

A Prescrição e a Decadência no Código Civil

Eneas Romero de Vasconcelos

Mestre em Direito e Estado pela UnB. Professor da FA7. Promotor de Justiça no Ceará.
eneasromero@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Prescrição. 2. Decadência. Conclusão. Referências.

Resumo: O Código Civil de 2002 alterou a sistemática da prescrição e da decadência, notadamente pela adoção da teoria da prescrição da pretensão (Anspruch) e da decadência do direito potestativo, permitindo que se explique satisfatoriamente a distinção entre estes institutos, que muitas vezes baseava-se em seus efeitos, o que é importante tanto para o direito privado quanto para outros ramos do direito.

Palavras-chave: Direito Civil. Código Civil. Teoria do Direito. Prescrição e decadência.

INTRODUÇÃO

A Parte Geral do Código Civil introduziu algumas importantes mudanças, como a nova teoria dos fatos jurídicos e da prescrição e da decadência.

A importância da prescrição e da decadência decorre da amplitude de sua aplicação e das consequências destes institutos.

O fio condutor deste artigo será a mudança da teoria sobre o objeto da prescrição e da decadência, pois, de acordo com o atual Código Civil: prescreve a pretensão e decai o direito.

1 PRESCRIÇÃO

A prescrição surgiu, segundo Leal, no direito romano e “procede do vocábulo latino praescriptio, derivado do verbo praescribere, formado de prae e scribere com a significação de escrever antes ou no comêço” (1982, p. 3).

No período formulário do direito romano, surgiram as ações temporárias. Se o prazo de duração da ação estivesse extinto, estabelecia-se a absolvição na parte preliminar da

fórmula. Daí adveio o termo *praescriptio*, que indicava apenas o seu caráter introdutório, sem nenhuma vinculação com o conteúdo da relação, mas que pelo uso acabou a ser identificada com a própria extinção da ação pelo decurso do prazo de sua duração, conforme leciona Leal (1982, p. 4-5).

A prescrição aquisitiva teve origem semelhante e foi designada igualmente como *praescriptio*. Devido a esta identidade terminológica parte da doutrina estabeleceu conceito unitário à usucapião e à prescrição, identificados como prescrição aquisitiva e extintiva, respectivamente.

A teoria dualista, porém, prevaleceu, tendo em vista a profunda diferença entre a prescrição liberatória e a aquisitiva, notadamente pela aplicação muito mais restrita da usucapião, limitada ao direito das coisas como modo de aquisição do direito real de propriedade, o que não justificaria a identificação de ambas como espécies do mesmo gênero.

Hodiernamente, o termo prescrição, não adjetivado, refere-se apenas à prescrição extintiva ou liberatória, como demonstram as modernas legislações, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916, que, seguindo a orientação alemã, disciplinava a prescrição na Parte Geral (Livro III, dos fatos jurídicos, Título III, da prescrição, arts. 161-179) e a usucapião na Parte Especial (Livro II, direito das coisas, Título II, da propriedade, arts. 550-553 e 618-619) e o atual Código Civil que lhe conferiu idêntico tratamento.

Se hoje é clara a distinção entre prescrição e usucapião, não se pode dizer o mesmo da prescrição e da decadência. Neste campo, ainda não se chegou a um consenso e não há posição uniforme em diversos países.

Na Alemanha, o BGB distingue: *Verjährung* (prescrição, prevista na parte geral e sempre designada com o mesmo termo) e *Ausschlussfrist, Präklusivfrist* e *Gesetzliche Befristung*, mas na França a controvérsia, inclusive terminológica (*déchéance, délai prefix, forclusion*), é muito grande, segundo Nazo (1959, p. 16-18).

Na Itália, o Codice Civile de 1865 não estabeleceu critério que resolvesse a grande discussão, como reportam Passarelli, Pugliesi e Giorgi. Na vigência do Código Civil italiano de 1942 as dúvidas permaneceram.

No Brasil, a ausência de menção à decadência no Código Civil de 1916 trouxe enorme dificuldade para diferenciá-la da prescrição. Este problema era tanto mais grave porque o desentendimento não se reduzia a uma questão meramente terminológica, mas referia-se à própria caracterização do instituto e as suas consequências.

Para a adequada solução do problema é necessário que se compreenda o fundamento, o objeto e a disciplina da prescrição e da decadência à luz da doutrina e da legislação.

1.1 FUNDAMENTO

A doutrina civilista encontra os mais variados fundamentos para a prescrição. Câmara Leal menciona sete diferentes fundamentos, a saber: 1) ação destruidora do

tempo (COVIELLO); 2) castigo à negligência (SAVIGNY); 3) presunção de abandono ou renúncia (CARVALHO DE MENDONÇA); 4) presunção de extinção do direito (COLIN & CAPITANT e SAVIGNY); 5) proteção ao devedor (SAVIGNY, VAMPRÉ e CARVALHO SANTOS); 6) diminuição das demandas (SAVIGNY); 7) interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas (BAUDRY & TISSIER, LAURENT, PLANIOL & RIPERT, COLIN & CAPITANT, BELTJENS, GUILLOARD, CHIRONI & ABELLO, COLMO, PUGLIESE, BARASSI, RUGGIERO etc.) (1982, p. 13-14).

Não se pode, porém, adotar um critério único. A prescrição justifica-se pela sua finalidade de restabelecer o equilíbrio e a harmonia social, rompidos pelo ato antijurídico¹, embora detenha, também, inegável função de penalidade indireta à negligência², como reconheceu Savigny. Há, por outro lado, inegável interesse público³, mesmo porque, em última análise, sempre há interesse jurídico-social na lei.

A prescrição fundamenta-se, destarte, na necessidade de estabilizar *as relações jurídicas incertas, no castigo à negligência e no interesse público*, como já previa o direito romano, segundo Leal (1982, p. 14).

1.2 OBJETO

A determinação do objeto da prescrição não é uma questão meramente teórica, mas de grande importância prática, pois pela identificação do objeto da prescrição é possível distingui-la da decadência, com as consequências decorrentes deste fato.

Não há adoção de critério uniforme pela doutrina, tanto no Brasil como em outros países, mas se pode identificar basicamente três teorias para explicar o objeto da prescrição: 1) prescreve o direito de ação; 2) prescreve o próprio direito; 3) prescreve a pretensão do direito.

1.2.1 PRESCRIÇÃO DA AÇÃO

A doutrina clássica e majoritária na vigência do Código de 1916 é a que situa como objeto da prescrição a ação, não o direito, nem a pretensão. Leal define-a com base nesta doutrina clássica, verbis: “*prescrição é a extinção de uma ação ajuizável*, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso” (1982, p. 12).

¹ Segundo Gaio “*Quod ideo receptum videtur, ne rerum domina diutius in incerta essent*”.

² De acordo com Justiniano “*Ut perfectius omnibus consulamus... sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia*”.

³ Para Gaio “*Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, et fere semper incerta domina essent*”.

Segundo esta teoria, a prescrição decorre do transcurso *in albis* pelo prazo determinado em lei do direito de ação sem o seu exercício. O prazo para a exigibilidade do direito começa a correr (termo a quo) no momento em que o direito é violado.

Com efeito, a violação do direito torna-o exigível judicialmente e acarreta o nascimento do direito de ação, que, se não for exercido no prazo determinado, prescreverá, ou seja, o direito remanescerá, mas sem ação para ampará-lo. Segundo Beviláqua, ocorreria a perda da ação: “**Prescrição é a perda da ação** atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo.” (1999, p. 380).

A negligência do titular do direito em exigí-lo judicialmente, sem qualquer demonstração de interesse em persegui-lo, fato demonstrado pela ausência de causas impositivas, suspensivas e prescritivas, é ‘punida’ com a perda do direito de ação.

Destarte, o que prescreve é a ação e não o próprio direito, que permanece existindo, mas sem a possibilidade de seu exercício por intermédio do direito de ação.

Deste modo, estabilizam-se as relações jurídicas, sem obstáculo, porém, à satisfação voluntária do direito, que, lembre-se mais uma vez, continua existindo. Se houver previsão de outra ação, que não aquela prescrita, poderá ser proposta em seu lugar, como ocorreria no caso da ação cambiária, substituída pelas vias ordinária, e, no caso do Mandado de Segurança, restando o procedimento ordinário.

A prova maior de que a prescrição seria apenas da ação, não do direito, seria a existência da possibilidade de pagamento de dívida prescrita sem a possibilidade de restituição do valor pago. Se o direito estivesse extinto, o pagamento seria indevido e seria possível a restituição do indébito, mas, neste caso não se admite *restitutio*, pois existe uma *obrigação natural*.

O direito permanece existindo, ainda que sem a ação para protegê-lo. Hipótese semelhante que confirmaria esta regra é a possibilidade de renúncia da prescrição, expressa ou tácita, ou de não invocação pelas partes a quem socorre. Em ambos os casos, a ação prescreveu, mas o direito permaneceu incólume, tanto que pode haver acolhimento da pretensão em juízo em razão da ausência de alegação desta preliminar de mérito.

Ocorre, porém, que o direito de ação é um direito processual, um direito subjetivo público e abstrato, que independe do seu conteúdo material.

Importante para esta objeção é a distinção feita por Rocco entre a prescrição do direito deduzido em juízo por meio da ação e a prescrição do direito de ação. O direito de ação é imprescritível, dura enquanto durar a norma processual que estabelece este direito subjetivo público. Portanto, o que prescreve é o direito deduzido em juízo.

Poderia objetar-se que direito de ação estaria prescrito porque a sentença o declararia, mas não se pode olvidar que a prescrição é renunciável. Logo, se não for alegada em juízo a sentença não a reconhecerá e será dado provimento à pretensão.

Com efeito, se a ação é um direito abstrato, a prescrição não a extingue, senão o próprio direito substancial.

1.2.2 PRESCRIÇÃO DO DIREITO

A segunda teoria reconhece a prescrição do próprio direito material, não do direito de ação. Não se admite nesta hipótese a perda do direito como mera consequência da perda da ação, como defende Gomes (1998, p. 499).

É que o reconhecimento da prescrição do direito material como consequência da perda do direito de ação seria uma tese que se enquadraria na orientação tradicional da prescrição como perda da ação, visto que o seu objeto seria esta e não aquele. O que prescreve é o próprio direito, e a impossibilidade de uso da ação é que seria consequência, como observou Silva Pereira (1996, p. 435-436).

A perda do direito resulta, portanto, do decurso do tempo aliado à inércia, à negligência, do seu titular em utilizar os meios necessários para defendê-lo quando violado, conforme Silva Pereira (1996, p. 435).

Não é apenas ação que se extingue, é o próprio direito, que, por consequência, perde o meio eficiente para defendê-lo (a ação), restando apenas a esperança na boa vontade do prescribente em não alegar a prescrição, renunciar a ela ou cumpri-la voluntariamente, como mera obrigação moral.

Esta tese não encontra justificativa para as mencionadas hipóteses de renúncia, não alegação e adimplemento voluntário. Se o direito estivesse de fato extinto não se admitiria, v.g., o direito de retenção do valor indevidamente pago, pois se trataria de mera obrigação moral, sem efeito vinculante.

Portanto, o direito permanece existindo, ainda que limitado. Tanto que não se pode falar no caso em enriquecimento sem causa, porque há uma norma jurídica amparando-o. Se estivesse o direito extinto, a obrigação natural seria uma norma moral sem as características daquelas normas.

Outro problema na qualificação da prescrição como extintiva do direito é a maior dificuldade em distingui-la da decadência, que também resultaria, pelo menos na doutrina tradicional, igualmente na extinção do direito.

O critério baseado nos efeitos (admissibilidade de causas suspensivas, impeditivas e interruptivas somente na prescrição), ou mesmo na existência de tempo prefixado para defender o direito, conforme Silva Pereira (1996, p. 440-442), é insuficiente, visto que não serve para qualificar o instituto, mesmo porque a lei pode estabelecer prazos especiais em ambos os casos e pode haver prescrição em que o prazo para o exercício da ação é prefixado, sem confundi-la, porém, com a decadência.

1.2.3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO

A doutrina mais moderna identifica a prescrição como perda da pretensão. Para a sua compreensão é necessário que se estude a relação jurídica e o direito subjetivo, cuja violação gera a pretensão.

Autores como Savigny, Windscheid, Pugliese, Zanobini, Santi Romano, Espínola e Moreira Alves observaram a intrínseca ligação entre direito subjetivo e prescrição e a existência da pretensão, embora esta teoria encontre-se ainda em desenvolvimento, sendo adotada em poucos Códigos e por poucos doutrinadores.

É que o conceito de direito subjetivo é um dos mais tormentosos para o direito. Para Savigny, Gierke e Windscheid seria *o poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica*. Ihering dizia que era o interesse juridicamente protegido. Jellinek reconhecia-o como *um interesse tutelado por lei mediante reconhecimento da vontade individual*.

O direito subjetivo, segundo Amaral, pode ser reconhecido como “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.” (2000, p. 183). Do lado passivo, o direito subjetivo gera um dever jurídico, representado pela necessidade de observância de determinado comportamento, positivo ou negativo, em relação ao titular do direito subjetivo.

A violação do direito subjetivo, o descumprimento do dever, faz nascer uma pretensão de direito material. Situa-se ela como intermediária entre o direito subjetivo e a ação, como observaram Espínola e Espínola Filho (1941, p. 605).

Windscheid foi o primeiro autor a utilizar o termo pretensão, *Anspruch*, e pela sua influência na elaboração do BGB conseguiu que fosse adotado, em seu artigo 194, entendida como “direito a exigir de outrem uma ação ou omissão.”

Segundo Moreira Alves (1986, p. 151), com esteio em Pugliese, este conceito já pode ser encontrado em Savigny, pois a pretensão para Windscheid é o mesmo que Savigny denominou ação em sentido substancial.

A pretensão é:

o próprio poder, que, em virtude do reconhecimento, pela ordem jurídica, do vínculo entre o bem e o sujeito, se atribui a este, para fazer atuar o seu direito, exigindo a realização e a proteção asseguradas pelo direito objetivo (ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, 1941, p. 602-603)

A pretensão decorre da violação do direito, pois ela se dirige diretamente contra a pessoa que ofendeu o direito subjetivo em particular, descumprindo o dever geral de respeito aos direitos, conforme Espínola e Espínola Filho (1941, p. 604)

Só se pode falar em violação, se houver um direito subjetivo do qual decorre um dever para o sujeito passivo, que possa ser desrespeitado. Direito subjetivo e violação são termos de mútua implicação, tanto que a própria expressão violação a direito subjetivo é pleonástica, sendo mais correta violação a direito, pois violação só pode referir-se a direito subjetivo.

A prescrição decorre da falta de exigência da pretensão no prazo legal, acarretando a sua extinção. O direito subjetivo, porém, não se extingue e poderá continuar sendo exigido em determinados casos, como na renúncia à prescrição e no adimplemento voluntário da obrigação prescrita, que gera uma obrigação natural.

Se o próprio direito subjetivo estivesse extinto, a restituição do valor indevidamente pago deveria ocorrer, pois é vedado o enriquecimento sem causa, mas como o direito permanece existindo, ainda que enfraquecido pela perda da pretensão, não se pode falar em restitutivo.

Do mesmo modo que não se extingue o direito subjetivo, não se extingue o direito de ação, que, como se viu, poderá ser exercido, enquanto direito público subjetivo e abstrato, nem que seja para afinal resultar na improcedência do pedido pelo acolhimento da preliminar de mérito de prescrição, que poderá também, ainda que existente, não ser reconhecida, bastando para tanto a sua renúncia, que pode decorrer até da sua não alegação em juízo, visto que o juiz não pode conhecê-la de ofício, pelo menos quando se tratar de direitos patrimoniais.

Com efeito, o que prescreve é a pretensão de direito material, como dispõe o atual Código Civil em seu artigo 189 e adiante analisaremos.

1.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A versão original do Projeto do novo Código Civil adotava a tese da prescrição da ação (MOREIRA ALVES, 1986, p. 82-83), mas a comissão mudou a sua orientação por influência do responsável pela redação da Parte Geral, e seguiu a teoria da prescrição da pretensão adotada pelo art. 198 do BGB, prescrevendo o Código que: “Art. 189. Violado o direito, *nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição*, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206” (grifei).

Portanto, está atualmente em vigor a tese da prescrição da pretensão. Definir o conceito de Anspruch passou a ser fundamental para este tema, pois: “O projeto considera como pretensão o que Savigny denominava ação em sentido substancial ou material, em contraposição à ação em sentido formal ou processual” (MOREIRA ALVES, 1986, p. 151).

Apesar da previsão legal de adoção da teoria da prescrição da pretensão pelo novo Código, a mudança não foi devidamente percebida por parte da doutrina, que continuou a adotar a teoria clássica da prescrição do direito da ação.

Diniz (2002, p. 336), Rodrigues (2002, p. 329), Venosa (2002, p. 591 e 612-616) e Wald (2002, p. 225-231) mantiveram-se, inicialmente, fiéis à tese tradicional, contrária à nova teoria.

Além de ter adotado expressamente a teoria da prescrição da pretensão, o Código assevera, em seu artigo 190, que a “exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”, vedando, portanto, a sua alegação, inclusive como meio de defesa após o prazo legal, conforme Diniz (2002, p. 336).

2. DECADÊNCIA

A decadência também teve origem no direito romano, derivada do verbo latino *cadere* - cair. Segundo Leal: “É formado pelo prefixo latino *de* (de cima de), pela forma verbal *cado*, de *cadere*, e pelo sufixo *ência*, do latim *entia*, que denota *ação* ou *estado*” (1982, p. XI).

Apesar de sua origem remota, o instituto desenvolveu-se lentamente e há até pouco tempo não havia ainda ocorrido a sua sistematização, o que se refletia no Código de 1916, que, pela ausência de critérios claros para distingui-la da prescrição, sequer a mencionou.

Leal, em 1939, observou a ausência de sistematização da decadência e procurou diferenciar prescrição e decadência, o que implicava na construção de uma teoria sobre a decadência, ainda inexistente (1982, p. 99).

Na verdade, há muito tempo já se via a existência de um instituto diferente da prescrição, que não podia se enquadrar neste instituto, embora não fosse possível ainda estabelecer as suas diretrizes, o que foi percebido por Savigny, conforme Nazo (1959, p. 22).

A controvérsia sobre a decadência começa pela qualificação do instituto e pela própria terminologia empregada. Com efeito, além do termo decadência, tradicionalmente adotado, utilizava-se indistintamente a denominação prazos extintivos, prazos preclusivos, preclusão e caducidade, o que contribuía ainda mais para o aumento das dúvidas nesta matéria. No Brasil, o problema da definição da decadência era agravado pela ausência de previsão legal no Código Civil de 1916.

Para a compreensão do instituto e de suas consequências é necessária a sistematização doutrinária da decadência, estudando o seu objeto e a sua disciplina, notadamente no Código Civil, que dedicou-lhe o Capítulo II, do Título IV do Livro III da Parte Geral.

2.1 OBJETO

A doutrina majoritária dizia que o objeto da decadência seria o próprio direito material contraposto ao objeto da prescrição que seria o direito de ação. Como a prescrição não se refere ao direito de ação, como previu expressamente o Código Civil, a distinção tradicional entre prescrição e decadência deixa de existir, pois não é mais possível fazer a oposição: *prescrição da ação e decadência do direito*.

Com efeito, deve-se estudar as teorias sobre o objeto da decadência para que se possa diferenciá-la da prescrição com novos fundamentos. Para isto, vamos analisar as principais correntes: 1) *a da decadência do direito*, defendida pela maioria da doutrina, Beviláqua, Carpenter, Câmara Leal, Espínola, Orlando Gomes, Pontes de Miranda, Monteiro, Lopes etc; e 2) *a da decadência do direito potestativo*, minoritária, mas adotada pelo Código Civil.

2.1.1 DECADÊNCIA DO DIREITO

Para a doutrina majoritária o critério distintivo entre prescrição e decadência era claro: prescreve a ação e decai o direito. A decadência seria, então, decorrência da negligência do titular em exercer o direito no prazo, legal ou convencional, prefixado, extinguindo-o. Neste sentido, é o conceito clássico de Leal (1982, p. 101):

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

O direito no momento de seu nascimento já traria consigo um fato que poderia determinar a sua própria destruição, consubstanciado em um prazo para exercê-lo. É que o direito e a sua exigibilidade surgem no mesmo instante: há um prazo preestabelecido, por lei ou convenção, para se exercê-lo, sob pena de perecimento.

Com efeito, o próprio direito é que decairia. Entretanto, a partir do momento em que se nega a prescrição como perecimento do direito de ação, o principal critério para distinguir estes institutos carece de fundamento, visto que decai o direito e prescreve também o direito problema enfrentado por Silva Pereira (1997, p. 440-441).

Neste sentido, a decadência pode ser entendida como um prazo preestabelecido pela lei, ou pela vontade, *para o exercício do direito* pelo seu titular. Já a prescrição refere-se ao *prazo para exercício do direito de ação* (decorrente da sua violação), não para o exercício do direito, embora *em ambos os casos o que pereça seja o próprio direito*.

Outra distinção seria o termo inicial do prazo: na prescrição é contado a partir da violação do direito, momento em que nasce o direito de ação, e na decadência inicia-se com o nascimento do próprio direito.

Há casos, porém, em que o direito deve ser exercido imediatamente por meio da ação, pois ambos originam-se do mesmo fato. O prazo para o exercício da ação é preestabelecido para o exercício do próprio direito, sob pena de perecimento. O exercício da ação e do próprio direito confundem-se, o que torna inútil o critério do prazo prefixado para o exercício do direito para distinguir a decadência da prescrição.

Esta crítica demonstra a insuficiência da teoria que identifica como objeto da decadência o direito subjetivo com prazo prefixado para o seu exercício, até porque a distinção não pode ser buscada apenas na existência de um prazo preestabelecido para o exercício do direito, mas na própria configuração do instituto, o que só pode ser feito pelo estudo da diferença entre direito subjetivo e direito potestativo, como bem observou Santi Romano:

En mi opinión, si la diferencia entre la prescripción y la decadencia se la quiere formular en términos más precisos, es necesario remontarse a la distinción y contraposición entre la figura del derecho subjetivo y la figura del poder o de la potestad (1984, p. 124).

2.1.2 DECADÊNCIA DO DIREITO POTESTATIVO

O objeto da prescrição adotada pelo artigo 189 do Código Civil é a pretensão, decorrente da violação do direito subjetivo; o da decadência é o direito potestativo.

A teoria que relaciona a decadência com o direito potestativo é recente, embora se possa encontrar diversas contribuições para o seu desenvolvimento em diversos autores como Giusiana, Zanobini, Santi Romano, Chiovenda, Zitelmann e Moreira Alves.

Foi um administrativista quem ofereceu importante contribuição para a distinção entre decadência e prescrição com base na ideia de direito potestativo e direito subjetivo, respectivamente, embora ainda recalcitrasse ao considerar possível a decadência tanto de poderes como de direitos subjetivos. Segundo Zanobini:

[...] enquanto a prescrição se aplica exclusivamente aos direitos subjetivos, a decadência encontra aplicação tanto relativamente ao direito, como com referência aos poderes (potestà) jurídicos (apud Nazo, 1959, p. 80).

Na Itália, na vigência do Código Civil de 1942, surgiram relevantes contribuições para a teoria da decadência do direito potestativo, inicialmente confundida como decadência da situação jurídica, conforme Nazo (1959, p. 15).

Santi Romano afastou a decadência do direito subjetivo e da situação jurídica, defendida por Giusiana, e fez a distinção entre direito subjetivo e potestà: “A prescrição determina a extinção de um direito; a decadência, não a extinção de um poder mas a impossibilidade de exercê-lo em um caso singular, embora o próprio poder permaneça com vida em todos os outros casos em que intervenha. A razão dessa diferença é evidente. A prescrição, como é geralmente admitido, não fere todos os direitos, mas apenas aqueles de que podemos dispor. Os poderes são indisponíveis, porque inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e, portanto, imprescritíveis.” (apud NAZO, 1959, p. 87).

Apesar da importância destas contribuições, não foram elas suficientes para que se desenvolvesse uma orientação doutrinária pacífica sobre o tema, que permaneceu com posições esparsas de determinados autores, notadamente no Brasil, sem a necessária sistematização do assunto.

No Brasil, Marques foi um dos primeiros a aderir a esta tese, em texto publicado no *Jornal Estado de São Paulo* e mencionado por Nazo, o processualista afirmou:

o que se nota é o nexo entre decadência e poder, ou entre decadência e direito potestativo (que está filiado aos poderes individuais), ou entre decadência e ação constitutiva. Enquanto isto, a prescrição continua ligada ao direito subjetivo em suas formas clássicas. Para os direitos pessoais (direitos subjetivos), aplica-se a prescrição, para os direitos potestativos, ou para o poder de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica aplicável, de regra, é a decadência (1959, p. 99).

Gomes também referiu-se a esta teoria, inclusive à vinculação processual entre direito potestativo e ações constitutivas e prescrição e ações condenatórias (1996, p. 509).

Mais importante do que estudar as contribuições de cada autor para o instituto é diferenciar o *direito subjetivo* do *direito potestativo*.

O direito subjetivo implica sempre em um dever para o sujeito passivo ao passo que o direito potestativo gera para ele uma situação de sujeição, em que não lhe resta outra opção senão se submeter. Segundo Amaral:

Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir (2000, p. 197).

Os direitos potestativos são eminentemente invioláveis, pois não há neste caso dever jurídico, nem pretensão. Por isso, são imprescritíveis, mas, em compensação, pode ser estabelecido um prazo, legal ou convencional, para o seu exercício, sob pena de sua extinção em decorrência da negligência do titular em exercê-lo. A decadência é um instituto que se refere, portanto, ao direito potestativo.

2.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil substituiu a teoria da decadência do direito pela teoria da *decadência* do *direito potestativo*. Embora não haja explícita a teoria da decadência do direito potestativo, esta é claramente a matriz teórica do novo Código, conforme orientação de Moreira Alves.

De fato, a moderna doutrina assenta a distinção entre prescrição e decadência na natureza do direito: a *prescrição refere-se aos direitos subjetivos* e a *decadência aos direitos potestativos*.

Por isto, a adoção da teoria da prescrição da pretensão implica na adoção da teoria da decadência de direito potestativo, como demonstrou a Comissão Revisora do Projeto:

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 prova a decadência desse direito potestativo). Ora, os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (MOREIRA ALVES, 1986, p. 155).

O conceito de *potestà* já encontra alcance em diversos doutrinadores, como Gomes que, com esteio em Chiovenda, define-a como “**o poder do titular de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa ou deva fazer algo, senão sujeitar-se**”, como, v.g., o poder de revogar a procuração, de ocupar res nullius, de pedir a divisão da coisa comum, de despedir o empregado. **Por declaração**

unilateral de vontade, o titular cria, modifica ou extingue situação jurídica em que outros são diretamente interessados (Trabucchi)” (1996, p. 118).

Apesar da previsão legal, ainda que implícita, decorrente da sistemática adotada pelo Código, de adoção da teoria da decadência dos direitos potestativos, Venosa (2002, p. 591 e 612-616), Wald (2002, p. 225-231), Rodrigues (2002, p. 329) e Diniz (2002, p. 329) permaneceram inicialmente adotando a teoria clássica da decadência do direito, sem qualificativos, como se estivesse a referir-se a direitos subjetivos, que, como se viu, são suscetíveis apenas de prescrição.

CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002 alterou a sistemática da prescrição e da decadência, notadamente pela adoção da teoria da prescrição da pretensão e da decadência do direito potestativo, permitindo que se explique satisfatoriamente a distinção entre prescrição e decadência, que muitas vezes baseava-se na existência de suspensão, interrupção e impedimento do prazo apenas na prescrição.

A possibilidade de paralisação do prazo é mera consequência do instituto. Os prazos decadenciais são mais exíguos e não se sujeitam normalmente à interrupção, ao impedimento e à suspensão, porque não seria justo que uma pessoa ficasse de modo perene em situação de sujeição, decorrente do direito potestativo.

Já a *prescrição*, que decorre da *violação de direitos* (subjetivos), implica no *descumprimento de um dever pelo sujeito passivo* e por isto possui prazos mais dilatados e dá margem à paralisação do prazo, ainda que possível somente uma vez no caso de interrupção (art. 202, *caput* do Código Civil).

A tese da decadência do direito potestativo e de prescrição do direito subjetivo não é útil apenas ao direito privado, pois o ramo do direito em que nasce a pretensão é o que lhe marca a prescrição, conforme Pontes de Miranda (2000, p. 136), e o ramo do direito em que se confere o poder de sujeição decorrente do direito potestativo é que lhe marca a decadência.

Destarte, a teoria adotada no Código Civil não se refere apenas ao direito privado, pois a tese da *prescrição da pretensão* e da *decadência do direito potestativo* advém de uma teoria geral do direito proveniente do direito privado, aplicando-se a todos os ramos do direito.

Pode-se concluir, portanto, que a Parte Geral do Código apresentou importante evolução nos institutos da prescrição e da decadência, sendo útil ao direito privado e à teoria do direito.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. Volume 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1940.
- _____. **Theoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil V. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ESPÍNOLA, Eduardo & ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro**. Dos Direitos Subjetivos. V. IX. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da Prescrição e da Decadência**. Teoria Geral do Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. **Direito Romano**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NAZO, Nicolau. **A Decadência no Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1959.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PINTO, Agerson Tabosa. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Eficácia Jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Tomo VI. Campinas: Bookseller, 2000.
- _____. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Exceções. Direitos Mutilados. Exercício dos Direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição. Tomo VI. Campinas: Bookseller, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Parte Geral. V. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTI ROMANO. **Fragmentos de un Diccionario Jurídico**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito Civil. Introdução. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRESCRIPTION AND DECAY IN THE BRAZILIAN CIVIL CODE

Abstract: The Brazilian Civil Code of 2002 changed the concepts of prescription and decay, mainly by adopting the theory of the prescription of the pretension (Anspruch) and the decay of the potestative right, allowing a satisfactory distinction between prescription and decay, which often relied on their effects. The new criteria is important for an adequate understanding of these important institutions for both the private law and for other branches of law.

Keywords: Civil Code. Civil law. Theory of law. Prescription and decay.