

ESTUDOS SOBRE A PRESCRIÇÃO E A DECA-DÊNCIA

Mauricio Kenji Yonemoto

*Mestrando em Direito Civil pela Universi-
dade Estadual de Maringá.*

1.-NOÇÕES ELEMENTARES

Introdução: O primeiro traço da prescrição surgiu no Direito Romano, mas o grande impulso veio com o direito pretoriano, principalmente em decorrência do período limitado da jurisdição do Pretor, quando viu-se necessário limitar também o tempo em que as ações poderiam ser exercitadas.

O termo *prescrição* tem origem no vocábulo latino *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado de *prae* e *scribere*, significa escrever antes ou no começo,¹ ou no frontispício de um escrito, e era assim chamado em virtude da sua colocação junto à *fórmula* do pretor. O pretor não era propriamente um juiz, mas um *processualista* no regime do processo ordinário. Ele orientava o julgamento por intermédio da *fórmula*, a qual compunha-se de quatro partes: a *demonstratio* (enunciação dos fatos incontestes da causa), a *intentio* (a pretensão de autor e réu), a *condemnatio* (onde possibilitava ao juiz condenar ou absolver, conforme a apuração do processo), e a *adjudicatio* (autorização para poder o juiz dar a propriedade do objeto do litígio à parte que entendesse vencedora).

No entanto, podia ele criar ações novas ainda não previstas, com base na lei *Æbutia*, as quais, no entanto, tinham um prazo de duração limitada (ações temporárias). Por isto, na parte introdutória, ainda no frontispício, logo após nomear o juiz, determinava ao mesmo que deveria absolver o réu, caso o prazo de validade da ação já houvesse expirado, por isso (estar pré-escrito antes da fórmula), é que se originou o nome prescrição.

O direito canônico, era hostil à idéia da prescrição, tentando restringi-la, pois entendia ser uma forma de alimentar o pecado (*nutritiva di peccato*), já que caracterizava-se como uma exceção imoral, beneficiando o devedor e estimulando-

¹-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. *Da prescrição e da Decadência*. 3ª edição. Rio de Janeiro. Forense. P. 03.

o a não cumprir com sua obrigação. Entretanto, hoje, o instituto é amplamente difundido e utilizado nas legislações contemporâneas.

Fundamentos: enorme acolhida dos institutos deve-se, principalmente, aos seus fundamentos, os quais Câmara Leal,² neste particular acompanhado por Antonio Chaves,³ tomando por base as fontes romanas, aponta como sendo a *necessidade de fixar as relações jurídicas incertas, evitando a controvérsia; castigo à negligência; e o interesse público.*

O ponto fundamental na aplicação da prescrição ou da decadência é fazer prevalecer o interesse social sobre o interesse individual, visando dar segurança à sociedade para realização dos negócios ou, como prefere a doutrina, obter HARMONIA SOCIAL, pois ... *existe um interesse da sociedade em atribuir juridicidade de aquelas situações que se prolongaram no tempo.*⁴ Não se pretende beneficiar os maus pagadores, como pode aparentar à primeira vista, mas para proteger os que não o são mas, por força do tempo, podem não mais possuir uma prova ou uma forma de o demonstra.

Com a ameaça ou violação de um direito, o equilíbrio social é afetado, surgindo uma necessidade social do restabelecimento dessa harmonia que, de ordinário, seria feita através de seu titular. Mas, se este permanece inerte, compete ao Estado corrigir o desequilíbrio mantido pela inatividade daquele. Não há como se negar, no entanto, que em assim procedendo, o Estado inegavelmente está aplicando uma penalidade para o titular que, com sua inércia, é também responsável pela manutenção do estado de antijuridicidade que desequilibra a HARMONIA SOCIAL (aplicação do princípio *dormientibus non succurrit ius*).

Câmara Leal alerta, ainda, para a existência de outros motivos apresentados como fundamento do instituto, como o da ação destruidora do tempo, enunciado por CUVIELLO; o da presunção de abandono ou renúncia, sugerido por M. I. CARVALHO DE MENDONÇA; o da presunção de extinção do direito, apontado por COLIN & CAPITANT e já referido por SAVIGNY; o da proteção ao devedor, enunciado por SAVIGNY e reproduzido por VAMPRE e CARVALHO SANTOS; o da diminuição das demandas, referido por SAVIGNY.⁵

²-Idem. P. 14.

³-CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. vol. 1. Tomo 2. 3ª edição. São Paulo. RT. P. 1.622.

⁴-RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil - Parte Geral*. Volume 1. São Paulo. Saraiva. 17ª edição. P. 341.

⁵-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. *Ob. Cit.* Pp. 13 e 14.

Natureza Jurídica: Orlando Gomes⁶ entende que a natureza jurídica somente pode ser de um *instituto de ordem pública*, muito embora algumas de suas regras pudessem ser afastadas pela vontade das partes, como ocorre no caso da renúncia.

Câmara Leal,⁷ por sua vez, entende que o instituto, embora inegavelmente de maior queda para a estabilidade social do direito, tem natureza jurídica *MISTA*, ou seja, é ao mesmo tempo pública e privada, justificando seu entendimento na relação por ela regulada (de caráter eminentemente privado), bem como na possibilidade de serem os dispositivos legais alterados pela vontade das partes.

A respeito da relação particular sobre o qual incide a prescrição, é evidente que sua intenção não é de solucionar em benefício de qualquer das partes, mas de extrair este elemento que desestabiliza a HARMONIA SOCIAL, quer dizer, a parte a ser beneficiada é a coletividade. Mas, analisado sob o prisma da possibilidade de renúncia e a impossibilidade do conhecimento *ex officio* pelo juiz da causa, parece claro não poder ser o instituto totalmente de ordem pública, uma vez que seria inadmissível falar-se em renúncia, caso essa fosse a natureza jurídica do mesmo. Por isso, mais correta é esta posição.

Conceito: Com certeza, uma das tarefas mais difíceis deste assunto seja a adoção de um conceito para a prescrição e a decadência, já que devemos entender pueril a aceitação de *macetes* como **A PRESCRIÇÃO SE REFERE À PERDA DA AÇÃO E A DECADÊNCIA À PERDA DO DIREITO**. A máxima não é correta e carece de um elemento científico em sua conceituação.

DE PLÁCIDO E SILVA dá o seguinte conceito: *Na significação jurídica atual, a prescrição exprime o modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não exercício dele por certo lapso de tempo.*⁸

À primeira vista tal definição aparentaria um equívoco inaceitável, somente possível por se tratar de um simples dicionário, não estivesse a mesma abalizada por alguns de nossos mais expoentes doutrinadores, como J. M. de Carvalho Santos,⁹ Orlando Gomes,¹⁰ Luiz Carpenter e Caio Mario da Silva Pereira. A idéia em que se baseiam para entender a prescrição como a perda do direito, não decorre

⁶-GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*. 10ª edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro. Forense. P. 510.

⁷-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob. Cit. P. 19.

⁸-DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Volumes 3 e 4. 10ª edição. Rio de Janeiro. Forense. P. 433.

⁹-CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. III. 12ª edição. Rio de Janeiro. Livraria Freitas Bastos. P. 371.

¹⁰-GOMES, Orlando. Ob. Cit. P. 508.

de confusão entre os dois institutos, mas da teórica consequência que resultaria da prescrição, pois, como assevera Carvalho Santos: *embora a prescrição se refira à ação, em regra a extinção da ação e do direito são contemporâneos, porque um direito que não se pode fazer valer é ineficaz.*¹¹

Não podemos nos esquecer que a prescrição vai incidir sobre a ação no sentido processual, e não a ação (atividade) material, a qual mantém-se intacta. Pontes de Miranda diferenciou muito bem estes dois conceitos, ao explicar que a ação de direito material significa o agir em defesa ou, para fazer valer o seu direito. Já ação no sentido processual significa *o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício).*¹² A utilização de forma indistinta, leva a conclusões errôneas, como o da prof.^a Aída Glanz, quando diz que a *ação de Direito Material exerce-se por 'ação' de Direito Processual,*¹³ já que a ação de direito material comporta a ação no sentido processual, pois esta seria uma de suas formas, mas não a única.

O Código Civil aponta casos em que se demonstra possível uma ação do titular do direito sem se socorrer da via judicial, como no desforço imediato (art. 502, *caput*). Por isso, não há que se falar em inexistir de eficácia ao direito sem a ação no sentido processual, pois pode restar a ação material, desde que não seja ilegal.

É claro o equívoco dos que seguem esta linha, pois a aparente perda da ação judicial que assegurava o direito, não equivale à perda deste, nem mesmo à sua ineficácia, mas tão somente da impossibilidade de se poder exigir do Estado que imponha ao devedor o cumprimento da prestação. A perda da eficácia não é integral, mas de grande parte dela, talvez a principal, que é a força coativa que o Estado empresta. Mas nada impede que o credor possa cobrar extrajudicialmente o devedor, só o que não poderá é valer-se do Judiciário para isso (por via da ação processual). Note, se houver pagamento, mesmo estando a dívida prescrita, o valor será irrepetível, ou seja, não se poderá exigir a devolução, a teor do disposto no art. 970 do CCB, situação em que, caso houvesse perecido o direito, haveria sua imposição de sua devolução, sob pena de enriquecimento ilícito de quem recebeu e não mais seria credor.

O que dizer então dos direitos com dupla proteção processual (duas ações distintas), como é o caso da prescrição para títulos executivos extrajudiciais, como o cheque. Segundo a Lei Uniforme Relativa ao Cheque, o prazo prescricional para

¹¹-CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Ob.Cit. P. 372.

¹²-CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. P. 245.

¹³-GLANZ, Aída. *A Prescrição e a Decadência no Direito Privado Brasileiro e no Direito Comparado*, in RT 672, outubro/91. P. 67.

a ação executiva do título é de 06 meses, contados do término do prazo de apresentação (30 dias para compensação na mesma praça e 60 para praças diversas). Se o titular da ação executiva não ingressasse com a medida antes do prazo determinado, caso houvesse a perda do direito, este não poderia mais ser cobrado, o que não ocorre, já que o crédito que ele representa poderá ser objeto de ação de cobrança, sujeito ao prazo prescricional próprio. O que ficou inviabilizada foi a ação executiva, mas não o direito ao crédito, o qual se mantém intacto.

Com isto, fica claro que este conceito não servirá aos nossos propósitos, pela deficiência que apresenta.

Ademais, peca a definição, ainda, porque a partir dela, não haveria, quanto ao efeito, qualquer diferença entre prescrição e decadência, e que existem, o que mesmo os autores acima acabam por reconhecer.

Outra corrente, liderada por Clóvis Beviláqua, define a prescrição como: *a perda da acção attribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo.*¹⁴ No mesmo sentido Silvio Rodrigues,¹⁵ Darcy Arruda Miranda,¹⁶ Washington de Barros Monteiro¹⁷ e Antonio Chaves.¹⁸

O conceito é mais coerente, uma vez que coloca a prescrição com sua característica real, ou seja, em co-relação com a ação que assegura o direito, e não com o próprio direito, embora seja igualmente incorreto. Não se pode falar em perda da ação, pois, verdadeiramente, ela não se perde, mas fica impossibilitada sua utilização (não obstante ainda exista), e poderá voltar a socorrer o direito, se houvesse renúncia.

Com a renúncia da prescrição pelo devedor, mesmo já tendo transcorrido todo o prazo prescricional, perfeitamente possível será a acolhida da ação do credor, de onde concluir-se que a ação não se perde com a prescrição, mas ficará vedada sua utilização por vontade exclusiva do credor, salvo a ocorrência de acontecimento que lhe altere esta situação (como é o caso, por exemplo, da renúncia).

Câmara Leal define a prescrição como sendo *a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na*

¹⁴-BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro. Editora Rio. P. 435

¹⁵-RODRIGUES, Sílvio. Ob. Cit. P. 342.

¹⁶-MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*. 1º Volume. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. P. 120.

¹⁷-MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Parte Geral*. Volume 1. 25ª edição. São Paulo. Saraiva. P. 286.

¹⁸-CHAVES, Antonio. Ob. Cit. P. 1.616.

ausência de causas preclusivas de seu curso,¹⁹ no que é seguido por Maria Helena Diniz,²⁰ Este conceito é igualmente inapropriado, pois fala em *extinção de uma ação ajuizável*, inaceitável já que a ação não se extingue, como visto acima.

Arnoldo Wald conceitua a prescrição como *o decurso do tempo que faz convalescer uma lesão de direito no interesse social*.²¹ Também impreciso, já que a violação do direito não se convalida com o tempo, e poderá ser futuramente cobrado por intermédio de uma ação judicial, como no caso de existir renúncia expressa ou tácita da prescrição (ou não alegação em defesa), além de que, se a violação ao direito estivesse sanado, decorreria obrigatoriamente o perecimento do direito, no mesmo sentido adotado por Carvalho Santos, Orlando Gomes, etc.

O conceito mais apropriado para o instituto da prescrição vem de Pontes de Miranda *prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação*.²²

A exceção pode ter significado como instituto material ou de direito processual, mas no nosso conceito é tem natureza material, e *diz respeito à eficácia do ius exceptionis e à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou da exceção, que ela 'excetua'*.²³ Pela exceção não se ataca o ato jurídico nem mesmo o direito, **não o extingue nem anula**, o que se visa é encobrir a sua eficácia (por exemplo a do *exceptio non adimpleti contractus*, prevista no art. 1092, *caput*, 1ª parte do CCB), distinção que inibe sua confusão com a ineficácia.

Pode-se dizer, portanto, que a prescrição é a exceção (material) encobridora da eficácia do Direito, e que impossibilita obter do Estado que este dê satisfação à prestação material que a parte poderia exigir de outrem, em virtude da inércia do titular do direito pelo transcurso de um lapso temporal determinado por lei.

Quanto à decadência, a conceituação é mais fácil, eis que há um consenso sobre seu campo de atuação. A origem do termo decadência, que nos é passada por Câmara Leal, de onde temos que *Decadência - é vocábulo de formação vernácula, tendo, porém, como étimo remoto o verbo latino cadere - cair. É formado pelo prefixo latino de (de cima de), pela forma verbal cado, de cadere, e pelo sufixo*

¹⁹-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob. Cit. P. 12.

²⁰-DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil*. 1º Volume. 8ª edição. São Paulo. Saraiva. P. 202.

²¹-WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Introdução e Parte Geral*. 6ª edição. São Paulo. RT. P. 193.

²²-PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado - Parte Geral*. tomo 6. 3ª edição. Editor Borsoi. P. 100.

²³-Idem. P. 3.

ência, que denota ação ou estado. ... Literalmente, pois, decadência é a ação de cair ou o estado daquilo que caiu.²⁴

Como conceito a doutrina entende ser ela: *a extinção do direito, por não ter o credor exercido, no tempo fixado por lei.*²⁵ Maria Helena Diniz²⁶ acrescenta que o prazo decadencial pode ser firmado pela vontade das partes, de onde conclui-se que o tempo não seria somente fixado por lei, mas também por vontade das partes, assim, poder-se-ia dizer que a decadência significa o direito que estava (estado) sobre (acima) a causa, mas que caiu.

Prescrição no tempo e no espaço: O ponto a ser analisado sobre a prescrição no direito intertemporal é se a lei nova pode ou não retroagir para atingir fatos e atos pretéritos. Duas teorias buscam solucionar o problema, a francesa, que entende pela irretroatividade e a alemã, na qual a lei retroagiria.

Segundo a teoria francesa (acompanhada pelas legislações italiana, portuguesa e argentina), a lei nova que regula a prescrição não retroage para afetar prazos já iniciados sob a vigência da lei velha (posição clara no art. 2.281). A lei nova se aplica somente aos casos que tiverem início a partir dela, exceto para os prazos em que faltarem mais de 30 anos, contados de sua publicação.

Já a teoria alemã defende a retroatividade das leis atinentes à prescrição, conforme preceituado no §169 de sua Lei de Introdução ao Código Civil.

Câmara Leal resume as idéias do direito alemão da seguinte maneira: *A lei nova é aplicada à prescrição começada no regime da lei antiga; Quanto ao início, suspensão ou interrupção da prescrição, durante o tempo anterior à nova lei, rege-se pela lei vigente a esse tempo; Relativamente ao prazo prescricional, se a nova lei o tornou mais curto, prevalece o novo prazo, contado porém da vigência dessa lei; Se o tempo que falta para consumação da prescrição, segundo a lei antiga, for menor que o prazo mais curto da nova lei, continuará o prazo prescricional a rege-se por aquela lei, consumando-se com a expiração do prazo por ela determinado.*²⁷

Segundo Câmara Leal,²⁸ teria o direito brasileiro adotado a corrente alemã, não por manter legislação específica sobre o assunto, mas pela análise *a contrario sensu* do art. 6º da LICC, que determina a imediatidade da aplicação da lei, ressalvado o ato jurídico perfeito, coisa julgada e o direito adquirido.

²⁴-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob. Cit. P. 99.

²⁵-CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Ob. Cit. P. 373.

²⁶-DINIZ, Maria Helena de. Ob. Cit. P. 212.

²⁷-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob. Cit. P. 87.

²⁸-Idem. P. 88.

Ora, a prescrição não existe *em potencial*. Ela existe ou não existe, o que significa: só pode ser entendida como prescrição caso estejam presentes todos os seus requisitos, sendo o transcurso da integralidade do tempo fixado por lei um dos mais importante. Em não estando presente este requisito específico, o que existe é mera expectativa de direito, não se podendo falar em direito adquirido, já que não há direito sobre o prazo, somente sobre a prescrição integralmente consumada.

Já o problema do conflito de lei no espaço tem cinco teorias que tentam solucionar este problema de Direito Internacional Privado: *lei do domicílio do titular da ação, ou lex domicilii actoris; lei nacional do prescribente, ou lex patriae rei; lei do lugar em que corre a ação, ou lex fori; lei do lugar em que se constitui o direito defendido pela ação, ou lex loci actus seu contractus; lei do lugar de cumprimento ou execução do ato, ou lex loci solutionis.*²⁹

Como inexistente qualquer regulamentação a este respeito, o problema persiste, pois cada juiz autorizado a aplicar a teoria que entendesse ser mais justa ou mais conveniente. No Brasil, não há nenhuma regra a este respeito, mas para algumas matérias, como é o caso do direito de sucessões (art. 10 da LICC), ou do casamento (art. 7º, LICC).

Entendemos que a lei do lugar onde tramita a ação (*lex fori*) é a que deve reger o ato, mas desde que corresponda à do lugar onde a ação realmente deva ser proposta, segundo as regras de competência do órgão jurisdicional.

2.-DISTINÇÕES ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Existe em comum na prescrição e na decadência o elemento tempo, inércia do titular e o aparente efeito extintivo, mas eles não se confundem.

A prescrição atinge a possibilidade do exercício da ação que protege (ou dá eficácia) ao direito (que ainda subsiste, mas em estado latente), enquanto a decadência torna extinto o próprio direito. O objeto, portanto, é diverso.

Mas não é a única distinção. Pode-se apontar, ainda, que na prescrição, a ação é o remédio jurídico para proteger ou remediar o direito, enquanto na decadência, a ação é a forma para exercer o próprio direito; a prazo prescricional é sujeito a interrupção, impedimento ou suspensão, enquanto o prazo da decadência não sofre interferência de qualquer destas, correndo indistintamente contra todos (salvo quando a lei expressamente determine sua incidência); a prescrição admite renúncia, expressa ou tácita, enquanto a decadência não, operando *ex officio*; ao juiz é lícito conhecer da decadência em qualquer situação, enquanto na prescrição

²⁹-Idem. P. 93.

necessita de alegação da parte, caso se trate de direitos patrimoniais (art. 166 do CCB e, ainda, art. 219, § 5º, do CPC).

Mas para aplicarem-se estas distinções, é necessário estabelecer um critério para a distinção destes institutos.

O critério por muito tempo adotado e ainda hoje de grande aceitação em nossa doutrina foi formulada por Câmara Leal, a qual toma por base o direito que se pretende tutelar (partindo de seu nascimento), e, da mesma forma, da ação que o protege. Nos prazos prescricionais, o direito seria pré-existente à ação e já é efetivo, pois já se exercia no momento em que o mesmo foi violado. Nos prazos decadenciais, a ação surge com o próprio direito (como na anulação de casamento por erro essencial sobre a pessoa, art. 219 do CCB, onde o direito, assim como a ação para este fim, nascem com a celebração do casamento, e, antes disso, existia só em potencial, mas não de fato).

O critério, entretanto, carecer de embasamento científico, tanto que o próprio autor a denomina de *discriminação prática dos prazos de decadência das ações*,³⁰ além de não conter elementos sobre os quais pudessem ser reconhecidas as ações perpétuas, ou *imprescritíveis*.

A melhor forma de distinção, com critérios científicos, é de Agnelo Amorim Filho em seu estudo "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis."³¹

O autor toma por base a moderna classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda, que divide os direitos subjetivos em **direitos a uma prestação** e **direitos potestativos**. Direito a uma prestação é aquele direito que tem por finalidade um bem da vida, obtido mediante uma prestação positiva (obrigação) ou negativa (abstenção) do sujeito passivo. Já o direito potestativo corresponde a direito conferido por lei a determinadas pessoas de influírem com sua vontade sobre a situação jurídica de outrem, criando, assim, um estado de sujeição, independentemente da vontade destes ou, por vezes, mesmo contra ela (não se confundem, portanto, com as meras faculdades, já que estas não têm o condão de sujeitar outrem à vontade do detentor da faculdade).

Assim, pode-se dividir as ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias.

São condenatórias aquelas em que se pretende obter do réu uma determinada prestação, pois esta é correlata à condenação. Por isso, os direitos potestativos aqui não se enquadrariam, pois eles não visam prestação. Já as ações constitutivas servem para a criação ou modificação de um estado jurídico anterior, nelas não se procura obter uma prestação do réu, mas sujeitá-lo a esta nova situação

³⁰-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob. Cit. P. 401.

³¹-in RT 300/7.

jurídica (quer seja judicial ou extrajudicialmente), situação esta que Chiovenda designava direito potestativo. Quanto às ações declaratórias, o único interesse seria o do esclarecimento, ou seja, dar certeza jurídica sobre determinada situação jurídica ou de fato.

Analisando o fundamento da prescrição (como extinção da ação), chega o autor à conclusão que, em determinados direitos, não é ele próprio (que se encontra em estado latente), a causa da desarmonia social, mas a ação que o garante e pode gerar repercussões, pois esta seria a forma de proteger a lesão ou violação do direito. Conclui-se que estas equivalem às ações em que se pretende uma prestação do sujeito passivo da relação processual, por isso somente elas estariam sujeitas à prescrição. Como só as ações de cunho condenatório têm por objetivo uma prestação, podemos dizer que só as ações condenatórias são passíveis de prescrição.

Sobre a decadência, ressalta que em determinadas situações, o que causa a desarmonia não é a ação, mas o próprio direito, que pode ser exercido por vontade da parte, independentemente da vontade de terceiros, os quais devem sujeitar-se a seus efeitos. Ora, só os direitos potestativos tem este condão (criar um estado de sujeição), surgindo, pois, a conclusão de que só na classe dos direitos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude de seu não-exercício. Como o direito potestativo só se pode fazer valer por via de uma ação constitutiva, fica evidente que somente estas seriam passíveis de decadência, desde que com prazo fixado por lei.

Por não se referirem a ações com prestação e nem a direito potestativo, ou referindo-se a esta, não tendo prazo especial fixado por lei, seriam, pois, imprescritíveis as ações declaratórias e as constitutivas sem prazo legal previamente fixado.

3.-PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO CIVIL

A Prescrição e a Decadência no Código Civil: Civilistas e processualistas divergem sobre qual seria a natureza da prescrição, se de direito material ou de direito processual. Argumentam alguns processualistas que, referindo-se a prescrição à extinção da ação, esta deve ser estudada por aqueles, uma vez que a ação (no sentido processual) é objeto de estudo deste ramo de direito.

No entanto, a técnica nos demonstra que, em verdade, a prescrição é assunto específico de direito material, estando corretamente elencada junto ao Código Civil (assim como ocorre no área penal, onde a matéria é tratada no próprio Código Penal, arts. 109 e seguintes), pois ao direito material compete criar as normas atinentes à prescrição e decadência, e ao direito processual a forma de sua utilização nos processos (como modo e momento de alegação, recursos, etc.).

Aliás, o Prof. Arruda Alvim, um de nossos mais exponenciais processualistas, esclarece o assunto: *Ademais, em princípio, a prescrição e a decadência ocorrem extraprocessualmente (em regra, são decretadas no processo).*³² Isto é claro, pois a prescrição ou a decadência, para que possam ser acolhidas no processo, já devem ter ocorrido antes mesmo da existência da demanda, estando, pois, fora do alcance do direito processual.

Por isso, o legislador pátrio andou bem, inclusive ao elencar a matéria junto à parte geral do código, e não no livro das obrigações, como chegou a ser sugerido, já que a prescrição não atua somente no direito das obrigações, mas em todas as demais áreas do Direito Civil, elogio este que não se repete na decadência, que só ocorre em casos especificamente estabelecidos.

Deve-se lastimar ainda, o equívoco legislativo ao elencar sob o título de prescrição, prazos que, na verdade, são decadenciais, e não prescricionais, como o prazo para anulação de casamento (art. 178, § 1º, do CCB), o que é explicado pelo Prof. Costa Manso: *No projeto organizado por CLÓVIS BEVILAQUA, eles se achavam dispersos pelo Código, nos lugares apropriados. ... Na redação final, foi que a respectiva comissão, supondo melhorar o projeto metodizando-o, transferiu para a parte geral todos os prazos de caducidade, colocando-os ao lado dos de prescrição propriamente dita. E isso passou despercebido, não foi objeto de debate, resultando daí, ao invés do planejado melhoramento, um erro manifesto de classificação ...*³³

Poder-se-ia entender que isto não se trataria de um equívoco legislativo, mas de uma tendência de se nominar todos os prazos extintivos como *prescrição*, ficando o problema da distinção a cargo da doutrina e ao Judiciário. Por exemplo, em exposição de motivos do Decreto-lei 6.790, ficou registrado: *As divergências e vacilações que sempre se verificaram na doutrina quanto à distinção entre os casos de prescrição e os de decadência, levaram o legislador brasileiro a empregar a denominação tomada de prescrição para ambas as espécies jurídicas.*³⁴

Essa sistemática é inclusive prelecionado por alguns de nossos juristas: *O Código, nesta passagem, não revela boa adequação à técnica legislativa, pois - a exemplo do que faz o Código Civil e outras codificações posteriores, deveria ter se utilizado, indistintamente, do vocábulo prescrição, deixando para a doutrina e jurisprudência estabelecer critérios distintivos entre a prescrição e a decadência,*

³²-ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil - Parte Geral*. vol. 1. 2ª edição. São Paulo. RT. P. 316.

³³-MANSO, M. Costa, *Da Prescrição da Ação Intentada e da Execução*. in RT 85. Pp. 149 a 175.

³⁴-CAHALI, Yussef Said. *Aspectos Processuais da Prescrição e Decadência*. 1.979. São Paulo. RT. P. 71.

*até porque este é um dos temas mais controvertidos e polêmicos da teoria geral do direito.*³⁵

Equívocada tendência. Não devemos aceitar estas soluções simplistas e que, por isso mesmo, são atécnicas, denominando a decadência como prescrição, deixando para outros a solução do problema que não quiseram enfrentar. Tendo em vista estes precedentes, faz-se imperioso o cuidado do estudioso ao examinar os prazos extintivos do Direito, com base nas orientações básicas sobre cada instituto e nas regras para distinção, pois, às vezes, ao encontrarmos prazos chamados de *prescricionais*, podemos estar diante de prazos decadenciais, preclusivos, etc., por desconhecimento ou uma atecnia legislativa.

Dos prazos: O prazo prescricional próprio não admite renúncia, somente a prescrição é passível de renúncia (art. 161 do CCB), ou seja, só após a sua incidência, podendo ser alegada em qualquer instância (art. 162 do CCB), desde que não haja coisa julgada a respeito, quer seja pelo credor (inclusive pessoa jurídica, art. 163, CCB), quer seja por intermédio de terceiros credores interessados.

Ficará vedado ao juiz conhecer *ex officio* de prescrição de direitos patrimoniais enquanto não invocado pelas partes (art. 166 do CCB e art. 219, § 5º do CPC) e, por decorrência natural, prescrevendo a ação que assegura o direito principal, os seus reflexos, ou acessórios, mantêm igual sorte (art. 167 do CCB), como é princípio natural de nosso direito (art. 59 do CCB).

Em se tratando de prazo prescricional, o mesmo está totalmente sujeito à incidência e consequência dos efeitos da interrupção, impedimento ou suspensão da prescrição (arts. 168 a 177 do CCB).

São, pois, de prazos prescricionais no art. 178 do CCB todas as ações condenatórias, ou seja, as previstas no: §5º nº. V, § 6º nºs. II, VI, VII, VIII, IX e X, § 7º nºs. II, III, IV e V, § 9º nºs. I, letra “c” e II, letra “c”, e, § 10 nºs. I, II, III, IV, V, VI, VII e IX.

Nas ações de trato sucessivo, enquadrados dentre aqueles cujo prazo é prescricional, Caio Mário da Silva Pereira ensina que *se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedam encadeadamente, a prescrição corre a contar do último deles, mas, se cada ato dá direito a uma ação independente, a prescrição alcança cada um destacadamente. Quando a obrigação se cumpre por prestações periódicas, porém autônomas, cada uma está sujeita a*

³⁵-GRINOVER, Ada Pellegrini. VASCONCELLOS e BENJAMIN, Antonio Herman de. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. WATANABE, Kazuo. NERY JUNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. P.115.

prescrição, de tal forma que o perecimento do direito sobre as mais remotas não prejudica a percepção das mais recentes.³⁶

Já o prazo decadencial, assim como a própria decadência, não admite renúncia, não podendo ser aplicado analogicamente o art. 161 do CCB. Além disso, assim como a prescrição, após o transcurso do prazo incidência do instituto, se não houver coisa julgada sobre o tema, ela pode ser alegada em qualquer instância, aplicando-se o art. 162 do CCB, até porque seria matéria que deveria o juiz conhecer de ofício tratando-se ou não de direito patrimonial, não se aplicando o art. 166.

Na maioria dos casos de incidência da decadência, a pessoa que pode exercer o direito é capaz para os efeitos legais, mas a pessoa que estivesse na condição de representação do titular do direito decaído tiver dado causa à sua incidência por dolo ou negligência, não estará sujeito à ação regressiva pelos titulares do direito, pois as ações são de cunho personalíssimo (não incidindo o art. 164 do CCB), mas ficará sujeito a ação indenizatória, se couber.

Da mesma forma que a prescrição, havendo decadência, com a extinção do direito, os acessórios seguem a mesma sorte, também se extinguindo, nos moldes do art. 167 do CCB. Os prazos decadenciais não se sujeitam às causas de impedimento, suspensão ou interrupção, os quais, por conseqüência, somente terão aplicação aos casos de prescrição.

Podemos apontar que somente as ações constitutivas com prazo previsto por lei são sujeitas à incidência da decadência, pelo que podemos determinar como sendo decadencial os seguintes prazos do art. 178 do CCB: § 1º, § 2º, § 3º, § 4º n.ºs. I e II, § 5º n.ºs. I, II, III e IV, § 6º n.ºs. I, III, IV, V, XI, XII e XII, § 7º n.ºs. I, VI e VI, § 8º, § 9º n.ºs. I, letras "a" e "b", II, letras "a" e "b", III, IV, V e VI e, § 10, n.º VIII.

Por fim, além da incidência ou não das regras previstas nos arts. 161 e seguintes do CCB nos institutos da prescrição e decadência, resta o exame sobre a abrangência dos arts. 177 e 179, ambos do CCB.

O art. 177 é uma norma expressa que institui a chamada prescrição ordinária (todos os casos previstos no art. 178 do CCB ou mesmo em legislação esparsa são disposições de prescrição especial).

Como uma das forma de divisão dos direitos, temos ações pessoais são aquelas decorrentes dos direitos pessoais, em que o sujeito passivo é conhecido desde o início da relação obrigacional, entendidos como a conduta humana que reverta em uma: *obrigação de fazer, ou de não fazer, ou de dar*,³⁷ enquanto as ações reais, são as que surgem por força dos direitos reais, oriundos das relações entre a pessoa e a coisa, que podem reverter em uma obrigação de fazer, não fazer

³⁶-PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 1. 11ª edição. Rio de Janeiro. Forense. Pp. 483-484.

³⁷-BERSONE, Darcy. *Direitos Reais*. 1988. São Paulo. Saraiva. P. 4.

ou dar, mas com “*indeterminação provisória* do sujeito passivo, que desapareceria no momento em que se verificasse a lesão do direito.”³⁸

Para dirimir a dúvida sobre a aplicabilidade do dispositivo, tanto para os casos de prescrição como o de decadência, salienta o Prof. Agnelo Amorim Filho, que somente as ações condenatórias (aquelas em que existe pretensão de direito material) comportam divisão em ações reais e ações pessoais.

Parece claro que, inexistindo ação constitutiva ou mesmo declaratória com prazo estabelecido, e como só é possível cogitar-se em ações reais e ações pessoais na esfera das ações condenatórias, evidentemente só à prescrição própria se aplica a regra.

Quanto ao art. 179 do CCB, que determina aplicar-se a todos os casos de prescrição não previstos pelo Código o disposto no art. 177 do CCB, teria sido aplicado genericamente (tanto à prescrição e decadência), está corretamente aplicado? Reportando ao art. 177 do CCB, o qual se aplica às ações que comportem realmente a prescrição, é claro que a ressalva só se aplica aos casos prescricionais, não podendo falar em decadência de todos os direitos pelo seu não-exercício em decorrência deste artigo, pois deve haver regulamentação expressa para cada direito cujo exercício se pretenda limitar (decadência). Pode-se falar em ações *indecaíveis* mas nunca em *imprescritíveis*.

Pela sua má redação e sua pouca utilidade, inclinamos no sentido do escólio de mestres Pontes de Miranda e Agnelo Amorim Filho, no sentido de que o dispositivo é totalmente dispensável.

4.-FLUÊNCIA DO PRAZO NO DIREITO CIVIL

Termo inicial: Os prazos, tanto de prescrição quanto de decadência, são previamente estipulados, pelo que sua contagem não apresenta maiores dificuldades, desde que se tenha ciência da data em que o mesmo se inicia. De forma geral, os prazos previstos em lei procuram sempre conter no corpo do dispositivo legal que as regulamenta o momento em que eles se iniciam.

Caso haja interrupção do prazo prescricional (art. 172 do CCB), este voltará a fluir novamente a partir do ato que a interrompeu, salvo não for ato único, mas continuado (ex. confissão do débito e pagamento parcelado de prestações da dívida vencida). Se houver ocorrido renúncia à prescrição já consumada, novo prazo prescricional passa a fluir integralmente, logo após o ato abdicativo.

Quando o legislador institua prazo prescricional ou decadencial, mas não tenha previsto o momento em que este se inicia, a solução a ser aplicada deverá ter

³⁸-Idem. P. 6.

em conta o objeto a ser extinto e o nascimento da possibilidade de extinção. Justifiquemos: a prescrição tem por finalidade o encobrimento da eficácia da ação que garante o direito, enquanto a decadência aniquila o próprio direito, assim, o prazo inicial para cada uma delas deve ser o momento em que elas nascem e poderiam ser exercitadas.

No caso dos prazos prescricionais: *A ação nasce, portanto, no momento em que se torna necessária para a defesa do direito violado ou ameaçado.*³⁹

Impedimento e suspensão: Prevê o Código Civil, nos arts. 168 a 171, a possibilidade de impedimento ou suspensão do prazo prescricional. Estes, embora tenham a mesma finalidade (não deixar correr o prazo prescricional) e as mesmas causas (estabelecidas nos arts. 168 a 170 do CCB), distinguem-se, por se tratarem de situações diversas.

O Prof. Serpa Lopes define-as bem: *a diferença entre causas impeditivas da prescrição e causas suspensivas assenta em que, embora as causas de uma sejam as mesmas da outra, as impeditivas atuam para impedir o início da prescrição, enquanto que as suspensivas ocorrem supervenientemente, quando a prescrição em curso.*⁴⁰

No impedimento a causa prevista pela lei deverá pré-existir ao nascimento da ação, *impedindo* que o prazo prescricional se inicie, enquanto em outra (suspensão), a causa ocorre após já iniciado o fluxo prescricional. Em havendo impedimento, como o prazo ainda não se iniciou, e, cessando a causa que lhe impõe a impossibilidade do transcurso prescricional, o prazo se cumprirá na integralidade, o que já não ocorre com a suspensão, que pressupõe um prazo já iniciado. Neste caso, a prescrição para de correr enquanto perdurar a causa suspensiva. No entanto, deixando esta de existir, o prazo volta a fluir normalmente, sendo válido o período já transcorrido antes do surgimento da causa suspensiva, ao qual será adicionado somente o lapso temporal remanescente.

Só se pode falar em impedimento uma vez, embora possa ser admitida a existência de mais de uma causa (pois uma vez iniciado o prazo não se fala mais em impedimento, mas em suspensão), mas podem haver várias suspensões. Embora iniciado o prazo prescricional, esta pode ser suspensa indefinidamente, tantas quantas forem as causas que lhe gerarem este efeito.

O único efeito significativo do impedimento ou suspensão do prazo prescricional é o de fazer cessar o andamento deste (ou impedir que se inicie), pois não terá o condão de extinguir o prazo eventualmente já decorrido, e seus efeitos no

³⁹-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob.Cit. P. 225.

⁴⁰-SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Vol. I, 7ª Edição. Rio De Janeiro. Editora Freitas Bastos. P. 512.

fluxo do prazo prescricional será sempre pessoal, nos termos do art. 171 do CCB (Como exceção à regra da pessoalidade, o Código prevê tão somente o caso em que o objeto da obrigação for indivisível, caso em que o benefício estender-se-ia a todos os credores solidários).

Interrupção da prescrição: *A interrupção é o ato pelo qual se inutiliza a prescrição em curso.*⁴¹

Uma vez iniciado o prazo prescricional, pode o mesmo ser interrompido pela prática de atos incompatíveis com o instituto, que podem ser emanados tanto do credor quanto do devedor, e encontram-se elencados taxativamente no art. 172, do CCB, não podendo o julgador utilizar-se de analogias para aplicação da interrupção.⁴²

Se o prazo prescricional ainda não se iniciou, não há que se falar em interrupção, pois seria um absurdo interromper algo que ainda nem ao menos existe, assim como se o prazo prescricional já fluíu integralmente, também não se poderá falar em interrupção, pois, neste caso, a prescrição estaria consumada, pois não se pode interromper algo que já se encerrou (mas poderia ser admitido uma renúncia à prescrição, situação em que o prazo voltaria a fluir a partir deste ato abdicativo).

Uma vez interrompido o prazo prescricional, este volta a fluir a partir do momento de cessação da causa interruptiva, contando-se integralmente o novo prazo, desprezando o prazo pretérito. Assim, temos que a interrupção gera repercussões tanto no passado (inutilizando o prazo já decorrido) como no futuro (fazendo iniciar novo prazo) e pode ocorrer infinitamente sobre o mesmo direito tutelado (nas ações contra a Fazenda Pública, por força do art. 3º Decreto-Lei 4.597 de 19 de agosto de 1.942, é admitida uma única interrupção).

O processo pode ser interrompido pela citação pessoal; pelo protesto (judicial, pois não se admite que o protesto cambiário possa ter o mesmo condão, tanto que o Supremo Tribunal Federal sacramentou qualquer dúvida com a edição da Súmula 154, que dita: *Simple protest cambião não interrompe a prescrição*); a ocorrência de qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (desde que judicial o ato, podendo ser considerado como tal *a) a citação; b) a interpelação; c) a notificação; d) o protesto.*⁴³), apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores; e, por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor.

A legitimidade para a efetivação destes atos que importe na interrupção do prazo prescricional está elencada no art. 174 do CCB (Câmara Leal critica severa-

⁴¹-GOMES, Orlando. Ob. Cit. P. 513.

⁴²-Idem. P. 514.

⁴³-PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Ob. Cit. Pp. 199-200.

mente a redação deste dispositivo, pois, segundo ele: *nem todos os casos do art. 172 admitem a interrupção pelas pessoas indicadas no art. 174⁴⁴*).

Interrupção e suspensão da decadência: Diferentemente dos prazos prescricionais que levam em conta um elemento subjetivo, o que rege a decadência é eminentemente objetivo, qual seja, o tempo, não tendo relevância qualquer elemento de cunho subjetivo. Assim, as causas de suspensão da prescrição não se aplicam à decadência.

Diz Câmara Leal: *A decadência se opera, automaticamente, pelo decurso do prazo extintivo e inércia do titular. Verificadas essas duas condições, a consumação é fatal, não admitindo causas preclusivas.*⁴⁵

Em sentido diverso, Serpa Lopes⁴⁶ defende a possibilidade da existência de causas obstativas do prazo (impedientes, suspensivas ou impeditivas), escudado nos ensinamentos de MODICA, que preceitua que havendo uma causa legal determinando a incidência de uma destas causas obstativas, esta deveria ser respeitada, não pela natureza do instituto, que a veda, mas por se tratar de disposição legal (neste sentido encontra-se correto o mencionado autor, no entanto, devemos ter em conta, objetivando uma análise científica, que uma disposição legal neste sentido, como a do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, art. 26, § 2º, ou do Direito Tributário, art. 173 do Código Tributário Nacional, deve ser entendida como, no mínimo reprovável, por ferir a natureza do instituto).

Renúncia: Clóvis Beviláqua conceitua a renúncia como *acto jurídico, pelo qual o titular de um direito delle se despoja.*⁴⁷ Pela definição, fica claro que a renúncia é uma liberalidade, através da qual o titular de um direito se despoja (se desfaz) dele. Fica, assim, limitada às regras atinentes a todas as liberalidades, inclusive na renúncia à prescrição.

É um ato jurídico unilateral, o qual independe da manifestação de vontade do credor.

Mas não se deve acreditar que a renúncia equivale a fazer renascer a direito, pois este jamais padeceu, muito menos faz surgir uma nova obrigação, trata-se da mesma obrigação, sem a cobertura dada pelo instituto da prescrição.

A renúncia pode ocorrer antes ou após consumado o prazo prescricional. No que se refere à renúncia antes de consumada, Pontes de Miranda ensina que

⁴⁴-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob. Cit. P. 198.

⁴⁵-Idem. P. 112.

⁴⁶-SERPA LOPES, Miguel Maria de. Ob. Cit. Pp. 555 a 558.

⁴⁷-BEVILÁQUA, Clóvis. Ob. Cit. P. 438.

pode haver duas formas, a chamada renúncia prévia (antes de nascer a pretensão), e após o nascimento (mas anterior à ocorrência da prescrição).⁴⁸

Atinente à renúncia prévia (antes do nascimento da pretensão), é unânime o entendimento da impossibilidade da admissão desta forma, uma vez que todos os credores utilizar-se-iam desta faculdade, que passaria a ser usual e constante em todos os contratos, tornando letra morta todos os dispositivos referentes à prescrição.

Sobre a prescrição no curso do prazo prescricional, a grande maioria (Clóvis Beviláqua,⁴⁹ J.M. de Carvalho Santos,⁵⁰ Serpa Lopes,⁵¹ Pontes de Miranda,⁵² Washington de Barros Monteiro,⁵³ entre outros), seguindo a sistemática do dispositivo legal, entendem que só pode haver renúncia após a consumação da prescrição (renúncia pode ser feita da prescrição e não do prazo prescricional, neste caso, mais correto seria chamar de causa interruptiva da prescrição).

Em sentido diverso, o Prof. Câmara Leal sustenta a possibilidade da existência desta forma de renúncia, pela admissão expressa ou tácita da obrigação,⁵⁴ no que está equivocado, uma vez que não se pode falar em prescrição em curso (mas mero prazo prescricional). Somente após o transcurso de todo o lapso temporal previsto para sua incidência é que passa ela a existir, antes disso é mera expectativa.

Quanto à forma, a renúncia pode ser de forma expressa ou tácita, desde que feita por manifestação inequívoca exteriorizada neste sentido, quer seja verbal, escrita, etc., no sentido de renunciar à prescrição, ou, na forma da parte final do art. 161 do CCB, quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição, como o pagamento, parcelamento, novação, etc.

Prazos: Câmara Leal, contrariando a maioria esmagadora da doutrina entende pela possibilidade das partes aumentarem ou diminuir os prazos fixados por lei, assim justificando: *Que seria a interrupção da prescrição senão um alongamento de seu prazo?*⁵⁵

⁴⁸-PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. Cit. P. 269.

⁴⁹-BEVILÁQUA, Clóvis. Ob. Cit. P. 438.

⁵⁰-CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Ob. Cit. P. 375.

⁵¹-SERPA LOPES, Miguel Maria de. Ob. Cit. P. 509.

⁵²-PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. Cit. P. 269.

⁵³-MONTEIRO, Washington de. Ob. Cit. P. 290.

⁵⁴-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob. Cit. P. 52.

⁵⁵-Idem. P. 53.

Incorreto este entendimento, pois a interrupção da prescrição é instituto diverso da renúncia. O escrito ou acordo verbal no sentido de aumento do prazo prescricional, é somente título de confissão da obrigação, o que acarretaria só em interrupção da prescrição (art. 172, V, do CCB).

Quanto à possibilidade de diminuição do prazo prescricional, deve-se lembrar que todas as ações que são passíveis de prescrição, pois todas têm prazo estabelecido por lei através de normas cogentes, sendo, pois, cogentes e, desta forma, inalteráveis pela vontade das partes.

Assim, chega-se à conclusão de que as partes não podem nem aumentar nem diminuir os prazos estabelecidos por lei.

Já quanto aos prazos decadenciais previstos em lei não podem, pelos mesmos motivos, serem alterados por vontade das partes, mas havendo direitos potestativos não abrangidos pelo legislador, podem as partes estipularem prazo para o exercício, criando um prazo decadencial (podemos citar como exemplo o art. 18, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

5.-ASPECTOS PROCESSUAIS

Considerações Gerais: Quanto à atividade dos interessados, o ato que tornará interrompido o prazo prescricional, no que se refere à legitimidade, poderá originar-se do titular do direito, seu representante legal, terceiros interessados ou o próprio devedor (art. 172 do CCB). No entanto, a mesma regra não se aplica à decadência, que poderia ser alegada por qualquer interessado (desde que justo o interesse).

Para o juiz, ele está limitado ao princípio de *l'he ser vedado conhecer de questões não suscitadas no processo*, cuja iniciativa a lei imponha à parte (art. 128 do CPC), mas, em se tratando de decadência ou de prescrição de ação que não se refira a direitos patrimoniais, pode o juiz conhecer de ofício, numa análise a contrário *sensu* do art. 166 do CCB, reforçado expressamente pelo art. 219, § 5º do CPC. Por isso, o juiz pode conhecer das matérias desde o despacho inicial, extinguindo o processo (salvo no caso de prescrição de direito patrimonial, quando o ônus da prova incumbirá à parte que o alegar, art. 333 do CPC).

Modo e momento da alegação: A prescrição é uma exceção de direito material, que encobre a eficácia da pretensão. Referindo-se ao direito material, deveria ser oposta junto ao mérito da questão, assim como acontece com a *exceptio non adimpleti contractus*, o que não ocorre faticamente.

Quando apresentada em contestação, normalmente é feita na forma de preliminar, a ser analisada antes do mérito (a justificativa é de que com a preliminar, ficaria desnecessário e despropositado o conhecimento do mérito da questão, uma

vez que o resultado prático pretendido jamais poderá ser alcançado, pois, com o seu acolhimento, o processo seria encerrado prematuramente, por isso denominado por Yussef Said Cahali de uma preliminar só em sentido impróprio⁵⁶).

Além disso a prescrição pode ser alegada em qualquer instância pela parte a quem aproveita (art. 162 do CCB), desde que não tenha ocorrido coisa julgada.

Em sede de ação rescisória, Câmara Leal⁵⁷ entende que a prescrição só pode ser alegada caso tenha sido alegado anteriormente na ação rescindenda (princípio do pré-questionamento), embora possa ser admitido na questão de erro judicial (quando lhe competia conhecer de ofício).

Já se tratando de decadência, esta poderia ser confundida com preliminar, pois a ausência de direito (que pereceu) ensejaria extinção do processo sem julgamento de mérito por ausência de interesse processual, o que não é verdade.

Mas acontece que tanto a prescrição quanto a decadência solucionam o próprio mérito da causa, como estabelece o art. 269, IV do CPC. A solução do processo com julgamento de mérito gera importantes efeitos, principalmente, a de impedir que a lide venha a ser novamente proposta neste ou em qualquer outro processo (coisa julgada material), haja vista a solução que ela impõe, mas a extinção do processo com julgamento de mérito pela prescrição impede a renovação da propositura da mesma lide somente se não houver renúncia da exceção, quando ela poderia ser novamente intentada.

Quanto ao conteúdo da decisão, vale lembrar que, se o juiz acolher a prescrição ou a decadência, só poderá fazê-lo por sentença, de cuja decisão caberá apelação (art. 513, CPC), mas para a rejeição, o ato poderá ser feito por decisão interlocutória ou mesmo em sentença.

Citação: O artigo 219 do CPC determina que o ato processual que interromperá a prescrição (quer se trate da demanda direta quanto de notificação, etc.), é a citação (aliás, no sentido geral, o referido dispositivo tem a mesma característica do art. 172, I, do CCB).

Mas não basta somente a existência da citação, é necessário que esta seja uma citação válida (citação que exista e tenha seguido os requisitos legais) para gerar o efeito de interromper a prescrição, mas a toda e qualquer citação (pessoal, editalícia, etc.), ainda que ordenada por juiz incompetente, valendo para tanto até mesmo a citação em processo efetivado pelo terceiro interessado (protesto, por exemplo).

⁵⁶-CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit. P. 86.

⁵⁷-CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. Ob. Cit. P. 76.

A citação em processo nulo (assim entendido quando o processo é nulo *ab initio*), como acontece com todos os atos jurídicos, não interrompe a prescrição, pois os atos jurídicos nulos não podem gerar efeito algum.

Referindo-se a nulidade a um ato jurídico anterior à citação, macula a este também, mas, se posterior, interrompida estaria a prescrição, uma vez que teria sido válido o ato. Já no caso de anulabilidade do processo, quando o vício é de menor importância, desde este que não se refira à própria citação, ela seria de se considerar válida e interrompe a prescrição, desde que não seja por causa anterior ao ato citatório, como lecionam Pontes de Miranda,⁵⁸ Washington de Barros Monteiro,⁵⁹ Yussef Said Cahali,⁶⁰ entre outros.

A citação proferida em ação cautelar, ou outra ação preparatória (pois nas ações incidentais, na maioria das vezes, a prescrição já se teria consumado ou já interrompido), teria a aptidão de interromper a citação? Pontes de Miranda⁶¹ entende que sim, desde que em ação declaratória positiva. Contraindo-se a este, Yussef Said Cahali⁶² nos ensina que mesmo na ação declaratória negativa poderá haver a interrupção, quando contestada, pois esta peça de defesa implica em verdadeiro pedido declaratório positivo.

A citação em processo cautelar, igualmente, terá como característica o efeito de interromper a prescrição, pois a lei simplesmente menciona ser necessária a citação inicial. Mas não é qualquer medida cautelar que gera a interrupção da prescrição, somente naquelas que visam angariar intencionalmente subsídios ou garantias para o processo principal (demanda direta), ter-se-á por interrompida a prescrição, como na produção antecipada de provas⁶³ (tanto assim que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 154 que determina: *Simples victoria não interrompe a prescrição*).

Momento em que se considera interrompida a prescrição: O § 1º do art. 219 gera outra mudança significativa, qual seja a de que o efeito da interrupção retroage à data da propositura da ação (graças à sua nova redação, dada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, muito mais coerente com o próprio instituto, já que é com a propositura da medida que o credor ou terceiro demonstra firmemente o interesse em receber seu crédito).

⁵⁸-PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. Cit. P. 208.

⁵⁹-MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. Cit. P. 300.

⁶⁰-CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit. P. 52.

⁶¹-PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. Cit. P. 198.

⁶²-CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit. P. 54.

⁶³-Idem. P. 59.

Mas não se deve confundir o momento em que se considera interrompida a prescrição (retroagindo à data da propositura) com o fato que vem a interromper a prescrição, que é a citação. Ainda que proposta a ação, caso o credor, negligente-mente, não promova a citação, o prazo continuará a contar-se, ou só interromperá a prescrição consigo mesma (mas sem este efeito retroativo).

Estas regras, por força do art. 220 do CPC, aplicam-se a todos os prazos extintivos previstos na lei, inclusive à decadência, desde que a parte efetive a citação na forma legal, promovendo-a em tempo hábil (promover a citação não quer dizer realizá-la, mas fornecer os meios adequados para sua realização).

6.-CONCLUSÃO

Pode-se concluir, portanto:

- A prescrição e decadência merecem estudos mais aprofundados, pois as melhores obras a este respeito datam de muitos anos, sendo que algumas idéias já se encontram ultrapassadas;
- A prescrição e a decadência tem em comum a mesma finalidade básica, que é a de promover harmonia social às relações entre particulares (interesse social);
- O desconhecimento do legislador muito tem contribuído para a desinformação e o despreparo dos iniciantes, com a utilização de forma indistinta e inequívoca de termos juridicamente incorretos e inapropriados;
- Enquanto a decadência acarreta a perda do direito pela falta do exercício, na prescrição inexiste perda, quer seja do direito, quer seja da ação, o que ocorre é tão somente o encobrimento da eficácia do direito (que se faz pela ação), mas ela continua a existir e pode até vir a ser usada, caso ocorra qualquer situação que faça desaparecer este encobrimento, como a renúncia;
- A ausência de normas próprias para a solução dos problemas que dizem respeito ao instituto são também causa das distorções conceituais que a prescrição e a decadência tem gerado entre os estudiosos;
- As inovações pretendidas pelo legislador (algumas vezes visando benefícios a alguma parte) são lastimáveis no âmbito científico, pois distorcem a natureza dos institutos, embora possam até mesmo serem socialmente benéficas;
- Pela natureza de cada uma, a prescrição está sujeita a impedimento, suspensão e interrupção, enquanto na decadência o prazo foi normalmente, sem a interferência de nenhuma daquelas, salvo por disposição legal, não por haver razão, mas por que é lei;
- O que interrompe a prescrição é a citação válida em processo válido (mesmo que não tenha se encerrado com julgamento de mérito), e não a distribuição. O que ocorre é tão somente a incidência do efeito retrooperante a esta. A única ressalva a

ser observada é a citação em processo contra a Fazenda Pública que não interrompe a prescrição se o processo for anulado, por exclusiva disposição legal;

- A legislação tem distorcido o instituto da prescrição principalmente quando nos referimos a direito tributário, em especial à ações contra a Fazenda Pública, que prevê a possibilidade de uma única interrupção, na incidência desta a redução do prazo pela metade, assim como a inaplicabilidade do efeito interruptivo da citação caso o processo seja anulado;

7.-BIBLIOGRAFIA

AMORIN FILHO, Agnelo. *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis*. in RT 300/7.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª edição. volume II. Rio de Janeiro. Forense. 1989.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil - Parte Geral*. volume I. 2ª edição. São Paulo. RT. 1986.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. ALVIM, Thereza, ALVIM. Eduardo Arruda. e SOUZA, James J. Marins de. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo. RT. 1991.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 6ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1991.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7ª Tiragem. Edição Histórica. Rio de Janeiro. Editora Rio.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo. Saraiva. 1988.

CAHALI, Yussef Said. *Aspectos Processuais da Prescrição e da Decadência*. São Paulo. RT. 1979.

CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. *Da Prescrição e da Decadência* (atualizada por José de Aguiar Dias). 4ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1982.

CARDOSO, Alaércio. *A Clasificação dos Direitos Civis* (trabalho apresentado para a disciplina de Direito Civil I, como matéria de mestrado em Direito Civil na Universidade Estadual de Maringá). 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 3ª edição. São Paulo. Saraiva. 1988.

- CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado - Parte Geral. Volume III. 12ª edição. Rio de Janeiro. Editora Freitas Bastos. 1984.*
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo. 10ª edição. São Paulo. Malheiros. 1994.*
- CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil - Parte Geral. Volume 1. Tomo 2. 3ª edição. São Paulo. RT. 1982.*
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado. São Paulo. Saraiva. 1995.*
- Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil. 1º volume. 8ª edição. São Paulo. Saraiva. 1991.*
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil. São Paulo. Saraiva. 1988.*
- GLANZ, Aída. *A Prescrição e a Decadência no Direito Privado Brasileiro e no Direito Comparado. in RT 672/65.*
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil. 10ª edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro. Forense. 1993.*
- GRINOVER, Ada Pellegrini. VASCONCELLOS e BENJAMIN, Antonio Herman de. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1992.*
- GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *Prescrição e Decadência. Rio de Janeiro. Forense. 1980*
- MANSO, M. Costa. *Da Prescrição da Ação Intentada e da Execução. in RT 85/249-275.*
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário. Vol. 1. 1ª edição. Edições CEJUP. 1993.*
- MIRANDA, Darcy Arruda de. *Anotações ao Código Civil Brasileiro. 1º Volume. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 1995.*
- Curso de Direito Civil - Parte Geral, 1º volume, 25ª edição, 1985, Editora Saraiva.*
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito das Coisas. 3º volume. 26ª edição. São Paulo. Saraiva. 1988.*

- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Volumes I e II. 5ª edição. São Paulo. RT. 1992.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. 11ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1989.
- PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de Direito Tributário*. 4ª edição, Rio de Janeiro. Forense. 1992.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado - Parte Geral*. Tomos 5 e 6. 3ª edição. Editora Borsoi. 1970.
- Comentários ao Código de Processo Civil - atualizada por Sérgio Bermudes*. Tomos I e II. 5ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1995.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Parte Geral*. Volume 1. 16ª edição. São Paulo. Saraiva. 1987.
- Direito Civil - Direito das Coisas*. Volume 5. 16ª edição. São Paulo. Saraiva. 1987.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º Volume. 12ª edição. São Paulo. Saraiva. 1989.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Volume I. 7ª edição. Editora Freitas Bastos. 1989.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 10ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1987.
- SILVA, Olvídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. Volume 1. 2ª edição. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Introdução e Parte Geral*. 6ª edição. São Paulo. RT. 1989.