

## A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

*Jorge Hage Sobrinho (\*)*

### SUMARIO

1. Introdução
2. Raízes históricas
3. Fundamentos dos institutos
4. A polêmica em torno dos conceitos de Prescrição e Decadência e dos critérios de distinção
5. A matéria no Código Civil Brasileiro em vigor
6. O tratamento dispensado à questão nos Anteprojetos e Projetos que se sucederam
7. A matéria no Código de Processo Civil de 1973
8. Estágio atual do problema na melhor doutrina
9. O tratamento da matéria no Projeto de Código Civil em tramitação no Congresso Nacional

#### 1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo proceder a uma análise do tratamento dispensado ao tema "Prescrição e Decadência", no Projeto de Código Civil atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

A idéia surgiu a partir de exposições feitas, pelo eminente Professor e Ministro José Carlos Moreira Alves, na Universidade de Brasília, a respeito da Parte Geral do Novo Código (Projeto), a qual esteve sob sua responsabilidade desde o início da década de 70. Com efeito, foi Sua Excelência, como membro da Comissão de Juristas encarregada de elaborar, e depois revisar, o Anteprojeto, o Relator da Parte Geral, ocasião em que teve oportunidade, inclusive, de defender, com a erudição de costume,

---

(\*) Juiz de Direito da Justiça do Distrito Federal

a própria existência de uma “Parte Geral” em tal espécie de diploma, opção esta que se encontrava, então, ameaçada pela influência de outras correntes do pensamento jurídico nacional. Do mesmo modo, combateu, sempre, o ilustre mestre, duas outras tendências que se manifestaram, insistentemente, nos meios jurídico-legislativos nacionais: a proposta de unificação do Direito das Obrigações em um só Código, e a proposição negativa da própria idéia de Codificação.

Afinal, havendo prevalecido o bom senso, encontra-se o país, hoje, às vésperas de ver aprovado, no Congresso Nacional, um novo Código Civil, que substituirá o velho diploma de 1916, elaborado, em verdade, em fins do século passado.

Mantida que foi, até aqui, a “**Parte Geral**”, inclusive na versão final do Senado, sob a competente Relatoria do Senador Josaphat Marinho, (e nada indica possam ocorrer, na Câmara, mudanças capazes de ameaçá-la) está ela integrada pelos seguintes Livros: **I - Das Pessoas, II - Dos Bens, e III - Dos Fatos Jurídicos**. E é no bojo deste último que se encontra o **Título IV - Da Prescrição e da Decadência**, objeto da desprentensiva análise que aqui se procura fazer.

Antes de adentrar, propriamente, o exame do texto, impõe-se situar a questão “**prescrição e decadência**” em contexto mais amplo, até para tornar possível a exata compreensão do significado das alterações propostas pelo novo Projeto, nessa inquietante matéria. Como é de sabença comum, o tema é dos mais controvertidos de todo o campo jurídico, não se havendo pacificado, até o presente, seja em âmbito nacional, seja no Direito Comparado.

Por essas razões, o estudo deverá perquirir, ainda que de modo sucinto, as origens dos institutos em foco, seus fundamentos, e as principais correntes doutrinárias que, há décadas, se digladiam na busca do melhor critério para extremá-los; em seguida, deverá registrar, de modo breve, o tratamento da matéria no atual Código Civil e suas principais deficiências; após ligeira referência aos demais Anteprojetos e Projetos que a este antecederam, e, ainda, às normas correspondentes existentes no Código de Processo Civil, passar-se-á a abordar o estágio atual do tema na melhor e mais reconhecida doutrina, para, finalmente, poder-se avaliar, com propriedade, o avanço e o salto qualitativo representado pela disciplina da matéria no Novo Projeto.

## 2. Raízes históricas

Segundo informam os doutrinadores brasileiros que se debruçaram sobre o assunto, a prescrição, como instituto, inexistia no Direito Romano Antigo, quando vigorava o princípio da perpetuidade das “ações”. A questão assume relevo por volta dos anos 500, ante o problema da periodicidade anual da jurisdição dos Pretores, surgindo, então, as “ações temporárias”, que passaram a coexistir com as “perpétuas”, e, daí, a necessidade de delimitar-se o prazo dentro no qual podiam ser elas propostas

(MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, CURSO DE DIREITO CIVIL, vol. I, pag. 562). Ao que parece, os romanos conheciam também outros prazos prefixados, de natureza distinta, que talvez fossem os que atualmente se denominam “de decadência”, mas não dedicaram maior atenção à distinção, empregando o termo “*praescriptio*” em sentido lato, para abranger qualquer das hipóteses. É o que informa TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM, em artigo publicado na REVISTA DE PROCESSO, n. 29, pags.57 e segs.). Refere-se, ainda, a mesma estudiosa, ao surgimento do Usucapião, à época da Lei das XII Tábuas, no que é acompanhada por ARNOLDO WALD (CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO, INTRODUÇÃO E PARTE GERAL, pag.221), que atribui a essa forma de aquisição da propriedade, a própria origem do instituto da Prescrição (o que está longe de pacífico).

Em estudo mais detido e aprofundado da questão, em sua consagrada obra sobre o Direito Romano, registra JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES que, “no período pós-clássico, Constantino, por meio de um rescrito, introduziu, no Direito Romano, uma forma especial de usucapião: a *longissimi temporis praescriptio* (que os intérpretes denominam usucapião extraordinário). Por esse rescrito, quem tivesse possuído, por 40 anos, de boa-fé, mas sem *iusta causa*, podia defender-se contra a *rei vindicatio* do proprietário, com uma *exceptio*. Justiniano, finalmente, introduziu nessa matéria várias inovações. A princípio, em 529 d.C. deu eficácia aquisitiva à *longissimi temporis praescriptio*. Depois, em 531 d.C., fundiu esse instituto com a *usucapio*, utilizando-se da denominação *usucapio*, quando se tratava de coisas móveis, e *praescriptio*, quando de imóveis” (DIREITO ROMANO, vol. 1, 4ª ed., Forense, Rio, 1978). Na análise minuciosa feita por este autor, também sob os títulos “Tutela dos Direitos Subjetivos no Processo Formulário” e, mais adiante, no processo da “Extraordinária Cognitio”, às páginas 234 e seguintes da edição mais atualizada (9ª edição, 1995.), fica ainda mais saliente o caráter de “**exceção substancial**” que tinha o instituto desde as origens romanas, bem mais próximo, portanto, do que dão a entender outros autores, do conceito de “Prescrição” em nossos dias.

O que parece fora de dúvida, à vista de tais registros, é que a “Prescrição” (lato sensu), enquanto instituto relacionado aos efeitos do fator “tempo” sobre as relações jurídicas, tem inegáveis raízes romanas. Divergências podem ter lugar apenas a partir do ponto em que se busque precisar se a prescrição aquisitiva realmente antecedeu à extintiva, ou qual o momento histórico em que foi feita a discriminação entre uma e outra, e, mais ainda, a partir de que momento passou-se a distinguir entre a “prescrição” propriamente dita e a “decadência”.

Para SERPA LOPES, por exemplo, foi nos domínios do Direito de Família (e não no Usucapião, portanto) que a idéia de Prescrição teve seus começos. “O casamento *cum manu*, explica ele, obedecia a um rito... (*omissis*). Motivava uma nulidade qualquer inobservância de forma, sanada, porém, pela convivência conjugal durante um

ano, lapso de tempo esse que convertia um estado de fato num estado de direito” (op. cit., pag. 562). Daí é que a idéia ter-se-ia propagado, através da Lei das XII Tábuas, para o terreno das aquisições pela posse continuada, ao cabo de dois anos de *usus* (Usucapião). O termo *praescriptio*, segundo o velho mestre da Faculdade Nacional de Direito, referia-se à propositura tardia de demandas em que não havia qualquer questão possessória. E Justiniano é que teria acabado com essa distinção, passando a designar, com o termo *praescriptio*, as duas espécies jurídicas.

Cabe notar, por fim, e data maxima venia, que o fenômeno acima indicado como surgido no Direito de Família mais se assimila ao atual conceito de “Decadência”, que propriamente ao de “Prescrição”.

### 3. Fundamentos dos institutos

Ainda quando o faça sem maior cuidado com a distinção entre a Prescrição e a Decadência, a doutrina não encontra ponto de convergência quando procura definir os Fundamentos dos chamados “prazos extintivos”. As opções têm variado desde a probabilidade de já ter sido cumprida a obrigação (presunção), até à renúncia do credor, passando pela punição da negligência, consolidação das situações de fato, proteção do devedor contra as dificuldades da prova, conveniência da segurança e certeza jurídica, e necessidade de sanear a vida jurídica de direitos caducos, dentre outras. Confira-se, a respeito o trabalho de ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “PRESCRIÇÃO EXTINTIVA E CADUCIDADE” (*apud* JOÃO BAPTISTA MONTEIRO, *in* Revista de Processo, n. 16, pags. 95 e segs).

Já o mestre CÂMARA LEAL, um dos que, entre nós, melhor estudou o tema, referia-se a noções como ação destruidora do tempo, castigo à negligência, presunção de abandono ou renúncia, presunção de extinção do direito, proteção do devedor, diminuição de demandas, além, é claro, do interesse social, como possíveis fundamentos dos institutos.

ENNECCERUS fala da paz e segurança jurídica gerais, mas não deixa de fazer menção, também, ao interesse pessoal do devedor em acobertar-se contra eventuais pretensões sem fundamento, ante as quais já teria, pelo decurso do tempo, perdido os meios de prova para sua defesa.

J.M.CARVALHO SANTOS destaca não ser propriamente a negligência, como tal, o fator determinante da prescrição, mas sim a presunção de renúncia do direito, que ela significa. Enquanto isso, CARPENTER contrapõe que a presunção de renúncia não se pode sustentar por si, vez que freqüentemente se observa a consumação de prescrições contra a manifesta vontade do titular do direito; insiste, assim, na necessidade social, como fator determinante. Nesse ponto, aliás, com o apoio em BAUDRY-LACANTINERIE e TISSIER, para quem a presunção de renúncia só pode ser

tida como motivo acessório e secundário, pois o predominante é, sempre, o interesse social.

Conforme notícia SERPA LOPES (op. cit., p. 561), a questão foi sempre controvertida: enquanto pensadores como AHRENS, CASSIODORO, GAIO, GROCIO, THIBAUT e SAVIGNY consideravam a prescrição mera criação política, por isso que os direitos seriam eternos e o tempo não seria um modo de constituí-los ou extinguí-los, outros, como PUFFENDORFF, TROPLONG e BÉLINE entenderam a prescrição como de Direito Natural. GIORGI GIORGIO, a sua vez, dá como razão principal, um altíssimo fim de conveniência social, fundado na justiça natural, seja de forma direta, seja indiretamente.

Todavia, encerra a análise o antigo professor e desembargador do Rio de Janeiro, dando a sua posição, que é francamente oposta ao pretendido caráter de “ordem pública” da prescrição, sobretudo em face do que dispõe o nosso direito positivo brasileiro. Para ele, “tudo o que interessa à sociedade é a existência da prescrição e de certos princípios...*(omissis)*. Se, de um lado, possível não é a renúncia antecipada... *(omissis)* e se além disso ela pode ser alegada em qualquer instância pela parte a quem aproveite, por outro lado, proíbe-se ao juiz de conhecê-la, em não havendo sido invocada pelas partes, e ainda se concede às pessoas, por lei privadas de administrar seus próprios bens, ação regressiva contra os seus representantes legais, quando estes, por dolo, ou negligência, derem causa à prescrição”. Tais regras, conclui, “afastam a idéia de ordem pública, pois, do contrário, dariam lugar a uma nulidade absoluta”.

Este, sem dúvida, parece ser o ponto crucial da questão. Como conciliar-se o caráter de ordem pública, de interesse público da sociedade, na Prescrição, com a possibilidade de suspensão ou interrupção de seus prazos, e mais ainda, com sua renunciabilidade pelo beneficiário, uma vez consumada e com sua impossibilidade de reconhecimento *ex officio* (não se tratando, é claro de direitos não-patrimoniais ou indisponíveis).

Por isso é que assiste razão a CAIO MÁRIO quando afirma que a “Decadência (sim) é criada não só *por motivo mas no interesse* da ordem pública”, e por isso pode ser decretada *ex officio* (INSTITUIÇÕES..., vol. I, pag.480).

Ocorre, entretanto, que é o próprio CAIO MÁRIO quem acaba por aceitar o interesse na “paz social, e na tranquilidade da ordem jurídica” como vero fundamento da prescrição, e não a punição ao credor negligente, ou a presunção do pagamento ou do perdão da dívida, posição que atribui, dentre outros a POTHIER. Reconhece, assim, textualmente “um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos”, e argumenta que, precisamente por isso, não é admitida sua renúncia prévia; e, mesmo depois de consumada, não pode ela dar-se em prejuízo de terceiro que da sua verificação se tenha beneficiado (op. cit., p. 476). Mais adiante, porém, ao tratar da Decadência e procurar acentuar as diferenciações entre os

dois institutos, admite o mesmo autor que “a prescrição é instituída com fundamento em um motivo de ordem pública, mas *no interesse privado do favorecido*”, sendo esta a razão pela qual somente é pronunciada a seu requerimento; enquanto que a Decadência, conforme já registrado linhas atrás, “é criada não só *por motivo*, mas *no interesse também da ordem pública*” (p. 480). Data maxima venia, a sutileza da diferenciação não parece muito convincente.

Seja como for, a maioria da doutrina nacional tende mesmo a inclinar-se pela fundamentação — seja da prescrição, seja da decadência — em *razões de ordem pública* (poder-se-ia dizer “motivo” ou “interesse”, sem alterar o sentido?), por vezes identificada também com uma referência à ordem social, à harmonia social, ou à segurança jurídica geral. Nesse sentido, dentre outros, Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, e Arnaldo Wald, além dos já mencionados.

#### 4. A polêmica em torno dos conceitos de Prescrição e Decadência e dos critérios de distinção

Por demais conhecido o desassossego e desencontro que sempre lavrou na doutrina nacional e internacional em torno dos conceitos aqui sob apreciação, não se pretende, no presente estudo, mais do que fazer disso breve registro.

São tantas e tamanhas as divergências, que alguns autores, talvez sem esperança de vê-las superadas, preferem renunciar ao debate, concluindo, apressadamente, pela inexistência de diferenças entre os dois fenômenos, ou, ao menos entre seus efeitos de ordem prática. Enquanto isso, outros, ao contrário, declaram expressamente a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de estabelecerem-se critérios válidos *a priori*, contentando-se com a identificação, *a posteriori*, caso a caso, o que vale dizer, partindo dos efeitos para a causa. São, de alguma forma, exemplos dessas posições BAUDRY-LACANTINERIE e ALBERT TISSIER, além de GIORGI e AMILCAR DE CASTRO, no relato feito por AGNELO AMORIM FILHO, autor daquele que talvez seja, até hoje, entre nós, o melhor trabalho sobre o assunto, sem embargo de suas modestas dimensões (“CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA DISTINGUIR A PRESCRIÇÃO DA DECADÊNCIA E PARA IDENTIFICAR AS AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS”, in Revista de Direito Processual Civil. Ano II, vol. 3, jan/jun/1961), sem demérito algum, é claro, para a clássica e pioneira obra de CÂMARA LEAL, que mais extensamente se dedicou ao tema.

Entre as autores que, na doutrina brasileira, assumiram posição sobre a matéria, merecem destaque, além desses, HÉLIO TORNAGHI, CARVALHO SANTOS, CLÓVIS BEVILÁQUA, LUIZ CARPENTER, PONTES DE MIRANDA, CAIOMÁRIO DA SILVA PEREIRA, ORLANDO GOMES, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, ARNALDO WALD e MARIA HELENA DINIZ,

para ficar apenas entre os civilistas, muito embora o problema tenha despertado o interesse de inúmeros processualistas de escol, como não poderia deixar de ocorrer, dado que é no Processo que acabam por desaguar as questões relativas à prescrição ou à decadência.

Descabendo, aqui, examinar, um por um, os inúmeros “Critérios” que têm sido tradicionalmente aventados em doutrina, nacional e estrangeira, para fazer a distinção referida, passa-se a registrá-los, de forma resumida e agrupando, por afinidade, os que apresentam pontos em comum:

1º - A prescrição extingue a ação, atingindo, indiretamente, o direito; enquanto que a decadência extingue o direito, e, por via oblíqua, a ação. Este, sem dúvida, o critério tradicionalmente mais difundido por nossos doutrinadores. Todavia, inteiramente, insatisfatório, conforme apontado por AGNELO AMORIM (op. cit.), até pelo fato de representar manifesta “petição de princípio”, eis que propõe-se a fazer a distinção pelos efeitos, ao invés de fazê-la pelas causas; dito em outras palavras, o que é preciso descobrir é justamente quando é que o prazo atinge a ação e quando ele atinge o direito, e por que.

2º - É de decadência o prazo estabelecido por lei ou pelas partes, quando prefixado para o exercício do direito; é de prescrição, quando fixado para o exercício não do direito diretamente, mas da ação que o protege; quando, porém, o direito tenha que exercer-se por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo fixado para a ação deve ser tido como prefixado para o direito, sendo, assim, de decadência, e não de prescrição, como poderia parecer. É o critério proposto por CÂMARA LEAL, que representou, sem dúvida, importantíssimo avanço, mas mereceu, ainda assim, a crítica (fundada) de AGNELO AMORIM, pelo fato de ser critério também meramente empírico, sem base científica sólida, servindo apenas para a distinção prática, nos casos concretos; deixa ele de fornecer uma *norma* para identificar quais as situações em que o direito nasce com a ação; além do que não se presta para identificar as hipóteses de ações imprescritíveis.

3º - Critério calcado na limitação temporal do direito. A decadência não seria mais de que a extinção de um direito pelo expirar de uma duração prefixada (“*délai prefix*”). Proposto por CROME, TARTUFARI, PACIFICI-MAZZONI e M.PLANIOL, no relato de SERPA LOPES (op. cit., pag. 563).

4º - Critério baseado na índole da inação do titular. Na prescrição, o principal fato é o não exercício do direito em sentido subjetivo (o não fazer valer o seu direito, por via da ação), sendo secundário o fato do decurso do tempo; na decadência, ao contrário, o decurso do tempo útil é o elemento principal; o fato de não haver exercitado o direito representa apenas um meio de produzir o efeito extintivo do direito (tese de WINDSCHEID, citado por SERPA LOPES)

5º - CrITÉrio calcado nos caracteres intrínsecos e extrínsecos do direito ou da relação jurídica atingida. Em outras palavras, devem ser buscados os motivos particulares de uma dada relação jurídica, por força dos quais a lei outorgou ao respectivo termo uma energia mais intensa. Todas as decadências são criadas por lei; então há de procurar-se o motivo especial para ser estabelecido um termo para o cumprimento de um ato, por exemplo. Já a prescrição é sempre destinada à obtenção de um escopo social. É o critério proposto por BIANCHI, BARASSI, GIORGI e MODICA.

6º - CrITÉrio baseado na natureza do direito e do modo de sua aquisição. Tanto na decadência quanto na prescrição, a causa eficiente não é só o decurso do tempo, senão a falta de exercício durante um lapso de tempo. Nem a decadência se produz pela ação exclusiva do tempo, nem a prescrição por uma presunção de renúncia. A questão está em procurar a natureza do direito, isto é, a diferença entre um direito já adquirido e a perda da possibilidade de aquisição. É a concepção de PUGLIESE, que, no Brasil, foi seguida por CARLOS MAXIMILIANO, para quem, “a prescrição seria a definitiva consolidação de um estado de fato, que uma pessoa está gozando, oposta ao direito de outra; a decadência corrobora um estado jurídico preexistente; a primeira extingue um direito; a segunda respeita um direito em via de formação (apud SERPA LOPES, op. cit., pag. 564).

7º - CrITÉrio fundado na diferença entre direitos que nascem com termo prefixado, e direitos de duração indefinida. Os primeiros estão sujeitos a decadência, pois a lei ou as partes fixaram um termo dentro do qual uma ação pode promover-se; não é o direito que se extingue com o decurso do termo, mas é o decurso do termo que impede a aquisição do direito, ou melhor ainda: a pretensão a cujo exercício se prefixa um termo, nasce trazendo de origem esta limitação de tempo; na prescrição, ao contrário, o direito nasce com uma duração indefinida, e só se pode perder por negligência ou inatividade no seu uso. É a tese de DE RUGGIERO, na lição de SERPA LOPES (op. e loc. cit.)

8º - A prescrição extingue o direito, e não a ação, ao contrário do que se propôs no primeiro dos critérios aqui alinhados. Sustentam esta posição, dentre outros, CAIO MÁRIO, NICOLAU NAZO e, de certa forma, ORLANDO GOMES e PUGLIESE.

9º - A prescrição é uma exceção e a decadência, uma forma de preclusão. A tese, que se vale de linguagem tipicamente processual, é do mestre PONTES DE MIRANDA, merecendo destaque sobretudo pela imensa autoridade de quem a professa. Sustenta ele que o primeiro dos institutos citados consiste numa Exceção que alguém tem contra quem não exerceu, durante certo tempo, fixado em alguma regra jurídica, a sua pretensão ou ação. Isso serve à segurança jurídica, mas não destrói os direitos nem cancela as pretensões, que ficam apenas com sua eficácia “encoberta”. Quanto á decadência, ele a denomina, de “preclusão”.



10º - Outros critérios - alinham-se, aqui, algumas propostas remanescentes, que fazem alusão a aspectos secundários ou instrumentais, não substanciais: a) a prescrição pode ser suspensa, interrompida ou impedida; e a decadência não pode; b) a prescrição de ações patrimoniais não pode ser decretada ex officio; a decadência legal pode e deve; c) a prescrição pode ser renunciada pelo beneficiário, depois de consumada; a decadência, fixada por lei, não pode, nem antes nem depois; d) o prazo da prescrição é fixado por lei; o da decadência pode ser fixado por lei ou pela vontade, unilateral ou bilateral, das partes (MARIA HELENA DINIZ, CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO, 1º VOL. TEORIA GERAL, pag. 264)

### **5. A matéria no Código Civil Brasileiro em vigor**

Nosso Código Civil não merece elogios pelo tratamento dispensado à matéria objeto do presente estudo. Pelo contrário, representa ela, sem sombra de dúvida, uma de suas mais vulneráveis regiões.

Como é sabido, o Código sequer contempla a figura da “Decadência”, muito embora contenha, sob o rótulo impróprio de “Prescrição”, casos que são identificados, doutrinária e jurisprudencialmente, como de Decadência. A explicação para isso, no registro de COSTA MANSO, reproduzido por AGNELO AMORIM, é que, no projeto primitivo, organizado por CLÓVIS, os prazos de decadência se achavam dispersos no Código, o que vale dizer, nos seus lugares apropriados; assim foram mantidos pela Comissão Revisora extraparlamentar, e pelos órgãos deliberativos próprios da Câmara, incluindo-se o Plenário; a Comissão de Redação Final, porém, pretendendo “melhorar” o projeto, tratou de “sistematizar melhor a matéria”, e, para isso, transferiu para a Parte Geral todos os prazos de Decadência, juntando-os com os de Prescrição, que aí corretamente se encontravam, gerando a absurda indiscriminação que hoje se conhece e que obriga os intérpretes e aplicadores da nossa Lei Civil a, quotidianamente, ter que decidir *contra legem*, para não cometer erro maior. Como único conforto possível, vale lembrar a sábia observação de CARPENTER: “em artigos de lei, o erro, quando é demasiado grande, não prejudica, pois pode ser ladeado” (“Da Prescrição, pag.357, *apud* A. AMORIM, pag 97). Talvez se devesse dizer, no caso, “*deve( e não apenas pode) ser ladeado*”...

De mais a mais, ao rotular como “de prescrição” hipóteses que são, em rigor, de decadência, contribui o atual Código para agravar, ainda mais, o amplo dissenso doutrinário e jurisprudencial que grassa em torno do assunto, na medida em que alguns se dão conta do erro da lei, em determinados casos, e tratam de “corrigi-la”, ou “supri-la”, mas deixam de fazê-lo noutros casos, onde, por identidade de razões, deveriam proceder da mesma forma. Conforme anota o Min. MOREIRA ALVES, a doutrina tem sido ágil e atenta, por exemplo, em corrigir o Código quando se cuida dos casos atinentes

ao Direito de Família, especialmente em matéria de Anulação de Casamento, demonstrando que, embora postos como de prescrição, estes são prazos decadenciais; não se vê, todavia, a mesma presteza em reconhecer como de decadência os prazos de Anulação de qualquer Negócio Jurídico ... (o que seria de esperar, até por coerência).

Não fica nisso, porém, a fragilidade do nosso atual diploma substancial, nesse campo. Por não estar assentado em sólidas bases doutrinárias, vacila e volta a equivocar-se nos conceitos, inclusive naqueles mais generalizadamente aceitos (o que não quer dizer que sejam, necessariamente, os mais corretos), falando, ora em “prescrição da ação” (arts 177 e 178), ora em “prescrição do direito” (arts 166 e 167)...

A crítica, neste particular, todavia, talvez deva ser atenuada, levando-se em conta o fato de que o Código, em seu todo, traduz, em matéria da Teoria da Ação, posicionamento de mais de um século atrás, sendo, até certo ponto compreensíveis, nessa ótica, as referências, ora à “prescrição da ação”, ora à “prescrição do direito”. É que a “ação”, no Código Civil, outra coisa não é senão a velha “ação material”, da teoria imanentista, do que não deixa dúvidas, sobretudo, o seu artigo 75. E sendo assim, não há realmente o que estranhar ao constatarem-se os inevitáveis reflexos de tal conceito de “ação”, quando o Código, mais adiante, trata da Prescrição. Com efeito, na Teoria Civilista, a ação identificava-se com o próprio direito subjetivo material, era “o direito reagindo ante a ameaça ou violação”. O Direito Processual não firmara, ainda, sua plena autonomia, e, embora em outras plagas o debate já andasse avançado, entre nós ainda prevaleciam as velhas noções. Aqui não se cogitava, ainda, da ação como um direito distinto do direito material subjetivo, registram-no todos os nossos processualistas, ao cuidar da evolução da Teoria da Ação. E se assim era, não parece justo esperar estivessem os elaboradores do Código de 16 (na verdade, elaborado muito antes dessa data) particularmente atentos à importância (hoje tão evidente) de fazer-se a diferença entre o “extinguir a ação” e o “extinguir o direito”.

Daí porque aquilo que hoje é visto como flagrante inconsistência entre as disposições dos arts 166/167 e 177/178 (não só hoje, mas de há muito, eis que a doutrina nacional vem, naturalmente, absorvendo os avanços da doutrina européia, já há várias décadas, enquanto o nosso direito positivo não mudou) na verdade, talvez devesse ser com mais naturalidade compreendido.

## 6. O tratamento dispensado à questão nos Anteprojetos e Projetos que se sucederam

### 6.1. - Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1941.

Ao apresentar ao então ministro FRANCISCO CAMPOS sua Exposição de

Motivos, em 24 de janeiro de 1941, a Comissão integrada por OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, deixava claro o tratamento que havia dispensado ao tema ora em estudo. Após justificar a idéia em si, de um Código de Obrigações unificado, seus autores cuidaram de explicar a inclusão, no Título V, da chamada “Parte Geral” daquele código, título esse que tratava da “Inexecução das Obrigações”, de um Capítulo versando o tema da “Prescrição” (arts 354 a 371).

Procurando antecipar-se às críticas certamente esperadas, alegaram: “Dir-se-á que a matéria de prescrição transcende o direito obrigacional, mas raros são os casos em que assim ocorre na técnica atual: a grande maioria dos autores sustenta que, no regime do Código Civil, os casos de direito de família, constantes do art. 178, são antes de caducidade do que propriamente de prescrição. O instituto encontra, portanto, seu lugar próprio no código de Obrigações; se surgir a necessidade de estendê-lo a outras relações jurídicas, serão estas oportunamente atendidas no ponto adequado”. E, mais adiante: “... foi incluída a prescrição no título de inexecução das obrigações (porque)... paralisando o meio coercitivo de que dispõe o credor, prejudica ela, afinal, a exigência da prestação. Por outro lado, a grande maioria dos casos atinge matéria puramente obrigacional; nos direitos de família e sucessão, abundam, de preferência, os prazos de caducidade ou extintivos de direito. No direito das coisas, além de hipóteses de decadências, os casos de prescrição obedecem, precipuamente, ao jogo do interesse contrário — isto é, o elemento aquisitivo, pelo usucapião”.

Como se percebe, procuraram os autores do Anteprojeto prevalecer-se exatamente das debilidades do atual Código Civil (analisadas no tópico anterior — supra, n. 5) para justificar seu desiderato: a criação de um Código de Obrigações, contendo, em sua “Parte Geral” (!) a disciplina da Prescrição. Para isso, apontaram em direção a problemas que são reais, conforme se viu, dentre eles o tratamento promíscuo que o diploma em vigor dispensa aos prazos de decadência, de permeio com os prazos prescricionais, como se de um só e mesmo instituto se tratasse. E pinçaram dali, exatamente, aqueles prazos relativos ao Direito de Família e Sucessões, para lastrear seus argumentos. O caso do Direito das Coisas, no que tange ao problema das “ações reais” do art. 177, serviu também de complemento à argumentação básica.

Assim incidiam, já então, no equívoco registrado por MOREIRA ALVES, de só enxergar a natureza decadencial nas matérias relativas à família e sucessões, quando esta mesma natureza se faz presente, independentemente do conteúdo material da relação, sempre que se trate da anulação de qualquer negócio jurídico. O que vale dizer: não demonstraram correta percepção do *punctum dolens* de todo o problema, qual seja, o da verdadeira distinção entre os dois institutos.

De resto, andava bem o anteprojeto, ao propor a redução dos prazos, e a redução da variedade deles: tudo se enquadrando nas classes de um, três, cinco ou dez anos.

6.2 - Anteprojeto de Código de Obrigações, de 1963.

Elaborado e apresentado ao Ministro da Justiça pelo Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, este Anteprojeto, embora tratando apenas do Direito das Obrigações como o anterior, cuidou de disciplinar, além da Prescrição, também a Decadência. E o fez, diversamente daquele, sob o Título “Da Extinção das Obrigações”, e não sob o Título “Da Inexecução das Obrigações”.

Era o Capítulo III desse último título que, nos arts 273 a 298, regulava, ambos os institutos. Claro está que refletia-se no anteprojeto toda a concepção pessoal de CAIO MÁRIO, a começar pela sua compreensão de que a Prescrição extingue o direito, e não a ação, como entendia a grande maioria da doutrina à época. Assim, rezava o artigo de abertura (273): “*Extingue-se o direito por prescrição quando o seu titular o não exercita pelo tempo previsto em lei deixando que se constitua situação contrária à pretensão do credor. Não prescrevem os direitos indisponíveis nem as faculdades legais*”. Fácil é perceber-se a superioridade do tratamento, em relação não só ao Código em vigor, como também ao Anteprojeto de 1941, desde que se abstraia a referência à “extinção do direito”. Mas forçoso é reconhecer que a referência ao conceito de “pretensão”, e a noção de “constituição de uma situação a ela contrária”, já representam grau bem mais elevado de sofisticação no tratamento da matéria. Acrescente-se a isso a introdução, pioneira, de norma positiva declarando **imprescritíveis** os direitos indisponíveis e as faculdades legais.

Prosseguia o anteprojeto, confirmando sua superioridade técnica sobre o anterior, e sobre o código vigente, no teor do art. 281, referente à Decadência, a dizer: “*Quando um direito tem de exercer-se dentro de prazo certo, sob pena de decadência, não se aplicam as regras relativas à interrupção, impedimento ou suspensão da prescrição. Mas, uma vez ajuizada a ação, assegura-se a situação do titular*”. E completava-se com o art. 294: “*O prazo da prescrição começa a correr da data em que a pretensão pode ser exercida judicialmente ou da que for especialmente qualificada em lei*”.

No mais, mantinha-se a tendência, já presente no anteprojeto de 1941, no sentido da redução dos prazos (à vista da velocidade da vida moderna), bem assim da redução do número de hipóteses de prazo, visando à simplificação (agora para um, dois, três, cinco e dez anos).

6.3. - Anteprojeto de Código Civil, de 1963 (Governo João Goulart)

Conhecido como Anteprojeto ORLANDO GOMES, elaborado que foi pelo antigo mestre da Universidade Federal da Bahia (e posteriormente revisto por Comis-

são formada por ele próprio e mais CAIO MÁRIO e OROSIMBO NONATO, já em 1964) esse Projeto de Código Civil excluía o Direito das Obrigações, que era objeto do outro Anteprojeto, elaborado em paralelo. Além disso, não continha uma Parte Geral, então condenada por argumentos conhecidos desde a primeira tentativa de 1941: caráter doutrinário e pedagógico que não é função da lei, e não cumprimento da alegada pretensão de fixar normas realmente abrangentes, comuns às quatro partes especiais em que, de hábito, se divide o Direito Civil.

Partindo de tais premissas, o Anteprojeto não regulava, como é óbvio, os institutos da Prescrição e da Decadência, fazendo disso, logo na abertura da sua “Memória Justificativa”, o seguinte registro: “... as regras atinentes aos Atos Jurídicos são aplicáveis, quase que exclusivamente, às obrigações;.....os preceitos relativos às nulidades dos atos jurídicos se particularizam no campo do Direito de Família;... a prescrição é, fundamentalmente, um modo de extinção das obrigações; (e)... a decadência é instituto de aplicação quase exclusiva no Direito de Família....”

#### 6.4. - Projetos de Código Civil e de Código de Obrigações, de 1965 (Governo Castelo Branco)

Estes textos não apresentam, praticamente, alterações de relevo, em relação aos Anteprojetos respectivos, ao menos no que se refere à matéria aqui em estudo.

#### 6.5 - Anteprojeto de Código Civil, de 1972 (revisto em 1973)

A cargo de Comissão (elaboradora e revisora) constituída por MIGUEL REALE, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, ARRUDA ALVIM, SYLVIO MARCONDES, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS DO COUTO E SILVA e TORQUATO CASTRO, referido Anteprojeto é o que veio a transformar-se no Projeto de Lei atualmente em tramitação (sob o n. 634/75, originariamente, na Câmara, e n. 118/84 no Senado), e para o qual se reserva tópico especial no presente estudo, porque seu objeto principal (ver item 9, infra).

#### 7. A matéria no Código de Processo Civil de 1973

Como não poderia deixar de ser, também o CPC trata de Prescrição e Decadência, fazendo-o, é claro, em sua expressão processual, isto é, como reflexos de fenômenos de Direito Material que se revelam, freqüentemente, dentro de um processo.

Referem-se aos institutos em estudo, principalmente, os artigos 219, *caput* e §§ 1º, 4º e 5º, 220, 269, IV, 295, IV, 495, 617, 741, VI, 746 e 810.

O significado das principais normas aí contidas pode ser assim resumido:

1) a citação interrompe a prescrição (arts 219 e 617) e obsta a decadência (art. 220). É este um dos chamados efeitos “materiais” da citação, em contraposição aos efeitos “processuais” (litispendência, prevenção, etc)

o juiz só pode conhecer, de ofício, da prescrição de direitos não-patrimoniais (o que, na prática pouco representa) e da decadência. A regra, em verdade, pelo menos em sua 1ª parte, já se encontrava no Código Civil (art. 166);

2) a constatação da prescrição (nos casos em que isso é possível) ou da decadência, pelo juiz, é causa de indeferimento da inicial, o que vale dizer, de extinção do processo sem julgamento de mérito (arts 295, IV c/c 267, I). A norma contém equívoco grave, apontado pela melhor doutrina (confira-se, dentre outros, CALMON DE PASSOS, Comentários, vol. III, pag. 270), eis que, verificada uma ou outra, o caso seria de extinção do processo com julgamento de mérito, como decorre, aliás, do disposto no art. 269, IV do mesmo diploma. Isto porque, uma vez que se operou a extinção do direito, ou a perda da sua exigibilidade (pretensão), a sentença há de ser de mérito, e, portanto, capaz de fazer coisa julgada material;

3) a prescrição pode ser alegada como fundamento para embargar a execução por título judicial, desde que superveniente à sentença, e, ainda, para embargar a adjudicação ou a arrematação, quando superveniente à penhora;

4) o autor decai do direito de propor a Rescisória em dois anos do trânsito em julgado da sentença ou acórdão. O prazo é efetivamente de decadência, eis que se cuida de ação desconstitutiva, com prazo de exercício prefixado em lei (art. 495);

5) a prescrição ou a decadência, quando acolhidas no processo cautelar, constituem-se no único caso em que o julgamento deste influi sobre a ação principal (art. 810), inclusive para impedir seu ajuizamento (se preparatória a cautelar). Isto porque aí se tem uma sentença de mérito, ou seja, neste caso se antecipa, na cautelar, uma decisão de natureza substancial sobre a própria lide (ação principal), para reconhecer a inexistência de direito ou a perda da pretensão;

### 8. Estágio atual do problema na melhor doutrina

Em que pesem as sérias dificuldades antes apontadas, e a despeito do desalento de alguns, a doutrina vem demonstrando que é possível encontrar caminhos conducentes a um melhor equacionamento do problema “Prescrição e Decadência”. E a trilha que se afigura como a mais promissora, ao que tudo indica, é aquela que vai buscar, como ponto de partida para uma mais precisa conceituação dos dois institutos, e, assim, para sua perfeita diferenciação, a própria diferenciação entre as várias espécies de Direitos. É, pois, numa melhor compreensão das distintas categorias de Direitos (Direito aqui entendido em seu sentido “Subjetivo” *lato sensu*) que reside a possibilidade de um mais perfeito isolamento dos conteúdos de tais institutos.

Nesse sentido, a Classificação dos Direitos formulada por CHIOVENDA (Instituições), e com extraordinária lucidez e clareza exposta por FERRARA (FRANCESCO FERRARA, TRATTATO DI DIRITTO CIVILE ITALIANO, vol. I, Athenaeum, Roma, 1921) pode conter a chave da equação.

Entre nós, foi o prof. AGNELO AMORIM FILHO quem primeiro, talvez, formulou a questão nesses termos, em seu lúcido estudo já antes referido.

De acordo com a classificação “chiovendiana”, os Direitos Subjetivos podem ser agrupados em duas Grandes Categorias.

Uma, a dos “Direitos a uma Prestação”, os quais, na verdade, correspondem ao que o mestre MOREIRA ALVES denomina propriamente de “Direitos Subjetivos” (e que poderiam ser aqui chamados, apenas para evitar complicações meramente semânticas, “Direitos Subjetivos stricto sensu”); são eles os direitos que têm como contrapartida um dever de prestação (positiva ou negativa) por parte de outrem (i.e., do sujeito passivo). Essa primeira categoria abrange duas sub-categorias, correspondentes aos Direitos Reais, uma, e aos Direitos Pessoais, outra; ou, se preferirmos, aos Direitos Absolutos, uma, e aos Direitos Relativos, outra; a diferença relevante entre elas reside no fato de que, na primeira, o sujeito passivo é, para alguns, genérico (a coletividade) e, para outros, é apenas determinável; já na segunda sub-categoria, o sujeito passivo é previamente conhecido, portanto, individualizado e determinado; além disso, acrescente-se que, na primeira, a prestação, é, em princípio, negativa (dever de abster-se), embora se possa transmudar em positiva após a violação, enquanto na segunda é, já de início, positiva (obrigação de dar ou fazer).

Mais importa agora, todavia, concentrar atenção na segunda Grande Categoria: a dos “Direitos Potestativos”. Estes são poderes que a lei confere ao titular, no sentido de submeter, de *sujeitar* o outro (sujeito passivo), independentemente do concurso da vontade ou de qualquer atividade ou prestação deste; tais direitos, conforme Chiovenda, atuam mediante simples declaração de vontade do titular, embora, às vezes,

com a necessária intermediação do Estado (Judiciário); o sujeito passivo nada precisa, nem pode, fazer, apenas ficando sujeito à produção dos efeitos jurídicos da declaração de vontade do sujeito ativo.

Como se observa, essa categoria – Direitos Potestativos – encerra Direitos aos quais *não corresponde uma Prestação* e que, por isso mesmo, *não podem ser violados pelo sujeito passivo*, ou por quem quer que seja. São exemplos: o poder do doador de revogar a doação; o poder do mandante de revogar a procuração; o poder de resgate, na retrovenda; o poder do condômino, de desfazer a comunhão; o do cônjuge, de promover a anulação do casamento, nos casos previstos em lei; ou, mais amplamente, o poder da parte, de pleitear a anulação do negócio jurídico.

FERRARA os examinou em grande profundidade, na obra acima citada, na *Sezione II, "Teoria dei Rapporti Giuridici"* (pags. 295/462), dentro do *Capitolo VIII, "Concetto dei Diritti Soggettivi"*. Ali, analisa o mestre os conceitos de Relação Jurídica, Dever Jurídico e Direito Subjetivo; depois, passa a conceituar Pretensão ("*Pretesa*") e Ação, para, em seguida, mais precisamente a partir da página 341, entrar na questão dos "Direitos Potestativos", que são por ele tratados, de início, no contexto do conceito das "Faculdades Jurídicas", para, a partir daí, fazer-lhes a diferenciação, em busca de suas notas específicas.

Inicia mostrando como "*nella letteratura moderna, s'è disegnato un movimento tendente a far riconoscere una nuova categoria di diritti soggettivi distinti da quelli ordinari, aventi per contenuto il potere di produrre un effetto giuridico. L'attenzione degli studiosi fu da principio attratta da singoli fenomeni, che non si sapevano subordinare negli schemi tradizionali. Così il potere di disposizione del proprietario, il potere del creditore di cedere il credito, che la teoria comune faceva rientrare nel diritto stesso alienato, a differenza del Thon che ne reivindicava il carattere autonomo, vennero dal Windscheid concepiti come una seconda specie di diritti, diritti cioè in cui la volontà del titolare è normativa per la nascita, modificazione od estinzione di diritti.*" (op. cit. pag 341/342).

Prossegue o mestre peninsular fazendo o encadeamento das contribuições, dentre outros, de ENNECCERUS, BEKKER e ZITELMANN, acentuando que, conforme este último doutrinador, "*sono diritti secondari, senza pretesa, conferenti al titolare una podestà di determinare, modificare od estinguere un effetto giuridico*". Registra o desenvolvimento posterior da teoria com SECKEL, que chamou esses direitos de "*Diritti di Conformazione, perchè il loro contenuto è la forza del titolare alla conformazione di relazioni giuridiche concrete per la sola volontà*". (Daí, talvez, haja PONTES DE MIRANDA absorvido a expressão que acabou por adotar entre nós – "Direitos Formativos").

Após relatar as resistências que a teoria enfrentou na Itália, onde, à exceção de CHIOVENDA, não tivera ela, ainda, grandes defensores, chega à conclusão de que



*“ il contenuto precipuo di questi diritti è dunque un potere giuridico. Il mutamento giuridico avviene in conseguenza d'un atto unilaterale dell' agente, sia una dichiarazione di volontà fatta alla parte od un' autorità, oppure un' istanza amministrativa od infine per azione in giudizio...(sentenze costitutive)”* (p. 344).

Explica, ainda, como o conceito de Direitos Potestativos, de início, alargou-se, talvez um tanto exageradamente, para abranger (ou confundir-se) com as Faculdades, ou mesmo, as Capacidades Jurídicas, para que depois *“se venisse restringendo, ed alla tendenza primitiva di espansione che animava questa figura, si venisse sostituendo un procedimento metodico di riduzione. Così vediamo eliminati mano mano dai diritti del potere giuridico, la podestà di disposizione e la podestà d' appropriazione, si distingui fra diritti potestativi autonomi e non autonomi.... (Omissis)... ma questi tentativi di correzione, lungi dal salvare la teoria, ne scoprono la debolezza”*.

Ao final de toda essa evolução, conclui o mestre FERRARA (p. 250) que, dado o conceito de “Faculdade Jurídica”, como potencialidade de obter, por uma conduta própria, um efeito jurídico, reconhecemos, aí, manifestações de Capacidade Jurídica, as quais podem ser gerais abstratas, ou especiais concretas. Estas últimas é que são, para ele, os Direitos Potestativos (aqui, em tradução livre do autor).

Feita a distinção necessária entre Direitos Potestativos e as meras “Faculdades” legais ou jurídicas (basta ver que o exercício dos primeiros cria um estado de *sujeição* para o outro, coisa que não ocorre com a mera Faculdade – p. ex., o proprietário tem a faculdade de vender a coisa, mas ninguém está, por isso, sujeito a adquiri-la), pode-se acrescentar, para ilustrar o ponto, agora em linguagem “pontiana”, a seguinte fórmula sintetizadora da questão: “faculdade é = poder”; já “direito potestativo é = poder + direito”. Por isso é que somente este último cria *Sujeição*, i.e. possibilidade de entrada na esfera jurídica de outrem, independente, e até contrariamente, à sua vontade. Isto porque, conforme ensinava o mestre PONTES, *“toda permissão para entrar na esfera jurídica de outrem é direito; e a todo direito corresponde um sujeito passivo”* (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, apud AGNELO AMORIM FILHO, op. cit. pag 102).

Para o exercício de alguns desses Direitos (potestativos), a lei exige que se recorra necessariamente ao Judiciário; são os chamados “processos necessários” (ex: anulação de casamento). Em outros, ao contrário, eles atuam por simples declaração de vontade do seu titular (ex: a revogação de mandato). Noutros casos ainda, a provocação da tutela jurisdicional deverá ocorrer, caso haja resistência da outra parte; ou seja, a via judicial aí é condicionada, ou subsidiária (exs: extinção de condomínio; revogação de doação)

Como já se haverá percebido, quando tais direitos potestativos (ou formativos) precisam ser exercidos pela via judicial, o que ocorre não é um pedido de natureza *condenatória*, pois não necessita o Autor que o Juiz *condene o Réu a dar-*

*lhe, a fazer*, ou a deixar de fazer alguma coisa. Noutras palavras, não necessita o Autor de nenhuma “prestação”, contribuição, colaboração ou atividade do Réu. Basta-lhe o provimento jurisdicional de *procedência* do pedido, *decretando* o próprio juiz as conseqüências disso; e já estará satisfeito seu direito, ou melhor sua pretensão, visto como o Réu fica “*sujeito*” a ela, mesmo contra sua vontade, e mesmo que permaneça inerte.

Ora, o que se acaba de descrever outra coisa não é senão um provimento de natureza *Constitutiva* (positiva ou negativa), que é o que resulta das chamadas “*Ações Constitutivas*”.

Diferentemente ocorre quando o provimento judicial *condena o Réu* a entregar uma quantia ou coisa ao Autor, ou a fazer ou deixar de fazer algo. Aí, por evidente, a satisfação do direito de penderá, ainda, da iniciativa espontânea do Réu, atendendo a quanto *lhe* determinou a sentença. Se não se verifica o cumprimento espontâneo, então, necessário será um novo processo, agora de Execução, para tornar efetivo o direito já reconhecido, mas não satisfeito. Ora, resta mais que claro estar-se aí diante da chamada “*Ação Condenatória*”. Pois bem, esta espécie de ação e de provimento é o que se ajusta perfeitamente quando se tem um *Direito a uma Prestação* (ou simplesmente, um *Direito Subjetivo propriamente dito*). Isto porque esta espécie de direito depende de uma colaboração do Réu (que, ou vem espontânea, ou tem que vir forçada, pelo Processo de Execução).

Como se percebe, então, as duas grandes categorias de direitos, antes enunciadas, dão lugar a duas distintas espécies de “ações” (rectius, de pedidos e de provimentos jurisdicionais, ou sentenças): **direitos potestativos = ações constitutivas; direitos a prestação (ou direitos subjetivos stricto sensu) = ações condenatórias**. E por que isto é assim? Porque *somente estes últimos (direitos a uma prestação) é que são suscetíveis de serem descumpridos, desatendidos, ou seja, violados* pela outra parte, eis que dela, de uma prestação dela, dependeria, em princípio, sua satisfação. Nunca os primeiros, para cuja satisfação basta o provimento do juiz, criando, modificando ou extinguindo uma situação jurídica, um estado jurídico.

Se o que se acaba de dizer é verdadeiro, pode-se voltar agora ao objeto central do estudo – a distinção entre Prescrição e Decadência (tomando como ponto de partida as distintas categorias de Direitos), para concluir que não existe razão efetiva para confundirem-se os dois institutos, desde que se introduza (e compreenda devidamente) mais um conceito: o de *Pretensão*.

Como se há de recordar, foi visto que a maioria dos autores concordava em que o termo inicial da Prescrição (que tem natureza de “Exceção” de direito material) era o nascimento da “Ação”. E isso coincidia com “a violação do direito”. Claro, pois, dentro da conceituação vigente à época (não se distinguindo o direito em sentido material, da Ação em sentido processual) o marco possível para a contagem do prazo

extintivo só podia ser aquele mesmo. Então, violado o direito, surgia a Ação, e em não sendo esta exercida no prazo legal (estabelecido que fosse no interesse da segurança jurídica, da paz social, da punição da inércia, ou de qualquer outro interesse que se considere) ocorria a Prescrição. Antes da violação, óbvio não poder ser exercitada a “ação”. No fundo, trata-se da “exigibilidade” da prestação. (A exceção ficava por conta da hipótese do art. 950 do atual CC).

Pois bem. Aí entra o conceito de *Pretensão*, a notável contribuição de WINDSCHEID, para ajudar a desfazer as confusões entre conceitos materiais e processuais, que tantos danos causaram à clareza necessária ao terreno jurídico. A partir dele, passou a desanuviar-se o quadro em que se discutia sobre o conceito de Prescrição, na medida em se passa a perceber que não é de “Ação”, propriamente, que se estaria falando, mas sim de “Pretensão”, ou, se se preferir, de “Ação em sentido material”, que nada tem que ver com a “Ação processual”, ou com “processo”, até porque é ela capaz de realizar-se sem processo (hipótese de satisfação espontânea da obrigação pelo devedor). Então, a “Pretensão” poderia ser definida como o poder de exigir de outrem, mesmo que extrajudicialmente, uma prestação.

Logo se vê que aí se cuida de um poder voltado contra o sujeito passivo da relação material, e não contra a Estado-Juiz, como ocorre com a Ação, tal qual é hoje entendida. Somente quando não satisfeita extrajudicialmente a Pretensão, é que surgiria a Ação (provocação da tutela jurisdicional estatal, para solucionar o impasse). Mas, mesmo assim, somente é correta a afirmação se se aceita a teoria da Ação “Concreta”, eis que, adotando-se a Teoria “Abstrata”, até mesmo tal colocação seria, ainda, imprecisa. A Ação, neste caso, preexistiria, ou teria existência independente da existência da pretensão (ou do direito) material.

Assim postas as coisas, para a doutrina mais moderna e atualizada, *a Prescrição começa a correr a partir do nascimento da Pretensão* (e não da Ação, nem tampouco do Direito). E, se a Pretensão só nasce mediante a violação de um direito subjetivo, então resulta claro que somente os Direitos Subjetivos “*stricto sensu*”, i.e., os Direitos a uma Prestação, podem dar margem a Pretensões, pois que *somente eles podem ser violados*, conforme se viu antes. (Os Potestativos não o podem, recorde-se, porque seu exercício, e sua efetiva satisfação, não dependem da participação ou colaboração de outrem).

Ora, se assim é, somente ante aquela espécie de Direitos (Subjetivos, ou a uma Prestação) cabe falar em *Prescrição*. E, finalmente, somente as “Ações Condenatórias” prescrevem, pois somente elas são destinadas a proteger direitos subjetivos violados, ou, se se preferir, direitos a prestações não cumpridas espontaneamente. Acrescente-se, por fim, que, como “exceção material” que é, a Prescrição depende, via de regra, de sua arguição pelo interessado — o réu (salvo a remota e difícil

hipótese de uma pretensão sem conteúdo patrimonial, vislumbrada, não se sabe bem como, pelo nosso direito positivo em vigor...).

Quanto às demais espécies de direitos — os Potestativos — há que lembrar, primeiro, que, **alguns deles sequer dependem de processo judicial, enquanto outros disso dependem, seja necessariamente, seja subsidiariamente.** De outra parte, há os que têm **prazo prefixado para seu exercício** e os que não o têm. Os que têm, devem-no a razões de política legislativa, ligada a considerações de interesse público ou paz social, que não cabe aqui avaliar. O que importa destacar é que tais **prazos nada têm que ver com os prazos de Prescrição**, pois aqui não se trata de um direito a uma prestação que, violado, fez surgir a conseqüente Pretensão. Não. Aqui se está diante de *prazos para exercício de direitos*, pura e simplesmente. Por sua vez, alguns desses direitos são exercitáveis pela via judicial; e aí haverá uma Ação (processual), um Processo. Já outros, não. Então, **o essencial, aqui, não é o prazo para o exercício da Pretensão, pela via da Ação, mas sim, o prazo para o exercício do próprio Direito, em si mesmo considerado.**

Não é por outro motivo que se pode afirmar que, no caso dos Direitos Subjetivos (a Prestações), quando a Prescrição incide, ela apenas *encobre a Pretensão ou sua eficácia* (ou se se quiser, a eficácia da Ação), permanecendo existente (embora enfraquecido) o direito. Tanto assim é que sobrevive ele à Prescrição sob a forma da “Irrepetibilidade” (do que for pago estando prescrita a dívida), ou das chamadas “Obrigações Naturais” (art. 970 do CC).

Já quanto aos Potestativos, a situação é bem outra, pois quando se dá a Decadência, não fica apenas encoberta a pretensão (que sequer existe, em sentido próprio); aqui *desaparece, realmente, o próprio direito*, pois não faria sentido pensar em outra conseqüência, se pretensão não há.

Se isso é verdadeiro, pode-se concluir, do mesmo modo que se fez acima (com a Prescrição, em relação às Ações Condenatórias) que, aqui, no que tange à Decadência, as Ações que podem sofrer (indiretamente, é claro) os seus efeitos, **são as Ações Constitutivas, pois é através delas que se exercem os Direitos Potestativos, nos casos em que se faça necessária a via judicial.** (Claro que, se e quando, além disso, o ordenamento houver fixado prazo para seu exercício).

Por fim, cabe registrar, para que não fique incompleto o quadro, que o terceiro tipo de Ação, (na classificação ternária, aceita pela maioria da doutrina, em contraposição à quinária, de PONTES DE MIRANDA) as **Ações Declaratórias, não se filiam nem ao campo da Prescrição, nem ao da Decadência.** Em primeiro lugar, porque são elas, de sua própria natureza, imprescritíveis, visando, como visam, à simples obtenção de certeza jurídica, à certificação da existência, ou não, de uma relação jurídica (excepcionalmente, de um fato — falsidade de documento). Em segundo lugar, porque

não contendo carga de eficácia condenatória, não poderiam ter a função de instar o devedor a cumprir uma prestação, protegendo a quem teve um direito violado; e nem tendo a eficácia de criar, modificar ou extinguir a relação jurídica (senão, apenas, certificar sua existência ou inexistência) não servem para o exercício de um direito potestativo pelo seu titular. Ora, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses supra, não podem, assim, as Ações Declaratórias, estar sujeitas (sempre indiretamente, é claro, como qualquer ação) nem à Prescrição, nem à Decadência. São elas, por via de consequência, Ações “perpétuas” (eis que dizê-las “imprescritíveis” é dizer menos que o necessário).

Claro está que, se uma possível pretensão condenatória, que poderia seguir-se a uma determinada “declaração”, já estiver prescrita, pode-se questionar o cabimento da ação declaratória; aí, todavia, já não se estará no campo do direito material, discutindo Prescrição ou Decadência, mas no terreno no campo processual, a discutir “interesse de agir”; este, efetivamente, pode estar ausente, e deixar o autor, na hipótese, “carente de ação”. Isso, porém, repita-se, já é outra questão. Nesse sentido, confira-se CELSO AGRÍCOLA BARBI (COMENTÁRIOS AO CPC, Forense, vol. I, pag. 46) com referências também a CHIOVENDA, LIEBMAN e FERRARA, entre outros.

## 2. O tratamento da matéria no Projeto de Código Civil em tramitação no Congresso Nacional

O Projeto de Código Civil que atualmente tramita (de volta) na Câmara, mercê das emendas introduzidas pelo Senado — onde aprovado o Relatório do Sen. Josaphat Marinho — representa, sem sombra de dúvida, um salto qualitativo em relação ao Código em vigor, na parte atinente ao tema aqui estudado.

A matéria está principalmente tratada no Título IV - “Da Prescrição e da Decadência” (art. 189/211) - do Livro III da Parte Geral (que cuida dos Fatos Jurídicos) e guarda perfeita sintonia com o Capítulo V do Título I, que trata “Da Invalidade do Negócio Jurídico” (art. 166/184).

A superioridade técnica do novo texto revela-se, logo de início, na disposição da matéria, na medida em que deve ter-se, agora (pressupondo a aprovação do texto na forma em que se acha), um Título efetivamente contemplando os dois institutos, e fazendo entre eles as devidas e indispensáveis distinções, situação bem diversa daquela apresentada pelo atual Código, que acabou por baralhar as hipóteses de um e de outro, na famigerada mistura em que se transformou o art. 178, obrigando os operadores do direito a decidir, diariamente, *contra legem*, para não decidir contra a lógica, o bom senso, a doutrina e a jurisprudência.

No Projeto, estão reunidos sob o rótulo de “Prazos de Prescrição” só e exatamente aqueles que o são, i.e., aqueles que representam Pretensões, vale dizer, afirmações de direitos subjetivos que dão margem à exigência de uma prestação de

alguém, a partir da violação ou lesão de um direito.

É isto, aliás, claramente enunciado logo no artigo de abertura do Capítulo, o art. 189 (quicá o dispositivo mais importante do projeto) nos seguintes termos: *“Violação do direito, nasce para o titular, a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts 205 e 206”*.

Jamais teve o nosso direito positivo norma assim clara, sólida e completa sobre essa tormentosa questão, contendo todos os elementos que refletem a opção pela melhor e mais atual doutrina na matéria — justamente aquela linha doutrinária exposta no tópico anterior deste trabalho. Aí estão presentes os modernos conceitos de “pretensão” e de “violação do direito”, este como requisito para o nascimento daquela, seguidos da afirmação de que é a pretensão (não a ação, nem o direito, propriamente) que se extingue com a prescrição. Ora, somente com esse artigo “já se inutilizam bibliotecas inteiras escritas sobre o assunto”, para usar frase conhecida, mas que não cabe aqui sem a ressalva de que, para chegar-se à formulação contida no dispositivo, foram necessárias as discussões doutrinárias que encheram todas essas bibliotecas.

Ao tratar da questão em seu livro “A PARTE GERAL DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO”, o ministro MOREIRA ALVES, utilizava-se, já em 1986, das seguintes precisas palavras, ao comentar o texto então aprovado pela Câmara dos Deputados (pags 151/152):

“Persistiu o princípio de que a pretensão, que se extingue pela prescrição, decorre da violação do direito. As duas emendas (as de n. 244 e 271) a propósito foram rejeitadas, e mereceram os seguintes comentários da Comissão Revisora: ‘Desde que o projeto — para evitar a discussão sobre se a ação prescreve, ou não — adotou o vocábulo pretensão, para indicar que não se trata do direito subjetivo público abstrato de ação, era preciso dizer o que entendia por pretensão. Daí o artigo 187 (atual 189), que tem a virtude de indicar que a prescrição se inicia no momento em que há violação do direito. Em se tratando dos denominados direitos potestativos, como são eles invioláveis, não há que falar em prescrição, mas, sim, em decadência. Para aperfeiçoar-se o texto do artigo 187, pode-se retirar o adjetivo ‘subjetivo’ (que constava no texto anterior) pois, se se alude à violação de direito, não é preciso dizer que se trata de direito subjetivo, porque só o direito subjetivo pode ser violado, já que o direito potestativo é insuscetível de violação, e, por-

tanto, de pretensão. A expressão 'ação', usada pelo Código Civil, é atacada pelos processualistas, que salientam que a ação, sendo direito subjetivo público abstrato, independe do direito material, e não prescreve. Acentuam que o que prescreve é o direito. Outros aludem à ação em sentido material. Para evitar a discussão, e para atender à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, usou-se, no projeto, do termo 'pretensão', que diz respeito a figura jurídica do campo do direito material, e se conceituou o que, no projeto, se entende por essa expressão (art. 187, atual 189). Procurou-se sanar, assim, uma falha de ordem técnica do Código Civil".

Para testar o princípio assim firmado, serve de exemplo, de pronto, o que se colhe logo do 1º inciso, do 1º parágrafo do art. 206: "*Prescreve, em um ano: a pretensão dos hospedeiros....(omissis) ...para o pagamento da hospedagem...*". E assim segue até o final, sem exceção ou deslize. Todas as pretensões ali enunciadas correspondem a pretensões jurisdicionalizáveis através Ações Condenatórias.

Em outro plano, inovou o Projeto ao reduzir o escalonamento de prazos, hoje superabundante e minudente no art. 178 do CC. É verdade que não se chegou ao ponto de outros Anteprojetos (v. tópico supra) que reduziram as hipóteses de prazos especiais a apenas três: 1, 3 e 5 anos. Mas, mesmo admitindo, ainda, 5 patamares de prazos (1, 2, 3, 4 e 5 anos) já simplificou bastante a variedade atualmente existente. É também verdade que a grande maioria dos demais prazos, sobretudo os mais curtos, correspondem, hoje, a hipóteses de decadência, e, portanto, teriam mesmo que ser daí afastados.

Vale ressaltar, ainda como inovação importante do Projeto, o conteúdo do art. 194: duas novidades ele contém; 1º) a proibição de reconhecimento da prescrição de ofício, é, agora, absoluta, sem a tradicional restrição aos direitos "patrimoniais"; e 2º) a proibição fica afastada se a prescrição favorecer o absolutamente incapaz.

Além disso, reduziu-se de vinte para dez anos o prazo geral máximo da Prescrição, atendendo à velocidade em que tudo caminha no mundo contemporâneo; tornou-se explícito que a Exceção prescreve no mesmo prazo da Pretensão; e que os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.; pelo art. 202, a interrupção só pode ocorrer uma vez (o que deverá evitar muitas manobras procrastinatórias); já as suspensões não têm limite.

De sua vez, os prazos de Decadência, encontram-se noutras partes do Projeto, seja em Partes Especiais, onde ocorrem as respectivas hipóteses materiais, seja mesmo na Parte Geral, mas em outro Capítulo ("Da Invalidade do Negócio Jurídico", no

Título “Do Negócio Jurídico”), como é o caso do art.178, que reza:” É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico...” (segue-se a enumeração do *dies a quo*, em cada caso – coação, erro, etc).

E no artigo seguinte, o 179, está posto também um outro prazo, de decadência, de caráter geral, estabelecendo que “quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato”.

Não se imagine, todavia, que inexistam, no próprio Título “Da Prescrição e da Decadência” normas básicas disciplinadoras deste último instituto. Elas ali estão, nos artigos 207 a 211. O que aí não está, porque aí não caberia inserir, são “os prazos” para cada hipótese decadencial, que vêm, topograficamente, ligados às matérias específicas respectivas – Direito de Família, Sucessões, etc.

Assim, neste Capítulo II, intitulado “Da Decadência”, estão normas como a que afasta a aplicação das regras de suspensão, impedimento ou interrupção (salvo expressa disposição legal); a que determina ao juiz conhecer de ofício a decadência, salvo quando convencional; e a que declara nula a renúncia da decadência legal.

Também a propósito do conceito de Decadência, e da segurança com que o mesmo foi absorvido e adotado pelos autores do projeto, vale transcrever a manifestação de MOREIRA ALVES e da Comissão Revisora, registrada na mesma obra, às pags155/156:

“Foi rejeitada a emenda (n. 281) que pretendia esclarecer quando se dava a decadência, com a introdução de um dispositivo assim redigido: ‘Se a parte interessada não reclamar judicialmente o exercício de um direito, no prazo estabelecido por lei, não mais poderá fazê-lo’. A propósito, acentuou a Comissão Revisora em seu relatório: ‘A emenda visa a declarar quando ocorre a decadência. Não é, contudo, feliz ao fazê-lo. Com efeito, ocorre a decadência quando um direito potestativo não é exercido extrajudicialmente ou judicialmente (nos casos em que a lei – como sucede em matéria de anulação, desquite, etc – exige que o direito de anular, o direito de desquitar-se, só possa ser exercido em juízo, ao contrário, por exemplo, do direito de resgate, na retrovenda, que se exerce extrajudicialmente) dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo. Ora, os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insusceptíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma



sujeição de alguém ... (omissis) ... Não há que 'reclamar judicialmente o exercício de um direito', mas, sim, o que há é que exercer um direito, pela obtenção de uma sentença judicial. Ademais, nem todo o direito potestativo só se exerce judicialmente, pois há os que se exercem extrajudicialmente, e não estariam abrangidos pelo disposto no texto da emenda...(omissis...)”.

Também no tocante à controvertida questão da possível “interrupção da decadência”, teve a Comissão oportunidade de manifestar-se, conforme revela MOREIRA ALVES (op. cit. pag 156/157). Foi ao examinar a emenda n. 282, que pretendia alterar o atual artigo 207. Este tem a seguinte redação: “*Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição*”. A emenda, além de outras coisas, retirava a ressalva inicial. A Comissão entendeu tal ressalva “*indispensável para que não se revoguem casos em que um dispositivo legal, atualmente em vigor, determine, para atender a hipótese especialíssima, a interrupção ou suspensão de prazo de decadência...(omissis)*”. Um de tais casos, por vezes mencionado, seria o do art. 220 do Código de Processo Civil, que, para alguns, dentre os quais o mestre acima citado, configura hipótese excepcional em que se admite a interrupção da decadência. Aqui, porém há de reconhecer-se que a matéria é controversa, mercê da péssima redação do referido dispositivo do CPC.

Com efeito, HÉLIO TORNAGHI, MONIZ DE ARAGÃO, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ALEXANDRE DE PAULA, THEOTONIO NEGRÃO e NELSON NERY JR, dentre muitos outros, dão interpretação diversa ao art. 220, entendendo que, ali, “*a lei visa assegurar à parte que os efeitos da decadência não ocorrerão, se ajuizar a causa dentro do lapso em lei previsto e obtiver o despacho inicial – ou apresentar a petição no protocolo da distribuição – desde que a citação inicial seja realizada na conformidade do disposto nos parágrafos 2º e 3º do 219; se não o for, incidirá, o parágrafo 4º*” (M. DE ARAGÃO, COMENTÁRIOS AO CPC, Forense, vol. II, pag 267). Ou, conforme posto por ALEXANDRE DE PAULA: “*o legislador quis estender as regras do 219 aos prazos decadenciais. Entretanto, poderia ter deixado mais clara a matéria, dizendo simplesmente, que não decai de seu direito aquele que, antes do vencimento do prazo, leva a juízo sua pretensão, através de petição entregue ao órgão competente. Porque, na realidade...(omissis).. a decadência não é interrompível. Consuma-se com a inércia do titular do direito ou deixa de consumir-se, com seu ingresso em juízo*” (CPC ANOTADO, vol. I, pag 855). Aliás, THEOTONIO NEGRÃO e NELSON NERY JR. reproduzem diversos acórdãos, do STJ e do próprio STF, em sentido semelhante, em seus repertórios. Em um deles restou decidido: “*...Objeta-se que o § 1º do*

*art. 219 cuida de interrupção... não podendo aplicar-se à decadência..(omissis)... A objeção não me parece válida. Cumpre interpretar a regra com as necessárias adaptações, e não tornar letra morta o art. 220. Certo que o prazo decadencial não se interrompe. A aplicação (à decadência) do dispositivo em exame far-se-á lendo-se 'o direito considerar-se-á exercido', em lugar de 'a prescrição considerar-se-á interrompida'. E o § 4º, em sua parte final, significará 'haver-se-á por não exercido o direito'..." (RSTJ 7/456; e RT 681/199; neste mesmo sentido, STF-Pleno, RTJ 130/1001 e RT 656/220) (in NEGRÃO, Nota 3 ao art. 220). Ainda, em NERY JR, CPC COMENTADO, 3ª ed., 1997, pag 508: "Tem-se por afastada a decadência, se a rescisória é proposta na véspera de sua consumação, ainda que a citação se efetue além do prazo de 10 dias, quando a demora é atribuível exclusivamente à deficiência do aparelho judiciário" (STJ, REsp 2001-RJ).*

Aliás, a própria Comissão Revisora chegou a afastar emenda (a de n.283) que pretendia estender à decadência o efeito interruptivo da prescrição, decorrente da citação em juízo, fazendo-o nos seguintes termos, segundo o testemunho de MOREIRA ALVES (p. 157): "A decadência só se aplica a direitos potestativos ...(omissis) ...Ora, o simples ajuizamento da ação, que é o instrumento do exercício desse direito potestativo, significa que a parte está exercendo o seu direito. Por isso, e não porque haja interrupção ou suspensão do prazo de decadência é que esse direito não mais decai: o exercício afasta a decadência, pois esta só ocorre se o direito não é exercido" (grifo do original).

Por fim, a Comissão rejeitou a emenda n. 284, conforme ainda o precioso registro de MOREIRA ALVES, a qual pretendia a supressão do art. 209, por dizer o óbvio — que a decadência é irrenunciável. Ao rejeitá-la, acentuou a Comissão: "...Sucedem que há realmente prazos de decadência renunciáveis. São os prazos convencionais (na retrovenda, por exemplo,...omissis...). Por isso é que o artigo diz que irrenunciável é apenas o prazo de decadência estabelecido em lei".

## 10. Conclusão

Com esta modesta exposição do tema, seguida de uma apanhado, embora sucinto, daqueles que se acredita sejam os principais pontos a caracterizar e marcar a fisionomia do novo Projeto de Código Civil, nessa matéria — da Prescrição e da Decadência — espera-se haver demonstrado, mais do que suficientemente, a imensa superioridade da nova normatização, quando confrontada com a lei civil em vigor. Em realidade, não há termo de comparação possível, tais as fragilidades e deficiências (há tanto tempo proclamadas) do atual Código Civil, nesse capítulo em particular, de um lado, e tal o nível de apuro técnico e a atualidade do Projeto, na matéria, de outro.

Efetivamente, se aprovados, esse Título e toda a Parte Geral, nos termos em

que se encontram, sem alterações feitas de afogadilho e de última hora, no calor do debate parlamentar – o que raramente contribui para aperfeiçoar matéria técnico-jurídica como esta – deverá o país, nos seus meios jurídicos, experimentar avanço qualitativo sem precedentes, no tema, representativo da assimilação, por seu direito positivo, do que de melhor logrou produzir a doutrina nacional e internacional, nas últimas décadas, no espinhoso e difícil tema da Prescrição e da Decadência.

#### BIBLIOGRAFIA

- I. AMORIM FILHO, AGNELO. “Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis”, in **Revista de Direito Processual Civil**, ano II, vol. 3. São Paulo, Saraiva, jan-jun, 1961.
- II. ARRUDA ALVIM, TERESA CELINA DE. “Prescrição e Decadência”, in **Revista de Processo**, n. 29, ano 8, São Paulo, janeiro-março, 1983.
- III. BARBI, CELSO AGRÍCOLA. **Comentários ao CPC**, vol. I. 7ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- IV. BRASIL, SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara, n. 118, de 1984 (N. 634/75, na Casa de origem - Institui o Código Civil**. Brasília, Diário do Congresso Nacional, 26.06.84 (reimpressão)
- V. BRASIL, SENADO FEDERAL. **Código Civil - Anteprojetos**, vols. 1 a 5. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.
- VI. CALMON DE PASSOS, JOSÉ JOAQUIM. **Comentários ao CPC**, vol. III. 6ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- VII. CARVALHO SANTOS, J. M. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, vol. 14. Rio de Janeiro, Editor Borsoi.
- VIII. —————. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, vol. 39. Rio de Janeiro, Editor Borsoi.
- IX. DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 1º vol.

13ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997.

X. FERRARA, FRANCESCO. **Trattato di Diritto Civile Italiano.**, vol. I, Roma, Società Editrice Athenaeum, 1920.

XI. FERRAZ JR., TERCIO SAMPAIO. **Introdução ao Estudo do Direito.** 2ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 1996.

XII. FRANCESCHINI, JOSÉ GASPAR GONZAGA. “Prescrição e Decadência. Análise conjunta com a Teoria da Ação”, in *Revista de Processo*, n. 16, ano 4, São Paulo, outubro-dezembro 1979.

XIII. HART, H.L.A. **O Conceito de Direito.** (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

XIV. KELSEN, HANS. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo/Brasília, Ed. Martins Fontes/Ed. UnB, 1990.

XV. LIMA, HERMES. **Introdução à Ciência do Direito.** 19ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970.

XVI. MIRANDA, PONTES DE. **Tratado das Ações**, Tomo I. São Paulo. Ed. RT (cópia xerográfica)

XVII. MONIZ DE ARAGÃO, E.D. **Comentários ao CPC**, vol. II. 7ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

XVIII. MONTEIRO, JOÃO BAPTISTA. “Análise da Teoria Geral da Prescrição...”, in *Revista de Processo*, n. 26, ano 7, São Paulo, abril-junho, 1982.

XIX. MOREIRA ALVES, JOSÉ CARLOS. **Direito Romano**, vol. I, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

XX. —————. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro.** São Paulo, Saraiva, 1986.

XXI. NEGRÃO, THEOTÔNIO. **CPC e Legislação Processual em Vigor.** 26ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995.

- XXII. NERY JR, NELSON E ROSA MARIA ANDRADE NERY. **CPC Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante**. 3ª edição, São Paulo, Editora RT, 1997.
- XXIII. PAULA, ALEXANDRE DE. **CPC Anotado**, vol. I, 5ª edição. São Paulo, Editora RT, 1991.
- XXIV. PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- XXV. REALE, MIGUEL. **Lições Preliminares de Direito**. 19ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1991.
- XXVI. —————. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995.
- XXVII. —————. **O Direito como Experiência**. São Paulo, Editora Saraiva, 1968.
- XXVIII. SANTOS, ANTONIO C.VIANA. "Prescrição e Decadência - Teorias Existentes...", in **Revista de Processo**, n.18, ano 5, São Paulo, abril-junho, 1980.
- XXIX. SERPA LOPES, MIGUEL MARIA DE. **Curso de Direito Civil**, 8ª edição, vol. I. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996.
- XXX. WALD, ARNOLDO. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Introdução**

e **Parte Geral**. 7ª edição, São Paulo, Editora RT, 1992.

## REFLEXÕES ACERCA DO DOMICÍLIO ELEITORAL

(\*) *Sivanildo de A. Dantas*

Dentre os inúmeros temas polêmicos de Direito Eleitoral, sobreleva-se, como um dos mais sedutores, delicado e conflitante, o do domicílio eleitoral.

Nada obstante haver sido abordada pelos maiores eleitoralistas pátrios, continua ainda a matéria sem contornos definidos e precisos, ensejando, assim, dúvidas, críticas e contradições.

Isso ocorre, por um lado, por ser a interpretação da legislação eleitoral muito delicada, principalmente quando se avizinham as eleições. Com efeito, ela tem implicações e conseqüências políticas, o que significa dizer que ela se inspira, não raro, em paixões políticas e, em decorrência, por linhas transversas, também as provoca. Por isso, a dificuldade em dar-se uma aplicação literal da lei, quiçá exegética.

O objetivo deste estudo não é outro senão o de dar uma contribuição acadêmica à produção científica do direito eleitoral.

*A priori*, releva analisar o que seja domicílio civil e de eleição para um melhor posicionamento do leitor. A seguir, faremos um exame do domicílio eleitoral no Código Eleitoral. Depois, enfocaremos o instituto sob o ângulo doutrinário e jurisprudencial para, por fim, emitir o nosso posicionamento.

### DOMICÍLIO CIVIL E DE ELEIÇÃO

Segundo a regra perfilhada no art. 31 do Código Civil, domicílio é o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo, verbis:

“Art. 31. O domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.”

São pressupostos, portanto, do domicílio civil da pessoa natural, a residên-