

NOTAS SOBRE PRETENSÃO E PRESCRIÇÃO NO SISTEMA DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

1. Pretensão não é palavra encontrada na terminologia legal brasileira. Não a contém o Código Civil de 1916, nem — salvo omissão involuntária — qualquer das inúmeras leis que o modificaram ou que regularam em separado matérias específicas. Ela aparece no texto de diploma recente, a Lei nº 10.352, de 26.12.2001, que deu nova redação ao art. 527 do Código de Processo Civil, a fim de atribuir ao relator do agravo de instrumento, no tribunal, competência para “deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal” (nº III). Logo se vê que o sentido, aí, é particular: “pretensão recursal” nada mais significa que aquilo que o agravante visa a obter mediante o julgamento do recurso.

Vem a doutrina, no entanto, de algum tempo para cá, empregando o termo “pretensão”, posto que em geral sem grande preocupação de fazê-lo corresponder a conceito preciso. Sempre há, é certo, um traço comum às várias acepções adotadas: a idéia de *exigência*. Mas ora ressalta a referência à posição jurídica de determinada pessoa, ao seu *poder de exigir* (aspecto *subjetivo*), ora ao ato que ela pratique (aspecto *objetivo*), ora, ainda, a ambos os aspectos¹.

O novo Código Civil, baixado pela Lei nº 10.406, de 10.1.2002, e destinado a entrar em vigor na mesma data do próximo ano, usa a palavra no art. 189, para designar o objeto da prescrição: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Sem consagrar propriamente uma definição, o texto ministra aos estudiosos indicações que os devem guiar na construção dogmática. De agora em diante, torna-se imperioso explorar o assunto com mais cuidado e em perspectiva sistemática. A pretensão emerge da condição de simples ponto de passagem episódico e secundário, a que — com as exceções de praxe — costumavam relegá-la, e move-se para o centro da paisagem, converte-se em

tópico por assim dizer obrigatório nas elaborações doutrinárias. E sua compreensão, como já ressalta da mera leitura do dispositivo, será essencial para a elaboração teórica do instituto da prescrição.

À evidência, não será em simples artigo que se poderão explorar todas as potencialidades hermenêuticas do supracitado art. 189. A tarefa terá de ser empreendida em sede mais ampla. Aqui nos propomos unicamente registrar algumas anotações, na esperança de que sejam úteis como subsídios para trabalhos de maior envergadura.

2. A fonte inspiradora do dispositivo em foco é, seguramente, o § 194, I, do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), inspirado na doutrina de Windscheid e redigido nos seguintes termos: “*Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch) unterliegt der Verjährung*”, ou, em vernáculo: “O direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer (pretensão) sujeita-se à prescrição”. O elemento comum a ambas as normas reside em identificar a pretensão como o objeto da prescrição. Ao contrário do legislador brasileiro, porém, o alemão animou-se a oferecer uma definição da pretensão (*Anspruch*), cujo núcleo consiste num “direito de exigir”.

Não escapou a críticas a definição, inclusive na literatura brasileira mais familiarizada com o direito tedesco². Conceituar a pretensão como um “direito” é atitude que abre margem, com efeito, a perplexidades; não é de espantar que a opção haja suscitado controvérsias. Sendo Caio credor de Tício — titular, perante este, de um direito de crédito —, e não cumprida a obrigação no vencimento, pode Caio, indubitavelmente, exigir de Tício a prestação (= há para Caio a possibilidade de reclamar o pagamento). Ora, se nisso é que consiste a pretensão, é o caso de perguntar: torna-se Caio titular de *outro* direito, ou a pretensão é *o mesmo* direito de crédito antes existente? Na primeira hipótese, vê-se a pretensão como um direito *derivado*, distinto do originário³; na segunda, como o resultado, se assim nos podemos expressar, de uma *metamorfose* do primitivo direito⁴.

Difícilmente se evitaria recordar, aqui, antiga tendência doutrinária a enxergar na ação algo que em substância não se distinguia do direito deduzido em juízo. Fizeram época imagens literárias como “ação = direito em pé de guerra” e outras de teor análogo. A alguns espíritos poderá acudir a impressão de que o debate sobre as relações entre direito e pretensão acabe, de certo modo, por ecoar a contraposição entre a arcaica concepção *imanentista* da ação e a tese, modernamente vitoriosa, da respectiva *autonomia* em face do direito alegado no processo. Na velha pergunta “É a ação, em essência, o mesmo direito em cuja defesa o autor vai a juízo, ou é outro direito, distinto e autônomo

em face daquele?”, estaria a substituir-se — nada mais, nada menos — “ação” por “pretensão”.

Ninguém estranhará que em torno dessas noções se hajam travado arduas controvérsias. E para agravar a complexidade da problemática decerto contribuiu a introdução, por setores da doutrina, de um quarto conceito, o de “ação de direito material”⁵, inconfundível, consoante se afirma, com a “ação processual”. Não é sem motivo que certas construções se arriscam a parecer enigmáticas aos olhos de quem não esteja familiarizado com os matizes, às vezes sutilíssimos, da palheta doutrinária. Muitos se sentirão inclinados a ver em tudo isso algo como a pura e anacrônica reedição de não se sabe que vetusta querela bizantina.

3. Dois outros fatores concorreram para enevoar ainda mais o panorama. Um deles é de ordem histórica. A discussão moderna a respeito da pretensão arrancou, em máxima parte, de divergências manifestadas acerca de uma questão de direito romano: basta lembrar que a celeberrima polêmica entre Windscheid e Muther, recapitulada em tantos tratados e compêndios de direito processual⁶, girava, afinal de contas, em torno da *actio* romana. Daí se quis extrair conclusões supostamente válidas para os ordenamentos modernos. Como sói acontecer em casos assim, nem sempre foi possível evitar que noções surgidas em determinado contexto histórico, e por ele condicionadas, se tornassem equívocas e, aqui e ali, pusessem em falsa pista tentativas de captar a essência de fenômenos peculiares a mundo muito diferente.

Mais um fator de confusão está na dualidade de planos em que se tem desenvolvido o tratamento da pretensão: o material e o processual. Civilistas e processualistas discorrem ao propósito; dir-se-ia, às vezes, que o tema é objeto de autêntica disputa entre aqueles e estes, empenhados uns e outros em fixar os marcos teóricos nos respectivos campos. Não surpreende que a imagem adquira contornos desiguais conforme se projete aqui ou acolá. Nem constitui exagero afirmar que, com frequência, se resolve em pura ilusão de óptica a impressão de que dois textos discrepam acerca do mesmo problema, quando o que na verdade ocorre é que tratam de coisas distintas.

A paisagem é tão diversificada, que não têm faltado sequer teses negativas. Nem todos os estudiosos, com efeito, reconhecem foros de cidadania à figura da pretensão. Há quem nela enxergue invenção supérflua, que complica desnecessariamente a teoria das posições jurídicas subjetivas. Menos radical é a atitude daqueles que se limitam a negar autonomia conceptual à pretensão, inscrevendo a figura na área do direito subjetivo ou na da ação⁷. Quanto ao presente trabalho, a premissa de que partimos é a de que, com o advento do novo Código Civil, a pretensão se integra no direito positivo brasileiro e, seja

qual for a inclinação teórica de cada qual, cumpre tomá-la como dado de que já não será lícito prescindir na elaboração dogmática de nosso ordenamento. Impende verificar que subsídios ministra o texto para traçar rumo a essa tarefa.

4. Vamos, pois, à análise do art. 189, começando pela primeira parte, que visa a indicar a *origem* da pretensão. “Violado o direito” — diz-se aí —, “nasce para o titular a pretensão”. Facilmente se percebe que o texto pressupõe duas coisas: (a) que exista um direito: e (b) que esse direito haja sido violado. A impressão que desde logo se colhe é a de que a lei aderiu à concepção da pretensão *como poder de exigir*, não como pura *exigência*. Com efeito: a existência do direito e a ocorrência da violação afiguram-se necessárias para que alguém *possa exigir* (legitimamente) uma prestação de outrem. Não o serão, entretanto, para que alguém de fato *exija* a prestação. Na perspectiva do novo Código Civil, só mereceria o nome de pretensão a pretensão *fundada*, aquela que se baseie num genuíno *poder de exigir*.

Concebida a pretensão como *exigência*, as coisas mudam de figura. Se alguém exige a prestação sem ter direito, ou sem que o direito haja sido violado (e portanto *sem poder de exigir*), existirá uma pretensão, embora *infundada*.

Da posição que se adote depende a valoração que se fará do art. 189. O juízo de valor inevitavelmente variará conforme se prefira o critério *subjetivo* (pretensão = poder de exigir) ou o critério *objetivo* (pretensão = exigência). À vista de seu teor, repita-se, a disposição parece mais compatível com o primeiro do que com o segundo.

5. Para que nasça a pretensão, segundo o art. 189, é mister não apenas que o direito exista, senão também que tenha sido violado. A violação será pressuposto tão necessário quanto a própria existência do direito. Quando se tem por violado um direito? A resposta é: quando o sujeito passivo da relação jurídica deixa de fazer o que devia ou faz o que não devia, dando-se aí ao verbo fazer, obviamente, a mais larga acepção possível.

Falar assim pode dar a impressão de que o fenômeno de que se está cuidando fica restrito ao âmbito *obrigacional*. Mas a impressão é falsa. Também no domínio dos direitos reais surgem pretensões. Aqui, porém, ao nosso ver, o nascimento da pretensão não pressupõe necessariamente a violação. Tome-se o caso da propriedade. O proprietário, sem sombra de dúvida, tem o poder de exigir que outrem — seja quem for — lhe respeite a propriedade, se abstenha de praticar ato que a lese; por exemplo: contra a vontade do *dominus*, ocupe a casa, ou a destrua no todo ou em parte, ou dela retire o que quer que seja. Essa pretensão (à abstenção) é *anterior* a qualquer ato lesivo, o qual talvez jamais ocorra.⁸

Sem dúvida, praticado que seja ato lesivo, nasce para o infrator uma obrigação, v.g. a de restituir a coisa subtraída, ou de ressarcir o dano por ela sofrido. Aí, contudo, já se está diante de *outra* pretensão. Não parece de bom alvitre confundir as duas figuras, ou reduzi-las a uma única. Há a pretensão à abstenção e a pretensão à restituição, ou em termos gerais à reparação do dano causado por quem, devendo abster-se, não se absteve. O fato de nascer a segunda não cancela a existência, anterior, da primeira. Em suma: a despeito de sua letra, o art. 189 não pode ser entendido como se excluísse a possibilidade de pretensões que *precedem* a violação, ou até *prescindem* dela.

6. A alusão à violação traz à mente uma divisão clássica dos direitos subjetivos: aquela que separa, de um lado, os direitos *a uma prestação* (positiva ou negativa) e, de outro, os direitos *a uma modificação jurídica*, habitualmente denominados direitos potestativos⁹. Nestes, o sujeito passivo não está *obrigado a prestar*: submete-se, pura e simplesmente, à modificação produzida por ato do sujeito ativo, diretamente (exemplos: a escolha do devedor, na obrigação alternativa; a revogação do mandato) ou por intermédio de sentença judicial (exemplos: a anulação do casamento, o divórcio). Ora, não havendo obrigação de prestar, a violação é impensável. Logo, nessa esfera, não há cogitar de pretensão¹⁰.

Mas entenda-se bem: o direito potestativo pode resultar do descumprimento de algum dever, como o que corre a ambos os cônjuges de não praticar ato que torne insuportável a vida em comum: se um deles, violando gravemente dever inerente ao casamento, pratica ato com tal característica, nasce para o outro o direito à decretação do divórcio. À evidência, não foi *esse* o direito violado: ele se originou da violação do dever, mas não pode ser, por sua vez, objeto de violação. O direito ao divórcio, que nasce para um dos cônjuges da falta cometida pelo outro, é insuscetível de violação pelo cônjuge faltoso.

Conforme ressalta da listagem dos prazos prescricionais (art. 205), o novo Código Civil cogita aí, exclusivamente, de direitos que têm por objeto prestações. São todos eles, quando o titular queira reclamá-los judicialmente, deduzíveis em ações *condenatórias*.

7. A matéria comporta outros desdobramentos. Em certas hipóteses, o ordenamento jurídico, apesar de reconhecer a existência de dívida, não permite que o credor lhe obtenha a satisfação coativa. O exemplo clássico, no direito brasileiro, é o da dívida de jogo ou de aposta (Código Civil de 1916, art. 1.477; de 2002, art. 814).

Fala-se, ao propósito, de direito sem pretensão¹¹. Esse modo de dizer evidentemente pressupõe que se parta do conceito de pretensão como *poder de exigir*, não como pura *exigência*. Não fica excluído que de fato o credor exija

o pagamento; mas, se o exige, é ilegitimamente que o faz. Para quem conceba a pretensão como exigência, não haverá impropriedade em admitir que ela exista: falar-se-á então — vale repetir — em pretensão infundada. Aqui como alhures, a construção dependerá do modo por que se conceitue a pretensão.

Ociosos frisar que, em todo caso, *direito* existe, e pode ter havido violação; por exemplo, se se fixara termo, e não houvera pagamento tempestivo. Tanto é assim que, vindo o devedor a pagar voluntariamente, em regra não poderá recobrar o que houver pago. O pagamento não é indevido: o credor terá recebido aquilo a que fazia jus, conquanto não tivesse o poder de exigí-lo.

8. À semelhança do texto alemão em que se inspirou, o art. 189 identifica na pretensão o objeto da prescrição. Entre nós, já há algum tempo se vem manifestando essa concepção no terreno penal, onde a própria linguagem fofense, não raro despreocupada de finuras técnicas, costuma referir-se à “prescrição da pretensão punitiva”¹². Não se pode dizer outro tanto do campo civil.

Imperava aí na doutrina mais antiga a idéia de que a prescrição golpeasse a ação¹³. Tal maneira de pensar refletiu-se na redação do Código Civil de 1916, cujo art. 178, em seus vários parágrafos, ao fixar os prazos prescricionais, aludia reiteradamente à “ação” — palavra agora substituída, no diploma de 2002, por “pretensão”.

Com aquela concepção já não se harmonizava, convém advertir, o Código de Processo Civil de 1973. Realmente: o estatuto processual civil inclui entre as hipóteses de extinção do processo com julgamento de mérito a de declarar o juiz a ocorrência de prescrição (art. 269, nº IV). Ora, se aí se chegou a julgar o mérito, é óbvio que a ação não só foi exercitada, mas o foi legítima e eficazmente. A única via concebível para conduzir a solução diversa consistiria em dar à palavra “ação”, no art. 178, o sentido de “ação de direito material”, pressupondo a distinção entre esse e o de “ação processual” — premissa que está longe de poder considerar-se como generalizadamente aceita.

À luz do art. 189 do novo Código Civil, fica fora de dúvida que o decurso *in albis* do prazo prescricional atinge a pretensão. Resta verificar *como* a atinge.

9. Nos termos do dispositivo comentado, a pretensão *extingue-se* uma vez decorrido o prazo prescricional. Semelhante modo de dizer, estranho ao § 194 do BGB alemão, não parece compatível com o sistema do nosso próprio Código Civil — nem do antigo, nem do novo, convém sublinhar, sobretudo a considerar-se acolhido o conceito de pretensão como *poder de exigir*. Se na verdade a pretensão prescrita se achasse *extinta*, jamais se conceberia que o juiz pudesse proferir decisão favorável ao autor: estaria a conceder-lhe algo que ele já não pode legitimamente pretender. Ora, a lei nega ao órgão judicial, em princípio, a possibilidade de pronunciar *ex officio* a prescrição (Código de 1916, art. 166;

Código de 2002, art. 194). A regra proibitiva de forma alguma se justificaria caso ocorresse mesmo extinção: como forçar o juiz — na ausência de outro fundamento bastante para decidir contra o autor — a julgar procedente o pedido *apesar de extinta a pretensão*? Tal sentença seria manifestamente injusta!

Outro é o fenômeno que se verifica. Demandado após o vencimento do prazo prescricional, faculta-se ao réu alegar, em defesa, a consumação da prescrição. Se provada a alegação, a única possível conclusão é a de que a pretensão teve sua eficácia tolhida. Isso o juiz declara independentemente de qualquer verificação relativa ao direito de que se afirma titular o autor e à respectiva violação. Em última análise, quando o órgão judicial decide com base na prescrição, o que se entende é que a alegação do réu tornou ineficaz a pretensão do autor — abstraindo-se da indagação sobre sua real existência (ou, dependendo da premissa conceptual, sobre seu real fundamento). Não perdeu o autor, propriamente, em virtude da prescrição, o poder de exigir — tanto assim, que, não havendo alegação do réu, caberá ao juiz, se provado o fato constitutivo, e na ausência de fato impeditivo ou extintivo, dar pela procedência do pedido e condenar o réu à prestação devida. O poder de exigir, que por hipótese se houvesse de reconhecer ao autor, subsistiu; mas sua eficácia ficou sujeita a ver-se tolhida se o réu lhe opuser a prescrição. Adite-se que o quadro não mudará substancialmente caso se conceba a pretensão como *exigência*: o credor *exigiu*, porém sua exigência tornou-se ineficaz ante a alegação do devedor.

Bem pesadas as coisas, pois, a prescrição, por si só, na realidade não subtrai ao credor o que quer que seja. Decerto não lhe subtrai a ação, que pode ser até eficazmente exercitada. Tampouco lhe subtrai o direito: basta ver que o pagamento de dívida prescrita não comporta repetição (Código de 1916, art. 970; de 2002, art. 882), o que significa que não foi indevido. Nem mesmo de pretensão — a despeito do que se lê no art. 189 do novo Código — fica desprovido o credor:¹⁴ é perfeitamente concebível que, reclamando a prestação em juízo, ele venha a ser atendido. O que a prescrição faz é dar ao devedor um escudo com que paralisar, caso queira, a arma usada pelo credor¹⁵. Ela se enquadra dogmaticamente entre as *exceções materiais* ou *substanciais* — em linguagem processual, defesas de mérito de que o juiz não pode conhecer de ofício, mas somente quando alegadas pelo réu¹⁶.

10. A quem observe a dinâmica do mecanismo no plano processual não escapará um aspecto interessante, ao qual já se fez ligeira alusão no item anterior. Ao menos no comum dos casos, se o juiz acolhe a exceção material de que estamos tratando, dá por encerrada sua atividade cognitiva e profere

sentença (de mérito: Código de Processo Civil, art. 269, nº IV), na qual se limita a declarar que a prescrição ocorreu.¹⁷

Extingue-se, assim, o feito, sem que fique positivada a existência (ou a inexistência) do direito afirmado pelo autor. Não tem o órgão judicial de dizê-lo existente, nem de dizê-lo inexistente. Menos ainda tem de averiguar se realmente se configurou a alegada violação, sendo o caso. Declarada a prescrição, nada há que acrescentar. Que significa isso? Que possivelmente se estará declarando prescrita uma pretensão que na verdade não existia (ou, se assim se preferir falar, uma pretensão que não era fundada). Parece estranho cogitar aí de eficácia tolhida: eficácia de quê?

A explicação é simples. O princípio da economia processual impõe que o pleito se encerre com o mínimo dispêndio possível de energias. Em geral, é mais fácil para o juiz apurar se ocorreu a prescrição do que averiguar os outros aspectos do mérito, que podem reclamar atividade instrutória mais complexa. Por outro lado, se o órgão judicial se convence de que efetivamente decorreu *in albis* o prazo prescricional, de nada adiantaria qualquer investigação suplementar, pois, ainda a concluir-se que assistia razão ao autor, não seria possível dar-lhe ganho de causa: a alegação de prescrição lhe haveria tolhido eficácia à pretensão. Desse ponto de vista, portanto, é indiferente que o autor tivesse ou não razão. A comodidade da expressão sugere que se fale *como se ele a tivesse*.

Em tudo quanto se disse acima (*rectius*: em tudo quanto se diz da exceção de prescrição), uma coisa deve ficar entendida: embora o fraseado possa pressupor que a pretensão existe (ou é fundada), como em qualquer caso o juiz há de dar prioridade ao exame da exceção material, o resultado será sempre o mesmo, exista ou não exista (ou: seja ou não fundada) a pretensão. No particular, como alhures, a linguagem reveste-se inevitavelmente da ambigüidade inerente à consideração de questões que, pertinentes ao direito material, adquirem relevância prática no processo.

11. Questão que se costuma pôr sempre que se cuida de prescrição é a do critério a ser adotado para diferenciá-la de fenômeno até certo ponto análogo, o da decadência. Na doutrina brasileira menos recente, era comum a afirmação de que esta feria de morte o direito em si, ao passo que aquela recaía — equívoco manifesto — sobre a ação¹⁸. O Código Civil de 1916, nos vários parágrafos do art. 178, empregara o mesmo verbo (“Prescreve”) para fixar prazos, sem preocupar-se em estabelecer qualquer distinção. Não obstante, o tema era de grande relevância prática, visto serem inaplicáveis às hipóteses de decadência, no consenso geral, as disposições sobre suspensão e interrupção dos prazos verdadeiramente prescricionais¹⁹.

O Código de 2002 tomou posição clara a respeito do assunto, versado no Título IV do Livro III da Parte Geral. Aí, o Capítulo I ocupa-se da prescrição, e o Capítulo II da decadência. Em perfeita coerência com a disposição do art. 189, no rol dos prazos especiais de prescrição (art. 206) só se incluem, consoante já registrado, casos de direitos que têm por objeto prestações — por conseguinte, direitos a que correspondem pretensões. E é a palavra “pretensão”, em vez de “ação”, que aparece em cada um dos parágrafos. Lamente-se o deslize do art. 1.601, *caput, fine*, onde se vê a expressão inexacta — à luz das premissas do próprio Código — “ação imprescritível”.

Quanto à decadência, dela tratam os arts. 207 a 211, dos quais o primeiro faz certo que, “salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”. O art. 210, por sua vez, atribui ao juiz o dever de conhecer de ofício da decadência, quando estabelecida em lei (diversamente, quando convencional: art. 211, *fine*). Ao contrário do que sucede com os prazos prescricionais, os dispositivos referentes aos de decadência não estão reunidos, nem se situam no supracitado capítulo: o legislador preferiu distribuí-los ao longo do texto, de acordo com a matéria a que se referem. Assim, por exemplo, o art. 178 fixa em quatro anos “o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico”, colocado o dispositivo no Capítulo V do Título I do Livro III, sob a rubrica “Da invalidade do negócio jurídico”. Desnecessário frisar que o direito à anulação do negócio é tipicamente potestativo.

12. De tudo que se expôs, fazendo-se abstração de outras possíveis espécies de ações (como a ação meramente declaratória), é lícito extrair as seguintes correlações:

- direito a uma prestação? pretensão? ação condenatória? prescrição;
- direito potestativo? ação constitutiva? decadência.

O esquema não é novo²⁰; mas o Código Civil de 2002, ministrando elementos que o abonam, certamente lhe confere a autoridade inerente ao direito positivo. Doravante, já não serão justificáveis os equívocos em que, ao propósito, costumava incidir parte da doutrina.

NOTAS

1. Veja-se a definição de PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro, 1955, pág. 451: “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”. HÉLIO TORNAGHI, *Comentários*

ao Código de Processo Civil, vol. II, 2ª ed., S. Paulo, 1978, parece identificar pretensão e exigência. Em recente monografia, ANDRÉ FONTES, *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, Belo Horizonte, 2002, pág. 10, conceitua a pretensão como “o poder de exigir alguma prestação”, mas noutro passo escreve: “Identificam-se normalmente pretensão e exigência” (pág. 39; destaques do autor).

2. Vide PONTES DE MIRANDA, ob. cit., págs. 451, 452, 457 (“infeliz definição”).

3. Lê-se, por exemplo, em LANGE, *BGB — Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Munique, 1968, pág. 92: “*Subjektives Recht und Anspruch decken einander weder dem Inhalt noch dem Umkreis nach* (O direito subjetivo e a pretensão não coincidem nem no conteúdo, nem no âmbito)”. LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 7ª ed., Berlim, 1952, págs. 82/3, distinguia: na área dos direitos absolutos (como os reais), a pretensão seria inconfundível com o direito, embora dele originária; na dos direitos relativos (como os de crédito), caberia ainda uma subdistinção, conforme se tratasse de relações obrigacionais abrangentes (v.g. locação), da qual nasceria uma pluralidade de pretensões, ou de direitos singulares nascidos da relação obrigacional base (*Forderungsrechte*), os quais, neste caso, se identificariam com pretensões. Também LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, 1967, págs. 252 e segs., distingue entre pretensões “autônomas (*selbständige*)”, que se identificam com direitos, e pretensões “subordinadas (*unselbständige*)”, que servem a direitos, conceptualmente distintos delas.

4. ANDRÉ FONTES, ob. cit., pág. 54, refere opinião de PAWLOWSKI, segundo a qual “as pretensões seriam nada mais que direitos subjetivos no *status activus*” (grifado no original).

5. Introduzido na doutrina brasileira, salvo engano, por PONTES DE MIRANDA (vide, entre tantos passos, *Trat. de Dir. Priv. cit.*, t. V, págs. 481 e segs.; *Tratado das ações*, t. I, S. Paulo, 1970, págs. 109 e segs.) e acolhido, entre outros, por OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, (v.g., *Curso de Processo Civil*, vol. I, Porto Alegre, 1987, págs. 59 e segs.). Não é este o momento adequado à apreciação crítica dessa proposta.

6. E mais acessível ao leitor brasileiro, em geral, na tradução italiana de HEINITZ e PUGLIESE, publicada sob o título *Polemica intorno all' "actio"*, Florença, s.d. (mas 1954), com substanciosa introdução do segundo tradutor.

7. Sobre as “teorias niilistas”, vide ANDRÉ FONTES, ob. cit., págs. 36/7.

8. Com razão PONTES DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv. cit.*, t. V, pág. 461: “há pretensões, que se manifestam na proibição geral de turbação e esbulho”; “proibir é exigir ato negativo”; “a pretensão é *erga omnes*, consiste em proibição geral, que corresponde à estrutura dos direitos com sujeitos passivos totais”. Na Alemanha, já HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, Aalen, 1967 (reimpressão da edição de 1924), págs. 25/6, falava da pretensão à abstenção, que deriva, em face de todos, do direito real. Em sentido contrário, porém, a doutrina predominante: VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Berlim, 1957, vol. I, págs. 242/3; LANGE, ob. cit., págs. 92/3; LEHMANN, ob. cit., pág. 82; LARENZ, ob. cit., pág.

255; LENT — SCHWAB, *Sachenrecht*, Munique, 1979, pág. 172 (diversamente dos direitos de crédito, a propriedade subsiste por si, sem necessidade de pretensão alguma; esta só se configura em determinadas circunstâncias, por exemplo quando o proprietário perde a posse).

9. PONTES DE MIRANDA preferia o *nomen iuris* “direitos formativos”: *vide* *Trat. de Dir.Priv. cit.*, t. V, págs. 289/90 e *passim*. A expressão alemã é *Gestaltungsrechte*.

10. Na doutrina alemã, *vide* por todos VON TUHR, *ob. cit.*, pág. 244. Entre nós, diversamente, PONTES DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv. cit.*, t. V, pág. 462.

11. PONTES DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv. cit.*, t.VI, pág. 57, distinguia entre jogos e apostas proibidos (caso que seria de nulidade *ex vi* do art. 145, II, *fine*, do Código Civil de 1916) e jogos e apostas não proibidos, que “vinculam, apenas não criam pretensão”.

12. Na literatura mais recente, *vide* RENÉ ARIEL DOTTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, 2001, pág. 680 (onde também se fala, contudo, de “prescrição da ação penal”). O conceito de pretensão nesse contexto não se identifica, porém, com o do direito civil: o Estado não *exige* o que quer que seja do infrator, que somente fica *sujeito* à pena, e não obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo. Esse e outros traços tornam difícil uma construção unitária da figura da prescrição, capaz de cobrir ambos os campos, o civil e o penal. O tratamento do assunto não cabe, à evidência, em simples nota.

13. Cf., por todos, CLOVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. (atualizada por Achilles Bevilaqua), Rio de Janeiro — S. Paulo — Belo Horizonte, 1949, pág. 37: “Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito (...)”.

14. Com toda a clareza, na doutrina alemã, JAUERNIG, *in* JAUERNIG *et alii*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munique, 1979, pág. 127: “*Der verjährte Anspruch bleibt stehen (...). Der Anspruchsgegner erwirbt lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht (...): die Verährungseinrede* (A pretensão prescrita subsiste (...). A parte que a ela se opõe adquire simplesmente um direito de recusar a prestação (...): a exceção de prescrição”).

15. No Brasil, já há quarenta anos, notava AGNELO AMORIM FILHO, *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, *in* *Rev. de Dir. Proc. Civ.*, 3º vol., pág. 116: “o efeito imediato da consumação do prazo prescricional é um efeito criador: faz nascer, em favor do prescribente, uma exceção substancial cuja atuação depende exclusivamente de sua vontade”. E mais: “a prescrição não tem efeito extintivo nem mesmo quando oferecida a exceção pelo prescribente: o que ocorre, então, é apenas o encobrimento da eficácia da pretensão, e não a sua extinção”. Muitos equívocos poderiam ter sido evitados se se houvesse dado a tais observações a atenção merecida.

16. Ensinava PONTES DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv. cit.*, t. VI, pág. 100: “prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”. Na pág. 101 lê-se

que os prazos prescricionais “ não destróem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimdo a eficácia de pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade”. *Vide* ainda as págs. 253 e segs., sobre a eficácia da alegação de prescrição. Cf., na mais recente literatura, ANDRÉ FONTES, ob. cit., págs. 50 (“Prescrição é a exceção criada em razão do transcurso do tempo, destinada a tolher, em caráter definitivo, a *eficácia* da pretensão” — grifado no original), 52 (“A pretensão, pois, não é anulada pela exceção, mas apenas atenuada no seu efeito”).

17. Isso leva à inclusão da questão entre as *preliminares de mérito*: *vide* BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 10ª ed., Rio de Janeiro, 2002, pág. 673.

18. Cf., *supra*, nº 8 e, aí, a nota 13. Diferente a opinião de NICOLAU NAZO, *A decadência no direito civil brasileiro*, págs. 118 e 121, para quem a prescrição não teria “por objeto extinguir a ação, mas o próprio direito substancial”, ao passo que a decadência constituiria um “óbice ao desenvolvimento da ação” e acarretaria “a carência de ação ou a ineficácia do ato com que se pretendam anular os seus efeitos” (?).

19. *Vide* por todos WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 1º vol., 3ª ed., S. Paulo, 1962, pág. 298.

20. Substancialmente, ele reproduz em parte — para nos cingirmos à doutrina brasileira — o que já constava do artigo de AGNELO AMORIM FILHO, cit. em a nota 15, *supra*.