado infundável a discussão sobre sujeitar-se, ou não, as exceções ao efeito extintivo da prescrição. Os defensores da imprescritibilidade remontam às origens romanas da figura jurídica e se apoiam no bocado *temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Traduzem-no como significando que aquilo que é temporário (prescritível) para a ação é perpétuo (imprescritível) para a exceção<sup>40</sup>.

Todavia, o verdadeiro sentido do axioma, segundo PONTES DE MIRANDA deve ser apenas: “as ações são prescritíveis; as exceções não o são”. Isto, contudo, não quer dizer que as exceções não se extingam jamais. Se a exceção está vinculada a uma ação, prescrita esta, extinta também estará aquela<sup>41</sup>.

A corrente oposta equipara, para efeitos prescricionais, a ação e a exceção, de sorte que o decurso do tempo afetaria a ambas, “salvo exceção legal”. Estaria, portanto, na vontade do legislador afastar ou manter a prescritibilidade da exceção<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> “Realmente a exceção é um remédio para quem se mantém no uso de um direito, em estado normal. Não há, pois, inércia ou negligência a produzir conseqüências jurídicas” (MENDONÇA, Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações cit.*, v. I, n. 438, p. 728) “Pode conseguir-se em qualquer tempo a proteção mediante exceção, ainda que tenha desaparecido, em virtude de prescrição extintiva, a proteção mediante ação” (RUGGIERO. *Instituições cit.*, v. I, § 34º, p. 354).

<sup>41</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, § 635, n. 2, p. 25.

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, no sentido do texto, cita as lições de SAVIGNY, DERNBURG, PLANCK, entre outras (ob. cit., p. 24).

A solução do impasse está na distinção entre *exceção independente* (ou autônoma) e *exceção dependente* (ou não-autônoma). É que há exceções que pressupõem uma pretensão a ser exercida pelo titular, e outras que são desvinculadas de qualquer pretensão. Para as dependentes, seria natural que prescrita a pretensão, extinta também estaria a exceção dela proveniente<sup>43</sup>.

Para as independentes, não se haveria de pensar em prescrição alguma. Como a exceção, por natureza, é algo que se manifesta posteriormente à ação, não se teria como pensar em prescrição acontecida antes desta. O excipiente não poderia perder o direito à sua defesa antes de ter podido exercê-lo.

O que sempre agravou a controvérsia foi o fato de o objeto das exceções nunca ter sido muito bem delimitado e não raro se classificarem como tais defesas comuns (extinção da dívida, por exemplo, por pagamento, por novação, por compensação, por decadência etc.).

Daí a tomada de posição do legislador brasileiro, cortando cerce a raiz da divergência. A regra legal é simplesmente a da prescritibilidade das exceções: a exceção prescreverá no mesmo prazo em que a pretensão.

Isto, porém, não elimina a existência de exceções permanentes que, de maneira alguma, podem extinguir-se pelo simples decurso do tempo. Quem, *v.g.*, cogitaria da prescritibilidade da exceção de coisa julgada, da exceção de pagamento, da exceção de compensação consumada antes de findo o prazo prescricional, e outras tantas defesas no mesmo teor? Antes da ação da parte

---

<sup>43</sup> A regra é a de que depois de prescrita a ação, subsiste o direito de invocar a exceção... salvo se o conteúdo da exceção for o próprio conteúdo da ação, porque nesse caso, não havendo propriamente uma exceção, mas sim uma ação alegada pela via processual da exceção, claro está que, prescrita a ação, não subsiste a exceção" (CARPENTER, Luiz F. *Manual*, n. 61, *apud* SANTOS, Carvalho. *Código Civil cit.*, v. III, p. 403).

contrária, jamais poderia o titular de tais exceções exercer qualquer pretensão que fizesse, por inércia, começar a fluir o prazo prescricional. A qualquer tempo, essas exceções que são totalmente independentes, estariam sempre em condições de manejo; bastaria que a contraparte, exercesse a ação, a qualquer tempo, para que se abrisse ensejo à contraposição da exceção. Não importa, nessa conjuntura, desde quanto tempo tenha acontecido o fato constitutivo do direito ao exercício da defesa que nela se traduz<sup>44</sup>.

A regra, portanto, do art. 190, de que a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão aplica-se tão-somente aos casos em que, pela via da exceção, o demandado oponha ao demandante o mesmo direito que antes poderia ter manejado, como pretensão, em via de ação.

Esse foi, sem dúvida, o propósito do legislador, como se deduz do parecer da Comissão Revisora do Projeto, que assim defendeu a regra finalmente traduzida no texto do arr. 190:

“... o que se quer evitar é que, prescrita a pretensão, o direito com pretensão prescrita possa ser utilizado perpetuamente a título de exceção, como defesa”<sup>45</sup>.

O apoio doutrinário buscado em HÉLIO TORNAGHI, torna bem evidente o propósito e o alcance do dispositivo comentado:

“Note-se esta observação de HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de processo penal*, v. I, p. 353, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1959): ‘Quando a exceção se funda em um direito do réu (por

---

<sup>44</sup> “Não prescrevem as exceções autônomas ou independentes” (as que nunca dependeram de pretensão ou que já não mais dependem, isto é, não prescrevem “as não fundadas em uma contraprestação” (PRIETO, F. Pantaleón, ob. cit., p. 5009). Quem já pagou ou já compensou o débito, será obstado na oposição de tais despesas, a pretexto de prescrição. Sua invocação atual não envolve pretensão contra o demandante. Mas, se pretender compensar o débito atual com crédito antigo já prescrito, a exceção, que se funda em pretensão, estará extinta pela prescrição.

<sup>45</sup> ALVES, Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro cit.*, p. 152.

exemplo: a compensação se baseia no crédito do réu contra o autor), prescrito este, não há mais como excepcioná-lo'. Se a exceção não prescreve, perduraria (a pretensão) *ad infinitum...*"<sup>46</sup>.

CARPENTER lembra uma situação aventada por SAVIGNY que se presta bem a exemplificar quando terá cabimento a regra do art. 190 do novo Código brasileiro: se o comprador de um animal o perdeu em razão de vício oculto e deixou escoar o prazo extintivo da ação redibitória sem intentá-la para exonerar-se do pagamento, não poderá, quando acionado pelo preço, opor a exceção relativa aos defeitos do animal. Em tal situação, a prescrição da ação redibitória importou na extinção da exceção, porque esta teria o mesmo conteúdo daquela. Seria a própria ação prescrita que tardiamente intentaria<sup>47</sup>.

O direito positivo brasileiro atual adotou a lição, entre outros, de CARPENTER, que segundo o testemunho de CARVALHO SANTOS traduz a melhor doutrina, e que, no seu modo de ver, é a verdadeira<sup>48</sup>.

## 9. Direito comparado

O moderno Código Civil de Quebec dá ao problema da prescritibilidade da exceção, solução que se equipara à do novo Código brasileiro. Em seu art. 2.882 está previsto que:

“Même si le délai pour s’en prévaloir par action directe est expiré, le moyen que tend à repousser une action peut toujours être invoqué, à la condition qu’il ait pu constituer un moyen de défense valable à l’action, au moment où il pouvait encore fonder une action directe. Ce moyen, s’il est reçu, ne fait pas revivre l’action directe prescrite”.

<sup>46</sup> ALVES, Moreira, op. cit., p. 152-153.

<sup>47</sup> CARPENTER, Luiz F. *Manual cit.*, p. 214, *apud* SANTOS, Carvalho. *Código Civil cit.*, v. III, p. 402.

<sup>48</sup> SANTOS, Carvalho, ob. cit., loc. cit.

Na interpretação jurisprudencial, a regra do novo Código de Quebec, que já constava do Código anterior, tem o sentido, por exemplo, de que “para que um crédito prescrito possa ser oposto em compensação, é necessário que a compensação tenha produzido seu efeito antes da prescrição”; e que “o comprador demandado pelo pagamento do preço da venda não pode se apoiar no art. 2.446 do CCBC (atual art. 2.882 do C.C.Q.) para invocar em defesa a existência de vício oculto, visto que ele tinha a obrigação legal de denunciá-lo ao vendedor em um prazo razoável após sua descoberta”<sup>49</sup>.

O novo Código brasileiro está, como se vê, em boa companhia, na tese esposada no art. 190, se se fizer sua adequada leitura, ou seja, se se limitar a aplicá-la às exceções *dependentes* (aquelas que reproduzem a ação).

#### **10. A prescrição e o direito intertemporal**

Quando uma lei nova interfere nos prazos prescricionais, a preocupação histórica sempre se situou no plano do direito adquirido e, conseqüentemente, na necessidade de evitar efeitos retroativos que pudessem desestabilizar a situação jurídica consolidada.

Nessa ordem de idéias, uma posição é tranqüila: as prescrições iniciadas e terminadas sob a vigência da mesma lei sujeitam-se apenas a ela; são imunes a qualquer efeito oriundo de modificação operada por lei nova em relação aos respectivos prazos. Assim, “prescrição iniciada e consumada sob o império de norma pretérita, regula-se pela mesma, quer a hodierna aumente, quer diminua os

---

<sup>49</sup> BAUDOUIN, Jean-Louis, RENAUD, Yvon. *Code civil du Québec annoté*. 4. ed., Montréal: W&L, 2001, t. II, p. 3.544, notas 1 e 2 ao art. 2.882.

requisitos e prazos”<sup>50</sup>. Prevalece, plenamente, o direito adquirido, mantendo-se intacta a situação jurídica consolidada antes da inovação legislativa<sup>51</sup>.

Não se resolve, porém, pelo direito adquirido o conflito intertemporal de leis quando o prazo de prescrição não se completou sob o império da lei anterior e a inovação da norma superveniente resultou em redução ou ampliação do referido prazo.

Deve, por isso, prevalecer a norma antiga sobre o que sucedeu durante sua vigência, isto é, sobre o início do prazo e as vicissitudes de sua fluência como fatos impeditivos e suspensivos ocorridos antes do advento da lei inovadora<sup>52</sup>.

A questão mais complicada de que se tem ocupado a doutrina é como fazer a conciliação entre as parcelas do tempo prescricional que se passaram sob regimes de leis diversas.

Dentre as diferentes teorias conhecidas no direito comparado, a jurisprudência brasileira tem seguido a orientação preconizada pelo direito alemão, e pela doutrina de PAUL ROUBIER, como se vê do seguinte aresto do Supremo Tribunal Federal, a propósito da redução do prazo prescricional provocado pelo Código Tributário Nacional:

“Prescrição. Direito intertemporal. Caso em que o prazo prescribente fixado na lei nova é menor do que o prazo prescricional marcado na lei anterior. Feita a contagem do prazo prescribente marcado na lei nova

---

<sup>50</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, n. 219, p. 240.

<sup>51</sup> “Se a prescrição se consumou anteriormente à entrada em vigor da nova Constituição, é ela regida pela lei do tempo em que ocorreu, pois, como salientado no despacho agravado, ‘não há que se confundir eficácia imediata da Constituição a efeitos futuros de fatos passados com a aplicação dela a fato passado’. A Constituição só alcança os fatos consumados no passado quando expressamente o declara, o que não ocorre com referência à prescrição” (STF, 1ªT., Ag. em AI 139.004-3/MG, Rel. Min. Moreira Alves, ac. 04.08.1995, DJU 02.02.1996, p. 853).

<sup>52</sup> MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., n. 206, p. 241.

(isso a partir da vigência dessa lei), e se ocorrer que ele termine em antes de findar-se o prazo maior fixado na lei anterior, é de considerar o prazo menor previsto na lei posterior, contado esse prazo a partir da vigência da segunda lei”<sup>53</sup>.

O novo Código brasileiro resolveu enfrentar o problema de direito intertemporal em suas disposições transitórias e o fez no tocante a todos os prazos inovados. Estatuiu-se no art. 2.028 uma regra relativa às reduções de prazo, porque para as ampliações não há problema algum, devendo simplesmente aplicar-se contagem do lapso instituído pela lei nova, computando-se o tempo já transcorrido sob o regime da lei anterior.

Quanto ao encurtamento do prazo, a regra transitória do Código de 2002 manda conservar o regime da lei revogada, sempre que ao tempo da entrada em vigor da lei atual já houver transcorrido mais da metade do tempo previsto na regra antiga. Para os casos em que houver transcorrido menos da metade do prazo da lei antiga, dar-se-á, normalmente, a submissão ao prazo novo a partir da vigência do atual Código.

Destarte, dois regimes de adaptação de prazos em curso deverão ser observados, conforme a dimensão do tempo transcorrido na vigência da lei antiga, ou seja:

a) Se o prazo da lei velha já tiver sido consumado em mais da metade, continuará sob o comando da lei de seu início até o tempo nela estipulado. A lei nova não lhe será aplicada.

---

<sup>53</sup> STF, 1ª T., RE 79.327/SP, Rel. Min. Antônio Neder, ac. 03.10.78, TACivSP, Ap. 139.329, Rel. Juiz Campos Mello, ac. 09.09.70, RT 419/204; STF, 1ªT., RE 74.135, Rel. Min. Djaci Falcão, ac. 16.06.72, RTJ 63/534; STF, Súmula n. 445: “A lei 2.437, de 07.03.55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (01.01.56), salvo quanto aos processos então pendentes”.

b) Se apenas uma porção igual ou inferior à metade tiver se passado, ao entrar em vigor o novo Código, passará a ser aplicado o prazo reduzido instituído pela disposição atual.

Para a hipótese “a”, não haverá dificuldade alguma de direito intertemporal, porque o regime legal será um só. O prazo iniciado dentro do império da lei velha continuará por ele regido até o final. É para a hipótese “b” que se haverá de conciliar o tempo passado antes da lei nova com o transcorrido depois dela. Para tanto, ter-se-á de adotar o mecanismo tradicional preconizado por ROUBIER e que sempre mereceu a consagração da jurisprudência nacional em situações semelhantes: conta-se o prazo da lei nova a partir de sua vigência, mas não se despreza a fração já transcorrida antes dela. O prazo menor será aplicado, mas se antes de seu vencimento completar-se o prazo antigo (maior), este é que prevalecerá, pois não seria lógico que tendo a lei nova determinado a redução do prazo prescricional sua aplicação acabasse por proporcionar à parte um lapso maior ainda que o da lei velha. Se, porém, o prazo novo (o menor) terminar antes de ultimada a contagem do antigo, é por aquele e não por este que a prescrição se consumará.

Veja-se o caso de um prazo de cinco anos que se reduziu para três (art. 206, §3º, I, II e III):

a) se, v.g., transcorreram três anos no regime velho, a prescrição se dará normalmente em cinco anos, como se não tivesse ocorrido a inovação do Código atual;

b) se, no entanto, houvesse transcorrido apenas um ano, a prescrição se dará quando se completarem quatro anos (um da lei velha mais três da nova);

c) se, finalmente, houvesse transcorrido dois anos e meio antes da lei nova, a prescrição se dará ao completarem-se cinco anos (dois anos e meio mais dois anos e meio depois da lei nova), porque o prazo antigo (maior) completou-se antes do prazo menor contado a partir da lei nova.

Uma coisa, porém, é certa: não se pode de forma alguma, a pretexto de não ter transcorrido a metade do prazo antigo, aplicar-se retroativamente o prazo menor da lei nova a contar do nascimento da pretensão. Isto acarretaria um intolerável efeito retroativo, que, muitas vezes, conduziria a provocar a consumação da prescrição em data até mesmo anterior à vigência do novo Código. Imagine-se uma causa de reparação de ato ilícito, cujo prazo prescricional se reduziu de vinte para três anos. Se o evento danoso se passou cinco ou seis anos antes do novo Código, a se aplicar desde o início o lapso trienal, este estaria vencido muito tempo antes da vigência da lei inovadora. É claro que não se pode aceitar uma interpretação que conduza a um resultado injurídico como esse.

Portanto, o art. 2.028 apenas deve incidir, para aplicar o prazo novo reduzido pelo atual Código, se este for contado a partir de sua entrada em vigor. Somente assim se evitará o risco do absurdo de provocar a lei superveniente a surpresa de uma prescrição consumada retroativamente (ou seja, em época que o Código não tinha vigência).

## **11. O regime velho da decadência**

Embora fosse antiga a advertência de que não se deve confundir a prescrição com a decadência<sup>54</sup>, o Código de 1916 não fez o menor esforço para distingui-las, e, o que é pior, 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<sup>55</sup>. Com efeito, foi por meio da doutrina e da jurisprudência que se isolou e conceituou 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<sup>56</sup>.

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.

## 12. O regime do novo Código

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<sup>57</sup>.

O ponto de partida da tomada de posição do Código de 2.002 está na idéia 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

---

<sup>54</sup> GALLO, Paolo. *Prescrizione e decadenza in diritto comparato. Digesto cit.*, v. XIV, p. 252.

<sup>55</sup> 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).

<sup>56</sup> GALLO, Paolo, op. cit., loc. cit.

<sup>57</sup> Igual orientação é seguida pelo novo Código Civil do Peru (de 1984): “La prescripción extingue la acción pero el derecho mismo” (art. 1.989). “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente” (art. 2003).

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 desquitar-se 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”<sup>58</sup>.

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. Neles 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 conseqüências da inovação jurídica. Por isso, não cabe aplicar aos direitos potestativos a prescrição: não há pretensão a ser extinta, separadamente do direito subjetivo; é o próprio direito potestativo que desaparece, por completo, ao término do prazo marcado para seu exercício<sup>59</sup>. 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

<sup>58</sup> ALVES, Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro cit.*, p. 155.

<sup>59</sup> “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 diretriz que dominou, entre outras, os trabalhos codificatórios (MARTINS-COSTA, Judith. O projeto de Código Civil brasileiro: em busca da ‘ética da situação’. *Revista Jurídica*, v. 282, p. 38).

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 conseqüências da anulação decretada pelo juiz, não tendo portanto, dever algum que possa descumprir)<sup>60</sup>.

Quando se estipula, na lei ou no contrato, um prazo determinado para que a parte exerça um direito, a própria aquisição deste 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 accidental. 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 argüir 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 faculdades, a cujo exercício se marca de antemão um termo, de sorte que ditas faculdades não mais se poderão fazer valer quando, por qualquer motivo, já tenha decorrido o tempo previsto<sup>61</sup>. 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.

---

<sup>60</sup> ALVES, Moreira, op. cit., loc. cit.

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<sup>62</sup>.

Assim delineados os contornos da prescrição e da decadência, pode-se definir a decadência como o fenômeno que faz extinguir os direitos potestativos, cujas faculdades nascem com um prazo de duração limitado<sup>63</sup>.

### 13. A virtude da solução encontrada pelo Código

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, arrolou-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)<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> RUGGIERO. *Instituições cit.*, v. I, § 34º, p. 357.

<sup>62</sup> ALBALADEJO. *Derecho civil cit.*, t. I, v. II, § 108, p. 506.

<sup>63</sup> “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 cit.*, v. II, n. 214, p. 463).

<sup>64</sup> “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*, v. 282, p. 38).

A medida legislativa foi de extrema singeleza, mas de evidente *operabilidade*, na linguagem de MIGUEL REALE, para quem, na aplicação da nova sistemática dos prazos extintivos, “não haverá dúvida nenhuma: ou figura no artigo que rege a prescrição, ou então se trata de decadência”<sup>65</sup>.

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 comunheiro); *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

---

<sup>65</sup> REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10-11.

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 - 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 àquilo que assumiu como obrigação contratual<sup>66</sup>.

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.

#### **14. Conexão do direito material com 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 faculdade. 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

---

<sup>66</sup> REALE, Miguel. *O projeto cit.*, p. 11.

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 faculdades 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<sup>67</sup>.

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.). Sempre, 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

---

<sup>67</sup> “Os direitos desprovidos de pretensão, os chamados *direitos potestativos*, se necessário seu exercício por meio de ação judicial, demandam *sentença constitutiva*” (GOMES, Orlando. *Introdução cit.*, n. 302, p. 509).

novo direito brasileiro; e de permitir por meio da noção de *direito potestativo*, “visão mais clara do problema da *decadência*”<sup>68</sup>.

É nesse rumo que já se encaminhava a doutrina brasileira, mesmo antes do advento do atual Código Civil, que veio, sem dúvida, prestigiar e consolidar o entendimento exposto<sup>69</sup>. Pode-se, de tal maneira, sintetizar o quadro de diferenciação entre a prescrição e a decadência da seguinte forma:

- “1. Estão sujeitos à prescrição todas as *ações condenatórias* e somente elas.
2. Estão sujeitas à 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.
3. São perpétuas (imprescritíveis): a) as *ações constitutivas* que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; b) todas as *ações declaratórias*”<sup>70</sup>.

## 15. Fundamento da decadência

Embora sejam múltiplos e meio confusos os fundamentos da prescrição, no caso da decadência tudo se explica com um único argumento: é a necessidade de *certeza jurídica* que determina a subordinação de certos direitos facultativos ao exercício obrigatório dentro de determinado prazo, para que a seu término se tenha como firme e inalteravelmente definida a situação jurídica das

<sup>68</sup> GOMES, Orlando, op. cit., loc. cit.

<sup>69</sup> “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*. 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. GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 27, p. 103; AMORIM FILHO, Angelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações prescritíveis. *Revista Direito Processual Civil*, v. 3, p. 95-132, 1962; PINTO, Nelson Luiz. *Ação de usucapião*. São Paulo: RT, 1987, n. 3.2.1, p. 33, e n. 3.2.2, p. 39).

<sup>70</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 300, p. 7, apud RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 331, nota 446.

partes. É de interesse público, que as situações jurídicas submetidas a esse tipo de prazo, fiquem definidas de uma vez para sempre, com o seu transcurso<sup>71</sup>.

Muito mais amplos são os poderes do juiz, quando se depara com a decadência, do que na hipótese de prescrição. Diversamente do que se passa com a prescrição (que não elimina o direito, mas apenas a pretensão), o direito submetido à decadência deixa de existir, uma vez consumado o respectivo prazo. Por isso, o juiz, que não pode conhecer da prescrição sem que a parte a invoque, tem o dever de reconhecer a decadência, de ofício<sup>72</sup>.

## 16. Direito intertemporal

Por afetar diretamente o direito subjetivo, e não apenas a pretensão, a decadência, nos casos de inovação legislativa quanto aos prazos, não observa as mesmas regras aplicáveis à prescrição. Estas incidem desde logo, para encurtar ou ampliar os prazos prescricionais em curso<sup>73</sup>. Já para a decadência, as regras do direito intertemporal são as próprias do direito de ação, já que esse tipo de direito e o prazo para exercê-lo se consideram inseparáveis<sup>74</sup>.

Os prazos prescricionais podem ser alterados e aplicados imediatamente a fatos pretéritos porque não se referem ao direito material da parte, mas apenas ao remédio processual utilizável para reagir contra a violação do direito. Já quando se trata de decadência, o prazo de exercício do direito integra o próprio direito, de sorte que alterá-lo implicaria “ofender direito adquirido”, direito que nasceu e se consolidou antes da nova lei. Qualquer redução de prazo, em

---

<sup>71</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, op. cit., II, n. 214, p. 464.

<sup>72</sup> ENNECCERUS, Ludwig, THEODOR, Kipp, WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil cit.*, t. I, v. II, § 211, n. III, p. 504.

<sup>73</sup> ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits des lois dan le temps)*. 2. ed., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, n. 64, p. 297.

<sup>74</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da irretroatividade das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, n. 221, p. 258.

termos de decadência, no direito brasileiro, “seria inconstitucional”, em face do art. 5º, XXXVI da CF<sup>75</sup>.

Alterada, portanto, a lei disciplinadora do prazo decadencial, a lei nova não atinge os prazos em curso. A decadência do direito nascido no regime da lei velha continua por ela regida, ainda que o prazo só venha a se consumir sob o império da lei nova<sup>76</sup>.

Há, contudo, que se admitir a possibilidade de a lei nova ter como objetivo alterar os prazos decadenciais ainda não consumados, em casos, por exemplo, de sua ampliação, quando então não se ofenderia o direito adquirido<sup>77</sup>. A hipótese é viável, mas só se deve entender que o prazo decadencial modificado afeta as situações emergentes da lei anterior se a nova disposição legal assim o determinar. Ao contrário, se há silêncio no texto inovador em termos de prazo decadencial, não será aplicado em regra aos que se iniciaram sob o império da lei anterior.

## 17. Decadência e direito adquirido

O prazo decadencial, como já afirmado, faz parte do próprio direito potestativo. Nasce junto com ele, como um dos seus elementos formativos. O titular adquire um direito que vigorará por determinado tempo, dentro do qual haverá de ser exercido sob pena de extinguir-se. É diferente do prazo prescricional que nasce não do direito da parte, mas de sua violação. Refere-se à prestação de exigir a pretensão inadimplida, pretensão essa que tem prazo de exercício próprio, distinto

---

<sup>75</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. VI, p. 359.

<sup>76</sup> “Ao contrário do que acontece com a *prescrição*, em caso de *decadência* em curso, o prazo e o modo de contá-lo obedecem aos postulados antigos, embora o fenômeno jurídico mencionado se prolongue pelo império de preceitos posteriores” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal cit.*, n. 221, p. 259).

<sup>77</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. VI, p. 359.

daquele que eventualmente tenha vigorado para cumprimento da obrigação. Daí porque o decurso do prazo prescricional faz extinguir a pretensão, sem desconstituir o direito do credor, enquanto o transcurso do prazo de caducidade aniquila o próprio direito.

A ação não usada a tempo para fazer atuar o direito potestativo é a causa de sua caducidade. Não pode a lei, em princípio, nova retirar a ação que integra o direito potestativo, nem reduzir-lhe o prazo, porque isto implicaria em afrontar o direito adquirido. “*Ação judicial* para fazer valer um direito já adquirido constitui, por sua vez, direito adquirido (o direito de acionar); porquanto semelhantes remédios processuais enumeram-se entre as *conseqüências* do direito adquirido; não são *faculdades* da lei, nem a estas se equiparam”<sup>78</sup>.

Não se deve tomar a ação sujeita à decadência como figura de direito processual, porque, no terreno específico do processo, as normas formais da lei nova são de aplicação imediata, alcançando até mesmo os feitos em curso. A ação que se reconhece ao titular do direito potestativo é a *ação de direito material*, que vem a ser o *direito* de fazer atuar seu direito subjetivo material pelas vias judiciais. É esse direito material de ação que se apresenta como “*conseqüência*” do direito adquirido de natureza formativa ou constitutiva, e que por isso, não pode ser atingido, normalmente, pela lei nova sem que se atinja o próprio direito adquirido de constituir a nova situação jurídica (objeto do direito potestativo).

Somente situações excepcionalíssimas, caracterizadas não apenas pelo interesse de ordem pública, mas pela nova sistemática de repressão às condutas imorais e completamente incompatíveis com a nova ordem jurídica é que podem conduzir o legislador a impedir que os efeitos ainda não produzidos pelo direito

---

<sup>78</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal cit.*, n. 17, p. 30.

potestativo sejam vedados ou reduzidos na vigência da lei nova<sup>79</sup>. A criação de prazos decadenciais para direitos que vigiam sem prazo algum também não ofende direito adquirido, porque se prevalecesse o contrário seriam impossíveis as reformas estruturais da ordem jurídica. Esta não teria força para reagir contra as situações injustas ou imorais, que assim se eternizariam. Como, por exemplo, teria sido possível a abolição da escravatura, sem ofensa ao direito adquirido<sup>80</sup>?

Essa eficácia jamais poderá afetar os efeitos já produzidos antes da vigência da lei inovadora e dependerá de expressa declaração do legislador. Não se pode, por analogia ou interpretação extensiva, aplicar restrição ou inovação genérica de contagem de prazos, prejudicar prazos decadenciais instituídos pela lei do tempo de aperfeiçoamento do negócio jurídico. Qualquer liberalidade nessa matéria incorre na censura da aplicação retroativa da lei, em prejuízo do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI).

A regra de direito intertemporal traduzida no art. 2.028 que manda observar a lei velha na aplicação de prazos que tenham sido reduzidos pelo novo Código somente quando já transcorrida mais de sua metade, não diz respeito aos prazos decadenciais. É de aplicação aos prazos prescricionais e todos os demais prazos tratados no direito civil, não, porém, aos de caducidade, cuja natureza exige o tratamento específico do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Aplica-se ao art. 2.028 a lição de BARBOSA MOREIRA, elaborada ao tempo em que o Código de Processo Civil de 1973 reduziu o prazo decadencial

---

<sup>79</sup> Se o direito potestativo, no direito antigo era, por exemplo, perene (não suscetível a prazo algum de extinção), pode a lei nova, em nome de interesses sociais superiores, criar-lhe um limite de duração que evidentemente só começará a fluir da vigência da nova regra. Em matéria de redução de prazo decadencial, já em curso, é muito difícil encontrar justificativa para retroagir a eficácia.

<sup>80</sup> Não ofendem direito adquirido, por exemplo, leis que criam a possibilidade de revisão contratual, com base na teoria da imprevisão ou em outras situações de notável interesse social, como acontece nas grandes crises que levam à moratória ou à imposição de certas modificações nos contratos vigentes. Objetos de contratos, lícitos ao tempo de sua pactuação, podem vir a ser reconhecidos por lei posterior como atentatórios à dignidade humana. É claro que não se poderá invocar o direito adquirido para impedir a aplicação da lei nova em casos dessa natureza.

para propositura da ação rescisória de sentença de cinco para dois anos. Segundo ele, doutrina muito autorizada nega a aplicabilidade aos casos de direito potestativo das regras pertinentes a direito intertemporal estatuídas visando prazos prescricionais. “O direito potestativo (à rescisão, no caso) já nascido para alguém, desde a ocorrência do fato que o gerou, fica imune (*inclusive* quanto ao lapso de tempo em que é exercitável, e que o integra como elemento essencial) à lei superveniente - no ordenamento pátrio, até por força de regra constitucional”<sup>81</sup>.

Em tal perspectiva, todo direito potestativo adquirido antes de lei inovadora de seu prazo de exercício, continuará submetido ao prazo decadencial da lei do tempo de sua constituição, aplicando-se o prazo da lei nova apenas àqueles aperfeiçoados após a vigência desta<sup>82</sup>.

Belo Horizonte, maio de 2003.

***Humberto Theodoro Júnior***

---

<sup>81</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. V, p. 219.

<sup>82</sup> *Ibidem*.