

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 3

Jan/Mar 2015

Doutrina Nacional / Leonardo Estevam de Assis Zanini / Ricardo Lucas Calderon / Michele Mayumi Iwasaki / Thaís Fernanda Tenório Sêco

Pareceres / Luiz Edson Fachin / Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Atualidades / Vivianne da Silveira Abílio

Resenha / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Anderson Schreiber

APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** tem por objetivo fomentar o diálogo e promover o debate, a partir de perspectiva interdisciplinar, das novidades doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas no âmbito do direito civil e de áreas afins, relativamente ao ordenamento brasileiro e à experiência comparada, que valorize a abordagem histórica, social e cultural dos institutos jurídicos.

A RBDCivil é composta das seguintes seções:

- Editorial;
- Doutrina:
 - (i) doutrina nacional;
 - (ii) doutrina estrangeira;
 - (iii) jurisprudência comentada; e
 - (iv) pareceres;
- Atualidades;
- Vídeos e áudios.

Endereço para contato:

Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar

20010-000 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Tel.: (55) (21) 2505 3650

Fax: (55) (21) 2531 7072

E-mail: rbdcivil@ibdcivil.org.br

EXPEDIENTE

Diretor

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Editorial

Francisco Infante Ruiz - Doutor em Direito Civil e Internacional Privado pela *Universidad de Sevilla*, Professor Titular de Direito Civil (Direito Privado Comparado) na *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), Espanha.

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Luiz Edson Fachin – Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Brasil.

Paulo Lôbo - Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

Pietro Perlingieri - Professor Emérito da *Università del Sannio*. Presidente da *Società Italiana Degli Studiosi del Diritto Civile - SISDiC*. Doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Coordenador Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson de Paula Konder

Conselho Assessor

Eduardo Nunes de Souza

Fabiano Pinto de Magalhães

Louise Vago Matieli

Paula Greco Bandeira

Tatiana Quintela Basto

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO CIVIL: EM BUSCA DA DISTINÇÃO FUNCIONAL¹

Lapsing and prescription in civil law: seeking a functional distinction

Thaís Fernanda Tenório Sêco

Mestre em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professora permanente no curso de pós-graduação *lato sensu* em direito civil da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e
Advogada.

Resumo: Pela ausência de previsão da distinção entre prescrição e decadência na sistemática do Código Civil de 1916, e pela previsão flexibilizada no sistema atual, entende-se que a questão da distinção entre os prazos passou por um processo de “positivação tardia” que afeta a compreensão doutrinária sobre o tema. Outros institutos há muito passaram do jusnaturalismo à exegese chegando, por fim, às metodologias contemporâneas, como o direito civil-constitucional. Quanto à distinção entre prescrição e decadência vigora a perplexidade de não se saber se o poder do legislador sobre o tema é total ou nenhum. O trabalho pretende inscrever a temática nas premissas metodológicas do direito civil-constitucional pela investigação de um possível aspecto funcional da distinção a partir da revisitação ao legado doutrinário sobre o tema.

Palavras-chave: Prescrição; Decadência; Funcionalização; Direito civil-constitucional.

Abstract: As there is no distinction between lapsing and prescription on 1916 Brazilian civil code, and for the flexible distinction there is in the actual system, we sustain that a “late positivization” happened in what concerns this question with impacts on the way doctrine sees it. Other institutes came over the jusnaturalism to the *exegese*, getting on to contemporaneous methods, as the civil-constitutional approach. About the distinction between lapsing and prescription, although, prevails some astonishment since we cannot know if the legislator power on the theme its full or no. The study seeks to attract the problem to the civil-constitutional assumptions investigating its possible function, trying to comprehend it from the doctrinal legacy on the subject.

Keywords: Prescription; Lapsing; Functionalization; Civil-constitutional law.

¹ Com minha gratidão ao Prof. Gustavo Tepedino que por duas vezes oportunizou enriquecedora discussão sobre a abordagem ora apresentada do problema, com caras observações, suas e dos colegas, sobre conteúdo e forma de exposição.

Sumário: Introdução – 1. Efeitos da positivação tardia da distinção entre prescrição e decadência no direito civil nacional – 2. A inscrição do problema em uma metodologia constitucionalizada (e a insuficiência do critério topográfico da distinção) – 3. O legado civilista com relação à distinção entre os prazos: os critérios empírico e científico de distinção – 4. Um balanço teórico: os critérios de distinção e sua crítica rumo a uma compreensão funcional – 5. Conclusão: uma proposta funcional de distinção – 6. Considerações finais.

Introdução

A consulta imediata ao Código Civil de 1916 daria a impressão de que a decadência não constava na sistemática civil nacional. Por um conhecido equívoco da técnica legislativa aplicada pela Comissão de revisão extraparlamentar, os prazos de decadência previstos pontualmente na Parte Especial do Código Beviláqua foram inteiramente reunidos na Parte Geral juntamente do dispositivo que tratava da prescrição, pensando-se obter com isso um implemento da clareza adequada a um projeto de codificação.

Como se sabe, equipararam-se, assim, os prazos de decadência com os prazos de prescrição no texto legal. No entanto, a doutrina e a jurisprudência não se conformaram com a diluição dos institutos, o que consistiria em “um erro manifesto de classificação”,² sendo pois mantida com base no entendimento de que à lei não é dado “contrariar a natureza das coisas”.³

Fato é que diante da carência de previsão legal que distinguisse os prazos, o ambiente da aplicação do direito quanto a eles se mostrava assistemático.⁴ Careciam fundamentos que permitissem estabelecer com segurança a distinção entre os prazos, ainda que esforços doutrinários não faltassem para favorecer uma solução

² AMORIM FILHO, Agnelo. ‘Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis’. *Revista dos Tribunais*. n.836. jun. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. (Originalmente publicado em out. de 1960).

³ THEODORO JR., Humberto. ‘Alguns aspectos relevantes da prescrição e da decadência no novo código civil’. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 23, mai., 2003, p. 3.

⁴ Assim se expressa REALE, Miguel. ‘Visão geral do projeto de código civil’. *Revista dos Tribunais*, v. 752, São Paulo, jun. 1998, p. 23. “Assisti uma vez, perplexo, num mesmo mês, a um Tribunal de São Paulo negar uma apelação interposta por mim e outros advogados, porque entendia que o nosso direito estava extinto por força de decadência; e, poucas semanas depois, ganhávamos, numa outra Câmara, por entender-se que o prazo era de prescrição, que havia sido interrompido! Por isso, o homem (sic) comum olha o Tribunal e fica perplexo.”

isonômica do problema.⁵ Ainda assim, a distinção permaneceu sendo afirmada e a discussão não dizia respeito a haver ou não uma distinção, e sim a como identificar a distinção – que obviamente existiria.

Por tratar-se de um ato de “franca rebeldia à lei”,⁶ a doutrina buscou seu embasamento na teoria filosófica disponível para tanto, o jusnaturalismo, aduzindo tratar-se a distinção de algo necessário, atinente a alguma metafísica dos prazos que não poderia ser contrariada. Posteriormente, com a positivação da distinção pelo Código Civil de 2002 e sua flexibilização no direito positivo, o paradigma filosófico antitético do formalismo jurídico, em confronto com o paradigma metafísico anterior tem provocado perplexidade na abordagem do tema. Tratando-se de uma distinção por tanto tempo afirmada a despeito da lei, não se sabe como lidar com as flexibilizações legais atuais, notadamente quando o argumento metafísico não se faz mais aceito.

O tema tem permanecido, então, aprisionado em uma espécie de “Id” jurídico; um inconsciente que o afirma e a ele se apega ainda que não se possa conhecer precisamente porque razões. A doutrina contemporânea do direito civil tem encontrado dificuldades para vislumbrar o caminho pelo qual a temática poderá ser compreendida conforme as premissas do método civil-constitucional, buscando compreender em que pode ser importante à concreção dos interesses humanos.

Neste escopo, a investigação apresentada parte da premissa segundo a qual *a toda distinção estrutural deve corresponder uma distinção funcional*, encontrando-se na função, e não propriamente na estrutura, o que pode melhor explicitar a diferença entre prescrição e decadência.

Acredita-se que a afirmação relutante da distinção entre os prazos mesmo quando a lei os equiparava pode ser um ponto de partida importante para formular uma base funcional de diferenciação. Esta pode ser um passo para o desenvolvimento das temáticas que dizem respeito aos prazos, tanto para as situações dúbias, ainda carentes de paradigmas interpretativos, quanto para as inovações ou reformas legislativas relativas à questão, as quais devem também promover e preservar a coerência no sistema jurídico.

⁵ Dignos de destaque são os trabalhos de AMORIM FILHO, Agnelo. ‘Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis’. *cit.*; e CAMARA LEAL, Antônio Luís da *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 2ª Ed (1ª Ed. Publicada em 1939). Atualizada por José Aguiar Dias. Forense: Rio de Janeiro, 1959.

⁶ AMORIM FILHO, Agnelo. ‘Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis’. *cit.*

1. A positivação tardia da distinção entre prescrição e decadência no direito civil nacional e seus efeitos doutrinários

Prescrição e decadência são institutos assemelhados em relação aos quais são apresentadas distinções quanto ao objeto e quanto aos efeitos.

Diz-se que a prescrição é a perda da ação, ou, como se propagou adiante, da “pretensão”, enquanto a decadência seria a perda do próprio direito. Quanto às diferenças de tratamento jurídico, já ensinava Santiago Dantas que:

Enquanto a prescrição geralmente consiste no decurso de um prazo, que se interrompe, que se suspende, que pode, por conseguinte, recomeçar a contar, muitas vezes e que as partes interessadas processam alegar para que o juiz dela tome conhecimento, as decadências, são aquelas que, na linguagem forense, costuma-se chamar de prazos fatais. Nada os interrompe, nada os suspende e quando decorrem, o juiz pronuncia a decadência de ofício sem ser necessário que ninguém alegue.⁷

Além dessas, tem-se ainda que a prescrição pode ser alvo de renúncia de quem dela se beneficia depois de exaurido o prazo, enquanto a decadência não comporta essa faculdade.

Como se pode constatar, tais distinções não dizem respeito propriamente aos efeitos, já que neste ponto é que se observa a maior semelhança entre os prazos: ambos provocam uma extinção de algum tipo. As diferenças dizem respeito, antes, aos pressupostos fáticos para que se opere a extinção e, por tudo, se inscrevem em aspectos estruturais dos institutos.⁸

Essas clássicas diferenças sempre estiveram na base das distinções concebidas para os dois prazos. A diferença, por exemplo, em relação à possibilidade de reconhecimento de ofício é o argumento pelo qual Humberto Theodoro Jr. entende que existe uma distinção quanto ao objeto dos respectivos prazos. Para ele, se a prescrição

⁷ DANTAS, San Tiago. ‘Prescrição e decadência’. *Programa de direito civil: Parte Geral*. 4ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1942, p. 396.

⁸ Nesse sentido, também Antônio Luís da Câmara Leal entende ser a extinção de um direito ou de uma ação o efeito da decadência ou da prescrição. Já as típicas diferenças relativas à possibilidade de interrupção, suspensão ou impedimento e à possibilidade de renúncia e conhecimento de ofício pelo juiz, são classificadas por Câmara Leal como “diversidades de consequência”. (CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. cit. p. 394, 395.)

extinguisse o direito não precisaria necessariamente ser arguida em Juízo para o seu reconhecimento.⁹

Não havendo, porém, qualquer distinção entre os prazos na lei, e adotando-se, ainda assim, a ideia de que a prescrição extingue a ação e a decadência extingue o direito, observa-se que a construção doutrinária correspondente ao período de vigência do Código Civil de 1916 adotava implicitamente um pressuposto filosófico jusnaturalista, base para afirmação de uma distinção metafísica dos prazos.¹⁰

Essa visão pode ser percebida na mais importante obra sobre o tema no Brasil, em que Agnelo Amorim Filho se propôs, em 1960, a estabelecer um *critério científico* de distinção, lamentando a equivocada equiparação entre os prazos, do que resultou “ao invés do planejado melhoramento, um erro manifesto de classificação”.¹¹

Posto em xeque de forma indefensável o pressuposto da racionalidade do legislador que fundamenta uma afirmação exegética da lei, optou a doutrina por afirmar a qualquer custo a manutenção da decadência no sistema civil, havendo no jusnaturalismo o único recurso filosófico para resistir ao desacerto:

Ou se adota essa atitude de franca rebeldia contra o texto legal, ou ter-se-á que chegar a conclusão ainda mais absurda, isto é, admitir que certos prazos classificados pelo Código como sendo de prescrição (mas que são, indiscutivelmente, de decadência), podem ser objeto de suspensão, de interrupção e de renúncia.¹²

⁹ THEODORO JR, Humberto. ‘Alguns aspectos relevantes da prescrição e da decadência no novo código civil’ *cit.* p. 13: “A simples consumação do prazo prescricional não priva, de imediato e de todo, o interesse do credor da tutela jurisdicional. O efeito extintivo não opera *ipso iure*, pela mera ultrapassagem do termo fixado em lei. Para que a pretensão do credor seja paralisada é indispensável que o devedor, quando demandado, argua a prescrição como meio de defesa (art. 193). O que esta, na verdade, gera é uma *exceção* que o devedor usará, ou não, segundo suas conveniências.” A construção é interessante, e atende à visão metodológica que vai “da estrutura à função”, embora tenha se esvaziado depois da reforma processual de 2006 (Lei 11.280/2006).

¹⁰ V. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2003, p. 15: “a contraposição entre ‘positivo’ e ‘natural’ é feita relativamente à natureza não do direito mas da linguagem: esta traz a si o problema (que já encontramos nas disputas entre Sócrates e os sofistas) da distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*) e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (sic) (*thésis*). O problema que se põe pela linguagem, isto é, se algo é ‘natural’ ou ‘convencional’, põe-se analogamente também para o direito.”

¹¹ AMORIM FILHO, Agnelo. ‘Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis’ *cit.*, p. 734. O mesmo fato também foi lamentado por THEODORO JR., Humberto: “Sobre essa esdrúxula e confusa unificação não chegou a haver debate, de sorte que o planejado melhoramento acabou por redundar, para os aplicadores do Código num difícilíssimo problema, pois o que efetivamente se deu foi um ‘erro manifesto de classificação’”. (‘Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim’). In *Revista dos Tribunais*. n.836. jun. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 50).

¹² AMORIM FILHO, Agnelo. ‘Critério científico para distinguir a prescrição da decadência’, *cit.* p. 735. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior justificou a postura doutrinária *contra legem* adotada em relação

Por essa argumentação fica claro que a afirmação de uma distinção entre os prazos de prescrição e decadência exigiu uma tomada de posição filosófica, ainda que inconsciente, pois afirmações como essa alimentaram uma premissa metafísica na abordagem da distinção entre os prazos.¹³

Resta aí configurada a perplexidade atual no estudo do tema da distinção entre prescrição e decadência, pois trata-se de um positivismo tardio que desafia as construções bem assentadas de um jusnaturalismo igualmente tardio.¹⁴

Se, por exemplo, a impossibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição é tão determinante para a compreensão da distinção, como retratar doutrinariamente a reforma processual da Lei 11.280/06 pela qual o §5º, do art. 219, do Código de Processo Civil passou a prever que: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”? Ter-se-ia por este detalhe alterado toda a natureza da prescrição, que assim passou a referir-se à extinção de um direito? (Ou não poderia valer a alteração por contrariar a “natureza das coisas”?)

Em contradição à fala de Amorim, em que mais absurdo do que descumprir a lei é aplicar a interrupção, impedimento e suspensão a prazos que são sabidamente de decadência, o próprio Código Civil de 2002 em seu art. 207 diz ser

à distinção entre prescrição e decadência sob a égide do Código de 16: “Como a lei não pode contrariar a natureza das coisas, doutrina e jurisprudência tiveram de assumir a tarefa de joeirar entre os prazos ditos prescricionais no texto da lei os que realmente se referiam a prescrição e os que, embora assim rotulados, representavam, na verdade, casos de decadência”. (‘Alguns aspectos relevantes da prescrição e da decadência no novo código civil’. *cit.*, p. 3.).

¹³ Cabe realçar, novamente, o mérito da formulação de Camara Leal a respeito da distinção, o qual, diferentemente de outros autores de seu tempo, não justificou em alguma base metafísica a existência da decadência apesar de sua exclusão do texto da lei, e, sim, em uma autêntica interpretação sistemática que chamava a atenção para a existência da decadência com base no pressuposto de coerência do sistema: “Não houve, porém, a eliminação da decadência de nosso Código, porque há, em contraposição a regras gerais, preceitos especiais estabelecidos pelo legislador, cuja contradição com essas regras só poderá ser explicada pela sua atinência a um instituto diverso daquele a que as mesmas dizem respeito. Assim, não obstante a regra geral que veda a prescrição entre cônjuges, na constância do casamento, a ação do marido contra a mulher para contestar legitimidade do filho prescreve, diz o Código, em dois meses da data do nascimento do filho, se o marido estava presente, e em três meses da data de seu regresso, se estava ausente, ou da data da ciência do nascimento se este lhe foi ocultado. Deixará de haver antinomia entre esse preceito especial e a regra geral, se o legislador assim preceituou atendendo a que, no caso, não se trata de prescrição, rediga pela regra geral, mas de decadência, não subordinada àquela regra.” (CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. *cit.* p. 396.)

¹⁴ Conforme ensina Norberto Bobbio, o termo “positivismo” é dual, podendo referir-se tanto ao movimento filosófico-metodológico que buscava conferir cientificidade às Ciências Humanas e Sociais nos idos do século XX, quanto pode referir-se ao registro escrito da lei tradicional por uma autoridade considerada legítima para tanto. Em ambos os casos, a palavra comunica a ideia muito comum e aproximada de que a lei deve ser seguida a qualquer custo, identificando com a norma jurídica o próprio direito. É assim que, havendo dois sentidos para o termo positivismo, os dois sentidos exprimem uma mesma ideia de cumprimento da lei positivada – escrita – tomada como fonte privilegiada do direito, senão como única fonte. (V. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. *cit.*, p. 15).

possível aplicá-los à decadência se disposição legal expressa o determinar. Mas se justamente por inadmitir-se essa possibilidade a distinção foi afirmada ainda que contrariamente à lei, que distinção se preserva diante dessa flexibilização legal? (Ou não poderá a lei valer nestes termos?)

O jusnaturalismo, como se sabe, está na base da formação dos conteúdos típicos do direito privado. Entendeu-se, por muito tempo, que a positivação do direito privado – no momento da codificação – consistia estritamente em recepcionar os conteúdos prévios contidos na “natureza das coisas”, e não de criá-los ou de formulá-los com vistas a atingir propósitos externos ao direito.¹⁵ Diante da positivação tardia da distinção entre os prazos de prescrição e decadência, tratou a doutrina, portanto, de afirmar a distinção a despeito do direito positivo, dando entender que a questão remonta a valores fundamentais que não podem ser contrariados.

Passando-se por uma distinta mentalidade sobre o direito, uma visão positivista estrita afirmaria, pelo contrário, que não haveria qualquer distinção entre prescrição e decadência na sistemática do Código Civil de 1916, a qual seria resgatada com o Código Civil de 2002. Mas o positivismo jurídico é uma abordagem que opta conscientemente por ignorar alguns aspectos do direito (que para os positivistas não são propriamente jurídicos).¹⁶

Por opção metodológica, uma abordagem positivista toma como irrelevante o fato de que o resgate da positivação da prescrição e da decadência como prazos distintos no Código Civil de 2002 se deu justamente por causa de sua afirmação

¹⁵ V. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. cit.*, p. 29: “Todas estas relações sociais [do estado de natureza] eram reguladas por normas jurídicas (tinha-se, assim, os direitos reais, o direito das obrigações, o direito de família e aquele das sucessões). Segundo os jusnaturalistas a intervenção do Estado limita-se a tornar estáveis tais relações jurídicas. Por exemplo, segundo Kant, o direito privado já existe no estado de natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público; contrapõe o modo de ser do direito privado no estado de natureza àquele característico do mesmo direito na sociedade política, afirmando que no primeiro momento tem-se um ‘direito provisório’ (isto é, precário) e no segundo momento um ‘direito peremptório’ (isto é, definitivamente afirmado graças ao poder do Estado).”

¹⁶ Há nas teorias juspositivistas um corte epistemológico que estabelece a partir de que ponto ou de que plano se estabelece uma análise propriamente jurídica, e não de outros fatores ideológicos, políticos, etc. Na teoria de Hans Kelsen, o corte é dado pela enigmática Norma Fundamental, mas não só nela. Vê-se, a teor de suas considerações sobre a teoria da interpretação, que foram conscientemente eliminados outros dados que sabidamente interferem na aplicação da norma atribuindo-se somente um poder de preenchimento da “norma-quadro” conforme entendimentos até certo ponto discricionários, na medida em que as razões que podem fundamentar a escolha do juiz pela interpretação em um ou outro sentido não podem ser apreendidas pela Ciência Jurídica e seriam estranhas ao seu objeto. (V. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 1ª edição publicada em 1934. São Paulo: Martins Fontes, 2009). Seria quase como afirmar que a hermenêutica não compõe a Ciência Jurídica.

insistente na jurisprudência e na doutrina a despeito de sua negação na lei.¹⁷ Neste ponto, tem-se um paralelo com a visão jurídica do momento imediatamente posterior à codificação no século XIX que reproduziu substancialmente o direito afirmado ao longo da Idade Média, em um esforço de enunciação de quais são as regras que regem a vida privada pelo registro estático e codificado dos entendimentos há muito aplicados e jurisprudencialmente construídos.¹⁸

A percepção da positivação tardia da distinção entre os prazos, atrelada a um jusnaturalismo igualmente tardio induziria o intérprete, hoje, a retratar o tema da prescrição e da decadência em suas bases estritamente legais, ou legalistas, despertando dúvidas somente no que diz respeito ao convincente legado civilista que, no entanto, abordava o problema em bases jusnaturalistas. Por tudo, a temática tem sido ainda mantida imune a recursos metodológicos recentes de compreensão do direito civil, como a consideração do aspecto dinâmico das situações subjetivas, a superação do dualismo entre norma e fato, e o delineamento do perfil funcional dos institutos jurídicos.¹⁹

Haveria uma questão complicada em torno da indagação sobre estar a lei contrariando alguma “natureza das coisas” quando, no entanto, já não se adota um paradigma filosófico pelo qual exista uma “natureza das coisas” a ser respeitada ou contrariada.²⁰ Por isso, há ímpetos de afirmação de alguma ilegitimidade da reforma

¹⁷ Importa lembrar o papel da doutrina e da jurisprudência, senão como fonte de direito – a depender do sistema jurídico –, de base para a institucionalização de normas jurídicas. Vale dizer que o papel da doutrina não é somente o de inspirar a jurisprudência, mas também o de, conjuntamente a ela, inspirar a legislatura. A abordagem funcional da distinção parece relevante não só para a compreensão sistemática do ordenamento civil, como também para orientar o legislador a respeito da natureza das escolhas feitas no momento da proposição das leis. Sobre a temática da institucionalização das normas jurídicas a partir de sua cognição e propagação cultural, veja-se o ensaio esclarecedor de PEREIRA, Flávio Henrique Silva. ‘Ordem normativa e institucionalização’. In: LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flávio Henrique; FERES, Marcos Vinício Chein (org.). *Instituições de direito*. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2011.

¹⁸ V. VAN CAENEGAN, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 8: “As fontes imediatas usadas pelos autores do *Code civil* de 1804 foram o direito comum francês tradicional do século XVIII, que era um amálgama dos direitos eruditos e consuetudinário, parte do qual era bem antiga; e, em segundo lugar, as inovações feitas durante a Revolução. Essa mistura do velho e do novo adequava-se ao clima político da nação e, depois da queda do *ancien régime*, mostrou-se também bastante adequada à sociedade pequeno-burguesa do século XIX.”

¹⁹ Sobre os referidos recursos metodológicos, ver, por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; BODIN DE MORAES, Maria Celina. ‘A caminho de um direito civil-constitucional’. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3 – 20 (originalmente publicado em *Direito, Estado e Sociedade*, n. 1. Rio de Janeiro, 1991); TEPEDINO, Gustavo. ‘Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil’. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1 – 22 (aula inaugural do ano acadêmico de 1992, proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro).

²⁰ Ver, por exemplo, a visão da distinção entre prescrição e decadência contida em NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e decadência no direito civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: “hoje, diante do avanço da ciência jurídica e da sofisticação da atividade legislativa, acrescidos do fato de que o CC/2002 diferencia expressamente a prescrição da decadência, cabe ao legislador, em especial, determinar se um prazo

processual procedida pela Lei 11.280/2006, por exemplo, querendo identificar nela uma inconstitucionalidade que não tem, ou uma contrariedade a princípios e valores jurídicos tais que não contraria em momento algum, ou acabando por afirmar escatologicamente, no outro extremo, que já não existe mais distinção entre prescrição e decadência.

2. A inscrição do problema em uma metodologia constitucionalizada (e a insuficiência do critério topográfico de distinção)

Atrair a temática da distinção entre os prazos de prescrição e decadência ao método civil-constitucional significa inscrevê-lo na legalidade constitucional. Não se trata de afirmar, como há muito tem sido feito, que o tema não está à disposição do legislador, mas ao mesmo tempo em que a legalidade não é reduzida a legalismo.

Deve a legalidade ser entendida de forma conectada à igualdade e ao sentido aristotélico de justiça que, na formulação de Claus Wilhelm Canaris, está na base do pensamento sistemático aplicado à Ciência do Direito.

A ordem interior e a unidade do Direito (...) pertencem (...) às mais fundamentais exigências jurídicas e radicam na própria ideia de Direito. Assim, a exigência de ‘ordem’ resulta diretamente do reconhecido postulado de justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da sua diferença. (...) A regra da ‘adequação valorativa’, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito.²¹

Segundo Canaris, a sua referência com relação aos critérios de ordem e adequação valorativa se reporta a um sentido interno de sistema jurídico e não em um sentido externo que “se reporta aos conceitos de ordem da lei; pois este não visa, ou não visa em primeira linha, descobrir a unidade de sentido interior do Direito, antes se

é de prescrição ou de decadência. Em se tratando de um diploma legislativo de elaboração antiga, no qual não haja diferenciação precisa entre prescrição e decadência, podemos nos valer desses critérios [propostos por Agnelo Amorim]; se um diploma, todavia, distingue os institutos, não consideramos possível a interpretação que um prazo de prescrição, assim denominado no texto da lei, seja de decadência, e vice-versa.” Embora o autor tenha construído uma base principiológica para a abordagem do tema da prescrição, fundando-o no princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, atrai a legalidade, trata-se, no que diz respeito à temática da distinção, do brocardo *in claris non fit interpretatio*, já que o critério científico de Agnelo Amorim seria usado somente de forma supletiva às lacunas deixadas pela lei. Do ponto de vista filosófico, tem-se claramente reconhecida a mudança de paradigma, pela qual anteriormente valeria uma abordagem jusnaturalista do tema, a qual deveria ser dispensada no momento subsequente à positivação.

²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 18.

destinando, na sua estrutura, a um agrupamento da matéria e à sua apresentação tão clara e abrangente quanto possível”.²²

Dessas premissas teóricas, parte, em primeiro lugar, a consideração básica para uma distinção funcional no sentido de que, inscrevendo-se a temática nas noções de ordem e adequação valorativa, parte-se do princípio de que à distinção estrutural deve corresponder uma distinção funcional.

Vislumbra-se, assim, a insuficiência do primeiro critério de distinção entre prescrição e decadência, e que diz respeito ao aspecto “topográfico”, ou seja, à sua localização no código. Este foi apontado por Miguel Reale como apto a eliminar as dúvidas e perplexidades que pendem sobre o assunto:

Quem é que no Direito Civil brasileiro ou estrangeiro, até hoje, soube fazer uma distinção nítida e fora de dúvida entre prescrição e decadência? Há as teorias mais cerebrinas e bizantinas para se distinguir uma coisa da outra. (...) Ora, quisemos por um termo a essa perplexidade, de maneira prática, porque o simples é o sinal da verdade, e não o bizantino e o complicado. Preferimos, por tais motivos, reunir as normas prescricionais, todas elas, enumerando-as na Parte Geral do Código. Não haverá dúvida nenhuma: ou figura no artigo que rege as prescrições ou então se trata de decadência.²³

A proposta, em verdade, não é inovadora. Esse tipo de organização era já o pretendido no projeto do código de Beviláqua. Era também o tipo de organização constante em códigos predecessores, como o *Code Napoleon* que regulamenta em um mesmo dispositivo a prescrição e a usucapião (chamada prescrição aquisitiva) e nada aduz, em termos gerais, sobre a decadência. Mas o fato de não ser uma estratégia nova não chega a ser uma crítica. Convém, de fato, que o sistema externo do direito facilite a assimilação do sistema interno, de forma que a divisão consiste ao menos em aplicação de boa técnica legislativa. Entretanto, o problema hermenêutico da distinção entre os prazos não se resolve. Não é, pois, que se trate de um critério equivocado, mas insuficiente.

A insuficiência do critério repercute na prática por não explicitar, por exemplo, quais são as situações subjetivas que não se sujeitam a prazo algum, sendo

²² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. cit. p. 26.

²³ REALE, Miguel. ‘Visão Geral do Projeto do Código Civil’. In *Revista dos Tribunais*, v. 752, São Paulo, jun. 1998, p. 23. Na verdade, o critério topográfico não diz respeito, propriamente, à localização do prazo na Parte Geral ou na Parte Especial, pois há prazos na Parte Geral. O prazo para anulação do negócio jurídico, por exemplo, embora esteja na Parte Geral, é de decadência. A ideia do critério topográfico é de distinguir os prazos que são previstos juntamente das situações que visam extinguir, dos prazos que são previstos em geral, nas disposições dos art. 205 e 206 do Código.

imprescritíveis, e quais são as situações que se sujeitam ao prazo decenal do art. 205, ou porque também não esclarece qual a natureza dos prazos previstos em outros diplomas que não o Código Civil, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, o critério não pode ser tomado como definitivo sequer para a classificação dos prazos previstos no próprio Código Civil. Dentro de uma abordagem sistemático-valorativa do direito não é a localização do prazo que permite dizer se o prazo é de prescrição ou de decadência, mas o fato de dever ser de prescrição ou de decadência, conforme o distinto perfil funcional em cada caso, é que deverá servir a identificar qual é ou qual deveria ser sua melhor localização no código.

3. O legado civilista com relação à distinção entre os prazos: os critérios empírico e científico de distinção

A partir da distinção prévia quanto ao objeto, os civilistas brasileiros tributários do Direito Romano ou influenciados pelo direito alemão, herdeiro direto da Pandectística, adotaram a visão da prescrição como perda da ação. É esse o caso de Antônio Luís da Camara Leal, responsável pela formulação do chamado *critério empírico*.²⁴

A questão se reporta à polêmica entre Windcheid e Müther sobre a função que a ação (*actio nata*) cumpria no Direito Romano. Como naquele sistema não existisse a figura do direito subjetivo, discutia-se se a *actio nata* cumpria esse papel.²⁵ O desenvolvimento dessas discussões gerou no direito processual uma teoria da ação que repercutiu no direito material para transformar a teoria sobre a prescrição. Anteriormente, vigorava a chamada *teoria imanentista da ação*, propugnada por Savigny, sendo, depois, substituída pela *teoria autonomista da ação*.

²⁴ CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da Prescrição e da Decadência*. cit. p. 23. Foi Agnelo Amorim Filho quem denominou empírico esse critério já em vias de criticá-lo.

²⁵ Em Roma, um cidadão que buscasse a tutela do Estado precisava, antes, por meio da *editio*, requerer a fórmula da ação (*actio nata*). Essa fórmula designava qual regime jurídico deveria ser aplicado ao caso a ser pleiteado. Junto dessa designação nomeava-se também um juiz para avaliar o caso que se apresentava a partir da fórmula que se concedia. Foi da nomeação desse juiz que se passou a conceber a prescrição. No termo *praescriptio* está contida, justamente, a ideia do “pré-escrito” que seria uma fórmula prévia dada ao caso segundo a qual o interessado deve promover o processo em certo tempo, sujeitando-se, caso contrário, a perder o direito de ver sua demanda apreciada. CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria Geral do Processo*. – 11ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, *passim*.

Na teoria imanentista, não há direito sem ação nem ação sem direito.²⁶ Pensavam os partidários da prescrição como perda da ação que fazia sentido estabelecer que o que se extingue é a ação, consequência do direito, e não o próprio direito, asseverando que o direito só é atingido de forma indireta.

Para outros autores, porém, esses ligados à tradição ítalo-francesa, a ligação entre ação e direito seria tão próxima que não faria sentido falar-se da manutenção do segundo diante da extinção do primeiro. Para Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, a distinção não estaria no objeto, mas no fundamento:

O fundamento da prescrição encontra-se (...) em um interesse de ordem pública em que se não perturbem situações contrárias, constituídas através do tempo. O fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder de ação dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização.²⁷

Com a prevalência da teoria autonomista da ação na Teoria Geral do Processo, ao invés de perder importância a distinção entre os prazos quanto ao objeto, foi apenas criada uma modalidade intermediária de situação subjetiva, a *pretensão*, para explicar que é essa que se extingue com o exaurimento do prazo de prescrição, e não propriamente a ação.

Essa é a claramente a visão adotada no texto do código de 2002, como explicitado por Moreira Alves, responsável direto pela redação da Parte Geral:

Adotou-se [para a prescrição], à falta de uma nomenclatura melhor, a figura da pretensão, que vem do Direito germânico. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão que se extingue pela prescrição dos prazos. Pelo sistema do Projeto, há direitos e poderes que dão margem à violação, em decorrência da qual – foi a posição doutrinária que se adotou – surge esse instituto da pretensão.²⁸

Muito embora a adoção do critério de Camara Leal tanto quanto a adoção do critério de Agnelo Amorim não estejam vinculadas a uma posição quanto à perda do

²⁶ V. CARREIRA ALVIM, J. E.. *Teoria Geral do Processo*. cit. p. 116. Essa teoria foi assumidamente adotada pelo Código de 16 que dizia em seu art. 75 que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura.”

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intuições de Direito Civil, Vol. I*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 435. Assim, também GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 17ª ed. Atualizações e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 496.

²⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. ‘A parte geral do projeto do Código Civil’. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, p. 5-11, set./dez., 1999.

direito ou à perda da ação ou pretensão, a partir da distinção ou não quanto ao objeto podem ser despertadas reflexões distintas.

Assim se deu quanto ao *critério empírico* de Camara Leal, segundo o qual os prazos são distinguidos casuisticamente, identificando-se se o seu “nascimento” se dá juntamente com um direito ou com a violação de um direito – ou, seja, com a ação (ou pretensão) voltada a sua tutela. Nessa proposta, o direito que decai nasce já tendo em seu próprio conteúdo um prazo de exercício. O prazo, porém, que surge de forma sucessiva a uma violação (e nasce posteriormente ao surgimento do próprio direito) é de prescrição.²⁹ Para explicitar com mais clareza o critério, o autor apontou duas regras que seriam capazes de solucionar “todas as dificuldades apontadas pelos escritores nacionais e estrangeiros”:

1.^a – Focalizar a atenção sobre estas duas circunstâncias:
se o direito e a ação nascem, concomitantemente, do mesmo fato;
se a ação representa o meio de que dispõe o titular, para tornar efetivo o exercício de seu direito.

2.^a – Se essas duas circunstâncias se verificarem, o prazo estabelecido pela lei para o exercício da ação é um prazo de decadência, e não de prescrição, porque é prefixado, aparentemente, ao exercício da ação, mas, na realidade, ao exercício do direito representado pela ação.³⁰

Agnelo Amorim Filho rejeitou o critério proposto por Câmara Leal. Para atingir seu anseio de estabelecer um critério científico de distinção, utilizou em sua abordagem as teorias que buscaram a sistematização e a categorização dos direitos como marco teórico e estabeleceu um fundamento racional com pretensões científicas para a distinção. Valeu-se da classificação de direitos pensadas por Chiovenda. A partir delas, defendeu que a prescrição se refere a direitos subjetivos que têm por finalidade um bem da

²⁹ CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da Prescrição e da Decadência. cit.*, p. 37: “Há [entre a decadência e a prescrição] uma substancial diversidade de objetos, recaindo a decadência sobre o próprio direito, que já nasce condicionado, e recaindo a prescrição sobre a ação, que supõe um direito atual e certo. A prescrição tem como uma de suas condições a que ação tenha nascido, isto é, se tenha tornado exercitável; ao passo que a decadência, extinguindo o direito antes que ele se fizesse efetivo, impede o nascimento da ação. Tendo por objetivo proteger e garantir o direito, a ação tem uma individualidade própria, distinta do direito, em benefício do qual exerce a sua atividade, e, por isso, diferentes são as suas origens. É assim que o direito nasce do fato que o gera, *jus oritur ex facto*; e ação, da violação por ele sofrida. Enquanto nenhuma perturbação sofre o direito, nenhuma ação existe que possa ser posta em atividade pelo seu titular.” Sobre a decadência: “Todo direito nasce de um fato a que a lei atribui eficácia para gerá-lo. Esse fato ou é um acontecimento natural, alheio à vontade humana, ou é um ato, dependente dessa vontade (...). Em ambos esses casos, a lei ou o agente pode subordinar o direito, para se tornar efetivo, à condição de ser exercido dentro de um certo período de tempo, sob pena de caducidade. Se o titular do direito assim condicionado deixa de exercitá-lo dentro do prazo estabelecido, opera-se a decadência, e o direito se extingue, não mais sendo lícito ao titular pô-lo em atividade.” (p. 119)

³⁰ *Ibid.* p. 397.

vida a ser obtido por meio de uma *prestação*; enquanto que a decadência diria respeito aos chamados *direitos potestativos* ou *poderes formativos*. Segundo tal classificação, ao direito subjetivo corresponderia, para sua tutela, uma sentença condenatória, e a extinção da ação pelo prazo de prescrição; ao direito potestativo, por sua vez, corresponderia uma sentença constitutiva, e sua subordinação ao prazo de decadência; por fim, ações imprescritíveis seriam aquelas que buscam sentença declaratória.

O critério proposto por Amorim segue hegemônico na doutrina brasileira, não se tendo apresentado razão ou argumentação doutrinária que merecesse superá-lo,³¹ tendo sido claramente o orientador da positivação subsequente da distinção no Código Civil de 2002, como se infere da leitura de Moreira Alves:

Não há pretensão justamente porque são direitos não susceptíveis de violação, mas pode haver a necessidade de prazo para o exercício deles, e mais, de prazo para o seu exercício por via judicial, a fim de que se demonstre neles não a sua violação, mas a sua existência para o efeito de seu exercício, como é o caso, por exemplo, da anulação de casamento e, em face do Projeto, da anulação de negócio jurídico. Nesses casos, o que ocorre é a decadência.³²

Segundo essa visão, se o objeto da prescrição, que é a pretensão, surge da violação de um direito, esse direito só pode ser daquele tipo que possui em sua correlação na relação jurídica um dever de prestação, o que está ao encontro das construções de Amorim. Os direitos sujeitos à decadência, por outro lado, seriam insusceptíveis de violação.

4. Um balanço teórico: os critérios de distinção e sua crítica rumo a uma compreensão funcional

Sendo inegável a clareza da técnica metodológica usada por Amorim, e ainda que suas bases teóricas tenham sido recepcionadas na sistemática do Código de 2002, não é certo, ainda assim, que a caracterização da situação jurídica como direito subjetivo ou potestativo interfira realmente sobre a caracterização do prazo para o seu exercício.

³¹ THEODORO JR., Humberto. ‘Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim’. *cit.*

³² MOREIRA ALVES, José Carlos. ‘A parte geral do projeto do Código Civil’. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, p. 5-11, set./dez., 1999.

Tome-se, por exemplo, o inc. II, do art. 1.814 do Código Civil, que prevê a possibilidade de exclusão da sucessão em face da calúnia praticada pelo herdeiro contra o autor da herança. Essa prerrogativa pode realmente ser entendida como direito potestativo, mas não há razões para se dispensar automaticamente a possibilidade de ser vista como uma pretensão nascida da violação de um direito outro, no caso o direito à honra.

Se a exclusão da herança é insusceptível de violação – o que, como se verá à frente, não é propriamente verdadeiro –, isso não interfere no fato de que a honra é susceptível de violação e de que a partir de uma violação ao direito à honra nasce a faculdade de se promover a exclusão da herança. Neste caso, dever-se-ia inferir que o prazo do art. 1.815 do Código Civil é de prescrição ou de decadência?

A situação subjetiva está sujeita a compreensões variáveis, conforme o realce ao seu perfil dinâmico, funcional, etc. e pode, inclusive, assumir conotações especiais em face do caso concreto. A classificação da situação subjetiva como direito subjetivo ou potestativo e a classificação de um prazo como de prescrição ou de decadência se reportam a reflexões de tipo diverso – possivelmente (mas não necessariamente) conectado. Por tudo, o que se mostraria especialmente equivocado seria cristalizar o entendimento sobre a exclusão da herança, aduzindo tratar-se notoriamente de direito potestativo, ante o fato de que se sujeita a prazo de decadência.³³

Em uma abordagem dinâmica e funcional das situações jurídicas subjetivas, e tendo em vista o tipo de valoração que subjaz à juridicidade dos fatos, é tênue a variação pela qual se diz que um prazo nasce juntamente do direito, ou posteriormente a um direito, com sua violação, uma vez que a função cumprida em ambas as hipóteses permaneceria a mesma. Pode-se dizer que a faculdade de excluir da herança nasce com a calúnia, tanto quanto se pode dizer que nasce pela violação à honra. Não se trata necessariamente, neste caso, do resultado de uma profunda reflexão sobre estrutura e função da exclusão da herança. Trata-se, antes, de uma escolha quanto à organização das palavras que condiz mais com uma variação de significantes do que de significados.

³³ Veja-se que, nos termos da proposta do critério científico, se estabelece uma relação lógica do tipo “se e somente se”. Quer dizer, embora Amorim faça parecer que a relação é do tipo “Se direito subjetivo, então prescrição”, e “Se direito potestativo, então decadência”, a ordem inversa do enunciado é também autorizada por suas análises, de forma que “Se prescrição, então direito subjetivo” e “Se decadência, então direito potestativo”. A questão está em que, como diz o art. 189 do Código: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão.” E casos há em que se pode discutir se o direito potestativo em questão não é, na verdade, uma pretensão, nos moldes do que define o próprio artigo. Ou mesmo se a pretensão não é, por si só, um direito potestativo.

Não parece, então, funcionalmente adequado estabelecer uma alteração do tipo de prazo com base apenas em uma alteração das palavras selecionadas para tratar da situação subjetiva que por ele se extinguiria. Neste sentido, é o entendimento de Pietro Perlingieri, que a respeito do paralelismo entre a classificação da situação subjetiva e a classificação dos prazos aduziu:

Por vezes, procurou-se individuar uma distinção nítida entre o direito subjetivo e o direito potestativo no fato que somente este último poderia se extinguir por decadência. Uma das distinções que a doutrina apresenta entre o instituto da decadência e o instituto da prescrição extintiva consistiria justamente no objeto dos dois institutos: enquanto a prescrição (não exercício de um direito por um determinado período de tempo) extinguiria os direitos subjetivos, a decadência seria o modo de extinção típico dos poderes formativos. Prescindindo da distinção entre prescrição e decadência, é necessário esclarecer que não é o objeto – direito subjetivo de um lado, direito potestativo do outro – o elemento diferenciador entre os dois institutos. Nem mesmo sob este perfil é útil uma construção unitária do direito potestativo, o qual às vezes se extingue porque a situação mais complexa se extingue por prescrição ou por decadência, às vezes se extingue autonomamente porque ele mesmo se submete à prescrição ou à decadência.³⁴

Observe-se, ademais, que, em que pese a visão comum da exclusão da herança como direito potestativo, essa pode perfeitamente ser vista como pretensão. Aliás, a pretensão, por si, não deixa de ser um direito potestativo, conforme a visão do próprio Chiovenda:

A ação é, pois, no meu entender, um direito potestativo e até se pode dizer um direito potestativo por excelência. Até aqui, a categoria de direitos potestativos foi agrupada em torno da característica comum, isto é, da tendência de produzir um *estado jurídico* novo perante um adversário.³⁵

Sendo possível substituir ação por pretensão também neste caso, estará agravada a dificuldade teórica de se distinguir um prazo como sendo de prescrição ou decadência conforme a caracterização da situação subjetiva por ele extinta, seja ela o direito potestativo, seja a pretensão. Assim é que, aduz o autor: “O direito potestativo não tem nenhuma relação especial com a prescrição; inclusive comumente o que se prescreve é um direito potestativo – a ação.”³⁶

³⁴ Assim, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. cit. p. 689, 690.

³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*, cit, p. 31.

³⁶ Ibid. p. 33.

Mediante a classificação de Chiovenda, também a regra sobre a imprescritibilidade não se sustenta. Ao explicar porque entende ser a ação um direito potestativo, Chiovenda cita como exemplo outro direito que ele classifica também como potestativo, qual seja, o direito de impugnar a legitimidade do filho. Embora esse direito se sujeite a prazo, no entendimento de Chiovenda, a sentença que resulta do pedido de impugnação não é constitutiva, mas declaratória.³⁷

Aduz-se, portanto, que os critérios de Amorim e de Camara Leal não saturam o problema da distinção e, levados ao extremo, não deixam de apresentar falhas comuns – sendo notável, aliás, uma semelhança tal entre eles, que é possível inferir que se reportam a uma mesma compreensão da distinção, embora sob perspectivas diversas.

É certo, todavia, que tanto a proposta de Camara Leal quanto a proposta de Agnelo Amorim foram representativas para o sistema civil. A verdade é que sendo o critério de Camara Leal anterior ao de Amorim, este, ao estabelecer a sua distinção científica, não deixou de reproduzir a distinção que já era aplicada no ordenamento jurídico e que, por sua vez, operava segundo a proposta empírica.³⁸

Como é possível compreender atualmente (através de um paradigma científico pós-moderno)³⁹ enunciados de investigação jurídica não são descritivos, mas propositivos e, embora Amorim pretendesse sinceramente a cientificidade de seu estudo, não poderia se dar conta do seu papel de participante, e não de observador, na ordem jurídica. Assim, ambas as teorias, embora assumissem implicitamente uma postura metodológica de cientista-observador e embora buscassem proceder com uma descrição do sistema ou de uma abordagem do “ser” dos prazos, proferiram, na verdade, uma proposição e uma abordagem do “dever ser” característica da postura de participante – colaborador na construção dos entendimentos sobre o direito.⁴⁰

³⁷ “Quando entre os direitos potestativos estiver compreendido o direito de impugnar a legitimidade do filho, já se abrem as portas dessa categoria para a ação. O direito de impugnar a legitimidade não é mais do que pura ação, e, exatamente, uma ação de declaração de certeza, que é direito subjetivo por si própria, mas não exercício de algum outro direito subjetivo” (Ibid, p. 32)

³⁸ CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência* – 2ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31: “A pretendida distinção científica entre os dois institutos não passa, na essência, de um desdobramento dinâmico da distinção segundo a origem da ação, a que completaria: nos direitos potestativos, o poder outorgado ao respectivo titular origina-se com o próprio direito; se estabelecido prazo para o seu exercício, será de decadência; nos direitos subjetivos, a pretensão condenatória nasce posteriormente, com a lesão representada pelo descumprimento da prestação; assim será de prescrição o prazo para a respectiva ação.”

³⁹ A respeito de um paradigma científico pós-moderno e sua relevância para a Ciência do Direito, v. SANTOS, Boaventura de Sousa. ‘Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna’. Estudos avançados. 1988, vol.2, n.2, pp. 46-71.

⁴⁰ Conforme os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos, pode-se perceber que a postura de participante é mais do que uma opção metodológica que se reporta à superação do positivismo. Ela é um fato tão

Por trás da questão da “metafísica dos prazos”, está claro que o esforço essencial de Amorim foi de identificação e articulação de algo que já se encontrava presente entre os juristas. Tal como Camara Leal, tudo que ele fez foi dar uma das articulações possíveis para a questão, argumentando, não obstante, que era a única articulação correta. Uma articulação interessante, na medida em que se baseava em critérios que faziam sentido, mas ainda assim, uma articulação de certo modo contingente que, somente por sua própria intervenção como jurista que, pensando revelar o “ser” estabelece um “dever ser”, se transformaria de contingente em necessária no sistema do ordenamento nacional.

Camara Leal e Agnelo Amorim, então, não elucidaram a distinção que não era pré-existente. Eles propuseram uma maneira de enxergar a distinção, a qual, tendo sido aceita, passou a ser aplicada e tornou-se efetivamente a distinção existente. De tal forma que, como dito, a proposta de Amorim foi acatada por Moreira Alves na redação da Parte Geral do Código Civil de 2002.

Por tudo, a manutenção dos critérios hoje não significa o reconhecimento de sua validade, mas a assunção de uma postura segundo a qual neles está prevista uma maneira adequada e conveniente de retratar a questão.⁴¹ Já não parece, entretanto, ser o caso de manter-se esse mesmo entendimento, havendo a necessidade de inscrever-se a abordagem do tema no método civil-constitucional.

verdadeiro com relação à Ciência do Direito, quanto com relação até mesmo a Ciências Naturais ditas “exatas” como a Física. A superação do paradigma newtoniano na Física diz respeito a uma limitação de que da nem mesmo Newton poderia se dar conta, já que aprisionado às suas experiências pessoais acerca da natureza. Na Modernidade, a incerteza é uma preocupação metodológica das Ciências Sociais que, assim, tentam se valer ao máximo dos métodos precisos das Ciências Naturais. Simbólico da alteração dessa dinâmica é a comprovação do princípio da incerteza de Heisenberg. Ficou então demonstrado que nem mesmo na Física, Ciência Natural cujo desenvolvimento teórico é digno de destaque, é possível eliminar a incerteza em uma experimentação. Lidar com a incerteza é um desafio para a metodologia da ciência, mas a incerteza sempre esteve lá. A diferença do paradigma pós-moderno é que se trata de um paradigma consciente da incerteza, e que procura lidar com ela. (SANTOS, Boaventura de Sousa. ‘Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna’. *cit.*).

⁴¹ A esse respeito, é inspiradora a passagem conclusiva da obra de DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 492: “A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.”

5. Conclusão: uma proposta funcional de distinção

Na linha do que foi acima exposto, vale destacar que uma distinção funcional a ser proposta a respeito dos prazos de prescrição e decadência não pode se afastar sobremaneira da distinção científica, tal qual a distinção científica também não se afastava da empírica. Isso se dá, em primeiro lugar, porque, de fato, para se chegar a uma distinção funcional foi revisitado o legado civilista sobre a questão, sendo o trabalho de Agnelo Amorim a mais importante referência sobre o assunto no direito civil nacional. Além disso, afastar-se o critério completamente da proposta de Amorim seria descaracterizar os próprios institutos no direito nacional, já que veem sendo entendidos e aplicados de acordo com a construção pregressa sobre o tema. A diferença em relação à distinção funcional que se constrói e a distinção científica de Amorim, portanto, estará, ao menos, com relação ao enfoque dado para a questão (mas não só aí, como em breve será exposto).

Realçar o perfil funcional de um instituto jurídico no ordenamento atual, em que a dignidade humana é o valor unificador do sistema, é revelar a maneira pela qual o instituto se presta à realização de propósitos humanos e à proteção da pessoa. Descarta-se, desde já, a visão pela qual seria a prescrição ou a decadência uma sanção aplicada a quem tenha se quedado inerte no exercício de um direito, simplesmente porque, neste caso, não haveria sujeito de direito a ser protegido por meio dessa sanção, nem mesmo algum interesse público estaria sendo preservado.

A função da prescrição e da decadência deve ser buscada em seu aspecto positivo, em relação ao indivíduo que se beneficia desses institutos. São, pois, mecanismos de proteção do interesse daquele que ocupa o polo (predominantemente) passivo de uma relação jurídica e que, assim, se liberta de uma situação de incerteza. Para Chiovenda, por exemplo, o direito de impugnar o contrato por um vício de vontade “está sujeito, ainda que seja um direito potestativo, à prescrição ou à decadência, ou como se queira dizer, porque *o estado jurídico indeciso deve cessar o mais rápido*”.⁴²

A passagem do tempo somada à inércia do titular constitui um fato juridicamente valorado de uma forma específica. Onde se pensava haver um interesse jurídico, a inércia do titular indica haver razões para crer que não há interesse de fato, deixando de ter sentido o interesse que se atribuía àquela pessoa. Diante dos fatos, ficam

⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*, cit, p. 33 (sem grifos no original).

caracterizadas as razões para se retratar os prazos como um mecanismo de assimilação dos fatos da vida pelo direito.

Bem mais adequada, portanto, é outra perspectiva que trata desses dois institutos como mecanismo de se promover a segurança e a estabilidade das relações. François Ost retrata a prescrição, mais do que isso, como uma manifestação do perdão na ordem jurídica:

Como para o desuso, a prescrição extintiva surge, assim, como um mecanismo de adaptação do direito ao fato: na falta de ter podido se realizar conforme a sua prescrição, o direito (aqui entendido como direito subjetivo) alinha-se na situação de fato contrária que se consolidou no intervalo. De novo, ou se pode lamentar o revés do direito que, por preocupação com efetividade e realismo, acaba por consagrar uma injustiça, ou, ao contrário, admirar as capacidades de autoadaptação de uma regulamentação jurídica que consegue finalmente inscrever qualquer fato ou ato à série ininterrupta do tempo, e consagra, assim, uma outra ideia de justiça que quer que se esqueça o que durou demais sem chegar a se realizar.⁴³

Mas para compreender, propriamente, em que consiste a distinção funcional que se propõe haver entre prescrição e decadência, vale visualizar o esquema abstrato da relação jurídica, pelo qual existe um polo (predominantemente) ativo correspondente a um polo (predominantemente) passivo.

No esquema de compreensão da função dos prazos de prescrição e decadência, ao polo ativo é conferido um poder tal que sujeita o polo passivo, seja para constranger-lhe ao cumprimento de uma prestação, seja para submeter-lhe, de qualquer forma, às consequências de uma decisão que incumbe predominantemente à vontade do polo ativo e independe da vontade do polo passivo. Fica então o polo passivo acoplado a uma definição que incumbe ao polo ativo, restando aprisionado em um estado de incerteza e descontrole de sua própria sorte.

Se não houvesse um prazo para o exercício desse poder ou faculdade atinente ao polo ativo, o estado de incerteza seria absoluto e no mínimo angustiante, pois somente em seu desfavor poderia ter desfecho, podendo este se passar em qualquer

⁴³ OST, François. 'Perdão. Desligar o Passado'. In *O Tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

momento até a eternidade.⁴⁴ Por isso mesmo, é comum que a lei preveja um prazo para o exercício dessa faculdade “definidora” a ser exercida pelo polo ativo.

Assim, o estado de incerteza pode cessar (i) pelo exercício da faculdade que incumbe ao polo ativo, se o fizer, ou, se não o fizer, (ii) pelo decurso do tempo, conforme a previsão de um prazo legal. O prazo em questão é variável, tanto no aspecto quantitativo (pelo tempo fixado) quanto no aspecto qualitativo (pelo tipo de prazo previsto, ou pelas regras fixadas para sua contagem). De qualquer modo, a variedade de formas pelas quais são previstos os prazos corresponde a uma distinta valoração do estado de incerteza a que põe termo.

Há casos, porém – talvez a maioria deles – em que existirá ainda uma terceira forma de cessar o estado de incerteza, a qual poderá se dar (iii) pela prática de um ato jurídico específico que compete ao próprio polo passivo da relação. Trata-se do adimplemento ou de outros atos que o equivalham. Neste caso, a condição de incerteza do polo passivo é qualitativamente distinta da sua condição no caso em que não se lhe faculte a prática de qualquer ato hábil a liberar-lhe dessa condição.

O que distingue funcionalmente a prescrição da decadência, conforme a proposta ora apresenta, é a condição para a liberação do polo passivo nesses dois casos. No primeiro caso, em que ao polo passivo não é atribuída a legitimidade para praticar qualquer ato hábil a provocar sua liberação o prazo é de decadência. No segundo caso, em que ao polo passivo é dado praticar um ato correspondente à satisfação do interesse do polo ativo na relação jurídica o prazo é de prescrição.

A incerteza neste último caso é, aliás, compartilhada entre os polos ativo e passivo da relação. Enquanto o polo passivo pode desconhecer a intenção do polo passivo de constranger-lhe ou não à prática do ato que lhe caberia praticar, o polo ativo, por sua vez, pode desconhecer a intenção do polo passivo de fazê-lo espontaneamente ou não. Isso justifica, por exemplo, as hipóteses em que a prescrição se interrompe por um ato tal do polo ativo que demonstre inequivocamente a intenção de constranger o polo passivo

⁴⁴ Fala-se, neste caso, em “angústia” e não se entende haver aí uma falha metodológica, mas, pelo contrário, uma observância estrita ao sentido de uma abordagem funcional. A funcionalização das situações jurídicas subjetivas se reporta, em último grau, à dignidade da pessoa humana, enquanto a consciência da necessidade de tornar concreta essa funcionalização exige também a consideração de um parâmetro de alteridade que leve em conta um ser humano concreto, e não um padrão abstracionista de pessoa. Toma-se sempre por referência a crítica de Costas-Douzinas que aduziu: “O sujeito jurídico, o conceito-chave sem o qual os direitos não podem existir, é, por definição, altamente abstrato, uma estrutura ou esqueleto que será preenchido com a carne fraca dos deveres e o sangue desbotado dos direitos. A metafísica jurídica não tem tempo para dor das pessoas reais.” (DOUZINAS, Costa. *O fim dos direitos humanos*. 1ª Ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 165).

à prática do ato em questão, ou pela afirmação inequívoca, por parte deste, seja da existência da relação jurídica, seja de sua intenção de adimpli-la. A interrupção do prazo não deixa de corresponder a uma renovação das expectativas quanto ao adimplemento ou à intenção de exigi-lo, seguindo o impedimento e a suspensão a mesma lógica.

O mesmo não se passa com as circunstâncias em que o prazo previsto é o de decadência. Como neste não é dado ao polo passivo a prática de qualquer ato, nem ato algum dele se espera, não faz sentido pensar-se em interrupção, suspensão ou impedimento do prazo, tanto quanto não faz sentido pensar-se em renúncia. A renovação do prazo no caso da prescrição faz sentido porque significa a reafirmação da relação jurídica e da expectativa de que o ato a ser praticado pelo polo passivo efetivamente o será. Se nenhum ato se espera do polo passivo, por outro lado, nem a ele é atribuído qualquer outro papel senão o de se sujeitar ao que ficar decidido pelo polo ativo, não faz sentido estabelecer uma renovação do prazo que, assim, toma seu curso linear.

A renúncia, nos casos de prescrição faz sentido, porque importa uma manifestação da intenção do polo passivo de fazer extinguir a sua condição de devedor, não pelo decurso do prazo, mas pela prática do ato de adimplemento que lhe incumbe praticar. No caso da decadência, porém, nenhum ato incumbia ao polo passivo, nem qualquer poder lhe foi conferido com relação a sua condição de polo passivo na relação, de maneira que também exaurido o prazo – que era o único meio de resolver-se o estado de incerteza em seu benefício – este não condiz com alguma renúncia.

Adota-se, pois, uma visão aproximada à de Moreira Alves que por sua vez inspirou-se em Agnelo Amorim, mas de forma desprendida dos modelos do direito subjetivo ou do direito potestativo; atendo-se ao perfil dinâmico das situações subjetivas (embora não tenha se expressado nesses termos) que se distinguem pelo fato de serem ou não passíveis de violação.

É de se observar, então, que essa divisão poderia corresponder em linhas gerais à mesma distinção que se faz entre direito subjetivo e potestativo, nos moldes em que se baseou Agnelo Amorim.⁴⁵ Via de regra, será mesmo possível observar-se um paralelo, já que o objeto prestacional do direito subjetivo é o que se põe em destaque para

⁴⁵ Vale observar, ainda mais uma vez, que não se trata, neste ponto, de uma proposta “inaugural” de distinção, nem poderia valer uma proposta deste tipo. A linha adotada, aliás, se assemelha bastante à abordagem de Moreira Alves sobre o tema, mais do que qualquer outra, mas somente por um comprometimento com o propósito de identificar uma distinção funcional foi possível formar um entendimento sobre a adequação dessa construção. (V. MOREIRA ALVES, José Carlos. ‘A parte geral do projeto do Código Civil’. *Revista CEJ. cit.*).

afirmar que se conecta a prescrição. No entanto, o paralelismo, neste caso, não é necessário, mas contingente.

No caso do divórcio, por exemplo, tem-se um direito potestativo que não se sujeita a prazo. Deveras, entre pessoas casadas, o estado de incerteza é uma constante que não pode ser suprimida por qualquer regra legal. Em contrariedade à proposta de Agnelo Amorim (se bem que esta fosse anterior à legalização do divórcio) ainda que seja este um direito potestativo, não se submete a qualquer prazo.

Não apenas isso, direitos potestativos podem, sim, estar ligados a um prazo de prescrição. Pense-se o caso em que um vendedor, ou adquirente inviabiliza, por qualquer expediente, o exercício de um direito de preferência. Trazendo-se a incidência dos deveres anexos de boa-fé, tem-se que ao polo passivo, titular da situação jurídica de sujeição (correlata à situação de direito potestativo), não é dado obstaculizar o exercício do poder atribuído pelo ordenamento ao polo ativo.⁴⁶ Se o faz, viola o livre exercício do direito potestativo. “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão”, no caso, talvez, uma responsabilização civil, a qual se submeterá a prazo de prescrição.

Valendo lembrar que a pretensão por si é também um direito potestativo, o que, sem dúvida pode provocar confusões, vale também lembrar que se extingue por prescrição, e não por decadência. De fato, embora seja a pretensão um direito potestativo, pode perfeitamente ser extinta com base em um ato que o polo passivo é legítimo a praticar. No caso da violação de um direito, por exemplo, como um acidente de trânsito que tenha sido causado pelo polo passivo, pode esse se dispor a arcar com todos os custos de reparos daí advindos. Com o acidente, nasceu a pretensão, a qual pode ser extinta pelo adimplemento espontâneo e pelo acordo entre as partes, podendo também ser exercida pelo ajuizamento da respectiva ação de reparação de danos se necessário e podendo, por fim, se extinguir pela prescrição.

Retomando-se a citação a François Ost, é possível vislumbrar ainda mais uma distinção funcional entre os institutos. Ao titular de um direito possivelmente violado atribui-se um interesse jurídico que este não se mostrou realmente interessado em exercer.

⁴⁶ V. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. cit., p. 687: “Se for verdade, porém, que o titular da sujeição não pode impedir a produção dos efeitos na própria esfera, é também verdade que ele é titular de um dever específico (*obbligato*) ou, se se preferir, de um dever genérico de não impedir ao titular do poder não somente de realizar o ato, mas também de alcançar o resultado. O titular da situação de sujeição deve também cooperar para que o titular do poder formativo possa exercê-lo utilmente. Não se trata de simples sujeição: é, ao revés, presente um dever de cooperação. A sujeição é a situação de um momento: o efetivo exercício por parte do titular do direito potestativo.”

O interesse atribuído não se mostra real ou, se for real, adiou-se por um tempo tal que já se mostraria excessivamente prejudicial ao polo passivo o seu exercício. A prescrição se volta a consolidar uma situação de fato oposta ao que se pensava corresponder à efetivação de um direito. Trata-se de um processo de assimilação jurídica dos fatos sociais.⁴⁷

A decadência, porém, não se enquadra neste papel, mas diz respeito, precisamente, a um dos aspectos regulamentares que compõem a própria situação jurídica subjetiva que visa extinguir.

Essa noção está em sintonia com o próprio critério topográfico, em que a decadência é prevista juntamente da *fattispecie* que por ela se extingue, possivelmente na Parte Especial, devendo ser entendida como parte componente dessa mesma *fattispecie*. Assim, não só existe um direito de pedir a anulação do negócio jurídico, como esse direito existe precisamente quatro anos (art. 178, Código Civil) e nada mais, o que seria uma das pretendidas distinções entre negócio nulo e anulável – ultrapassado um termo temporal, a anulabilidade se convalida.

Essa noção está em sintonia também com critério empírico em que a decadência nasce juntamente ao direito que com ela se extinguiria. O nascer juntamente ao direito é compor intrinsecamente o direito e integrar sua própria estrutura. Seria parte imanente do direito de arrependimento previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 49) que ele seja exercido no prazo de sete dias. O prazo compõe completamente o conteúdo do direito de arrependimento no caso e não condiz com uma expressão externa limitadora do seu exercício. Simplesmente, não poderia haver direito de arrependimento se este não contivesse um prazo para o seu exercício, sendo adequado que seja um prazo curto.

A decadência, dessa forma, embora possua, por si, uma função que diz respeito a excluir um estado gravoso de incerteza, é extremamente afetada pela função da situação jurídica que integra, estando aí o mais relevante aspecto de sua adequação

⁴⁷ Tais considerações são hábeis a fortalecer a tese da imprescritibilidade do dano moral, ou ao menos de sua flexibilização, tendo em vista que tais presunções não se fazem igualmente lógicas na hipótese de danos à pessoa humana. A prescrição, via de regra, diz respeito à situações precisas. Um inadimplemento, por exemplo, advém de uma obrigação que deveria ter sido paga em certo tempo e não o foi. Fica clara a natureza da violação tanto quanto as circunstâncias jurídicas que dela surgem. O dano moral, como decorrente da cláusula geral de tutela da pessoa humana, se sujeita a formas variáveis e mesmo subjetivas de assimilação. Sua configuração perante o direito depende de argumentação e ponderação. Sua configuração perante a pessoa depende de um processo muitas vezes lento de racionalização do trauma. A previsão de prazo – ainda por cima tão exíguo – para o dano moral é possivelmente contrário ao imperativo de tutela da pessoa humana, provocando um obstáculo disfuncional.

valorativa. Esse aspecto explica, por exemplo, a inexistência de prazo para o exercício do divórcio, já que um prazo seria incompatível com a própria função do direito.

Analisada em concreto, vê-se que, diferentemente da prescrição que é um instituto jurídico, funcionalizado à instituição de uma modalidade de perdão, a decadência não se atribui uma função própria, senão residual. É elemento componente e integrante da situação jurídica que extingue, e revela mais sobre o aspecto funcional desta situação subjetiva do que de si mesma, como detalhe isolado e reduzido da situação que se investiga. Por outro lado, o que a decadência revelará da respectiva situação é, justamente, que ela provoca um estado de incerteza a outrem, o qual, salvo exceções, não deve durar eternamente.

6. Considerações finais

Por fim, vale destacar que prescrição e decadência não são modalidades estanques de prazos, os modelos não reduzem as possibilidades pensáveis de fixação de um termo temporal. São modelos e, como tais, são referências úteis às quais pode ser válido recorrer em circunstâncias diversas, tendo em vista que sobre eles já se produziu um legado. Mas o ordenamento jurídico é um sistema móvel e aberto e se não há qualquer metafísica dos prazos também não há porque restringir os prazos a esses modelos.

Pode-se, por exemplo, prever um prazo tal que, diante de determinado fato jurídico, reduz-se à metade ou prolonga-se ao dobro se assim se mostrar conveniente para a regulamentação de alguma situação jurídica. Não se terá, por isso, qualquer falha de técnica legislativa. Será possível dizer deste prazo que é de prescrição ou de decadência, como será possível dizer que é *sui generis*. A discussão será, não sobre a compreensão do sistema jurídico, mas sobre o significado das palavras.

Prescrição e decadência são, sobretudo, palavras. Palavras que expressam algum sentido que aqui se procurou investigar, mas que não limitam os sentidos todos que são possíveis e que não foram captados por algum outro significante. E, ainda assim, como palavras que são, estão também sujeitas à transformação de seus sentidos, conforme os sentidos variados que assumem ao longo do tempo. Sendo palavras que expressam normas, estão sujeitas à variações de sua compreensão, seja como palavras, seja como normas.

Tem-se nelas, hoje, distinções estruturais bem conhecidas e ministradas, mas que não se ofendem diante de alguma flexibilização, como a prevista no art. 207 do Código Civil.

É possível dizer que com a possibilidade de impedimento, deixa-se de ser decadência para ser prescrição, mas isso não é certo. O prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento de paternidade do filho menor se conta a partir de sua maioridade do filho, sendo exemplo de impedimento aplicado a um prazo de decadência. Será possível dizer que não se trata propriamente de um impedimento com fins de manter-se cristalizado o sentido da decadência, mas isso será uma escolha sobre palavras e não sobre normas, pois o regramento da questão será o mesmo.

É possível dizer que, com a possibilidade de impedimento, o prazo não é de decadência, mas de prescrição. Isso, porém, à custa da melhor compreensão sobre as normas jurídicas, pois o direito de impugnar o reconhecimento de paternidade não sofre nenhum dos outros fenômenos atinentes à prescrição, como a suspensão, a interrupção e o impedimento em todas as demais hipóteses, além da impossibilidade de renúncia.

Com a reforma processual de 2006 (Lei 11.268/2006) alterou-se substancialmente o regime da prescrição, que passou a poder ser conhecida de ofício. Isso, sem dúvida diminui a distinção entre prescrição e decadência, mas tantas mútuas particularidades se mantêm que não há razões para pensar-se ter havido uma diluição entre os institutos. Apenas, por essa mudança das estruturas, vislumbram-se escolhas distintas a respeito das funções a serem ou não promovidas.

Vale dizer que para novas funções ou para funções distintas devem ser concebidas novas estruturas, ou devem ser adaptadas as estruturas pré-concebidas. Os prazos para o exercício de situações jurídicas estão à disposição da legalidade, para fazer tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem – sendo essa “medida” avaliada pelo legislador conforme o juízo que se faça de cada caso. Nisso consiste a superação de uma visão jusnaturalista sobre o tema sem decair, por isso, em um formalismo jurídico.

Recebido em 17/09/2014

1º parecer em 07/01/2015

2º parecer em 02/03/2015