

Revista SÍNTESE

Direito Imobiliário

39 – Maio-Jun/2017

Conselho Editorial

Christiano Cassetari
Luciano Lopes Passarelli
Luiz Antonio Scavone Junior
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Marcelo Manhães de Almeida
Rubens Carmo Elias Filho

sage

SÍNTESE

Frise-se que os arts. 560 a 564 repetem a sistemática atualmente prevista, conferindo poderes ao juiz para deferir, sem ouvir o réu, a liminar pleiteada ou, caso entenda necessário, designar audiência de justificação para que autor justifique suas alegações, devendo o réu ser citado para comparecer a essa audiência.

Salienta-se que tal regra não é aplicável às ações movidas em desfavor das pessoas jurídicas de direito público, sendo imperativa a prévia oitiva dos respectivos representantes judiciais.

Contudo, a maior inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil está prevista no art. 565, artigo esse que dispõe acerca de litígios coletivos pela posse de imóvel.

Segundo o artigo em epígrafe, nos litígios coletivos em que o esbulho ou turbacção tenha ocorrido há mais de ano e um dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão de medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 dias.

Já o § 1º preceitua que, caso concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, seguindo o disposto nos parágrafos seguintes.

Ou seja, a realização de audiência de mediação passa a ser um ato obrigatório quando se tratar de litígio coletivo pela posse.

Ainda, nesses casos, o Ministério Público será intimado para comparecer à audiência de mediação, e a Defensoria Pública será também intimada sempre que houver parte beneficiária da gratuidade da justiça.

Há, ainda, a previsão expressa da realização de inspeção judicial pelo juiz, que poderá comparecer à área do objeto de litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

Por fim, o § 4º do referido artigo inova ao prever que órgãos responsáveis pela política agrícola e política urbana da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse na causa e a existência de possibilidade de solução do conflito possessório.

Este é um breve panorama da nova dinâmica das ações possessórias com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil.

Atividade Comercial Dentro de Condomínios Residenciais

RODRIGO KARPAT

Advogado Militante na área civil há mais de 10 anos. Sócio no escritório Karpat Sociedade de Advogados¹. Consultor da Rádio Justiça de Brasília e da OK FM. É considerado um dos maiores especialistas em direito imobiliário e em questões condominiais do País. Além de ministrar palestras e cursos em todo o Brasil, escreve como colunista do site *Sindicato Net* e do *Journal Folha do Síndico*. Apresenta os programas *Vida em Condomínio*, da TV Odeia, e *Por Dentro dos Tribunais*, do Portal Universo Condomínio.

As unidades de edifícios restritamente residenciais não se prestam para que ali sejam instalados escritórios ou comércio para o exercício de qualquer atividade ou profissão, a fim de que se evitem perturbações ao sossego, à saúde e à salubridade dos que ali coabitam, e ainda para que não ocorra o desvio de finalidade da edificação, conforme preceituam os arts. 1.335, II, e 1.336, IV, do Código Civil.

Art. 1.336. São deveres do condômino:

[...]

IV – dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes. (grifei)

Portém, a proibição da instalação de uma empresa/comércio dentro de uma unidade residencial não pode ser confundida com o exercício profissional dentro de uma unidade residencial; caso contrário, o *home office*, que é trabalhar dentro de casa, mesmo sem que ali se receba clientes, estaria desviando a finalidade da edificação, o que de fato não ocorre.

Entendo ainda que um ocupante de uma unidade pode receber eventualmente um cliente, por exemplo: um médico, um advogado que receba esporadicamente seus clientes, sem que isso desvie a finalidade da edificação, porém fica condicionado a não perturbar a rotina do prédio, não colocar em risco os demais moradores em função de aumento de tráfego de pessoas e não sobrecarregar o funcionamento do prédio. Ou seja, desde que a atividade profissional seja secundária à da moradia e não interfira na rotina condominial, deve ser tolerado.

1 A Karpat Sociedade de Advogados é o maior escritório de direito imobiliário e condominial do País. Cobrindo, também, as diversas áreas do direito desde 2007, o escritório é responsável por gerenciar mais de 7.000 processos.

Tratou o saudoso Biasi Ruggiero² em sua obra *Questões imobiliárias*:

A residência há de ser a destinação principal. O morador pode, perfeitamente, ser pessoa que exerce qualquer tipo de trabalho cujo desempenho é compatível com a residência. Há pessoas que se dedicam a aulas particulares, dadas individualmente a alunos, em horários diferentes. Há médicos, advogados, indústrias, comerciantes e outros profissionais que, ocasionalmente, recebem visitas com a finalidade de tratar assuntos ligados aos seus ofícios.

Tais atividades são secundárias em relação à residência, que é atividade principal. A residência é a finalidade maior; a prática de alguma atividade profissional é a finalidade menor.

A proibição de desvio de destinação tem, evidentemente, suas razões. Visa coibir um uso tão intensivo que exceda o limite normal em uma residência evitando que a afluência de pessoas chegue a conspirar contra a tranquilidade e a segurança dos demais ocupantes, a desvalorizar patrimonialmente as unidades e a aumentar as despesas com maior solicitação de serviços.

O limite para o recebimento eventual de clientes deve ser a perturbação ao sossego, a segurança e a interferência nociva na vida da comunidade. Caso seja verificada situação prejudicial ao convívio coletivo, o síndico deve imediatamente coibi-la, inclusive com medida judicial, caso necessário.

Assim, algo sem interferência ao dia a dia e com finalidade quase que doméstica, como no caso de aulas particulares e de escritor, são toleráveis e não interferem na vida cotidiana.

Nos deparamos, recentemente, com um caso de um morador que, dentro de uma cozinha residencial, faz alimentos para fora. Assim, desde que isso não ocorra com a alteração da cozinha residencial para uma cozinha industrial, sem que onere os demais condôminos (como ocorreria no caso de necessidade de alteração do sistema de gás ou, ainda, caso o gás não seja individualizado), desde que não traga qualquer risco à segurança, não prejudique o sossego dos demais vizinhos, não sobrecarregue a portaria com entregas e retiradas, julgamos ser totalmente possível a manutenção da continuidade de produção de alimentos de forma amadora dentro de um prédio residencial. Deve-se ainda prestar atenção para que a empresa não esteja estabelecida no local residencial.

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO COMINATÓRIA – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – CONDOMÍNIO RESIDENCIAL – EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE COMERCIAL – USO NOCIVO DA PROPRIEDADE – VIOLAÇÃO À CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO – RECURSO NÃO PROVIDO

– A utilização de imóvel residencial para fins comerciais caracteriza uso nocivo da propriedade e porque há vedação expressa na convenção do condomínio. (TJMG, AC 10647110075437001/MG, 1ª Câmara Cível, Rel. José Flávio de Almeida, Data de Julgamento: 12.06.2013, Data de Publicação: 21.06.2013)

Outra questão que merece atenção é para os condomínios que têm permitido que os condôminos utilizem os endereços de suas empresas no edifício, apenas para questões fiscais, tais como recebimento de correspondências. Situação que deve ser tolerada somente mediante declaração assinada pelo prestatente de que não utilizará a unidade com finalidade comercial. Esses casos ocorrem, por exemplo, quando um morador quer abrir uma loja virtual, seja representante comercial, e precisa, perante os órgãos públicos, ter um endereço para abrir a empresa.

A Prescrição e a Ação de Rescisão de Compromisso de Venda e Compra

SABRINA BERARDOCCO

Advogada, Especialista em Direito Imobiliário pela PUC/SP, Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP, Especialista em Direito Empresarial pela EPM (Escola Paulista da Magistratura), Palestrante convidada na Escola Superior da Advocacia – ESA, Professora Assistente no Curso de Pós-Graduação em Direito Imobiliário da PUC-COGEAE/SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A prescrição e os direitos potestativos; 2 Do compromisso de venda e compra de lotes de terreno; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é o direito potestativo do vendedor em rescindir compromisso de venda e compra de lote de terreno, em razão do inadimplemento do comprador, ainda que a cobrança das parcelas do citado contrato tenha sido fulminada pela prescrição.

O tema é um dos mais complexos do Direito Civil, seja pela dificuldade em se compreender o fenômeno da prescrição que fulmina o exercício da ação, após certo lapso de tempo, ainda que permaneça latente o direito subjacente, seja pelo fato de ser de difícil aceitação a existência de direitos imprescritíveis.

De fato, a prescrição não fulmina a obrigação natural (pagamento do contrato) que substituiria para fins do exercício da pretensão rescisória por parte do vendedor; entretanto, sua subsistência (o direito ao recebimento do crédito) não garante que o contrato seja resolvido pela causa (inadimplemento).

1 A PRESCRIÇÃO E OS DIREITOS POTESTATIVOS

A prescrição no Código Civil brasileiro está disciplinada no Título IV do Livro III da Parte Geral, em seus arts. 189 a 206, preocupando-se o legislador em estabelecer os prazos de prescrição e as causas suspensivas e interruptivas, sem, contudo, melhor definir o instituto e a sua aplicação, que fica à mercê das variáveis da doutrina e jurisprudência, acentuando a dificuldade em se compreender melhor o fenômeno da extinção da pretensão.

O que o art. 189¹ traz é a máxima de que “violado o direito, nasce para o titular a *pretensão*, a qual se extingue, pela prescrição...”, ou seja, a prescrição é o fenômeno que fulmina a pretensão, após certo lapso de tempo (conforme prazos eleitos pelo legislador nos arts. 205 e 206), do direito de que é titular, após sua violação.

Desta disciplina tão reduzida, para um fenômeno tão importante, pode-se concluir que, para que a prescrição incida, deve concorrer os seguintes elementos: (a) existir um direito e não mera expectativa de direito; (b) ocorrer uma violação a tal direito²; (c) ter o titular ciência de tal violação, para, então, a partir desta, ter a possibilidade de postular sua pretensão³.

A pretensão de que trata o Código Civil deve ser entendida não como mera exigência, mas como um poder de exigir *fundado*, conforme nos ensina José Carlos Barbosa Moreira⁴:

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 violado (e, portanto, sem *poder de exigir*), existirá uma pretensão, embora *infundada*.

Da posição que se adote depende a valorização que se fará do art. 189. O juízo de valor inevitavelmente variará conforme se preferir o critério *subjetivo* (pretensão = poder de exigir).

À vista de seu teor, repita-se, a disposição parece mais compatível com o primeiro do que com o segundo.

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.

1 Uma observação se faz necessária em relação a esse artigo. Muito embora o texto fale em violação, existem direitos que prescrevem desta, como, por exemplo, o direito real de propriedade. O proprietário mediante simples turbação tem a pretensão de impedir a ameaça à sua posse e, portanto, poderá ingressar com a medida judicial adequada, ainda que não tenha, de fato, ocorrido a violação a tal direito.

2 Destacamos. A expressão pretensão aparece com o art. 189 inserido pela Lei nº 10.352/2001 (CC/2002) e é colocada como elemento principal para o entendimento da prescrição, o que antes não se via no Código Civil revogado. José Carlos Barbosa Moreira muito bem coloca essa crítica à redação do art. 189 apontando: “A pretensão emerge da condição de simples ponto de passagem epistêmico 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 resalta da mera leitura do dispositivo, será essencial para a elaboração teórica do instituto da prescrição” (Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro, *Revista Forense*, ano 99, v. 366, p. 1, abr. 2003).

3 Leia-se tal assertiva com a observação já feita na nota 1.

4 No sentido “poder de exigir, não como pura exigência”, conforme ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira (op. cit., p. 121).

5 Op. cit., p. 7 e 8.

Denota-se que a prescrição não é apenas um fenômeno que ocorre per si pelo decurso do tempo; devem concorrer ao tempo a existência de violação e a sua ciência pelo titular, sem a qual, sequer se inicia o transcurso do prazo estabelecido pela lei para a consumação da prescrição.

Tanto é assim que o art. 198 do Código Civil estabelece que não corre a prescrição (a) contra incapazes de que trata o art. 3º do mesmo Código, (b) contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios e (c) contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Veja-se a propósito julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, que bem ilustra a questão da prescrição no que tange ao início do prazo de sua vigência que não se resume à simples contagem do tempo a partir da ocorrência da violação do direito, mostrando-se necessário que essa contagem tenha início a partir da ciência do titular, ou seja, no nosso entendimento, esse tempo deve vir qualificado pela plena capacidade de entendimento:

RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC/1973 – VIOLAÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ATROPELAMENTO – COLETIVO – PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – TRANSPORTE DE PASSAGEIROS – PREScrição QUINQUENAL – LEI Nº 9.494/1997 – VÍTIMA – MENOR IMPÚB. BERE – INÍCIO DO PRAZO – ARTS. 167, I, DO CC/1916 E 198, I, DO CC/2002 – MAIORIDADE RELATIVA – VERBA INDENIZATÓRIA – DEMORA PARA AJUIZAMENTO DA DEMANDA – INFLUÊNCIA NO ARBITRAMENTO – RAZOABILIDADE – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – SÚMULA Nº 54/STJ

1. Ação indenizatória ajuizada em junho de 2009 por vítima de atropelamento ocorrido em julho de 1991 provocado por condutor de ônibus de propriedade da empresa ré - prestadora de serviço público de transporte de passageiros. Autora que, à época do evento danoso, contava com 2 (dois) anos de idade, e que foi acometida de severas lesões corporais, incapacidade total temporária e dano estético grave e permanente.

2. Recurso especial interposto pela empresa ré objetivando ver reconhecida a prescrição da pretensão autoral ou, alternativamente, reduzidas as verbas indenizatórias fixadas na origem (no valor de R\$ 20.000,00 [vinte mil reais] pelo dano estético e de R\$ 15.000,00 [quinze mil reais] pelos danos morais suportados pela vítima do acidente) e fixada a data em que proferida a sentença como termo inicial de incidência dos juros moratórios.

3. Consoante a jurisprudência desta Corte, o prazo de prescrição da pretensão indenizatória em desfavor de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos é quinquenal, a teor do que expressamente dispõe o art. 1º-C da Lei nº 9.494/1997.

4. A prescrição não corre contra os absolutamente incapazes (arts. 167, I, do CC/1916 e 198, I, do CC/2002). Por isso, em se tratando de ação indenizatória promovida por vítima que, à época do acidente objeto da lide, contava com

apenas 2 (dois) anos de idade, o cômputo do prazo prescricional só tem início na data em que ela atinge a maioridade relativa.

5. No caso, em que pese o atropelamento da então menor ter ocorrido em 13.07.1991, o prazo prescricional só começou a correr em 08.07.2004, data em que ela completou 16 (dezesseis) anos de idade. Inequivoca, portanto, a não ocorrência da prescrição da pretensão autoral, visto que a demanda foi proposta em 17.06.2009, antes, portanto, de esvaído o prazo prescricional quinquenal, que teria como termo final a data de 08.07.2009.

6. A Corte Especial firmou a orientação de que "a demora na busca da reparação do dano moral é fator influente na fixação do quantum indenizatório, a fazer obrigatória a consideração do tempo decorrido entre o fato danoso e a propositura da ação" (EREsp 526.299/PR, DJe de 05.02.2009).

7. A fixação da indenização em patamar relativamente baixo se comparada a casos análogos e a inexistência de elementos que indiquem que o fator tempo não teria sido levado em consideração pela Corte local desautorizam a pretensão de redução das verbas indenizatórias, tanto por danos morais quanto por danos estéticos, arbitradas na espécie.

8. Nos termos da Súmula nº 54/STJ, "em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso".

9. Recurso especial não provido.

(RÉsp 1567490/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 27.09.2016, DJe 30.09.2016 – g.n.)

Gliseia Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chailréo Lgov⁶ colocam a necessidade de se analisar pelo menos quatro fatores para saber se uma pretensão prescreveu ou não, são eles:

(i) qual é a pretensão em causa, quer dizer, como esta se qualificar; (ii) qual é o prazo que a lei estabelece para o seu exercício; (iii) quando se inicia a contagem de tal prazo e; (iv) se houve ou não alguma suspensão ou interrupção do prazo prescricional. À primeira vista, esta análise pode parecer simples. Entretanto, diante de situações concretas, inúmeras peculiaridades podem se apresentar, devendo o intérprete optar por uma das soluções possíveis.

É preciso levar em conta, no trabalho hermenêutico, a razão de ser da prescrição, de modo que o resultado da interpretação não desvirtue a sua razão. Assim, por um lado, não se deve penalizar o credor não inerte e, por outro, deve-se garantir a segurança jurídica, inerente ao instituto.

Na esteira do que foi dito antes, o art. 199 do Código Civil traz outras situações nas quais também não corre a prescrição, são elas: (a) pendendo con-

6 TEPEĐINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. III, 2012. p. 566.

dição suspensiva”, (b) não estando vencido o prazo⁸ e (c) pendendo ação de evicção. Como se vê, em tais hipóteses, o prazo não começou a fluir, pois não há exigibilidade e violação de tais direitos, a corroborar o entendimento da necessidade do nascimento da ação – *actio nata* –, citada por Agnello Amorim Filho, se referindo a textos sobre o tema da autoria de Savigny e Câmara Leal⁹:

Mas há um ponto que deve ficar bem ressaltado, porque interessa fundamentalmente às conclusões do presente estudo: os vários autores que se dedicaram à análise do termo inicial da prescrição fixam esse termo, *sem discrepância*, no nascimento da ação *actio nata*, determinado, tal nascimento, pela violação de um direito. Savigny, por exemplo, no capítulo da sua monumental obra dedicado ao estudo das condições da prescrição, inclui, em primeiro lugar, a *actio nata*, e acentua que esta se caracteriza por dois elementos: a) existência de um direito atual, suscetível de ser reclamado em juízo; e b) violação desse direito (op. cit., t. IV, p. 186). Também Câmara Leal afirma peremptoriamente:

“Sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem condição primária a existência da ação. Duas condições exige a ação, para se considerar nascida nata, segundo a expressão romana: a) um direito atual atribuído ao seu titular; b) uma violação desse direito, à qual tem ela por fim remover. [...]”

O momento de início do curso da prescrição, ou seja, o momento inicial do prazo, é determinado pelo nascimento da ação – *actioni nondum natae non praescribitur*.

Desde que o direito é desrespeitado, violado ou ameaçado, ao titular incumbe protegê-lo e, para isso, dispõe da ação... [Câmara Leal, *Da prescrição e da decadência*, p. 10, 32 e 256]. (g.n.)

Portanto, a ação seria um pressuposto para a ocorrência da prescrição, no sentido de que, com a violação de certo direito, estaria legitimado o titular a ingressar em juízo e, caso não o faça no prazo estabelecido pela lei, extinguir-se-á a possibilidade de tal ingresso, o que não quer dizer que ainda não exista o direito que daria causa à pretensão. A máxima de que a “prescrição extingue

7 CC, art. 125: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.

8 “No vencido o prazo, a obrigação é inextinguível (art. 394) e, quanto à evicção (arts. 447 a 457), aponta Clóvis Bevilacqua (que o comprador de uma coisa não pode invocar a prescrição em seu favor, se terceiro proposer ação de evicção, e enquanto esta não for julgada) [Código Civil comentado, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 360]” (PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado, doutrina e jurisprudência*, 7. ed. rev. e atual. Barueri/SP, Manole, 2013 (por Nestor Duarte nos comentários ao art. 199)

9 Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 86, n. 744, p. 480, out. 1997.

a ação e não o direito”¹⁰, embora venha sendo repetida ao longo dos anos, não é imune das críticas lançadas pelos estudiosos do tema, haja vista sua falta de critério científico para tal distinção.

A decadência, fenômeno diverso da prescrição, ainda é tratada no Código Civil com escassez de detalhamento, o que acirra a confusão e aplicação errônea entre esses dois institutos. O Código Civil dedica apenas cinco artigos para tratar da decadência e pouco traz de subsídios para o operador do Direito aplicá-la na prática.

No art. 207, expressa que à decadência não se aplicam as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição, revelando, talvez, um pilar a que se seguiu a doutrina para fazer a distinção entre decadência e prescrição sem enfrentamento do problema.

Agnello Amorim Filho, em sua clássica lição sobre os critérios científicos para distinguir a prescrição da decadência¹¹, critica a assertiva de que a “distinção entre os dois institutos é aquele segundo o qual a prescrição extingue a ação, e a decadência extingue o direito”, utilizando-se como ponto de partida a classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda, revelando a categoria dos direitos potestativos.

Referido autor propõe, então, um critério mais preciso, após analisar o critério trazido por Câmara Leal, que, apesar de reconhecido como útil na prática, se mostraria falho¹², utilizando-se como ponto de partida a classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda, revelando a categoria dos direitos potestativos.

10 Criticado por Agnello Amorim Filho: “O critério mais divulgado para se fazer a distinção entre os dois institutos é aquele segundo o qual a prescrição extingue a ação, e a decadência extingue o direito. Entretanto, tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, pois pretende fazer a distinção pelos efeitos ou consequências, se bem que aquelas sejam, realmente, os principais efeitos dos dois institutos. O critério apontado apresenta-se, assim, com uma manifestação patética de princípio, pois o que se deseja fazer, precisamente, é quando o prazo extintivo atinge a ação ou o direito. O que se procura é a causa e não o efeito” (op. cit., p. 727).

11 Texto já citado (RT 744/97).

12 Agnello Amorim Filho aponta o critério sugerido por Câmara Leal, criticando-o: “Processo distintivo indiscutivelmente mais vantajoso do que aquele é o sugerido por Câmara Leal, assim resumido pelo seu autor: ‘É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prelado ao exercício do direito pelo seu titular. É de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que, o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prelado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afixe de prescrição (Câmara Leal, *Da prescrição e da decadência*, 1. ed., p. 133-134). Todavia, o critério proposto por Câmara Leal, embora muito útil na prática, se resente de dupla falha. Em primeiro lugar, é um critério empírico, carecedor de base científica, e isto é reconhecido pelo próprio Câmara Leal, pois ele fala em discriminação prática dos prazos de decadência das ações (op. cit., p. 434). Com efeito, adotando-se o referido critério, é fácil verificar, praticamente, na maioria dos casos, se determinado prazo extintivo é prescricional ou decadencial, mas o autor não fixou, em bases científicas, uma norma para identificar aquelas situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, pois é este o seu ponto de partida para a distinção entre os dois institutos. Em segundo lugar, o critério em exame não fornece elementos para se identificar, direta ou mesmo indiretamente (isto é, por exclusão), as denominadas ações imprescritíveis” (RT 744/97, p. 727).

Segundo a classificação de Chiovenda, os direitos se dividem em duas categorias: a primeira, os direitos que buscam obter uma prestação (positiva ou negativa) de outrem (sujeito passivo); e a segunda, chamada de direitos potestativos, em que não se busca uma prestação e são exercidos pela manifestação de vontade de seu titular, gerando uma situação de sujeição do sujeito passivo.

Nos direitos potestativos, o sujeito passivo não tem qualquer influência no ato de vontade do sujeito ativo, ou seja, o titular exerce seu direito, submetendo o sujeito passivo a tal exercício. Nesse sentido:

A segunda grande categoria é a dos denominados direitos potestativos, e compreende aqueles que a lei confere a determinadas pessoas de influir, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas. Desenvolvendo a conceituação dos direitos potestativos, diz Chiovenda: "Esses poderes (que não se devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, com a faculdade de testar, de contratar e semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia), se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz. Têm todas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção" [...]. (Agnelo Amorim Filho, op. cit., p. 728)

Partindo-se da ideia da existência de duas grandes categorias de direitos, os que almejam uma prestação de outrem (direitos pessoais e reais) e os que não têm esse objetivo (direitos potestativos), é possível abrir o leque para, então, classificar as ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias. As condenatórias visam à obtenção de uma determinada prestação do sujeito passivo, podendo ser positiva (entrega de um bem, por exemplo) ou negativa (abstenção da prática de determinado ato). Já as constitutivas, que também podem ser positivas ou negativas, não visam à obtenção de uma prestação, mas, sim, a alteração do estado jurídico, seja pela criação, modificação ou extinção de um estado anterior; e, por fim, as ações declaratórias, que buscam obter uma certeza jurídica.¹³

Referido direito enquadra-se na categoria das ações constitutivas (negativas, isto é, desconstitutivas de uma relação jurídica), pois visam à extinção de

13 Leonardo Faria Schenk, em comentários ao art. 19 do NCPC, esclarece: "As ações meramente declaratórias são instrumentos indispensáveis para a tutela dos direitos subjetivos legais ou constitucionalmente assegurados, podendo o autor, por meio delas, restringir o seu interesse à simples declaração de existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou da falsidade do documento. [...] O Código atual, assim como o anterior, não esclarece as espécies de relações jurídicas que facultam o pedido meramente declaratório do autor, devendo a sua seleção ser ampla e abarcar não apenas a existência e a inexistência de um vínculo jurídico entre dois sujeitos, como também o seu modo de ser, expressão que deve ser compreendida como qualquer qualidade juridicamente relevante desse vínculo" (Graves comentários ao novo Código de Processo Civil, Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 103).

uma relação jurídica e o retorno ao status quo dessa relação que se materializou com a assinatura do compromisso de venda e compra. Em sendo constitutivo tal direito, estar-se-ia diante de um direito potestativo e, portanto, não sujeito à prescrição, fenômeno aieto às ações de cunho condenatório.

Dentro da classe dos direitos potestativos, Agnello Amorim Filho propõe duas categorias:

- a) aqueles que, por medida de segurança dos negócios jurídicos, a lei não permite sejam exercidos mediante simples declaração de vontade, nem mesmo quando estão de acordo todos os interessados, inclusive aquele que sofre a sujeição (ações constitutivas necessárias, segundo a terminologia adotada por Calamandrei). Ex.: ações anulatórias de casamento; e b) aqueles direitos potestativos que são exercidos por meio de ação apenas subsidiariamente, isto é, quando os outros interessados não concordam em que eles sejam exercidos mediante simples declaração de vontade. Ex.: a ação de divórcio. (RT 744/733)

O critério científico proposto pelo jurista supracitado traz com maior clareza as ações prescritíveis e imprescritíveis, carreado às prescritíveis a existência de uma violação e, por conseguinte, o nascimento da pretensão condenatória do titular do direito violado; desprovido as imprescritíveis dessa carga condenatória, já que o titular não almeja a obtenção de uma pretensão do sujeito passivo, mas, sim, o exercício de um direito a que o sujeito passivo deverá se submeter (critério da sujeição pela vontade do sujeito ativo, como, por exemplo, nas ações de despejo motivadas pela denúncia vazia; em tal hipótese, o locador manifesta sua vontade de retomada do prédio, desde que dentro dos requisitos da lei, a qual fica sujeito o locatário; o mesmo ocorre com a ação de consignação de chaves na locação¹⁴, etc.).

14 Nos termos dos julgados:

"APELAÇÃO – AÇÃO CONSIGNATÓRIA – LOCAÇÃO – Direito potestativo do locatário. Causalidade atribuída ao réu para o ajuizamento da demanda, diante da primeira tentativa frustrada para imposição de realizar reparos no imóvel. Negado provimento" (Conarca: Ribeiro Preto, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hugo Crepaldi, Data do julgamento: 10.11.2016, Data de registro: 10.11.2016)

"APELAÇÃO – AÇÃO CONSIGNATÓRIA – NULIDADE RECHACADA – ADTRUÇÃO AO PEDIDO – AÇÃO DUPLOE – DIREITO POTESTATIVO – DENÚNCIA DO CONTRATO – BOA-FÉ OBJETIVA – Nulidade rejeitada (arts. 128 e 460, ambos do CPC 1973). Decisão que abrange a matéria de defesa, ausência de nulidade em virtude da natureza duplice da ação consignatória; a rescisão antecipada do contrato de locação constitui direito potestativo do locatário (art. 4º da Lei nº 8.245, de 1991). A existência de débito inadimplido, multa não satisfeita ou reparos necessários não impede a denúncia do contrato. Termo final da data do ajuizamento da consignatória. Precedentes. Conduta condizente à boa-fé objetiva, na figura parcelar do *duo to miligite the loss* (art. 422 do CC). Recurso parcialmente provido." (Conarca: Guarulhos, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Lúcia Frazzetti, Data do julgamento: 18.05.2016, Data de registro: 15.06.2016)

"RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO CONSIGNATÓRIA – Ausência de nulidade da sentença, já que não houve afronta ao princípio da congruência. Direito potestativo do locatário de depositar as chaves e extinguir o contrato de locação, o que não implica quitação de quaisquer obrigações decorrentes do contrato. Parte ré que deu causa à demanda, devendo arcar com os ônus de sucumbência. Majoração do quantum fixado pelo Juízo a quo. Negado provimento ao recurso da ré e recurso da autora parcialmente provido." (Conarca: Sorocaba, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hugo Crepaldi, Data do julgamento: 25.08.2016, Data de registro: 25.08.2016)

É claro o pensamento de Agnello Amorim Filho:

Pelo que foi dito acima já se pode concluir que as ações constitutivas tem as seguintes características: a) não pressupõem a existência de lesão a um direito, como ocorre nas ações condenatórias; b) por meio delas não se exige uma prestação do réu, mas apenas se pleiteia a formação, modificação, ou extinção de um estado jurídico; c) não são meio para se restaurar um direito lesado, mas meio pelo qual se exercitam duas classes de direitos potestativos; d) não tem por objetivo a satisfação de uma pretensão, se se entender como tal “o poder de exigir de outrem uma prestação”, pois os direitos potestativos são, por definição, “direito sem pretensão” (quando muito há, nas ações constitutivas, uma pretensão de natureza especial, isto é, uma pretensão dirigida contra o Estado, ou uma pretensão à tutela jurídica, ou “pretensão à prestação jurisdicional”, como quer Pontes de Miranda, mas ele mesmo acentua que não se deve confundir “pretensão de direito material” com “pretensão à tutela jurídica” – *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1. ed., 1ª v., p. 19); finalmente: e) as sentenças proferidas nas ações constitutivas (positivas ou negativas) não são suscetíveis, e nem carecem de execução, pois o conteúdo de tais ações se esgota com o provimento judicial que determina a criação, modificação, ou extinção do estado jurídico. (Somente quando a ação constitutiva se encontra cumulado com uma ação condenatória é que se pode cogitar de execução, mas aí a execução diz respeito a essa última. Ex.: a ação para rescindir o contrato de compra e venda de coisa recebida com vício redibitório, e reaver o preço pago, mais perdas e danos [...]). (RT 744/733,734).

Os direitos potestativos (constitutivos positivos ou negativos) não são, portanto, objeto de prescrição, mas sim de decadência, restando mais clara a distinção entre os dois institutos¹⁵. Tal posicionamento é corroborado também por Nelson Nery¹⁶, ao afirmar que “a classificação dos direitos subjetivos se faz necessária porque os direitos potestativos estão sujeitos à decadência e os direitos a uma prestação estão sujeitos à prescrição”.

E, complementaria se referindo à teoria trazida por Agnello Amorim Filho com lições de Chiovenda:

Esta teoria vem corrigir o entendimento vulgarizado que procura distinguir as espécies pelo critério de que a prescrição atingiria a ação enquanto a decadência atingiria o direito. Já dissemos que não se trata disto.

15 José Carlos Barbosa Moreira aponta que durante não são mais justificáveis os equívocos cometidos entre ambos os institutos, apontando: “De tudo que se expôs, fazendo-se abstração de certas possíveis espécies de ações (como a ação meramente declaratória), é ilícito extrair as seguintes correlações: direito a uma prestação – pretensão – ação condenatória – prescrição; direito potestativo – ação constitutiva – decadência. O esquema não é novo, mas o Código Civil de 2002, ministrando elementos que o abonam, certamente lhe confere a autoridade inerente ao direito positivo. Donde, já não serão justificáveis os equívocos em que, ao propósito, costumava incidir parte da doutrina” (op. cit., p. 126).

16 Prescrição e decadência, XII, p. 353 a 381.

A questão é saber qual a natureza do direito atingido, para separar o que é prescrição e o que é decadência e, depois, verificar se no caso concreto ocorreu uma das duas hipóteses.

As pretensões que se exercem mediante ações declaratórias são perpétuas, pois a qualquer tempo se pode pedir (pedir) a declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica.

Já as pretensões exercitáveis por meio de ações condenatórias, que visam obrigar a comportamento, são sujeitas, sempre, à prescrição e as constitutivas, que visam a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, se acaso tiverem prazo estipulado em lei, este prazo será de decadência. As pretensões que se exercitam mediante ações mandamentais e executivas, como têm em si um preceito condenatório ou constitutivo, seguem o regime do preceito que englobam. (p. 364)

Assim, por opção legislativa o Código Civil não traz uma lista com os prazos de decadência, de forma reunida, como fez o legislador com relação aos prazos de prescrição (CC, arts. 205 e 206), estando tais prazos espalhados pela legislação, a exemplo do art. 178¹⁷ do Código Civil, que trata da ação anulatória do negócio jurídico, ou, ainda, da ação renovatória de que trata a Lei de Locação (Lei nº 8.245/1991¹⁸), entre outros¹⁹.

Diante do que até agora foi exposto e limitada a análise da prescrição em relação à ação de rescisão pelo inadimplemento do comprador, tendo por objeto lote de terreno, analisaremos, a seguir, a disciplina jurídica que dá sustentação ao compromisso de lote de terreno para refletir se a pretensão do vendedor pode ser acometida pela prescrição, pela decadência ou por nenhuma das duas, por se tratar de direito potestativo não sujeito a prazo.

2 DO COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE LOTES DE TERRENO

Limitada a análise do compromisso de venda e compra de lote de terreno (loteamento), sujeito, portanto, às disciplinas do Decreto-Lei nº 58/1937 e da Lei nº 6.766/1979, que traçam as diretrizes gerais e especiais desse tipo de ne-

17 “Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.” (g.n.)

18 “Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

[...]

§ 5º Do direito a renovação decai aquele que não proposer a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.”

19 CC, arts. 445, 446, 501, 516, 1.560, 1.788, 1.939, 1.955, 1.958, 1.971, etc.

gócio jurídico, há de se afirmar, de início, que a Lei nº 6.766/1979 traz o prazo de decadência de 180 dias para o loteador submeter o projeto aprovado do loteamento ou desmembramento ao registro imobiliário, sob pena de caducidade (art. 18º) e, no que tange à rescisão, traz apenas o prazo para que o adquirente pague a mora após ser regularmente notificado da inadimplência (art. 32º), sem prever qualquer prazo para o exercício de tal direito (resolução).

A notificação deve ser clara, de forma que o devedor fique ciente do dia, modo e local onde satisfará a obrigação. Não basta notificar para os fins do Decreto-Lei nº 745/1969²² ou para saldar a dívida sem esclarecer o seu exato valor.

Em verdade, conclui-se que não há previsão na lei quanto ao prazo de decadência para que o vendedor exerça o direito de rescindir o compromisso pela inadimplência, porque a legislação da época teve como propósito tornar os compromissos irrevogáveis (art. 25)²³ evitando-se a especulação imobiliária existente à época antes da vigência do Decreto-Lei nº 58/1937.

Portanto, referido decreto-lei prevê a irrevogabilidade²⁴ dos compromissos de venda e compra de lotes rurais e a Lei nº 6.766/1979 (que regulamentou por completo o loteamento urbano) assim prevê para os lotes urbanos (art. 25).

A Súmula nº 166 do Supremo Tribunal Federal é clara nesse sentido: *"Compromisso de compra e venda. Arrependimento. Decreto-Lei nº 58/1937,*

20 "Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos [...]".

21 "Art. 32. Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor."

22 Com redação alterada pela Lei nº 13.097/2015:

"Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpretado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de pagar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação."

Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutive expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora."

23 "Art. 25. São irrevogáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuem direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, conferem direito real oponível a terceiros." (Lei nº 6.766/1979)

24 É que a promessa de compra e venda com cláusula de arrependimento facultava a qualquer das partes a rescindir unilateralmente o contrato, mediante denúncia notificada à outra, a teor do disposto no art. 473 do Código Civil em vigor, em função do direito potestativo que lhes é conferido.

No entanto, o direito de arrependimento só pode ser exercido enquanto não integralizado o preço certo e ajustado, pois, do contrário, entende-se que houve decadência ao direito potestativo das partes, lesão da boa-fé do promissário comprador adimplente e abuso de poder por parte do promissário vendedor. Contudo, é importante lembrar que somente é possível a pactuação de cláusula de revetibilidade nos contratos de imóveis não loteados, já que o Decreto nº 38/1937 e a Lei nº 6.766/1979 não admitem o arrependimento nos contratos de imóveis sob o regime de loteamento, seja urbano, seja rural, eis que visaram evitar a especulação imobiliária.

art. 15. É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei nº 58, de 10.12.1937".

Logo, em princípio, o compromisso de lote de terreno é irrevogável pela simples vontade do loteador, permitindo a legislação, em outra medida, a rescisão de pleno direito pelo inadimplemento (art. 22), agora com a redação dada pela Lei nº 13.097/2015.

Tal paradoxo – irrevogabilidade e rescisão de pleno direito – foi temperado pela jurisprudência que entendeu pela necessidade de ação²⁵ para a configuração da rescisão do compromisso de venda e compra, submetendo, portanto, os loteadores à medida judicial. Referido entendimento encontra guarida no princípio da boa-fé e da necessidade de se averiguar a extensão da mora para fins de rescisão, de forma a evitar abuso por parte dos vendedores que, com a mora de uma parcela, poderiam fazer valer a rescisão. A boa-fé contratual e a teoria do adimplemento substancial são as bases da necessidade da medida judicial, colimando, em certa maneira, abuso do contratante e submetendo a inadimplência ao judiciário para análise de sua exata configuração e autorização para a resolução do contrato.

Dessa forma, em sendo necessária a medida judicial para a rescisão do compromisso pelo inadimplemento do comprador, caberá a este notificá-lo, para, então, ingressar com a ação. Nesse sentido, a jurisprudência é dominante:

Agravado de instrumento. Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização. Concessão da tutela antecipada em benefício da agravada. Alegação de que o inadimplemento é matéria incontroversa. Dúvida, entretanto, relacionada à extensão da mora e, por consequência, à configuração do adimplemento substancial. Inviabilidade, ainda, da imediata rescisão contratual e da respectiva reintegração do vendedor na posse do imóvel. Necessidade de equacionamento, por primeiro, da efetiva mora contratual. Providências, no mais, dependentes da decretação judicial de rescisão do contrato, independentemente da existência de cláusula resolutive expressa ou de constituição em mora dos compradores. Entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça: AgRg-Rsp 1.337.902/BA, Min. Luis Felipe Salomão. Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 2143593, 97.2016.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Coracaci Jacareí, Rel. Dornegá Morandini, Data do julgamento: 19.08.2016, Data de registro: 19.08.2016 – g.n.)

Esse é o posicionamento unânime do Superior Tribunal de Justiça, até então:

25 Muito embora tenha a Lei nº 13.097/2015 alterado a redação do Decreto-Lei nº 745/1969 que trata da notificação para fins de purgação da mora, conforme nota 22, aceitando a rescisão de pleno direito. Mais uma vez, a legislação, em consonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial aceita a cláusula resolutive expressa, o que certamente desafiará mora reflexa na jurisprudência sobre sua aplicabilidade ou não aos compromissos de venda e compra de imóvel loteado.

É firme a jurisprudência do STJ no sentido de ser imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja legislação, em dissonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial aceita a cláusula resolutiva expressa, o que certamente desafiará nova reflexão na jurisprudência sobre sua aplicabilidade ou não aos compromissos de venda e compra de imóvel loteado, consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos. Por conseguinte, não há falar-se em antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda, pois somente após a resolução é que poderá haver posse injusta e será avaliado o alegado esbulho possessório. (AgRg-Resp 1.337.902/BA, Min. Luis Felipe Salomão – g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – NATUREZA DO CONTRATO CELEBRADO – ANÁLISE – INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ – CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – AUSÊNCIA DE EFEITO AUTOMÁTICO – NECESSIDADE DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg-AREsp 175.485/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 10.12.2013, DJe 17.12.2013)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – VIOLAÇÃO – ART. 535, II, DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA – RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLETAMENTO – CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA – NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PARA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO – PRECEDENTES – 1. [...] 2. Diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva norteador dos contratos, na antecipação de tutela reintegratória de posse, é imprescindível prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa. 3. [...] 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg-REsp 969596/MG, 4ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJe 27.05.2010)

CIVIL E PROCESSUAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – NECESSIDADE DE PRÉVIA RESCISÃO CONTRATUAL – INTERPELAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL – INSUFICIENTE – I – Permanecendo o promissário na posse do imóvel, cabe ao promitente promover a ação de resolução do contrato, não bastando para tanto as interpeleções judiciais em extrajudicial. II – Agravo improvido. (AgRg-Ag 1.004.405/RJ, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 15.09.2008)

A medida judicial, como se vê, obrigatória, também se coaduna com a natureza jurídica dos direitos potestativos, conforme sustentado por Agnelo Amorim Filho:

Finalmente, há uma terceira categoria de direitos potestativos que só podem ser exercidos por meio de ação. A ação, aqui, já não tem caráter simplesmente

subsidiário, ou facultativo, mas obrigatório, como forma de exercício do direito. Consequentemente, nessa terceira categoria não se dispensa a propositura da ação nem mesmo quando todos os interessados, inclusive aqueles que sofrem a sujeição, estão de acordo em que o direito seja exercitado por outra forma. É por esse motivo que Calamandrei²⁶ dá, a tais procedimentos judiciais, a denominação de ações necessárias... (RT 744/731 – g.n.)

Assim, firmada a premissa da necessidade da ação judicial para a rescisão do compromisso, cabe-nos indagar o seguinte: (a) A ação judicial é de qual natureza?; b) Está sujeita à prescrição ou decadência?; c) Há prazo fixado na lei? A ação de rescisão visa a desconstituir uma relação jurídica e, portanto, se encerra na classificação da ação constitutiva (negativa), que tem como característica não a exigência de uma prestação (condenatória), mas sim o pleito de formação, modificação ou extinção de um estado jurídico, como já referido pelos ensinamentos de Agnelo Amorim Filho, o que responde à primeira indagação sugerida.

Na sequência, e em resposta à segunda indagação proposta, há de se afirmar que, em sendo constitutiva a natureza jurídica da ação de rescisão, enquadrando-se, inclusive, na categoria de direitos potestativos, não se pode falar em prazo de prescrição, pois não se almeja uma prestação com a medida (tipicamente das ações condenatórias), sendo cabível apenas falar em decadência. Portanto, se a ação é desconstitutiva e, em razão de tudo o que já se expôs no capítulo antecedente, referida ação não está sujeita a prazo de prescrição, mas sim de decadência.

A última indagação que nos resta responder é se há prazo de decadência estabelecido na lei específica que disciplina a venda de lotes em prestação (loteamento) para definir se o direito potestativo do vendedor está ou não sujeito a prazo.

De tudo o que se observou a respeito do Decreto-Lei nº 58/1937 e da Lei nº 6.766/1979, e legislações posteriores sobre o tema, não há prazo estabelecido para o exercício do direito de rescisão por parte do vendedor em caso de inadimplemento do comprador, concluindo, de certa maneira, ser tal direito, imprescritível²⁵ e potestativo, não sujeito à decadência. Certamente tal afirmação pode causar certo desconforto aos operadores do Direito que têm

²⁵ Imprescritível no sentido de não sujeito a prazo de prescrição ou decadência. Agnelo Amorim Filho aponta a impropiiedade da expressão "ações imprescritíveis" com muita clareza: "A expressão em foco tem, por conseguinte, uma compreensão mais ampla do que o sentido em que é utilizada, pois abrange uma categoria de ações (aquelas sujeitas à decadência) que não se tem em mente abarcar quando se faz uso dela. Talvez a anomalia decorra da confusão que muitos fazem entre os institutos da prescrição e da decadência, ou da dificuldade que há em distinguí-los. Mas, como a previsão dos conceitos é fundamental nos domínios do Direito, há necessidade de se substituir a expressão ações imprescritíveis por uma outra que corresponda com exatidão à ideia que se pretende exprimir, e concilie a realidade com a lógica. Para esse fim não vemos outra melhor do que a expressão ações peremptórias..." (op. cit., p. 493).

na prescrição e decadência acalanto de paz e segurança social²⁷. Entretanto, não se pode criar prazo onde a lei assim não estabelece, de modo a aceitar que existam, sim, direitos potestativos perpétuos²⁸.

Nesse sentido sustenta Agnello Amorim Filho:

Com referência àqueles direitos potestativos para cujo exercício a lei não achou necessário fixar um prazo especial, fica prevalecendo, então, o princípio geral da *inesgotabilidade* ou da *perpetuidade* (os direitos não se extinguem pelo não-uso), pois não há dispositivo estabelecendo um prazo geral para que os direitos potestativos sejam exercitados sob pena de extinção. (Op. cit., p. 737)

Assim, a existência de tais direitos não desequilibra a segurança social de que os institutos da prescrição e decadência são alçados a compor. Em verdade, os direitos potestativos perpétuos não perturbam a paz social, pois, na verdade, não almejam uma prestação, mas apenas a formação, modificação ou extinção de um estado jurídico anterior.

Na hipótese do compromisso de venda e compra inadimplido, a existência do direito potestativo do vendedor em rescindir o pacto não gera intranquilidade social, até porque aquele que está em mora sabe que poderá ser acionado para resolver o contrato, já que deu causa a tal ato.

Para concluir tudo o que já se disse, servimo-nos dos ensinamentos de Nelson Nery sobre o tema:

As pretensões que se exercem mediante ações constitutivas, por sua vez, estão sujeitas à *decadência*, na existência de previsão de prazo, ou são perpétuas, se não houver prazo específico fixado para seu exercício. Tratam-se de ações que veiculam o exercício de *poderes jurídicos*, os quais caracterizam-se por uma possibilidade de alteração direta do patrimônio daquele que está sujeito ao poder. São os *direitos de formação*, que ensejam ações constitutivas. Entretanto, é necessário prazo específico para que este direito seja exercido, caso contrário, a pretensão que se exerce mediante ação constitutiva também é perpétua. (Op. cit., p. 366 – g.n.)

27 Como aponta Nelson Nery: "I... Assim, em razão disso, houve quem viesse na prescrição, um instituto menor que servia para *apagamento de um direito*, esse fundamento absolutamente equivocado – é que já vem, há muito, sendo rejeitado pela doutrina, que modernamente (e corretamente) não mais fundamenta a prescrição na punição do credor e, sim, ao revés, (i) no direito e na proteção ao devedor, que não pode ficar eternamente vinculado, (ii) e também no *interesse social* que há na estabilização das relações jurídicas, servindo à paz social, à harmonia social, à ordem pública. Alguns autores, inclusive, denominam-na de *patrona do gênero humano* (*patrona generis humani*), dada sua relevância. Esses são, modernamente e a nosso juízo, os corretos fundamentos que justificam o instituto jurídico da prescrição. Nesse contexto, a ampla maioria da doutrina vem rechaçando e/ou se afastando do argumento da 'punição' do credor, enxergando na prescrição a proteção do devedor e, especialmente, o instituto do contexto social de sua funcionalidade, de proteção do *interesse social* (paz social, segurança jurídica) a justificá-la e a existência (fundamento social), como se pode observar, por exemplo, em Savigny, Teixeira de Freitas, Clóvis Bevilacqua, Ponte de Miranda, Agnello Amorim, entre outros" (op. cit., p. 354 e 355).

28 Como afirma Agnello Amorim Filho: "São perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações declaratórias, e também aquelas ações constitutivas para os quais a lei não fixa especial prazo de exercício" (p. 748).

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que se ponderou, algumas reflexões merecem destaque:

- a) a prescrição, modernamente, não pode ser vista como uma punição ao credor negligente, mas sim como um instrumento de paz e tranquilidade social;
- b) a clássica divisão das ações de Chiovenda em ações condenatórias, constitutivas (positivas ou negativas) e declaratórias se revela como um critério técnico científico para a verificação da prescrição e decadência, conforme apontado por Agnello Amorim Filho;
- c) nas ações condenatórias, o bem da vida almejado é a prestação a ser perseguida do sujeito passivo; nas constitutivas, não se almeja uma prestação, mas sim a modificação, formação ou extinção de um estado jurídico anterior, submetendo o sujeito passivo à sujeição do titular do direito, enquanto que, nas ações declaratórias, se busca uma certeza jurídica;
- d) a prescrição é fenômeno que incide apenas nas ações condenatórias, enquanto que a decadência atua nas ações constitutivas. As ações declaratórias são imprescritíveis;
- e) os direitos potestativos são sujeitos a prazo de decadência, desde que fixados em lei. Na ausência, esses direitos serão imprescritíveis, ou seja, não sujeitos à decadência;
- f) o compromisso de venda e compra de lote de terreno sujeito ao regime jurídico do Decreto-Lei nº 58/1937 e da Lei nº 6.766/1979 é irrevogável, conforme art. 25, e não há na legislação específica a estipulação de prazo de decadência para o exercício da pretensão do vendedor em rescindir o compromisso pelo inadimplemento do comprador;
- g) a ação de rescisão, apesar de prevista a resolução expressa, se mostra obrigatória para averiguação da extensão da mora, muito embora, com a alteração do art. 22 do Decreto-Lei nº 745/1969 pela Lei nº 13.097/2015 possa o Judiciário novamente avaliar a questão e mudar o entendimento, caso reste demonstrado não ter havido qualquer abuso pelas partes na vontade de resiliir a avença, autorizando a resolução expressa;
- h) considerando que a ação é necessária, a notificação de que trata o art. 32 da Lei nº 6.766/1979 se mostra como pressuposto essencial para o exercício do direito potestativo de rescisão da avença.

REFERÊNCIAS

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 86, n. 744, out. 1997.
- AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chaireo. Prescrição extintiva: questões controversas. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 3, 2012.
- DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. Coordenador Cezar Peluso. Barueri/SP: Manole, 2013.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários ao CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2001.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MONTENIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil* 3. Direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padua, v. 11, jul./set. 2002.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral, prescrição e decadência*, XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, t. 2, 2015.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PIRES, Luís Manoel Fonseca. *Loteamentos urbanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário – Teoria e prática*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SCHENK, Leonardo Faria. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito das coisas*. São Paulo: Método, 2014.

LEGISLAÇÕES

Lei nº 10.406/2002 – Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

- Decreto-Lei nº 58/1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1058.htm>.
- Decreto-Lei nº 745/1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10745.htm>.
- Lei nº 6.766/1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16766.htm>.
- Lei nº 13.097/2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2016/2015/lei/13097.htm>.

JURISPRUDÊNCIAS

- Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>.
- Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.