
JULIO GONZAGA ANDRADE NEVES



A PRESCRIÇÃO

NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Natureza Jurídica e Eficácia

Tese de Doutorado
Faculdade de Direito — Universidade de São Paulo
2019



JULIO GONZAGA ANDRADE NEVES

A Prescrição no Direito Civil Brasileiro: Natureza Jurídica e Eficácia

Tese de doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Cristiano de Sousa Zanetti

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

JULIO GONZAGA ANDRADE NEVES

A Prescrição no Direito Civil Brasileiro

Tese apresentada à Banca Examinadora do
Programa de Pós-Graduação em Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo, na área de concentração de
Direito Civil, sob orientação do Professor
Associado Dr. Cristiano de Sousa Zanetti

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
São Paulo - SP
2019

RESUMO

Julio Gonzaga Andrade Neves. A Prescrição no Direito Civil Brasileiro: Natureza Jurídica e Eficácia. 2019. 281 páginas. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

O estudo é dedicado à investigação da figura da prescrição, protagonista dentre os institutos de afetação do Direito pela passagem do tempo. A pesquisa lança bases dogmáticas sobre a natureza jurídica da prescrição, seus pressupostos, efeitos, fundamento legal e axiológico, e (excepcional) controle constitucional. Faz-se reiterado recurso aos ordenamentos de nações próximas à tradição brasileira, sem, contudo, cuidar-se de estudo comparatista. O objetivo da tese é aclarar, sobretudo diante da letra do Código Civil e das mudanças por ele promovidas, o que é a prescrição, sobre quê incide, o que acarreta e como esses efeitos podem ser modificados, pela lei ou pelas partes.

Palavras-chave: prescrição; pretensão; ação; natureza jurídica; eficácia.

RIASSUNTO

Julio Gonzaga Andrade Neves. La prescrizione in diritto civile brasiliano: natura giuridica ed efficacia. 2019. 281 pagine. Dottorato di Ricerca - Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2019.

Lo studio è dedicato alla ricerca della figura della prescrizione, protagonista tra gli istituti di incidenza dal passare del tempo sul Diritto. La ricerca stabilisce le basi dogmatiche sulla natura della prescrizione, presupposti dell'incidenza, effetti, fondamenti giuridici e assiologici e (eccezionale) controllo costituzionale. È frequente il ricorso agli ordinamenti di nazioni vicine alla tradizione brasiliana, senza tuttavia occuparsi il testo dello studio propriamente comparativo. Lo scopo della tesi è quello di chiarire, soprattutto in considerazione della lettera del Codice Civile e dei cambiamenti da essa promossi, cosa è la prescrizione, quale il suo oggetto, cosa causa e come questi effetti possono essere modificati, dalla legge o dalle parti.

Parole chiave: prescrizione; pretesa; azione; natura legale; efficacia.

SUMMARY

Julio Gonzaga Andrade Neves. Prescription in the Brazilian Civil Law: Legal Nature and Effects. 2019. 281 pages. PhD - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

The study is devoted to investigation of prescription (limitation of actions), the protagonist amongst institutes affecting the Law based on the passage of time. The research establishes dogmatic bases on the legal nature of prescription, its requirements, effects, legal and axiological foundation, and (exceptional) constitutional control. The study frequently resorts to foreign legal systems with close ties to the Brazilian tradition, but it does not entail a comparative analysis. The purpose of the thesis is to clarify, especially in view of the letter of the Civil Code and the changes promoted by it, what is prescription, what is its subject matter, what effects it produces and how these effects can be modified, by law or by the parties.

Keywords: prescription; claim; action; legal nature; effects.

* * *

DEDICATÓRIA

A minha esposa, Renata, e meus filhos, Bianca e Francisco, dedico-lhes essa pesquisa, por darem brilho à minha vida, e por todo o peso que suportaram, com candura, para que esse estudo nascesse. As palavras lidas, pensadas e escritas, que se põem na espinha dorsal do estudo, custam horas, dias, semanas, meses, anos. Todos foram entregues por mim, mas pagos por vocês, mesmo quando o olhar infantil não facultava compreender o porquê da ausência. Tudo de bom que tenho, ou terei, vem do amor de vocês.

Aos meus pais, Ronaldo e Maria Antonia, dedico-lhes essa pesquisa, por terem dado tanto de sua vida para que eu pudesse, na minha, colecionar sonhos realizados. As palavras das páginas que seguem, se aprovadas pela banca, me farão o primeiro doutor de nossa família. Elas não nasceram por acaso. Cada dia de expediente bancário, ou portuário, cada marcha passada no vai-e-vem diário do transporte escolar, cada mês em que a escolha prioritária da educação se refez, é uma palavra, é uma vírgula, é um ponto lançado aqui. A falta de experiência me impedia de enxergar que esse caminho, em teoria, não me era dado. E então o percorri sem pensar. Hoje, com o tempo, ficou claro que *vocês decidiram* que ele me seria dado. E como não o era, realmente, deram-no a mim, à força.

A tese é de vocês, antes de ser minha.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, e antes de todos, a Cristiano de Sousa Zanetti. O exemplo do professor de dedicação monástica às turmas, do orientador franco e zeloso, do jurista metódico e com rigor, e do espírito técnico e sem vaidade, valem mais do que eu jamais poderia dizer. Prof. Zanetti me abriu as portas do Largo São Francisco, com o que se mudou o curso de minha vida acadêmica e profissional; e Prof. Zanetti fê-lo pela mesma razão que pisa nos tablados semanalmente há anos: amor à cátedra. Das muitas comemorações que se espera ao cabo de um doutorado, há esse lamento. Acostumei-me a dizer que «Professor Zanetti é meu orientador», e a defesa da tese encerra essa ocupação formal. Continuarei a usar a frase, porque o significado amplo da última palavra é mais verdadeiro que o estrito. Obrigado, Professor.

A José Fernando Simão e a Otavio Luiz Rodrigues Junior, agradeço a generosidade típica dos professores mais vocacionados: assim trataram esse trabalho, já na fase de qualificação, e assim trataram esse aluno, nos sete anos que mediarão o ingresso no mestrado e a saída ao fim do doutorado. Pela crítica franca e orientada ao crescimento, nunca à ruína, me fizeram, espero, pesquisador melhor, e têm minha gratidão e admiração.

Aos meus companheiros de academia, Fabio Floriano Melo Martins (*rectius*, Ronaldo), Gustavo Haical e Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, agradeço pelo companheirismo nas reflexões, pelo material dividido, pela amizade em todas as horas, e pela paciência que só a fraternidade traz. Caminhamos e caminharemos juntos.

A Mariana Alves Pereira de Assumpção, Eva Letícia Ricciardi de Paula, Deborah Cristina dos Santos Nery, Camila Franco de Moraes Bariani e Caio Hunnicutt Fleury Moraes, agradeço pelo apoio incansável, pela torcida e pela ajuda fiel na tarefa dura de conciliar academia e advocacia. Minha maior ambição na advocacia foi me cercar de gente melhor que eu; vocês são a prova do meu sucesso.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I NATUREZA JURÍDICA: EXCEÇÃO	23
I.1 Necessário <i>excursus</i> processual: prescrição como defesa material indireta..	25
I.2 De volta ao Direito Privado: a sobrevivência da exceção em sentido amplo, a histórica <i>exceptio</i>	30
I.3 Prescrição como exceção em sentido próprio.....	37
I.4 Irrelevância da possibilidade de conhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado.	42
CAPÍTULO II CAMPO DE INCIDÊNCIA.....	53
II.1 Direito subjetivo	53
II.2 Ação de direito processual e ação de direito material.....	63
II.3 Pretensão (e, impropriamente, exceção)	73
II.3.1 Pretensões, direitos reais, direitos absolutos.....	83
II.3.2 Pretensões e nulidades.....	93
II.3.3 Quando nascem as pretensões. A relevância meramente incidental da violação ao direito. Enfeixamento e sucessão de pretensões.	95
CAPÍTULO III PRESSUPOSTOS PARA A INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO	102
III.1 Existência de um direito subjetivo de crédito exigível.....	102
III.2 Inércia vs. ciência, capacidade, caso fortuito e força maior.....	115
III.3 Decurso do prazo previsto em lei.....	131
III.3.1 O prazo corre, em regra, pela simples exigibilidade, independentemente da violação.....	132
III.3.2 A «prescrição da execução».....	135
III.3.3 A «prescrição postergada»	144
III.3.4 Concorrência de pretensões e contagem do prazo	147
III.4 Inocorrência de uma das causas de impedimento, suspensão e interrupção previstas em lei; ou sua superação.....	153
CAPÍTULO IV EFICÁCIA E DESEFICACIZAÇÃO DA PRESCRIÇÃO	173
IV.1 Efeitos.....	173
IV.2 Deseficacização a reboque de extinção da exceção: renúncia à prescrição .	182
IV.3 Negócio jurídico prescricional: modulação de eficácia vedada por lei.....	188
IV.4 Deseficacização por recurso à boa-fé.....	198
CAPÍTULO V CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTO PRESCRICIONAL E INSTABILIDADE JUDICIÁRIA.	205

V.1 O desacerto dos fundamentos «naturais», ou de «imposição da ordem das coisas como são».....	207
V.2 O equívoco de supor que os meios ou efeitos são o fundamento da prescrição.....	209
V.3 A fragilidade – e imprecisão – das presunções como fundamento ontológico de institutos.....	212
V.4 <i>Dormientibus non succurrit jus</i>. A punição ao credor negligente e seu descompasso com o estado da arte do Direito Civil.....	215
V.5 Fundamento válido: princípio fundante da segurança jurídica. <i>Status</i> constitucional e vetores de insegurança contemporâneos	219
V.5.1 Conteúdo dogmático da segurança jurídica e a falácia do dever de assegurar decisões previsivelmente justas	221
V.5.2 Segurança jurídica e Constituição. Prescrição e Constituição. Controle de constitucionalidade v. Pamprinciologismo neoconstitucional.....	228
V.5.3 A experiência brasileira: imprescritibilidade de danos por tortura entre controle de constitucionalidade e inovação legislativa por atividade jurisdicional.....	237
CONCLUSÃO.....	246
BIBLIOGRAFIA.....	263

INTRODUÇÃO

«Não pode ser justo, aplicando o direito, quem não no sabe. A ciência há de preceder ao fazer-se justiça e ao falar-se sobre direitos, pretensões, ações e exceções.»

PONTES DE MIRANDA

A bem da segurança e da pacificação social, não é oportuno que alguns direitos perdurem, eficazes e plenos, indefinidamente. Ao revés, convém à sociedade reduzir (mutilar) ou mesmo exterminar essas posições jurídicas subjetivas, passado determinado lapso de tempo e observadas determinadas circunstâncias prefixas em lei. Assim é que o tempo vai alçado, pelo Direito, a elemento central de diversos de institutos voltados à estabilização das relações¹. Em um confessado reducionismo, esses institutos são as «datas de validade de direitos», ou, por vezes, «datas de validade de certas porções dos direitos». Os exemplos são vários. No direito processual, a doutrina tradicionalmente alude à preclusão (em sua modalidade temporal; CPC, art. 507) e à decadência (exemplo clássico do mandado de segurança, abraçado pelas cortes superiores com grande relevância para contagem dos prazos²). No Direito Civil, o tempo incide essencialmente sobre o termo (CC, arts. 131 a 135), a usucapião (CC, arts. 1238 a 1244), perempção (CC, art. 1.485); a decadência (CC, art. 207 a 211) e o objeto central deste estudo: a prescrição (CC, art. 189 a 206).

Existente desde Roma como figura da vida forense no processo formulário³, e passados milênios de seu amadurecimento, é em alguma medida impressionante que não se tenha alcançado para a prescrição consenso sobre pontos fundamentais. O que é

¹ A doutrina portuguesa esclarece que «são três as fontes do tempo nas relações jurídicas: lei, cláusula negocial e decisão judicial», para complementar que a prescrição releva à «eficácia do tempo, enquanto facto jurídico involuntário ou simples, nas relações jurídicas», com o que se situa a matéria no plano da teoria do fato jurídico. Parece válido como enunciado introdutório, sendo certo que, em análise mais completa, constatar-se-á que as condutas voluntárias têm, também elas, papel relevante na dogmática da prescrição (basta pensar nos atos de interrupção da fluência do prazo, na renúncia e – fora do país – nos negócios jurídicos prescicionais) (ANTUNES, Ana Filipa Moraes. **Prescrição e caducidade. Anotação aos artigos 296º a 333º do Código Civil (O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 10).

² Por todo, STJ, AgInt no RMS 46839/AM, rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª turma, j. em 18 de maio de 2017.

³ «Na literalidade, *præscriptio* significa aquilo que vem escrito antes (*præ* = antes; *scriptio* = ação de escrever), pois, no processo formulário romano, a *præscriptio* vinha antes *demonstratio* e da *intentio*.» (SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 90).

(*natureza jurídica*), para quê serve (*função; teleologia*), sobre o quê atua (*campo de incidência*), o quê produz (*eficácia específica*)? Sobre cada um destes pilares dogmáticos centrais, haverá viva controvérsia a relatar, debater, posicionar-se. Sob pena de se condenar o estudo a um indesejado gigantismo – a longa história e viva importância do tema criam, de fato, esse risco – impõem-se limitações claras do ponto de vista histórico; geográfico; e, finalmente, dogmático. Convém dedicar algumas palavras a cada um desses cortes, colhendo o ensejo do último para apresentar um voo rasante do plano de exposição do estudo.

De uma perspectiva histórica, o trabalho não realizará um apanhado da origem romana do instituto. Ainda que não se trate de um pressuposto lógico do sistema jurídico, e conquanto avilte ao senso de justiça do leigo em muitas oportunidades, a presença da prescrição no direito luso-brasileiro é contínua, desde as mais remotas notícias legislativas ao Código Civil vigente. Mirar em uma análise compreensiva de todo esse arcabouço implicaria desnaturar o estudo de uma investigação *dogmática* para uma outra, *histórica*. Para os fins dogmáticos, como disciplina formativa, a história será naturalmente útil, apenas não protagonista⁴. O estudo foca sua atenção na legislação vigente e se permite, com esse viés ilustrativo, referências pontualíssimas a Roma, e outras mais frequentes que se concentram no século XIX e seguintes.

Do ponto de vista geográfico, o estudo concentrará seus esforços no direito brasileiro e nas nações que sobre este exerçam considerável influência. A proposta sobre o rol destas nações compreende principalmente Portugal, Itália, França e Alemanha. Há razões particulares para cada um dos países. O Direito Civil português e o brasileiro se desenham em um “Y” histórico, um tronco hoje diviso, porém de base comum, dada a colonização desta nação por aquela. Voltar à raiz do pensamento jurídico brasileiro implica, por isso mesmo, necessária e logicamente, atravessar o caminho aos estudos lusitanos. Isso será verdade para qualquer ponto da disciplina civilista, porém, em particular, para a prescrição, dado seu caráter longo. A França experimentou recente reforma da disciplina prescricional⁵ e exerce ainda relevante peso

⁴ «A opinião adoptada neste curso é a de que a história do direito é, de facto, um saber formativo; mas de uma maneira que é diferente daquela que o são a maioria das disciplinas dogmáticas que constituem os cursos jurídicos. Enquanto que as últimas visam criar certezas acerca do direito vigente, a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas (...)» (HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio**. Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003, p. 15).

⁵ CALZOLAI, Ermanino, La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo, **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 65 (n.º4), p. 1087–1106, 2011; LICARI, François-Xavier, Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d’expériences étrangères récentes ou en gestation (Lousiane, Allemagne, Israël), **Revue internationale de droit**

na formação do pensamento jurídico brasileiro. Mesmo que dita reforma tenha deixado a desejar em pontos importantes (v.g., por manter a referência insistente à usucapião como prescrição aquisitiva, ou a manutenção da prescrição liberatória sob a rubrica atinente a meios de aquisição de propriedade), é impossível negar seu peso na cena europeia e, a reboque, latino-americana⁶. Na Itália e Alemanha repousam fundamentos influenciadores de ambos, Portugal e Brasil, na origem mais remota e desenvolvimentos mais recentes do instituto. A Itália, por exemplo, partilha com Portugal a figura da *prescrizione presuntiva* e do rito do *giuramento* para sua superação (*Codice*, art. 2.959; CCPort., art. 312 a 314⁷). Da Alemanha, vem nada menos que o conceito de pretensão (*Anspruch*⁸), a par da rica mudança na reforma do Direito das Obrigações em 2001 (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) – grande influenciadora, diga-se, do movimento francês apenas noticiado.

comparé, v. 4, p. 739–784, 2009; e sobre o cenário precedente à reforma, BANDRAC, Monique, *Les tendances recentes de la prescription extinctive en droit français*, **Revue internationale de droit comparé**, v. 46 (n.º 2), p. 359–377, 1994.

⁶ «Compared with the position prevailing at present, the Avant-project further dissociates the two institutions by providing very different periods: three, as opposed to ten or twenty years. None the less, the draftsman of the new rules blandly states: “...il convient de conserver... l’unité des prescriptions”. No reasons are given. It must be the force of tradition that has prevailed: obviously, the structure of the code was to be affected as little as possible by the reform. As a result, prescription (including extinctive prescription!) continues to be regarded as a way of acquiring ownership (because it continues to be dealt with in title XX of book III of the Code civil). / Confrontado à posição atualmente predominante, o *Avant-projet* dissocia ainda mais as duas instituições, fornecendo períodos muito diferentes: três, em oposição a dez ou vinte anos. No entanto, o autor do projeto das novas regras declara: “... *convém preservar (...) a unidade das prescrições*”. Não são dadas razões. Essa deve ser a força da tradição que prevaleceu: obviamente, a estrutura do código deveria ser afetada o mínimo possível pela reforma. Como resultado, a prescrição (incluindo prescrição extintiva!) continua a ser considerada como uma forma de adquirir a propriedade (porque continua a ser tratada no título XX do livro III do Código civil).» (ZIMMERMANN, Reinhard. Extinctive prescription under the Avant-projet. **European Review of Private Law**, v. 6, p. 805–820, 2007, p. 819).

⁷ Do Código Português: Prescrições Presuntivas. Art. 312º. (fundamento das prescrições presuntivas). As prescrições de que tratará a presente subsecção fundam-se na presunção de cumprimento. Art. 313º. (Confissão do devedor) 1. A presunção de cumprimento pelo decurso do prazo só poder ser ilidida por confissão do devedor originário ou daquele a quem a dívida tiver sido transmitida por sucessão. (...) Art. 314º (Confissão tácita). Considera-se confessada a dívida, se o devedor se recusar a depor ou a prestar juramento no tribunal, ou praticar em juízo atos incompatíveis com a presunção de cumprimento. Do *Codice*: Art. 2.959. Ammissioni di colui che oppone la prescrizione. L’eccezione è rigettata, se chi oppone la prescrizione nei casi indicati dagli articoli 2954, 2955 e 2956 ha comunque ammesso in giudizio che l’obbligazione non è stata estinta. / Art. 2.959. Admissão da pessoa que opõe a prescrição. A exceção é rejeitada se aquele que a opõe nos casos indicados nos artigos 2954, 2955 e 2956 admite, no entanto, em juízo, que a obrigação não foi extinta.

⁸ «*Actio* è quindi l’espressione per indicare ciò che si può pretendere da un altro; se noi cerchiamo di caratterizzare brevemente questo fenomeno, possiamo dire opportunamente: *actio* è l’espressione per indicare la pretesa.» / «*Actio* é, portanto, a expressão para indicar o que se pode pretender de outro; se tentarmos caracterizar este fenômeno brevemente, podemos dizer de forma oportuna: *actio* é a expressão para indicar a pretensão.» (WINDSCHEID, Bernhard; MÜLLER, Theodor. **Polemica intorno all’actio (com introdução de Giovanni Pugliese)**. Trad. Giovanni PUGLIESE. Florença: Stabilimenti Tipolitografici Vallecchi, 1954, p. 12).

A prescrição é dado comum aos ordenamentos de *civil law* e *common law* (sob a designação de *prescription* e também de *statutes of limitations* ou *limitation of actions*, o que, em tradução literal, levaria a designação de «estatuto das limitações» ou «limitação das ações»). Não será o caso, contudo, de ter ordenamentos dessa natureza em conta com maior profundidade neste estudo. As diferenças estruturais fundamentais – a começar pelo manejo do conceito de direito subjetivo – desaconselham esforços comparatistas nesta sede⁹.

Auxiliarão a reflexão, por fim, os tratados e textos de *softlaw* produzidos no esforço de unificação do direito das obrigações. Far-se-á referência, dentre outros, aos regimes da Convenção das Nações Unidas sobre a Prescrição na Venda Internacional de Bens; dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law* – PECL, capítulo 14); dos Princípios Unidroit para Contratos Comerciais Internacionais (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts* – PICC, capítulo 10); Quadro de Referência em Direito dos Contratos (*Draft Common Frame of Reference*, capítulo 7); Estudo de Viabilidade para futuro diploma de Direito Europeu dos Contratos (*Feasibility Study for a future instrument in European Contract Law* – FS, Parte VIII, capítulo 19); e finalmente a Proposta de Lei Comum Europeia para Compra-e-Venda (*Proposal for a Common European Sales Law* – CESL, Parte VIII – Capítulo 18). Esses elementos conferirão substrato crítico para que (i) se desconstruam algumas «verdades absolutas» de que a doutrina brasileira cuida, o que será oportuno para afastar interpretações feitas *de lege ferenda* e sob falso assento de se cuidar de *communis opinio doctorum*; (ii) se identifiquem influxos de convergência internacional na disciplina que ajudem a divisar pontos carentes de desenvolvimento no Brasil.

No viés dogmático, a tese investigará exclusivamente a teoria geral da prescrição em direito privado. Isso pré-exclui do espectro de análise do estudo temas importantes de sede pública como a prescrição em Direito Administrativo e Direito Tributário, cujas particularidades recomendam investigação em sede própria. No direito privado, coerentemente, a disciplina é pesadamente ancorada na Parte Geral do Código Civil¹⁰, que receberá, por isso mesmo, atenção maior. O recurso à legislação privada extravagante, em direito civil, empresarial, trabalho e do consumidor, será importante,

⁹ Para um estudo que inclua considerações anglo-saxãs, v. ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

¹⁰ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação da Universidade de Brasília - UnB, 1983, p. 143 e ss.

mas periférico, a bem de se pontuar as exceções que complementam o quadro da teoria geral (v.g., a expressa previsão de ciência sobre o dano e sua autoria, como condição para fluência do prazo prescricional para pretensão indenizatória por fato do produto ou do serviço, a teor do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor).

Ainda sob a lente do direito privado, haverá algumas limitações *interna corporis*. Sobre direito internacional privado, o silêncio será total. No campo do direito privado nacional, as hipóteses e os prazos específicos de prescrição serão aventados apenas quando se prestarem a ilustrar o debate da teoria geral dos referidos institutos, sendo esta última o cerne da pesquisa. Não se cuidará, portanto, de investigar cada um dos prazos estabelecidos no art. 206, mas, antes, esses estarão à mão quando deles advier dado dogmático útil para um perfil abstrato da prescrição. O foco recairá, como título enuncia, sobre a natureza jurídica da prescrição e sobre sua eficácia.

O primeiro capítulo buscará aferir a natureza jurídica, ou seja, *o que é* a prescrição. São muitas as possibilidades, em tese, de como se pode operar a prescrição para fins de mutilação de dada posição jurídica de vantagem. É possível que a prescrição se incorpore como posição jurídica à esfera jurídica do devedor, com eficácia defensiva; é possível que simplesmente incida sobre a posição jurídica de vantagem do credor, mutilando-a *ex lege* e à revelia do devedor (ainda que em sua vantagem); e é possível que grave entre um e outro extremo, em regime híbrido. As recentes modificações na disciplina, que criaram a possibilidade de reconhecimento de ofício pelo magistrado (CC, art. 194, revogado; CPC, art. 487, II e p.u.), a enunciação categórica do art. 189 (a pretensão «*se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*») e sua interação com a disciplina da renúncia expressa ou tácita (CC, art. 191) dão azo a fundada dúvida sobre a real natureza da prescrição no Brasil. Esse será, então, o tema do CAPÍTULO I. Dada sua frequente referência na disciplina, a pesquisa se dedicará em particular ao conceito de exceção, majoritariamente aceito na tradição romano-germânica, e sua interface com a noção mais ampla de defesa do devedor. Ou, talvez fosse melhor dizer, se dedicará *aos conceitos* de exceção, porque o consenso doutrinário não existe a esse propósito.

Definida «o que é» e, em alguma medida, «onde reside» a prescrição, avançar-se-á ao CAPÍTULO II para apurar sobre o quê o fenômeno incide. Cuida-se do primeiro e fundamental passo para o esclarecimento da segunda proposta investigativa da tese, qual seja, a precisão da eficácia do fenômeno prescricional. Sem saber a matéria prima fundamental, o núcleo do suporte fático do fenômeno, é impossível saber exatamente quais as cores que sua incidência tinge na realidade. As categorias cogitadas a propósito

desse campo de incidência serão aquelas do *direito subjetivo em sentido estrito*, da *pretensão em sentido material*, da *ação de direito material* e da *ação de direito processual*.

Ainda que a lei brasileira faça – corretamente – expressa referência à pretensão, entendeu-se imprescindível que a matéria fosse retomada por duas razões. Em primeiro lugar, porque autores de indiscutível peso alimentaram a controvérsia até pouco tempo. A seu sentir, haveria incongruência científica na conceituação legal. No Brasil, advogou-o CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹¹, em debate inexplicavelmente suprimido da atualização de suas *Instituições*¹²; na Itália, CESARE MASSIMO BIANCA¹³; em Portugal, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO¹⁴ – nomes centrais da civilística do eixo latino europeu. Assim como as referências legais (que permanecem, fora do Código) à prescrição da «ação» receberam justa crítica, também a referência à «pretensão» não está livre do escrutínio da comunidade científica. Em segundo lugar, porque fragmentos da lei, da doutrina e da prática forense continuam a comunicar pressupostos tipicamente processuais à dogmática prescricional (*violação a direito*, por exemplo, que vai promiscuamente invocada como pressuposto prescricional e condição da ação, por interesse de agir, sob mesma rubrica de *actio nata*), o que o ordenamento (lido integralmente, como sistema) e a melhor dogmática mostram nem sempre ser certo ou oportuno¹⁵.

É nesse ponto que o trabalho se confrontará com algumas barreiras duras da dogmática prescricional. A propósito da prescritibilidade de exceções (item II.3, parte final), será preciso tomar particular análise do art. 190 do Código Civil – «*a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão*» –, para lhe esclarecer o exato conteúdo. Navegando entre exceções próprias e impróprias, dependentes e autônomas¹⁶, o desafio da investigação consistirá em determinar quais as exceções passíveis de fulminação pela prescrição e, neste sentido, com particular atenção, que exceções dependentes podem sobreviver à prescrição das pretensões fundadas em direitos que as lastreiem.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 589-590.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil (atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes)*, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 677 e ss.

¹³ BIANCA, Cesare Massimo, *Istituzioni di diritto privato*, Milão: Giuffrè Editore, 2014, p. 878 e ss.

¹⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do Direito Civil*, 4 (2ª reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 373.

¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)*, p. 154.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 356 e ss; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, t. 6, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, pp. 3 a 15 e, em seguida, pp. 24 e ss.

A propósito da prescritibilidade de pretensões derivadas de posições jurídicas subjetivas reais («prescrição de direitos reais»; item II.3.1), a investigação cuidará de pretensões oriundas de direitos reais em geral e da propriedade em particular. Isso é relevante para perguntas ainda sem resposta definitiva na prática brasileira, como, por exemplo, quanto à prescrição na pretensão de reivindicação e de petição de herança. Finalmente, encerrando essa rubrica de pontos controvertidos a propósito da pretensão, o estudo cuidará da interação entre pretensão, prescrição e a disciplina das nulidades no Direito Civil, i.e., da «imprescritibilidade das nulidades» (item II.3.2). O brocardo segundo o qual *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* denuncia que o tema não é novo, mas tem, felizmente, recebido atenção da moderna dogmática¹⁷. Será o ensejo para se cotejar a diferença entre a declaração da nulidade e a pretensão de recomposição patrimonial, bem como divisar seus regimes.

O capítulo se encerrará com um breve panorama sobre o momento do nascimento das pretensões, dado que o Código, em erro parcial, mas inescusável, alocou à violação do direito essa causação (item II.3.3). Essa precisão será relevante para fixar a regra de que a prescrição, em geral, flui do nascimento da pretensão, e criará a fundação para demonstrar, no capítulo subsequente, que o Direito brasileiro contempla ampla gama de exceções, pelas quais a prescrição também flui antes ou depois do surgimento da pretensão.

Definido o escopo de incidência da prescrição, será o momento de enfrentar, no CAPÍTULO III, os pressupostos para que dita incidência se dê. O estudo cuidará em primeiro lugar da existência de pretensão (i.e., de posição jurídica subjetiva com conduta exigível de outrem), que é regra para fluência da prescrição (item III.1). Poder-se-ia objetar e afirmar se tratar de um truísmo. Se o art. 189 determina a incidência da prescrição sobre a pretensão, pareceria óbvio que o fenômeno precisa, por lógica fundamental, que pretensão haja desde logo. É nesse ponto que se cuidará das hipóteses alternativas cogitadas pela lei: a prescrição pode fluir antes do surgimento de direito subjetivo ou pretensão. Para esse caso, a investigação proporá a designação de «prescrição de eficácia antecipada», ou «prescrição antecipada», que se afirmará positivada e majoritariamente ignorada na doutrina contemporânea (por exemplo, CC, art. 206, §1º, II, «a»). O capítulo demonstrará, ainda, que o reconhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado antes (ou independentemente) de apurar a existência de posição jurídica subjetiva exigível não infirma o pressuposto dogmático

¹⁷ DICKSTEIN, Marcelo. **Nulidades prescrevem? Uma perspectiva funcional da invalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

de sua existência, respondendo, ao revés, a uma exigência pragmática de celeridade na tutela jurisdicional.

Avançando sobre os pressupostos prescricionais, o estudo analisará a inércia do titular (item III.2). Em estrita ligação com o debate de fundamentos da prescrição (sobretudo o atinente à punição do titular, no item V.4), será recusada a ideia de que a inércia que alimenta a prescrição seria o mesmo que tolerância à insatisfação da posição jurídica subjetiva do titular¹⁸. O esforço será por classificar a conduta omissiva do titular na teoria geral dos fatos em direito privado (inércia como ato-fato; tolerância como negócio jurídico) para poder diferenciar entre inação relevante e irrelevante à dogmática prescricional. O capítulo será importante para (i) sublinhar a posição de que o princípio de «*contra non valentem agere nulla currit praescriptio*» não tem força normativa autônoma ampla no Brasil (posição minoritária, antecipe-se, a que o estudo aderirá¹⁹); e (ii) acenar à disciplina da inércia provocada exclusivamente pelo sujeito beneficiário da prescrição, cujo exame pormenorizado será remetido à porção dedicada à boa-fé (item IV.4).

A lista de pressupostos à produção dos efeitos da prescrição avançará, porquanto é preciso que se cumule a inércia com a fluência do prazo previsto pela norma, dado que o regime temporal de estabilização por prescrição é tabelado *ex ante* pelo legislador (item III.3). A fluência não é, por sua vez, fenômeno alheio a interferências externas, queridas ou não pelas partes interessadas na operação da prescrição, de modo que aproveita à adequada compreensão do fenômeno identificar e delimitar essas interferências. Os desafios da disciplina, aqui, serão muitos. Quanto à prescrição da execução (item III.3.2), por exemplo, contatar-se-á que o legislador dificultou a estabilização de pretensões em sede executiva com regra especial para interrupção e suspensão (CPC, arts. 802, 921, III, §§ 1º, 4º e 5º), mas não ofereceu resposta sobre a concorrência de prazos substantivos e processuais de prescrição – o que leva a dificuldades, por exemplo, na individuação da normativa incidente à execução individual de sentenças coletivas. Por outro lado, quanto ao tratamento da pretensão no tempo, a análise se desdobrará no fenômeno de encadeamento de posições

¹⁸ Sobre o perfil dogmático do ato de tolerância v. PATTI, Salvatore. **Profili della Tolleranza nel Diritto Privato**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1978.

¹⁹ Em sentido contrário, antecipe-se desde logo: MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o dies a quo do prazo prescricional**. Revista Eletrônica Ad Judicata, v. I, 2013. Disponível em: http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a3f8877059.pdf; e LICARI, François-Xavier; JANKE, Benjamin West. **Contra non valentem in France and Louisiana. Revealing the parenthood, breaking a myth**. Louisiana Law Review, v. 503, p. 1–39, 2011; SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 277.

jurídicas e pretensões (mutabilidade funcional da pretensão; item III.3.4) e respectiva contagem de prazo. É certo que as relações jurídicas mudam e, a seu reboque, as posições jurídicas subjetivas mudam no curso do tempo. Com umas e outras, mudam também as pretensões. Pode suceder que mudem porque uma única pretensão se agrupa, linearmente, a tantas outras, em um *feixe pretensional* oriundo de uma mesma relação jurídica (contratos de duração; contratos de trato sucessivo). Pode, de outro giro, mudar porque uma única pretensão se altera substancialmente diante de novas circunstâncias, para que seu objeto de exigência seja outro (v.g. a obrigação cujo cumprimento específico já não é possível, e que agora contempla tutela pelo equivalente ou por perdas e danos). É preciso apurar que impacto essas mutações têm na disciplina prescricional, para aferir se (i) há vaso-comunicação da prescrição para pretensões oriundas de uma mesma relação jurídica (*pretensão de fundo de direito*), e (ii) o que sucede à prescrição já iniciada, mas não completada, quando a posição jurídica subjetiva se modifica por fato superveniente²⁰.

Para encerrar a listagem de pressupostos prescricionais, a incidência da figura se dará com a não ocorrência de uma das hipóteses moduladoras do prazo (impedimento, suspensão e interrupção), ou com sua oportuna superação (item III.4). Sob um viés de teoria geral de cada categoria, o trabalho se ocupará de diferenciar uma das outras e cotejá-las com a recente figura da «extensão» ou «prorrogação», criada pela legislação estrangeira e ainda não incorporada ao ordenamento nacional.

Superadas as dúvidas sobre o objeto de incidência e caminho de pressupostos para dita incidência, a investigação cuidará de divisar o que a prescrição faz. Vale dizer: qual é, enfim, seu núcleo duro de eficácia. Para tanto, tomar-se-á em conta, em primeiro lugar, a relação fundamental dos sujeitos da relação jurídica no contexto da qual exsurgiu a pretensão vulnerada (dita eficácia interna), para então se cuidar do desbordo dos efeitos da prescrição sobre a esfera jurídica de terceiros (dita eficácia externa do fenômeno prescricional). Esse será o início do CAPÍTULO IV, mas não seu fim, porquanto a eficácia da prescrição não é, necessariamente, plena e perpétua. Se é verdade que a prescrição mutila a pretensão, é igualmente verdadeiro que ela própria, prescrição, pode ser vulnerada por fontes variadas, de matriz legal ou negocial. Construída a *eficácia*, será preciso ter em conta a *desefficacização* da prescrição, investigando-se (i) a renúncia à prescrição, expressamente permitida por lei (CC, art. 191); (ii) a extensão da vedação ao negócio jurídico prescricional no Brasil,

²⁰ LONGOBUCCO. *Raporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 48; 54-55.

sobretudo diante da disciplina do termo e das condições resolutivas (CC, arts. 135, 127 e 128); e (iii) o papel da boa-fé na disciplina prescricional. A investigação proporá resposta aos problemas do credor afetado pela prescrição (*nas modalidades prescricionais que reclamam ciência de violação a direito, que sucede ao titular de direito que não sabia, mas deveria saber do curso do prazo prescricional?*), seja ainda pelo devedor por ela beneficiado (*que sucede ao devedor que induz a verificação da prescrição, inclusive por ocultar o ilícito por si praticado, ou impedir, diretamente, o exercício da pretensão pelo titular do direito?*).

No derradeiro capítulo, o trabalho se fechará pela busca do fundamento da prescrição. Será interessante observar, no silêncio da lei, como a doutrina tem se inclinado à coleção de fundamentos em um apanhado histórico acrítico que acaba por obscurecer a real e contemporânea utilidade do fenômeno prescricional²¹. Ao não fazer escolha definitiva sobre o fundamento, não se pavimenta nenhum caminho claro para o papel que a disciplina deve desempenhar, abrindo-se espaço a abstrações axiológicas que pouco ou nenhum contato deveriam ter com a disciplina prescricional. Para enfrentar essa realidade, o capítulo dedicará seu último título ao suposto fundamento constitucional da prescrição e a influência que esse *status* exerceria sobre a dogmática da figura no Direito Civil. Sem avocar ao estudo a investigação plena da inter-relação entre Direito Privado e Constituição²², o estudo buscará (i) demonstrar o equívoco de supor seja a prescrição civil disciplina constitucional, ou civil-constitucional; e (ii) delimitar o pequeno, porém muito relevante papel que a Constituição exerce sobre a disciplina prescricional no Brasil. O cotejo entre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e aquela de cortes europeias (inclusive a Corte Europeia de Direitos Humanos) será particularmente útil à construção do raciocínio.

²¹ V.g., «[i]sto a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira satisfatória, conferindo-lhe todo amparo do poder estatal e, com isso, atende aos designios de justiça. Além do termo desse prazo, se o credor não cuidou de fazer valer a pretensão, dando ensejo a **supor renúncia ou abandono de direito, negligência em defendê-lo**, ou até mesmo **presunção de pagamento**, a preocupação da lei volta-se, já então, para os imperativos de **segurança e as exigências da ordem e paz sociais** (...)» (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova** (vol. 3, tomo 2). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 165. Grifos nossos)

²² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

É essa, em síntese, a pesquisa proposta e suas limitações.

*

*

*

O estado da arte nacional em matéria de prescrição não é alvissareiro ao pesquisador ou ao aplicador do Direito. A disciplina prescricional foi em grande medida renovada no Brasil em 2002, com a edição do Código Civil. Justificadamente, festejou-se a circunstância de que o Código (i) incorporou a teoria alemã para não mais se referir a «prescrição da ação de direito processual» e sim afetação da pretensão (*Anspruchsverjährung*)²³; e (ii) os prazos foram substancialmente reduzidos. Não há dúvidas de que o tratamento de prescrição civil como tema afeto ao direito material e não mais (ou não unicamente, como se verá no item II.2) à temática processual representa uma vitória técnica. É, além disso, um oportuno alinhamento à tendência mundial²⁴. O mesmo se pode dizer da redução de prazos.

À época da edição do Código Bevilacqua, em um Brasil rural e com os recursos parcos (quer tecnológicos, quer ainda de acesso à justiça), estabeleceu-se um prazo geral de 30 (trinta) anos para «ações» pessoais e de 10 (dez) a 20 (vinte) anos para «ações» reais, respectivamente conforme corressem entre presentes e ausentes. Por *presente* ou *ausente* a doutrina sempre entendeu, sem dificuldades, os residentes na mesma cidade²⁵. Já em 1955 (mas com entrada em vigor em 1º de janeiro de 1956), a reforma introduzida pela Lei 2.437 reduziu os prazos pessoais para 20 (vinte) anos e os reais, entre ausentes, para 15 (quinze) anos. Os prazos reais entre presentes seguiram na marca de 10 (dez) anos. Com o Código atual, aplica-se o prazo geral de 10 (dez) anos indistintamente para pretensões originadas de posições jurídicas pessoais ou reais,

²³ «Na Parte Geral do Código Civil, alude-se, apenas, aos prazos de prescrição (arts. 214 e 215); os de decadência deverão ser colocados na Parte Especial. Ademais - e para evitar a controvérsia sobre se a ação prescreve - adota o art. 215 do Anteprojeto a tese da prescrição da pretensão (*Anspruch*; pretesa).» Em nota de rodapé número 13, vai adiante: “Essa proposta não foi acolhida, de início, pela Comissão Elaboradora e Revisora, motivo por que, no Anteprojeto de 1972, persiste a alusão de prescrição da ação. Mais tarde, quando da última revisão do Anteprojeto (que se transformou no Projeto encaminhado ao Congresso), vingou a tese sustentada, no texto, de que o que prescreve é a pretensão (*Anspruch*).» (MOREIRA ALVES, José Carlos, *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. Com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 82).

²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da EMERJ*, v. 7, p. 108-124, 2004; para a referência, p. 111; ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 69.

²⁵ «[P]rescrevem em 10 anos entre presentes (pessoas residentes no mesmo município) e 15 anos entre ausentes (residentes em municípios diversos) os direitos reais (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.)

entre presentes ou ausentes. Usar o prazo geral, contudo, é uma exceção no cotidiano. O Código elenca vinte e uma regras especiais, abrangendo tudo desde a reparação civil ao enriquecimento sem causa, da cobrança de alugueis aos valores líquidos previstos em instrumento público ou particular. O prazo geral é soterrado de especiais e, aqui, começam as razões para crítica ao texto legislativo.

Como se disse na primeira linha desse estudo, a prescrição tem seus pés fincados na segurança jurídica. Não casualmente, o esforço legislativo geral é de simplificação de seu regime, a bem do adequado planejamento do particular. O Código se distancia muito desse objetivo quando (i) cria duas dezenas de regras específicas em seu corpo central, ainda mais do que as 18 (dezoito) positivadas em 1916²⁶; e (ii) acumula, sem esclarecer o regime defluente dessa ligação, com outras regras prescricionais insertas em diplomas de grande relevância como o Código de Defesa do Consumidor (art. 27), Decreto n.º 20.910/32 (art. 1º a 10º) e Lei das S.A. (v.g., art. 287). Esse problema se agrava quando se tem em conta que figuras centrais do Direito Privado foram referidas em matéria de prazos especiais, sem delimitação exata de seu espectro normativo. Apenas para exemplificar, o Código cogita de (i) prazo trienal de «reparação civil» (CC, art. 206, §3º, V) sem esclarecer se cuidar apenas de responsabilidade aquiliana (como faz com nitidez o *Codice*, art. 2.947²⁷); e (ii) prazo igualmente trienal atinente a «enriquecimento sem causa» (CC, art. 206, §3º, IV) sem explicar se a disciplina repousa apenas sobre a figura excepcional da parte especial (CC, art. 884 e ss.) ou sobre todos os desdobramentos normativos naturais decorrentes do enriquecimento injustificado, como a tutela restitutória de pagamento indevido (CC, art. 876 e ss)²⁸.

Uma lei com esses traços só pode ser sólida com um intenso trabalho doutrinário – trabalho esse que claudica no país. Os monografistas centrais do século

²⁶ Excluídos, na contagem, os prazos que tecnicamente não são prescricionais e que vieram impropriamente listados a reboque do estado da arte juscivilista da época. Dentre eles, v.g., casos típicos de decadência (CC16, art. 178, §1º, em uma das incontáveis notas históricas normativas misóginas, para dispor prescrever «em dez dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada»), ou ainda ações com tutela puramente declaratória e, por isso, irrelevantes à prescrição (CC16, art. §6º, V, para dispor prescrever em um ano a «ação de nulidade da partilha; contado o prazo da data em que a sentença da partilha passou em julgado»).

²⁷ Art. 2947. Prescrizione del diritto al risarcimento del danno. Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato. / Art. 2947. Prescrição do direito à indenização por danos. O direito à indemnização por danos resultantes de um fato ilícito prescreve no prazo de cinco anos a contar do dia em que o fato se verificou.

²⁸ Em atenção à limitação de escopo de que se tratou nessa rubrica introdutória, o presente trabalho não se ocupará de enfrentar cada um desses pontos de controvérsia dos prazos em espécie, restringindo-se, ao revés, aos prazos em geral.

passado em matéria de prescrição²⁹ não foram atualizados sob o novo Código. Apenas recentemente novos trabalhos monográficos do tema foram registrados, com objetivos investigativos específicos: assim se deu em sede de tese livre docência dedicada ao tema espinhoso do início do prazo prescricional³⁰, mas que também ofereceu contribuição histórica e a outros pontos centrais da dogmática, ou em obra dedicada à interação entre prescrição e nulidades³¹. Esforços coletivos ajudam a manter o tema vivo³². Os debates dos manuais, acessados pelos operadores no cotidiano, seguem marcados por um processualismo profundamente desatualizado, em um círculo vicioso de reflexões superadas. As obras mais úteis tornaram-se os comentários ao Código, com as limitações naturais desse tipo de publicação. A ausência de diálogo com a produção romano-germânica moderna evitou a incorporação de críticas necessárias e reproduziu debates adormecidos. O resultado desse cenário é um corpo jurisprudencial – em particular, do Superior Tribunal de Justiça – forçado a carregar um peso que deveria recair sobre a doutrina³³. Esperar das cortes uma construção dogmática holística da prescrição (ou de qualquer instituto de Direito Privado) é sempre um erro; esperá-lo de cortes superiores brasileiras, com o nível de sobrecarga que a sociedade impõe a esses julgadores, é um erro especialmente grave. Passados anos de Código Civil, os pontos centrais da dogmática prescricional seguem sem solução.

O fenômeno não é exclusivo do Brasil. O mesmo se noticiou na Alemanha³⁴ e na França³⁵ pré-reforma – problema lá enfrentado com o remédio da intervenção

²⁹ CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. **Da prescrição (artigos 161 a 179 do Código Civil)**. 3. ed., Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito, 1956; CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

³⁰ SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013.

³¹ DICKSTEIN, Marcelo. **Nulidades prescrevem? Uma perspectiva funcional da invalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³² **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

³³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 829–872.

³⁴ «Antes da reforma, havia toda uma série de disputas acadêmicas cujo propósito era, unicamente, modificar a duração dos prazos prescricionais. Assim, os tribunais tinham elaborado interpretações da doutrina – algumas inclusive muito estranhas – com o simples objetivo de introduzir emendas em relação à questão dos prazos. Isso acarretou distinções extraordinariamente sutis, às vezes até incompreensíveis, e, por conseguinte, a perda da precisão legal. Justamente, esse estado insatisfatório da lei constituía uma das principais razões da reforma. Logo, era evidente e lógico abordar diretamente a raiz do problema, fazendo da prescrição o ponto de convergência da reforma.» (CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, v. 7, p. 108–124, 2004; no trecho, p. 110)

³⁵ «Mais d'autres causes d'insatisfaction se sont ajoutées depuis cent ans, parmi lesquelles un pullulement des délais spéciaux aux champs d'application parfois délicats à délimiter, si bien que la prescription extinctive est devenue elle-même un objet de litige, ce qui est pour le moins paradoxal pour une institution présentée comme la mère de la sécurité juridique» / Mas outras causas de insatisfação se somaram ao longo de cem anos, incluindo uma proliferação de prazos especiais por vezes com escopos delicados para definir, de forma que a prescrição extintiva tornou-se, ela própria, um objecto de litígio,

legislativa que, entre nós, segue de candente necessidade e pouca atratividade parlamentar. No mesmo ambiente, aliás, anotava-se o contrassenso de se transformar a prescrição, instituto de estabilização de relações jurídicas, em um vetor de demandas a assoberbar as cortes³⁶.

Supor que uma única pesquisa em sede doutoral pudesse colmatar essa lacuna reflexiva seria esperar que de um tijolo faça-se um muro. É por isso, que, reitera-se, o trabalho não tem pretensões exaustivas. Muitos dos temas lacunosos acima referidos não são objeto da pesquisa. Espera-se, nada obstante, que os temas centrais tomados – natureza jurídica; eficácia – recebam relevante e inovadora contribuição, para merecer a consideração crítica da comunidade civilista.

*

*

*

o que é um tanto paradoxal para uma instituição apresentada como a mãe da segurança jurídica» (LICARI, François-Xavier. Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères récentes ou en gestation (Lousiane, Allemagne, Israël). **Revue internationale de droit comparé**, v. 4, p. 739–784, 2009; no trecho, p. 741).

³⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 80.

CAPÍTULO I NATUREZA JURÍDICA: EXCEÇÃO

A prescrição é historicamente referida como uma exceção³⁷ e um meio de defesa³⁸, mais especificamente de defesa indireta contra exigências envelhecidas feitas por credores descurados de seus próprios interesses. Recentemente e diante de sua cognoscibilidade de ofício pelo Poder Judiciário brasileiro, essas classificações sofreram, diante de parcela relevante da doutrina brasileira, abalos que merecerão atenção nesse capítulo inicial. Saber *o que faz* a prescrição depende, em larga medida, de se definir antes *o que ela é* aos olhos da ciência jurídica.

As duas referências feitas acima – *exceção e defesa* – servem bem a ilustrar, pela primeira de muitas vezes que sucederão ao longo do estudo, zonas fronteiriças entre direito material (exceção) e direito processual (defesa indireta) que demandarão esforço para precisão de conceitos. Já a Consolidação das Leis Civis afirmava, com inegáveis notas adversariais, que «*a prescrição deve ser alegada pelo devedor*», na medida em que este «*pode querer desonerar-se dessa obrigação*»³⁹. A alegação, e não simples «oposição» ou «exercício», dá discernível contexto forense às palavras de TEIXEIRA DE FREITAS que vão bem ao sabor da tradição brasileira. Os primeiros monografistas do tema punham a prescrição no limiar do processo, como inquestionável «*fenômeno extintivo das ações*»⁴⁰. Celebrado autor fez renome ao

³⁷ «Concebida como exceção, como sempre o foi no direito romano, a prescrição aproveita, também, ao devedor, ainda quando ele sabia e sabe que deve. Tal proteção não é ipso iure. A exceção pode deixar de ser oposta, o que dá ao seu titular a faculdade de não na opor, - ficando bem, assim, com a sua consciência. (...) A expressão moderna, técnica, “prescrição” corresponde à *præscriptio temporis*, *temporalis præscriptio*, isto é, exceção de tempo. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 6, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 104); «A prescrição, em si, mesmo depois de consumada pela exaustão do prazo legal, não extingue de imediato a pretensão. Apenas faculta ao devedor usá-la, por meio de defesa (exceção), para provocar a neutralização da pretensão exercida pelo credor. O que inibe a pretensão, de tal sorte, é a “exceção de prescrição” e não propriamente a prescrição» (THEODORO JUNIOR, Humberto. **As novas reformas do CPC**. São Paulo: ADBR Editora, 2006, p. 48); PATTI, Salvatore. Prescrizione. In: **Digesto delle Discipline Privatistiche**. 4. ed. Turino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1999, v. XIX, p. 722–730, referência a pp. 722-723.

³⁸ «O mecanismo não é, porém, tão simples. A ação pode ser proposta e atingir seu fim se o interessado na prestação não invocá-la. Esta é, essencialmente, um *meio de defesa*.» (GOMES, Orlando, **Introdução ao Direito Civil**, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Grifos no original, a denotar a relevância do conceito no pensamento do autor); «Prescription, in other words, constitutes a defence which the debtor may or may not choose to raise. / A prescrição, em outras palavras, constitui uma defesa que o devedor pode escolher opor ou não.» (ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations. Historical and comparative perspectives**. Oxford University Press: Nova Iorque, 2005, p. 129).

³⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, **Consolidação das Leis Civis**, t. I, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 853, nota ao art. 853.

⁴⁰ CÂMARA LEAL, Antonio Luis da, **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 8.

propor «*critério científico para distinguir prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis*⁴¹».

A impressão digital desse fenômeno de aproximação de áreas e, por vezes, tendente promiscuidade conceitual, se faz perceber na polissemia endêmica das disciplinas: noções como pretensão, ação, prescrição e exceção terão, cada qual, conceitos materiais e processuais cunhados sob mesmo *signo*, mas de *matiz técnica* diversa⁴². Essas zonas cinzentas podem parecer de consideração antiquada aos sabores contemporâneos, afinal, desde o século XIX⁴³ é dado assente à comunidade jurídica a autonomia da ciência processual frente àquela material, ou, para formular a mesma verdade e por ângulo mais concreto, a autonomia do direito processual de ação frente ao direito substantivo que se afirma ter, em juízo ou fora dele. A superação desse inicial dissabor talvez se dê com uma reformulação da premissa: não é tanto *desde* o século XIX que esse é o estado da arte, mas *apenas desde* o século XIX. Institutos muitos, e a prescrição não é diferente, foram talhados pelo cinzel dos milênios. Se não é dado ao jurista a confusão entre direito material e processual – e obviamente não lhe é, de fato, dado incorrer nesse erro técnico –, igualmente não lhe é recomendado supor que a adequada compreensão de conceitos contemporâneos possa se dar isoladamente e sob as modernas classificações, quando a história mostra que nasceram de único ventre.

Esse desafio classificatório, ou demarcador de fronteiras, será retomado em sua plenitude para se definir se a prescrição é instituto pertinente ao direito processual de ação, no CAPÍTULO II. O olhar de pássaros sobre as proximidades das áreas que se fez acima se presta a fim bastante mais estrito. Contextualiza-se a decisão de que ambos

⁴¹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 744 (originariamente publicado no vol 300), p. 725-750 (RT Online p. 1–20), 1997.

⁴² Toda vez que se referir a esses fenômenos sem consideração ulterior nesse estudo, tem-se por feita referência ao seu aspecto material; aqueles processuais serão sempre acompanhados da locução «de direito processual», ou expressão análoga, para fins de clareza.

⁴³ A origem mais remota do desafio contemporâneo consiste em que a tradição romano-germânica se ancorava no conceito de *actio* como elemento misto entre o que, hoje, se bipartiu entre direito subjetivo material e direito à tutela jurisdicional. No século XIX, o trabalho genial de WINDSCHEID apontou para o conceito de pretensão (*Anspruch*) como ponte entre uma e outra dimensões do ordenamento (. A definição de WINDSCHEID (WINDSCHEID, Bernhard; MÜLLER, Theodor, **Polemica intorno all'actio (com introdução de Giovanni Pugliese)**, Florença: Stabilimenti Tipolitografici Vallecchi, 1954) ganhou status de letra expressa do BGB, ainda que no contexto reflexo de definição de objeto da prescrição. É o que se vê no §194 (1), segundo o qual a pretensão é o direito de exigir que alguém faça ou deixe de fazer algo (*Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung*). A doutrina processual se abriu com a notícia da ruptura dogmática formal entre direito substantivo e adjetivo, vale dizer, com a superação das teorias unitárias entre direito e ação. A partir dela, surgiram doutrinas dualistas e, dentre elas, concretistas, abstratas e mistas. Tudo será objeto de análise mais cuidadosa no capítulo subsequente, bastando, aqui, o registro fundamental do momento desse cisma dogmático (SICA, Heitor Vitor Mendonça, **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 9 e ss).

os critérios classificatórios – exceção e defesa indireta – serão objeto de consideração nessa rubrica, porque, como se verá, é impossível compreender adequadamente o conceito de *exceção* em sentido *lato* sem se ter presente a noção de *defesa indireta*.

É o que se passa a analisar, na sequência, para comparar, entender e esclarecer essas clivagens conceituais.

I.1 Necessário *excursus* processual: prescrição como defesa material indireta

Defesa não é posição jurídica subjetiva, ou seja, não é termo que denote «*a posição que cada sujeito ocupa no contexto da relação jurídica*», tomando por certo que «*essa se estabelece normalmente entre dois sujeitos, e sob ela um há o dever de se comportar de certo modo e o outro tem um poder no confronto ao primeiro, para que se comporte daquele modo*⁴⁴». Defesa é conduta de quem se defende e, por pressuposto lógico, se defende de algo. A prerrogativa de fazê-lo é direito fundamental, corolário do devido processo legal⁴⁵.

Defesa processual, por prescrição ou por outro fundamento, é conduta bem delimitada pela dogmática processual. Seu ato central é a resposta do réu, pelo qual resiste à pretensão (em sentido processual⁴⁶) deduzida em juízo pelo autor da ação (em sentido processual⁴⁷). Note-se e reitere-se: não é posição jurídica subjetiva. A posição jurídica é a de «réu» – i.e., sujeito passivo da relação jurídica processual, exposto à formulação petitoria apresentada pelo sujeito ativo, autor. Dentre os efeitos que se

⁴⁴ No original, com amplitude um pouco maior do excerto: «*La situazione giuridica soggettiva è la posizione che ciascun soggetto occupa nel contesto del rapporto giuridico: questo si stabilisce normalmente tra due soggetti, di cui uno ha il dovere di comportarsi in un certo modo e l'altro ha un potere nei confronti del primo perché si comporti a quel modo*». (LUMIA, Giuseppe, **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**, 3ª. Milão: Giuffrè Editore, 1981, p. 109).

⁴⁵ «O direito de defesa, assim como direito de ação, é assegurado constitucionalmente. O art. 5º, LV, da CF, afirma que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes» (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, vol. 1. Teoria Geral do Processo Civil**. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 355).

⁴⁶ Externada no processo por meio do pedido, ou seja, «aquilo que, em virtude de causa de pedir, postula-se ao órgão julgador (...) [O] pedido tem duas faces essenciais, diz-se que o pedido divide-se em *pedido imediato* e *pedido mediato* – o primeiro concerne à técnica processual, ao passo que o segundo diz respeito à tutela do direito» (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, vol. 2. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162).

⁴⁷ «Direito subjetivo público de ação nasce no exato momento em que é estabelecido o monopólio da jurisdição pelo Estado, ou seja, quando da própria constituição deste (...) Embora com reservas aos conceitos, entendemos por ação o exercício do direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo de que este preste a tutela jurisdicional». (SILVA, Ovídio Batista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 133).

irradiam da posição de réu, lista-se a faculdade de agir, para expor em juízo das razões pelas quais a ação contra si aforada não pode prosperar, e o direito de ter essas razões tomadas em conta pelo julgador. A dogmática processualista cuida em detalhe e a contento das formas que se pode articular a defesa. Diz-se, fundamentalmente, que pode ser *defesa direta* ou *defesa indireta*. A classificação de uma defesa entre direta e indireta toma em conta a narrativa por si articulada do ponto de vista do direito material em debate nos autos.

Na *defesa direta*, nega-se que o Autor tenha, ou jamais tenha havido, o direito que postula em juízo. Isso pode se dar pelas diversas etapas da construção do fenômeno jurídico, ou seja, pode-se atacar a posição jurídica e correlata pretensão (em sentido processual) por todos os ângulos que a fenomenologia jurídica consente divisar. É a «*negativa dos fatos constitutivos do direito do autor, ou da consequência jurídica por ele propugnada*»⁴⁸.

Toda posição jurídica surge da incidência da norma sobre fatos, ditos jurídicos. Para dar talvez o exemplo trivial de Direito Civil: o acordo de vontade de «Sujeito A» e «Sujeito B», por meio do qual reciprocamente acordem a transferência da propriedade de coisa, em troca de paga pecuniária, faz surgir entre eles uma compra e venda pela incidência do art. 481 do Código Civil. Dessa incidência irradiam-se efeitos jurídicos, matéria prima que molda as relações jurídicas e respectivas posições jurídicas subjetivas, incorporando às partes prerrogativas variadas. A relação jurídica que surge é a obrigacional por fonte contratual; as posições jurídicas são a de vendedor e comprador; as prerrogativas são o recebimento do preço e da coisa. Esse feixe de prerrogativas que a posição jurídica incorpora à esfera jurídica do titular é designado «limite intrínseco do direito»⁴⁹; é a cerca que divide o campo do «direito» e o campo do «não-direito» por si titularizado⁵⁰. Receber o preço está dentro da cerca; receber um

⁴⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça, **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 82. Em mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, vol. 2. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189.

⁴⁹ Sustentamos, em outra sede, que «**Exercício** é a conduta do sujeito frente às potencialidades para as quais a titularidade do direito lhe faculta legitimidade e o limite intrínseco do direito arrola. ‘*Exercer significa assumir um comportamento*’ frente às prerrogativas que o direito em questão oferece. **Titularidade**, por sua vez, é o vínculo que liga o sujeito ao direito, incorporando este ao patrimônio daquele; é o que faz um direito ser seu, e não de outrem ou de ninguém; é o que põe a seu dispor as prerrogativas que emanam do direito, como efeitos deste. Por fim, **limite intrínseco do direito** é a sua fronteira, seu conteúdo; é o rol de prerrogativas que a lei confere ao titular, porque titular. (ANDRADE NEVES, Julio G., **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**, São Paulo: Almedina, 2016, p. 55).

⁵⁰ «Limites do conteúdo. É obvio que dentro dos limites do conteúdo dos direitos, pretensões, ações e exceções, é que esses se devem exercer. Se o exercício os excede, não mais é exercido: em ‘exercício’ há ex, mas, também, *orcem*, pôr tapume, fechar; é ação dentro de cerca, e não por fora. Seria invasão,

desempenho de serviço não. Pode suceder que essas prerrogativas sejam moduladas, retardadas por determinações inexas⁵¹ variadas, que lhe sirvam de barreira de surgimento ou de exercício. No primeiro caso (*surgimento*), com exemplo das condições, difere-se no tempo e acrescenta-se peso de incerteza à incorporação das prerrogativas da posição jurídica à parte que a titulariza. Venderei o «Objeto O» *se* e somente *se* sua cotação em bolsa superar o «Preço P». Antes de o Preço P se verificar, os próprios direitos ao recebimento da coisa e ao pagamento do preço não surgiram, tolhidos que estão de suporte fático fundamental (CC, art. 125). No segundo caso (exercício), não há incerteza sobre o *se*, mas apenas se deve esperar o *quando*. Contratei em 1º de janeiro, receberei o «Preço P» em 10 de janeiro e entregarei o «Objeto O» em 20 de janeiro. Os direitos à coisa e ao preço já estão consolidados, mas seu exercício depende de que o relógio bata os marcos acordados (CC, art. 131).

Para opor *defesa direta*, então, o Réu pode demolir o edifício da posição jurídica subjetiva alegada em juízo por qualquer de seus andares, ou até mesmo por todos, e em atenção ao princípio da eventualidade e ao caráter total da contestação. Posto de forma mais clara, o Réu pode (i) negar os fatos que servem de suporte fático ao pleno surgimento da posição jurídica a exercer (*nunca acordei a compra e venda*; ou a *cotação ao Preço P que é condição à compra e venda não se verificou*); (ii) negar que a pretensão (em sentido processual) apresentada esteja em conformidade com a posição jurídica ostentada e, por isso, não é «direito» que integre a esfera jurídica do titular (*não acordei vender essa coisa, por esse preço*); e/ou (iii) apontar que a posição jurídica em que se funda a pretensão (em sentido processual) não está madura ao exercício, porque não se superou alguma barreira à sua plena eficácia (*o dia da entrega ainda não chegou*). Tudo isso consistirá em defesa direta: o Autor diz «A»; o Réu demonstra que «-A».

A *defesa indireta* se põe em posição diversa. O Réu admite que os fatos descritos pelo Autor e sua ordinária eficácia, aceita que o Autor poderia ostentar condição de pedir precisamente aquilo que pede, porém, já não mais. A defesa se põe então calcada em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Autor. O campo de exemplos é vasto. Não posso ser demandado pelo «Preço P1» porque (i) já o

ultrapassar de linhas. Ora, o exercício do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, é como dentro de arca (...). Onde se vai além dos limites, o ato já não é exercício, é ato ilícito ou ato ineficaz (e.g., a denúncia do contrato pelo que não pode denunciá-lo, o protesto pelo que não pode protestar)». (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 6, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 80).

⁵¹ Nomenclatura feliz de PONTES DE MIRANDA (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 5, 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 93 e ss).

paguei ao credor primitivo antes de notificado a propósito da cessão do crédito, por si, ao Autor da demanda (CC, art. 290 e 292); **(ii)** tenho crédito, oriundo de outra relação jurídica, ainda superior, e exerci meu direito à compensação (CC, art. 368 e 369); ou **(iii)** posso negar o pagamento do «Preço P1» porque o prazo fixado pela lei para essa exigência, igualmente, já foi superado (CC, art. 206, §5º, I, pressupondo se cuidasse de preço líquido, e não por arbitrar, previsto em instrumento escrito), operando-se prescrição.

Com relação às defesas indiretas, houve quem nelas enxergasse utilidade *demais*, e houve quem nelas divisasse utilidade *de menos*.

Errando para cima, parte da doutrina afirmou serem índice seguro para diagnosticar matérias cognoscíveis apenas por iniciativa da parte, e não de ofício, pelo magistrado⁵². Sem razão. Adimplemento é fato extintivo de direito de crédito e é matéria cognoscível sem necessária provocação do réu. Basta imaginar ação com pretensão (em sentido processual) condenatória a obrigação de dar, porque o autor-credor reputou ser imprestável o bem entregue originariamente pelo réu-devedor em pagamento. Mesmo revel o réu-devedor, o magistrado nada obstante conclui, pela só leitura dos autos, que a percepção do autor-credor sobre a falta de qualidade do bem é equivocada, desarrazoada, e que o adimplemento se deu a contento. Ninguém poderá ter dúvidas de que os magistrados não carregam a toga a bem de caprichos creditícios, mas sim para satisfazer pretensões (em sentido processual) conformes ao ordenamento. Tendo por bom o pagamento, o Juízo o reconhecerá mesmo no silêncio do Réu e julgará improcedente a demanda, no mérito. A decadência, de igual forma, é fato extintivo do direito potestativo. Se o autor demanda para postular a anulação de negócio jurídico feito sob coação e, do relato, se extrai cuidar-se de ameaça cessada mais de quatro anos antes do ajuizamento, é poder-dever do magistrado julgar improcedente a demanda, de ofício (CC, art. 210) e no mérito (CPC, art. 487, II)⁵³.

Exemplos análogos poderiam teriam destino oposto. No primeiro caso, cogitando-se de favorecer o devedor uma causa legítima de recusa da prestação de dar,

⁵² ROSENVALD, Nelson, Prescrição: da exceção à objeção, *in*: **Questões contemporâneas de Direito**, Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 139–154, em especial p. 145.

⁵³ «O direito ao desfazimento do ato jurídico, com nulificação ou anulação, rescisão, resolução ou modificação do contrato, é direito formativo ou potestativo a ser exercitado por ação constitutiva negativa, destinada à desconstituição, por nulidade ou anulação, ou à modificação do contrato impugnado. Esse direito, porque desacompanhado de pretensão, não sofre a prescrição (que atinge a pretensão), mas é atacado pelo fenômeno da decadência.» (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Indenização por perdas e danos. Decadência do direito de anulação do contrato. Prescrição da ação de responsabilidade civil prevista na lei societária. Atendimento do critério da razoabilidade no cumprimento do contrato. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 27, p. 184-203 (RT Online p. 1–11), 2005. Excerto na p. 6.

como exceção de retenção por benfeitorias ou exceção de contrato não cumprido, e não simples adequado adimplemento, o acolhimento demandaria invocação. No segundo, cuidando-se de exercício de direito potestativo de origem convencional e não legal, igualmente, o acolhimento reclamará tenha a parte interessada exercido sua posição. Todos os cenários imaginados enfeixam hipóteses de defesa indireta com regras diversas a propósito da cognoscibilidade de ofício, do que sucede ser imprópria a superposição entre natureza indireta da defesa e vedação à cognição de ofício.

Errando para baixo, outro setor da doutrina reputou que a classificação importaria apenas para fins probatórios⁵⁴. Está correto afirmar que o caráter direto ou indireto influi nesse ponto: «*o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*» (CPC, art. 373, I e II). Essa é a regra geral: o excipiente prova a prescrição, que modifica, por deseficacização, a pretensão do excepto; o excepto prova as causas de impediência, suspensão ou interrupção da fluência do prazo, que objetam – e não excepcionam – a existência de exceção de prescrição invocada pelo excipiente. Incorreto é afirmar que *apenas* neste ponto a classificação releva. A oposição de defesa indireta pelo réu inaugura concessão específica de prazo e faculdade de produção de prova pelo autor (CPC, art. 350). Para além da oportunidade de falar, tem-se concedida em seu benefício exceção à regra (dulcificada pela jurisprudência⁵⁵) de que as provas documentais do pedido preexistentes à propositura devem acompanhar a petição inicial (CPC, art. 320, c/c arts. 434 e 435).

O erro de perspectiva parece mais agudo quando se tem em conta que a ordenação de categorias de defesas releva a que possa o magistrado decidir o necessário dos autos, e apenas ele. Ela é didática, nesse ponto, e aumenta a eficiência da prestação jurisdicional. O caminho a seguir é o inverso ao da fenomenologia jurídica substancial.

⁵⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça, **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 132.

⁵⁵ «Locação de imóveis - Despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança aluguéis - Decisão agravada que afastou preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade ativa e aceitou juntada posterior de documentos - Decisão mantida. Com alicerce no art. 397 do C.P.C., a jurisprudência tem adotado uma posição menos rígida quanto à possibilidade de serem juntados documentos novos, a qualquer tempo. E documento novo não é visto somente como aquele que necessariamente antes não existia, mas também o documento obtido posteriormente ou, até mesmo, todo aquele que não foi juntado anteriormente. Agravo improvido.» (TJSP, AI 9001621-74.2003.8.26.0000, rel. Cristina Zucchi, 10ª do Segundo TAC, j. em 28 de maio de 2003); «Agravo de Instrumento - Decisão que determina desentranhamento de documentos juntadas na fase de apelação – Documentos que apenas complementam outros juntados por ocasião do ajuizamento – Observância do contraditório – Possibilidade da juntada tardia – Decisão reformada – Recurso provido.» (TJSP, AI 2094289-66.2015.8.26.0000, rel. Irineu Fava, 17ª Câmara de Direito Privado, j. em 3 de agosto de 2015).

Se há fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito postulado pelo autor, pouco importa ao julgamento se o direito afirmado na demanda de fato existe, ou existiu. Tendo o réu impugnado a própria existência do direito e, subsidiariamente apenas, articulado defesa calcada em sua extinção, o magistrado cuidará de apreciar a extinção *antes* e, apenas superada, a existência do direito de fundo, *depois*. É em alguma medida uma biografia do direito que se inicia pela morte, porque corta caminhos rumo à adjudicação de jurisdição apropriada.

Sempre do ponto de vista processual, ninguém terá dificuldade em admitir que prescrição é por excelência matéria de defesa indireta, historicamente dependente de invocação pela parte e, hoje, cognoscível de ofício pelo magistrado⁵⁶. Quem argui prescrição afirma que fato superveniente mutilou a posição jurídica subjetiva do adversário: admite, por pressuposto lógico, ainda que em sede eventual, a preexistência do direito subjetivo de malfadado exercício. Coerentemente, o Código de Processo Civil a presume inserta nesse contexto em múltiplas passagens⁵⁷.

Prescrição é defesa indireta. Fechem-se os parênteses processuais e torne-se, com boa base, ao Direito Privado.

I.2 De volta ao Direito Privado: a sobrevivência da exceção em sentido amplo, a histórica *exceptio*

O processo formular romano é o berço histórico da *exceptio*. Sua dinâmica era dual, mas não particularmente complexa: o *pretor* organizava a disputa, com sua ordenação em um esquema lógico preestabelecido (*in iure*); e o *juiz* colhia do limite objetivo fixado naquele esquema para proferir a decisão (*in iudicio*)⁵⁸. Na primeira fase, o pretor inseria o suporte fático da demanda (*demonstratio*) e a postulação do autor (*intentio*), bem como a investidura de força de condenação ao *iudex* (*condemnatio*)⁵⁹.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Curso de Processo Civil, vol. 2. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**, 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189.

⁵⁷ Por exemplo: «Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: (...) IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor», ou, com particular clareza por listar muitas defesas indiretas, «Art. 525. (omissis) § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: (...) VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.»

⁵⁸ CANNATA, Carlo Augusto, **Profilo istituzionale del processo privato romano. Il processo formulare**, Turino: G. Giappichelli Editore, 1982, p. 3 e ss; SIMÃO, José Fernando, **Prescrição e decadência: início dos prazos**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 89-93, em especial p. 90.

⁵⁹ A *adiudicatio*, também possível em tese, não importa ao estudo aqui conduzido.

A defesa do demandado era introduzida por uma de duas formas: a *praescriptio* (aqui, *pro reo*) e a *exceptio*⁶⁰. Por aquela, veiculava-se teor de objeção legal, inclusive, mas não apenas com o sentido contemporâneo de óbice temporal. Esta, por outro lado, nasce com ares de juízo equitativo de adequação ao rigor da letra fria das normas ao caso sob julgamento; um vetor importante de flexibilização do formalismo romano. Flexibilização, diga-se, que navegou livremente entre matérias hoje relegadas ao direito processual e ao direito material. Do *pactum de non petendo*, cuja constitucionalidade contemporânea reviveu debates processuais⁶¹, à *exceptio doli generalis*⁶², sobrevivente na tradição continental até hoje com sombras lançadas sobre o moderno abuso de direito; tudo interessava à *exceptio*. A *exceptio* do processo formulário romano era, então, um pressuposto negativo à condenação postulada pela *actio*⁶³, mas nunca uma objeção pura e simples ao direito postulado. Se provada, a *exceptio* levava à absolvição do demandado e à ruína do demandante, não por falta do direito *per se*, mas por efeito interveniente da *exceptio* concretamente relevada. Não seria correto afirmar se tratar, àquela época, de um instituto processual, porquanto – como se disse há pouco – a fronteira entre direito material e processual se traçou muitíssimo depois.

⁶⁰ «La *exceptio* es una derogación de los presupuestos regulares de la condena en el proceso formulario romano, que el pretor a petición del demandado y para su protección incluía en la fórmula. Tal ampliación de la fórmula de la acción era necesaria para que la alegación de demandado pudiera ser tenida en cuenta por el *iudex*; puesto que el *iudex* estaba vinculado al programa del litigio fijado por el pretor, el demandado debía alegar sus *exceptiones* antes de la *litis contestatio*, que ponía fin al procedimiento ante el magistrado. En la segunda fase, *apud iudicem*, debía el demandado probar el fundamento de su alegación, según la regla ‘*reus in exceptione actor est*’, del mismo modo que en el Derecho moderno el demandado tiene que hacer valer expresamente la prescripción / A *exceptio* é uma derrogação dos pressupostos regulares da condenação no processo formulário romano, que o pretor, a pedido do requerido, e para a sua proteção, incluía na fórmula. Tal extensão da fórmula da ação era necessária para que a alegação do réu pudesse ser levada em conta pelo *iudex*; como o *iudex* estava adstrito ao programa do litígio estabelecido pelo pretor, o réu deveria opor suas *exceptiones* antes da *litis contestatio*, que punha fim ao procedimento perante o magistrado. Na segunda fase, *apud iudicem*, o réu deveria provar o fundamento de sua alegação, de acordo com a regra “*reus in exceptione actor est*”, da mesma forma que na lei moderna o réu tem que invocar expressamente a prescrição». (WACKE, Andreas, La *exceptio doli* en el derecho romano clásico y la *Verwirkung* en el derecho alemán moderno, in: **Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener**, Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 977–997. No trecho, p. 977).

⁶¹ MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha, Negócio jurídico processual, direitos que admitem autocomposição e o *pactum de non petendo*, **Revista de Processo**, v. 272, p. 1157–1176, 2017; TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa, *Pactum de non petendo* parcial, **Revista de Processo**, v. 280, p. 19–39, 2018.

⁶² WACKE, Andreas, La *exceptio doli* en el derecho romano clásico y la *Verwirkung* en el derecho alemán moderno, in: **Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener**, Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 977–997; VELASCO, Ignacio M. Poveda, A boa-fé na formação dos contratos (direito romano), in: **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 3, p. 755–765.

⁶³ SERPA LOPES, Miguel Maria de, **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)**, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959, p. 75.

Essa fluida origem explica, mas não justifica a confusão atual. Quer no cenário internacional, quer no brasileiro, é dado assente que reina, por décadas, a confusão de tratamento da categoria, ou, antes das categorias, porque da árvore da *exceptio* penderam incontáveis exceções. «*Em face do Direito moderno, a palavra ‘exceção’ carece de uma significação precisa*», disse a doutrina civilista em 1959⁶⁴; «*um dos pontos mais negligenciados no estudo da prescrição, ou, dito melhor, com maior superficialidade, em seu enfrentamento é o da teoria das exceções*» disse a doutrina civilista em 2014⁶⁵, em ambos os casos com indiscutível razão. É preciso desenhar, em categoria abstrata confiável, o que restou de operativo da velha figura que o concretismo romano arrolava em casos múltiplos. Para tanto, convém excluir do escopo de reflexão do Direito Privado todos os sentidos estritamente processuais de exceção. Exceção como defesa em geral; exceção como modo indireto de resistência tipicamente processual; exceção ritual⁶⁶ – todas essas são categorias úteis à ciência processual, mas apenas a ela, irrelevantes ao fenômeno que aqui interessa. As exceções processuais dizem apenas ao próprio processo, haja ou não exceção substancial. As exceções substanciais se operam de igual forma, haja ou não ação processual⁶⁷. Reconduzir exceções de direito processual e exceções substanciais a uma categoria una, uma espécie de guarda-chuva conceitual, é se perder em artificialismos contemporâneos para guardar simetria de conceitos históricos.

O primeiro sentido substancial de exceção, dita exceção *em sentido amplo* (ou sentido *histórico*, ou ainda sentido *impróprio*), se conecta à ciência processual apenas de forma indireta, e sem com ela se confundir. Uma amostragem das referências a exceções no Código Civil é sempre bom início para a construção desse raciocínio⁶⁸.

⁶⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de de, **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)**, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959, p. 11.

⁶⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, Exceções no Direito Civil: um conceito em busca de um autor?, in: **Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho**, 1. ed. Salvador: JusPodium, 2014, p. 411–422.

⁶⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 94 e ss, em especial pp. 95-101, sob a rubrica de «*diversas acepções do termo exceção para a ciência processual civil*».

⁶⁷ «A exceção pode ser exercida tanto em juízo quanto fora dêle. Levou-se longo tempo até se compreender que, pelo conceito de exceção de direito material, não poderia ela ser dependente de intimação de pleito. A exceção é *res in iudicium deducta*, se há processo; se não há, opõe-se cá fora, na vida extrajudicial.» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 6, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 16).

⁶⁸ Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, *ou exceções*, de que contra ele dispusesse o devedor. / Art. 190. A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão. / Art. 273. A um dos credores solidários não pode o devedor opor as exceções pessoais oponíveis aos outros. / Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles. /

Exceção em sentido amplo pode implicar *inexistência de direito*, porque extinto: é o que franqueia a disciplina da fiança, quando autoriza ao fiador a invocação das exceções «*extintivas da obrigação que competem ao devedor principal*» (CC, art. 837). A inexistência pode igualmente derivar do surgimento de novo direito incompatível com o anterior, como na usucapião (STF, súmula 237⁶⁹). Exceção em sentido amplo pode se fundar, ainda, *invalidade de negócio jurídico* do qual se extrai a posição jurídica a exercer, como, v.g., nos títulos de crédito ao portador, em que se admite «*opor exceção fundada (...) em nulidade de sua obrigação*» (CC, art. 906). A interface entre invalidade e exceção não se confina às nulidades, ditas invalidades absolutas, mas se estende às anulabilidades, ditas invalidades relativas. Isso se confirma pela letra da lei, quando estabelece que a confirmação – negócio jurídico de expurgação do defeito subjacente ao negócio anulável – remove da esfera jurídica do usuário todas «*as exceções de que contra ele [o negócio] dispusesse o devedor*» (CC, art. 175). Exceção em sentido amplo pode por fim se conectar à *eficácia* da posição jurídica exercida, ou, talvez fosse melhor dizer, resistida pelo excipiente. É o caso da exceção

Art. 281. O devedor demandado pode opor ao credor as *exceções* que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor. / Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as *exceções* que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente. / Art. 302. O novo devedor não pode opor ao credor as *exceções* pessoais que competiam ao devedor primitivo. / Seção III. Da Exceção de Contrato não Cumprido. Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. / Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a *exceção* de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório. / Art. 837. O fiador pode opor ao credor as *exceções* que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor. / Art. 906. O devedor só poderá opor ao portador *exceção* fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação. / Art. 915. O devedor, além das *exceções* fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as *exceções* relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação. / Art. 916. As *exceções*, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé. / Art. 917. (...) § 3º Pode o devedor opor ao endossatário de endosso-mandato somente as *exceções* que tiver contra o endossante. / Art. 918. (...) § 2º Não pode o devedor opor ao endossatário de endosso-penhor as *exceções* que tinha contra o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé.

⁶⁹ «O usucapião pode ser argüido em defesa.» Em variação dessa modalidade, pode-se enxergar a existência de outro direito que, defrontado com a pretensão deduzida, tenha sobre ela prevalência. Era o caso da polêmica *exceptio domini* do art. 505 do Código Civil anterior. Nesse caso, a exceção consiste em apontar, a rigor, limitação intrínseca à pretensão exercida pelo possuidor, e não propriamente extrair uma eficácia de resistência específica do direito de propriedade (LOTUFO, Renan, Exceção de domínio no direito possessório brasileiro, in: CAHALI, Yussef Said (Org.), **Posse e Propriedade. Doutrina e jurisprudência**, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 687–730, em especial p. 693)

de insegurança, pela qual o contratante poderá «*recusar-se à prestação que lhe incumbe*» sempre que a outra parte sofrer «*diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou*», mas apenas «*até que aquela satisfaça a [prestação] que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la*» (CC, art. 477).

Em todos esses casos, o postulado civilista das exceções lista hipóteses idênticas àquelas que os processualistas designam defesas indiretas⁷⁰. Extinção, invalidade, ineficácia, são exemplos, sob ótica estritamente material, dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de posição jurídica subjetiva. Dada a origem remota da *exceptio*, não surpreende a confluência, nem que o nome exceção tenha sobrevivido para ilustrar o fenômeno. A realidade que emerge desse coser entrecortado histórico de direito civil e direito processual civil não é, como as linhas até agora talvez sugiram, que os ramos cuidam da mesma matéria com promiscuidade técnica, e sob nomes diferentes (*defesas indiretas vs. exceções em sentido lato*). Cuidam, sim, do mesmo fenômeno, *mas suas perspectivas e regras bastante são em todo diversas*.

Ao cuidar de defesas indiretas, a dogmática processualista elenca o *modo como dados aspectos do direito material serão deduzidos, em juízo, em socorro de quem os invoca* (e, como se disse, isso tem relevantíssimas repercussões práticas). Poder-se-ia dizer que, senão por uma reminiscência histórica, o Direito Civil jamais precisaria invocar o conceito de exceções em sentido *lato*: quem pagou, compensou, anulou, pode se firmar em cada um desses institutos por si sós, sem nenhuma utilidade na recondução a uma categoria tão ampla quanto essa. Quando muito, ela confundiria o operador contemporâneo, por turvar, sob esse signo geral, hipóteses de inexistência, ilicitude em sentido amplo, invalidade ou ineficácia. Seria a referência às exceções, então, uma daquelas impropriedades consentidas pelo sabor da tradição. Quem falasse em exceção em sentido amplo, portanto, não ignoraria se remeter à envelhecida *exceptio*, ainda que, concretamente, soubesse cuidar (i) no plano material, de uma universalidade de posições jurídicas subjetivas de matiz bastante variada, com eficácia impeditiva,

⁷⁰ «Como se sabe, a exceção substancial é uma defesa indireta que o réu opõe ao autor. Diz-se que é indireta porque, quando o réu oferece a exceção, não nega (pelo contrário, até a admite implicitamente) a existência da relação jurídica na qual se fundamentou o autor; apenas procura êle, por meio da exceção (e conforme o caso), modificar ou extinguir aquela relação jurídica. Há, por conseguinte, um direito subjetivo potestativo, que o réu opõe ao direito do autor.» (AMORIM FILHO, Agnelo, As ações constitutivas e os direitos potestativos, *in*: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. II**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25–44, em especial p. 35).

modificativa e extintiva; e que fossem traduzíveis (ii) no plano processual como defesas indiretas.

Não parece seja esse o caso. Não parece que a recondução desses variados institutos impeditivos, modificativos ou extintivos das posições jurídicas a um único signo, universal, tenha apenas o peso da tradição e nenhuma utilidade prática. Ao contrário, aproveita ao legislador manter vivo o conceito como instrumento para esclarecer casos de legitimação (ou deslegitimação) para se «invocar benefícios», pelo exercício, de certas posições jurídicas, sobretudo nos confrontos decorrentes de pluralidade subjetiva.

Por cautela apenas, e a bem da clareza terminológica, esclareça-se não haver confusão entre legitimidade em sentido processual, legitimidade em sentido material e legitimação. *Legitimidade em sentido processual* é condição da ação, aptidão subjetiva concretamente considerada para demandar ou ser demandado em juízo (CPC, art. 17). *Legitimidade em sentido material* é a possibilidade, tomada pelo ângulo subjetivo, de participação em negócio jurídico; a ilegitimidade é, portanto, um impedimento à realização de determinados negócios, por determinadas pessoas, em razão de fato que a circunde ou relação jurídica que tenha⁷¹. *Legitimação*, por fim, é a aptidão específica para extração de efeitos de determinada posição jurídica subjetiva, por meio do exercício⁷².

Alguns exemplos ajudam a dar cores mais vivas à questão.

Pense-se na pluralidade de sujeitos que convivam na relação obrigacional. A disciplina da solidariedade nas obrigações é tão complexa quanto útil. Ainda que seja

⁷¹ A doutrina a define como «uma situação de exceção, em que, por força de relação jurídica ou fática entre o declarante e outra pessoa, o ordenamento cria um obstáculo para a realização de um negócio jurídico. É um impedimento». O mesmo autor exemplifica com as restrições a alienação de ascendentes para descendentes. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio, **Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)**, Titularidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 154).

⁷² «Resta da dire del collegamento tra il diritto soggettivo e il soggetto del diritto. L'appartenenza di un diritto ad un soggetto determinato si dice titolarità. Il potere di esercitare un diritto che compete a chi ne è titolare dà luogo alla figura della legittimazione. (...) [L]a capacità di agire riguarda l'astratta capacità di esercizio dei diritti, mentre la legittimazione consiste nel potere di esercitare un diritto che concretamente compete a chi ne è titolare. / Resta tratar do elo entre o direito subjetivo e o sujeito do direito. O pertencimento de um direito a um sujeito específico é chamado de titularidade. O poder de exercer um direito que compete a seu titular dá origem à figura da legitimação. (...) [A] capacidade de agir diz respeito à capacidade abstrata de exercer direitos, enquanto a legitimação consiste no poder de exercer um direito que concretamente pertence ao titular.» (LUMIA, Giuseppe, **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**, 3ª. Milão: Giuffrè Editore, 1981, p. 115). Sem razão, no ponto, a doutrina que restringe legitimação ao poder de disposição, sendo este apenas uma das muitas facetas da concreção de efeitos das posições jurídicas (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio, **Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)**, Titularidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 156-157; e MELLO, Marcos Bernardes de, **Teoria do fato jurídico. Plano da validade**, 4ª. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 29).

desejável no tráfego comercial – e não à toa é comuníssima, dominada mesmo pelo leigo –, não é simples laçar vínculos ordinariamente separados, para cuidar em bloco de credores e/ou devedores, e depois cuidar-lhes, entre si, internamente dos arranjos de prerrogativas recíprocas. No caso de solidariedade ativa, poder-se-ia perguntar o que sucede quando o devedor cobrado por um único credor pudesse, legitimamente, recusar a prestação a *outro credor* integrante do polo ativo. Sendo o caso de solidariedade passiva, poder-se-ia igualmente perguntar se o um devedor demandado poderia recusar a prestação, se *outro devedor* tivesse razão legítima para fazê-lo (CC, art. 281).

Tome-se, de outro giro, a circulação de posições jurídicas. No caso de cessão de crédito, é absolutamente razoável indagar se o devedor que poderia legitimamente recusar a prestação *ao credor originário* segue a poder recusá-la *ao novo credor* (cessionário), ainda que este motivo de recusa aparentemente em nada se conecte com este. Ou, olhando a mesma questão do ângulo inverso da assunção de dívida, se poderia o novo devedor recusar a prestação com lastro em razões que legitimariam *o devedor primitivo* a fazê-lo (CC, art. 302). Com redobrada complexidade pelos atributos de autonomia relacional, essas são questões que se põem diante da circulação de títulos de crédito (CC, art. 915 a 918).

Em todos esses casos, há menos uma questão de dogmática e mais uma questão de política legislativa a resolver: até que ponto se quer entrelaçar o caminho dos sujeitos conectados pelas relações jurídicas, vaso-comunicando efeitos de posições jurídicas que lhe são, a princípio, solitárias. Para retomar um exemplo ao fim específico de enunciação da questão: importa menos o porquê de o devedor primitivo poder, ele apenas, recusar a prestação específica (fá-lo-ia por ineficácia, por invalidade, por inexistência calcada em extinção, o que for), e mais *o querer ou não o legislador entregar ao novo devedor o exercício dessa prerrogativa do devedor primitivo*.

Para esse fim, ou seja, para premiar o novo devedor com esse plexo de potencialidades do devedor primitivo, o legislador com sabedoria fugiu das listagens de posições jurídicas admissíveis em tese e optou por invocar um vocábulo historicamente conglobante dessas múltiplas e diversas realidades: *exceptio*, exceção, em sentido amplo. O devedor pode recusar a prestação a um credor solidário, pelo motivo que legitimamente a recusaria a outro (CC, art. 274); o devedor solidário não pode recusar a prestação invocando fundamento pessoal de outro (CC, art. 281); o devedor retém as variadas causas de recusa ante o novo credor (cessionário) (CC, art. 294); mas o novo devedor não conserva as causas de recusa do devedor primitivo (CC, art. 302). Se essas causas eram fundadas em direito de compensar, ou

de anular, ou de deseficacizar por aspecto específico da interação relacional daqueles sujeitos originários, isso pouco importa à escolha legislativa, que é, repita-se, ampla e conglobante de todos esses cenários, e quaisquer outros que o ordenamento lhes venha a agrupar. A exceção é o atalho à enumeração, sempre imperfeita, de posições jurídicas; é o atalho que o legislador manteve para colher milênios de tradição jurídica que afastam qualquer dúvida.

É por isso – vale dizer, pela outorga de clareza na legitimação, ou não, de exercício de posições jurídicas no contexto de pluralidade de sujeitos – que o conceito de exceção de direito material em sentido amplo sobreviveu à cisão de Direito Civil e Direito Processual Civil. O recurso ao gênero exceção em sentido amplo, fora desse contexto, seria imprestável à dogmática civilista; nele, é decisivo. Poder-se-ia então ponderar, em sede final: se *exceção em sentido amplo* e *defesa indireta* se referem aos mesmos institutos de direito substancial, por que não abolir um dos termos e adotar apenas o outro, unitariamente, para direito civil e processual civil? Aqui a escolha é menos técnica e mais de oportunidade, e parece oportuno preservar a dualidade nominal. O motivo é simples: com o recurso a um ou outro termo, desloca-se o olhar do operador diretamente ao ponto dogmático relevante. Ao ler a referência primária a exceção *lato sensu*, o jurista saberá cuidar-se de debate sobre casos específicos de legitimação; ao ler em primeiro lugar a referência a *defesa indireta*, saberá cuidar-se de debate a propósito do tratamento processual das teses. Anote-se que, mesmo sem apoio do movediço terreno doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a terminologia em exato alinhamento com o aqui sustentado⁷³.

I.3 Prescrição como exceção em sentido próprio

Coisa diversa sucede com uma espécie particular de posições jurídicas subjetivas, que se recortam dentre o rol amplo e diverso das exceções em sentido lato. São as chamadas *exceções em sentido próprio ou estrito*, que já tivemos o ensejo de definir como «*direito de resistência incorporado à esfera jurídica do sujeito passivo, por meio do qual obsta (encobre) direito, pretensão e ação (de direito material) do*

⁷³ «Civil e processo civil. Exceptio non adimpleti contractus. Efeito processual. A exceção de contrato não cumprido constitui defesa indireta de mérito (exceção substancial); quando acolhida, implica a improcedência do pedido, porque é uma das espécies de fato impeditivo do direito do autor, oponível como preliminar de mérito na contestação (CPC, art. 326). Recurso especial conhecido e provido». (REsp 673.773/RN, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 15.03.2007, publicado no DJ de 23.04.2007, p. 256).»

*sujeito ativo de dada relação jurídica*⁷⁴». Quem excepciona não nega direito, não afirma ilicitude da conduta do titular que o exerce, nem invalidade do eventual negócio que o dê origem, nem ineficácia da posição cuja concretude se busca dar por meio do ato de exercício. Confirma tradicional doutrina, atestando que a «*exceção não ataca o ato jurídico, nem o direito em si-mesmo*»⁷⁵. Antes o contrário: admitindo que há direito, que há licitude, que há validade, que há eficácia, e que o exercício é possível, afirma que tem, ele próprio, sujeito passivo frente ao direito exercido e titular da exceção a exercer, uma razão jurídica que legitima sua recusa em atender aos reclamos de sua contraparte.

São muitos os exemplos do Código Civil, e dar concretude à hipótese ajuda à compreensão do fenômeno. Imagine-se que uma pessoa passe a ocupar a chácara de sua falecida mãe. A *de cujus* residira na chácara pelos três anos precedentes à sua morte, havendo-o adquirido com as economias de vida. O herdeiro, já no ingressar, toma as providências imprescindíveis a boa valência do bem: conserta telhado infestado por cupins na casa principal; constrói armazém e coxia no campo; instala sistema de irrigação para horta e pomar. No ano seguinte, com o cultivo e manejo em perfeita operação, o verdadeiro proprietário da chácara se apresenta e demonstra, de forma inequívoca, que a *de cujus*, pessoa simples, a comprara de quem não era dono: um conhecido grileiro da região. Não se cuidava de hipótese de excepcional eficácia de venda *a non domino*; não socorria ao herdeiro a aquisição por usucapião, porque o quinquênio legal não se operara (CC, art. 1.239). Ninguém duvidará que o proprietário tem, com relação à coisa, o «*direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*» (CC, art. 1.228). Posto diretamente: o herdeiro tem o dever de restituir o bem ao proprietário; e o proprietário tem o direito de exigí-lo. Em paralelo a esse feixe obrigacional, o possuidor tem direito a indenização pelas benfeitorias que fez, por ser sua posse de boa-fé (aqui, subjetiva, porque cria ser sua falecida mãe dona, e porque cria, ela, haver comprado do dono) e por serem as intervenções necessárias (reforma do telhado) e úteis (melhoras da exploração econômica do bem). Tudo vai a teor de letra expressa de lei (CC, art. 1.219).

A mesma lei vai então além e cria um *outro direito* em favor do herdeiro: «*poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis*». (CC, art. 1.219, parte final). Aqui, o herdeiro já (ou ainda) não exige seu crédito pelas

⁷⁴ ANDRADE NEVES, Julio G., **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**, São Paulo: Almedina, 2016, p. 65.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 6, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 3.

benfeitorias; nem objeta o direito de reaver a coisa típico da posição de proprietário. Em espectro muito mais restrito afirma: *por ora, não a devolvo*. O ordenamento suporta sua recusa, aqui, potencialmente temporária: se e enquanto não forem indenizadas as benfeitorias, ele poderá recusar a devolução (que é, repise-se, coisa diversa de cobrar as benfeitorias). Esse direito de obstar (encobrir a eficácia) da pretensão reivindicatória do proprietário é exceção em sentido próprio, em modalidade bastante comum da tradição romano-germânica, exceção de retenção por benfeitorias.

É, sem dúvidas, o caso da prescrição. Assim como o herdeiro não nega seja sua contraparte o real proprietário, o prescribente não nega seja sua contraparte titular de pretensão (como se verá, com maior vagar, no capítulo CAPÍTULO II). Assim como o herdeiro não nega dever restituir; o prescribente não nega dever prestar. Não nega dever, mas se recusa a fazê-lo. E o faz justificadamente, porque – ainda que por fundamento absolutamente diverso, de segurança jurídica pela estabilização de relações (v. CAPÍTULO V) – o ordenamento secunda sua recusa. Mas nem só por diverso fundamento se dá a diferença entre uma e outra modalidade de exceção em sentido próprio, de modo que é preciso atenção em sua classificação, sem a qual o enquadramento da prescrição como espécie do gênero exceção não estará completa.

A classificação das exceções em sentido próprio, também ela, tem provocado equívocos graves na doutrina. Convém então divisá-las dentre duas subcategorias relevantes ao presente estudo⁷⁶, ancoradas, respectivamente, em sua *autonomia* e em sua *eficácia*.

No que diz respeito à autonomia, as exceções podem ser dependentes (autônomas) ou independentes (não-autônomas) ⁷⁷. Exceções independentes (a prescrição é uma delas) têm em seu suporte fático fatos, mas não posições jurídicas: elas existem por si sós, independentemente de ter o excipiente titularidade sobre outra posição jurídica que assuma, frente à exceção, caráter de pressuposto fundamental. Exceções dependentes têm relação de acessoriedade frente a outra posição jurídica subjetiva, que ordinariamente (mas não necessariamente) corresponde a um direito subjetivo de crédito. Com isso se quer dizer que no *suporte fático* sobre o qual incide a

⁷⁶ A terceira possível classificação dentro do espectro do direito privado é entre exceções próprias e impróprias, que já vai realizada pelo cotejo dessa rubrica com aquela precedente. Poder-se-ia cogitar, ainda, da separação de exceções substanciais e processuais, porém, como se registrou acima, é posição assumida do estudo que o cotejo parte de uma unidade científica artificial, equivocada, explicável – mas não justificável – apenas pelo espectro amplo da *exceptio* romana, superado pelo ramificar do Direito promovido, sobretudo, pelo movimento da pandectística oitocentista.

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 6, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 12.

norma criadora da exceção há, de forma solitária ou dentre outros elementos, uma posição jurídica subjetiva da qual depende o surgimento (e manutenção) da exceção na esfera jurídica do beneficiado. Subtraída a posição jurídica principal, tolhe-se o suporte fundamental da exceção e tomba, ela própria, por consequência. Já se deu acima exemplo de exceção dependente: a de retenção por benfeitorias. O direito do possuidor de recusar a entrega do bem ao proprietário vive apenas enquanto este não se desincumba do dever de indenização pelas benfeitorias. Feito o pagamento, a exceção se extingue, por acessoriedade ao direito subjetivo de crédito principal. O mesmo se pode dizer de outra famosa exceção: a de contrato não cumprido (CC, art. 476, de infeliz redação). O devedor em contrato bilateral pode recusar o cumprimento de sua prestação, enquanto a contraparte não adimplir sua prestação. Desempenhada a prestação, cai o fundamento do direito à recusa. O devedor deve, ele próprio, igualmente prestar, sob pena de incumprimento ilícito.

Duas observações são de registro oportuno desde logo, porque impactam a disciplina da prescrição de que se cuidará nos capítulos subsequentes.

A primeira: a exceção é dependente de *direito subjetivo de crédito* e não o é da *pretensão* a ele coligada senão se a lei expressamente o determinar. O direito de receber e reter em sua esfera jurídica prestação positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer (direito subjetivo em sentido estrito) não se confunde com o direito de exigir o desempenho desta prestação (pretensão). Como potencialidade de mera resistência, parece de fato pouco natural que o legislador a atrelasse a poderes dinâmicos de exigência. A melhor doutrina nunca duvidou⁷⁸.

A segunda: *exceção dependente* não é o mesmo que *exceção imprópria*, ou *em sentido amplo*. Parte da doutrina se deixou levar pela falsa identidade⁷⁹ e até mesmo o colegiado de doutores das Jornadas de Direito Civil incorreu no deslize. A propósito do art. 190 do Código Civil («a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.»), afirmaram que a norma «refere-se apenas às exceções impróprias (dependentes/não autônomas). As exceções propriamente ditas (independentes/autônomas) são imprescritíveis» - ou seja, trataram como idênticos os critérios classificatórios inconfundíveis.

⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, t. 6, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, pp. 260-261.

⁷⁹ «A solução do impasse [da prescritibilidade das exceções] está na distinção entre exceção independente (ou autônoma) e dependente (ou não-autônoma). É que há exceções que pressupõem uma pretensão a ser exercida pelo titular, e outras que são desvinculadas de qualquer pretensão.» (THEODORO JUNIOR, Humberto, *Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova* (vol. 3, tomo 2), p. 185).

Como se confia extrair do quanto já dito, *dependência* ou *independência* diz com o suporte fático para o nascimento da exceção, conforme haja ou não posição jurídica subjetiva como condição *sine qua non* à titularidade da posição defensiva. *Propriedade* ou *impropriedade* diz com o conteúdo da exceção. Exceção em sentido impróprio sequer é posição jurídica, mas grupo, universalidade de posições jurídicas com eficácia impeditiva, modificativa ou extintiva; exceção em sentido próprio é posição jurídica subjetiva com eficácia paralisante de pretensão. Não há entre um e outro critério classificatório qualquer sobreposição conceitual, menos ainda identidade.

*No que diz respeito à eficácia, as exceções em sentido próprio são dilatórias ou peremptórias*⁸⁰. Dilatórias são aquelas que encobrem a pretensão do excepto por período limitado, ainda que incerto. Peremptórias são aquelas que encobrem a pretensão por período ilimitado. A exceção de contrato não cumprido é dilatória: oposta, não se deve prestar até que, e apenas até que, a contraparte em contrato bilateral o tenha feito. A exceção de prescrição é peremptória: oposta, não se deve prestar nunca. Em ambos os casos, a eficácia pode ser diversa daquela que, *tendencialmente*, se esperaria pela categoria da exceção. Se a contraparte jamais prestar, por exemplo, a ponto de encerrar o interesse útil do credor em contrato bilateral, os efeitos da exceção de contrato não cumprido terão se produzido por toda a existência da relação. Se o excipiente em prescrição renunciar a ela, cai a posição jurídica e não há pós-eficácia, de modo que a pretensão é desvelada e retomada a exigibilidade subjacente.

Maltratado que seja pela doutrina, a ponto de se negar qualquer utilidade⁸¹, o conceito é fundamental. Saber quando o sujeito passivo pode, frente à pretensão, encobri-la, sustando exigibilidade, é pedra de toque para aferir se há ou não mora por decorrência da não-prestação. Se a exigibilidade foi encoberta, não há mora (CC, art. 394 e 396). A partir da mora, o civilista poderá atestar se são indenizáveis os danos decorrentes da não-prestação (CC, art. 395), sobre quem repousa o risco da impossibilidade da prestação, mesmo por caso fortuito ou força maior (CC, art. 399); e se incide o regramento próprio à onerosidade excessiva.

É claro que uma irrefutável classificação da prescrição só se completa com a integralidade do estudo. Para afirmar ser exceção em sentido próprio, por exemplo, é preciso excluir que ela seja modo de extinção de direito, o que se fara no item II.1; para

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 6, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 14 e ss; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, Exceções no Direito Civil: um conceito em busca de um autor?, *in*: **Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho**, 1. ed. Salvador: JusPodium, 2014, p. 411-422, em especial p. 414.

⁸¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça, **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 132.

se afirmar ser autônoma, é preciso ainda atestar inexistir posição jurídica subjetiva no suporte fático, o que só se fará nos itens III.1 a III.4. De toda forma, o benefício da clareza de enfrentar a classificação basilar supera o inconveniente – de resto, inevitável – de referências cruzadas na construção de um pensamento que é, em si, uno, e aqui, artificialmente fragmentado para fins didáticos. Com a ressalva desses saltos, a conclusão segura que desde logo se enuncia é de ser a prescrição, no plano material, uma exceção em sentido estrito, autônoma e peremptória. A prescrição apenas encobre eficácia da pretensão; não depende de outra posição jurídica subjetiva do excipiente; e não tomba com o só fluir do tempo ou conduta do excepto.

I.4 Irrelevância da possibilidade de conhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado.

Há um último óbice ainda por superar à classificação aqui proposta. Ele decorre da escolha legislativa de tornar a prescrição cognoscível de ofício pelo magistrado, em uma ruptura clara com a tradição nacional e internacional da disciplina (CC, art. 194, revogado pelo Lei 11.280/2005; CPC73, 219, §5º, revogado pelo CPC, art. 487, II).

Não se tem notícia, nas nações com que nosso ordenamento dialoga com maior proximidade, de dado normativo paralelo. Todos dirão sem pensar que a prescrição depende de arguição pelo devedor para irradiar seus efeitos (deseficacizantes); todos dirão que as exceções (em sentido próprio) são posições jurídicas em regra dependentes desse ato de exercício de vontade: assim em Portugal (art. 303º⁸²), na Itália (art. 2.938⁸³), na França (art. 2.247⁸⁴). O mesmo se pode dizer da Convenção das Nações Unidas sobre a Prescrição na Venda Internacional de Bens (art. 24⁸⁵); e PICC, (capítulo 10, art. 10.9.2⁸⁶). Historicamente, também a regra brasileira foi essa: «a

⁸² CCPort., Art. 303º. (Invocação da prescrição) O tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público.»

⁸³ *Codice*, Art. 2.938. Non rilevabilità d'ufficio. Il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta». / Não conhecimento de ofício. O juiz não pode conhecer de ofício a prescrição não oposta.

⁸⁴ *Code*, Art. 2.247. Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. / Os juízes não podem suprir de ofício os efeitos resultantes da prescrição.

⁸⁵ Convenção das Nações Unidas sobre a Prescrição na Venda Internacional de Bens, Art. 24. Expiration of the limitation period shall be taken into consideration in any legal proceedings only if invoked by a party to such proceedings. / A expiração do prazo da prescrição será levada em consideração em processos apenas se invocada por uma parte do processo.

⁸⁶ PICC, Art. 10.9.2) L'expiration du délai de prescription n'a d'effet que si le débiteur l'invoque comme moyen de défense. / A expiração do prazo de prescrição não produz efeitos senão após sua oposição, pelo devedor, como meio de defesa.

prescrição deve sêr allegada pelo devedor, não póde sêr supprida pelo Juiz.» – comentava TEIXEIRA DE FREITAS a propósito da Consolidação das Leis Cíveis⁸⁷. O Código Beviláqua igualmente afirmava que «*o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes*» (art. 166). A prescrição de direitos não-patrimoniais se coligava em verdade com casos hoje sabidos de decadência, como não escapou à doutrina especializada contemporânea⁸⁸. O Código atual repetiu parcialmente a regra por três anos de vigência (CC, art. 194⁸⁹), até a edição da reforma da Lei 11.280/2006⁹⁰.

O rompimento com a tradição impressionou a doutrina, que reagiu com violência à iniciativa do legislador. «*Não creio que a doutrina e jurisprudência venham a compactuar com semelhante obra demolitória*»⁹¹, anotou um autor. Acompanhou-lhe voz segundo a qual «*esta é uma modificação amalucada ou, como disse no título que atribuí ao presente estudo, descabeçada. Penso, e o digo aqui sem qualquer pudor, que o legislador brasileiro demonstra, agora, que perdeu totalmente o juízo*»⁹².» Afirmou-se, com maior especificidade:

- (i) haver o legislador tomado para si matéria tipicamente privada;
- (ii) se cuidar de regra incompatível com ser a prescrição renunciável⁹³, arguível a qualquer tempo e de ser a prestação voluntariamente adimplida impassível de repetição (respectivamente, CC, art. 191, 193 e 882)⁹⁴;
- (iii) ser a norma letra morta, já que a necessária introdução da matéria pelo Juízo nos autos antes de sua decisão (sob pena de violação ao contraditório, por decisão-surpresa), seguida do silêncio do credor, implicaria renúncia tácita⁹⁵; e

⁸⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, **Consolidação das Leis Cíveis**, t. I, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 511, nota de rodapé ao art. 853.

⁸⁸ SIMÃO, José Fernando, **Prescrição e decadência: início dos prazos**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 234.

⁸⁹ CC, art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.

⁹⁰ Para além da revogação do art. 194, o Código de Processo Civil deu o comando expresso ao Código de Processo Civil, cujo art. 219, §5º, afirmava que «*[o] juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.*»

⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto, **As novas reformas do CPC**, São Paulo: ADBR Editora, 2006, p. 54.

⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas, Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua, disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1020.htm.%20Acesso%20em%2002/12/2007>, p. 1.

⁹³ ROSENVALD, Nelson, Prescrição: da exceção à objeção, in: **Questões contemporâneas de Direito**, Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 139–154, em especial p. 147.

⁹⁴ CIANCI, Mirna, A prescrição na lei 11.280/2006, **Revista de Processo**, v. 148, p. 32–45, 2007, em especial p. 37.

⁹⁵ CIANCI, Mirna, A prescrição na lei 11.280/2006, **Revista de Processo**, v. 148, p. 32–45, 2007, em especial p. 37–38; e, especificamente sobre a renúncia tácita por não arguição, mas, é claro, não sobre a reforma que sucedeu décadas depois de seu falecimento, CÂMARA LEAL, Antonio Luis da, **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 94.

(iv) ter a prescrição passado a extinguir a pretensão, e não mais lhe sustar a eficácia, assumindo sob a ótica processual a natureza de objeção e não mais exceção⁹⁶.

No que diz respeito ao legislador ter invadido terreno tipicamente privado, a doutrina afirma que a prescrição, no que tange à produção de efeitos, deve ser matéria que repousa integralmente à consciência do devedor. A escolha do legislador inaugurou regra inovadora, é verdade, mas o direito brasileiro não foi agora apresentado à cognoscibilidade prescricional de ofício. Disse-se acima, e não casualmente, que o Código Civil reproduziu apenas parcialmente essa máxima, porquanto o revogado art. 194 facultava a atuação *ex officio* do magistrado quando a prescrição beneficiasse parte absolutamente incapaz. A exceção não era pequena: àquela época, pretérita à desconfiguração normativa promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, os absolutamente incapazes encampavam menores de 16 anos, os enfermos ou deficientes mentais, bem como os privados da expressão de sua vontade por causa transitória ou definitiva (CC, art. 3º, redação original). A norma igualmente rompia com a tradição romano-germânica. O que se positivou alhures foi apenas – e em menor medida que o Código Civil brasileiro – medidas protetivas do incapaz vulnerado pela prescrição (v. a esse respeito as considerações do item V.4, abaixo). A ruptura legislativa é, como se nota, menor do que se alardeou, ainda que expressiva.

O porquê dessa decisão legislativa se faz claro da exposição de motivos da Lei 11.280/2006. Escreveu o então Ministro da Justiça MARCIO THOMAZ BASTOS que «*sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.*» Os objetivos da lei são racionalidade e celeridade na prestação jurisdicional; as preocupações são a preservação do contraditório e da ampla defesa. Constatando indícios eloquentes de prescrição, o magistrado antes nada poderia fazer diante do silêncio das partes. O magistrado estava, portanto, antes da reforma, refém de suposições. Supunha que a prescrição se tivesse operado, mas não poderia sabê-lo, sem contraditório que esclarecesse se houve causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva do prazo. Supunha houvesse sido deliberadamente ignorada pelo demandado, mas não poderia sabê-lo, porque a não arguição poderia decorrer de ignorância. Supunha – a reboque dessa presumida inércia deliberada do demandado – que sua intervenção no núcleo meritório era de fato necessária, porque indesejada a

⁹⁶ ROSENVALD, Nelson, Prescrição: da exceção à objeção, *in*: **Questões contemporâneas de Direito**, Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 139–154.

resolução da matéria pela prescrição. São suposições estritamente coerentes com o desenho institucional da prescrição na tradição e na vida contemporânea; não são certas ou erradas, mas convenientes se admitido o pressuposto de ser socialmente desejável que a matéria prescricional seja de eficácia deflagrada apenas pelo seu beneficiário.

Esse não é, contudo, o único caminho possível, nem é de forma absoluta, inquestionável, o mais desejável à realidade brasileira. É sempre útil lembrar o truísmo de que o legislador brasileiro não legisla para a Alemanha, nem para França, nem para a Itália, mas sim para o Brasil. No Brasil, a Meta 1 do Conselho Nacional de Justiça para a Justiça Estadual em 2018 foi «*julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos, excluídos os suspensos e sobrestados no ano corrente*»⁹⁷. Em 2017, no Estado de São Paulo, olhando apenas para demandas cíveis em primeiro grau, mas sem Juizados Especiais, esse número de distribuições correspondeu a 2.623.495 novos casos. Incluídos os Juizados, foram mais 1.335.659 casos⁹⁸. Nacionalmente, em 2016⁹⁹, o acervo médio por magistrado de primeiro grau foi de 7.192 casos, dos quais julgou-se em média 1.788 causas ao longo do ano.

Pause-se para ter o dado na dimensão que merece: cada juiz de primeiro grau julgou em média 1.788 causas por ano. São mais de 7 sentenças por dia útil, para além dos deveres de reflexão e condução dos casos não maduros a julgamento. É claro que essa bizarra situação, socialmente patológica, não tem uma causa única, nem solução simples. Isso não obstante, parece quando menos merecedora de consideração, do ponto de vista de política legislativa, a tese de que seria benéfico à tessitura judiciária brasileira *expandir* (insista-se, não criar) a competência de ofício do magistrado para conhecimento da prescrição, pacificando litígios pela solução mais simples, porque prejudicial ao núcleo mérito (sempre de desvendamento mais espinhoso).

A tutela desse interesse público não é estranha à prescrição, nem desnatura seu caráter privado. O dualismo entre normativa de ordem pública e regramento dispositivo está na espinha dorsal do instituto. Faz-se notar no caráter legal e tipificado das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas do prazo, bem como na impossibilidade (caso do Brasil) ou limitação (no cenário internacional) da pactuação de seu termo. Ao se ter a prescrição por cognoscível de ofício, o legislador menos operou uma revolução e mais deu-lhe um novo contorno, tipicamente nacional, para que se torne um pouco menos

⁹⁷ <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/justica-estadual>, acesso em 4 de julho de 2018.

⁹⁸ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/ba324a411888691c8d54ebcd1dcb7426.pdf>, acesso em 4 de julho de 2018.

⁹⁹ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>, acesso em 4 de julho de 2018.

atinente aos interesses particulares e um pouco mais voltada à pacificação social. Não se tem notícia de um único precedente em que o devedor se tenha insurgido contra esse conhecimento de ofício, o que sugere, se não prova, que as cogitações de que esse ajuste tenha aviltado à consciência social são mais fundadas em dores dogmáticas pela perda do regramento tradicional do que em um toque concreto com a realidade. A história já sugeria fosse assim: os primeiros monografistas do Código noticiavam como a não cognição de ofício dera azo a agudas injustiças sob a complexidade das ordenações¹⁰⁰, e é de pensar o que poderiam anotar diante da avalanche de lides, possivelmente de igual efeito, que hoje se tem por normal.

Quanto a se tratar de regra incompatível com a renúncia (art. 191), arguição a qualquer tempo (art. 193) e impossibilidade de repetição da prestação voluntariamente adimplida (CC, art. 882), bastiões do «compromisso do sistema coma disponibilidade do direito¹⁰¹», igualmente não assiste razão aos críticos.

Exatamente como sucede hoje, a renúncia à prescrição tem como pressuposto positivo a completude do prazo e nada mais (o que é um truísmo, como se verá no item IV.2). A eliminação da exceção da própria esfera jurídica independe de haver ou não ação processual, de haver sido relevada, de ofício ou por iniciativa das partes, a prescrição, e de haver sido ela acolhida ou rejeitada. A prescrição se opera integralmente no plano de direito material: assim nasce, por suporte complexo, assim morre, pela renúncia. Pode-se renunciar à prescrição antes, durante ou depois de processo em que haja sentença de improcedência da demanda do credor, fundada exatamente em dita prescrição. A sentença reconhece o dado que lhe é contemporâneo: há exceção de prescrição. Se, depois, há renúncia, isso implica modificação superveniente de estado que não vulnera a coisa julgada (CPC, art. 505, I). A confusão entre ser a matéria relevável de ofício e ser disciplina de ordem pública, intangível pelo poder de disposição das partes, foi cometida nesse debate tanto por civilistas¹⁰² quanto

¹⁰⁰ «No direito anterior ao Código os textos referentes à prescrição das ações se achavam de tal maneira esparsos que, aos próprios advogados, muita vez, escapava a alegação de prescrição; e, por isso, devido a tal omissão era condenado e executado o réu. Os casos eram tanto mais freqüentes e as injustiças tanto mais repetidas, porque os juízes não podiam, como ainda hoje não podem (!), conhecer da prescrição, desde que não invocada pela parte (art. 166 do Cód.).» (CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. **Da prescrição (artigos 161 a 179 do Código Civil)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito, 1956, p. 12).

¹⁰¹ CIANCI, Mirna, A prescrição na lei 11.280/2006, **Revista de Processo**, v. 148, p. 32–45, 2007, p. 37.

¹⁰² «Não será mais possível a renúncia da prescrição pelo devedor, pois em se tratando agora de matéria de direito indisponível, perderá o réu a possibilidade de efetuar a renúncia. A prerrogativa de ordem pública de predominância do interesse coletivo sobre o interesse individual impede que o particular tenha ingerência sobre o direito, ainda que possua natureza patrimonial» (ROSENVALD, Nelson, Prescrição: da exceção à objeção, in: **Questões contemporâneas de Direito**, Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 139–

por processualistas¹⁰³, sem que resista, contudo, a análise técnica apropriada¹⁰⁴. O enunciado 295 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal apontou, com acerto, na direção oposta aos críticos¹⁰⁵.

A repetição de prestação voluntariamente adimplida também não tem conexão com a atuação do magistrado. Ser ou não bom o pagamento se coliga a haver direito subjetivo de crédito subjacente que o lastreie e não haver causa específica autorizativa de repetição. Se é verdade que a prescrição não extingue o direito¹⁰⁶ (v. item II.1), e é igualmente verdadeiro que a hipótese não se amolda às autorizações de restituição por pagamento indevido (CC, art. 876 e ss), não há porque seu reconhecimento pelo magistrado ser incompatível com o regime de retenção da prestação pelo credor. Ato contínuo à sentença que reconheça a prescrição, o devedor pode prestar. Se o fez antes, pode já não haver prescrição a reconhecer, porque tacitamente renunciada (CC, art. 191); e mesmo que ignorasse a prescrição, adimpliu o que devia, pelo que não há causa a embasar o retorno da prestação voluntariamente adimplida¹⁰⁷.

154, p. 145).

¹⁰³ «[C]riou-se um modelo em que o devedor fica impedido de cumprir uma obrigação a que está eticamente vinculado porque sua excelência, o juiz, reconheceu de ofício a prescrição» (CÂMARA, Alexandre Freitas, Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua, disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1020.htm.%20Acesso%20em%202002/12/2007>, p. 5).

¹⁰⁴ «Mas esta modificação legislativa transformou a prescrição em uma questão de ordem pública? Aparentemente não. Tratando-se de figura do direito material, sua natureza não se altera por pura e simples mudança legislativa. Na ânsia de conferir efetividade ao processo, o legislador, neste caso específico, outorgou mais poderes ao juiz do que deveria, e este excesso pode representar a origem de diversos problemas. Primeiro porque a prescrição admite renúncia, expressa ou tácita. Se admite renúncia, obviamente que possui um marcante componente de disponibilidade, incompatível com a matéria de ordem pública. (...) Dadas as características gerais do instituto, suas origens históricas e o fato de subsistirem diversas normas que demonstram claramente o caráter da disponibilidade desta figura, é a lei processual que deve ser influenciada. Sua interpretação deve ser feita de forma a relativizar estes poderes do juiz, que deverão ser exercitados com muita parcimônia.» (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, **Ordem pública e processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 123 e ss, dedicadas à relação entre ordem pública processual e cognição judicial *ex officio*.) Em mesmo sentido, citou-se a cognição apenas mediante provocação e a preclusão temporal como aspectos processuais «*não são essenciais aos contraditórios: compõem apenas o seu regime jurídico-processual, cabendo ao direito positivo discipliná-lo; são características contingenciais, portanto. Não há desnaturação do contraditório se, por exemplo, o legislador autorizar o seu reconhecimento de ofício pelo juiz ou se permitir o seu exercício a qualquer tempo, durante o processo.*» (DIDIER JUNIOR, Fredie, Contraditórios, objeto litigioso do processo e improcedência, **Revista de Processo**, v. 38 (n. 223), p. 87–100, 2013, citação na p. 90).

¹⁰⁵ Enunciado 295. A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.

¹⁰⁶ Mesmo os defensores da extinção do direito como efeito da prescrição não negam a possibilidade de retenção da prestação voluntariamente adimplida, mas, antes, dão a esse traço do ordenamento explicação dogmática diversa. Para mais, v. item II.1.

¹⁰⁷ «A irrepetibilidade do cumprimento espontâneo da obrigação prescrita não se funda numa renúncia consciente à prescrição. (...) Não interessa se há, ou não há, consciência, por parte do devedor que cumpre a obrigação prescrita, de que poderia ter invocado a prescrição» (VASCONCELOS, Pedro Pais de, **Teoria geral do Direito Civil**, 8ª. Coimbra: Almedina, 2015, p. 340).

Não é verdade, ainda, que essa a não-oposição da exceção mediante provocação do magistrado implicaria sua renúncia tácita (CC, art. 191). Isso significaria ser o conhecimento de ofício em alguma medida ilusório, já que (i) a regra geral é de que o magistrado ouça as partes antes de pronunciar a prescrição (CPC, art. 487, p.u., parte final); e (ii) mediante a provocação, ou bem a parte interessada oporia a exceção, hipótese em que o reconhecimento se daria após exercício pelo titular, ou bem a parte interessada renunciaria à exceção, quer pelo silêncio, quer expressamente. A uma, é de se lembrar a renúncia depende de comportamento *absolutamente incompatível* com a prescrição (CC, art. 191), e o silêncio não importa manifestação de vontade salvo quando a lei, as circunstâncias ou os usos o autorizarem. A duas, para o titular renunciar por ato de seu advogado e não próprio, seria preciso que o patrono estivesse investido de poderes de disposição, o que não ocorre, ao menos em regra, pela cláusula *ad judicium* (CPC, art. 105). A três, o Código Civil expressamente admite a invocação da prescrição em qualquer grau de jurisdição (CC, art. 193), o que parte da doutrina estende, inclusive, à fase de cumprimento de sentença¹⁰⁸, do que se pressupõe ainda exista (ou persista) não só após a primeira oportunidade de defesa, mas também à sentença condenatória. São inconfundíveis, aliás, a possibilidade de a parte opor a prescrição em qualquer grau, que toca à preclusão, e a possibilidade de o magistrado fazê-lo de ofício, que toca ao modo como a matéria, não preclusa, é introduzida nos autos. O silêncio é, portanto, irrelevante.

Finalmente, ter a prescrição passado a extinguir a pretensão *ope legis*, assumindo a natureza de objeção¹⁰⁹, é menos crítica e mais proposta de readequação doutrinária frente à mudança legislativa.

É claro que dizer que o conhecimento de ofício vem a reboque de uma irradiação de efeitos automática, de caráter extintivo, não é impossível. É talvez fruto do raciocínio mais primário (e nisso não há crítica, mas constatação): o magistrado nega a tutela do direito porque já não é exigível à luz da lei, por si só. A prescrição deixaria a esfera jurídica do devedor, como posição jurídica subjetiva com eficácia de resistência, para habitar o plano do direito objetivo. Assim como o juiz conhece o não vencimento do termo, ou o caráter de obrigação natural, ou o não implemento de

¹⁰⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. A prescrição poder ser usada em qualquer fase processual. **Revista dos Tribunais**, v. 87 (n.º 755), p. 156–158, 1998. Referência na p. 156.

¹⁰⁹ DEL SIGNORE, Giovanni, **Contributo alla teoria della prescrizione**, Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p. 150, cogitando, em tese, do impacto que teria a transmutação da prescrição em matéria relevável de ofício pelo magistrado. O regime italiano, reitera-se, depende da arguição da exceção.

condição, poderia também atestar os efeitos já irradiados da normativa da prescrição. Mesmo no desenho normativo anterior, de necessidade de oposição do devedor, houve quem fosse ao extremo de sustentar ser esse o caso: o regime prescricional se operaria por força de lei, mas o juiz estaria constricto a decidir equivocadamente em caso de não provocação¹¹⁰. A redação do art. 189 do Código Civil reforçaria o ponto: não se fala em direito defensivo, nem em oposição, mas sim que a pretensão «*se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*».

Admitir que o fenômeno prescricional tenha sido subtraído da esfera jurídica do devedor-excipiente cria pelo menos um embaraço direto e um indireto.

O embaraço direto reside na previsão legal, não revogada, de ser a exceção de prescrição renunciável pelo titular (CC, art. 191). Em atenção a um mínimo de boa técnica, só se pode renunciar àquilo que se tem: o negócio jurídico unilateral abdicativo, que rompe vínculo de titularidade jurídica, tem que se prestar a cortar o liame entre a esfera jurídica do titular *e algo*. A estar a prescrição fora dessa esfera jurídica, a corda a ser cortada pelo ato de renúncia ligaria alguém *a coisa nenhuma*; um contrassenso teórico que a lei inauguraria, de negócio jurídico de objeto inexistente. Alternativamente, poder-se-ia falar em «renúncia da tutela legal de prescrição», em confessada, mas não inédita atecnia. Ocorre que se cogitar de «renúncia à tutela lei», no caso da prescrição, teria contornos particularmente gravosos. Admitindo-se que (i) a pretensão fosse extinta *ope legis* e (ii) a renúncia posterior a dita extinção autoriza o exercício da pretensão; seria preciso concluir que (iii) dita pretensão foi *repristinada* pelo negócio jurídico de renúncia, afinal, o titular não poderia *exercer* pretensão (plano da eficácia) terminada por fenômeno legal (plano da existência). Vale dizer: a renúncia referida pela lei produziria um efeito criativo, exatamente o oposto de seu significado técnico, em leitura da lei de grande contrariedade, essa sim, inédita, à dogmática¹¹¹.

O embaraço indireto reside, por sua vez, em se subtrair os efeitos da prescrição do espectro do abuso do direito sob a cláusula geral do art. 187 do Código Civil. Ainda que o histórico de interação entre prescrição e boa-fé seja marcado por desencontros (v. item IV.4), há razoável consenso na doutrina internacional de que a prescrição (o Direito, a bem da verdade) não se presta a tutelar golpes, esquemas, oportunismo do excipiente que cause arrepio ao decoro social a despeito da observância da letra da

¹¹⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da, **Teoria geral do Direito Civil**, 4 (2ª reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 373.

¹¹¹ No mesmo sentido, para afastar a tese de operação *ipso iure* e acolher a eficácia *ope exceptionis*, GERARDO, Michele; MUTARELLI, Adolfo. **Prescrizione e decadenza nel diritto civile: aspetti sostanziali e strategie processuali**. Turino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 59.

norma. Precisamente para a correção dessa patologia, i.e., para obstar a extração de efeitos de posições jurídicas subjetivas que seja contrária à boa-fé, aos bons costumes ou a seu fim econômico ou social, que a cláusula geral do ilícito funcional foi inserida no Código. Para a prescrição como fenômeno automático da lei, naturalmente, poderia haver outro fundamento – talvez principiológico – que desse resposta aos casos disfuncionais, mas sem a certeza e lastro normativo claros que o abuso confere. Essa cláusula geral, vai sem dizer, estaria fora do manejo do civilista: só pode abusar do exercício de direito quem tem direito a exercer, e se a prescrição se desenrola toda *ope legis*, o devedor por ela liberto em nada pode ser censurado, porque nada fez.

A cognoscibilidade de ofício pelo magistrado da prescrição não impõe, necessária e logicamente, que ela se opere como fenômeno exclusivamente legal e não como direito incorporado definitivamente à esfera jurídica do sujeito passivo (e, como tal, fosse por ele renunciável). A preservação de *status* de exceção implica, a bem da verdade, uma via bifurcada, da qual apenas um caminho poderá ser perquirido. A primeira via enxergaria no fenômeno um exercício do direito defensivo pelo magistrado, municiado de excepcional legitimação pelo texto de lei. O segundo percurso vê na exceção de prescrição uma espécie *sui generis* transmutada para ser apta a *irradiar automaticamente seus efeitos defensivos*, ressalvada a hipótese de sua cessação pela extinção facultada pela renúncia. Sob esta última ótica, a prescrição passaria a ser uma exceção própria e peremptória, cuja arguição pelo interessado é desnecessária, porque de eficácia automática. Desejando, contudo, despojar-se deste direito, poderia fazê-lo, por meio de renúncia expressa ou tácita. As duas hipóteses são possíveis em tese, mas apenas a primeira, de excepcional atuação do magistrado, parece de adoção oportuna.

Ao se considerar que o direito potestativo de exceção irradiaria efeitos automáticos, conquanto ainda residente na esfera jurídica do excipiente, lançar-se-ia mão de uma desnecessária transmutação no conceito de exceção – criando-se uma extravagante complexidade no sistema – e cair-se-ia na dificuldade de operacionalizar o controle da prescrição sob o art. 187 a que acima se referiu quando da recusa à tese da eficácia *ope legis* pura. É mais coerente ao sistema civil (e, nesse caso, processual civil) reconhecer que o magistrado possa, ele próprio, extrair efeitos substantivos de determinadas posições jurídicas, quando a lei expressamente o autorize em razão de

elevados interesses sociais¹¹². É claro que se cuida de uma trinca na inércia. Identifica a exceção de prescrição, a introduz nos autos extraíndo seus efeitos substantivos, e ato contínuo a acolhe para extinguir a demanda com exame do mérito. Mas não é uma trinca sem precedente, nem sem justificativa¹¹³.

Dois exemplos auxiliam a reflexão. Até a recentíssima reforma trabalhista, era regra geral de que as execuções pudessem ser promovidas de ofício pelo magistrado (CLT, art. 878, redação precedente à Lei 13.467/2017¹¹⁴). Ou seja: no silêncio da parte interessada, o magistrado não exercia apenas um direito defensivo como a prescrição, mas punha em marcha – no lugar do advogado – direito subjetivo de crédito, para que se sucedessem atos de constrição, avaliação, praxeamento e satisfação. A razão para tanto nunca foi questionada pela doutrina: a importância de se assegurar tutela de verbas alimentares¹¹⁵. Com a reforma trabalhista, essa proteção se tornou menor, porém, contraditoriamente, mais clara: a execução se dá de ofício apenas quando o trabalhador estiver desassistido de advogado (CLT, art. 878, redação atual) – ou seja, o juiz senta na cadeira de patrono para voltar à de magistrado, sucessivamente, rumo à satisfação do crédito. Sob a ótica civil, há um dever (material, substantivo) de indenização por danos decorrentes de ato ilícito processual consistente em litigar de má-fé (CPC, art. 79). Como casos de responsabilidade civil em geral, esse direito subjetivo de crédito por ato ilícito deveria, ordinariamente, ser aviado por demanda, por iniciativa de seu

¹¹² No direito anterior, disse-se: «[a] dívida dita prescrita é dívida exposta a ser encoberta, na pretensão, nas ações ou exceções; não é, desde já, dívida a que se encobriu a eficácia. Ainda quando se trate de pretensões não-patrimoniais, cuja prescrição, no direito brasileiro, pode ser declarada de ofício. Aliás, a melhor construção para essa particularidade do direito brasileiro é a do exercício do direito de exceção pelo próprio juiz. O Estado tem interesse próprio em tais exceções, e o art. 166 permite ao juiz e aos membros do Ministério Público que as invoquem, exercendo o direito de exceção, que, a respeito de tais obrigações, também cabe ao Estado» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 418).

¹¹³ Como a doutrina processual não duvida, «não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. Principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de forma inequívoca» (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Poderes instrutórios do juiz**, 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 121).

¹¹⁴ Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

¹¹⁵ «O início da execução de ofício pelo juiz era uma das peculiaridades do processo do trabalho. A natureza alimentar das verbas trabalhistas, aliada à ausência de rigor formal como princípio do processo do trabalho, norteava a regra insculpida no art. 878 da CLT que, em sua redação original, assim dispunha: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.” A execução trabalhista, apesar de ser tratada por alguns doutrinadores como processo autônomo, até a alteração em estudo, havia restringido a inércia da jurisdição apenas ao processo de conhecimento, dispondo como regra geral a possibilidade de início da execução de ofício ou a requerimento das partes (art. 878 da CLT)» (GONTIJO, Anna Carolina Marques, A reforma trabalhista e o fim da execução de ofício pelo juiz como regra geral. Efeitos, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. Edição especial (nov/2017), p. 143–152, 2017. No excerto, p. 144).

titular, para posterior acolhimento pelo magistrado em ordem condenatória. Não é isso, contudo, que diz a lei. Reabrindo os limites objetivos da lide posta sob seus cuidados, o magistrado pode e deve, de ofício, identificar o ilícito processual, divisar a existência de direito de crédito à indenização, introduzir a matéria nos autos e condenar a parte culpada ao pagamento (CPC, art. 81). Apenas a execução (*rectius*, cumprimento de sentença) ficará a cargo do interessado; até esse ponto, o magistrado exerceu todo o direito material de fundo em benefício do titular, na arena processual. O interesse social da regra é igualmente claro: dar máxima eficácia às regras de conduta perante o Poder Judiciário e coibir o comportamento malicioso na jurisdição.

A prescrição agora se perfila a essas hipóteses. No interesse social de pacificar relações, estabilizar demandas e dar eficiência à prestação jurisdicional, a prescrição passa a ter uma hipótese excepcional de legitimação a exercício quando a pretensão tenha sido objeto de demanda: o magistrado extrai a eficácia da exceção, para encobrir a pretensão e extinguir o feito. O forte viés público da lei – verdadeira ferramenta de administração da Justiça, confiada a agente público – e sua inserção na lei de regência do processo estatal não deixam margens à dúvida de que igual prerrogativa não vai estendida ao árbitro, que segue, tal qual no regime anterior, adstrito à oposição da prescrição pela parte¹¹⁶. Resta integralmente preservada, portanto, a tradicional natureza jurídica do instituto.

* * *

¹¹⁶ Corretas as considerações da doutrina especializada, quando afirma que «as coisas não ocorrem da mesma maneira [com cognoscibilidade de ofício] quando o tema é prescrição, que é ato-fato jurídico que leva à perda (*rectius*: paralisação) da pretensão, ou seja, do poder de exigir a satisfação de um direito (art. 189 do CC). Ocorrida a prescrição, o titular do direito não pode projetar a pretensão (exigir) o cumprimento do dever; não obstante, seu direito subsiste e, caso seja satisfeito voluntariamente pelo devedor, não pode ser objeto de repetição. O reconhecimento da prescrição, de ofício, é assinalado ao juiz (art. 332, § 1º, e art. 487 do NCPC), não ao árbitro. Assim, sem alegação das partes, prevalece o contrato de arbitragem que impõe ao árbitro a aplicação do direito material – que reconhece a renúncia expressa ou tácita à prescrição e que impede que o árbitro a declare caso não haja alegação de uma das partes nesse sentido». (ELIAS, Carlos Eduardo Steffen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de Direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de arbitragem e mediação*, v. 54, p. 79-122 (1–35 na plataforma RTOnline), 2017, excerto na p. 14.

CAPÍTULO II CAMPO DE INCIDÊNCIA

No capítulo precedente, concluiu-se que a natureza jurídica da prescrição em direito brasileiro é aquela de exceção substancial (ou de direito material), independente e peremptória. Exceção substancial, por sua vez, foi compreendida (em sentido próprio ou estrito) como a posição jurídica subjetiva ativa que encerra o poder de unilateralmente sustar (suspender, encobrir) a eficácia da pretensão exercida por outrem. Com essa qualificação, em boa medida, já se permitiu antever que o estudo se filia, quanto à eficácia da exceção prescricional do ponto de vista *dogmático*, à opção normativa do art. 189 do Código Civil: a prescrição afeta a *pretensão*.

Afirmar que a pretensão é o objeto de incidência da prescrição é, em alguma medida, lugar comum na doutrina brasileira contemporânea. Dir-se-ia sem maior receio, contudo, que esse lugar comum se dá menos por reflexão e mais por empuxo da repetição do texto normativo. A propósito do sentido correto de pretensão e da real eficácia da prescrição, segue vivo o desencontro da doutrina brasileira – apesar de subterrâneo, oculto nas rachaduras de lições doutrinárias esparsas pela produção bibliográfica nacional. O propósito desse capítulo é, pois, deixar a superfície e explorar essas fendas, para nelas divisar qual é o *locus* de eficácia da prescrição, i.e., sobre que verdadeiramente incide, direta ou reflexamente. Os conceitos centrais que reclamarão atenção são aqueles de direito subjetivo em sentido estrito, ação (em sentido processual e material) e, finalmente, pretensão (em sentido material).

II.1 Direito subjetivo

O primeiro e necessário ponto de parada já faz antever a dificuldade da reflexão, pois é, talvez, o mais central e controvertido conceito do direito privado: o direito subjetivo. Como já ocorreu acima, e ocorrerá outras vezes neste estudo, a expressão é polissêmica no vocabulário jurídico. É preciso então, em primeiro lugar, divisar de que se fala quando se cogita direito subjetivo como objeto de incidência do fenômeno prescricional e, ato contínuo, tratar da pertinência (ou, antes, impertinência) dessa propalada incidência.

Já nas primeiras linhas de formação do jurista, o *direito subjetivo* é referido em cotejo a *direito objetivo*, sendo este a norma posta (direito em abstrato, como previsto pelo ordenamento) e aquele a projeção individual da norma geral (direito em concreto, de alguém, i.e., *do sujeito* – daí, subjetivo –, como outorgado pelo

ordenamento, após a incidência sobre o suporte fático)¹¹⁷. A abstração é naturalmente estranha a origens romanas¹¹⁸, e na pandectista se travou debate acirrado entre correntes que buscavam nesse feixe de prerrogativas individuais ancoragem ora na vontade, ora no interesse juridicamente tutelado, ora em pontos mistos de um ou outro extremo¹¹⁹. A noção de que os indivíduos, sejam entes de existência concreta ou ideal, possam ser titulares («donos») de direitos é uma conquista civilizatória. No rol de direitos subjetivos, assim amplamente concebidos, estão enfileiradas posições jurídicas subjetivas caras ao senso mínimo de justiça da contemporaneidade: direito à vida, direito à dignidade. Como a doutrina aponta, o direito subjetivo, longe de ser um arabesco técnico afeto a gabinetes de reflexão jurídica, é um marco teórico representativo de uma trincheira de resistência da pessoa frente ao Estado, de cujo apetite para intervenção e controle a história, antiga e recente, é sempre fiel testemunha¹²⁰.

Um inconveniente, ou talvez apenas uma necessária característica, dessa primeira designação, é sua demasiada amplitude e consequente pouca operatividade. A

¹¹⁷ «Rigorosamente, o direito subjetivo foi abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é *objetiva* e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui *subjetivo*, porque se observa do lado desse alguém, que é o titular dele.» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 5, 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 225); «Na sua plurivalência semântica, a palavra *direito* ora exprime o que o Estado ordena, impõe, proíbe ou estatui, ora significa o que o indivíduo postula, reclama e defende. Quando alguém se refere ao preceito emanado da autoridade, chama-o *direito*, porque aí enxerga a norma de conduta, revista de autoridade. Quando alude à projeção individual da norma, ou ao seu efeito, igualmente lhe dá o nome de *direito*. Para distinguir um e outro sentido, qualifica-o, no primeiro caso, como *direito objetivo*, traduzindo o comando estatal, a norma de ação ditada pelo poder público, e é nesta acepção que se repete secularmente que *ius est norma agendi*. (...) No segundo caso, acrescenta-lhe outro adjetivo para denominá-lo *direito subjetivo*, abrangendo o poder de ação contido na norma, a faculdade de exercer em favor do indivíduo o comando emanado do Estado, definindo-se *ius est facultas agendi*». (PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, vol. I, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10).

¹¹⁸ «A princípio os juristas trabalhavam com os conceitos, sem os precisar, e quase lhes bastava aludir a estados: ‘tem direito’, ‘teve direito’, ‘terá direito’, ‘cessou o seu direito’. A despeito de sua extraordinária finura, os juristas romanos não descenderam no fundo do problema». (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 5, 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 225/226). Em mesmo sentido: BONALDO, Frederico, **Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade. Uma leitura à luz da história do pensamento jurídico**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009, p. 49 e ss, em interessante análise da obra de Michel Villey; MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito subjetivo, pretensão, ação, **Revista de Processo**, v. 47, p. 109-123 (plataforma RT Online, 1-12), 1987.

¹¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil**, t. 1. **Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral**. 4ª. Coimbra: Almedina, 2012, p. 873 e ss.

¹²⁰ «O direito subjetivo é sentido, na nossa cultura, não como uma mera instrumentacaotecnica, a manipular pelos juristas, mas antes como uma vantagem pessoal, a conquistar, a preservar e a defender.» (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil**, t. 1. **Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral**. 4ª. Coimbra: Almedina, 2012, p. 892).

norma geral, projetada individualmente, gera posições de vantagem as mais variadas¹²¹, como o *direito a receber de outrem uma prestação positiva ou negativa* (comprador que tem direito à entrega da coisa – CC, art. 481; dono da obra que tem direito ao trabalho de reforma – CC, art. 610 e ss); o *direito a modificar a esfera jurídica de outrem* (titular de preferência que tem direito a fazer surgir, por seu desígnio, o contrato de compra e venda em si – CC, art. 513 e ss, ou Lei do Inquilinato, art. 33; vítima de ardil que, havendo contratado por dolo, pode anular o negócio – CC, art. 171, II); ou o *direito a obter uma vantagem mediante um sacrifício* (reduzir a prestação por si titularizada, equitativamente, para preservar o negócio jurídico cujo sinalagma genético ou funcional tenha sido turbado – CC, art. 157, §2º e 479, , respectivamente), *direito de tomar decisões por outrem, no interesse de outrem* (genitor(a) determina como se desenrolarão aspectos variados da vida da prole – CC, art. 1.634) dentre tantas outras. A cada uma dessas posições corresponde uma perspectiva de efeitos jurídicos radicalmente diversa, e um único «direito subjetivo» como regra enfeixa diversas dessas prerrogativas, simultaneamente, sob mesmo manto relacional. Para essas prerrogativas, o direito subjetivo serve como um «*complexo unitário (e unificante)*»¹²², ou ainda «*uma exigência de economia mental: (...) uma fórmula abreviada, por assim dizer estenográfica, com a qual se denota uma constelação de posições jurídicas elementares que se apresentam habitualmente coligadas*»¹²³. Aproveita a clareza, então, que se delimite os conceitos mais circunscritos aos quais o estudo se filiará.

¹²¹ «O direito subjetivo corresponde a uma situação jurídica compreensiva: dado pela História e pela cultura do Direito, ele tem uma presença efetiva nos planos teórico e prático, englobando diversas realidades menores.» (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil, t. 1. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral**. 4ª. Coimbra: Almedina, 2012, p. 871).

¹²² «Il diritto soggettivo si presenta come un complesso unitario (e unificante) di situazione giuridiche elementari: esso indica un insieme di facoltà, pretese, poteri e immunità che si trovano in un stato di abituale e costante collegamento, e che ineriscono ad un determinato soggetto in relazione a un determinato oggetto. / O direito subjetivo se apresenta como um complexo unitário (e unificante) de posições jurídicas elementares: ele indica um aglomerado de faculdades, pretensões, poderes e imunidades que se encontram em um estado habitual de constante coligação, inerentes a um determinado sujeito frente a um determinado objeto» (LUMIA, Giuseppe, **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**, 3ª. Milão: Giuffrè Editore, 1981, p. 112).

¹²³ «La figura giuridica del diritto soggettivo risponde in buona sostanza ad una esigenza di economia mentale: essa è nient'altro che una formula abbreviata, per così dire stenografica, con la quale si denota una costellazione di situazioni giuridiche elementari che si presentano abitualmente collegate. Il diritto soggettivo si identifica con la totalità delle situazioni giuridiche elementari che lo costituiscono, e in esse si risolve senza residui. / A figura jurídica do direito subjetivo responde, em boa medida, a uma exigência de economia mental: essa é nada senão uma fórmula abreviada, por assim dizer estenográfica, com a qual se denota uma constelação de posições jurídicas elementares que se apresentam habitualmente coligadas. O direito subjetivo se identifica com a totalidade das situações jurídicas elementares que o constituem, e nessas se exaure, sem resíduos» (LUMIA, Giuseppe, **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**, 3ª. Milão: Giuffrè Editore, 1981, p. 113).

Direito subjetivo em sentido estrito, ou direito subjetivo de crédito, é o direito de receber de outrem uma prestação positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer, incorporando definitivamente a seu patrimônio as vantagens dessa prestação¹²⁴. Não se ignora se cuide de categoria, ainda, profundamente ampla. Direitos subjetivos em sentido estrito podem ser originados de posições jurídicas pessoais ou reais – não estão, portanto, propriamente *ao lado*, mas *sob* essas classificações¹²⁵. Preferível dizer, aliás, não que direitos de crédito surgem de posições pessoais ou reais, mas, antes, de posições relativas ou absolutas. Insistir em uma clivagem exclusiva entre direitos pessoais e reais é, em alguma medida, um eco contemporâneo a arranjos categoriais de *actio* romana¹²⁶, arranjos que enfrentam embaraço quando se adensa a reflexão com espécimes de eficácia atípica como direitos da personalidade, do autor, ou, em geral, direitos pessoais com eficácia real. Para fins de análise sob a lente da prescrição, neste momento, é despidianda a precisão de todas essas nuances: por ora, basta que se constate esse traço comum a todas as hipóteses de direito subjetivo em sentido estrito, ou direito subjetivo de crédito: *o sujeito passivo deve se comportar de determinada forma prescrita para satisfação da prestação a que faz jus o sujeito ativo*.

Parte relevante da doutrina vê na eficácia paralisante da prescrição uma força extintiva do próprio direito subjetivo. Com variações, essas posições são lastreadas pela percepção difusa de haver uma contradição intrínseca em se admitir a existência de direito subjetivo ao sujeito ativo, de um lado, e a absoluta impossibilidade de sua imposição ao sujeito passivo, de outro. A doutrina comparatista europeia

¹²⁴ Interligando créditos e pretensões, sem confundi-los, PONTES DE MIRANDA ensinou que «*desde que, com a incidência da regra jurídica, alguém deve, ou deve e é obrigado a prestar a outrem, há, da parte dessoutro, direito de crédito, ou direito de crédito e pretensão. Ao direito e ao dever chama-se, respectivamente, crédito e débito (ou dívida). O poder exigir a prestação é a pretensão; aquela a quem ela se dirige é o obrigado.*» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 247).

¹²⁵ Sem razão, então, a doutrina que afirma que «*os termos das modalidades dos direitos subjetivos quanto ao seu regime implicam, para serem conhecidos e apreciados, uma antecipação das regras aplicáveis (...) [P]ode-se indicar o elenco mais impressivo, que distingue: direitos de crédito; direitos reais; direitos de família; direitos das sucessões, conforme se lhes apliquem as regras próprias das quatro correspondentes disciplinas civis. A tetrapartição referida haveria que acrescentar, pelo menos, os direitos das pessoas [no Brasil, direitos da personalidade], como abrangendo aqueles que se rejam pelas normas que (...) formam um conjunto jurídico próprio.*» (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil, t. 1. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral**. 4ª. Coimbra: Almedina, 2012, p. 901).

¹²⁶ A mais importante partição da *actio*, segundo WINDSCHEID – e, mesmo em Roma, com rachaduras eficiais que forçavam a criação de subcategorias (como *actio* pessoal com contraparte indeterminada e, nesse sentido, *in rem*) (WINDSCHEID, Bernhard; MÜLLER, Theodor. **Polemica intorno all'actio (com introdução de Giovanni Pugliese)**. Trad. Giovanni PUGLIESE. Florença: Stabilimenti Tipolitografici Vallecchi, 1954, p. 16 (sobre a relevância da classificação) e p. 23 (sobre as dificuldades classificatórias).

oportunamente batizou essa posição de *strong substantive approach*¹²⁷. A despeito de não ser a posição extraível do seu conjunto normativo¹²⁸, é a letra do *Code*, que mesmo reformado se refere à extinção de um direito¹²⁹. Também o PICC se refere amplamente a «*rights*», e não a «*claims*» - que seria a linguagem restritiva preferida do *soft law* europeu -, mas não é possível filiá-lo ao *strong substantive approach*¹³⁰ porque o mesmo dispositivo fala em refreamento do exercício desses direitos, e não extinção deles próprios¹³¹.

Sem que haja nesta observação uma crítica aos defensores da teoria, essa é uma retórica que tem largo apelo ao leigo. Se alguém tem direito, ou bem tem proteção, força de exigência com tendência à coerção, ou bem tem um simulacro de direito que já não merece o nome. Fica encampado pelo próprio conceito de direito subjetivo em sentido estrito a possibilidade de exigí-lo, o tegumento protetor estatal. «*Só há direito subjetivo, se o Estado tutelar o titular desse poder contra violação*¹³²», afirma autorizada doutrina, a quem fez coro parte da civilística internacional¹³³ e nacional ao

¹²⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 73.

¹²⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. Extinctive prescription under the Avant-projet. **European Review of Private Law**, v. 6, p. 805–820, 2007, em especial pp. 812–813. Para considerações mais amplas sobre o projeto, inclusive nas porções propriamente afetas ao direito das obrigações, v. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. **Uniform Law Revue - Revue de Droit Uniforme - UNIDROIT**, v. 11, p. 103–34, 2006 e, em interessante proposta comparatista com a legislação do Estado da Louisiana, v. JANKE, Benjamin West; LICARI, François-Xavier. The French revision of prescription: a model for Louisiana? **Tulane Law Review**, v. 85, 2010.

¹²⁹ *Code*, Article 2219. Modifié par Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 1. La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. / Artigo 2219. Modificado pela Lei n.º2008-561, de 17 de junho de 2008, art. 1º. A prescrição extintiva é um modo de extinção de um direito resultante da inação de seu titular durante um certo lapso de tempo.

¹³⁰ A doutrina esclarece que a referência ampla a direitos quer abranger outras posições jurídicas não tipicamente reconduzíveis à prescrição (quando menos não diretamente), como o direito de rever o valor da prestação, ou o direito de extinguir o contrato (ZIMMERMANN, Reinhard. **The new German law of obligations. Historical and comparative perspectives**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, p. 128).

¹³¹ PICC, Article 10.1. (*Scope of the Chapter*). (1) The exercise of rights governed by the Principles is barred by the expiration of a period of time, referred to as “limitation period”, according to the rules of this Chapter. (2) This Chapter does not govern the time within which one party is required under the Principles, as a condition for the acquisition or exercise of its right, to give notice to the other party or to perform any act other than the institution of legal proceedings. / Artigo 10.1 (Âmbito do capítulo) (1) O exercício dos direitos regidos pelos Princípios é barrado pela expiração de um período de tempo, denominado “prazo de prescrição”, de acordo com as regras deste Capítulo. (2) Este Capítulo não regula o tempo dentro do qual uma parte é obrigada, nos termos dos Princípios, como uma condição para a aquisição ou exercício de seu direito, a notificar a outra parte, ou a realizar qualquer ato que não seja o ajuizamento de uma ação.

¹³² MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito subjetivo, pretensão, ação, **Revista de Processo**, v. 47, p. 109–123 (plataforma RT Online, 1–12), 1987, p. 4/5.

¹³³ «La prescrizione è un modo di estinzione dei diritti che sono trascurati nel tempo dai loro titolari, e non corrispondono più ad un loro rilevante interesse. / A prescrição é uma forma de extinção de direitos que são negligenciados ao longo do tempo por seus donos, e não correspondem mais a um interesse relevante de sua parte.» (BIANCA, Cesare Massimo. **Le garanzie real; la prescrizione**. Milão: Giuffrè

afirmar que «*esdríxulo se nos afigura (...) que o ordenamento legal reconheça o direito, afirme a sua vinculação ao sujeito ativo, proclame sua oponibilidade ao sujeito passivo, mas recuse os meios de exercê-lo eficazmente. (...) Com o perecimento da ação, extingue-se efetivamente o próprio direito (...)*»¹³⁴. Dando um passo além, a posição faz lembrar (*a contrario sensu*) a máxima positivada no art. 75 do Código Beviláqua, segundo a qual «*a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura*». O conceito proposto acima para direito subjetivo de crédito deveria então ser revisto, para se lhe enunciar como «*o direito de receber de outrem uma prestação positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer, incorporando definitivamente a seu patrimônio as vantagens dessa prestação, bem como de exigir-la e obtê-la forçosamente com intervenção do Estado, se preciso.*»

Há, contudo, alguns pontos de embaraço para essa posição. Todos se reconduzem a uma realidade: poder exigir a satisfação da prestação que lastreia o direito subjetivo é apenas uma das formas de reconhecimento, pelo ordenamento, dessa posição jurídica subjetiva. É falacioso dizer que *quem não pode exigir, não pode nada*. Quem pode exigir tem a melhor tutela, mas, por exemplo, quem pode legitimamente receber e reter também está no espectro de proteção estatal. Reconheça-se: está posto com menos força, porque depende da prestação espontânea inicial que os dotados da prerrogativa de exigir podem superar; porém sem dúvidas tem mais força que aqueloutros despidos quer do poder de exigir, quer do poder de reter, postos que estão definitivamente de fora de qualquer proteção do ordenamento.

Não se pretende aqui cuidar da posição jurídica típica da «exceção de retenção». Essa já foi usada como exemplo no capítulo precedente e será, novamente, invocada como objeto dos itens II.3 e IV.1, abaixo, quando se cuidará da adequação do conceito de exceção de direito material ao espectro de incidência da prescrição e da eficácia da prescrição. Aqui, de maneira mais ampla, refere-se não à exceção, mas apenas à prerrogativa do titular de direito subjetivo de manter consigo a prestação que lhe era devida e foi efetivamente adimplida, recusando sua restituição ao devedor. Essa

Editore, 2012, p. 508).

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. I**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 435. O mesmo professor aceita a premissa da *pretensão* nos comentários ao art. 189 do Código Civil, mas, aqui, sua doutrina parece ter escopo diverso: comentários práticos e em formato sumário à lei (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Comentários ao Código Civil de 2002, vol. I. Parte geral, arts. 1o a 232 (com atualização legislativa de Cristiano de Sousa Zanetti e Leonardo de Campos Melo)**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 193). Quer-se crer, portanto, que a posição original, enfática e extensa, em sede de manual, nunca foi abandonada, ainda que suprimida, sem razão aparente, ou sem nota que desse satisfação de tanto, nas edições do manual atualizadas por terceiros.

é uma prerrogativa que o titular de direito subjetivo de crédito alvejado pela prescrição mantém por expressa letra de lei (CC, art. 882), como o mantém, igualmente, o credor em obrigação natural. Essa não é, note-se, prerrogativa de que desfrute qualquer sujeito que tenha recebido espontânea prestação de outrem, o que por óbvio esvaziaria o discurso aqui proposto: «*todo deslocamento patrimonial há de ter uma causa que o direito reconheça como tal; do contrário, exsurge a obrigação de restituir*¹³⁵». Mas aqui, como se vê, obrigação de restituir não há. E se o que há é essa prerrogativa de não restituir, de incorporar definitivamente a vantagem ao patrimônio, prerrogativa não genérica, mas específica, é preciso dizer qual o seu lastro, sua explicação última no ordenamento se não a existência (ou resistência) do direito subjetivo à prescrição.

Há aqui dois campos de explicação, ambos igualmente *possíveis*, mas não igualmente *oportunos*.

A primeira explicação prestigia o *strong substantive approach* e afirma que a impossibilidade de se compelir o credor a restituir a prestação espontaneamente adimplida se coliga a uma espécie de tutela moral juridicamente reconhecida, constituindo uma causa autônoma de justificação do deslocamento patrimonial esse senso de satisfação à moralidade pela conduta do devedor de pagar a dívida extinta pelo tempo¹³⁶. Não é um absurdo propor que razões de moralidade, juridicamente reconhecidas, justifiquem a retenção de prestações sem que houvesse relação obrigacional e direito subjetivo a justificá-las (o mesmo se diga de um comum senso de justiça, ou ainda de pura política legislativa¹³⁷). Aliás, o Código é expresso ao afirmar que o devedor que dá coisa *para fim imoral* não pode obter sua repetição, parecendo coerente propor que o ordenamento pudesse agasalhar a assertiva análoga de que a obrigação deliberadamente adimplida *para fim moral* não comportaria, de igual forma, repetição. Essa seria então a *ratio*, senão a letra do já mencionado art. 883 do Código Civil. Pelo ordenamento, há juízos de valor que obstam a repetição, mesmo quando o pagamento já se faz sem dívida; há, em suma, valores elevados *per se* ao status de causa suficiente ao deslocamento patrimonial. Como se antecipou, a explicação é dogmaticamente possível, apenas não a mais oportuna, ou, talvez fosse melhor dizer,

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo, Direito Restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo, **Revista dos Tribunais**, v. 956, p. 257-295 (RTOnline 1-24), 2015, excerto na p. 2.

¹³⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão, ação. **Revista de Processo**, v. 47, p. 109-123 (plataforma RT Online, 1-12), 1987, p. 5-6.

¹³⁷ Por exemplo: o credor cambiário recebeu pagamento, por erro, de quem não lhe devia e, confiante na quitação da dívida, abriu mão das garantias que lhe assistiam. Essa piora em sua posição, por si só, será causa de retenção de pagamento a que nunca fez jus (CC, art. 880).

talvez não a melhor diante do propósito do instituto da prescrição e do panorama geral do ordenamento jurídico a propósito da tutela de direitos.

Enfrente-se a questão um ponto por vez.

O capítulo CAPÍTULO V, abaixo, cuidará de enfrentar os diversos fundamentos que a doutrina lista para a prescrição. Lá, se verá em detalhe que o fundamento da segurança jurídica é partilhado por todos, em verdadeira *communis opinio doctorum*. Seria indesejável que o devedor se visse surpreendido pela exigência de desempenho de uma prestação encoberta pela poeira do tempo, muitas vezes tornada onerosa pelo acúmulo dos consectários legais. É verdade que não apenas ao devedor mira o instituto, mas a toda a sociedade: por isso mesmo a tradição romano-germânica limita severamente a pactuação negocial de prazos prescricionais *ex ante* e a lei brasileira a exclui como um todo (CC, art. 192; a propósito, veja-se o item IV.3, abaixo). Isso, porém, é questão atinente ao regime de prescrição não verificada em concreto, ou seja, não operada. Em matéria de prescrição verificada, pende a balança ao interesse individual do devedor, admite-se-lhe a renúncia da exceção (CC, art. 191; veja-se o item IV.2, abaixo) e retorno do credor ao *status* de hígidez plena de sua posição. Em tal cenário, i.e., em um quadro de proteção do devedor da surpresa da exigência da satisfação, faz mais sentido enxergar a prescrição como circunscrita a essa exigência (cujos contornos se verá logo adiante) do que amplamente incidente sobre todo o direito que, relembre-se, o devedor pode desejar genuinamente satisfazer, e efetivamente satisfazer a reboque desse direito. Reputar a prescrição como fonte extintiva de direito seria, por assim dizer, matar o mosquito com canhão, tutelar mais do que o tutelado reclama.

Poder-se-ia objetar a esse ponto com a retomada da afirmação inicial do *strong substantive approach*: «só há direito subjetivo, se o Estado tutelar o titular desse poder contra violação¹³⁸». Essa aparentemente desnecessária morte do direito subjetivo seria então derivação de sua própria natureza, incindível com a exigibilidade e tutela coercitiva consequente. Ocorre que a coerção estatal não é regra da realidade social dos direitos subjetivos e é incidental do ponto de vista teórico. Já disse a doutrina que «o *proteccionismo* envolve dois aspectos inaceitáveis. Por um lado, ele postula, no Direito, sempre ou em primeira linha, medidas de proteção jurisdicional ou – pois disso no fundo se trata – de coação. Ora, na grande maioria dos casos, tudo se passa sem necessidade de intervenção dos tribunais e, menos ainda, sem qualquer aplicação, pela

¹³⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito subjetivo, pretensão, ação, **Revista de Processo**, v. 47, p. 109–123 (plataforma RT Online, 1–12), 1987, p. 4–5.

força, de sanções. Procurar definir o direito subjetivo com base no esporádico é tomar, por regra, a exceção, numa orientação que deforma toda a realidade a definir. Acresce ainda que – como é sabido – vastas áreas jurídicas não assentam na coação, enquanto se desenha, em todo o Direito Civil, uma tendência salutar para, progressivamente, abolir quaisquer manifestações de força: nada disso põe em causa o direito subjetivo»¹³⁹. A paisagem do Direito Privado se ilustra de direitos nascidos, mas não tuteláveis; e direitos não-nascidos, mas tuteláveis. A correlação de direito e tutela (no sentido cogitado por esse segmento da doutrina, de atuação positiva para satisfação) é intuitiva, mas não necessária.

O art. 131 do Código Civil é inequívoco ao dispor que «*o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito*». Se for admitida a premissa de exercício como conduta positiva ou negativa destinada a extrair, ou prevenir a extração, de efeitos concretos de uma determinada posição jurídica subjetiva¹⁴⁰, sucede, lógica e necessariamente, pôr-se a questão do exercício (suspensão) no plano da eficácia. A parte que entabula negócio com termo inicial é titular; apenas não está em condição de pôr em movimento o direito que já tem. O vendedor que contrata hoje para receber o preço em um ano é credor, hoje, ainda que o calendário se interponha entre si e a concretização, por sua iniciativa, dos efeitos de sua posição. Dizer que da circunstância de que o vendedor não poder *exigir* (e *obter tutela*, que são coisas diversas) o preço desde logo não implica dizer que o crédito inexistia, aos olhos do Direito. Se o

¹³⁹ E segue: «*para além do desvio que sempre implica um sobrevalorizar da proteção coativa, as tendências protecionistas incorrem na crítica de não alcançarem o essencial do direito subjetivo. Perante esta figura, o titular pode air em certos molders, que a ele cabe escolher. O protecionismo não refere tal aspecto, nem, menos, diz o que pode fazer o titular apenas afirma o que os outros não devem fazer. Não há equivalência entre a posição positiva do titular e as posições negativas dos não-titulares: o primeiro desfruta de múltiplas possibilidades, ditadas pela natureza do objeto do direito e pelas regras aplicáveis, enquanto os segundos se devem remeter a simples abstenções.*» (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil, t. 1. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral.** 4ª. Coimbra: Almedina, 2012, p. 886 para ambos os trechos).

¹⁴⁰ «*Todo direito, toda pretensão, toda ação e toda exceção tem seu conteúdo. O ato, positivo ou negativo, do titular, segundo esse conteúdo, é o exercício do direito, da pretensão, da ação ou da exceção. Se figurássemos qualquer deles como espaço limitado, seria como o ato de andar dentro desse espaço.*» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 71); «*Em sentido estrito, o exercício traduz a concretização, por uma pessoa, de uma situação, ativa ou passiva, que lhe tenha sido conferida pelo Direito. O exercício está moldado, em termos paradigmáticos, sobre a atuação que se desenvolva no âmbito de um direito subjetivo. (...) O exercício jurídico implica uma decisão do agente.*» (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil, t. V. Parte geral, exercício jurídico.** 2ª. Coimbra: Almedina, 2015, p. 21); «*Exercício é a conduta do sujeito frente às potencialidades para as quais a titularidade do direito lhe faculta legitimidade e o limite intrínseco do direito arrola. “Exercer significa assumir um comportamento” frente às prerrogativas que o direito em questão oferece.*» (ANDRADE NEVES, Julio G. **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil.** São Paulo: Almedina, 2016, p. 55).

comprador dispõe de bens a ponto de se lançar à insolvência, ninguém duvidará que o vendedor poderá anular os negócios firme na disciplina da fraude contra credores, por meio de ação pauliana, mesmo sob pressuposto de que «*só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles*» (CC, art. 158, §2º). De igual forma, correndo os prazos presumivelmente em favor do devedor (CC, art. 133, segunda parte), se o comprador deposita em conta bancárias os valores, a obrigação será extinta por pagamento. Obrigação extinta é apenas aquela coligada a direito subjetivo de crédito existente; direito subjetivo, contudo, despido de força para exercício coercitivo imediato. Exemplos análogos poderiam se dar a partir de obrigações naturais como aquelas decorrentes de jogo ou aposta. (CC, art. 814). O ordenamento reconhece crédito, mas não admite exercício coercitivo.

Na ponta oposta da linha de raciocínio aqui exposta – mas apontando aos mesmos resultados –, o Código também é claro ao estabelecer que a condição suspensiva impede a aquisição do direito¹⁴¹. Em dúvida sobre a produtividade de dada fazenda, o comprador pactua com o vendedor que a adquirirá se e somente se a safra do ano seguinte superar a marca de *Y* toneladas. No momento da assinatura do contrato, o comprador não tem direito subjetivo à fazenda, nem o comprador o correlato dever de transferir a propriedade; o vendedor não tem a pretensão, nem o comprador a correlata obrigação (em sentido próprio). Na realidade, o comprador não tem senão direito expectativo¹⁴², i.e., um *protodireito*, direito a incorporar à sua esfera jurídica o direito à fazenda, se e somente se o suporte fático da condição suspensiva se implementar (ou se tiver por implementado, a teor do CC, art. 129, primeira parte). Isso não obstante, tem tutela para preservar esse direito sequer nascido. O art. 130 do Código Civil dá conta de que «*ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.*» Se no curso da colheita a fazenda for invadida por grileiros, o comprador – que sequer é, de fato, comprador, mas *protocomprador* – pode agir como se proprietário fosse e buscar tutela para repelir os invasores. O mesmo se diria de cessionário de crédito sob condição suspensiva, que poderia, por exemplo, interpelar o devedor para pagamento para fins de interrupção do prazo prescricional (CC, art. 202, V), ou, ainda, opor embargos de terceiro contra penhora que recaísse sobre o crédito objeto da cessão condicionada, ou

¹⁴¹ 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.

¹⁴² «O direito expectativo, em caso de condição suspensiva, é direito a adquirir, *ipso iure*, outro direito, ao se cumprir a condição. O direito, que se adquire, em virtude daquele, é outra coisa (crédito, propriedade, herança, legado)» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 174).

sobre bem que o garantisse (CPC, art. 674). Em todos esses casos, não há direito subjetivo, mas há tutela ativa posta à disposição daquele que, apenas eventualmente, poderá se tornar titular de efetivo direito.

Se é verdade que o ordenamento lista exemplos de direitos subjetivos sem tutela ativa e exemplos outros de tutela sem direitos subjetivos, parece mesmo demasiado artificial a posição que coligue aprioristicamente direito e pretensão e, a reboque disso, afirme por princípio que se deve ter por extinto o direito subjetivo em sentido próprio quando se lhe abata a prescrição. O *strong substantive approach* faz sentido em tese, mas não faz tanto sentido quanto suas alternativas. Não surpreende, portanto, tenha caído em amplo descrédito no cenário nacional e internacional. O art. 189 do Código Civil segue a linha da Alemanha, onde a letra expressa do §194 (1) do BGB aponta para a pretensão (*Anspruch*) como objeto da prescrição; os PICC afirmam textualmente que «*the expiration of the limitation period does not extinguish the right*¹⁴³» (artigo 10.9). Coerentemente, a doutrina comparatista dá igual relato de perda de relevo¹⁴⁴.

A explicação para que a prestação voluntariamente adimplida à luz da prescrição seja irrepetível é, portanto, a mais simples: a prescrição não se ocupa do próprio direito de crédito. Resta investigar, adiante, do quê se ocupa a prescrição.

II.2 Ação de direito processual e ação de direito material

A literatura romano-germânica em geral, e brasileira em particular, apontou por décadas e sem titubeio as ações como objeto de incidência da prescrição. Assim em todos e cada um dos clássicos¹⁴⁵, em posição que permaneceu intocada por séculos na tradição brasileira. Por consequência, a questão da prescrição se punha em saber não se eram as ações as vítimas de sua vulneração (dado tido por evidente), mas sim quais ações o eram. AGNELO AMORIM FILHO saltou anos de dogmática em um único artigo, quando propôs que ações declaratórias eram imprescritíveis, condenatórias prescritíveis

¹⁴³ «*O transcurso do prazo prescricional não extingue o direito*».

¹⁴⁴ BONEL, Michael Joachim. Limitation periods. In: HARTKAMP, Arthur; HESSELINK, Martijn; HONDIUS, Ewoud; et al (Orgs.). **Towards a European Civil Code**. 3ª. Haia: Kluwer Law International, 2004, p. 528.

¹⁴⁵ CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. **Da prescrição (artigos 161 a 179 do Código Civil)**. 3ª. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, p. 12, ainda que a integralidade de sua obra aponte a tendências de ter a ação o efeito último de extinguir o próprio direito, mesmo que reflexamente; FRANCO, Ary Azevedo. **A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro, doutrina e jurisprudência**. 3ª. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 16; GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e decadência**. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 105.

e constitutivas subordinadas ao regime da decadência – com o que anteviu, ainda que entre cortinas processuais, que apenas a *pretensão*, traduzível em condenações, seria objeto próprio do regime prescricional¹⁴⁶ (o ponto será retomado no subitem seguinte).

Essa confusão de conceitos a história explica e o estudo superou, em parte.

Como já se sentiu por ensejo da reflexão sobre as exceções, a origem romana da prescrição cria um natural embaraço na importação (mormente na importação acrítica) do instituto pelos milênios que medeiam seu nascimento e os tempos presentes. O Direito oferece a tentação hermenêutica da identidade ou das semelhanças fonéticas e o intérprete açodado não se atentará ao fato de que *texto* e *contexto* são igualmente importantes. Ao navegar pelas fontes, o estudioso do século XXI não pode ler «ius», «actio» e «praescriptio» como hoje lê direito subjetivo, ação e prescrição. A organização do direito romano e o notável senso prático daqueles pensadores ignorava categorias abstratas que hoje parecem triviais e de existência perpétua. Coube a BERNHARD WINDSCHEID (e seu debatedor THEODOR MUTHER), em acesa polêmica, desvelar que (i) os conceitos de direito e ação eram mesclados no ordenamento romano, que não reconhecia direitos variados e ações abstratas, mas atribuía *actio* para a tutela específica de direito material que visava consagrar; e (ii) a *actio* antiga melhor corresponderia à moderna pretensão (*Anspruch*), i.e., à capacidade de exigir de alguém dado comportamento – o que se dá em juízo ou fora dele –, e não à ação (*Klage*) concebida como direito abstrato, dirigido ao Estado-Juiz, de obter prestação jurisdicional¹⁴⁷. Esse o grande salto de WINDSCHEID frente aos romanistas de seu tempo: o divorciar ação de *actio*, para propor a *Anspruch* como categoria que melhor traduziria a *actio* em tempos modernos. Na linguagem do BGB, «o direito de exigir que alguém faça ou deixe de fazer algo», que nada tem que ver com ação, ou, antes, apenas incidentalmente tem, já que a exigência pode se dar em juízo ou fora dele¹⁴⁸.

A ação de direito processual passou a ser identificada como direito autônomo, dirigido pelo postulante contra o Estado-Juiz e já não contra sua contraparte. Não se

¹⁴⁶ AMORIM FILHO, Agnello. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 744 (originariamente publicado no vol 300), p. 725-750 (RT Online p. 1–20), 1997.

¹⁴⁷ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica intorno all'actio (com introdução de Giovanni Pugliese)**. Trad. Giovanni PUGLIESE. Florença: Stabilimenti Tipolitografici Vallecchi, 1954, p. XIV.

¹⁴⁸ «Há direitos sem pretensão porque há direitos que não podem ser exigidos. Há direito só sem ação porque há direitos que somente podem ser exigidos fora da ação. Há direitos que somente podem ser exigidos pela ação: a pretensão deles e, pois, eles-mesmos, em sua eficácia, foram canalizados» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 458).

quer, aqui, dar a falsa impressão de um mar sem ondas entre a dogmática processualista¹⁴⁹. A superação da doutrina imanentista ou unitária, que enclausurava o direito de ação processual no direito substantivo, é de enorme consenso¹⁵⁰. A concordância para aqui. Desse ponto, há doutrinas dualistas as mais variadas, agrupadas, comumente, sobre as rubricas de concretistas, abstratas e mistas. As doutrinas concretistas indicam que a ação seria direito a proteção, mediante decisão favorável¹⁵¹. As doutrinas abstratas, por outro lado, tratam o desfecho de mérito como absolutamente irrelevante à perspectiva processual. As doutrinas mistas, por fim, atraem o exame de mérito à relevância da ação, mas com temperamentos: qualquer exame de mérito satisfaria, subordinado a condições ao regular processamento do feito¹⁵².

Qualquer que seja a corrente a que se adira, e desde que preenchidas as condições para exercício desse direito, o Estado-Juiz se encarregará de angularizar a demanda, trazendo o demandado à relação e, ao final, ouvidas as considerações ambos, decidir. A intervenção estatal pode se dar para declarar o estado das coisas; para condenar (ordenar) alguém a fazer ou deixar de fazer algo, inclusive nos casos ditos mandamentais, imbuídos de autossuficiência executiva; para executar a prestação positiva ou negativa devida (i.e., já não ordenar, porém, descumprida a ordem, forçar fisicamente o cumprimento); para criar, modificar, ou extinguir relação jurídica, nos casos em que a lei exige participe o magistrado dessa atividade; ou ainda apenas para

¹⁴⁹ Para citar apenas um nome de inquestionável relevo, Cândido Rangel Dinamarco, quando afirma que «(...) toda essa justificação do entendimento da ação como direito público subjetivo só teria aplicação à ação civil e jamais à penal (...), e isso já é suficiente para destruir a unidade do conceito, no plano da teoria geral do processo, pois oferece uma justificação e um conceito à ação civil e permite que se encare de outro prisma a penal. Do ponto de vista técnico-jurídico o conceito da ação como direito subjetivo não explica os casos em que o próprio Estado é titular da ação, pois estabelece uma situação em que se confunde o titular ativo do 'direito' com seu titular passivo (...) A ação é um poder e com base nela é que o interessado estimula o Estado-juiz ao exercício de sua função específica, com vista aos resultados preparados através do processo» (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 353).

¹⁵⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, vol. 1. Teoria Geral do Processo Civil**. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 191.

¹⁵¹ «Ação, no sentido material, e não processual, é a tutela que o Estado assegura, por meio dos órgãos judiciais, ao titular de qualquer direito material ameaçado ou lesado (Constituição, art. 5º, XXXV). Nesse sentido, dispunha o art. 75 do Código Beviláqua: 'A todo direito corresponde uma ação, que o assegura'» (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova** (vol. 3, tomo 2). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 181).

¹⁵² SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 9-15.

assegurar futura ação, posta em risco pelas circunstâncias¹⁵³. Salvo pelas lentes das correntes concretistas, quem tem razão, no mérito, é irrelevante para se aferir se houve direito de ação¹⁵⁴. Mesmo nesse extremo, dir-se-á que houve assegurado direito de acesso à jurisdição, ou direito à administração da Justiça, para se receber de forma completa, após *due process*, e com fundamentação, as razões da negativa¹⁵⁵.

Se é irrelevante ao direito processual (por direito de ação, na maioria; por direito de acesso à jurisdição, aos demais) quem tem sua postulação acolhida, é igualmente irrelevante ao direito material, no caso de direitos subjetivos de crédito, saber como se deu a satisfação da prestação devida. Pode suceder que a exigência do titular, pela pretensão, só se torne efetiva (=só seja satisfeita) quando ele se tenha valido da intervenção do Estado-Juiz, por meio de ação de direito processual. O direito material seguirá a enxergar apenas a dualidade prestação desatendida vs. prestação satisfeita, qualquer que tenha sido o caminho percorrido para sair de um a outro estado. Se o devedor inadimpliu por um ano e depois prestou voluntariamente, ou se inadimpliu por um ano e depois prestou porque o Estado-Juiz o compeliu a fazê-lo, tudo segue igual no plano material: a mesma exata obrigação, pelo mesmo exato valor, foi extinta no mesmo exato momento. A ação de direito processual é *tecnicamente* irrelevante, ainda que *faticamente* possa ter causado à satisfação da prestação¹⁵⁶.

Saindo do geral ao específico, para se ter em vista o fenômeno prescricional, já não se tem dúvida de que a só-recusa de tutela Estatal ao titular de direito (*rectius*, pretensão) vulnerado pela prescrição não toca o direito de ação processual (o que não é verdade nos países de *common law*¹⁵⁷). Via de regra, o titular de pretensão em sentido

¹⁵³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova** (vol. 3, tomo 2). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 182.

¹⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

¹⁵⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

¹⁵⁶ Poder-se-ia objetar e afirmar que na satisfação judicial o devedor deverá responder por outros valores, como custas e honorários de sucumbência (CPC, arts. 85 e 86). A objeção seria equivocada: os créditos referidos surgem não da relação de direito material tutelada por meio da ação processual, mas sim da própria relação processual; são créditos inteiramente novos, a inaugurar relação de direito material inteiramente nova, reunida à relação primária quando de eventual cumprimento forçado por força de lógica (e de necessária economia processual).

¹⁵⁷ «The functional equivalent to 'extinctive' prescription in English law is 'limitation of actions'. As the term suggests, the English institution is procedural in nature: limitation does not affect the right (i.e., the substantive 'cause of action') but merely the ability to pursue that right in court. / O equivalente funcional à prescrição 'extintiva' na lei inglesa é 'limitação de ações'. Como o termo sugere, o instituto inglês é de processual: limitações não afetam o direito (ou seja, a "causa de pedir" substantiva), mas apenas a capacidade de exercer esse direito em juízo.» (ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 69.)

material buscará que o Estado-Juiz *ordene* o adimplemento (caso em que exercerá sua pretensão com o auxílio do Estado-Juiz, em tutela condenatória) ou que o Estado-Juiz *force* o cumprimento (aqui, tutela executória)¹⁵⁸. Se o Estado-Juiz concluir que não há pretensão (ou que ela foi deseficacizada), recusará a condenação, ou a execução, e o jurisdicionado terá recebido integralmente a prestação jurisdicional, no mérito¹⁵⁹, porque a exigência material de satisfação foi feita por quem, também no plano material, já não poderia exigir. Não é mesmo desafiador pré-excluir, do escopo do direito de ação processual, o fenômeno de que cuidam os arts. 189 e seguintes do Código Civil: em nenhum dos casos de prescrição, sucede lógica e necessária a afetação de posições jurídicas subjetivas processuais. Mas daí a dizer que prescrição e ação de direito processual não se toquem jamais, é um salto que a lei não parece consentir. Aqui, em particular, encontra-se um ponto de adstrição ao estudo: a investigação civilista não pode senão *acenar* a fenômenos expressamente designados prescricionais, alheios a si, e que a processualística nacional não ignora.

A Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65) é clara no sentido de que «a ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos» (art. 21), período após o qual o cidadão não mais «será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União» e demais entes públicos listados (art. 1º). A jurisprudência aplica o prazo rotineiramente e sem dificuldades, obstando o manejo de ações até a decisão de núcleo meritório, e se inclina, mais ainda, por comunicar o prazo, por analogia, à ação civil pública¹⁶⁰. A Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) afirma que «o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado» (art. 23). Em nenhum dos casos há afetação do direito subjetivo de crédito de fundo, nem quanto à sua exigência, nem quanto à pretensão que lhe seja ancilar.

¹⁵⁸ É claro, a pretensão – exigência de comportamento – pode se buscar tutelar indiretamente, por exemplo, em via cautelar orientada a viabilizar futura demanda que a satisfaça.

¹⁵⁹ Os temperamentos a essa afirmativa serão cuidados no capítulo CAPÍTULO V, abaixo, para os casos de prazos prescricionais mínimos. Para essas hipóteses de prazos ditos irrisórios, a doutrina tem sustentado que o *due process* e seu corolário de assegurar ao jurisdicionado seu «*day in court*» devem garantir razoável chance de ter o núcleo do mérito da postulação deduzida em juízo analisada. Posto de outra forma: não poderia o ordenamento obstar o caminhar da parte em juízo por um cipoal de matérias preliminares ou prejudiciais que impeçam efetiva tutela jurisdicional. Chamou-se essas considerações de temperamentos e não exceções à afirmativa de que «ao direito de ação pouco importa a favor de quem se decidiu quanto ao plano material», e não sem razão: matérias que impeçam qualquer efetivo debate são um vício do sistema processual; o Direito não se analisa pela patologia.

¹⁶⁰ «Ressalvada a hipótese de ressarcimento de dano ao erário fundado em ato de improbidade, prescreve em cinco anos a ação civil pública disciplinada na Lei 7.347/85, mormente quando, como no caso, deduz pretensão suscetível de ser formulada em ação popular. Aplicação, por analogia, do art. 21 da Lei 4.717/65.» (STJ, REsp 764.278/SP, 1ª turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 22 de abril de 2008).

Na ação popular, a própria União ou os demais entes referidos pela lei podem postular, em nome próprio, a decretação de nulidade, ou a anulação, e, em qualquer caso, o correlato crédito (restitutório e indenizatório, conforme as circunstâncias). No mandado de segurança, o mesmo particular poderá se insurgir contra a autoridade pública em sede de ação pelo procedimento comum. Curiosamente, o legislador acenou com a prescrição no primeiro caso; no segundo caso, a linguagem extintiva sugere se cuidar de decadência, classificação que é verdadeiro lugar-comum da disciplina¹⁶¹, com ares *chiovendianos* quanto à dimensão potestativa de se demandar¹⁶².

Em um ou outro caso, seja a posição correta a de prescrição ou de decadência (resposta que depende da investigação processualista, de fundo, sobre a natureza jurídica da posição jurídica afetada, e sua extensão), manejam-se institutos de vocação substantiva em um ambiente exclusivamente processual. No caso da ação popular, a porta franqueava legitimidade extraordinária¹⁶³ ao cidadão para tutela do interesse estatal; no mandado de segurança, a porta franqueava rito de notável celeridade e blindado dos ônus, nem sempre leves, do eventual insucesso do impetrante de boa-fé (LMS, art. 25). Não se trata de simples preclusão processual, porque não é ato, mas o processamento de toda a demanda que perece; não se trata, de outro lado, da prescrição

¹⁶¹ «A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ‘o art. 23 da Lei 12.016/2009 estabelece que ‘o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado’ (...) Na hipótese, a aludida Lei entrou em vigor em 26/5/2006, momento em que surgiu a pretensão dos autores e, assim, deu início à contagem do *prazo decadencial* para a impetração de mandado de segurança. Tendo sido o presente *writ* impetrado somente em 9/6/2016, é de ser reconhecida a *decadência* da presente impetração.» (STJ, AgInt no RMS 55820/GO, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª turma, j. em 21 de agosto de 2018).

¹⁶² O autor italiano conceituava ação como «*un diritto contro l'avversario, consistente nel potere di produrre di fronte a questo l'effetto giuridico dell'attuazione della legge*», i.e., «*um direito contra o adversário, consistente no poder de produzir, frente a este, o efeito jurídico da incidência da lei*» (CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. In: **Saggi di diritto processuale civile**. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993, p. 14).

¹⁶³ «Substituto processual é a pessoa que recebe da lei ou do sistema legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal, não figurando na relação jurídico-material controvertida. Atuar como parte é fazê-lo em nome próprio, ou seja, não como representante. O representante não é parte no processo, mas o substituto processual o é (supra, nn. 439-440). A locução substituição processual, muito usual em doutrina, não indica a sucessão de partes nem traz em si qualquer ideia de um movimento consistente em pessoa que sai e pessoa que entra na relação processual (supra, n.531): substituto processual é o legitimado extraordinário. Diz-se extraordinária essa legitimidade, em oposição à legitimidade ordinária, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações. Compete ao legislador e não ao juiz a determinação dos casos em que se concede essa legitimidade (CPC, art. 6º) e ele o faz sempre em virtude de alguma espécie de relação entre o sujeito e o conflito. Sempre, o substituto processual é o destinatário de algum benefício indireto associado à iniciativa que tomar – porque, sem esse benefício e, portanto, sem poder esperar qualquer utilidade do provimento que pede, não haveria por que instituir sua legitimidade *ad causam*. É expressivo, a esse propósito, o emprego do vocábulo interessado pelo Código Civil e pelo de processo civil, com a intenção de outorgar legitimidade a certos sujeitos que não são titulares da própria relação jurídica controvertida (CC, arts. 168, 177 etc. – CPC, arts. 487, inc. II, 988, inc. IX, etc.)¹⁶³» (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, 6ª Edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, p. 317/318).

ou decadência civis, porque não se mutila o direito material deduzido em juízo. Não se trata, por fim, de direitos subjetivos de crédito e pretensões no plano civil, que possam ter tutelas diversas e concorrentes, ora com força executiva, ora sem. É o que parte da doutrina sustenta seja o caso das pretensões creditícias oriundas de título de crédito, que abrem porta para via executiva, e aquelas lastreadas na relação causal ou em enriquecimento sem causa, que não a abrem, mas seriam invocáveis quando da prescrição das primeiras¹⁶⁴. Essas mudanças processuais são reflexas, meramente incidentais, e não no núcleo do fenômeno prescricional.

É objeto da dogmática processualista, ainda não enfrentado sistematicamente, submeter à comunidade científica o que são, quais os efeitos e disciplina geral dessas aparentes *prescrições e decadências de direito processual*, ou, talvez fosse mais claro dizer, dessas *prescrições e decadências processuais civis*.

Há, ainda, um derradeiro ponto de necessário enfrentamento. Se a prescrição civil não toca o direito de ação processual, e se pode haver prescrições e decadências processuais civis típicas, é de se indagar o que se pode dizer da interface entre a prescrição civil e a *ação de direito material*. Também aqui a doutrina processualista se dividirá em posições extremadas. Com a indiscutível liderança de PONTES DE MIRANDA¹⁶⁵, parte dos estudiosos dirá que o acolhimento do mérito em tutela jurisdicional (que designa «ação», sempre entre aspas) pressupõe tivesse o autor o

¹⁶⁴ Na jurisprudência brasileira, v. o amplo apanhado dos debates atinentes à disciplina cheque promovidos em sede de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 1.101.412/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. em 11 de dezembro de 2013). Analisando o contexto franco-italiano, SIRENA Ieciona que: «*[p]er lo meno in base alla loro interpretazione giurisprudenziale, il contenuto precettivo delle due disposizioni codicistiche risulta coincidente e può essere riassunto in questi termini: 'La proponibilità dell'azione generale di indebito arricchimento [...] postula semplicemente che non sia prevista nell'ordinamento giuridico altra azione tipica a tutela di colui che lamenta il depauperamento, ovvero che la domanda sia stata respinta sotto il profilo della carenza ab origine dell'azione proposta, per difetto del titolo posto a suo fondamento'. A tale proposito, si parla di sussidiarietà 'in astratto' dell'azione generale di arricchimento senza causa. L'art. 1303-3 Cod. Nap. ha avuto cura di precisare che tale regola si applica anche quando l'altra azione tipica spettante a colui che lamenta il depauperamento 'se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription'. / Quando menos por sua interpretação jurisprudencial, o conteúdo preceptivo das duas disposições codificadas é coincidente e pode ser resumido nestes termos: 'A admissibilidade da ação geral de enriquecimento sem causa simplesmente [...] postula que não haja no ordenamento legal outra ação típica para proteger aquele que lamenta o empobrecimento, ou que o pedido tenha sido rejeitado por carência ab origine da ação proposta, por defeito do título em que se fundava. A este respeito, fala-se de subsidiariedade 'em abstrato' da ação geral de enriquecimento sem causa. O artigo 1303-3 do Code tomou o cuidado de especificar que esta regra também se aplica quando a outra ação típica concernente a quem lamenta o empobrecimento 'tenha sido obstada por um obstáculo de direito, como a prescrição'» (SIRENA, Pietro, La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa, *Rivista di diritto civile*, v. 2, p. 379–405, 2018, p. 398.)*

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 481 e ss.

direito de, no plano material, *agir* sobre o réu para compeli-lo àquilo que o Estado-Juiz assegura¹⁶⁶.

Para retomar o sempre oportuno recurso ao direito subjetivo de crédito – e aqui as linhas-mestras daquela doutrina já vão intermeadas com os pensamentos deste estudo –, o plano material se fatiaria em três camadas. A primeira camada reside em ter direito a *receber* a prestação e definitivamente *incorporar* dita prestação a seu patrimônio (direito subjetivo de crédito). A segunda camada consiste em ter direito a *exigir* (ordenar, comandar) a conduta positiva ou negativa de outrem que instrui a prestação devida (pretensão em sentido material). A terceira camada consiste em ter direito a *agir* sobre a pessoa para proteger aquele direito ou aquela exigência (ação em sentido material). Separada dessa camada, e apenas quando a lei o requeresse (seja porque houve resistência da contraparte e a autotutela é exceção nos Estados de Direito; seja porque a intervenção do Estado-Juiz é ordenada por lei, mesmo sem resistência), o titular se valeria do ferramental processual tendente a usar a mão do Estado para, em seu nome, fazer valer a *ação* à esfera jurídica da contraparte (ação de direito processual). A ação de direito processual seria o vetor, o invólucro, o cabo da flecha cuja ponta é a ação de direito material: esta, a própria *res in judicium deducta* com força de acolhimento; aquela, o mecanismo provocador da resposta estatal de acolhimento¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Como descreve o autor, o titular atua em «*reminiscência do ato de realização ativa [sublinhe-se, não mais passiva, como nos cenários ordinários] dos direitos e pretensões*» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 481). No mesmo sentido, a doutrina que afirma que «*o autor que vê rejeitada a ação (de direito material) exerceu 'ação' (processual), sem ter direito (material!), conseqüentemente sem ter actio (pretensão de direito material). Mas isto nada nos diz sobre os pressupostos que legitimaram o autor sucumbente a exercer o direito (!) à jurisdição. Ele somente exerceu a 'ação' processual porque – estando sob a proteção de um Estado juridicamente organizado – tivera 'direito' a ser ouvido perante um tribunal, para, através da 'ação' processual, demonstrar 'o que lhe parecera ser seu direito material'.*» (BATISTA, Ovídio A. **Direito material e processo**. Academia Brasileira de Direito Processual. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/65-artigos-mai-2008/5999-direito-material-e-processo>>. Acesso em: 19 nov. 2017, pp. 19-20). E, ainda em mesmo sentido, em estudo recente: «*[A] ação de direito material é ineliminável do sistema jurídico, porquanto não é possível conceber-se que o sujeito A possa exigir, do Estado-juiz (ou do juízo arbitral), atos que determinem efeitos de direito material na esfera jurídica de outro jurisdicionado (b), sem prever um poder, titulado por A e dirigido a B, sujeitando este último aos efeitos pretendidos por A com a realização da prestação jurisdicional (e já previstos, antes desta realização). Há aqui, manifestamente, duas relações jurídicas distintas: uma entre A e B, e outra entre A (agora como jurisdicionado) e o Estado, levando à necessária concepção de duas posições jurídicas, necessariamente distintas pelas relações em que se inserem e, como visto, distintas também pelos respectivos sujeitos passivos, e pelas respectivas naturezas jurídicas*». (FARATH, George Ibrahim. **Um ensaio sobre a ação de direito material**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 99).

¹⁶⁷ «*[A atividade de execução forçada, por ato de justiça de mão própria, foi em parte substituída, porque permaneceu a exigência de se exercer a ação, pôsto que tivesse de ser exercida – por cima, envoltivamente – a pretensão à tutela jurídica, isto é, a pretensão a que o Estado faça o que se fazia, no passado, por atos de justiça de mão própria. A ação e essa pretensão são inconfundíveis. Existem separadamente, com os seus próprios pressupostos. Não se trata de substituição da ação pela 'ação' (no*

A ação de direito material se permitiria ver, com maior clareza, nos casos em que a tutela estatal não é requerida, porque o titular declara haver direito, comanda o seu atendimento e, resistindo a contraparte, de mão-própria toma para si o que a lei lhe assegura. É o caso do proprietário de imóvel invadido que, imediatamente e por uso moderado da força, põe porta afora os invasores (CC, art. 1.210, §1º); é o hospedeiro que toma a bagagem como garantia para a estada e alimentos (CC, art. 1.469 e 1.470); é o credor titular de garantia fiduciária que interpela, consolida a propriedade, vende, satisfaz a dívida e restituir o que sobejar ao devedor (CC, art. 1.364; Lei 9.514/1997, art. 26) – em todos os casos, sem que o Poder Judiciário cogite dessa fervilhante movimentação sucedida no plano material. Aqui, a olhos vistos, o titular fez mais do que receber ou exigir; aqui, o titular fez valer, de fio a pavio, o que o ordenamento lhe conferira.

A corrente oposta vê nessas cogitações, quando há ação de direito processual, uma absoluta ficção. Quando há autotutela, veem não o desvelar de um direito sempre presente, porém oculto quando intervém o Estado-Juiz, mas sim um novo e separado direito (o direito à autotutela), que em nada toca o direito processual civil¹⁶⁸. O mais seria um eco inexplicável das correntes imanentistas do direito de ação, que punham, como se viu, o direito processual como vassalo ou, talvez fosse melhor dizer, apêndice do direito material. Reconhecendo-se que a diferença releva mais ao plano dogmático que ao concreto (uma e outra corrente darão as mesmas soluções finais aos mesmos casos), é em alguma medida curioso que a corrente que impugna a existência da ação de direito material não explique – ou não o faça a contento – quem é o titular de prerrogativas com repercussão material exercidas em juízo. Pense-se em uma execução. Penhorar e pracear um bem é direito do credor frente ao réu. Quando o credor *pede* ao

sentido processual), de modo que as ações passassem a ser somente a atividade em juízo, nem, tão-pouco, se pusesse em lugar do exercício da ação o exercício da pretensão à tutela jurídica:

Pretensão à tutela jurídica	Exercício (‘ação’)
Ação (de direito material)	Exercício (<i>res in iudicium deducta</i>)

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. 25. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, pp. 196-197)»

¹⁶⁸ «A formulação de Pontes, defendida por Ovídio Baptista da Silva, não identifica corretamente o fenômeno de comunicação entre o direito material e o processo. Inexiste ação de direito material fora das hipóteses (raríssimas, aliás) previstas em lei. O que há, no máximo, são pretensões que, uma vez resistidas, geram o interesse na busca da tutela jurisdicional. E a busca da tutela jurisdicional estatal se dá com a ação processual, que ensejará o emprego, pelo juiz, de diferentes técnicas de tutela jurisdicional, de acordo com as necessidades e peculiaridades do direito subjetivo material tutelado e do caso concreto.» (AMARAL, Guilherme Rizzo do. **A polêmica em torno da ação de direito material**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/guilherme%20rizzo%20amaral%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2018, p. 12-13).

Estado-Juiz que assim proceda, o *pedir* é modo polido de emoldurar o estado das coisas. O Estado-Juiz não pode recusar, se o bem responde pela dívida, a penhora e o praxeamento são conforme a lei. O credor em verdade *manda* ao Estado-Juiz que, em seu interesse e em seu benefício, penhore e praxeie o bem. O Estado-Juiz, para cumprir seu dever, em nome e em benefício do credor, exerce um poder: penhora e praxeia o bem. A legislação processual civil medeia como o credor leva essa ordem ao Estado-Juiz e como o Estado-Juiz cumpre seu dever de efetiva a ordem frente ao devedor, mas é sem dúvidas credor exerce suas prerrogativas em todo momento: o credor tem direito de invadir – *agir sobre* – o patrimônio do devedor, fisicamente, materialmente, para satisfazer sua dívida. Se esse direito se faz ora judicialmente (regra), ora extrajudicialmente (exceção), segue, parece seguro dizer, o mesmo direito.

Os civilistas de regra não têm dificuldade de ver como o mesmo direito se faz valer ora em juízo, ora fora dele, sem mácula à sua natureza jurídica material. O direito potestativo de resolver um negócio jurídico é sempre de natureza material, nada obstante seu exercício possa se dar em juízo (se a cláusula resolutiva for tácita) ou fora dele (se for expressa – CC, art. 474). O direito de anular, no Brasil se exerce em juízo; na Alemanha, fora (CC, art. 177; BGB, §143(1)¹⁶⁹). O direito de se divorciar, rompendo vínculo e sociedade conjugal, ora se exerce em juízo, ora fora dele (CPC, art. 733). Seguem os mesmos direitos, qualquer seja o meio de exercício¹⁷⁰.

Para os defensores da ação de direito material, a prescrição é repetidamente descrita como incidente sobre direito subjetivo, pretensão, *ação* ou exceção¹⁷¹. Não parece acertado, contudo, senão reflexamente, ter a ação de direito material por afetada pelo fenômeno. Todos os casos de prescrição se coligam a uma conduta positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer, que primeiramente se fazia exigir pelo titular, e depois não mais, se resistida pelo devedor. A ação em sentido material que releva à

¹⁶⁹ BGB, § 143 Anfechtungserklärung. (1) Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. / §143. Declaração de anulação. A anulação se efetiva pela declaração à contraparte.

¹⁷⁰ No mesmo sentido: «O alvitre, de resto, não é novo. Já Andreas von Tuhr havia defendido a inexistência de declaração e constituição fora do processo, opinião que, de resto, mereceu a seguinte e irrepreensível resposta de Ovídio Araújo Baptista da Silva: ‘mesmo aceitando que as pretensões declaratória e constitutiva não se possam realizar fora do processo, isto não terá a menor relevância para demonstrar que elas não existam antes ou fora do processo. Ignora-se, quando se argumenta deste modo, a distinção básica entre ‘carecerem de processo’ para realizarem-se e ‘não existirem’ fora, ou antes dele. Mesmo porque, quando dizemos que a declaração necessita do processo para realizar-se, estaremos, por força de uma contingência lógica, proclamando que essa declaração, enquanto ‘direito exigível’ (pretensão), existia antes do processo! Tanto existia antes, que o processo fora concebido para realizá-lo». (MITIDIERO, Daniel, Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material - “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral, **Revista de Processo**, v. 124, p. 283–290, 2005, p. 286).

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 102.

disciplina prescricional seria aquela tendente a satisfazer a exigência do titular, mas a realidade é que o titular, já um passo antes, não pode exigir. E se não pode exigir, por pressuposto natural, não pode *agir* em benefício da exigência. Não se quer dizer que inexistia ação – quer em sentido material, quer em sentido processual – sem pretensão, porque pode haver (*no plano material*, v.g., ação para desconstituição de negócios; *no plano processual*, v.g., ação por denúncia da lide, para regresso em dano só adviria da condenação da lide principal). O que se afirma é que a ação que releva para a reflexão prescricional – a tendente a compelir o atendimento à exigência da conduta prestacional –, essa sim, só reflexamente tem seu destino meritório afetado pela exceção de prescrição. Um ponto de contato tangente e insuficiente para que se lhe atraia ao palco dos objetos da prescrição, como se nota sem dificuldade.

II.3 Pretensão (e, impropriamente, exceção)

No subitem precedente, e em trechos esparsos antes dele, adiantou-se que o conceito de pretensão foi divisado por BERNHARD WINDSHEID no século XIX e traduzido em letra de lei pelo Código Civil alemão. O §194 (1) do BGB é claro ao afirmá-la como objeto de incidência da prescrição e defini-la como «*o direito de exigir que alguém faça ou deixe de fazer algo*»¹⁷².

No Brasil, o art. 189 do Código Civil abraçou essa *Anspruchsverjährung* quando afirmou «*[v]iolado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*» – com o que conseguiu mais errar que acertar. A pretensão (*pretesa*; *Anspruch*¹⁷³) é a posição

¹⁷² No original: «(1) Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (*Anspruch*), unterliegt der Verjährung.»

¹⁷³ Sobre a centralidade do conceito de *Anspruch* na dogmática alemã, a doutrina contemporânea afirma: «*Le point de rattachement de la prescription en droit allemande est le droit matériel en soit et non pas "l'actio" de nature processuelle comme en droit romain classique, seule possibilité de faire une action en justice. La notion de "Anspruch" qui marque le droit privé allemand a été développée au 19^e siècle de manière fondamentale par Windscheid. Une bonne traduction n'est pas aisément possible. Nous utilisons ici le terme de "prétention", on pourrait aussi simplement parler du "droit". La distinction entre "prétention" et "action" en droit allemand est la suivante : la prétention est la position pure et simple du créancier de pouvoir revendiquer quelque chose du débiteur. L'action c'est la façon procédurale comment on fait valoir ce droit en justice. Le développement de la notion matérielle de l'*Anspruch* devait apporter des avantages dogmatiques importants. Cette notion a permis ainsi de donner le fondement dogmatique à une institution telle que la cession de créance ("Abtretung"). La notion de "Anspruch" est également utile comme élément entre le droit subjectif et la protection du droit (par exemple en droit de propriété comme droit subjectif et les prétentions qui en découlent, comme celles du §985 BGB ou du §1004, al. 1 BGB). / O ponto de inserção da prescrição no direito alemão é o direito substantivo em si e não a "actio" de natureza processual como no direito romano clássico, única via de recurso à justiça. O conceito de "Anspruch", que marca o direito privado alemão, foi desenvolvido no século XIX de maneira fundamental por Windscheid. Uma boa tradução não é facilmente possível. Nós usamos o termo "pretensão" aqui, nós também poderíamos simplesmente falar de "direito". A distinção entre "pretensão"*

jurídica subjetiva autorizativa de exigência, de pessoa a pessoa, de uma conduta positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer (prestação)¹⁷⁴. A pretensão é potencialidade de exigência lícita, ainda que não haja, presentemente, efetiva exigência. O ato de exigir é o *exercício* da pretensão, sua concreção volitiva com variada eficácia normativa (por exemplo, interrupção do prazo prescricional, a teor do CC, art. 202, II e III, dentre outros).

Tentando entreolhar sua disciplina pelas lentes privatistas, a doutrina processualista não enxergou essa basilar distinção, afirmando ser ato (conduta) e não posição jurídica, traduzível na «*exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio*»¹⁷⁵. O plano da existência do direito (com a delineação de seus limites objetivos) vai confundido com aquele outro da eficácia, em conceito que não se sustenta. Colecionando erros ainda mais graves, chegou-se a dizer que o movimento pandectista trataria o conceito como «*direito de obter em juízo o bem devido*» e, a partir dessa premissa equivocada, afirmou-se ser a figura uma antiquada remissão à teoria imanentista da ação. O correto, sob o mesmo doutrinador, seria afirmar que «*pretensão é um estado de espírito que exterioriza em atos de exigência*»¹⁷⁶. Como não se tardou

e "ação" na lei alemã é a seguinte: a pretensão é a pura e simples posição do credor de exigir algo do devedor. A ação é a maneira processual em que este direito é levado à justiça. A delicadeza da noção material do *Anspruch* trouxe importantes vantagens dogmáticas. Essa noção tornou possível dar a base dogmática a uma instituição como a assunção de dívida ("Abtretung"). O conceito de "Anspruch" também é útil como um elemento entre o direito subjetivo e a proteção do direito (por exemplo, no direito de propriedade, como direito subjetivo, e as pretensões dele decorrentes, como aquelas do BGB §985 ou §1004, 1)» (LORENZ, Stephan. La prescription en droit allemand. In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 845–863, excerto nas pp. 847-848).

¹⁷⁴ «Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa.» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 451); «A impressão que se colhe desde logo é a de que a lei aderiu à concepção da pretensão como poder de exigir, não como pura exigência. (...) Na perspectiva do Código Civil, só mereceria o nome de pretensão a pretensão fundada, aquela que se baseie num genuíno poder de exigir» (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil Brasileiro. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 11, p. 67/77, 2002, p. 71).

¹⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**, vol. II. São Paulo: Servanda, 1999, p. 73.

¹⁷⁶ «A doutrina de raízes pandectistas emprega o vocábulo pretensão em sentido bastante diferente, para designar o *direito de obter em juízo* o bem devido. O apego a esse conceito, que constitui veste aparentemente moderna da *actio romana* (*jus quod sibi debeatur in judicio persequendi*), desconsidera toda a evolução por que passou o processo civil a partir do século XIX, quando se proclamou sua independência científica pelos caminhos da autonomia conceitual e da autonomia do próprio processo e da ação. Constitui incoerência afirmar a autonomia da ação, dizendo que ela não constitui inerência do direito subjetivo como antigamente se pensava e hoje todos negam peremptoriamente (infra, nn. 646-647), mas por outro lado sustentar esse estranho conceito, que mistura, em uma só massa sincrética, o direito subjetivo ao bem o direito a obter o pronunciamento judicial a respeito da aspiração a obtê-lo. Pretensão é um estado de espírito que se exterioriza em atos de exigência, não uma situação do sujeito perante a ordem jurídica. Aquela *pretensão de direito material* é um conceito, além de conflitante com a moderna ciência jurídica, inteiramente dispensável no sistema: onde dizem *ter pretensão ao bem* diga-se *ter direito subjetivo a ele e ter condições de pleiteá-lo em juízo* (pleitear não é necessariamente obter). Mas o Código Civil emprega o vocábulo nada menos que vinte e três vezes nesse seu significado

a notar, a crítica partia de erro sobre o que a pandectística afirmara ser pretensão¹⁷⁷, já que (i) a pretensão se exerce em juízo ou fora dele; (ii) estados de espírito – o que quer que sejam, na espécie, porque o conceito não restou claro – estão fora do suporte fático da exigibilidade; e (iii) a exteriorização em atos de exigência não autoriza confundi-los com a posição jurídica de fundo, que ditos atos pressupõem, sem haver nisso identidade ou sobreposição conceitual (a janela pressupõe a parede, mas janela não é parede; a concreção de efeitos por exercício pressupõe o direito, mas já é coisa diversa do direito).

A pretensão *circunda* o direito subjetivo de crédito, é *periférica* ao direito subjetivo de crédito, mas com ele não se confunde. A doutrina erra com frequência nesse ponto. Afirmou-se que a pretensão (i) englobaria «o direito do devedor de apresentar a prestação devida»¹⁷⁸; (ii) englobaria, igualmente, «o direito do credor de ficar com a prestação devida»; (iii) seria sobreposta ao próprio conceito de direito subjetivo de crédito, porque todo direito de crédito é direcionado a alguém em particular, que é o devedor¹⁷⁹.

No que diz respeito à primeira afirmação, o devedor constrito a solver no interesse do credor tem, ele próprio, reconhecido interesse (e direito) de se exonerar do vínculo obrigacional que o ordenamento tutela. O direito de adimplir (que se contrapõe

pandectista, especialmente no trato da prescrição (arts. 189, 190, 206 *etc.*). Ao dizer que, ‘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’, insensivelmente está seu art. 189 reproduzindo as vetustas fórmulas francesas do século XIX, que tratavam a ação como *le droit casqué et armé pour la guerre*. Pura teoria imanentista da ação (infra, n. 646).» (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II. 6ª. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 129). Em mesmo sentido, em agudo desvio de perspectiva histórica e dogmática, FIUZA, César. A incidência da prescrição em face da autonomia do direito processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 21 (n.º 81), p. 29–46, 2013.

¹⁷⁷ «Fica patente de sua lição, porém, que Cândido Rangel Dinamarco não compreendeu e não compreende a diferença crucial existente entre pretensão de direito material e pretensão processual. Ora, ao referir que no conceito de pretensão de direito material se ‘mistura, numa massa só, o direito subjetivo ao bem e o direito a obter o pronunciamento judicial’ nosso processualista dá provas irrefutáveis de que ignora completa e cabalmente que a pretensão de direito material, acaso existente (lembre-se que apenas se afirma direito, pretensão e ação materiais no processo – quaisquer deles podem muito bem não existir), tem como esteio uma situação jurídica material que a funda, ao passo que a pretensão processual tem como arrimo o direito à tutela jurídica, cujo título está estampado, entre nós, no art. 5º, XXXV da Constituição Federal». (MITIDIERO, Daniel. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material - “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. **Revista de Processo**, v. 124, p. 283–290, 2005, no trecho, p. 283).

¹⁷⁸ FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 10.

¹⁷⁹ «Então, dizia WINDSCHEID: ‘O Direito subjetivo, nem sempre é um poder condicionado, dirigido a alguém’. Essa direção, que se dá ao Direito subjetivo não é propriamente o Direito subjetivo, mas um elemento que serve de ponto de ligação, entre o Direito subjetivo e o que hoje nós chamamos de direito de ação. E, então, dizia ele, com relação aos direitos de crédito, que todo direito de crédito envolve uma pretensão, porque todo direito de crédito é um poder que se dirige contra alguém, que é o devedor. É, portanto, um poder direcionado *contra alguém*. Daí ser a pretensão um elemento fundamental do direito ao crédito, que nasce com ele. No momento em que nasce o direito de crédito, esse direito de crédito já é uma pretensão.» (MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito subjetivo, pretensão, ação, **Revista de Processo**, v. 47, p. 109-123 (plataforma RT Online, 1-12), 1987, no trecho, p. 7-8).

ao dever de o credor receber a prestação devida e outorgar quitação), tem sede própria no regramento civil (CC, art. 334 e ss.) e processual civil (CPC, art. 539 e ss.). Esse direito não se confunde, de forma alguma, com a possibilidade de o credor destinatário da prestação ter pretensão, i.e., poder exigí-la ou tê-la, concretamente, exigido. O direito de solver pode incidir sobre prestação subordinada a termo que o devedor tenha, em boa hora, decidido solver antecipadamente, sob a regra geral do prazo fixado em seu proveito (CC, art. 133). Nesse caso, o titular sequer tem pretensão, mas o devedor (i) tem pretensão (i.e., pode exigir a conduta de fazer) quanto à aceitação da prestação e outorga da quitação que, se resistida; e (ii) franqueia consignação que pode se exercer como ação de direito material pura (CPC, art. 539, §1º e ss.) ou por meio de ação de direito processual (CPC, art. 539, caput e 542 e ss.). A compreensão do fenômeno reclama temperança, porque o «direito de adimplir» existe apenas enquanto e na medida em que houver direito subjetivo de crédito: se o credor recusa a prestação e nisso, em hipótese-limite, se consubstancia renúncia tácita, ou expressa, já não há mais prestação devida e, por sucessão lógica, já não há mais a obrigação creditícia acessória e dúplice de aceitação e outorga de quitação.

No que diz respeito à segunda afirmação, o direito do credor de ficar com a prestação devida igualmente não se confunde com o direito de exigir a conduta prestacional. Desse tanto já deram conta as considerações feitas acima a propósito do *strong substantial approach* (item II.1): o direito de incorporar definitivamente a prestação à sua esfera jurídica é parte do próprio direito subjetivo de crédito, e segue parte dele, ainda que mutilado. O titular de direito vulnerado pela prescrição, ou de obrigação natural, não é obrigado a restituir o que se lhe prestou (CC, arts. 882 e 814, para exemplificar).

No que diz respeito à terceira afirmação, é verdade na premissa (todo direito de crédito é dirigido contra alguém) e errada na conclusão de que nasce o crédito umbilicalmente conectado à pretensão, que, assim, com ele se confunde em alguma medida. Como já se demonstrou repetidamente no item precedente, há casos variados de direitos subjetivos de créditos inexigíveis, seja porque ainda assim sejam (termo), seja porque é esse seu estado natural (obrigações naturais), seja ainda porque foram mutilados por fenômeno externo (prescrição). O ser o direito direcionado a sujeito passivo individuado e não universal em nada muda essa realidade, que é atinente não ao vetor de coligação do direito com outrem, mas à força que subjaz dito vetor, qualquer que seja sua direção.

A doutrina especializada não só não teve dificuldade em compreender a independência conceitual da pretensão e do direito subjetivo de crédito, como também não tardou a reconhecer que seu exercício, excepcionalmente, não está restrito ao titular¹⁸⁰. Por meio de representação legal ou negocial, é o próprio titular que age, exerce a pretensão, ainda que pela mão de outrem, notadamente, seu representante. Quando a lei o facultar¹⁸¹, contudo, surge legitimação extraordinária para exercício de pretensão de outrem em nome próprio, mas no interesse do titular.

Por enxergar a atuação pelos vitrais processuais, fala-se com frequência que *legitimidade extraordinária* do Ministério Público, da Defensoria, dos Entes Federativos, das pessoas jurídicas de direito público e das associações para propositura de ação civil pública na defesa das mais variadas posições jurídicas (Lei 7.347/1985, art. 5º; CDC, art. 82), o que traduz visão limitada do fenômeno. Antes de legitimidade, há legitimação, que, como já se definiu nesse estudo, é *aptidão específica para extração de efeitos de determinada posição jurídica subjetiva, por meio do exercício* (v. item I.2). Quando o Ministério Público interpela sociedade empresária que viola sistematicamente prerrogativas de consumidores, ou trabalhadores, ou do Erário, para determinar que se abstenham de assim proceder e reparem o dano que causaram, age exclusivamente no plano material. Exerce pretensão, no viés de *exigir* abstenção à violação de posição jurídica e *exigir* reparação pelos danos defluentes do ilícito. A legislação processual faculta antever essa realidade, quando reconhece legitimação para transigir em compromisso de ajustamento de conduta (instrumento que a praxe batizou *termo* de ajustamento de conduta, ou TAC): é contrato que se faz, em nome próprio e

¹⁸⁰ FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 33 e ss.

¹⁸¹ Em parecer com rico cotejo ao Direito Civil alemão, lecionou Clóvis do Couto e Silva: «No Direito alemão, por força da abstração dos atos jurídicos dispositivos em geral e da disposição do § 185 do BGB, são possíveis vários tipos de negócio jurídico de cessão. Assim, admitem-se a cessão fiduciária de um crédito, a "autorização para a cobrança" (*Einziehungsermächtigung*) – embora haja uma longa, acirrada e não resolvida discussão jurisprudencial e doutrinária – e, por fim, o mandato sem representação. (...) As diferenças estão nas relações subjacentes. Se fosse possível, entre nós, atribuir a alguém o direito de agir em nome próprio sem mandato, não agiria ele sob as ordens de outra pessoa, no caso, o mandante. Faria o que bem entendesse, pois estaria em situação igual à de credor, ainda quando não fosse titular do direito. (...) Em suma, no Direito brasileiro é absolutamente impossível a cisão entre o direito subjetivo, a pretensão e a ação, e muito menos se admite, sob o ângulo do Direito Processual, que alguém possa convencionalmente atribuir a outrem o direito de agir em nome próprio, porquanto a esse efeito somente se pode chegar através da competente procuração» (COUTO E SILVA, Clóvis, Cessão de crédito. Cisão do direito subjetivo. Reserva da pretensão e do direito de ação ao cedente inadmissível, por inviável no direito brasileiro. Ilegitimidade deste para propositura de execução. Violação do art. 6º do CPC. Falta de condição da ação. Hipótese de ausência ou carência da pretensão a executar, que pode e deve ser declarada de ofício pelo juiz antes da penhora ou da propositura de embargos, **Revista dos Tribunais**, v. 638, p. 10–14, 1988). Ressalve-se que por meio da competente procuração não se alcançaria o efeito que a lição sugere, mas aqueloutro de que o representante exercesse, por ato próprio, mas em nome do representado, a pretensão.

no exercício de pretensão de outrem (a sociedade como um todo, um grupo prejudicado em particular), cujo desdobramento processual se dá por eficácia executiva *extrajudicial* (Lei 7347/1985, art. 5º, §6º).

O Código Civil também oferece exemplo que confirma a máxima. Na estipulação em favor de terceiro, por letra expressa da norma, o estipulante «*pode exigir o cumprimento da obrigação*» (CC, art. 436). Pode fazê-lo sem ser credor, porquanto o crédito é, desde sempre, e plenamente, o terceiro beneficiário¹⁸², em legitimação extraordinária para exercício da pretensão. Pode fazê-lo antes mesmo que o terceiro beneficiário saiba da existência de seu direito subjetivo de crédito, e antes mesmo que tenha, ele próprio, incorporado definitivamente à sua esfera jurídica a prerrogativa de exigência da prestação por meio da concordância (=não rejeição) aos termos do negócio (CC, art. 436, p.u.).

* * *

A pretensão é, com decisiva segurança, a melhor hipótese científica e a escolha legal deliberada para a incidência do fenômeno prescricional.

Entre nós, a semente ao avanço foi lançada, por via transversa, na década de sessenta, pelo artigo clássico AGNELO AMORIM FILHO, o «*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar ações imprescritíveis*»¹⁸³. Diz-se por via transversa porque o autor expressamente invocava as ações, e não a pretensão, como objeto de incidência da prescrição¹⁸⁴. Era à época moeda corrente no país dizê-

¹⁸² «A pretensão do promissário é a que o promitente preste ao terceiro. Uma vez que tem a mesma pretensão o terceiro, há duas pretensões de conteúdo igual, exercíveis por duas pessoas diferentes. (...) O terceiro tem pretensão a que o promitente *preste*. O promissário tem pretensão a que o promitente *preste* ao terceiro. O conteúdo da pretensão do promissário é a que satisfaça a pretensão do terceiro.» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de direito privado**, t. 26, atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 3.160, p. 396); «As pretensões exercitáveis pelo terceiro e pelo promissário têm idêntica natureza jurídica, de modo que, em verdade, são dois os legitimados em direito material e processual a exercer a pretensão de cumprir ou ainda, se o caso, executar, contrato que seja reconduzível à espécie da estipulação a favor de terceiro.» (Comentários do atualizador em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de direito privado**, t. 26, atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 3.160, p. 396)

¹⁸³ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 744 (originariamente publicado no vol 300), p. 725-750 (RT Online p. 1–20), 1997.

¹⁸⁴ «No Direito brasileiro a questão ainda se torna mais complexa e erizada de obstáculos, pois o nosso Código Civil engloba indiscriminadamente, sob uma mesma denominação e subordinados a um mesmo capítulo, os prazos de prescrição e os prazos de decadência, dandolhes, conseqüentemente, tratamento igual. Por vezes, ainda, o mesmo Código faz uso de terminologia absolutamente inadequada em face dos pronunciamentos da jurisprudência e da doutrina: é quando se refere à *prescrição do direito* (arts. 166, 167 e 174, I, CC/1916), embora prevaleça o ponto de vista segundo o qual é a ação, e não o direito, que

lo, mas, como se viu acima, a Alemanha já colecionava décadas de lei e doutrina com produção tecnicamente mais acurada em sentido diverso. Ao divisar, contudo, que tipo de ações seriam pela prescrição vulneradas, o autor acabou por segregar com notável precisão o remédio processual típico para exercício de *pretensões* tendentes à satisfação dos direitos subjetivos de crédito de fundo. Seu raciocínio foi no sentido de que (i) as ações condenatórias veiculam pedidos de tutela de pretensões (em sentido material) para satisfação de prestações; (ii) a prescrição corre da violação do direito¹⁸⁵; (iii) os únicos direitos passíveis de violação são aqueles que dependem das prestações a serem desempenhadas pela contraparte; logo (iv) apenas as ações condenatórias prescrevem¹⁸⁶. Com base nas mesmas lentes processuais, o estudo concluía serem imprescritíveis as ações constitutivas e as declaratórias. As primeiras, por tutelarem direitos potestativos – notadamente, objeto do fenômeno diverso da decadência. Por isso, ou bem teriam prazo (decadencial) previsto em lei, que as vulneraria indiretamente por extinguir o direito potestativo de fundo; ou bem seriam perpétuas. As segundas, por apenas conferirem certeza jurídica diante do estado de determinados fatos: o que não é nem exercer pretensão, nem direito sujeito a decadência¹⁸⁷.

prescreve.» (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 744 (originariamente publicado no vol 300), p. 725-750 (RT Online p. 1–20), 1997, p. 1.

¹⁸⁵ Esse estudo cuidará de demonstrar que não é verdade que (i) a pretensão surja da violação, e (ii) a prescrição corra sempre da violação à pretensão. O primeiro ponto será enfrentado nesse capítulo. O segundo, no capítulo subsequente.

¹⁸⁶ «Lança-se mão da ação condenatória quando se pretende obter do réu uma determinada prestação (positiva ou negativa), pois, *‘correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação’*. Dêste modo, um dos pressupostos da ação de condenação é *‘a existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação. Por consequência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos’* (Chiovenda, op. cit., p. 1/267). (...) Dêste modo, fixada a noção de que a violação do direito e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria (isto é, os direitos a uma prestação), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos (que são, por definição, direitos sem pretensão, ou direitos sem prestação, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação), não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional. Por via de consequência chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda.» (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 744 (originariamente publicado no vol 300), p. 725-750 (RT Online p. 1–20), 1997, p. 6 no primeiro trecho; p. 9 no segundo)

¹⁸⁷ Reunindo-se as três regras deduzidas acima, tem-se um critério dotado de bases científicas, extremamente simples e de fácil aplicação, que permite, com absoluta segurança, identificar, *a priori*, as ações sujeitas a prescrição ou a decadência, e as ações perpétuas (imprescritíveis). Assim: 1.a – *Estão sujeitas a prescrição*: todas as ações condenatórias e somente elas (arts. 177 e 178 do CC/1916); 2.a – *Estão sujeitas a decadência* (indiretamente), isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem): as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; 3.a – São

Nenhum civilista, hoje, dará resposta diversa daquela de AGNELO AMORIM FILHO com relação à solução concreta de uma disputa posta diante de si. Onde seu estudo apontasse prescrição, hoje reconhecer-se-á prescrição; onde apontasse decadência, hoje reconhecer-se-á decadência; onde apontasse a não incidência de um e outro fenômeno, hoje igualmente tê-los-emos não incidentes. E por que erra, nada obstante, na dogmática? Porque aceita o *sintoma*, i.e., o remédio processual desenvolvido para tutela do direito, como mais relevante do que a própria *posição jurídica de fundo* que desengatilha toda a fenomenologia. O arremate teórico necessário à tese foi dado pelo projeto e, depois, pelo Código Civil vigente, mas o peso deste estudo de referência ainda se faz sentir em referências (já inaceitáveis no estado da arte, mas não raras) às ações condenatórias, constitutivas ou declaratórias como filtros de investigação à prescrição¹⁸⁸.

Com a aceitação da pretensão como objeto central da prescrição, todos os óbices que embaraçam o *strong substantial approach* e as teorias de coligação ao direito de ação (processual ou material) perdem força. Não há embaraço para se reconhecer o porquê de haver pagamento eficaz de direito subjetivo de crédito após a prescrição, porque apenas o poder de exigência vai afetado e o direito de receber a prestação definitivamente segue intacto. Não há embaraço na movimentação judiciária inexitosa, qualquer que seja a teoria da ação abraçada, porque o Estado-Juiz outorgará decisão final de mérito reconhecendo que o direito, existente que pudesse ser, não era

perpétuas (*imprescritíveis*): a) as *ações constitutivas* que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as *ações declaratórias*. (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 744 (originariamente publicado no vol 300), p. 725-750 (RT Online p. 1-20), 1997, p. 20).

¹⁸⁸ «Como a ação declaratória não tem por objeto fazer cessar o estado de fato contrário ao direito, e sim visa declarar qual o estado de fato conforme o direito, conclui-se que não há na declaratória aquele elemento básico da prescrição» (CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 85).

municado pela posição jurídica coligada de exigibilidade. Não surpreendentemente, a doutrina comparatista internacional¹⁸⁹ e nacional¹⁹⁰ noticiam a prevalência da posição.

Nem tudo foram acertos, contudo, na letra da lei. A pretexto de resolver antiga controvérsia, o Código foi infeliz quando apresentou uma *aparente* (e apenas aparente) coirmã à pretensão para fins da incidência do fenômeno prescricional. Fê-lo no art. 190, quando dispôs que «a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão». Pondo camadas adicionais ao erro inicial, a doutrina afirmou que não seria qualquer exceção a fenecer ante a prescrição, mas apenas aquelas *dependentes* de direito subjetivo de crédito, o que acabou por se traduzir em enunciado do Conselho de Justiça Federal, em sede das Jornadas de Direito Civil¹⁹¹. É forçosa, aqui, a remissão às considerações feitas no CAPÍTULO I, em particular itens I.2 e I.3.

O único objeto de incidência da prescrição é a pretensão. Em um primeiro momento, o titular do direito subjetivo de crédito poderia exigir a prestação; no segundo momento – momento de operação da prescrição –, o sujeito passivo da relação creditícia (e ativo da posição jurídica de defesa, exceção de direito material) pode encobrir esta pretensão, deseficacizando-a. Essa a prescrição, em seu sentido próprio: manejo de exceção substancial, em sentido igualmente estrito, para obstar pretensão. Ocorre que – como também já se fez consignar – as pretensões são, um sem-número de vezes, manejadas como formas de «contra-ataque» no contexto relacional. São, nesse

¹⁸⁹ «But even if a legal system regards prescription as a matter of substantive law, it may take what is often dubbed a ‘weak’ or a ‘strong approach’. Once the period of prescription has run out, the claim may be held to have ceased to exist (strong effect); or the debtor may merely be granted a right to refuse performance (i.e., a defence on the level of substantive law; weak effect). (...) [I]t is the weak effect of prescription that has been gaining ground internationally. This is not surprising in view of the fact that it would appear to be most appropriate in view of the aims pursued by the law of prescription. For there is no reason for a legal system to foist its protection upon a debtor who is willing to pay and who can thus be taken to acknowledge that he is under an obligation to do so; and the public interest (‘ut sit finis litium’) is not adversely affected if a debtor is allowed to pay even after the period of prescription has run out. / Mesmo quando um sistema legal toma a prescrição como objeto de direito material, assume aquilo que frequentemente se designa uma ‘abordagem fraca’ ou ‘abordagem forte’. Uma vez que o termo de prescrição se tenha expirado, o direito pode se considerar extinto (efeito forte); ou o devedor pode apenas receber o direito de recusar o desempenho da prestação (i.e., uma defesa de natureza material; efeito fraco). (...) [É] o efeito fraco que vem ganhando terreno internacionalmente. Isso não é surpreendente, porque parece mais apropriado à luz dos objetivos da legislação de prescrição. Não há razão para um sistema legal outorgar proteção a um devedor que esteja disposto a pagar, e se reconheça obrigado a tanto; e o interesse público (‘ut sit finis litium’) não é adversamente afetado se ao devedor é facultado prestar depois de expirado o prazo prescricional.» (ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 73-74).

¹⁹⁰ NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 64 e ss.

¹⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 185. / Enunciado 415: «O art. 190 do Código Civil refere-se apenas às exceções impróprias (dependentes/não autônomas). As exceções propriamente ditas (independentes/autônomas) são imprescritíveis.»

contexto, fatos jurídicos instrumentalizados para o fim de obstar, modificar ou extinguir outro direito subjetivo de crédito manejado contra si – e, nesse contexto, recaem no amplo guarda-chuva conceitual da exceção de direito material em sentido amplo. Dentro dessa matriz, se enfeixarão também, como subespécies, direitos subjetivos de crédito e pretensões instrumentalizadas a um fim defensivo.

Quando o fim defensivo se der por *exigência* da prestação subjacente a esse direito subjetivo (exercício da pretensão), esse uso está sujeito ao regime prescricional, da mesma forma que estaria se o manejo se desse em um contexto não reciprocamente adversarial. Por exemplo, se (i) Paulo cobra de Cesar e Cesar promove compensação, em defesa, exerceu sua pretensão, porque a compensação tem na exigibilidade do crédito contraposto suporte fático fundamental (CC, art. 369, confundindo pressuposto incidental e consequência, ao falar de dívidas *vencidas* e não *exigíveis*); ou (ii) Cesar simplesmente cobra a dívida de Paulo, sem que Paulo tivesse cobrado de si antes, isso em nada altera a natureza e regime prescricional. A exceção – *rectius*, o manejo da pretensão em contexto de demandas reciprocamente formuladas, em modalidade de *exceção em sentido impróprio* – prescreverá no mesmo prazo em que a pretensão, concebida por si só, prescreveria¹⁹².

Como já se afirmou, «*exceção dependente não é o mesmo que exceção imprópria, ou em sentido amplo*», já que «*dependência ou independência diz com o suporte fático para o nascimento da exceção, conforme haja ou não posição jurídica subjetiva como condição sine qua non à titularidade da posição defensiva. Propriedade ou impropriedade diz com o conteúdo da exceção.*» (item I.3). Há exemplos fartos de exceção dependente e em sentido próprio: são dependentes do direito subjetivo de crédito subjacente a exceção de contrato não cumprido (CC, art. 476), a exceção de insegurança (CC, art. 477) e a exceção de retenção do credor anticrético (CC, art. 1.423), ou por benfeitorias do possuidor de boa-fé (CC, art. 1.219).

Em nenhum desses casos o direito subjetivo de crédito é objeto de *exigência* pelo excipiente. Da mesma forma que deste direito subjetivo de crédito pode derivar uma posição jurídica subjetiva dinâmica, de afronta, que é a *pretensão* tendente ao recebimento, pode dele igualmente surgir – e a lei assim o faz em todos esses casos – uma posição jurídica subjetiva estática, de resistência, que é a *exceção* em sentido próprio. Imaginá-las, ditas exceções, como vetores de exercício de pretensão

¹⁹² Sobre a controvérsia a propósito da afetação da compensação pela prescrição, v. item IV.1, abaixo. Nem sempre, no cenário internacional, a oposição de compensação demanda exigibilidade presente do crédito; no Brasil, sim.

vulneráveis pela prescrição apenas porque derivam daquele remoto direito subjetivo de crédito é por as coisas em inexplicável confusão. O direito subjetivo integra o suporte fático de ambos os fenômenos, pretensão e exceção, mas estes, orientados por vetores diametralmente opostos (exigência própria; recusa da exigência alheia), não se tocam.

Em síntese, as pretensões veiculadas em exceções impróprias prescrevem, sejam dependentes ou independentes; e as exceções próprias são alheias ao espectro normativo do art. 190, porque não veiculam pretensão, sejam dependentes ou independentes. Era esse, crê-se, o propósito do legislador, como relatou a comissão revisora¹⁹³; na indesejada amplitude da linguagem empregada, é na doutrina que se estreita a via interpretativa possível.

II.3.1 Pretensões, direitos reais, direitos absolutos

O equívoco de tomar usucapião como «prescrição aquisitiva», contrapondo-se-lhe à «prescrição extintiva», é antigo. Antigo, também, o consenso doutrinário¹⁹⁴ de que a dualidade não faz sentido e sobrevive, por tradição ou inércia, em fósseis de

¹⁹³ MOREIRA ALVES transcreve o essencial: «Este artigo do Projeto (ele foi incluído justamente para atender a críticas que se fizeram ao Anteprojeto) visa a suprir uma lacuna do Código Civil, e que tem dado problema na prática: saber se a exceção prescreve (havendo quem sustente que qualquer exceção é imprescritível, já que o Código Civil é omissivo), e, em caso afirmativo, dentro de que prazo. Ambas as questões são solucionadas pelo artigo 188 do Projeto, que, *data vênia*, não encerra qualquer deformação terminológica (os termos técnicos nele usados são do domínio comum da ciência do direito), nem distanciamento da melhor doutrina, pois o que se quer evitar é que, prescrita a pretensão, o direito com pretensão prescrita possa ser utilizado perpetuamente a título de exceção, como defesa. Note-se esta observação de Hélio Tornaghi (Instituições de Processo Penal, vol. I, pág. 353, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1959): ‘quando a exceção se funda em um direito do réu (por ex.: a compensação se baseia no crédito do réu contra o autor), prescrito este, não há mais como excepcionar-lo.’ Se a exceção não prescrevesse, perduraria *ad infinitum*» (MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. Com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 152).

¹⁹⁴ «The bracketed qualification [*the Author is referring to the term ‘extinctive prescription’*] is intended to make clear that we are not dealing here with acquisitive (or positive) prescription: the acquisition of title to property as a result of lapse of time. This was the historical root of the notion of *longi temporis praescriptio* which was extended only in the post-classical period to the limitation of actions. Under the older *ius commune* the Roman term was still used in a broad sense to cover that was usually referred to as ‘acquisitive’ and ‘extinctive’ prescription. (...) Predominantly, however, the combination of both legal institutions under one and the same doctrinal umbrella is no longer regarded as helpful today as since they are largely governed by different rules. The modern approach gained ground in nineteenth-century codifications» / «A qualificação entre colchetes [*o Autor está se referindo ao termo ‘prescrição extintiva’*] pretende deixar claro que não estamos lidando aqui com prescrição aquisitiva (ou positiva): a aquisição de título a propriedade como resultado do lapso de tempo. Essa foi a raiz histórica da noção de *longi temporis praescriptio* que foi estendida apenas no período pós-clássico à ‘limitação de ações’. Sob o antigo *ius commune*, o termo romano ainda era usado em um sentido amplo para se referir ao que era usualmente referido como prescrição ‘aquisitiva’ e ‘extintiva’. (...) Predominantemente, no entanto, a combinação de ambas figuras sob um único guarda-chuva doutrinário não é mais vista como útil hoje, porque regidas, em grande medida, por regras diversas. A abordagem moderna ganhou terreno nas codificações do século XIX» (ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 69-70).

transição normativa deixados em legislações pontuais. É o caso do *Code*, que manteve a prescrição no título XX (*de la prescription extinctive*; da prescrição extintiva), no impertinente Livro III (*des différentes manières dont on acquiert la propriété*; das diferentes formas de aquisição da propriedade), ao lado da impropriamente designada prescrição aquisitiva do título XXI (*de la possession et de la prescription acquisitive*; da posse e da prescrição aquisitiva). A doutrina, é claro, não tardou a criticar¹⁹⁵.

A linha de fundo comum entre um e outro institutos, modernamente, é a segurança jurídica, por meio transformação da *transgressão envelhecida* em *conformidade nova* ao Direito¹⁹⁶. Isso pode levar – e concretamente levou – legisladores a vaso-comunicar os institutos, não por dogmática, mas por política legislativa. É o caso do *Codice*, que afirma que «*l'azione di rivendicazione non si prescrive, salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione*»¹⁹⁷ (*Codice*, art. 948, parte final). Nesses casos, ainda que não se tenha a confusão entre prescrição e usucapião, apontou-se que, para determinadas pretensões, não incidiria o regime prescricional, mas o direito subjetivo de fundo (a propriedade, no caso do regime italiano) poderia ser vulnerado por fenômeno diverso (usucapião, na espécie) de efeito similarmente estabilizador no tecido social. No Brasil, a sobreposição é restrita às causas que obstem, suspendem ou interrompem a fluência dos prazos (CC, art. 1.244). Desde a preparação do Código revogado já se tinha claro: a prescrição incide sobre pretensões geradas por quaisquer relações; a usucapião apenas sobre direitos reais¹⁹⁸.

¹⁹⁵ «Compared with the position prevailing at present, the Avant-projet further dissociates the two institutions by providing very different periods: three, as opposed to ten or twenty years. None the less, the draftsman of the new rules blandly states: «...il convient de conserver... l'unité des prescriptions». No reasons are given. It must be the force of tradition that has prevailed: obviously, the structure of the code was to be affected as little as possible by the reform. As a result, prescription (including extinctive prescription!) continues to be regarded as a way of acquiring ownership (because it continues to be dealt with in title XX of book III of the Code civil). / «Confrontado à posição atualmente predominante, o *Avant-projet* dissocia ainda mais as duas instituições, fornecendo períodos muito diferentes: três, em oposição a dez ou vinte anos. No entanto, o autor do projeto das novas regras declara: "... *convém preservar (...) a unidade das prescrições*". Não são dadas razões. Essa deve ser a força da tradição que prevaleceu: obviamente, a estrutura do código deveria ser afetada o mínimo possível pela reforma. Como resultado, a prescrição (incluindo prescrição extintiva!) continua a ser considerada como uma forma de adquirir a propriedade (porque continua a ser tratada no título XX do livro III do Código civil).» (ZIMMERMANN, Reinhard. Extinctive prescription under the Avant-projet. *European Review of Private Law*, v. 6, p. 805–820, 2007, p. 819).

¹⁹⁶ SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159.

¹⁹⁷ «A ação de reivindicação não prescreve, ressalvados os efeitos da aquisição da propriedade por de outrem pela usucapião».

¹⁹⁸ «Incontestavelmente o methodo preferível é expor, na parte geral, os preceitos sobre a prescrição propriamente dicta, pois que não se applicam eles somente a uma classe especial de relações jurídicas, mas a todas, privando-as do remédio juridico que as garante contra as violações. A usucapião (conservemos o nome romano, que nos ajudará a evitar a ambiguidade reinante) ocupa seu posto natural

Não é possível, dessas escolhas tópicas, afirmar que os direitos reais não gerem pretensões ou não sejam, nessas pretensões, sujeitos ao regime prescricional. Quando se afirma que – por exemplo – a propriedade não prescreve pelo não uso, porque tende à perpetuidade ¹⁹⁹, confundem-se designações de espectro amplo (proprietário, usufrutuário) com posições jurídicas subjetivas primárias (titular de direito subjetivo de crédito, ou, como se prefira, de direito subjetivo em sentido estrito). Dizer que alguém é proprietário não é dizer, ou, para ser preciso, não é *apenas* dizer que todos têm um dever de abstenção de tomar a coisa para si, ou de danificá-la, ou de obstar sua boa fruição pelo dono (ou seja, dizer que há, na propriedade, direito subjetivo de crédito por prestação de não fazer). Isso é periférico, secundário, na lei e na prática. A linguagem do art. 1.228 é feliz nesse ponto: a primeira enunciação é de que «*o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa*». Todas essas posições não desafiam pretensão, porque decorrem de exercício direto do proprietário sobre a coisa tida. Não há direito subjetivo de crédito subjacente aos atos de usar, gozar e dispor da coisa, não há contraparte, não há prestação a receber e, por isso mesmo, não há exigência a formular (pretensão a exercer). Pouco importa à prescrição se o titular efetivamente usou, fruiu ou dispôs da coisa: à minguia da pretensão, não há prescrição sobre as posições jurídicas subjetivas derivadas de direito real exercitáveis diretamente pelo titular.

É na segunda parte do mesmo art. 1.228 que se desvela outra realidade, ao afirmar que o proprietário tem o direito de reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. O comando normativo deixou um cenário de *fisiologia* do direito real – o proprietário tem a coisa, para dela fazer o que bem aprouver – e adentrou uma cena de *patologia*. Injustamente (= em violação à lei), a coisa está sob poder de terceiro, que a detém ou possui em agressão ao direito de propriedade do titular. Nesse caso, não se está em um difuso campo de dever geral de abstenção de ofensa ao direito real de alguém, mas em situação diversa, em que alguém tem o dever

entre os modos de adquirir a propriedade. Esse foi o método adoptado pelo código civil alemão, que aliás não realizou uma inovação, como é fácil verificar consultando os civilistas.» (BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906, pp. 86-87).

¹⁹⁹ «O direito de propriedade é insuscetível de perda pela prescrição; a ação de reivindicação é imprescritível.» (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 497). Na página seguinte da mesma obra, anotando, em comentário, afirma HUMBERTO THEODORO JUNIOR: «*A propriedade é imprescritível, de sorte que o não uso não é capaz de extingui-la, por mais longa que seja a inércia do dono. Mas, a posse prolongada do terceiro pode gerar o usucapião, criando nova propriedade sobre o mesmo bem, em prejuízo do antigo dono (Cód. Civil, art. 550). Em tal conjuntura, a causa da extinção não foi a inércia do dono, mas a ação do usucapiante. Por isso, continua válida a afirmação de que a prescrição, por si só, não afeta o direito de propriedade. E enquanto subsistir o domínio, possível será o recurso às ações que o protegem*».

específico de restituir a coisa que já tomou para si. Há, do lado do titular, direito subjetivo de crédito para (i) prestação de fazer consistente na restituição da coisa; e (ii) a obrigação de reparar eventuais danos decorrentes da posse ou detenção injusta, quer (ii.1) especificamente, por meio de prestação de fazer de reconstituição do *status* anterior; quer (ii.2) por prestação pecuniária pelo equivalente ou pelas perdas e danos. Para cada uma dessas prestações, há pretensão ancilar, porquanto a exigibilidade é simultânea à prática do ilícito. Se o titular não exigiu a prestação de restituição da coisa, não exigiu a prestação de desfazimento do dano, ou prestação pecuniária, ou seja, se não exerceu as pretensões, será vulnerado pela prescrição. É o que reconhece, v.g., em letra expressa, os direitos francês e alemão (*Code*, art. 2.227²⁰⁰; BGB, §197, «1», n.º 2²⁰¹).

Antes da violação (ou, como se verá adiante, antes da *iminência de violação*), em regra nenhuma pretensão é concretamente exercitável e não-incidência da prescrição; depois da violação (*iminência de violação*), há pretensão concretamente exercitável e, sobre esta, incidência da prescrição. Assim para os direitos reais, assim para os direitos absolutos de forma geral. Para explicar esse particular fenômeno, parte da doutrina afirmou tal se dá «*porque, neste caso o direito real se transforma num direito pessoal, num direito de crédito do titular do direito real, contra aquele que o violou e, portanto, passou a ser devedor ou de uma restituição ou de uma indenização*»²⁰². Não está correto. Essa dificuldade de enxergar a natural nascença de pretensões a partir de posições jurídicas reais vem, em alguma medida, de uma concepção superada do que seja a eficácia *erga omnes* dos direitos reais, vis-à-vis a eficácia relativa das posições jurídicas pessoais. É sem dificuldade que se verá em doutrina referências a que «*do carácter absoluto do direito real resulta o facto de existir um dever genérico de respeito desse direito por parte dos outros sujeitos, aos quais o titular do direito pode sempre opor eficazmente o seu direito. (...) É neste sentido que*

²⁰⁰ *Code*, Art. 2.227. Le droit de propriété est imprescriptible. Sous cette réserve, les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. / Art. 2.227. O direito de propriedade é imprescritível. Sem embargo, as ações reais imobiliárias prescrevem em trinta anos, a contar do dia em que o titular de um direito conheceu, ou deveria conhecer os fatos que autorizativos de seu exercício.

²⁰¹ § 197 Dreißigjährige Verjährungsfrist. (1) In 30 Jahren verjähren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, (...) 2. Herausgabeansprüche aus Eigentum, anderen dinglichen Rechten, den §§ 2018, 2130 und 2362 sowie die Ansprüche, die der Geltendmachung der Herausgabeansprüche dienen / § 197. Prazo de prescrição de trinta anos. (1) Salvo disposição em contrário, são prescritos(as) após trinta anos: (...) 2. pretensões para restituição com base em propriedade ou outros direitos reais, § 2.018, 2.130 e 2.362, bem como medidas para viabilizar as pretensões de restituição.

²⁰² MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito subjetivo, pretensão, ação, **Revista de Processo**, v. 47, p. 109-123 (plataforma RT Online, 1-12), 1987, p. 8.

*se exprime que os direitos reais têm carácter absoluto, na medida em que são oponíveis a qualquer pessoa que se pretenda ingerir no domínio reservado ao seu titular*²⁰³». É evidente que apenas o sujeito passivo da obrigação é vinculado a adimpli-la. Disso não decorre, contudo, que apenas nos direitos reais haja uma *garantia abstrata de incolumidade*, ou seja, de não ingerência, dano, infringência tendente à morte do direito por terceiros, que é coisa diversa de sua satisfação obrigacional. Como a moderna doutrina nacional já concluiu sem dificuldades, «*nos termos amplos do artigo 186 do Código Civil, a ilicitude consiste na violação de direito, seja ele de propriedade, de personalidade ou até mesmo de crédito, o qual, conjugado com o artigo 927 do Código Civil, possibilita a responsabilização de terceiro*»²⁰⁴. A diferença entre direitos pessoais e reais está fundamentalmente nos filtros para essa responsabilização. Nos direitos pessoais, o sarrafo a saltar é alto, ordinariamente fundado em culpa ou dolo; excepcionalmente, há objetivação (v.g., nos deveres anexos da boa-fé²⁰⁵). Nos direitos reais, o sarrafo é baixo, e apenas excepcionalmente a boa-fé do ofensor lhe servirá de salvaguarda²⁰⁶.

Qualquer que seja a posição jurídica de fundo injustamente violada (ou na iminência de injusta violação), a resposta do ordenamento sob essa garantia geral de incolumidade dos direitos é a mesma. Assim na parte final do art. 1.228, a propósito da propriedade; assim na agressão a direito de autor; assim no que tange a direito da personalidade; assim no que se refere a direito de crédito. Para cada um destes direitos, descortina-se pretensão que espelha a natureza do direito subjetivo de fundo (pessoal ou real). Em todo e qualquer caso, há direito a prestação específica de abstenção e direito à reparação do dano decorrente da ilegal atuação; e há direito a exigir (e não

²⁰³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direitos reais**. 5ª. Coimbra: Almedina, 2015, p. 44.

²⁰⁴ MARTINS, Fábio Floriano Melo. **A interferência lesiva de terceiro na relação obrigacional**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 219.

²⁰⁵ Sob a rubrica de «princípio da incolumidade das esferas jurídicas», JUDITH-MARTINS COSTA ensina que: «(...) do princípio da boa-fé não surgem obrigações de prestação para com terceiros, estranhos à relação contratual. Mas pode haver é a imposição de deveres de proteção, sob forma negativa (abster-se; não lesar), e positiva (agir para minimizar o dano; comunicar; averbar; etc.) como decorre de construção doutrinária acolhida pela jurisprudência mormente em face de certas espécies contratuais que atingem, comumente, interesses transindividuais (...). Como está bem firme na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há complementariedade, não oposição, entre o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, entendido como “restrição genérica a que a lesividade contratual inter partes se projete extra partes”, e o princípio da boa-fé objetiva.» (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 605).

²⁰⁶ Como sucede, v.g., na aquisição de bem móvel por mão de vendedor a *non domino* em leilão ou estabelecimento comercial, por oferta geral ao público, em circunstâncias aptas a induzir a erro o comprador probo (CC, art. 1.268). Mas não é o que é sucede com a compra de bem imóvel com base em registro ulteriormente cancelado (CC, art. 1.247, p.u.).

meramente receber e incorporar definitivamente a seu patrimônio) essa prestação. Há pretensão e, onde houver pretensão, ordinariamente haverá prescrição²⁰⁷.

Se o proprietário de um terreno o vê invadido por outrem, que o toma para si como se dono fosse, correm, no direito brasileiro, dois relógios tendentes à estabilização dessa situação patológica. *Sob ângulo prescricional*, nasce direito subjetivo de crédito à restituição da coisa, posição esta acompanhada de pretensão, ambas de natureza real (CC, art. 1.228). Diversamente do que sucedia no Código Beviláqua (CC16, art. 177²⁰⁸), inexistia prazo especial no rol do art. 206 do Código Civil para pretensões reais, de modo que a questão se põe sob o prazo geral de dez anos do art. 205²⁰⁹. Ao cabo do decênio, a prescrição terá outorgado ao invasor exceção em sentido próprio, meramente defensiva, que lhe dará direito de recusar a devolução do bem, se tanto lhe for exigido do dono – que segue, nada obstante, dono. *Sob ângulo da usucapião*, a posse com *animus domini* iniciará a contagem do prazo para aquisição originária da coisa. Não havendo oposição à posse, no prazo de dois a quinze anos (a depender do restante do suporte fático incidente na espécie, cf. arts. 1.238 e ss), surgirá novo direito de propriedade que extinguirá e se substituirá ao anterior. A doutrina

²⁰⁷ Também na doutrina portuguesa houve controvérsia, superada, contudo, no sentido aqui advogado. Feita a opção legislativa abrangente em 1966, para que a prescrição se regresse como «figura geral em matéria de eficácia do decurso do tempo nas relações jurídicas», constatou-se que «a doutrina nacional perspectiva, de forma unânime, a prescrição como instituto geral de direito», e não restrito a direitos pessoais (ANTUNES, Ana Filipa Morais. **Prescrição e caducidade. Anotação aos artigos 296º a 333º do Código Civil (O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23).

²⁰⁸ Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos, a reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas. A partir da Lei 2.437/1955: Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

²⁰⁹ A jurisprudência vacila. Ecoando tantas vezes as máximas de perenidade de direitos reais, afirma que «a ação reivindicatória não prescreve, uma vez que se trata de demanda específica para a defesa do domínio sendo, este, perpétuo.» (TJRS, Apelação 70055035208, rel. Gelson Rolim Stocker, 17ª câmara cível, j. em 31 de outubro de 2013). Por outro lado, reconhece prescrição pelo prazo geral para execução de ação reivindicatória, tendo-a, por isso, imprestável a obstar a usucapião (TJPR, apelação 9111240, rel. Carlos Mansur Arida, 18ª Câmara Cível, j. em 14 de novembro de 2012).

nacional registrou o acerto como posição minoritária²¹⁰; a internacional não duvidou da conclusão²¹¹.

É importante registrar, ainda, que as pretensões de fundo real não surgem só dessa infringência à garantia geral de incolumidade das posições jurídicas, aqui consideradas as absolutas. Os direitos reais são muito mais complexos e plurais do que um simples corte entre benefício pelo poder direto sobre a coisa *vs.* dever de respeito a tal posição. Quando se designa uma dada posição jurídica subjetiva como um direito real, ou direito subjetivo de natureza real, não há dualidade ou contraposição com os conceitos repetidamente invocados para fins de prescrição, quais sejam, direito

²¹⁰ «[A]s afirmações de que ‘o domínio perdura, até que passa a terceiros em virtude da usucapião’ e de que ‘a ação de reivindicação não prescreve nos prazos do referido art. 177’ [hoje, art. 205] são *contra legem*, contra o art. 177, e não têm qualquer base em ciência jurídica. A insistência do Supremo Tribunal Federal em proclamá-lo não empresta foros de verdade a tese tão desgarrada dos princípios. Vai contra a letra da lei, contra a tradição de direito luso-brasileiro e contra a doutrina. A usucapião é alegação de domínio, de posse durante trinta anos (art. 550) (...). A prescrição das ações reais, inclusive a de reivindicação, é outra coisa, – é alegação para encobrimento da pretensão real do titular do domínio, se ainda o é: a prescrição é, sempre, de dez anos (...). O réu, na ação de reivindicação, pode alegar que é dono, por ter adquirido a propriedade, *e.g.*, por usucapião, e aí o que alega é *objeção* ao pedido do autor; ou alegar prescrição da pretensão real do autor, o que não significa reconhecer-lhe o domínio, e aqui o que alega é exceção» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 298-299). Explicando as ações reais a que se referia o art. 177 do Código Beviláqua, a doutrina esclareceu ser «a que tem origem no direito de propriedade em qualquer de suas manifestações» (FRANCO, Ary Azevedo. **A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro, doutrina e jurisprudência**. 3ª. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 140). Contra, pela imprescritibilidade da reivindicação, VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Direitos reais (vol. 16)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 583. Com relato da controvérsia, mas sem posição decisiva a respeito, THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 169 e 170.

²¹¹ «[La prescription] empêche bien la réalisation de la prétention, tandis que le droit que soutient la prétention reste cependant entier. Ceci a son importance dans le domaine des droits absolus, comme le droit de propriété. En tant que droit absolu la propriété confère un droit sur une chose qui, comme telle, n’est pas soumise à la prescription. Mais les prétentions qui en découlent, comme par exemple le droit de revendication de la chose du propriétaire contre le possesseur de la chose (§985), sont soumises par contre à la prescription (trentenaire, voir §197, al. 1, n. 1 [*aquí há erro de grafia e o n.º 2 seria correto*]). Le droit allemand accepte de cette façon la situation d’un droit vidé de son contenu, puisque ce droit peut être séparé durablement de la possession (*dominus sine re*). / [A prescrição] impede a realização da pretensão, enquanto o direito que sustenta a pretensão permanece, sem embargo, inteiro. Isso é importante no campo de direitos absolutos, como o direito de propriedade. Como direito absoluto, a propriedade confere o direito a uma coisa que, como tal, não está sujeita à prescrição. Mas as pretensões que surgem a partir dele, como o direito de o proprietário reivindicar a coisa do possuidor (§ 985), estão sujeitas à prescrição (trinta anos, ver §197, parágrafo 1, n. 1 [*há, aqui, de grafia e o n.º 2 seria correto*]). A lei alemã aceita assim a situação de uma propriedade esvaziada de seu conteúdo, já separada duradouramente da posse (*dominus sine re*)» (LÖRENZ, Stephan. *La prescription en droit allemand. In: La prescription extinctive. Études de droit comparé*. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 845–863, trecho na p. 849). Na Espanha, sob ângulo da posse, a doutrina debateu se a natureza seria prescricional ou decadencial, mas, diante da letra expressa da lei, que fixa prazo anual não apenas para fins de liminar, mas para fins de tutela possessória como um todo, não pendeu dúvida sobre a afetação real pela fluência do tempo, ao largo da usucapião (ALBALADEJO GARCIA, Manuel. *El plazo de la acción para recobrar la posesión. Es de prescripción o de caducidad?* **Revista de Derecho Privado**, p. 551–560, 1990).

subjetivo em sentido estrito (ou direito subjetivo de crédito) e pretensão, mesmo em um cenário fisiológico e não patológico.

Direito a prestação e pretensão estão imbrincados no plano primário das relações jurídicas. É o átomo, é a célula-tronco, a partir da qual se formam moléculas das posições jurídicas subjetivas complexas. Direito subjetivo real é, a exemplo de direito subjetivo *tout court*, uma fórmula estenográfica, como quis a genialidade de GIUSEPPE LUMIA²¹², para traduzir uma dessas posições jurídicas subjetivas complexas, conglobante de um sem número de posições jurídicas subjetivas. É uma etiqueta lançada sobre um amplo e variado feixe de posições jurídicas subjetivas, laceadas em conjunto pela incidência da norma em um suporte fático determinado. Nesses feixes, podem-se extrair prerrogativas de uso livre (*propriedade*, CC, art. 1.228; *usufruto*, art. 1.394); de uso apenas para fins de habitação (*direito real de habitação*, CC, art. 1.225, VI); de disposição livre (*propriedade*, CC, art. 1.228), de disposição para o fim específico adimplemento de vínculo obrigacional (*hipoteca*, *penhor*, *propriedade fiduciária*, CC, arts. 1.419 e 1.364). E podem-se também extrair naturalmente direito a prestações específicas, de dar, fazer ou não fazer, devidas por pessoa específica.

Para dar exemplo trivial e lastreado em letra expressa da lei: o usufrutuário tem obrigações de fazer e obrigações pecuniárias diversas. Deve inventariar os bens que receber, prestar caução, conservar o bem e restituí-lo ao fim do usufruto (CC, art. 1.400); deve pagar as deteriorações não decorrentes do uso regular da coisa (CC, art. 1.402, *a contrario sensu*); deve informar ao dono atentados à posse ou aos demais direitos do dono (CC, art. 1.406); deve pagar as contribuições do seguro sobre a coisa (CC, art. 1.407). Em todos esses casos, o vínculo real organicamente faz surgir créditos e débitos, pretensões e obrigações (em sentido estrito), entre o sujeito ativo (dono da coisa) e o sujeito passivo (usufrutuário). Já era claro na Alemanha oitocentista, quando o conceito de pretensão vinha cunhado da doutrina²¹³; não é possível se admitir siga obscuro para o Brasil contemporâneo.

²¹² LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3ª. Milão: Giuffrè Editore, 1981, pp. 112-113.

²¹³ «Ho già detto che il tener ferma la partizione romana in *actio in rem* e *actio in personam* non solo non è opportuno, ma può nuocere. (...) I diritti non sono di una sola specie, esse sono o reali o personali, o come si voglia altrimenti esprimere questa contrapposizione. Anche dai primi risultano obbligazioni (...)» / «Já afirmei que manter a partição romana em *actio in rem* e *actio in personam* não só não é oportuno, mas pode ser prejudicial. (...) Os direitos não são de uma única espécie, são reais ou pessoais, ou como se queira expressar esse contraste. Também dos primeiros surgem obrigações (...)» (WINDSCHEID, Bernhard; MÜLLER, Theodor. **Polemica intorno all'actio (com introdução de Giovanni Pugliese)**. Trad. Giovanni PUGLIESE. Florença: Stabilimenti Tipolitografici Vallecchi, 1954, p. 31).

Há mesmo direitos que a lei expressamente consagra como reais (ainda que com duvidosa técnica) e que repousam, fundamentalmente, em uma prestação positiva de outorga de manifestação de vontade. É o caso do direito do promitente comprador, diz a lei com clareza, «*pode exigir (...) a outorga da escritura definitiva de compra e venda (...) e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel*» (CC, art. 1.418). Se a exigência não for formulada, i.e., se não for exercida a pretensão, opera-se a prescrição no prazo decenal.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu como pretensões de fundo real e sujeitas a prazo prescricional geral (vintenário no Código Beviláqua, decenal no atual) aquelas ligadas a danos decorrentes de restrição legal ao uso de área com potencial econômico²¹⁴ e reivindicação fundada em retrocessão, i.e., desvio de finalidade pública de bem desapropriado²¹⁵. O mesmo se diga da pretensão de petição de herança (CC, art. 1.824), de há muito sumulada pelo Supremo Tribunal Federal²¹⁶ como prescritível, em posição secundada pelo Superior Tribunal de Justiça²¹⁷. A posição oposta, pela imprescritibilidade em razão de ser perene o *status* de herdeiro, parte do equívoco, já não escusável nos dias correntes, entre (i) suporte fático da norma criadora da aquisição da propriedade por herança (ser herdeiro); e (ii) consequências da inércia no exercício de persecução da propriedade adquirida, que injustamente seja possuída ou detida por terceiros.

Equivocados, contudo, são os posicionamentos (i) que condicionam a fluência do prazo de usucapião sobre bens herdados à expiração da prescrição da petição de herança, e (ii) subordinam a fluência do prazo prescricional ao prévio reconhecimento judicial do *status* de herdeiro. Com relação à primeira posição, seria possível à lei coligar efeitos da prescrição e da usucapião, como já se referiu, acima, a exemplo do *Codice* e de passagem diversa do próprio o Código Civil. Nessa coligação de efeitos, é claro que se poderia enfeixar prazos, para que a usucapião corresse a partir da operação da prescrição, apenas. Fazê-lo poderia, inclusive, ser positivo, para dar clareza à ordem

²¹⁴ STJ, Recurso Especial n.º 193.251/SP, 2ª turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 20 de março de 2006.

²¹⁵ STJ, Recurso Especial 623.511/RJ, 1ª turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 19 de maio de 2005.

²¹⁶ S. 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

²¹⁷ «Controvérsia doutrinária acerca da prescritibilidade da pretensão de petição de herança que restou superada na jurisprudência com a edição pelo STF da Súmula n.º 149: 'É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.' Ausência de previsão, tanto no Código Civil de 2002, como no Código Civil de 1916, de prazo prescricional específico para o ajuizamento da ação de petição de herança, sujeitando-se, portanto, ao prazo geral de prescrição previsto em cada codificação civil: vinte anos e dez anos, respectivamente, conforme previsto no art. 177 do CC/16 e no art. 205 do CC/2002.» (STJ, Recurso Especial n.º 1.368.677/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª turma, j. em 5 de dezembro de 2017).

e aos níveis de estabilização: com a prescrição, cairia primeiro a exigibilidade; depois, com a usucapião, a propriedade como um todo, frente à aquisição originária do herdeiro-possuidor. Mas tal não se fez, na lei, como posta. Parte da doutrina advoga haver, nisso, uma incompatibilidade lógica que a dogmática supera, já que (i) o herdeiro não postula bens específicos, mas sim a persecução de um quinhão hereditário, universalmente considerado²¹⁸, contra os receptores da partilha (herdeiros em menor medida, ou não-herdeiros, conforme o caso), e (ii) o possuidor *pro herede*, tendo igualmente posse universal, não poderia adquirir por usucapião bens individualmente considerados²¹⁹. Ocorre que a diferenciação entre possuidor *pro herede* (possuidor a título sucessório) e *pro possessore* (sem título universal) é relevante para divisar que a extensão da pretensão contra si dirigida, e não a qualidade de sua posse – que se exerce, após a partilha, sobre cada bem individualmente considerado – para fins de usucapião. O herdeiro aparente é imitado na posse da coisa e se apresenta ao mundo, com *animus domini*, tal qual dono da coisa. Sua posse é *ad usucapionem* e flui o prazo para aquisição, desde a partilha. No exato mesmo momento, o herdeiro aparente viola a propriedade do verdadeiro herdeiro, e flui a prescrição pela pretensão reivindicatória (petitória de herança). Que fenômeno se operará primeiro depende do *objeto da herança* (móveis ou imóveis terão diverso prazo do Código para usucapião, mas o mesmo para reivindicação) e da *duração da posse* (que, cessada, temporária ou definitivamente, interromperá o prazo da usucapião, mas não o da prescrição, porquanto a prestação de restituição não se satisfaz).

Com relação à segunda posição, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado que «nas hipóteses de reconhecimento 'post mortem' da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de

²¹⁸ «A prescrição da ação da petição de herança apresenta problemas técnicos de grande relevância: ou a) o sistema jurídico desconhece a pretensão à herança, a *hereditatis petitio*, e então não há de pensar-se que em pluralidade de pretensões singulares, sem laço, cada uma delas referente à violação do direito do herdeiro a determinado objeto ou a determinados objetos; ou b) há a concepção da herança universalidade de direito (...), portanto, necessariamente, a da pretensão unitária à herança (= a petição de herança). A solução do direito brasileiro é, evidentemente, a última, com a incidência, também, do art. 1.572 do Código Civil. (...) Há, portanto, pretensão unitária à herança, a que corresponde prescrição unitária» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. 55. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 144).

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, pp. 276-277.

*herdeiro*²²⁰». Ocorre que a posição de herdeiro deriva diretamente da lei e a medida judicial tendente a reconhecê-la em nada modifica essa realidade: cuida-se de espelho do *status* de que o postulante, se correto, sempre desfrutou. Na posição de herdeiro, pela *saisine*, era desde sempre dono e, sendo-o desde sempre, desde sempre lhe assistiu a pretensão petitoria²²¹. As interferências de tutela judicial na fluência do prazo prescricional são um dado da tessitura normativa brasileira (v.g., interpelação e citação), mas não são divisíveis *ad hoc*, conforme o senso de conveniência de cada caso. Fazê-lo afronta a uma só vez o regime fundamente calcado em segurança jurídica (são em *numerus clausus* as regras de contagem do prazo – v. item III.4) e a dogmática que divisa posições processuais e substantivas.

II.3.2 Pretensões e nulidades

«O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce com o decurso do tempo», é a letra do art. 169 do Código Civil. Talvez um dos traços mais marcantes da diferença entre as nulidades (invalidades absolutas) e as anulabilidades (invalidades relativas) seja este: a gravidade por detrás da infringência ao Direito é tamanha que o ordenamento tem, para o negócio, a sentença de morte definitiva, incidente de forma automática pela só autoridade da lei. As partes não podem salvá-lo por negócio jurídico remediador, a confirmação, que se lhe expurgue a pecha da invalidade; o tempo é igualmente incapaz de fechar a ferida que a infringência do ilícito invalidante causou.

Esse caráter permanentemente danificado do negócio jurídico nulo pode ser reconhecido sem limitação de tempo. Em juízo ou fora dele, de própria voz ou por sentença que reverbere essa realidade, a parte pode declarar o negócio nulo como tal. Ele é um dado perene do horizonte jurídico: nasceu nulo, e seguirá sempre assim, dizê-lo é segurar o espelho diante do fenômeno, e nada mais. As opiniões diversas, que aplicavam à invalidade absoluta limitador temporal, inclusive sob a rubrica de prescrição, ignoraram que o *dizer* que o negócio é nulo (pronúncia da nulidade) não se

²²⁰ STJ, REsp 1.368.677/MG, 3ª turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 5 de dezembro de 2017.

²²¹ Mesmo na Itália, em que reivindicação não prescreve, a pretensão de herdeiro esbarra, por parte da doutrina, na aplicação analógica do prazo para aceitação da herança. O debate que gira em torno da nulidade de testamentos – caminho diverso para o mesmo problema aqui proposto – ignora a precedência de decisão judicial que declare o herdeiro como tal. Antes, subtrai interesse de agir na demanda, se há prescrição, de fundo, com relação aos bens herdados (GABRIELLI, Giovanni. Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione. *Rivista di diritto civile*, v. 57, p. 1–13, 2011, p. 10 e ss).

coliga ao poder de *exigir* nada de ninguém, logo, é alheio à pretensão e à prescrição²²². Pode-se dizer que o negócio é nulo por si só (declaração a bem de certeza jurídica); pode-se dizer que o negócio é nulo para negar desempenho de prestação (declaração como pressuposto de defesa, para objetar, apontar inexistência de direito subjetivo de crédito e pretensão pela contraparte); e pode-se dizer que o negócio é nulo para reclamar prestação voluntariamente desempenhada e/ou reparação pelas perdas por decorrência direta desta invalidade. É neste último ponto que dizer *tout court* que «nulidades não prescrevem» pode franquear erros relevantes.

Quem presta, voluntariamente, a partir de negócio jurídico nulo, seguiu um de dois caminhos: ou fez novo negócio, absolutamente diverso, que dá lastro válido ao deslocamento patrimonial, ou «prestou no vácuo», sem fundamento jurídico que justifique dito deslocamento. Se o caso é o primeiro, não há direito à restituição, nem pretensão que o fortaleça. Se o caso é o segundo, há direito à restituição que, nas nulidades, é dotado de pretensão desde a realização do deslocamento patrimonial (e das anulabilidades, a partir da anulação, que, por sua vez, depende de sentença judicial – CC, arts. 177 e 182).

Aqui já não se cuida de convalescença ou não da invalidade, mas, antes, afetação ou não da pretensão de direito subjetivo de crédito (direito à restituição) surgido por ato posterior ao nascimento negócio jurídico nulo (desempenho de prestação não devida). Esse direito subjetivo e essa pretensão são regidos por normativa diversa; como de regra sucede com as pretensões, ela está subordinada ao regime prescricional. Tudo se opera à moda do pagamento indevido ou do enriquecimento sem causa, ainda que sejam, esta e aquelas, modalidades diversas de direito restitutivo²²³. Precisamente por serem modalidades diversas, não se cogita de prazo trienal, mas sim

²²² «Ao dizer que o negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo, o Código lançou um princípio que reza nos termos da velha parêmia: *quod nullum est nullo lapsu temporis convalescere potest*. Ele, porém, reza às testilhas com o art. 189. Dispõe este que, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, mas esta extingue-se nos prazos previstos no Código (arts. 205 e 206). Vale dizer: o Direito pátrio, tal como vigorava no Código de 1916, não conhece direitos imprescritíveis. Sendo a prescrição instituída em benefício da paz social (...), não se compadece esta em que se ressucite a pretensão, para fulminar o ato. Estão, pois, um contra o outro, dois princípios de igual relevância social: o não convalescimento do ato nulo *tractu temporis*, e o perpétuo silêncio que se estende entre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis*. E, do confronto entre estas duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, continuo sustentando que não há direitos imprescritíveis, e, portanto, a declaração de nulidade prescreve em dez anos.» (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Comentários ao Código Civil de 2002, vol. I. Parte geral, arts. 1o a 232 (com atualização legislativa de Cristiano de Sousa Zanetti e Leonardo de Campos Melo)**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, pp. 172/173).

²²³ MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Direito Restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo. **Revista dos Tribunais**, v. 956, p. 257-295 (RTOnline 1-24), 2015, p. 4; NANINI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 244 e ss.

decenal, sob a regra geral do Código Civil (art. 205)²²⁴. Sem razão, portanto, o Superior Tribunal de Justiça quando baldeia todos os casos de direito restitutório em uma só rubrica, como se o enriquecimento sem causa da parte especial do Código não fosse instituto subsidiário²²⁵ e pudesse se plasmar à noção de qualquer enriquecimento injustificado.

Hipótese diversa é aquela de quem teve seu patrimônio vulnerado por danos emergentes ou lucros cessantes decorrentes do negócio nulo, e cuja nulidade é imputável a outrem, a invocar tutela de responsabilização civil (naturalmente, a nulidade *por si* provocada não desafia tutela alguma). Aqui surge direito à reparação por força da cláusula geral de ato ilícito (CC, art. 186 c/c 927), no momento em que o suporte fático (conduta, culpa, nexo, dano) se aperfeiçoa. O fenômeno tem como pressuposto a nulidade, mas é dela separado, e os direitos subjetivos de crédito e respectivas pretensões seguem a fenomenologia que lhes é típica. A pretensão ressarcitória, contudo, tem prazo especial, de modo que é maculada pela prescrição no prazo trienal (CC, art. 206, §3º, V).

II.3.3 Quando nascem as pretensões. A relevância meramente incidental da violação ao direito. Enfeixamento e sucessão de pretensões.

A pretensão não nasce da violação, senão incidentalmente. O art. 189 comete erro técnico quando supõe a necessária coincidência, mas o desfazimento dessa perspectiva limitada reclama pouco esforço. A doutrina já não o ignorava décadas antes do Código²²⁶, o que torna tanto mais difícil compreender que o texto tenha passado com

²²⁴ DICKSTEIN, Marcelo. **Nulidades prescrevem? Uma perspectiva funcional da invalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 116; MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Direito Restitutório. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo. **Revista dos Tribunais**, v. 956, p. 257-295 (RTOnline 1–24), 2015, p. 9.

²²⁵ SIRENA, Pietro, La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa, **Rivista di diritto civile**, v. 2, p. 379–405, 2018, p. 397-399.

²²⁶ «Pois bem, diante desse quadro, e para expressar essa direção pessoal, essa tendência que todo direito possui de sujeitar ao seu império a vontade alheia, *mesmo quando não violado*, porém, mais enfaticamente manifestada diante da violação, WINDSHEID usou o termo *Anspruch*; traduzido na Itália por *pretesa*, e, daí, para *pretensión* nos países hispânicos, e para *pretensão* em Portugal e no Brasil.» (FREIRE, Homero. Da pretensão ao direito subjetivo. *In: Estudos de direito processual in memoriam do Ministro Costa Manso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 59–113); «Ação é aquilo que os romanos denominavam *jus persequendi in judicio*. A ação é, ora o próprio direito violado, clamando pela reintegração, *ora o direito não violado, mas exigível, clamando pela realização*» (CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. **Da prescrição (artigos 161 a 179 do Código Civil)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito, 1956, p. 98). É preciso ter em conta que o mesmo autor definia *Anspruch* – hoje,

o defeito que a ciência já resolvera a contento. Como se fez anotar no item II.3.1, acima, toda posição jurídica subjetiva encerra uma prerrogativa fundamental de não agressão por terceiros. Já se pensou que isso fosse verdade apenas para direitos subjetivos reais ou posições de vocação absoluta (direitos da personalidade; direitos de autor), mas a doutrina evoluiu para estender essa prerrogativa mínima de não-agressão, essa garantia de incolumidade, mesmo a posições pessoais, tipicamente relacionais, subordinadas nada obstante a pressupostos de proteção e filtros de responsabilidade diversos²²⁷.

Essa teoria tem por base no Código Civil o art. 186, segundo o qual «*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*» Não direito real apenas, ou direito de autor apenas, ou direito da personalidade apenas, mas *direito*. Esse direito a não-agressão das posições jurídicas opera como uma garantia fundamental difusa não apenas até que alguém o viole, mas até que alguém iminentemente tencione violá-lo, momento em que se opera a individuação para fins de exigência concreta e dual (titular-potencial ofensor) de abstenção. Quando alguém retrai o braço erguido e cerra os punhos para desferir o soco; quando alguém põe o pé sobre a cerca para saltar; quando alguém desliza a mão bolsa adentro para subtrair a carteira; quando alguém inicia tratativas para captar para si prestador exclusivo de outrem, não há pedido de abstenção da vítima, nem sugestão genérica de observância à lei, ou ao contrato, mas *ordem, comando, exigência específica (pretensão titularizada e exercida)* de quem brada para que baixe o braço, retroceda no caminho, guarde os dedos para si e deixe o prestador em paz. Se a *pretensão* não é satisfeita, o titular pode *agir*, em juízo (CRFB, art. 5º, XXXV, ao tutelar pelo Poder Judiciário lesão *ou ameaça* a direito) ou fora dele (CC, art. 188, I, primeira parte: legítima defesa; CC, art. 1.210, §1º, com desforço possessório para manutenção da posse). Não só o direito precede a violação, o que é truísmo, por se tratar do objeto da violação, mas a pretensão pode igualmente precedê-la e, mais adiante ainda, a ação de direito material e a ação processual. O direito e a exigibilidade que sucedem à violação, aqui, são não mais à abstenção (logicamente), mas à remediação da violação (quando houver tutela específica), à outorga de prestação equivalente ou à indenização.

unanimemente, traduzida como pretensão – como uma das formas de «ação em sentido subjetivo». (*idem*, p. 122).

²²⁷ MARTINS, Fábio Floriano Melo. **A interferência lesiva de terceiro na relação obrigacional**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 219; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, **Tratado de Direito Civil, t. 1. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral**, 4ª. Coimbra: Almedina, 2012, p. 867.

A realidade é que apenas (i) para essa prerrogativa fundamental de incolumidade fundada na cláusula geral do ato ilícito, ou (ii) nas obrigações de não fazer relativas (porque estão em satisfação contínua da prestação, em seu estado natural, de modo que não há, de início, o que exigir), essa ameaça a direito é pressuposto da pretensão²²⁸. É fácil compreender a confusão do legislador, que se deixou impressionar por uma ocorrência incidental e frequente. Pense-se em direitos pessoais de cunho negocial: o momento em que a prestação se tornará exigível (i.e., municiada de pretensão) é no mais das vezes conhecido antecipadamente pelas partes. No momento exato em que a dívida vence e ganha contornos de exigibilidade, vale dizer, no exato momento em que o titular incorpora a pretensão à sua esfera jurídica, a dívida segue um de dois caminhos: ou morre pelo adimplemento, e com ela morre a pretensão, ou é violada pelo incumprimento. Como o poder de exigir o comportamento é irrelevante quando se cuide de adimplemento espontâneo, o legislador fixou seu olhar na hipótese alternativa: *violado o direito, surge a pretensão*. Exigibilidade-pretensão e incumprimento surgem com uma imbricação umbilical, o que enevoa a dogmática. Isso não quer dizer que a pretensão nasça da violação.

Há muitos outros casos, todos traduzíveis em exemplos cotidianos, que põem abaixo a pressuposição equivocada do legislador. Quem empresta livro sem fixar prazo para devolução e, cansado de aguardar notícias do comodatário, o interpela extrajudicialmente (por mensagem, por ligação, face-a-face, como for) para devolução, *exige* restituição da coisa, mas é apenas *após* o exercício da pretensão restitutória, e *precisamente por causa dele*, que se dá a violação moratória (CC, art. 397, p.u., c/c art. 581 e 582). Quem comparece perante seguradora com apólice de seguro de vida em uma mão (CC, art. 758) e atestado de óbito em outra não sugere pagamento, mas *exige*, e não há violação porquanto o pagamento da indenização pressupõe essa exigência, para que se participe à seguradora o implemento do sinistro. Ou ainda: quem, diante de promessa de recompensa, preenche a condição ou faz o serviço, comparece perante o promitente para *exigir* a recompensa, sem que violação tenha havido (é a literalidade do CC, art. 855, pelo qual «*quem (...) fizer o serviço, ou satisfizer a condição (...) poderá exigir a recompensa estipulada*»). E isso é verdade no caso específico do seguro, ou da promessa de recompensa, mas é igualmente verdadeiro a quem quer que,

²²⁸ «Que é a violação do direito que o transforma em ação, é sempre verdade em se tratando de direitos reais.» (CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. **Da prescrição (artigos 161 a 179 do Código Civil)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, p. 124). Como se anotou, o autor usa ação (em sentido subjetivo) como sinônimo de *Anspruch*, pretensão.

sendo credor de obrigação quesível (por isso, recebível apenas no domicílio do devedor, por iniciativa do credor), regra e não exceção no direito brasileiro (CC, art. 327), comparece para recebimento, *exige* e não sugere o adimplemento da dívida vencida, mas violação, por imposição lógica, não pode ter havido²²⁹.

O Enunciado 14 do Conselho de Justiça Federal, editado a propósito da I Jornada de Direito Civil, deu conta de parte desse fenômeno e corrigiu, nessa parte, a penada enviesada do legislador. Disseram os doutores ali reunidos que «1) *O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo*; 2) *o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer*». Silenciou, e aqui se complementa, para acrescentar ao rol as *obrigações por termo incerto* e as *obrigações quesíveis* (equiparáveis a estas aquelas que, pagáveis que sejam no domicílio do credor, resultem em mora *ex persona*). O que se percebe de todos esses casos é que a precedência da pretensão à violação é regra. E mais: satisfeita espontaneamente a prestação, extinguir-se-ão direito subjetivo de crédito e pretensão de uma só tacada, sem que de violação se tenha cogitado.

* * *

Pode suceder que as pretensões não surjam de maneira unitária, monolítica, singular no curso de uma relação jurídica. De uma mesma relação jurídica, ou mesmo de um único evento no curso de uma relação jurídica, emanam-se por vezes posições jurídicas subjetivas variadas. Essas posições jurídicas, por fatos posteriores, com ou sem violação a direito, podem ser afetadas. As pretensões podem, assim, se *enfeixar sequencialmente* ou *se modificar, sucedendo pretensões novas a pretensões antigas*.

²²⁹ SAAB, Rachel. **Prescrição. Função, pressupostos e termo inicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 124 e ss., sobre obrigações a termo incerto e quesíveis; «Que é a violação do direito que o transforma em ação, é sempre verdade em se tratando de direitos reais. Em se tratando, porém, de direitos pessoais ou de crédito, o direito pode transformar-se em ação, mesmo antes de ter sido violado. Na verdade, todo o direito pessoal, mesmo antes de vencida a dívida, se é violado, se transforma em ação. Mas, vencida a dívida, só por esse fato do vencimento, da exigibilidade judicial, o direito se transforma em ação, independentemente de qualquer ato de violação. Nem se diga que o não pagamento de uma dívida vencida é já um ato de violação por parte do devedor. Porquanto, é lícito convencionarem devedor e credor que, vencida a dívida, vá este cobrá-la nas mãos daquele, no lugar do pagamento, forrando-se assim o devedor à obrigação de andar no encalço do credor: posi bem, dada uma tal convenção, vencida a dívida, logo o direito do credor se transforma em ação (*actio nata est*) de maneira que, dêse momento começa a correr o prazo da prescrição liberatória, prazo que se completa, consumando-se a prescrição extintiva, se o credor omite de propor, dentro nêle, sua demanda para cobrança do débito. E, no entanto, não se deu ato algum de violação por parte do devedor.» (CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. **Da prescrição (artigos 161 a 179 do Código Civil)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito, 1956, pp. 124-125).

Uma vez mais, exemplos tornarão claro o que a enunciação não consegue divisar com simplicidade.

Em uma relação jurídica de trato sucessivo, como por exemplo um aluguel de imóvel, não há um único direito subjetivo de crédito para cada polo da relação (direito de usar o imóvel ao inquilino; direito de receber os aluguéis ao senhorio), nem uma única pretensão subjacente, mas, a cada novo ciclo, um novo direito subjetivo de crédito (aquele aluguel; aquele período de uso) e uma nova pretensão (a prerrogativa de exigir aquele aluguel; a prerrogativa de exigir o uso naquele período). O caminho fisiológico, natural, é que o adimplemento ocorra a cada ciclo, de modo que o novo fluxo prestacional encontre satisfeitas e, por isso, extintas as posições creditícias e de pretensão precedentes. É claro que isso nem sempre ocorre: o inquilino pode ter sido injustamente privado do uso do bem por diversos períodos prestacionais (indisponibilidade da casa, por riscos estruturais, por um trimestre); o senhorio pode ter sofrido com a falta de pagamento (aluguéis inadimplidos por meses a fio). Nesse caso, os direitos subjetivos de crédito e as pretensões não se confundem, nem se comunicam: cada qual surge no período aquisitivo que lhe compete, e é extinto individualmente, quando houver suporte fático autorizativo dessa eficácia. As pretensões se enfeixam sequencialmente no tempo, mas não se sobrepõem, nem se substituem: a circunstância de que tenham nascido de uma só relação jurídica é indiferente. O mesmo crédito e a mesma pretensão surgiriam, e viveriam sem vaso-comunicações, se houvesse múltiplas relações, absolutamente independentes entre si, a vincular as mesmas partes.

O incumprimento culposo das obrigações também dá azo a consequências diversas, ora alternativas, ora cumulativas, de natureza jurídica variada e subordinada a filtros de estabilização independentes. Aqui, também, o suporte fático comum não implica consequências compartilhadas, vale dizer, uma só linha de partida não precisa redundar em uma única linha de chegada. Deste incumprimento abre-se um leque de prerrogativas: se houver interesse útil, o direito de o credor demandar o cumprimento específico, mais perdas e danos; se não houver interesse útil, o direito potestativo de resolver a demanda, cobrando perdas e danos; ou direito subjetivo de demandar o cumprimento pelo equivalente, em qualquer caso com cumulação por perdas e danos (CC, art. 402). Esses direitos, alinhados a princípio apenas em abstrato e contrapostos a obrigações alternativas do devedor, se concretizam pela escolha do credor sobre como proceder (CC, arts. 395 e 475 do Código Civil). Pode ocorrer, no entanto, que em dado momento o interesse útil inicialmente existente desapareça, transformando a mora

relativa em inadimplemento definitivo²³⁰; ou pode suceder que o credor se convença da imprestabilidade da execução pelo equivalente, e tenha por bem perseguir apenas perdas e danos.

Nesses casos, parte da doutrina afirma que se cuida de uma mesma *pretensão*, mudando apenas a *ação* que lhe tutela²³¹. Tudo se operaria como se pretensão fosse uma espécie de exigibilidade em abstrato, permeadora da posição jurídica relacional (credor, polo ativo) e não uma exigibilidade específica, vinculada a uma prestação concretamente devida, naquele momento, sob o manto daquela relação jurídica. Não parece correto afirmar que as coisas caminhem assim. Os direitos subjetivos de crédito para cumprimento específico, cumprimento pelo equivalente, indenização por perdas e danos decorrentes do interesse positivo ou indenização por perdas e danos decorrentes do interesse negativo (defluente da resolução) estão embasados em prestações objetivamente diversas. O conteúdo do vínculo obrigacional muda conforme os fatos se sucedam (perda do interesse útil de forma absoluta), ou conforme o titular exerça os direitos potestativos que lhe compitam (concentração nas obrigações alternativas defluentes do incumprimento pela escolha do art. 475 do Código Civil; ou transformação, na conversão de uma a outra modalidade). Não é logicamente possível dizer que alguém poderia exigir conduta positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer (i.e., teria pretensão) antes que o direito subjetivo de crédito que cria título para essa prestação se houvesse formado. Nesses casos, a cada suporte fático transformativo da prestação devida, surgem novo direito subjetivo de crédito e nova pretensão, que substitui a anterior.

* * *

Em um esforço de síntese, e com rol meramente exemplificativo de hipóteses cotidianamente enfrentadas, pode-se dizer que a pretensão surge:

²³⁰ «A mora pressupõe que a prestação ainda possa ser cumprida, de maneira a satisfazer o interesse subjacente à celebração do Contrato. Não é por acaso, portanto, que o capítulo destinado a discipliná-la termine justamente com as regras atinentes à chamada purgação da mora (...). A interpretação sistemática evidencia que somente o inadimplemento absoluto permite a resolução da relação jurídica contratual. Afinal, a mora coporta emenda e, assim, permite que o interesse útil do credor seja satisfeito. (ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. **Revista dos Tribunais**, v. 942, p. 117–139, 2014, excertos às pp. 130 131).

²³¹ «Se A deve a B a coisa *a*, e advém impossibilidade culposa, continua B com a pretensão, que tinha, mas, devido ao fato da impossibilidade com culpa, a ação é para perdas e danos» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 469).

- (i) nas modalidades do negócio jurídico: para as prestações avançadas, *na ausência de termo inicial* ou *condição suspensiva*, e ainda que com pacto de *termo resolutivo* ou *condição resolutive*, quando do nascimento do negócio jurídico (CC, art. 134); *no termo inicial*, quando de seu implemento (depois do direito subjetivo de crédito, que precede o termo; CC, art. 131); *na condição suspensiva*, quando de seu implemento (junto do direito subjetivo de crédito; CC, art. 125); *no encargo*, para as prestações avançadas, desde o nascimento do negócio jurídico (CC, art. 136);
- (ii) nas obrigações periódicas ou de trato sucessivo, para as prestações avançadas, a cada novo ciclo, mantida a independência das pretensões nada obstante sua origem comum;
- (iii) no direito restitutivo, seja por ato unilateral ou por incidência do regime das nulidades, ineficácias, do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa, para a restituição, desde o deslocamento patrimonial prestacional (CC, art. 169, 876 e 884); *no regime das anulabilidades*, para a restituição, desde a anulação por ordem judicial, supondo haver-lhe precedido desempenho da prestação (CC, art. 177);
- (iv) para as posições jurídicas decorrentes do exercício de direito potestativo (a já citada anulação, a resilição, a resolução, opção de compra, direito de preferência): desde que eficaz a criação, modificação ou extinção da relação jurídica por força do exaurimento, em exercício, do direito potestativo, em juízo ou fora dele, conforme o pressuposto legal específico; e
- (v) no direitos geral de incolumidade extraível da cláusula geral do ato ilícito (com especial relevância para posições absolutas, mas não apenas para elas) e nas obrigações de não fazer com eficácia relativa: para a inibição do ilícito, desde o tencionamento ao ilícito (CRFB, art. 5º, XXXV e, para exemplificar apenas, CC, art. 130; CPC, art. 497, p.u.), e para a reparação, desde a verificação do dano (CC, arts. 186 ou 187 c/c art. 927).

Como se cuidará de detalhar no capítulo seguinte, em regra, o prazo prescricional flui desde quando surge a pretensão, haja ou não violação ao direito subjetivo de crédito. Esse rol poderia, então, sugerir-se como mapa de termos iniciais de fluência da prescrição. Seria um grave equívoco assim proceder, porquanto o ordenamento brasileiro tem menos um *fio* e mais um *tear* de exceções a essa regra geral, que, se muito, tem a utilidade de esteio como norma de fechamento ao sistema. A fluência do prazo prescricional pode se dar antes, simultaneamente ou depois do surgimento da pretensão.

É tempo, então, de olhar mais de perto a mecânica exata de operação do fenômeno prescricional, para detalhar seus pressupostos de incidência.

CAPÍTULO III PRESSUPOSTOS PARA A INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO

III.1 Existência de um direito subjetivo de crédito exigível

A existência de um direito subjetivo exercitável é tida como pressuposto lógico à incidência da prescrição. A plena eficácia da prescrição (= exaurimento de sua eficácia, com sua oposição, pela parte ou pelo magistrado, para encobrir a pretensão) é, de fato, dependente desse pressuposto fundamental, por corresponder à própria essência da exceção: é preciso que haja *obrigação* a compelir o devedor, ou seja, que haja *pretensão*, prerrogativa de exigir a satisfação de uma prestação, para que a exceção de prescrição tenha a que resistir, encobrir, deseficacizar. E, para tanto, é preciso, antes, que haja *dívida* de prestação: é preciso, em outras palavras, que um sujeito seja titular do direito de receber conduta positiva ou negativa, de dar, fazer, ou não fazer, para satisfação de interesse seu, incorporando-a definitivamente a seu patrimônio.

A questão não é, contudo, tão simples quanto essa máxima pode sugerir. É preciso resistir ao impulso de, transformando silogismo em sofisma, dizer que onde houver direito subjetivo de crédito e pretensão, haverá necessariamente fluência de prazo tendente à consolidação da prescrição; ou dizer, de outro lado, que onde houver prescrição (= aquisição, por alguém, da titularidade da posição jurídica subjetiva de exceção prescricional), haverá desde logo direito subjetivo de crédito e pretensão contra os quais a opor. Dois são os caminhos a que se deve atentar, já que:

- (i) a prescrição pode não se operar (= não ser outorgada exceção de prescrição ao devedor), ainda que presentes direito subjetivo de crédito e pretensão; e
- (ii) a prescrição pode se operar (= ser outorgada exceção de prescrição ao devedor) antes mesmo de haver consolidação do direito subjetivo de crédito, ou de sua exigibilidade.

Cada hipótese merece consideração, em apartado.

* * *

A primeira prova de equívoco reside em se constatar que o ordenamento pode (e, dir-se-á, deve) pré-excluir do escopo de incidência do fenômeno posições jurídicas cuja preservação perpétua seja essencial à sociedade. Isso é coisa diversa de identificar hipóteses de posições jurídicas subjetivas materiais (ou, menos ainda, de pedidos

judiciais) incompatíveis em tese com a prescrição. Quando se declara nulidade ou inexistência, quando se anula, quando se resolve, ou quando se resile, não se exigiu nada de ninguém, de modo que de prescrição não se falará – ainda que da declaração²³², anulação, resolução ou resilição possam advir posições jurídicas flanqueadas por pretensões, essas sim, prescritíveis. Igualmente já se demonstrou, acima, que a suposta incompatibilidade com direitos reais não é senão uma artificialidade (item II.3.1), porque deles advém pretensões reais prescritíveis – o que não impediria que o legislador criasse a ponte onde a dogmática não a erigiu, e não impediu, concretamente, o legislador italiano de fazê-lo (*Codice*, 948²³³).

A lei pode erigir verdadeiras imprescritibilidades, ainda que seja recomendado ao legislador grande moderação e ao intérprete, redobrada. São pretensões como que *blindadas* ao regime prescricional. Dizem os tribunais ser esse o caso de pretensões de remediação e indenização no direito ambiental²³⁴, ou na reparação de danos ao Erário decorrentes de ato de improbidade²³⁵. Na primeira hipótese, fazem-no sem nenhum assento legal e com base em cogitação principiológica; na segunda, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento turbulento, enxergando eloquência normativa em trecho simples da Constituição da República²³⁶.

²³² Daí não haver dúvida sobre o erro do Código, no art. 1.601, quando afirma que «[c]abe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.» Sendo a ação voltada a declarar a inexistência de vínculo de parentesco, não há direito subjetivo de crédito, nem pretensão e, por isso mesmo, a prescrição deveria ser incogitável. A herança da atecnia vem do Código Beviláqua, que, em regime ainda pesadamente marcado pela classificação de filhos, buscava fechar as portas para essa mudança de *status* com o emprego de prazos brevíssimos de impugnação. Mesmo na legislação anterior, o caminho oposto já se tinha por imprescritível (*rectius*, não sujeito à prescrição), como a súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça previra, sem descurar da prescritibilidade – como se sustentou aqui – da pretensão por petição de herança. (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil Comentado**. 7ª. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1598-1599).

²³³ *Codice*, art. 948. (...) Azione di rivendicazione. L'azione di rivendicazione non si prescrive, salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione. / Art. 948. (...) Ação de reivindicação. A ação de reivindicação não prescreve, ressalvados os efeitos de aquisição da propriedade por terceiros pela usucapião.

²³⁴ «O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.» (STJ, REsp 1.120.117/AC, 2ª turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 10 de novembro de 2009).

²³⁵ Fixou-se, por ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário 852475/SP, a tese proposta pelo relator Min. Edson Fachin, segundo o qual «são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa». Fechando os olhos ao efeito prático direto e necessário da decisão, registrou-se que «a imprescritibilidade constitucional não implica injustificada e eterna obrigação de guarda pelo particular de elementos probatórios aptos a demonstrar a inexistência do dever de ressarcir, mas na confirmação de indispensável proteção da coisa pública».

²³⁶ CRFB, art. 37. (*omissis*). § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Em ambos os casos, parecem ter as Cortes cruzado linhas importantes ao tomar opções normativas graves, sem que o legislador constitucionalmente legitimado tenha a tanto assentido, e não tardará a que novos critérios discricionários, ou arbitrários (v.g., insignificância da ofensa, suposta estabilização *de fato* pelo curso do tempo, as apostas vão abertas) sejam invocados para fechar os evidentes efeitos inconvenientes que a opção à perpetuidade das pretensões realizou (a esse respeito, v. item V.5). Ou bem isso, ou bem alguém cogitará ser conforme o ordenamento que a acusação de derrubada de uma árvore protegida possa ser imputada ao tetraneto do ofensor, ou um ilícito licitatório imputado a uma pessoa de vinte anos possa ser razoavelmente defendido, por ela, em juízo, aos oitenta. A imprescritibilidade é escolha séria e que não comporta saídas casuísticas.

Fora do Brasil, refere-se à imprescritibilidade de *direitos indisponíveis* (*Codice*, art. 2.934, «2»²³⁷ ; Código Civil Português, art. 298º, «1»²³⁸). A disponibilidade não parece fio condutor seguro, quando menos em abstrato, para aferir a prescritibilidade. A operação da prescrição não depende de ato de disposição do titular do direito vulnerado: o fenômeno se opera à revelia de sua vontade e se opera, igualmente, sem remoção de sua esfera jurídica de qualquer direito que seja. Antes, incorpora-se à esfera jurídica *do devedor* nova posição jurídica subjetiva, deseficazante da pretensão, mediante exercício, em forma de exceção. Não se trata, portanto, de incompatibilidade lógica ou técnica entre direitos subjetivos de crédito indisponíveis, de um lado, e prescrição, de outro, mas de uma *aposta* feita pelo legislador: direitos indisponíveis em regra correspondem a um relevante interesse social subjacente, de modo que, ao fundo, ter-se-ia a não-estabilização desses valores

²³⁷ A doutrina lista como tais, ora com base em lei especial, ora em princípios gerais, os direitos personalíssimos, os direitos da personalidade, o usufruto legal, direito a alimentos, direito do trabalhador a descanso semanal remunerado e férias, direito à aposentadoria, direito à paridade de tratamento econômico entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, direito de tratamento aos tuberculosos, domínio público, direitos e ações de estado, e direitos fundados por razões de ordem pública (GERARDO, Michele; MUTARELLI, Adolfo. **Prescrizione e decadenza nel diritto civile: aspetti sostanziali e strategie processuali**. Turino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 35). A lista, como se vê, entrecorta direitos pessoais e reais, e cuida de hipóteses em que não há manejo de pretensão, com rigor dogmático reduzido.

²³⁸ *Codice*, Art. 2934. Estinzione dei diritti. Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. / Art. 2934. Extinção de direitos. Cada direito extingue-se por prescrição, quando o proprietário não o exerce pelo tempo determinado por lei. Os direitos indisponíveis e outros direitos indicados por lei não estão sujeitos à prescrição; CCPort. Art. 298º. (Prescrição, caducidade e não uso do direito) 1. Estão sujeitos a prescrição, pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição.

caros à coletividade²³⁹. O interesse público incide para que o titular deles não se desfaça, e incide, em camada diversa, para que o titular deles não descure, ou, ainda que não descurando, não perca sua exigibilidade por inércia – uma opção de *política legislativa* perfeitamente válida, mas não de *técnica civilista* que se imponha universalmente. Não há dispositivo análogo no Brasil, de modo que vai sem dizer que, aqui, direitos indisponíveis geram pretensões em regra prescritíveis.

Há, contudo, um único e razoável consenso, sobre incidir a prescrição apenas sobre pretensões de cunho patrimonial – originário ou derivado²⁴⁰ –, e não sobre posições jurídicas subjetivas de natureza existencial em sede de tutela específica²⁴¹. A prescrição cuida da segurança jurídica (v. item V.5, abaixo): segurança do devedor que não possa razoavelmente se defender de uma pretensão envelhecida; e segurança da sociedade frente à estabilização de situações patológicas, estabilização esta em que todos, gradativamente, passam a confiar no seu trato negocial cotidiano. Nada disso parece remotamente se conectar com a agressão tendencialmente perpétua, porque irresistível coercitivamente, do nome, imagem, integridade psicofísica – em suma,

²³⁹ ANTUNES, Ana Filipa Moraes. **Prescrição e caducidade. Anotação aos artigos 296º a 333º do Código Civil (O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 22.

²⁴⁰ «Submetem-se (...) aos efeitos da prescrição as pretensões que decorrem de direitos indisponíveis, como as de reclamar prestações alimentícias e as de exigir reparação pelo dano moral oriundo de ofensa ao direito da personalidade (embora sejam, em si, inalienáveis e imprescritíveis o direito de alimento e o direito à honra)» (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 167). Também firme pela imprescritibilidade de direitos da personalidade, mas com imprópria aproximação italiana, CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 82. Em sentido minoritário, parte da doutrina se distancia dessa barreira-limite da prescrição, para entender que sequer pretensões patrimoniais decorrentes de posições existenciais prescrevem, ora com base em invocação genérica da dignidade da pessoa humana (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 2**. 5ª. São Paulo: Método, 2010, p. 230), ora com recurso artificial à suposta perenidade do dano (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. I**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 361). Com relação ao primeiro ponto, dinheiro por ofensa à pessoa não é o mesmo que a própria pessoa. Com relação ao segundo, a afirmação de que «a violação não se regenera, afastando-se a tríade, típica das relações jurídicas patrimoniais: dano-reparabilidade-prescrição» ignora que a permanência do dano e, a reboque, do direito subjetivo à sua indenização, são pressupostos de qualquer prescrição por pretensão indenizatória, e não com ela incompatível. Com razão, rechaçando ambas as teorias, SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231).

²⁴¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Imprescritibilidade do exercício das situações jurídicas existenciais. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 541–553; BERNARDES, Júlio César. A prescrição e a decadência no Código Civil de 2002 - Apontamentos sobre as alterações efetivadas. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 63, p. 377–413, 2013, em especial p. 407. HUMBERTO THEODORO JUNIOR concorda em parte, mas extrapola o limite do direito brasileiro e adota a posição italiana, citando TRABUCCHI. Não esclarece, no entanto, que lá a posição é espelho de letra expressa de lei, e não como a incorporação se faz, no sistema brasileiro, à revelia de regra idêntica (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 166).

daquilo que seja direta e especificamente coligado com a natureza do homem, por sua dignidade, em sede de tutela específica (não reparatória). «En un Estado de derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano, nadie puede ser nunca definido como *no persona*²⁴²» - sintetizou bem a doutrina. Como a dignidade humana é assentada no texto constitucional, o ponto ganhará mais densidade adiante, sob a rubrica da (restrita, mas importante) relevância da normativa da Constituição da República sobre a disciplina da prescrição.

* * *

A segunda prova de equívoco reside em que a prescrição pode, excepcionalmente, preceder a existência do direito subjetivo de crédito e da pretensão. Pode suceder haver direitos subjetivos ainda não criados, ou criados, mas ainda não exigíveis, porém, inexigíveis por fatos exclusivamente atribuíveis a seu titular, que segue por isso não-satisfeito naquela que é sua «pretensão ainda nascitura».

Afirmou-se no capítulo anterior que a *pretensão* só surge «*para as posições jurídicas decorrentes do exercício de direito potestativo (a já citada anulação, a resilição, a resolução, opção de compra, direito de preferência): desde que eficaz a criação, modificação ou extinção da relação jurídica por força do exaurimento, em exercício, do direito potestativo, em juízo ou fora dele, conforme o pressuposto legal específico*». Nesses casos, não há, ainda, direito subjetivo de crédito, menos ainda pretensão que lhe seja ancilar. O exercício do direito potestativo cria, modifica ou extingue relação jurídica e, a partir dessa nova, modificada ou extinta relação jurídica primária, exsurtem, em irradiação eficaz, direitos subjetivos de crédito novos, imediatamente exigíveis²⁴³. Resolvo o contrato definitivamente incumprido e, *por isso*, e *a partir daí*, tenho direito a indenização. Exerço a opção de compra e, *por isso*, e *a partir daí*, tenho crédito à coisa e pretensão à sua entrega. Anulo o negócio e, *por isso*, e *a partir*

²⁴² GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel *et al.* La media prescripción frente al delito de desaparición forzada de personas. Incumplimiento de la normativa internacional en materia de crímenes de lesa humanidad? **Revista Direito GV**, v. 10, p. 321–346, 2014. Excerto à p. 342, usado pelos autores no cotejo de crimes de lesa humanidade e prescrição penal, em máxima, sem embargo, traduzível sem dificuldade para qualquer ramo do Direito.

²⁴³ «Há direitos formados e direitos formativos. (...) Há os direitos formativos que tendem à criação (direitos formativos criadores, ou geradores), à modificação (direitos formativos modificadores), ou à extinção dos direitos (direitos formativos extintivos). (...)», e segue para afirmar que «[à]s vezes, ao direito formativo extintivo junta-se direito formativo gerador ou modificativo; ou ao efeito daquele, efeito gerador ou modificativo. Com a resolução, em virtude de exercício de direito formativo gerador, surge a pretensão à restituição das prestações pagas» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 305 e 307).

daí, tenho direito à restituição da prestação outrora satisfeita. O exercício do direito potestativo é fagulha criativa das posições jurídicas subjetivas subsequentes; enquanto não exercido o direito potestativo, não entram no mundo do direito as posições dele derivadas, nem sua exigibilidade tem lugar. Poder-se-ia imaginar, então, que o fenômeno prescricional só seria chamado à baila quando desse exercício. Sucederia logicamente que o prazo prescricional deveria fluir, sempre, a cada novo surgimento de pretensão, descartado o prazo precedente. O suporte fático é novo, do que redundaria nova incidência e nova eficácia do fenômeno prescricional.

Essa posição evitaria perplexidades pelos eventuais desencontros de prazos que ocorreriam se fosse admitida a fluência do prazo prescricional independentemente do exercício, pelo titular, do direito potestativo criador da pretensão. Imagine-se contrato feito sob dolo (CC, art. 145), em que a parte vitimada prestou voluntariamente no mesmo dia da avença. Seu prazo para anular o negócio é de quatro anos (CC, art. 178), mas a indenização por perdas e danos trienal (e sem dúvidas, já que o ilícito do dolo é absoluto e não relativo; art. 206, §3º, V). Fluindo o prazo prescricional indenizatório, e sendo o dano contemporâneo à prestação, sucederia que, ao ajuizar ação anulatória, a vítima já teria visto prescrever a pretensão indenizatória. Sobreviveria, ainda, não mutilada, apenas a pretensão restituitória, que é decenal (CC, art. 205). Ocorre que a posição aqui cogitada – fluência da prescrição a partir da pretensão, pretensão a partir do exercício efetivo do direito potestativo – tem, também ela, graves inconvenientes. Graves ao ponto que a melhor leitura da lei parece desaconselhá-la.

Com efeito, admitindo-se a fluência prescricional a partir do efetivo surgimento do novo direito subjetivo de crédito e subjacente pretensão, tem-se que (i) a possibilidade de coercitivamente se restituir sobreviveria por até quatorze anos, sendo quatro para que se anulasse o negócio e dez para que se exigisse, depois, a restituição; e (ii) a possibilidade de coercitivamente se indenizar sobreviveria por até sete anos, sendo novamente quatro para anulação e três para exigir a reparação. Levada a rigor dogmático extremo, a posição tornaria impossível precisar a data de estabilização. Afinal, a anulação só se dá com o trânsito em julgado da sentença desconstitutiva (CC, art. 177), o que poderia postergar o prazo inicial da prescrição para as posições jurídicas derivadas da anulação para anos, quiçá décadas, depois. Não é difícil contemplar a hipótese concreta em que o negócio haja sido entabulado e adimplido no ano 1, para ser ajuizada ação de anulação no ano 5, julgada definitivamente procedente no ano 15, com ajuizamento de nova ação indenizatória no ano 18, ou exigência de

efetiva restituição de prestações, em cumprimento a efeito necessário da sentença, no ano 25. Se as pretensões derivarem de resolução, o problema se agrava, porque não há prazo expresso em lei para exercício desse direito potestativo, o que fez a doutrina, andando mal, enxergar uma eficácia atípica da prescrição para extinguir o direito de resolver como meio de evitar a perpetuidade do exercício dos direitos dele decorrentes²⁴⁴. Que o legislador imagine um prazo trienal que, concretamente, se desvele em dezoito anos passados; ou um prazo decenal, que concretamente se opere um quarto de século depois; ou ainda um instituto incidente sobre pretensões, a abarcar direitos potestativos, deveria servir, por si só, como forte indício de que algo na interpretação da lei não vai bem. Não se pode dar, contudo, a esse sentimento demasiado prestígio: cuida-se de indício, mas não prova, porque poderia suceder que a lei fosse apenas indesejavelmente mal concebida nesse ponto.

Ocorre que há mais a dizer. Excluir a incidência imediata da prescrição (vale dizer, antes mesmo do exercício do direito potestativo) criaria graves paradoxos lógicos no sistema privatista, já que:

- (i) estaria municiado com a exceção prescricional o devedor que deliberadamente descurasse de satisfazer a prestação constituída; estaria, contudo, privado de idêntica vantagem o devedor que poderia desde sempre ser demandado, mas não o foi, e não poderia espontaneamente satisfazer a pretensão, porque o direito potestativo precedente à criação da dívida e da obrigação não fora exercido pelo credor;
- (ii) estaria protegido por mais tempo o titular de posição jurídica mais descurado de seus interesses, que houvesse, por nenhuma razão ou por malícia, feito esticar a corda da contagem dos prazos até o limite legal; estaria, contudo, vulnerado pela prescrição o titular que houvesse com rapidez exercido o direito potestativo e definido o caminho a perseguir, pelas novas prestações, doravante; e
- (iii) na disciplina das invalidades, estariam protegidas por *menos tempo* as partes vitimadas por hipóteses de nulidade, por definição mais grave, e com surgimento imediato *ex lege* de posições jurídicas, e protegidas por *mais tempo* as partes vitimadas por hipóteses de anulabilidade.

Tudo isso parece apontar para que seja esse refrear do prazo prescricional fruto de uma *interpretação radicalmente contrária às exigências do bem social e ao propósito da lei* (LINDB, art. 5º), premiando o credor que fez menos e onerando o credor que fez mais, protegendo menos a vítima da ilegalidade grave e mais aquela da

²⁴⁴ A esse respeito, v. as considerações sobre eficácia da pretensão entre as partes, no item IV.1.

ilegalidade menos grave; laureando o devedor pior comportado daquele obstado à satisfação. Não parece seja esse o caso, ou, quando menos, não parece seja esse *necessariamente* o caminho a seguir.

A relevância meramente incidental da violação a posições jurídicas já fez relevar a premissa de que o prazo prescricional flui, como regra, da só exigibilidade da prestação. Para fins de fluência de prazo, a possibilidade desse exercício não deve ser compreendida apenas como a pretensão incorporada à esfera jurídica do titular, mas sim como o momento em que o titular da posição jurídica pudesse, por sua só vontade, a ela proceder, ainda que sua vontade se desdobre em planos dogmáticos de relevância diversa. Vale dizer, não haveria diferença, para fins de estabilização prescricional, se o titular pudesse (i) exercer direito potestativo que crie direito subjetivo de crédito e outorgue imediata pretensão, ou (ii) exercer diretamente pretensão, já sendo titular de direito subjetivo de crédito. Em ambos os cenários, a relação entre credor e devedor (ou potenciais credor e devedor, porque mediados, ainda, por direito potestativo não exercido) está posta sob o desígnio creditício de exercício de posições jurídicas. Não há pretensão, mas há exercibilidade concreta da pretensão pela dualidade de sua criação e exercício²⁴⁵. A doutrina do século passado já o reconhecia, ao dizer que «*se a pretensão ainda não nasceu, mas já poderia ter nascido, distinguem-se as espécies em que estava in potestate do futuro titular nascerem, e as que dêle não dependia o nascimento. Quanto àquelas é que se enuncia a regra Toties præscribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris*»²⁴⁶.

Por fim, há casos em que a lei, *por discricionária política legislativa*, antepõe a fluência do prazo prescricional à existência do direito subjetivo de crédito, ou da pretensão. Suponha-se que um segurado seja demandado civilmente por um acidente em que se envolveu. Convencido de sua irresponsabilidade, oferece defesa, mas não

²⁴⁵ Se assim não é possível, no exemplo antes tratado, salvaguardar a pretensão indenizatória expirada no terceiro ano, sucedida da propositura de ação anulatória no quarto, não será nada obstante correto afirmar que dita anulação seria imprestável: a par da restituição decenal, a anulação preserva a utilidade liberatória para prestações ainda devidas. Em mesmo sentido, aprofundando a análise italiana entre impedimentos *de fato* e impedimentos *de direito* ao manejo da pretensão, a doutrina incluiu na esfera prescritível, ordinariamente reservada aos impedimentos de fato, aqueles de direito contornáveis pelo só esforço do titular, inclusive para fazer nascer o crédito (CAPONI, Remo. Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione. v. 42, p. 721–761, 1996, em particular 756-761).

²⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 148. O autor segue na página seguinte: «*as pretensões que se adquirem mediante exercício de direito de impugnação, denúncia ou reclamação, começam a prescrever desde o momento em que a impugnação, denúncia ou reclamação é admissível, sem se indagar de quanto o que poderia impugnar, ou reclamar, conhecia, ou não, o direito de fazê-lo. O mesmo se dá em caso de anulabilidade.*»

denuncia a lide à seguradora, limitando-se a participá-la da existência da ação (CC, art. 786, §§ 1º e 3º). A defesa é conduzida com esmero; a despeito disso, sobrevém a derrota final. O segurado tem direito subjetivo de crédito contra a seguradora, pelo custeio das despesas decorrentes da condenação pelo risco segurado. O direito subjetivo de crédito a que se refere surgiu com a efetiva perda financeira do segurado, e não no início da narrativa²⁴⁷. Nada obstante, quando o direito subjetivo de crédito surge, a pretensão já foi subordinada aos efeitos liberatórios da prescrição. No Código, o art. 206, §1º, II, «a», determina que a prescrição do segurado contra o segurador por dano tem seu prazo de um ano contado «da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador». O segurado já tem *ação* contra o segurador, mas ainda não tem *pretensão*, já que o pedido de tutela processual em sede de denunciação é marcado por profunda condicionalidade: «se o risco de meu contrato de seguro se materializar, então, e apenas então, condene a seguradora garantir o pagamento tempestivo dos danos». O importante é que prevalece, há décadas, amplo consenso sobre a irrelevância da denunciação da lide (providência de viés processual) no plano material (direito de regresso)²⁴⁸. Isso é verdade inclusive nos casos de seguro. O segurado não tem o *dever* de denunciar a lide para manter a cobertura. Tanto assim é que o prazo para denunciação é aquele da contestação (em regra quinze dias úteis), ao passo que a pretensão tem prazo de exercício anual. O que causa espécie ao olhar desatento, ou atrelado à dogmática tradicional da prescrição liberatória, é que o *termo a quo* de prazo prescricional – por definição, atinente ao plano material – seja um evento processual a ela apenas remotamente conectada. No item III.4, cuidar-se-á da ordem de citação como causa da interrupção do prazo prescricional. Lá, contudo, cuida-se de escolha apenas natural do legislador, dado que aquela citação é ato processual que vem a reboque do exercício da pretensão creditícia material, por meio da intervenção da prestação jurisdicional. A ordem de citação é, portanto, um eco mediato da movimentação do credor no plano

²⁴⁷ A confusão faz sugerir, *mutatis mutandi*, porque lá o debate era de responsabilidade civil e não de incumprimento, a confusão da parte da doutrina entre ofensa a bem jurídico e crédito ressarcitório, no que se chamou a dualidade dano-evento e dano-prejuízo (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33). Como a doutrina especializada bem divisa, «[n]o seguro de responsabilidade, o interesse do segurado é o risco que se pretende cobrir», risco designado de risco de dano indireto, pela «finalidade de resguardar o segurado perante as consequências patrimoniais de danos causados por ele» (SOUZA, Bárbara Bassani. **Seguros: beneficiários e suas implicações**. São Paulo: Editora Roncarati, 2016, p. 81).

²⁴⁸ Por todos: «[s]egundo a jurisprudência sólida do STJ, a denunciação da lide justificada no art. 70, inciso III, do CPC [revogado] não é obrigatória, sua falta não gera a perda do direito de regresso e, ademais, é impertinente quando se busca simplesmente transferir a responsabilidade pelo bem litigioso ao denunciado.» (STJ, AgRg no AREsp n. 26.064/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª turma, julgado em 11 de fevereiro de 2014).

material. Isso não ocorre no caso da prescrição antecipada, em que a citação ecoa pretensão de terceiro – a vítima – contra o potencial credor da seguradora, em pretensão alheia ao vínculo securitário.

Como se constatou, o direito a ressarcir-se pelo risco concretizado não surgiu. A correlata pretensão, então, também não surgiu, e a prescrição excepcionalmente precede a toda esta fenomenologia como forma de criar um ambiente de maior segurança jurídica em dado contexto relacional. No caso da singular solução do legislador brasileiro, não há dúvidas de que o propósito é de facultar a intervenção da seguradora no processo de reconhecimento do crédito da vítima em juízo. A medida aumenta as chances de a seguradora intervir em tempo hábil e influenciar positivamente (para si, é claro) o desfecho da demanda, seja para excluir a responsabilidade do segurado, seja para reduzir o valor da indenização, seja ainda para evitar as fraudes que tão frequentemente assolam este mercado. Fosse o caso de silêncio normativo, a interpretação permissiva da disciplina da denúncia da lide do CPC73, positivada no NCPC (art. 125, §1º²⁴⁹), relegaria aos filtros de conduta do abuso do direito um eventual refreamento à pretensão ressarcitória do segurado que desatendesse às melhores práticas frente à seguradora (CC, art. 187) – filtro excepcional e restrito.

A estabilização das demandas indenizatórias por meio de um inovador desenho prescricional oferece a grande vantagem de aumentar a segurança jurídica dos exploradores dos segmentos tutelados. Na mesma medida, é claro, as medidas oneram as contrapartes desses agentes (seguradoras), o que, é claro, não quer necessariamente dizer haja nisso impossibilidade jurídica ou inconstitucionalidade. É preciso, aqui, interpretar *cum grano salis* a máxima de que se deve dar aos titulares de direito chance razoável de exercer suas pretensões. A questão é apurar se em concreto os valores tutelados e sua forma de tutela são tais que sua sobreposição àqueloutros contrapostos, sacrificados, não aponta a *tout court* expropriar o particular (CRFB, art. 5º, *caput*) ou violar o princípio implícito da razoabilidade (v. CAPÍTULO V). O ordenamento é livre para promover e proteger valores em particular, pessoas em particular e setores de atividade econômica em particular. O setor da aviação civil, por exemplo, é pródigo em diplomas normativos que limitam «artificialmente» o direito à indenização. Sob a Convenção de Montreal, internalizada no Brasil por meio do Decreto 5.910/2006, as companhias de aviação respondem objetivamente pelo dano morte até o limite de 100.000 Direitos Especiais de Saque (art. 21). Se é dado ao ordenamento limitar o

²⁴⁹ Art. 125. § 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denúncia da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

direito subjetivo em sentido estrito (crédito), reduzindo a zero o direito indenizatório para parte das perdas que pode ser relevante, com muito maior razão ser-lhe-á dado preservar aquele direito, tolhendo, apenas, sua exigibilidade após dado lapso de tempo – se e na medida em que isso se mostre útil à tutela dos valores eleitos pelo legislador.

A essas modalidades – direito subjetivo de crédito e pretensão cujo *nascimento* dependente de exercício direito potestativo pelo credor; e direitos subjetivos de crédito e pretensões eleitas pelo legislador, em política protetiva discricionária – propõe-se designar *prescrição de eficácia antecipada*, ou, simplesmente, *prescrição antecipada*. A fluência do prazo tendente à incidência do fenômeno prescricional flui independentemente da existência concreta de direito subjetivo de crédito e pretensão; a oposição da exceção, à luz de sua eficácia defensiva, segue naturalmente reservada ao momento em que ditas posições jurídicas tenham adentrado ao mundo do Direito²⁵⁰.

A despeito do que cogite a jurisprudência a propósito, não se incluem na modalidade de prescrição antecipada aquela liberatória da responsabilidade civil de oficiais registrares. A imprecisa letra da lei não instituiu ordem protetiva quando por determinou que «*prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial*» (Lei 8.935/1994, art. 22, p.u.). Veja-se: *poderia*, em tese, ter sucedido essa mudança legislativa, a deslocar a fluência do prazo prescricional para antes mesmo da verificação do direito subjetivo de crédito e pretensão correlatos, mas tal não se deu. Tome-se a questão por partes.

Para adequadamente enquadrar o problema, suponha-se que uma Sociedade Imobiliária deseje adquirir lotes para ulterior incorporação e, para esse fim, prospecte potenciais locais com o auxílio de corretor. Localizado o terreno, o corretor apresenta à sociedade imobiliária dois funcionários do proprietário que conduzem a negociação. Tudo caminha a contento: os documentos atinentes ao terreno parecem conformes, e a sociedade imobiliária deseja «fechar negócio». Os funcionários produzem então procuração pública com poderes especiais e expressos para alienação do imóvel. Lavram, primeiro, instrumento particular de promessa de compra e venda: a sociedade imobiliária paga sinal e parcelas, quitando, ao final de dois anos e meio, o preço. Lavra-se então escritura pública de compra e venda, com aposição de cláusula de quitação a refletir os pagamentos feitos sob a vigência da promessa, e procede-se ao registro. Esse, contudo, resta frustrado, porque a procuração pública fora lavrada com base em

²⁵⁰ Não sobreposta ao conceito de prescrição de pretensão *nondum nata* de Pontes de Miranda, que exclui, dela, as hipóteses de rescisão e resolução (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 151 e 152).

documentos falsos: em verdade, o proprietário outorgante falecera anos antes. Com os funcionários do proprietário desaparecidos, porque evidentes golpistas, a sociedade imobiliária se volta contra o oficial titular do tabelionato que lavrou a procuração. O ato de lavratura do documento falso – suponha-se, em *culpa* do notário – ocorreu há mais de três anos; o direito subjetivo de crédito e pretensão pelas perdas sofridas, a cada pagamento, todos, contudo, há menos de três anos. *Quid iuris*: há ou não prescrição?

Tomada a literalidade da norma e entendida como norma de proteção setorial, a fluência do prazo prescricional seria deslocada de seu *locus* natural (dano) para o momento da conduta do oficial (conduta ilícita tendente à causação do dano). Não há direito subjetivo de crédito a pagamento pela só prática do ilícito, na medida em que a violação da lei, isoladamente considerada, não desafia indenização. Ilícito e dano, como é cediço, incidentalmente se sequenciam, e não se sobrepõem. Aqui, em casos-limite, a prescrição tiraria qualquer chance de reparação frente aos oficiais, bastando para tanto que o dano sobreviesse em três ou mais anos da prática do ilícito, ou, como se queira, «da lavratura do ato registral ou notarial». A regra poderia ser assim enunciada: os ilícitos praticados pelos oficiais e notários só serão aptos a gerar obrigação de indenizar por três anos; após esse prazo, verificação de danos gerará dever de indenizar, mas não obrigação (exigibilidade) de assim proceder. Sem enfrentar o resultado último da sua leitura da lei, foi o que entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso acima descrito, a que designaremos Caso da Procuração Falsa²⁵¹. Rejeitando se pudesse cogitar de fluência de prazo prescricional a partir da ciência da fraude (para mais sobre o tema, v. item III.2), a Corte contou o prazo prescricional objetivamente a partir da data da lavratura da procuração, como a literalidade da norma sugere.

O dispositivo controverso não é contemporâneo à Lei dos Cartórios; foi introduzido pela muito debatida (fora do Congresso²⁵²) e extremamente veloz (dentro do Congresso²⁵³) Lei 13.286/2006. A norma tinha o propósito de *esclarecer* que a

²⁵¹ TJSP, Apelação n.º 1099416-22.2017.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Paulo Alcides, j. em 25 de outubro de 2018. A decisão não precisa as datas dos danos efetivamente sofridos, de modo que o histórico acima proposto, para facultar exercício completo, colmata essa lacuna. O caso também debate a responsabilidade civil do corretor – o que se ignorou, deliberadamente, porque irrelevante à reflexão proposta na tese.

²⁵² BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. A responsabilidade civil de notários e registradores sob a égide da Lei 13.286/2016. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 81, p. 363-381 (disponível na RTOonline, p. 1-13), 2016; CASTRO, Demades Mario. A responsabilidade civil dos notários e registradores e a edição da Lei 13.286, de 10 de maio de 2016. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 81, p. 337-361, 2016.

²⁵³ O projeto de lei 235/2015 foi apresentado pela Deputada Erika Kokay em 9 de fevereiro de 2015. Em maio de 2016, era norma publicada no Diário Oficial da União. Na Comissão de Constituição e Justiça, o texto recebeu modificativo e foi aprovado em um mês e meio, com apresentação pela mesa da Câmara em mais um mês.

responsabilidade dos oficiais, como delegatários de serviço público, não seria objetiva (a teor da CRFB, art. 37, §6º, e da controversa aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor²⁵⁴) e sim subjetiva (na forma do Código Civil). Já no curso da tramitação pela Comissão de Constituição e Justiça, colheu-se o ensejo para modificar o texto original, com o propósito exclusivo e declarado de replicar o regime trienal do Código Civil²⁵⁵. Esse propósito de *importar* o regime do Código Civil evidencia que o caso não é de inauguração de regime excepcional de tutela, mas de eco de atecnia do art. 189 daquele diploma. O legislador confundiu ato ilícito e dano, violação de dever preexistente e surgimento de direito subjetivo de crédito à indenização, com correlata pretensão. «*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão*» e flui a prescrição, disse-se lá; *lavrada a escritura ou registrado o ato contra a letra da lei*, nasce para o titular a pretensão e flui a prescrição, disse-se cá. Idêntico erro, que toma hipóteses específicas (pode suceder que o dano seja concomitante ao ato ilegal do oficial) como regras gerais; idêntico tratamento, para aplicar a normativa da prescrição a partir do efetivo surgimento da pretensão (junto ao ato, quando também ali se der o dano; ou depois, quando o dano sobrevier).

* * *

Finalmente, é impertinente à dogmática do instituto a ponderação de que pode se decretar a ocorrência da prescrição, independentemente da efetiva verificação a propósito da existência do direito subjetivo de crédito e da pretensão, como ocorre no cotidiano forense. A objeção que se refuta, aqui, poderia ser sumarizada na seguinte indagação: *se é verdade que a prescrição só se opera diante de pretensão, como é possível que se profira sentença acolhendo a prescrição antes mesmo que se apure se, de fato, há direito subjetivo de crédito e pretensão?* A resposta é simples e põe os olhos

²⁵⁴ ALVES, Sonia Marilda Péres. Responsabilidade civil de notários e registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 53, p. 93-101 (disponível na RTOnline, p. 1-8), 2002.

²⁵⁵ O relator do projeto na CCJ, Dep. Gonzaga Patriota, assim explicou sua posição: «[e]ntendemos, todavia, necessário aperfeiçoar a redação do projeto em tela, para acrescentar dispositivo que replique no dispositivo o prazo prescricional de três anos disposto pelo art. 206, §3º, V do Código Civil, Lei n. 10.406/02. Em face do exposto, nosso voto é pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL no 235, de 2015, com a emenda em anexo.» Lia-se, então, no anexo: «EMENDA No 1. Acrescente-se ao art. 22 da Lei no 8.935, de 18 de novembro de 1994, alterado pelo art. 2º do projeto em epígrafe, os seguintes parágrafos: 'Art. 22 (...) Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial. (NR)'».

no pragmatismo, porque o *como funcionam* institutos de direito material nem sempre vai de mãos dadas com o *como trabalham* os magistrados ou árbitros na sua aplicação.

Juízes podem (devem; poder-dever) declarar a prescrição que fulmine a pretensão do direito do demandante em sede prejudicial, na primeira oportunidade em que isto esteja inequivocamente configurado, dando cabo à demanda. Isso pode, sim, suceder antes mesmo que se tenha chegado à conclusão sobre a existência do direito que subjaz: a Vítima demanda contra o Causador do Dano em disputa que reclama perícia para apuração do pressuposto fundamental da culpa, mas, em sede de decisão saneadora, o juízo proclama a prescrição; o Credor demanda o Devedor pelo pagamento da dívida, mas, antes mesmo de ordenar a citação, o juízo extingue a demanda com base na prescrição. Isso se dá por um mínimo senso de praticidade: ausente a renúncia à prescrição, seria inútil perseguir a certeza sobre a existência do direito subjetivo, porque inexigível, impassível de força coercitiva fundamental à procedência da demanda.

Como processo é fim prático de tutela e não meio de satisfação de interesses acadêmicos, perfeita a solução da súbita extinção, ainda que antes da certeza sobre a existência do direito subjetivo o caminho tecnicamente ideal fosse a terminação sem exame do mérito, por perda superveniente do interesse de agir, ausente a utilidade da continuação da tutela jurisdicional, dada que fadada à improcedência (por ausência do direito, ou por prescrição da pretensão).

III.2 Inércia vs. ciência, capacidade, caso fortuito e força maior

Todos os regimes prescricionais tomam em conta, como fator central da verificação do instituto, que o titular da pretensão não a exerce qualificado²⁵⁶ por determinado lapso de tempo²⁵⁷. Podendo, em tese, exigir a prestação, em satisfação ao direito subjetivo de crédito, o titular deixa de fazê-lo. Os valores em jogo por detrás

²⁵⁶ Como se verá, não é qualquer exercício que redunde em afetação, a bem do titular, do regime prescricional, mas apenas as modalidades de exercício elencadas expressamente em lei. Soberana entre elas, com penetração em todos os ordenamentos de matriz romano-germânica, está a movimentação da pretensão em juízo, por meio da ação de direito processual.

²⁵⁷ «An obligation is a legal tie which binds a debtor to the necessity of making some performance. If such performance is not forthcoming, the creditor may bring an action. But he may not wait indefinitely before he chooses to enforce his right. All legal systems today recognize certain temporal limitations, be it under the name of (negative, or extinctive) prescription, or limitation of actions. / Uma obrigação é um laço legal que vincula um devedor à necessidade de desempenhar alguma prestação. Se tal prestação não for satisfeita, o credor pode propor uma ação. Mas ele não pode esperar indefinidamente antes de decidir impor seu direito. Todos os sistemas legais de hoje reconhecem certas limitações temporais, seja sob o nome de prescrição (negativa ou extintiva), ou limitação de ações» (ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 62).

dessa inércia podem mudar, e concretamente mudam, de regime a regime, de ordenamento a ordenamento, ainda que uma linha mestra subjacente seja comum: posto de maneira deliberadamente vaga – e que será retomada ao se cuidar do fundamento da prescrição (tema do capítulo final) –, o legislador procura desenhar um regramento que crie margem *razoável* de exercício de pretensões pelos seus titulares e margem *razoável* de segurança jurídica aos devedores-obrigados (ou, como se queira, pelo ângulo inverso: sem *irrazoável* proteção do credor, nem *irrazoável* salvaguarda debitória)²⁵⁸.

A inércia do titular é tomada nessa equação como um elemento relevante e sopesado, na política legislativa, com *algum juízo de valor*, mas não com protagonismo valorativo. Explica-se. Tradicionalmente se afirma que a inércia deliberada, fundada na negligência²⁵⁹, terá como sanção a prescrição²⁶⁰. Com base nisso, parte da doutrina pretendeu enxergar como pressuposto absoluto da prescrição que a inércia lastradora da fluência do prazo viesse de decisão consciente e livre do titular da pretensão, livre de interferências externas. Ainda que raramente se precise a natureza jurídica que recairia sobre a inércia, admitindo-se esse postulado, pareceria correto afirmar que ela seria, aí, ato jurídico em sentido estrito, ou seja, conduta defluente da vontade humana para fins de sua realização (*quero agir* ou, no caso, *não agir*), cujos efeitos são predeterminados por lei, independentemente da vontade humana. Para haver prescrição, seria preciso constatar que o titular desejaria não exigir o crédito, e a eficácia

²⁵⁸ Por um lado, «[a] prescription regime which bites too hard would ultimately lead to the fundamental inconsistency that the legal system takes away with one hand what it gives with the other (...) Were he [the debtor] allowed to resort to the defence of prescription when the law could reasonably expect him to raise whatever other defence may be available to him, his protection would, as it were, overshoot the mark»; mas, por outro lado, «that well-founded claims me be defeated is, of course, the necessary price a legal system has to pay if it wishes to provide the debtor with an easy means to defeat unfounded ones». / Por um lado, «um regime de prescrição muito agressivo acabaria levando à inconsistência fundamental que o sistema legal tirasse com uma das mãos o que deu com a outra (...) Se a ele [o devedor] se permitisse recorrer à defesa da prescrição quando a lei pudesse razoavelmente esperar que se levantasse qualquer outra defesa disponível, sua proteção, por assim dizer, foi dosada em exagero»; mas, por outro lado, «o fundamento que me alega ser derrotado é, evidentemente, o preço necessário que um sistema jurídico tem de pagar, se quiser fornecer ao devedor um meio fácil de derrotar os infundados» (ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 77-78). No mesmo sentido da parte final de ZIMMERMANN, a feliz síntese nacional de que «há um momento em que é preciso que a última palavra seja dita, em que a incerteza do direito é mais dolorosa que a injustiça» (SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 137).

²⁵⁹ Os ecos históricos, aqui, são fortes. As Ordenações Manuelinas (L. IV, tit. LXXX) e as Filipinas (L. IV, tit. LXXIX), além da Consolidação das Leis Civis (art. 854), se referiam expressamente à negligência do credor.

²⁶⁰ «Tanto no passado quanto no presente, a função primordial e imediata da prescrição é punir a inércia, como traduzido nos arcanos adágios: *Dormientibus non succurrit jus e iura scripta vigilantibus*.» (MARTINS-COSTA, Judith. O “princípio da unicidade da interrupção”: notas para a interpretação do inciso I do art. 202 do Código Civil. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 185–200, excerto da página 186).

de fluência do prazo tendente ao nascimento da exceção de prescrição seria dada então pela lei, quisesse ou não titular produzir esse efeito²⁶¹. A questão se postaria algo um degrau abaixo da *tolerância*, reconduzida à categoria de negócio jurídico, porque exculpante das consequências da infringência da posição jurídica (tolero que alguém use bem de minha propriedade, o que, por decorrência de minha vontade, pré-exclui medidas de reprimenda ao ato)²⁶².

Essa máxima tradicionalmente conduz à conclusão de que a *ciência* ou *dever de ciência* do titular a propósito da pretensão a exercer seria um pressuposto implícito à configuração da inércia relevante para fins de prescrição²⁶³. Inércia ignorante é só ato-fato, ou seja, conduta humana objetivamente considerada, independentemente da vontade qualificada de quem age²⁶⁴. Inércia conscienciosa, deliberada e, por isso, descurada dos próprios interesses do titular, pressupõe domínio dos fatos e da pretensão posta à sua disposição. É preciso ir além, porque uma inércia verdadeiramente deliberada demanda afirmar que essa ciência e qualidade de escolha de inação se fundam em uma mente apta a compreender o panorama da própria esfera jurídica e, sobretudo, desejando, agir em exercício da pretensão. Inércia qualificada pressuporia, portanto, *capacidade*. Finalmente, de nada valeria saber ter pretensão, e ter capacidade de exercê-la, se concretamente dito exercício fosse obstado por fatos externos e irresistíveis. A fluência do prazo prescricional pressuporia, então, por fim, a inexistência de *caso fortuito ou força maior* que obste o exercício da pretensão.

²⁶¹ A doutrina comparatista traduz esse sentimento ao afirmar que «*it would be manifestly unjust to hold a creditor accountable for not bringing an action against his debtor if he either was unable or could not reasonably be expected to do so*» (ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 78).

²⁶² PATTI, Salvatore. **Profili della Tolleranza nel Diritto Privato**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1978, p. 176.

²⁶³ «Efetivamente, a incidência da prescrição, como punição da inércia que é, só se justifica quando o lesado podia agir e não agiu, seja porque não tinha ciência da lesão, ou de suas consequências, seja porque devia aguardar o desenrolar de trâmites legal ou contratualmente determinados. É óbvio que se a vítima não pode exigir, não há inércia punível com o encobrimento da pretensão, pela prescrição. E, sem essa ausência de uma atividade que poderia ter sido levada a efeito, mas não o foi, não há prescrição.» (MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o dies a quo do prazo prescricional. **Revista Eletrônica Ad Judicata**, v. I, p. 1–24, 2013. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a3f8877059.pdf>, excerto na p. 19).

²⁶⁴ «Ato humano é o fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação “fato, homem”), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 373).

Seja consentido começar pelo fim para afirmar que todas essas construções são possíveis em tese, porém, em concreto, contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro. A inércia no sistema nacional é considerada objetivamente, em regra: diante da pretensão, tomada como exercitável em abstrato, fluirá o prazo prescricional, ainda que, em concreto, o titular não saiba tê-la, não possa exercê-la ou, podendo em tese, concretamente se veja obstado²⁶⁵. É ato-fato, conduta humana tomada sem considerações de qualificação volitiva²⁶⁶. Isso não quer dizer que ciência, capacidade e concreta exercibilidade, ou, para formular de maneira mais ampla, uma apreciação meritória dos «porquês da inércia», seja dado irrelevante ao direito privado brasileiro. Já se afirmou acima que a inércia é tomada «*com algum juízo de valor*». Diligência e negligência, ou, em espectro mais amplo, razoável tutela creditícia e razoável proteção debitória, são *valores* que o legislador brasileiro tomou em conta para talhar, no ordenamento, sulcos protetivos a bem daqueles que a sociedade tenha por bem salvaguardar da prescrição. Não são, sem embargo, *pressupostos dogmáticos* invocáveis quando da aplicação da disciplina prescricional. A irrelevância da ciência – quando menos, com força fundante, central à operação da prescrição no Brasil – quem faz ver é o Código Civil.

Rompendo o silêncio do Código Bevilacqua a esse respeito, o Código Civil descreve o fenômeno prescricional para afirmar que «*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*». A lei não afirma o requisito da ciência, ou dever de ciência, do titular, sobre a pretensão, como pressuposto para verificação do prazo prescricional, mas, antes, apenas que haja pretensão e passe o tempo. Somar pressupostos onde a lei silencia é, parece, legislar e não interpretar a lei. Poder-se-ia, a isso, objetar para dizer que o dispositivo também não fala de muitas outras coisas de relevo à prescrição, v.g.,

²⁶⁵ «Para que nasça a pretensão não é pressuposto necessário que o titular do direito *conheça* a existência do direito, ou a sua natureza, ou validade, ou eficácia, ou a existência da pretensão nascente, ou da sua extensão em qualidade, quantidade, tempo e lugar da prestação, ou outra modalidade, ou quem seja o obrigado, ou que saiba o titular que a pode exercer» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 117).

²⁶⁶ «Entrando no mundo jurídico o suporte fático, temos, nesse mundo, mais um *fato jurídico*, que havemos de considerar *ato-fato jurídico*, devido ao ato humano negativo, talvez involuntário, que é de mister ao suporte fático» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 112). No panorama italiano, a propósito da inércia, afirmou-se igualmente que «*l'orientamento interpretativo largamente maggioritario sostiene che il tempo decorra ai fini prescrizionali indipendentemente dall'indagine in ordine alla sfera volitiva del titolare del diritto / A orientação interpretativa largamente majoritária sustenta que o tempo corre para fins de prescrição, independentemente da investigação sobre a esfera volitiva do titular do direito*» (SPINA, Giulio. I presupposti della prescrizione. In: **Prescrizione e decadenza. Come farle valere in giudizio e relative strategie processuali** (a cura di Luigi Viola, coordinamento di Michelle Filippelli). Vicenza: Wolters Kluwer e CEDAM, 2015, p. 58).

os casos em que a pretensão surge antes da violação (sobre os quais se falou, com maior vagar, no capítulo precedente), ou mesmo a inércia, ou ainda as hipóteses em que a conduta positiva do titular servirá a afetação do prazo. Essa seria, contudo, uma objeção equivocada. O surgimento da pretensão antes da violação de direito tem autoridade em dispositivos expressos da mesma lei, que a reconhecem, e com base na autoridade destes artigos que se afirma que a cláusula geral de prescrição conta uma história, senão completamente errada, quando menos substancialmente incompleta. A relevância da inércia, igualmente, se constrói por quebra-cabeças, porque a lei exclui a fluência do prazo prescricional, para os inertes, nas causas de impedimento ou suspensão do prazo prescricional (CC, art. 197 a 201); e a lei restitui a integralidade do prazo uma vez para aqueles que rompem a inércia em dadas circunstâncias (CC, art. 202 a 204), e diversas vezes para aqueles que rompem a inércia pela ação em juízo (CC, art. 202, p.u.).

O ponto que se quer fazer é, aqui, bastante objetivo. O recorte de relevância da inércia, e das potenciais qualificadoras da inércia, exatamente como sucede com a violação, ou com o que mais se cogite ao regime prescricional, precisa ter arrimo no corpo da lei e não nas cogitações que o intérprete repute *poderia ser* um regime de razoável exercício ao credor e razoável proteção ao devedor (e sem irrazoável exercício do credor e irrazoável proteção do devedor). As opções possíveis, para tanto, são as mais variadas, mas a opção feita pode ser apenas uma.

No regime central de direito privado, apenas **(i)** as pretensões fundadas em fatos que reclamam investigação criminal (CC, art. 200; LSA, art. 288²⁶⁷); e **(ii)** o contrato de seguro têm expresso reclamo de ciência da pretensão (CC, art. 206, §1º, b). O contrato de seguro não atrai desafio interpretativo, mas apuração no juízo criminal merece ao menos breves considerações. Como bem pontuou a jurisprudência, do referido dispositivo, pode-se extrair a necessidade «*de haver uma relação de subordinação entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível*»²⁶⁸. É eco prescricional da vinculação sobre autoria de fatos, pelo juízo cível, àquele criminal (CC, art. 935); ainda que haja evidências desde logo, a ciência (= certeza da vinculação quando do exercício da pretensão material civil) advém apenas da decisão criminal transitada em julgado. Apuração não implica ajuizamento de ação penal. Estão incluídos nesse escopo **(i)** a só existência do inquérito policial, que a rigor

²⁶⁷ É de se notar que no regime societário não apenas a apuração criminal é tomada em conta, como há intercâmbio de prazos, para se assegurar que a prescrição privada nunca seja inferior à penal. Assim as lições de EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada (vol. 3)**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 618 e ss.

²⁶⁸ STJ, AgRg no REsp 1320528/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, disponibilizado no DJe em 4 de setembro de 2012.

não é conduzido perante o juízo criminal, mas depende de decisão judicial para homologação de seu arquivamento (CPP, art. 18) e tem, em dito arquivamento, relevante juízo cognitivo de mérito, a ponto de obstar a propositura de ação penal sem novas provas (STF, súmula 524); e o (ii) ato infracional, que a rigor não corre perante juízo criminal, mas implica persecução pela autoridade mediante o mesmo inquérito policial (CPP, art. 15), tendente à imputação de responsabilidade por ato descrito como crime ou contravenção penal a quem, incidentalmente, seja menor (ECA, art. 103).

Apuração igualmente não reclama condenação, porque, diversamente do *Codice*, não se exige que o ato efetivamente constitua crime, não se equiparam os prazos prescricionais civil e criminal, e não se afasta a incidência da norma em caso de absolvição, por prescrição, do juízo criminal (art. 2.947²⁶⁹). O direito brasileiro reclama apenas que haja gravidade para, concretamente²⁷⁰, se deflagrar a apuração criminal, para voltar a fluir do trânsito em julgado da sentença. Se o indiciado for exculpado pelo arquivamento, ou o réu for absolvido, por motivos típicos de imputação penal (v.g., legítima defesa, ou prescrição, como a Lei das S.A. cogita expressamente), mas a autoria dos fatos ensejadores da pretensão civil lhe for sem embargo imputada, fluirá o prazo igualmente da sentença final (nesse caso, absolutória ou homologatória, conforme o caso)²⁷¹. Finalmente, como o Superior Tribunal de Justiça já decidiu com acerto, a lei não exige correspondência subjetiva necessária entre investigado, ou eventual condenado, e devedor prejudicado pela não-fluência do prazo prescricional:

²⁶⁹ *Codice*, Art. 2947. Prescrizione del diritto al risarcimento del danno. (...) In ogni caso, se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile. Tuttavia, se il reato è estinto per causa diversa dalla prescrizione o è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio penale, il diritto al risarcimento del danno si prescrive nei termini indicati dai primi due commi, con decorrenza dalla data di estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile. / Art. 2947. Prescrição do direito à indenização por danos. (...) Em qualquer caso, se o fato é considerado pela lei como um crime e para o crime uma prescrição mais longa é estabelecida, esta também se aplica à ação civil. No entanto, se a infração for extinta devido a uma causa diferente da prescrição, ou houver uma sentença imodificável no juízo criminal, o direito à indenização por danos é prescrito nos termos indicados nos dois primeiros parágrafos, a partir da data da extinção do crime ou da data em que a sentença se tornou imodificável.

²⁷⁰ Em caso de acusação por falsificação de receituário médico, apurado apenas por órgão ético profissional, o Superior Tribunal de Justiça corretamente declinou de aplicar o art. 200 do Código Civil (STJ, REsp 1.660.182/GO, 3ª turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20 de março de 2018. A doutrina igualmente não duvida que a só possibilidade, em tese, de apuração, não atrai a incidência do art. 200 (MATIELI, Louise Vago. Análise funcional do art. 200 do Código Civil. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 231–271, em especial p. 247 e ss).

²⁷¹ O Superior Tribunal de Justiça reputou que a pretensão de indenização por morte de menor em piscina, dirigida a uma associação mantenedora de clube, seguiu suspensa no curso de ação criminal que apurou responsabilidade de seu presidente – presidente este, ao final, absolvido. (STJ, AgInt. no REsp 1.720.865/CE, 3ª turma, rel. Marco Aurélio Belizze, j. em 22 de maio de 2018).

em casos de responsabilidade solidária, a investigação contra o autor dos fatos impedirá a fluência do prazo para toda a cadeia de corresponsáveis²⁷².

Esse cotejo entre a letra dos dispositivos e aquela do *caput* do art. 189 é, em alguma medida, eloquente: houvesse o legislador silenciado sobre ciência em todo o Código, alguém poderia cogitar (ainda assim, sem razão) cuidar-se de um pressuposto dogmático consolidado. O argumento já não se sustenta quando o legislador, que exclui, pelo silêncio, a ciência da regra fundante do sistema, a reconhece em hipóteses de ilícitos particularmente graves (dada a natureza excepcional da tutela criminal) e em tipo contratual particular. E não apenas aí o faz, mas também, já fora do Código, no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, quando afirma que se inicia «*a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria*». Aqui já não se cogita apenas do saber-se titular, mas, concretamente, ter domínio sobre a integralidade da relação jurídica: credor, crédito e devedor, em hipótese de responsabilidade civil por fato do produto ou do serviço. Natural que assim seja, no ambiente mais protetivo da lei especial consumerista.

É interessante notar que a escolha da relevância da ciência não é dada, pelo legislador, no regime de tudo-ou-nada, vale dizer, sabe-se ou não dos fatos subjacentes da pretensão e, partir daí, corre ou não o prazo prescricional. Para entes de existência ideal, no campo do direito societário, o legislador diversas vezes recorre a eventos em que *potencialmente* se tomaria ciência de determinados fatos e, mais ainda, em alguns casos, se *debateria sobre ditos fatos* no seio social, pelo conclave dos órgãos competentes a dita análise. É o que sucede, por exemplo, com a responsabilidade civil dos administradores, que corre da apresentação, aos sócios, do balanço do exercício em que a violação haja sido praticada, ou da reunião ou assembleia que dela deva tomar conhecimento (CC, art. 206, §3º, VII). Regra análoga, com sutil diferença, incide sobre essas pessoas no regime das sociedades anônimas, quando a fluência do prazo, também trienal, se dará já não da apresentação do balanço ou da reunião ou assembleia, mas da publicação da ata que aprovar dito balanço (LSA, art. 287, II, «b»). É evidente que o legislador quis, aqui, condicionar a fluência do prazo ao momento em que, *com alguma probabilidade*, o suporte fático do direito subjetivo de crédito e da pretensão navegaria as entranhas da sociedade para desembocar nas suas porções decisórias, em um

²⁷² É o que sucede, por exemplo, em inúmeros precedentes que consideram suspenso o prazo prescricional em desfavor de transportadora, enquanto a responsabilidade criminal do motorista é apurada em juízo criminal (por todos, pela análise particularmente profunda: STJ, REsp n.º 1.135.988/SP, 4ª turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 8 de outubro de 2013).

contexto de adequada organização societária²⁷³. É possível, nada obstante, que a ciência efetiva se dê antes; é possível, alternativamente, que a sociedade siga ignorante a propósito de sua pretensão, depois. Ou ainda: é possível que se saiba sofredora de uma perda, mas não saiba seu causador²⁷⁴. Nada disso deve relevar, porque o legislador deu clareza, em política legislativa positivada, ao ponto de partida único da prescrição. Esse ponto de partida é superável apenas se a sociedade deixar de realizar o conclave deflagrador do prazo, já que, como se expôs antes (v. item III.1), a ausência de conduta do titular da pretensão tendente à deflagração do prazo prescricional não pode militar em seu favor. Nesses casos, não é difícil concluir, a fluência se dá da data-limite, legalmente instituída, para a prática do ato tendente à tomada de conhecimento do suporte fático ensejador da pretensão.

O equívoco de supor que o filtro subjetivo da ciência seja um pressuposto dogmático da prescrição, ou de imaginar que o regime se dê, necessariamente, em formato de tudo-ou-nada, é tornado ainda mais nítido por um olhar ao direito estrangeiro. O regime italiano é objetivo: a prescrição flui do momento em que a pretensão se pode fazer valer, o que a doutrina e jurisprudência não duvidam se julgue em abstrato, e não tomando em conta se o titular, concretamente, sabia e poderia fazê-la valer²⁷⁵. O mesmo sucede com o regime português, que se vale da mesma locução e

²⁷³ «A LSA estabelece, na Assembleia Geral Ordinária, um momento solene, em que são submetidas para aprovação assemblear não só as demonstrações financeiras como as contas da administração. Pela importância que lhe é atribuída, a LSA cerca este momento com procedimentos específicos e detalhados, desde a documentac⁷ão necessária, presença obrigatória de administrador, fiscal e auditor e ainda prescrevendo a proibição de voto dos administradores, por si ou como procuradores (v. §§ 262-267). Tudo isso se justifica pelos efeitos que podem decorrer da Assembleia Geral Ordinária, sendo os mais eloquentes deles as aprovações das demonstrações financeiras e das contas dos administradores». (CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Conselho de administração e diretoria. Direitos e responsabilidades. In: **Direito das Companhias**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1084–1262, excerto na p. 1252)

²⁷⁴ A doutrina não o ignora, tratando amiúde da hipótese de propositura de ação de responsabilidade depois de se haver aprovado contas em erro, com o correlato efeito liberatório dos administradores. Não só a prescrição flui nessa hipótese, como a busca por segurança jurídica põe ainda outra barreira à frente do credor: a decadência do direito de anular a quitação resultante do conclave assemblear. (ROSMAN, Luiz Alberto Colonna; BULHÕES-ARIERIA, Bernardo A. de. Prazos prescricionais em espécie. In: **Direito das Companhias**, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2093–2116, matéria tratada nas pp. 2181 e ss).

²⁷⁵ «Secondo una tradizionale e consolidata interpretazione giurisprudenziale quella che impedisce il decorso della prescrizione è solo l'impossibilità giuridica di far valere il diritto, riscontrabile esclusivamente in presenza di impedimenti giuridici (...) La principale ipotesi di impossibilità di fatto dell'esercizio del diritto è rappresentata dall'ignoranza del titolare circa l'esistenza del suo diritto. Trattandosi di un impedimento di fatto si afferma comunemente che essa non preclude la decorrenza della prescrizione / Segundo uma tradicional e consolidada interpretação jurisprudencial, a impossibilidade que impede o decurso da prescrição é só aquela jurídica de fazer valer o direito, localizável apenas na presença de impedimentos jurídicos (...) A principal hipótese de impossibilidade de fato de exercício do direito é representada pela ignorância do titular acerca da existência do seu direito. Tratando-se de um impedimento de fato, afirma-se comumente que não impede a decorrência da prescrição» (BIANCA, Cesare Massimo. **Le garanzie real; la prescrizione**. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pp. 505-506).

ignora o filtro da ciência (CCPort., art. 306º, (1)²⁷⁶), fato igualmente aceito com naturalidade pela doutrina local²⁷⁷. O ordenamento francês é misto, porque (i) o ponto de partida da prescrição é o momento em que o titular conhece os fatos que autorizem seu exercício, temperado, contudo, dito subjetivismo (ii) com a fluência alternativa do prazo a partir do momento em que o titular *devesse conhecer* ditos fatos (*Code*, art. 2.224²⁷⁸; no mesmo sentido, o PECL, art. 14:301²⁷⁹; e (iii) com a limitação puramente objetiva do prazo prescricional ao teto de vinte anos (*Code*, art. 2.232²⁸⁰). Essa introdução de dois prazos, um subjetivo, mais breve, e um objetivo, mais longo, recebeu da doutrina internacional a alcunha de «*short stop - long stop*», e é inovação alemã que ganha força no cenário romano-germânico como um todo²⁸¹. O regime alemão propõe, como regra, que dois prazos prescricionais fluam simultaneamente: um *objetivo*, desencatilhado pelo nascimento da pretensão (BGB, §199, (1), «1»), outro *subjetivo*, desencatilhado pela ciência ou dever de ciência (aplicado ao dever de ciência o filtro de culpa grave, bastante benéfico ao titular da pretensão) (BGB, §199, (1), «2»). Os prazos não fluem, em um ou outro caso, do momento em que ditos fatos (surgimento

²⁷⁶ CCPort., Artigo 306º. (Início do curso da prescrição). 1. O prazo da prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido; se, porém, o beneficiário da prescrição só estiver obrigado a cumprir decorrido certo tempo sobre a interpelação, só findo esse tempo se inicia o prazo da prescrição.

²⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil, t. V. Parte geral, exercício jurídico**. 2ª. Coimbra: Almedina, 2015, p. 203.

²⁷⁸ *Code*, Article 2.224. Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. / Art. 2.224. As ações pessoais ou mobiliárias prescrevem em cinco anos a contar do dia em que o titular do direito sabia, ou deveria saber dos fatos que o permitiriam exercer.

²⁷⁹ PECL, Article 14:301: Suspension in case of ignorance. The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably know of: (a) the identity of the debtor; or (b) the facts giving rise to the claim including, in the case of a right to damages, the type of damage. / Artigo 14:301: Suspensão em caso de ignorância. A fluência do prazo de prescrição fica suspensa enquanto o credor não souber e não puder razoavelmente saber: (a) a identidade do devedor; ou (b) os fatos que originaram a pretensão, incluindo, no caso de um direito a indenização, o tipo de dano.

²⁸⁰ *Code*, Article 2.232. Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. (...) / Artigo 2.232. O ponto de partida do termo, a suspensão ou a interrupção da prescrição não pode ter o efeito de estender seu prazo para além de vinte anos a contar do dia de nascimento do direito.

²⁸¹ «Prescription must not be deferred indefinitely; at some stage, the parties have to be able to treat an incident as undoubtedly closed. This is why a relative period (the running of which is tied to the discoverability criterion) must be supplemented by a maximum period (long stop), tied to an objective criterion, at the expiry of which prescription occurs in any way. / A prescrição não deve ser adiada indefinidamente; em algum momento, as partes devem poder tratar um incidente como indubitavelmente superado. É por isso que um prazo inicial (cujá fluência está vinculada ao critério da descoberta) deve ser complementado por um prazo máximo (*long stop*, limite longo), vinculado a um critério objetivo, ao fim da qual a prescrição ocorre de qualquer forma.» (ZIMMERMANN, Reinhard. Prescription. In: **The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, vol. II**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1306–1310, excerto na p. 1308). Em mesmo sentido, PATTI, Salvatore. Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 64, p. 21–36, 2010, em especial p. 27

da pretensão, ciência ou dever de ciência) se verifiquem, mas sim de forma diferida, a partir do fim do ano em que ditos fatos se verifiquem (BGB, §199, *caput*), e a prescrição se dará como verificada quando o primeiro destes prazos se completar (BGB, §199, (3))²⁸².

O Brasil está, como regra geral, com a Itália e Portugal, e não com Alemanha e França. Mesmo as soluções de compromisso, que restringem o pressuposto da ciência a hipóteses fixadas por regime de presunções, não satisfazem, parece correto dizer, a letra da lei²⁸³. Como se antecipou pontualmente acima, e se retomará no item III.4, abaixo, as causas de impedimento, suspensão e interrupção da prescrição são as bitolas do sistema para mitigar proteger o credor, nada obstante inerte, em diversas situações julgadas pelo legislador socialmente relevantes. A ciência não está listada dentre elas, o que não avilta a posição do ordenamento brasileiro no mapa romano-germânico, como faria crer a doutrina resolutamente subjetivista; antes, apenas o situa com clareza nesse eixo. Parecem sem razão, dado o contexto de extrema litigiosidade da realidade

²⁸² BGB, § 199 Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Verjährungshöchstfristen. (1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. (2) Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. (3) Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren 1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und 2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist die früher endende Frist. / § 199. Início do período de prescrição padrão e prazos máximos de prescrição. (1) A menos que outro início de prescrição seja previsto, o prazo padrão de prescrição começa no final do ano em que: 1. a pretensão surgiu e 2. o credor tem conhecimento das circunstâncias que originaram a pretensão e da identidade do devedor, ou teria obtido tal conhecimento se ele não tivesse mostrado negligência grosseira. (2) Os pedidos de indenização por danos causados à vida, ao corpo, à saúde ou à liberdade, independentemente da forma como surgiram e apesar do seu conhecimento ou falta de conhecimento grosseiramente negligente, prescrevem trinta anos a contar da data do ato, violação do dever ou outro evento que causou o dano ocorrido. (3) Outros pedidos de indenização por perdas e danos prescrevem 1. sem conhecimento ou negligência grosseira, dez anos depois de surgirem e 2. independentemente de como surgiram e de conhecimento ou falta de conhecimento grosseiramente negligente, trinta anos a data em que o ato, violação do dever ou outro evento que causou o dano ocorreu. O período que termina primeiro é aplicável.

²⁸³ Parte da doutrina recorre a ditas presunções para afirmar que (i) a fluência do prazo prescricional ocorre quando o devedor deveria se saber titular de sua pretensão; (ii) esse dever nunca ocorre em ilícitos absolutos, mas sempre ocorre no caso de pretensões oriundas de negócios jurídicos, pelo que (iii) a responsabilidade aquiliana dependeria do filtro subjetivo da ciência e, por presunção de violação ao dever de saber, a responsabilidade contratual fluiria do surgimento da pretensão (SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 217). A exemplo do que se disse a propósito do filtro subjetivo como um todo, essa variante parece, ao estudo, igualmente possível em tese, mas não conformável ao texto do Código Civil em concreto.

brasileira, as críticas que reclamam um «recorte ético» de abrandamento desse traço do sistema nacional²⁸⁴.

A matéria de capacidade, no direito brasileiro, tem expressa solução legal e demanda, por isso mesmo, menor esforço argumentativo. Para os menores impúberes não corre a prescrição (CC, art. 198, I, c/c art. 3º)²⁸⁵; para os relativamente incapazes, corre a prescrição, independentemente de terem a seu dispor curadores, tutores ou, conforme o caso, apoiadores para tomada de decisão apoiada (CC, art. 1.783 e ss). A lei deixa sem proteção deficientes mentais; deixa sem proteção menores púberes que, nada obstante cientes e desejosos do exercício da pretensão, não possam fazê-lo por conta própria. A ausência de subordinação da prescrição a uma concreta possibilidade de exercício salta aos olhos: a inércia é tomada objetivamente, pois, ainda que o relativamente incapaz se saiba titular, será vulnerado se permanecer inerte por restrição da lei, ou por força de sua imaturidade. O regime brasileiro não destoa completamente do cenário internacional, apesar de ser, por força das mudanças do Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, o mais rigoroso dos regimes aos doentes mentais: v.g., na França algumas pretensões são prescritíveis para incapazes (*Code*, art. 2.235)²⁸⁶; na

²⁸⁴ ROSENVALD, Nelson. Prescrição: da exceção à objeção. In: **Questões contemporâneas de Direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 139–154, p. 141.

²⁸⁵ A norma protetiva é ampla e não ressalva, como ocorre em outros países, sua eficácia ao momento de constituição de representante legal. Por isso, sem razão o Superior Tribunal de Justiça quando restringe o benefício que a lei outorga ao incapaz, para determinar que «o exercício da pretensão de indenização do seguro obrigatório (DPVAT), nos casos do absolutamente incapaz, fica postergado para o momento do suprimento da incapacidade, assim reconhecido por sentença judicial de interdição e nomeação de curador transitada em julgado, contando-se a partir de então a prescrição» (STJ, REsp n.º 1.595.136/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão monocrática, j. em 28 de novembro de 2017). Como o art. 195 deixa claro, apenas os relativamente incapazes têm regresso contra seus representantes, porque é apenas contra eles, e não contra os absolutamente incapazes, que corre a prescrição. O ponto foi objeto de debate legislativo e a comissão revisora tornou o ponto inequívoco, como a doutrina explica: «Propôs-se, ainda, por meio da emenda n. 256, que se estendesse aos absolutamente incapazes o benefício (atual art. 195) que têm os relativamente incapazes, ou seja, “ação contra os seus assistentes ... que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente”. Em sentido contrário, manifestou-se a Comissão Revisora, verbis: “A emenda visa a incluir, no artigo 193, o absolutamente incapaz. Alega a justificativa que se deve manter o disposto no art. 164 do Código atual que diz respeito aos incapazes em geral e não somente aos relativamente incapazes. Há equívoco nessa afirmação. Os comentadores do artigo 164 do Código atual salientam que esse dispositivo só diz respeito aos relativamente incapazes, pois, pelo artigo 169, I, do Código vigente, não corre prescrição contra os absolutamente incapazes, e a responsabilidade a que alude o artigo 164 do Código Civil só se dá se os representantes ‘derem causa à prescrição’. Vide, a propósito, Clóvis Beviláqua, *Comentários*, vol. I, 9ª ed., pág. 465, Rio de Janeiro, 1951, e Eduardo Espínola, *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. I, pág. 476, Bahia, 1918. Pelo Projeto (196, I), também não corre prescrição contra absolutamente incapaz”» (MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. Com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 153-154).

²⁸⁶ *Code*, Article 2235. Elle ne court pas ou est suspendue contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf pour les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts. / Art. 2.235 Não corre ou suspende-se contra os menores não emancipados e os maiores em tutela, exceto

Alemanha, os prazos fluem livremente se o incapaz ou relativamente incapaz tem representante e, se não tem, fluem igualmente, porém, têm seu termo final estendido para até 6 (seis) meses depois de adquirirem plena capacidade, ou se constituir representante (BGB, § 210²⁸⁷). Aversa à rigidez do regime nacional, a doutrina tergiversou, para afirmar que o *contra non valentem non currit praescriptio* teria fundamento legal porque «para além da ampla aceitação doutrinária, o adágio pode ser extraído, como princípio geral, da própria lógica que inspira as causas obstativas, inclusive (mas não apenas) em face do incapaz²⁸⁸» – o que é naturalmente impossível, porque doutrina não é lei e princípio geral se aplica à ausência de lei (LINDB, art. 4º), mas lei há, e com rol taxativo. Como se nota, quer da leitura da lei nacional, quer da comparação própria com o direito estrangeiro²⁸⁹, a concreta exercibilidade de

para as ações em pagamento ou em repetição de salários, em atraso de anuidade, pensão alimentícia, aluguéis, arrendamentos, encargos de aluguel, juros dos montantes emprestados e, geralmente, ações em pagamento de tudo o que é pagável em anos ou em períodos periódicos mais curtos.

²⁸⁷ BGB, § 210 Ablaufhemmung bei nicht voll Geschäftsfähigen. (1) Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so tritt eine für oder gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die Person unbeschränkt geschäftsfähig oder der Mangel der Vertretung behoben wird. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate. (2) Absatz 1 findet keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozessfähig ist. / § 210. Suspensão do termo do prazo de prescrição no caso de pessoas sem capacidade plena para contratar. (1) Se uma pessoa incapaz de contratar ou com capacidade limitada para contratar não tiver representante legal, um período de prescrição em seu benefício ou detrimento não termina até seis meses após o momento em que a pessoa adquire capacidade ilimitada de contratar ou falta de representação é remediada. Se o prazo de prescrição for inferior a seis meses, o período especificado para a prescrição substitui o período de seis meses. (2) A subseção (1) não se aplica na medida em que uma pessoa com capacidade limitada para contratar seja capaz de processar e ser processada.

²⁸⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Incapacidade civil e discernimento reduzido como causas obstativas da prescrição e da decadência. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 39–94, excerto à p. 67. Às pp. 93-94, à guisa de conclusão, os autores abordam de forma ainda mais direta sua proposta de desprendimento do texto da lei, para propor «em perspectiva funcional, uma releitura das causas suspensivas e interruptivas da prescrição, mais concreta à realidade do titular do direito e sua eventual vulnerabilidade (...). Em perspectiva civil-constitucional, impõe-se mitigar o rigor estruturalista dos referidos institutos, em busca de uma lógica funcional e valorativa, que sugere a revitalização [contra legem, anote-se, porque a lei revogou o texto que o fazia] do critério do discernimento em matéria de incapacidade civil e uma maior valorização do termo inicial de fluência como parâmetro decisivo para a proteção dos interesses das partes sujeitas à prescrição e decadência, matérias aqui identificadas como problemas de merecimento de tutela em sentido estrito. Não devem prosperar, nesse sentido, os entendimentos que findem, direta ou indiretamente, por fazer da prescrição e da decadência institutos infensos à tábua axiológica constitucional.» Com os autores, nada obstante reconhecendo a necessidade de reforma legislativa, AFFONSO, Filipe José Medon. Caminhos para a verdadeira proteção e igualdade: uma releitura do art. 198 do Código Civil. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 95–112.

²⁸⁹ Mesmo nos regimes mais protetivos, os impedimentos absolutos de agir – pelo ângulo da ciência ou por qualquer outro – são tornados irrelevantes pela incidência dos prazos de segurança, em formato long-stop. Nesse sentido, v.g., na França, a doutrina esclarece que «l'article 2.232 du Code Civil fixe un délai butoir bidécennal au-delà duquel toute action est prescrite, peu importante les causes de suspension ou d'interruption ayant pu l'affecter. Ce délai continue donc en principe à courir contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir» / o artigo 2.232 do Código Civil fixa um prazo prescricional bidecenal ao fim do qual toda ação está prescrita, pouco importando as causas de suspensão ou interrupção que

pretensões – ou, por ângulo diverso, a qualidade motivacional da inércia – é tomada como fonte de inspiração para estabelecimento de regras, nunca, ela própria, como regra absoluta.

O mesmo se poderia dizer da força maior ou do caso fortuito: sua relevância é possível ao desenho do regime, mas, concretamente, tem relevo normativo apenas a impossibilidade de manejo de ação de direito processual imputável ao Estado-Juiz. Explica-se melhor. O Código Civil cuida da incidência do caso fortuito e da força maior para fins de rompimento causal de conduta, ou imputação de responsabilidade extraordinária, em diversas oportunidades. Fá-lo para restringir sua eficácia no regime obrigacional por coisa incerta, antes da escolha (CC, art. 246); para excluir sua relevância indenizatória, salvo em caso de expressa assunção desse risco extremo pelo devedor (CC, art. 393), e para inverter essa regra nos casos de mora (CC, art. 399); para alocar o risco em hipótese particular de compra-e-venda por coisa incerta, no ato de especificação (contagem, marcação ou assinalação; CC, art. 492, caput e §1º); para impor o risco da coisa ao locatário em mora (CC, art. 575); para impor o risco da coisa ao comodatário que privilegie a salvação de suas coisas, em detrimento daquelas do comodante (CC, art. 583); para extremar a responsabilidade do mandatário por atos daqueles substabelecidos contra ordem do mandante (CC, art. 667. §1º); e para fixar a responsabilidade do gestor de negócios que aja contra vontade manifesta ou presumível do interessado, que conduza operações arriscadas ou que privilegie seus interesses sobre os negociais (CC, art. 862 c/c 868).

Com relação à prescrição, contudo, o Código não cuida do fortuito ou da força maior como dados abstratamente relevantes ao surgimento, a bem do devedor, da exceção prescricional. Vale dizer: na balança entre tutela pela inércia compreensível (afinal, o titular não exerceu pretensão porque não podia) e a segurança jurídica (afinal, o devedor não contribuiu para a impossibilidade de exercício da pretensão), a escolha pende para esta em detrimento daquela²⁹⁰. A doutrina internacional dá panorama internacional com variados graus de proteção para força maior²⁹¹; às vezes como regra

se lhe poderiam afetar. Esse prazo continua então em princípio a correr contra aquele que se encontre em impossibilidade absoluta de agir» (BIGUENET-MAUREL, Cécile. **Dictionnaire de la prescription civile**. 2ª. Levallois: Editions Francis Lefebvre, 2014, p. 418).

²⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 172. O autor diverge, contudo, quanto à relevância da suspensão do funcionamento judiciário, restringindo às diligências do credor-autor para a citação a eficácia dilatória de prazos pelo fechamento forense.

²⁹¹ ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 129 e ss.

absoluta (*Code*, art. 2234²⁹²; Código Civil de Quebec, art. 2904²⁹³); às vezes com eficácia restrita a períodos mais ou menos extensos de avizinhamento ao prazo prescricional fatal (BGB, §206²⁹⁴ e CCPort., art. 321, I²⁹⁵). A hipótese mais vizinha à brasileira é a Suíça, em que a lei ressalva apenas o impedimento judicial – e lá, como aqui, a interpretação é disputada²⁹⁶.

Uma única exceção tem tradicional acolhida jurisprudencial: o fechamento do fórum que impeça a propositura de ação de direito processual – por excelência, providência necessária para interrupção retroativa da fluência do prazo prescricional, por força da citação (CC, art. 202, I, c/c CPC, art. 240). Com a migração do processo civil brasileiro para a era digital, a concreta operação física dos fóruns se torna e se tornará, cada vez mais, irrelevante. A questão merece análise cuidadosa, sem embargo, porque (i) o problema segue existente; e (ii) seu racional se traduz com fluidez para as hipóteses não raras de «indisponibilidade de sistema», falhas técnicas que obstem o ajuizamento de ações com a mesma força das antigas portas fechadas.

Parte da jurisprudência se refere ao art. 132, §1º, do Código Civil para afirmar que os prazos civis não vencem em feriados (incluídos, aqui, dias não úteis em geral), e sim no primeiro dia útil subsequente²⁹⁷. O recurso é sem dúvidas correto, porque prescrição é tema de direito material, mas resolve apenas parte das controvérsias: uma

²⁹² *Code*, Art. 2234. La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure. / Art. 2234. A prescrição não corre ou é suspensa contra aquele que se encontre impossibilitado de agir por um impedimento resultante da lei, da convenção ou de força maior.

²⁹³ CCQuébec, art. 2904. La prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres. / art. 2904. A prescrição não corre contra as pessoas que impossibilitadas de fato de agir, seja por iniciativa própria, seja por seus representantes.

²⁹⁴ BGB, § 206 Hemmung der Verjährung bei höherer Gewalt. Die Verjährung ist gehemmt, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist. / § 206. Suspensão de limitação em caso de força maior. A prescrição fica suspensa enquanto, nos últimos seis meses do prazo de prescrição, o credor for impedido de exercer seus direitos por força maior.

²⁹⁵ CCPort., art. 321º (Suspensão por motivo de força maior ou dolo do obrigado) 1. A prescrição suspende-se durante o tempo em que o titular estiver impedido de fazer valer o seu direito, por motivo de força maior, no decurso dos últimos três meses do prazo.

²⁹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 130.

²⁹⁷ Parte da doutrina exclui a incidência do dispositivo, para considerar que os prazos prescricionais vencem ainda que em feriados, ou dias não-úteis em geral. Não está correto dizê-lo: os prazos iniciais da prescrição são ditados pela sua disciplina específica; sobre os finais, a lei não cuida, de modo que é apenas natural que se recorra, para dita normativa, à regra de contagem inserta na parte geral do Código. Parece, com efeito, fazer pouco sentido que o vencimento da obrigação e sua exigibilidade não-corram de dias não-úteis, mas o exercício da pretensão encontre óbice «terminativo» nestas datas, especialmente quando a lei diz que o regramento genérico muda apenas em caso de «disposição legal ou convencional [aqui, proibida, pelo art. 192] em contrário». (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 194).

segunda-feira de greve forense é, nada obstante a inatividade do ofício distribuidor, um dia útil para fins do Código Civil. O impedimento de propositura nesse cenário não deveria – a se seguir a regra geral – impedir a aquisição de defesa prescricional pelo devedor que, uma vez mais, nada tem que ver com os impedimentos materiais eventualmente sofridos pelo credor titular da pretensão.

Parte da jurisprudência toma então em consideração as regras para prática de atos no Código de Processo Civil para admitir o deslocamento do termo fatal prescricional no primeiro dia de funcionamento forense subsequente àquele do ordinário vencimento²⁹⁸. Para a legislação processual, não há dúvidas de que dia sem expediente forense é o mesmo que feriado (CPC, art. 216), e apenas atos excepcionais se praticam em dias não-úteis (CPC, art. 212, caput e §2º, c/c art. 214). Ocorre que o prazo aplicável é o material e não processual civil, sendo certo que o Código Civil ignora expedientes forenses para fins de aferição de feriados. Mais: praticar ato processual é coisa diversa de pretender afetar, por meio de dito ato processual, posição jurídica de direito material. A ausência de possibilidade de prática de ato no último dia do prazo é mais chocante ao olhar do titular porque não resta margem de manobra para salvaguarda de sua pretensão; esse choque, contudo, não basta por si só e se dilui quando se toma em conta que o titular pode ter substancialmente menos tempo para o concreto exercício de sua pretensão se houver prolongadas greves forenses no início, ou no meio do prazo, mas não ao final – hipóteses em que ninguém cogitará de prorrogação de contagem. As causas de impedimento e suspensão de prazos prescricionais, salvaguardas últimas a que poderia o titular recorrer, igualmente não socorrem seus interesses nesse caso. Em uma hipótese de greve particularmente prolongada, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo levou esse raciocínio ao extremo para declarar operada prescrição em desfavor de credores que, comprovadamente, tentaram ajuizar ação, sem sucesso²⁹⁹.

²⁹⁸ «Como qualquer outro prazo processual, o prescricional está submetido à determinação do art. 184, § 1º, I do CPC, que determina a prorrogação do prazo para o dia imediatamente posterior quando a data final do prazo for em dia em que não houver expediente forense.» (STJ, REsp 1.543.961, rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho, decisão monocrática proferida em 31 de março de 2016).

²⁹⁹ «[A] ação de execução por título extrajudicial ajuizada em 22 de setembro de 2004, demonstra a ocorrência da prescrição da nota promissória. Ainda que o Conselho Superior da Magistratura, diante do movimento paredista dos funcionários do Poder Judiciário ocorrido em 2004, tenha publicado o Provimento nº 377/2004 que determinou a suspensão dos prazos processuais a partir do dia 30 de junho, até ulterior deliberação, referida suspensão não pode ser aplicada à hipótese destes autos. A suspensão limita-se ao prazo processual, não amparando o direito material a ser exercido pelo ajuizamento de ação.» (TJSP, Apelação n.º 0004117-25.2009.8.26.0000, rel. Des. Maia da Rocha, 38ª Câmara de Direito Privado, j. em 2 de setembro de 2009). No mesmo sentido: «Execução por quantia certa - Cheques - Prescrição reconhecida - Inocorrência de suspensão do prazo por força da greve dos funcionários do

Se é verdade que (i) ausência de expediente forense não implica feriado para fins civis; (ii) o prazo prescricional é civil e se opera livremente, mesmo com fóruns fechados; e (iii) não há causa de impedimento ou suspensão do prazo incidente à espécie, apenas um permissivo legal que criasse a ponte entre o funcionamento judiciário e a prescrição civil autorizaria a proteção do credor. E dito dispositivo existe: é o art. 240, §3º, do Código de Processo Civil. A norma está inserida no regramento de providências para citação do devedor-réu e sua eficácia retroativa à data do ajuizamento para fins de interrupção do prazo prescricional (CPC, art. 240, §1º); nesse contexto, afirma que «a parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário». Nada sugere que a demora no recebimento da petição inicial em sede de distribuição mereça tratamento diverso da ordem citatória, uma vez distribuída a ação: cuida-se de uma cadeia unitária de providências em tríade, i.e., propositura, despacho citatório, efetiva citação, não propriamente desafiadora para uma interpretação teleológica que ponha o credor-autor em posição de guarida idêntica.

O sistema brasileiro com relação a caso fortuito e força maior pode, portanto, ser assim sintetizado: como regra geral, a prescrição se opera ainda que o exercício da pretensão haja sido obstado, no prazo fatal, por caso fortuito ou força maior. Se o impedimento de exercício consistir em óbice a propositura de ação de direito processual, e se dito impedimento for imputável exclusivamente ao Poder Judiciário, o prazo será prorrogado até o primeiro dia útil de ordinário funcionamento forense. A experiência internacional sugere que temperamentos legais seriam bem-vindos para se estruturar um sistema mais equilibrado, como sugere o olhar internacional acima relatado. Até que dita alteração legal sobrevenha, contudo, o sistema é claro e vinculante, com pouca tutela creditícia no momento extremo de impedimento.

Tudo isso vem a corroborar a qualidade puramente objetiva da inércia, tomada para fins prescricionais. Salvo quando a lei a qualificar³⁰⁰, julgando-a merecedora de proteção por razões de política legislativa variada, a inércia no sistema brasileiro é puro ato-fato. Ciência, capacidade, casos fortuitos ou eventos de força maior têm

Judiciário, visto que no caso o prazo não era processual, mas de direito material, pois destinado ao exercício de direito por meio de ação judicial - Recurso não provido. (Apelação nº 7.285.164-4, Rel. Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado, DJ de 6 de novembro de 2008).

³⁰⁰ Não há, como quis parte da doutrina, um princípio geral do qual se possa deduzir a regra (TESCARO, Mauro. **Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2006, p. 233; BONIFFACY, Émile. **De la règle “contra non valentem agere non currit praescriptio” et de ses applications en matière civile**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit & de Jurisprudence, 1901, p. 203). Há escolhas legislativas, bastantes variadas entre si, e nenhum ordenamento de tradição romano-germânica que a positive de maneira absoluta. A possibilidade concreta de valência é, portanto, um valor relevante, mas não um pressuposto.

limitadíssima influência no curso do prazo, limitada dita influência às expressas previsões legais e tal propósito, e nunca extraível abstratamente, por traço dogmático geral incidente sobre o fenômeno prescricional.

III.3 Decurso do prazo previsto em lei

Sistemas de *common law* estão familiarizados com flexibilizações de prazos prescricionais fundadas não apenas em impedimentos absolutos, mas em atrasos que tenham justa causa³⁰¹. Não é o caso do sistema brasileiro, nem de países de tradição romano-germânica. O art. 189 é claro, como, de resto, são todos os demais assentos legais de prescrição no sistema brasileiro: os prazos são certos e determinados, em meses ou anos. A prescrição só se opera com a integralidade do prazo: apenas com a contagem do último dia, e ato contínuo ao seu expirar, a exceção de prescrição se incorpora, integralmente, à esfera jurídica do devedor. No segundo precedente ao fim do prazo, não há nada que não expectativa de direito; no segundo subsequente, há direito adquirido³⁰². Isso tem repercussões relevantes para a operatividade do instituto. Não é possível afastar a prescrição, por vontade, antes de o prazo se operar (CC, art. 191). Por outro lado, é possível mudar a lei de regência da prescrição para pretensões com prazos em curso, mas não para devolver prazo expirado ao titular, o que implicaria expropriação do direito adquirido à exceção prescricional (CRFB, art. 5º, XXXVI).

A regra no direito privado brasileiro é que apenas um prazo seja deflagrado por pretensão. Aqui, como já se teve o ensejo de registrar neste estudo, o Brasil se distancia de recentes inovações franco-tedescas que deflagram prazos sobrepostos – um de viés objetivo, contado do surgimento da pretensão; outro subjetivo, calcado na ciência ou dever de ciência do titular sobre sua pretensão – criados para extrair o melhor de ambos os filtros de estabilização. A hipótese análoga mais próxima de que se dispõe no ordenamento privado está no Direito do Trabalho, em que a pretensão por créditos

³⁰¹ A doutrina comparatista noticia que a jurisprudência inglesa, nada obstante a possibilidade ampla, ordinariamente restringe essa outorga de prazos suplementares a hipóteses de danos pessoais. (HONDIUS, Ewoud. La prescription en droit néerlandais. In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 961–972, p. 969) Para disputa contra decisão de extensão em sede de adjudicação comunitária, v. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. Affaire Hoare v. United Kingdom (Application no. 16261/08). 2011. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["884673"\],"itemid":\["001-104608"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

³⁰² «§689. Nascimento da exceção de prescrição. Atingido o último momento do prazo prescricional, nasce a exceção de prescrição, que é permanente.» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 245).

decorrentes da relação se expira em cinco anos, contados de seu nascimento, ou dois anos, contados do término do contrato, o que vier primeiro (CRFB, art. 7º, XXIX) – com a diferença de serem ambos filtros objetivos.

A contagem dos prazos obedece à regra do art. 132 do Código Civil, também ela bastante clara e com pouca margem a dúvida. O primeiro dia da contagem dos prazos prescricionais é o dia seguinte ao aperfeiçoamento do suporte fático que o deflagre, e não o próprio dia em que se der dito aperfeiçoamento (diz a lei ser «excluído o dia do começo»). O último dia do prazo não conta com igual benesse, sendo prorrogado apenas se não se cuidar de dia útil (CC, art. 132, §1º)³⁰³. A contagem dos prazos fixados em meses e anos não se dá não por dias, mas por saltos de correspondência do calendário: verificado o suporte fático autorizativo da fluência do prazo prescricional anual no dia 1º de janeiro do ano de 2018, o prazo se inicia no dia 2 de janeiro de 2018 e se expira no dia 2 de janeiro de 2019 (CC, art. 132, §3º). Se não houver correspondência, migra-se ao dia subsequente: iniciando-se a contagem de prescrição anual no dia 29 de fevereiro, portanto, o prazo se expira em 1º de março; iniciando-se a contagem de prescrição semestral em 31 de março, na ausência de 31 de setembro, a prescrição se opera em 1º de outubro. O inverso não é verdadeiro: iniciando-se a prescrição no dia 1º de março de ano que preceda calendário bissexto, a expiração se dará nada obstante no 1º de março subsequente, e não no dia 29 de fevereiro, com ganho de um dia ao titular da pretensão.

Essas são, como se disse, matérias algo bem estabelecidas em lei. A dificuldade maior está em definir o pressuposto destas contagens: quando está verificado o suporte fático autorizativo da fluência do prazo prescricional. Os dois primeiros passos já foram dados nos títulos antecedentes, mas é preciso ir além, dialogando com o art. 189, para definir esse ponto de partida para pretensões em situações diversas.

III.3.1 O prazo corre, em regra, pela simples exigibilidade, independentemente da violação.

No item II.3.3, acima, o estudo desnudou-se o equívoco do art. 189 do Código Civil ao afirmar que «violado o direito, nasce para o titular a pretensão». A pretensão

³⁰³ É serena a interpretação de que feriado, aqui, abrange qualquer dia não útil. Por todos: «[o]s prazos cujos termos finais correspondam a dias não úteis, sejam eles feriados ou domingos, serão prorrogados até o primeiro dia útil subsequente» (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 261).

nasce em cenários os mais variados, a depender do direito subjetivo de crédito subjacente, e apenas incidentalmente fá-lo em contexto de violação de direito. Poderia suceder, contudo, que a violação fosse irrelevante à nascença da pretensão, mas pudesse ter sido desejada como pressuposto à fluência do prazo prescricional. Vale dizer: as pretensões nascidas antes da violação só poderiam ser afetadas pela exceção de prescrição se, e na medida em que, os devedores-obrigados a infringissem deliberadamente.

Não parece ser esse o caso³⁰⁴. A uma, porque a lei não fala «corre o prazo da violação», e sim «nasce para o titular a pretensão», o que sugere equívoco dogmático que o próprio Código Civil desmente (refere-se, aqui, aos muitos artigos invocados no mesmo item II.3.3), e não escolha normativa. A duas, porque há trecho expresso da lei que confirma essa conclusão, na medida em o art. 199 – inserto nas causas que impedem ou suspendem o fluir do prazo prescricional – afirma não correr a prescrição pendendo condição suspensiva (inciso I), não estando vencido o prazo (inciso II) ou pendendo ação de evicção (inciso III). O legislador fez, aqui, um rol das hipóteses técnicas de impedimento da fluência do prazo que lhe ocorreram, para espantar dúvidas do operador. A *contrario sensu*, corre a prescrição quando do implemento de condição suspensiva, vencido o prazo ou julgada a ação de evicção. Em nenhum desses casos há, necessariamente, violação, mas sim *tout court* exigibilidade³⁰⁵. O prazo vencido pode se dar em dívida quesível, i.e., pagável no domicílio do devedor, e o credor pode não haver ali comparecido para o recebimento; e a ação de evicção pode ter redundado na perda do bem sem que o alienante o saiba, ou tenha sido interpelado à necessária indenização. Em todos esses casos, expressamente listados com amplitude pelo legislador como subordinados à fluência do prazo prescricional, não há violação³⁰⁶, mas há prescrição. Em todos esses casos, e diversamente do que os exercícios teóricos creditícios normalmente cogitam, para haver violação, é preciso que se deflagre primeiro um *estender de mão do credor* tendente à satisfação, para que apenas depois seja descurado o dever debitório de prestar, e efetivamente se infrinja o direito subjetivo de crédito e a pretensão. O credor poderia desde sempre exigir; o devedor só poderia

³⁰⁴ ALVES, Vilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo Código Civil**. Campinas: Servanda, 2006, p. 89 e ss.

³⁰⁵ «Dentre as consequências do termo quanto à exigibilidade do direito, salientam-se: (...) b) a prescrição começa a fluir do momento em que o direito se torna exequível» (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 314).

³⁰⁶ Se o credor não interpela, não há mora. No caso de prestações no primeiro caso, porque ela só se constituiu com a *interpelação* por letra expressa de lei (CC, art. 331 c/c 397, p.u.); no segundo, porque o conceito brasileiro de mora, superior aos europeus, disciplina que satisfação se deve dar no *lugar* pactuado (CC, art. 394)

violar depois da exigência; e a prescrição se foca no primeiro fenômeno, não no segundo. Os exemplos pontuais de fluência pela só-exigibilidade, a confirmar a regra geral, são inúmeros (CC, art. 206, §1, II, «b», e IV; LSA, art. 287, II, «a», entre outros).

Também do ponto de vista teleológico (LINDB, art. 5º), a interpretação antiliteral que emprestasse força adicional à *violação* não seria boa. Ao se condicionar a fluência do prazo prescricional à violação, pôr-se-ia a descoberto o devedor de boa-fé, que jamais violara direito exigível e não exigido pelo titular, e proteger-se-ia, ao mesmo tempo, o devedor que houvesse agido em violação, em conduta por óbvio mais gravosa e menos merecedora de prestígio. Tomar um instituto que outorga segurança jurídica e protege o devedor de pretensões envelhecidas para, por um recorte interpretativo, privilegiar os devedores que se tenham pior comportado, seria um contrassenso que a lei – felizmente – não autoriza promover. A doutrina internacional é bastante serena quanto ao desacerto do legislador brasileiro. Na Itália já se registrou que «*il principio generale è che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*³⁰⁷», ao passo que em Portugal é doutrina corrente que «*quanto ao tempo, este começa a contar-se desde o momento em que a obrigação que se extingue podia ser exigida; isto é, desde que o credor podia intentar a acção para a exigir e deixa de exercer seu direito*³⁰⁸». É a letra da lei, cruzando fronteiras. No Brasil, com redação precisa, as Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal editaram o enunciado 14, que, em sua primeira parte, igualmente afirma que «*o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo*». Porção substancial da doutrina adere à posição, para afirmar que «*em se tratando de prescrição, esta se inicia ao nascer a pretensão, portanto, desde que o titular do direito pode exigir o ato ou a omissão*³⁰⁹».

Em suma: o dado fundamental à prescrição é a pretensão, que independe de violação. Como regra geral, onde há pretensão, há base para fluência da prescrição, porque é necessário estabilizar as demandas (as exigências às prestações) como forma de pacificação social e outorga de segurança ao tráfego jurídico. Fluem os prazos, portanto, como regra, da só-existência de pretensão, e não de sua violação pelo devedor-obrigado. A exceção são os casos de pretensões fundadas na garantia geral de incolumidade dos art. 186 e 187, ou para as obrigações de não fazer com eficácia

³⁰⁷ VIOLA, Luigi, **Prescrizione e decadenza**, Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009, p. 471.

³⁰⁸ CABRAL DE MONCADA, Luís, **Lições de Direito Civil**, 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 734-735.

³⁰⁹ SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 207-208.

relativa. Para essas, afirmou-se acima que a pretensão à inibição do ilícito surge desde que o ofensor tenciona ofender a posição jurídica, logo, antes da efetiva violação. O prazo prescricional para a pretensão inibitória para exigência de cessação da ofensa não se confunde, sem embargo, com a pretensão pura de abstenção. A pretensão de *cessação* da ofensa surge quando da prática do ato ilícito, e apenas dela, e com essa dualidade de violação-surgimento da pretensão se abrem as portas do prazo prescricional. O legislador poderia ter poupado o esforço hermenêutico seguindo as diretrizes europeias que regulam a matéria com clareza muitíssimo superior à brasileira, mas não há, como se nota, prejuízo que se eleve ao ponto de efetiva lacuna normativa. Novamente, o enunciado 14 acerta na matéria, porque afirma, na segunda parte, que «*o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer*».

III.3.2 A «prescrição da execução»

«*Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*», afirmou o Supremo Tribunal Federal, em 1963, ao aprovar a súmula 150. O posicionamento, assumido décadas antes do giro material da prescrição (i.e., da migração para a *Anspruchsverjährung* alemã), refletia o estado da arte da época. Se era verdade que (i) ações de direito processual prescreviam e (ii) ação de conhecimento e ação de execução de sentença eram autônomas³¹⁰, sucedia logicamente que (iii) essas diferentes ações poderiam receber, da lei, prazos diversos para exercício. Mesmo sob a ótica substantiva, havia aceso debate sobre uma eficácia substitutiva da sentença, que criaria, com sua força particular, uma nova pretensão³¹¹.

A lógica desde então mudou radicalmente: a prescrição se opera em desfavor da pretensão, e não da ação de direito processual, sob a letra firme do art. 189 do Código Civil; e mesmo a ação de direito processual envevou as fronteiras entre cognição e execução, para extrair, da mesma pretensão substantiva, efeitos processuais diversos. Esse novo terreno poderia sugerir a irrelevância do modo de manejo da pretensão para

³¹⁰ A dita «fase do cumprimento de sentença» foi introduzida no Direito Processual Civil brasileiro apenas pela lei 11.232/2005 e, depois, incorporada ao texto do Código de Processo Civil vigente.

³¹¹ A doutrina reconhecia, aqui, prescrição incidente sobre pretensões de natureza diversa: a pretensão substantiva, regida pelos prazos específicos do Código Civil, e a prescrição da pretensão executiva, de natureza pública, processual, com modificação da obrigação, sujeita ao prazo geral (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 303 e ss). Sobre a possibilidade de prescrição de direitos subjetivos processuais, de natureza pública, não se aplicam, contudo, as regras do Código Civil (v. item II.2). Da perspectiva internacional, ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 112 e ss.

fins de aferição do prazo prescricional que, sobre ela, se abata. Se a pretensão é veiculada em juízo ou fora dele, ou se, veiculada em juízo, o é em sede de cognição ou de cumprimento forçado, nada disso teria conexão com os prazos prescricionais civis que, repise-se, tomam a pretensão (*por si só, e onde quer que esteja*) como figura central. Se isso poderia ser verdade por dogmática, como tantas vezes sucede na prescrição, deixa de sê-lo por razões de política legislativa facilmente compreensíveis. Reservado o debate do fundamento da prescrição para o capítulo oportuno (em particular, item V.5), é nota comum dos regimes da prescrição que se tome como baliza o envelhecimento das pretensões, um senso social de intempestividade creditícia que tem como lado avesso da moeda uma compreensível surpresa debitória. A doutrina internacional dá o relato da percepção universal de que a existência de uma decisão cognitiva final que afirme a existência do direito subjetivo de crédito, afirme sua exigibilidade e promova a efetiva condenação do devedor ao pagamento, é dado que afasta de forma muito eloquente a *calmaria* que a prescrição pressupõe³¹².

Como o legislador trata a repercussão social desse fato é dado normativo que pode variar – e, com efeito, varia – muito de sistema a sistema. Na Alemanha, por exemplo, o ajuizamento de ação de direito processual não interrompe o prazo prescricional, mas apenas suspende sua fluência (BGB, §204, (1), «1»³¹³); uma vez reconhecida a procedência em decisão final (BGB, §201³¹⁴), contudo, pareceu equilibrado ao legislador catapultar a prescrição do prazo ordinário para o extremo do

³¹² «[T]here are also good policy reasons to subject claims established by a judgment to a fairly long prescription period. (...) A claim established by judgment is as firmly and securely established as is possible and is thus affected by 'the obfuscating power of time' to a very much lesser extent than other claims. / [T]ambém há boas razões de política legislativa para sujeitar pretensões reconhecidas por um julgamento a um período de prescrição razoavelmente longo. (...) Uma pretensão reconhecida por julgamento está tão firme e seguramente estabelecida quanto é possível, e é, portanto, afetada pelo 'poder ofuscante do tempo' em uma extensão muito menor do que outras pretensões» (ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 113)

³¹³ BGB, § 204. Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung. (1) Die Verjährung wird gehemmt durch 1. die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlass des Vollstreckungsurteils / §204. Suspensão de limitação como resultado de exercício de direitos (1) O prazo de prescrição é suspenso por: 1. a propositura de uma ação para cumprimento, ou para a declaração da existência de uma pretensão, para a concessão de uma ordem de execução ou para a emissão de uma ordem de execução.

³¹⁴ BGB, §201 Beginn der Verjährungsfrist von festgestellten Ansprüchen. Die Verjährung von Ansprüchen der in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 6 bezeichneten Art beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung, der Errichtung des vollstreckbaren Titels oder der Feststellung im Insolvenzverfahren, nicht jedoch vor der Entstehung des Anspruchs. § 199 Abs. 5 findet entsprechende Anwendung. / § 201. Início do prazo de prescrição para pretensões reconhecidas. O prazo de prescrição para pretensões do tipo mencionado no §197 (1), n. 3 a 6, começa na data em que a decisão se torna definitiva e absoluta, o título executivo é firmado ou o pedido é reconhecido no processo de insolvência, mas não antes de a pretensão surgir. O §199 (5) aplica-se no que couber.

teto legal, fixado em trinta anos (BGB, §197, (1), «3»³¹⁵). No Brasil, não há mudança de prazo: a tutela superior do credor-exequente é feita com base em hipóteses especiais de suspensão do prazo prescricional. A deferência legislativa à autoridade jurisdicional foi bastante menor, mas, reconheça-se, registrou avanço legislativo recente com a edição dos artigos 921 e 922 do Código de Processo Civil³¹⁶.

No regime da lei anterior, a jurisprudência nacional caminhava *de lege ferenda* (para dizer o mínimo) ao dizer que a contagem do prazo de prescrição (i) restava suspensa toda vez que a execução fosse suspensa por ausência de bens penhoráveis; e (ii) tornava a correr apenas após intimação pessoal do credor, para que se lhe desse andamento³¹⁷. Era hipótese de prescrição «da execução» intercorrente, vale dizer, com prazo corrente entre atos do processo executivo. Do ponto de vista dogmático, o insucesso do credor na localização de bens, ou a impossibilidade de fazê-lo, não eram previstos na legislação como causas de suspensão. As decisões tomavam como fundamentos um juízo etéreo de equidade por ausência de desvalor na inércia creditícia (afinal, o que poderia fazer, se bens penhoráveis não há?), para conferir, com ares de *contra non valentem agere non currit praescriptio*, a paralisação do relógio estabilizador. A solução criava, de outro lado, algumas perplexidades, duas das quais são mais facilmente delineáveis: o devedor depauperado acabava por enfrentar regime temporal de obrigação mais oneroso do que o devedor com patrimônio mais robusto, e tendencialmente se criavam execuções de décadas – bastando, para tanto, que o processo fosse deixado aos escaninhos do Poder Judiciário sem a intimação pessoal do credor, o que a experiência mostra não ser hipótese rara.

³¹⁵ BGB, § 197 Dreißigjährige Verjährungsfrist. (1) In 30 Jahren verjähren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, (...) 3. rechtskräftig festgestellte Ansprüche / § 197. Prazo de prescrição de trinta anos. (1) Salvo disposição em contrário, são prescritos(as) após trinta anos: (...) 3. As pretensões que tenham sido declaradas definitivas e absolutas.

³¹⁶ Não há norma que trace diferença com base na origem do título. Por isso, a pretensão que se exerça em execução iniciada por sentença arbitral está subordinada ao mesmo espectro normativo (NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 288).

³¹⁷ «A prescrição intercorrente ocorre no curso do processo e em razão da conduta do autor que, ao não prosseguir com o andamento regular ao feito, se queda inerte, deixando de atuar para que a demanda caminhe em direção ao fim colimado. 2. No tocante ao início da contagem desse prazo na execução, vigente o Código de Processo Civil de 1973, ambas as Turmas da Seção de Direito Privado sedimentaram a jurisprudência de que só seria possível o reconhecimento da prescrição intercorrente se, antes, o exequente fosse devidamente intimado para conferir andamento ao feito (...) 7. Na hipótese, como o deferimento da suspensão da execução ocorreu sob a égide do CPC/1973 (ago/1998), há incidência do entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que não tem curso o prazo de prescrição intercorrente enquanto a execução estiver suspensa com base na ausência de bens penhoráveis (art. 791, III), exigindo-se, para o seu início, a intimação do exequente para dar andamento ao feito» (STJ, REsp 1.620.919/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª turma, julgamento em 10 de novembro de 2016).

Ainda que se pudesse debater se era a mais *conveniente* do ponto de vista de política legislativa, a solução *correta* sob o regime revogado era diversa: o credor tinha o dever de impulsionar a execução em busca de bens penhoráveis ao menos uma vez a cada lapso de prazo prescricional, para assegurar nova interrupção a teor do art. 202, p.u., do Código Civil. Não havia, fora disso, caminho legalmente possível, quando se aceita a premissa (de resto, inafastável) de que os prazos de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais têm regime taxativo³¹⁸. Considerando a amplitude dos prazos (meses; anos), a simples providência de peticionamento não era particularmente onerosa, e o regime funcionaria melhor sem o descaminho alternativo que a jurisprudência, neste ponto, pavimentou. A bem da segurança jurídica, interveio o legislador, e extraiu acerto do erro. Entrevendo o mérito de proteção de credor municiado de pretensão judicialmente reconhecida, o legislador processual criou uma hipótese expressa de suspensão de prazo prescricional por inexistência de bens penhoráveis.

Essa nova suspensão foi assentada no art. 921, III, c/c §1º a 5º, do Código de Processo Civil, inclusive para execuções aforadas antes da lei (CPC, art. 1.056). O regime claro e bem ordenado da lei, felizmente, cria pouca demanda de intervenção doutrinária. Inexistindo bens penhoráveis, a execução é suspensa pelo magistrado (CPC, art. 921, III). Se o executado tiver bens penhoráveis à época da suspensão e silenciar, não poderá, depois, impugnar a suspensão do prazo. A suspensão deriva do ato do magistrado que constata a inexistência de bens e, para este ato, o devedor é chamado pela lei a participar colaborando ao bom andamento do processo e indicando bens penhoráveis, aptos à satisfação da dívida (CPC, art. 774, V). Se não o fez, sendo por definição quem mais conhece de seus próprios pertences, é sua, mais do que do credor ou do juiz, a responsabilidade pela suspensão prescricional que lhe desfavorece, e não poderia se valer da torpeza da omissão para benefício de aceleração (*rectius*, não retardamento) da operação da prescrição. A não localização do devedor, que é coisa diversa da não-localização de bens penhoráveis, não dá ensejo à suspensão. Decretada a suspensão da execução por ausência de bens (fato processual), dela advém a suspensão da prescrição (fato material, derivado do fato processual).

A suspensão, contudo, não é perpétua, mas limitada ao prazo de um ano (CPC, art. 921, §1º), findo o qual os autos vão arquivados (*idem*, §2º) e o prazo volta a

³¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O “princípio da unicidade da interrupção”: notas para a interpretação do inciso I do art. 202 do Código Civil. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 185–200, em especial p. 190 e ss.

correr imediatamente (*idem*, §4º). Localizados bens no período anual de suspensão, o credor o notifica ao juízo e o desarquivamento se procede desde logo (*idem*, §3º); o ato de impulsionamento resultará em interrupção do prazo antes suspenso (CC, art. 202, p.u.). Se a hipótese for de inércia, e se a inércia se estender por todo o prazo prescricional, o Código de Processo Civil assegurará contraditório para dar ao juízo base segura de decisão (CPC, art. 921, §5º), findo o qual poderá, ele próprio, e independentemente de oposição pelo devedor, acolher a exceção de prescrição (*idem*, §5º c/c art. 924, V; sobre a cognição de ofício, v. o item I.4).

As hipóteses de suspensão da execução lançadas no art. 922 e no art. 916 do mesmo código não implicam *suspensão* do prazo prescricional, mas repercutem no plano material da obrigação e, a reboque, também no prazo prescricional. Diz o primeiro dispositivo mencionado que «*convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação*». Essa convenção implicará efetiva alteração objetiva no vínculo obrigacional de base, i.e., mudança do feixe prestacional, para diferir no tempo o que já era exigível, por definição, quando da propositura da execução. Com a mudança do vencimento, subtrai-se pretensão (CC, art. 199, II, a *contrario sensu*); com o novo vencimento, a (nova) pretensão surgirá e, com ela novo prazo prescricional. Não há que se falar em suspensão, mas em nova prescrição, diante da exigibilidade desse reestruturado direito subjetivo de crédito. Reestruturado não implica dizer *novado*, porque a modificação objetiva pode suceder sem ânimo de trocar uma relação por outra (CC, art. 361).

O mesmo raciocínio se aplica ao art. 916 do diploma processual. Por ele, o devedor tem direito potestativo modificativo da dívida exequenda, desde que preenchidos os pressupostos (ônus) de depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, acrescido de custas e honorários de advogado³¹⁹. A circunstância de que a lei

³¹⁹ Parece equivocado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual «*não obstante a controvérsia doutrinária acerca de constituir o parcelamento um direito potestativo do devedor, assumindo caráter vinculativo do juízo e dispensando, assim, a manifestação do credor, penso não ser essa a solução mais justa, inclusive como forma de compatibilizar a nova norma processual com a material, apenas mitigando, desse modo, as regras previstas nos arts. 313 e 314 do CC (...) Ademais, deve-se considerar também a possibilidade de o devedor utilizar tal prerrogativa de má-fé, como, por exemplo, se o executado for um banco ou instituição sem nenhuma dificuldade de liquidez. Assim, deve o Juízo ouvir o exequente, que pode impugnar a solicitação de parcelamento, desde que apresente motivo justo e relevante e de forma fundamentada. De toda sorte, ainda que com a oposição do credor, pode o juiz, analisando o caso concreto, deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do credor, por pretender, injustificadamente, tornar a execução mais onerosa para o devedor (...)*» (STJ, REsp 1.264.272/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª turma, j. em 15 de maio de 2012). Chamar de «mitigação» da regra substantiva de que ninguém é obrigado a receber coisa diversa da que pactuou, ou

fale em poder o executado «*requerer lhe seja permitido pagar*» não afasta a objetividade do exercício dessa prerrogativa, nem sua natureza potestativa: a vítima de dolo, erro ou coação *requer* sua anulação ao Poder Judiciário, mas não há margem para negativa se presentes os pressupostos legais, e o direito potestativo apenas se *exerce* em juízo. A doutrina processualista que fala em direito ao parcelamento, genericamente, também não afasta a classificação da posição como direito potestativo, porque o fenômeno vai olhado por ângulos radicalmente diversos: *frente ao devedor*, tomando em conta a relação substantiva, o devedor tem o poder de modificar unilateralmente a data de vencimento e os encargos incidentes sobre o *quantum debeatur* (=direito potestativo de matriz privada); *frente ao juiz*, o devedor tem direito de obter tutela jurisdicional que materialize seu direito potestativo (=direito subjetivo de matriz pública, à prestação jurisdicional adequada), ou seja, não é faculdade do magistrado apreciar a conveniência da modificação³²⁰.

Finalmente, e de maneira bastante objetiva porque os pontos não desafiam maior aprofundamento, nas hipóteses de suspensão por:

- (i) *inércia creditícia após praça frustrada* (CPC, art. 921, IV), correrá sem afetação o prazo prescricional intercorrente, já que incumbente ao credor-exequente o impulsionamento do feito, negligenciado a ponto de relegar o arquivamento dos autos;
- (ii) *outorga de efeito suspensivo aos embargos à execução, ou na paralisação da pretensão por motivos variados de ordem processual* (CPC, art. 921, I e II, com exceção à remissão ao CPC, art. 313, II), restará suspenso o prazo porque sustada a exigibilidade por ordem judicial, faltando, portanto, pressuposto para a ordinária fluência da prescrição (v. item III.1). Com a efetiva defesa em juízo, por parte do credor-embargado, do direito subjetivo de crédito e de sua exigibilidade, interrompe-se o prazo (CC, art. 202, p.u.; v. item III.4); e

em partes, se assim não assentiu, nada mais é um *modo mitigado* de reconhecer que a prestação mudou. Para atender às preocupações justas do acórdão – abuso de um lado a outro da mesa, quer para exercer o direito a parcelamento, que para a ele se opor –, não era preciso afastar sua natureza potestativa, porque potestativo e absoluto são predicados diversos. Se o exercício do direito potestativo ao parcelamento fosse manifestamente contrário à boa-fé, bastaria o recurso ao art. 187 do Código Civil para deseficacizá-lo, na medida necessária a afastar dita manifesta ofensa (nesse sentido, o enunciado 617 do Conselho de Justiça Federal, nas Jornadas de Direito Civil, segundo o qual «[o] abuso do direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão necessária a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido»).

³²⁰ «Preenchidos os pressupostos legais, o executado tem direito ao parcelamento. O juiz não pode indeferi-lo (...) Atendidos todos os pressupostos, tem o juiz o dever de deferir o parcelamento. Nesse contexto, tem o executado direito ao parcelamento do valor em execução» (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 716).

(iii) *na hipótese de suspensão convencional do processo* (CPC, art. 921, I, c/c art. 313, II), a prescrição corre livremente, porque o pacto meramente processual não implica a efetiva modificação da exigibilidade da prestação (CC, art. 199, I ou II), nem tratativa em sede de mediação (v. item III.4).

* * *

Antes que se possa dar o ponto por encerrado, é preciso retomar a matéria da prescrição de direito processual civil de que se cuidou no item II.2, acima, para enfrentar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual «*no âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública*³²¹.» Trata-se de evidente eco da súmula 150 do Supremo Tribunal Federal; contudo, quer pelo o *momento* da decisão (2013), quer pelo *contexto normativo específico* (dualidade entre tutela coletiva e exercício individual da pretensão), o julgado merece atenção.

Ao se cuidar do objeto sobre o qual incide a prescrição, chamou-se a atenção para o fato de que o sistema processual brasileiro subtrai posições jurídicas processuais diversas dos litigantes, no curso de tempo predeterminado, com base em sua inércia, em fenômeno positivado ora sob a rubrica de prescrição, ora sob a rubrica de decadência. Assim, disse-se lá, e repete-se sumariamente, aqui, (i) o cidadão perde a legitimidade extraordinária para defesa do Erário em juízo se não o fizer no quinquênio subsequente ao suporte fático ensejador de sua postulação (Lei da Ação Popular, art. 21); o (ii) o particular, cidadão ou não, perde todo o rito célere do mandado de segurança se não o impetrar nos cento e vinte dias subsequentes à violação de seu direito líquido e certo (LMS, art. 23). No que diz respeito à primeira hipótese, a jurisprudência tradicionalmente a amplia, para dizer que há irradiação eficaz extraordinária da norma prescricional inserta em lei especial, para operar tal e qual lei geral, pairando *sobre* e incidindo *nas* modalidades de tutela coletiva como um todo. As ações civis públicas, portanto, estariam igualmente subordinadas ao prazo de um quinquênio. O capítulo não se propôs a dissecar o fenômeno para além disso, i.e., para além de apontar que todas essas operações de lei se dão exclusivamente no plano processual. Isso desvelou que a criação da prescrição da pretensão (CC, art. 189), definitivamente civil

³²¹ STJ, Recurso Especial n.º 1.273.643/PR, Segunda Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 27 de fevereiro de 2013.

e substantiva, não subtraiu os estudos dos processualistas sobre a matéria; antes, criou uma espécie de *cisma ou diáspora prescricional*, prescrição civil e prescrição processual civil, a última carente de estudos monográficos próprios.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça foi confrontada com as possíveis antinomias desse cisma quando da apreciação de exceção de prescrição oposta no bojo de execução individual sacada de autos de ação civil pública aviada em defesa de direitos de consumidores³²². Para os fins deste capítulo, uma pergunta fundamental foi respondida: no caso de exercício de pretensão em via executiva *pelo titular do direito*, vale o prazo civil-consumerista (que incidira em disputas individuais), ou vale o prazo quinquenal típico das ações civis públicas? Como se antecipou, a tese prevalente – diga-se, em longo julgamento pelo rito dos recursos repetitivos – foi de que o prazo da ação civil pública prevaleceria. Parte da doutrina agravou a confusão entre as linhas material e processual, afirmando que haveria uma *nova pretensão*, uma espécie de *pretensão individual homogênea*, subordinada ao regime prescricional quinquenal presente tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto (analogicamente) na Lei de Ação Civil Pública³²³. Há, aqui, importantes distinções a tecer.

O prazo para manejo de posições jurídicas processuais em sede de ação civil pública é, sem dúvidas, matéria de prescrição processual civil, alheia ao Código Civil ou ao Código de Defesa do Consumidor. Diversamente do que ocorre com as prescrições civis, não há prazo geral para prescrição processual civil: a regra é que a propositura de ações possa ser feita perpetuamente, e a estabilização, no mérito apenas, se dê por meio da incidência da prescrição (civil) ou decadência (civil) sobre o direito deduzido em juízo. Apenas excepcionalmente a própria possibilidade de se valer utilmente de procedimento é vulnerada, carecendo, para tanto, de norma específica que se lhe abata. É preciso que a doutrina processualista se dedique a apurar *se e em que medida* a prescrição processual civil assentada no art. 21 da Lei de Ação Popular se transfere à ação civil pública e, dentro dela, se dito prazo incide sobre a atuação do substituto e do substituído, indistintamente. No que releva à dogmática da prescrição civil, parece desde logo equivocados o fundamento legal de extinção do feito e a dicotomia de prazos de que se ocupou o colegiado. Explica-se.

³²² STJ, Recurso Especial n.º 1.273.643/PR, Segunda Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 27 de fevereiro de 2013.

³²³ NERY, Nelson. Prescrição da pretensão individual homogênea. In: **Soluções práticas (vol. 4)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1455-1488 (RTOnline 1-22), p. 16 e ss.

O julgamento procedeu para que, *«julgando-se o caso concreto, dá-se provimento ao Recurso Especial para declarar prescrita a ação e extinto o processo (CPC, art. 269, IV)»* (hoje, art. 487, II). O fundamento legal, ancorado no Código de Processo Civil revogado, é de extinção com resolução de mérito fundada em prescrição, i.e., com análise do direito substantivo deduzido em juízo. Mas não foi esse o caso, como é fácil constatar. A Lei da Ação Popular e, a seu reboque, a Lei da Ação Civil Pública (com a interação com a porção procedimental do Código de Defesa do Consumidor) não cuidam de prazos para exercício da pretensão no plano material, mas apenas limitam o exercício de posições jurídicas processuais. Qualquer que seja a natureza jurídica da prescrição processual civil, ela certamente não implicará outorga de exceção substantiva em sentido estrito, para encobrir eficácia de pretensão (em sentido material) autoral, que reclame julgamento de mérito.

Essa primeira constatação leva à segunda, que é da falsa dicotomia entre se aplicar à espécie a prescrição processual civil *ou* a prescrição civil, já que se cuidam, por pressuposto, de fenômenos de matriz diversa (pública *vs.* privada) incidentes sobre posições jurídicas diversas (direito subjetivo ao processamento de ação em dado rito *vs.* exigibilidade do crédito). A hipótese é, portanto, de incidência concomitante, com efeitos estabilizadores divorciados. Em voto vencido nos debates, parte do colegiado ponderou que *«se a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se justifica unicamente por motivos instrumentais, portanto sem a modificação do direito subjetivo, individual, de cada interessado, não se pode admitir que a suposta facilitação de acesso à justiça venha a ter efeito inverso e perverso, impondo desvantagens a esses interessados»*. Correta a primeira parte, porque não há modificação de direito subjetivo (e pretensão) que retire a incidência da prescrição civil; incorreta a segunda, porque isso pode se dar em prejuízo ao credor-exequente, se o prazo incidente à espécie for (como com frequência é) inferior ao quinquênio procedimental. Na hipótese de se cuidar de pretensão prescritível em período superior ao quinquênio das ações civis públicas, a solução resultaria em não poder o particular veicular sua pretensão em sede executiva individual (*porque perecida sua posição pública de valência do procedimento, segundo a Corte*), mas poder fazê-lo em sede individual (*porque conservada sua pretensão, dedutível pela imprescritível via ordinária*). É o que parece ter concluído em *obiter dictum* o colegiado, quando, nada obstante algum ruído terminológico na construção, se registrou que *«não estamos prejudicando em nada o direito do consumidor de, durante vinte anos, entrar com sua ação individual. O voto da Ministra Nancy Andrighi bem reconhece que aqueles que*

não tiverem exercido a pretensão de executar a sentença na ação coletiva em cinco anos podem dar andamento às suas ações individuais, caso elas tenham sido ajuizadas no prazo vintenário. Só não está amparada a situação daqueles que deixaram exaurir os vinte anos sem entrar com uma ação individual e, além disso, deixaram exaurir os cinco anos sem executar a sentença coletiva.»

A independência das esferas prescricional e prescricional processual civil se faz sentir com clareza ainda maior em exemplo diverso: se o Ministério Público ajuizar ação civil pública para exigir o pagamento de indenização securitária a grupo de consumidores, qual o prazo incidente? Sob a ótica processual civil, como se registrou, é firme a jurisprudência que atrai o art. 21 da Lei de Ação Popular para limitar a cinco anos o prazo para fazê-lo. Sob a ótica civil, paralela, o prazo será ânua, contado, da ciência do fato gerador (*rectius*, suporte fático) da pretensão. Se a ação foi proposta no sexto ano depois de fato notório que gere a pretensão indenizatória de forma simultânea à comunidade de substituídos, a ação deve ser extinta, por prescrição processual civil, sem exame do mérito. Se foi proposta no terceiro ano, deve ser processada regularmente, mas julgada improcedente, no mérito, por operação da prescrição civil. Se foi proposta no primeiro semestre, deve ser conhecida e julgada procedente, porque exigível o direito subjetivo de crédito de fundo. No ano seguinte ao trânsito em julgado, os substituídos deverão dar início ao cumprimento forçado, sob pena de, no plano material, surgir à seguradora exceção de prescrição. No quinto ano do trânsito em julgado, segundo o Superior Tribunal de Justiça, também o plano material pereceria, vedando-se o próprio recurso à via executiva individual, independentemente do mérito.

A imbricação dos institutos reforça o que se ponderou acima e, com particular ênfase, no item II.2: é preciso que a dogmática processual civil tome nota, divise e ordene o instituto das prescrições processuais civis – escopo que, vai sem dizer, não pode receber senão esse breve aceno no corpo destas reflexões de direito privado.

III.3.3 A «prescrição postergada»

No item III.1, este estudo propôs que a prescrição civil tenha, no Brasil, uma espécie excepcional de eficácia liberatória antecipada, dependente de previsão expressa em lei. Essa eficácia antecipada redundaria na incorporação de exceção de prescrição à esfera jurídica do devedor antes mesmo que houvesse, na esfera jurídica do credor, o direito subjetivo de crédito ou a pretensão cuja eficácia dita exceção é apta a encobrir. Os casos de prescrição antecipada seriam fundamentalmente de dois tipos: direitos

subjetivos de crédito e pretensões cujo *nascimento* seja dependente de exercício direito potestativo pelo credor; e direitos subjetivos de crédito e pretensões discricionariamente protegidos pelo legislador. A escolha de alocação da explicação sobre essa espécie de prescrição na rubrica do primeiro pressuposto de incidência do fenômeno – direito subjetivo de crédito exigível – veio a reboque da constatação de que, mais do que modular a contagem do prazo, essas espécies subvertem o suporte fático da prescrição como um todo.

Aqui, no reverso da moeda da prescrição antecipada, a dita prescrição postergada, o caso é outro. Há hipóteses em que, nada obstante desde logo existentes direitos subjetivos de crédito e pretensão, o legislador difere a fluência do relógio prescricional para fatos posteriores à exigibilidade. A alocação dessa nota sob a rubrica do pressuposto do esgotamento do prazo, portanto, pode pecar pela falta de clareza (*talvez prescrição antecipada e postergada, lado-a-lado, tivessem um efeito didático relevante a desvelar o pensamento do estudo*), mas prima pela acuidade dogmática (*porque prescrição antecipada e postergada, a rigor, se conectam a pressupostos diversos do fenômeno prescricional*).

Já se mencionou, antes, ao menos um exemplo de prescrição que tem sua fluência de prazo postergada: aquela atinente à responsabilização dos administradores de sociedades. Por força de letra expressa de lei, o prazo prescricional corre da apresentação, aos sócios, do balanço do exercício em que a violação haja sido praticada, ou da reunião ou assembleia que dela deva tomar conhecimento (CC, art. 206, §3º, VII); ou da publicação da ata que aprovar o balanço do exercício em que a violação se deu (LSA, art. 287, II, «b»). Seria impreciso dizer que o exemplo é recorte isolado do panorama legislativo societário, porque o legislador não foi tímido em atrelar a fluência prescricional a atos de conclave formais. A prescrição postergada tem o efeito muitíssimo benéfico de elevar a segurança jurídica da contagem do prazo a níveis jamais cogitáveis para a dinâmica ordinária, sobretudo para casos em que (i) a fluência do prazo careça da ciência do titular a propósito de sua pretensão, dado cuja prova defensiva, pelo devedor-excipiente, é sempre de ônus pesadíssimo; e (ii) a pretensão seja derivada de direitos absolutos ou obrigações negativas, em que o momento exato do surgimento da pretensão inibitória ou reparatória pode igualmente se mostrar enevado no enredo probatório. Assim é que a pretensão dos credores não pagos contra sócios ou acionistas e liquidantes flui da publicação da data de encerramento da liquidação da sociedade, ainda que, por suposto, o pagamento pelo liquidante se devesse dar antes de dito encerramento (CC, art. 206, §1º, V). Não casualmente, os

mesmos liquidantes respondem pela violação à lei e ao estatuto não a partir do ilícito, que é quando surge a pretensão, mas a partir da primeira assembleia geral que lhe suceder (CC, art. 206, §3º, VII, «c»). Fora do direito societário, mas com idênticas preocupações de segurança, dispôs a lei que a fluência da pretensão relativa à tutela só corre da data da aprovação das contas (CC, art. 206, §4º, IV), ainda que a pretensão do tutelado exista, sem margem para dúvidas, desde que o tutor haja se apropriado de recursos, malversado o patrimônio ou de qualquer forma infringido o rígido padrão de conduta que a lei lhe impõe.

Os ganhos de segurança jurídica pela prescrição postergada são de tal ordem que, no cenário internacional, o legislador alemão fez deles regra. Para fluência do prazo trienal geral, o §199(1) do BGB elegeu *o fim do ano em que a pretensão surja e seja conhecida, ou devesse ser conhecida*³²⁴. Para fins do prazo de filtro subjetivo, o dia em que se deu a ciência é posto de lado e o ano em que o fato se deu – dado muitíssimo mais facilmente demonstrável em muitos casos – releva, para a contagem se inicie na virada ao ano novo. Por esse e por variados motivos de política legislativa, para ganho de certeza e aumento de operabilidade do sistema prescricional, seria desejável que o legislador ampliasse as hipóteses dessa natureza. À revelia dele, nunca, em hipótese alguma, pode o intérprete promover *sponte propria* esse deslocamento para um momento ulterior que, ainda que por analogia (que, lembre-se, pressupõe lacuna inexistente no ordenamento; LINDB, art. 4º), se lhe afigure mais justo e equo.

Se o devedor jamais adota a providência que deflagra seu prazo (tutor que nunca presta contas), a não-estabilização de relações é preço que paga, por direta consequência de sua conduta contrária à lei, não importa quanto tempo transcorra. Não há prazo geral, de fundo, de fluência simultânea, que sirva de anteparo máximo (*long-stop*) como na disciplina franco-tesca ilustrada acima (v. item III.3.1). No caminho contrário, contudo, não será demais lembrar que a postergação é feita pela lei, a bem do credor, para momento *certo*, e não para subordinar a fluência do prazo a humores ou caprichos creditícios. Assim é que se a providência deflagradora do prazo couber ao credor e não ao devedor, e não for adotada tempestivamente pelo credor, a fluência do

³²⁴ BGB, § 199 Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Verjährungshöchstfristen. (1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. (...) / § 199. Início do período de prescrição padrão e prazos máximos de prescrição. (1) A menos que outro início de prescrição seja previsto, o prazo padrão de prescrição começa no final do ano em que: 1. a pretensão surgiu e 2. o credor tem conhecimento das circunstâncias que originaram a pretensão e da identidade do devedor, ou teria obtido tal conhecimento se ele não tivesse mostrado negligência grosseira. (...).

prazo correrá da data em que a inércia creditícia se verificar. E isso, uma vez mais, se dá como interpretação da lei calcada no seu objetivo de facultar ao credor razoável exercício de sua pretensão (LINDB, art. 5º), parecendo um contrassenso que o credor que *descure* da conduta prescrita em lei receba, como prêmio, regime prescricional mais largo do que o credor que *cure* das providências deflagradoras do prazo prescricional.

III.3.4 Concorrência de pretensões e contagem do prazo

No item II.3.3, cuidou-se da possibilidade de pluralidades das pretensões. Ali, afirmou-se que *«pode suceder que as pretensões não surjam de maneira unitária, monolítica, singular no curso de uma relação jurídica. De uma mesma relação jurídica, ou mesmo de um único evento no curso de uma relação jurídica, emanam-se por vezes posições jurídicas subjetivas variadas. Essas posições jurídicas, por fatos posteriores, com ou sem violação a direito, podem ser afetadas. As pretensões podem, assim, se enfeixar sequencialmente ou se modificar, sucedendo pretensões novas a pretensões antigas»*. É o caso de analisar cada um dos cenários – i.e., enfeixamento e sucessão de pretensões – de forma segregada.

* * *

O enfeixamento sequencial de pretensões não é difícil de imaginar, porque ligado a relações contratuais de execução diferida no tempo, e tanto mais evidentes nos casos em que a execução se dá por trato sucessivo. No curso da mesma relação jurídica, portanto, imaginada uma linha do tempo, vão-se marcando, ponto após ponto, compassadamente, o surgimento de novos direitos subjetivos de crédito e pretensões. Esse surgimento pode se dar pelas mais variadas razões: seja porque mês a mês se disponibilizou o bem dado em aluguel, seja porque trimestralmente firmou-se um contrato específico (compra de bens) para dar concretude a contrato-quadro (de distribuição), a cada novo ciclo, diante de cada novo concreto direito subjetivo de crédito, firmou-se a posição de que surgiria nova pretensão, mantida a independência das pretensões nada obstante sua origem comum (novamente, item II.3.3).

Isso não quer dizer – ou não quer, necessariamente, dizer – que o prazo de fluência de prescrição siga a mesma lógica, i.e., opere-se prescrição separadamente, com contagens igualmente independentes, para cada pretensão surgida no curso do tempo, em feixe, de uma mesma relação. Nestes casos, o legislador tem diante de si uma via dupla: contar um prazo prescricional para cada prestação que, individualmente,

se deixe de satisfazer (*prescrição de espectro pontual ou singular*); e/ou contar um único prazo prescricional após o qual, presentes os pressupostos, toda a relação será dada por pacificada, prescritas a um só golpe todas as pretensões, pretéritas e/ou futuras (*prescrição de fundo de direito*).

A independência prescricional parece ser a solução do sistema diante da ausência de regra específica. A rigor, não há diferença estrutural entre (i) dois alugueis sucessivamente vencidos, numa relação locatícia simples; e (ii) duas prestações, sendo uma por aluguel de equipamento e outra por prestação de serviços, igualmente pactuadas no bojo de uma única operação econômica. Em ambos os casos, sob título comum, em um único negócio, duas prestações pecuniárias se tornaram líquidas, certas e exigíveis – o que leva à prescrição de cada uma delas, consideradas individualmente, *se e quando* transcorrido o tempo previsto em lei sem as devidas providências de tutela. Não seria diferente para as demais formas de afetação das obrigações, inclusive com resultados mais gravosos, porque efetivamente extintivos: poderia suceder que apenas uma fosse *quitada, perdoadada, compensada*. Nascem as pretensões na mesma maternidade (i.e., no contexto da mesma relação jurídica), mas não são necessariamente gêmeas idênticas, e menos ainda siamesas. Vivem, para estender a figura ao limite, e morrem independentemente umas das outras³²⁵.

A circunstância de que assim seja do ponto de vista estrutural não implica dizer o mesmo filtro seja universalmente aceito, para qualquer fim de direito. Para colher o exemplo fácil, a doutrina não duvidará que a satisfação de uma pontual prestação poderá em nada socorrer o devedor, por exemplo, para fins de adimplemento (efetiva satisfação de interesses creditícios) em um contrato de duração. De nada serve ao fornecedor que o distribuidor revenda seus produtos uma única vez, sem desenvolvimento do mercado local e incremento gradual da clientela cativa³²⁶. O Direito pode, portanto, moldar a eficácia de cada pontual dupla de crédito-dívida, pretensão-obrigação, para torna-la menos relevante (*o contrato de distribuição segue inadimplido, nada obstante a específica venda haja sido adimplida*) ou mais relevante (*o encobrimento de eficácia de uma única pretensão contaminará as demais, para*

³²⁵ LONGOBUCCO. **Raporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 48). No Brasil: «o conteúdo pode ser diferente, embora idênticos os outros elementos. Cada prestação, uma pretensão. Não importa se a relação jurídica é a mesma, ou se o mesmo o titular, ou se o mesmo o direito. O direito aos alugueres, que tem o locador da coisa, é um só; a cada mês de locação nasce a pretensão» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 466).

³²⁶ LONGOBUCCO. **Raporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 55.

estabilizar a relação jurídica como um todo). É o que fez o legislador português. Sob a rubrica de «prestações periódicas», o art. 307º do Código Civil lusitano dispôs que *«tratando-se de renda perpétua ou vitalícia ou de outras prestações periódicas análogas, a prescrição do direito unitário do credor corre desde a exigibilidade da primeira prestação que não for paga»*. O legislador reconhece na relação jurídica de base (e não em cada prestação exigível, i.e., municiada de pretensão) o vetor de percepção social de instabilidade; coerentemente, por artifício da norma, enfeixa em único enlace todas as pretensões, existentes e futuras, atinentes a prestações vencidas e vincendas, e outorga ao devedor defesa prescricional universal, *«de fora a fora»*. A circunstância de que uma pretensão sequer nascida (porque, obviamente, não exigível a prestação vincenda, a teor do CC, art. 131) tenha sido vulnerada pela prescrição não deve causar espécie ao jurista. É evidente que essa não será a regra, mas, a bem da tutela de dados valores, o legislador pode assim proceder pontualmente, mediante expressa disposição legal.

A questão é que não há, no Direito Civil brasileiro, uma tal regra. É apenas com base em um injustificado estrangeirismo, ou por má compreensão da dogmática, que se aplica o conceito no ordenamento pátrio. A jurisprudência vacila. Em matéria de cobrança de diferenças remuneratórias de Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento sumulado no sentido de que *«a prescrição da ação para pleitear os juros progressivos sobre os saldos de conta vinculada do FGTS não atinge o fundo de direito, limitando-se às parcelas vencidas»* (súmula 398). Para explicar o entendimento, a Corte decidiu que *«não há prescrição do fundo de direito de pleitear a aplicação dos juros progressivos nos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, porquanto o prejuízo do empregado renova-se mês a mês, ante a não-incidência da taxa de forma escalonada»*³²⁷.

Correta a conclusão, tortuoso o caminho percorrido. Não é o prejuízo do empregado que se renova mês a mês – ou, antes, não é isso o essencial –, mas sim sucessivos créditos, sucessivos direitos subjetivos pessoais ao recebimento daquele acréscimo porcentual, que se sucedem periodicamente, enfeixados a partir de um lastro causal comum, porém com marcada independência *após* dito nascimento.

Importante ter igualmente em conta o desacerto da jurisprudência, quando considera que a *extensão* da recusa de reconhecimento de direito pela parte devedora

³²⁷ STJ, REsp 794.004/PE, rel. Min. Castro Meira, 2ª turma, j. em 4 de abril de 2006.

(ou, antes, o *fundamento* desta recusa) seja relevante para fins de se determinar a diferença entre prescrição de prestação e prescrição de fundo de direito. A súmula 443 do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, afirma que «*a prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta*». Assim também o fez o Superior Tribunal de Justiça, editando a súmula 85, segundo a qual «*nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação*» (*contra legem*, diga-se, porquanto o art. 3º do Decreto 20.910/1932 afirma sem ressalvas a eficácia progressiva da prescrição sobre as prestações³²⁸).

O fundamento arguido pela parte culpada da violação de direito é dado subjetivo absolutamente alheio ao fenômeno prescricional, como o é, aliás, às demais consequências advindas da lei. Se existe entre as partes contrato de locação imobiliária, ninguém duvidará que, mês a mês, o locador deve ao locatário a disponibilização útil do bem e o locatário deve ao locador o aluguel. Se o locatário deixa de adimplir – i.e., satisfazer o direito de crédito do locador –, isso é indiferente à fenomenologia de nascimento deste direito. O inadimplemento pressupõe tenha o direito nascido e, nato o direito, municiado da pretensão quando for exigível, tem-se o dado fundamental ao desencadear da prescrição. Pouco importa se o inadimplemento ocorreu porque o locatário (i) sabia dever e desejava pagar, mas não conseguiu porque se tornou desempregado, (ii) sabia dever mas optou por extinção da via da compensação, supondo-se credor do locador por fundamento diverso, em quantia igual (CC, art. 368); (iii) supunha-se não devedor, porque nulo o contrato de locação por simulação, cuidando-se em verdade de comodato (CC, art. 167); ou ainda (iv) supunha-se não devedor, porque se cria proprietário por usucapião (CC, arts. 1238, *caput* e p.u., 1239, 1240 ou 1240-A). A motivação do locatário é indiferente ao direito: não tendo razão nos fundamentos dos itens «i» a «iv», o direito subjetivo de crédito não foi satisfeito e virá acompanhado dos consectários da responsabilidade (CC, art. 389), sempre da mesma forma. O art. 403 do Código Civil, aliás, é categórico ao afirmar a propósito da responsabilidade que «*ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e*

³²⁸ Em sentido diverso, pela legalidade da súmula, v. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A prescrição e as pretensões e ações formuladas em face da fazenda pública. In: **Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnello Amorim Filho**. 1. ed. Salvador: JusPodium, 2014, p. 319–341, em especial p. 325–327.

danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual».

O mesmo se diga para direitos creditórios de sede ilícita. Pouco importa se o homicídio a tiros de arma de fogo se deu porque o assassino desejava se livrar da vítima, supunha agir em legítima defesa para se defender de agressão (CC, art. 188, I), ou culposamente alvejou o instrutor no *stand* de tiros (CC, art. 186). Em qualquer dos casos, a tutela advinda passa ao largo do propósito do ofensor, sob a régua de liquidação do art. 948, I e II, da mesma lei (tratamento, funeral e luto, além de alimentos). Como se viu, a própria *existência de violação* ao direito é dado meramente incidental à fenomenologia prescricional. O art. 189, que errou neste ponto, não incorreu no erro subsequente de buscar no propósito do devedor relevância à existência de direito subjetivo ou pretensão, ou ao modo de seu exercício, ou ainda ao prazo para tal.

Supõe-se que a raiz do erro repouse na perpétua confusão, em sede de direito brasileiro, entre direito, pretensão, ação de direito material e ação judicial, com seus diversos pressupostos. Se o devedor nega que haja título que lastreie o crédito, em todas as suas prestações, o credor tem interesse de pedir em juízo declare seu *status* de credor global (tutela declaratória), além de pedir o pagamento de cada verba individual (tutela condenatória), ao passo que se o caso é de simples incumprimento de crédito confessado, apenas esta é, a rigor, necessária e possível. Daí a que se faça, no primeiro cenário, uma nebulosa leitura de *actio nata* para o todo e não só para a prestação descumprida em particular, há uma distância inexplicável que apenas o enevoamento de conceitos explica, mas não justifica. O mau uso jurisprudencial dos conceitos não deve, contudo, gerar uma resistência injustificada à prescrição de fundo de direito. À míngua de regra geral como a trabalhista, não há, no Brasil, prescrição de fundo de direito *em abstrato* para o Direito Civil, o que não implica incompatibilidade do conceito com o direito privado brasileiro, em concreto, mediante intervenção legal casuística.

* * *

A evolução da pretensão pode, também, seguir caminho diverso, não cumulativo, mas transformativo. O regime aqui será diverso conforme o titular da pretensão tenha, ou não, papel a desempenhar nessa transformação.

Já se cuidou, acima, da hipótese de modificação prestacional por incidência de direito potestativo que crie, modifique ou extinga a relação jurídica precedente. O

negócio jurídico feito em dolo, erro ou coação vale e dele, em um primeiro momento, se irradiam posições de crédito e dívida, pretensões e obrigações, para execução específica do pactuado. Sucede, portanto, supondo que o negócio fosse contrato bilateral, que a parte vítima do dolo, erro ou coação emerge em um momento inicial credora da prestação A e devedora da prestação A'. Pode, inclusive, sendo credora e devedora, receber e prestar válida e eficazmente, parcial ou totalmente. Se o negócio é anulado, contudo, esgarça-se o vínculo obrigacional original e, posto abaixo o feixe prestacional que a vontade (defeituosa) erigira, a relação das partes passa a derivar diretamente da lei e não do negócio. O cumprimento de A e A' está fora de questão; se as partes prestaram, o dever recíproco é restitutivo de A e A'; se não prestaram, a eficácia é meramente liberatória da dívida. Se houve danos causados pelo negócio viciado, há direito à indenização B.

O contrato validamente constituído também pode mudar no curso do tempo. Resolvido o contrato, pode entrar em cena a indenização B. Pode ser, contudo, que o credor não queira repudiar a avença, e sim fazer substituir a prestação A pela prestação equivalente A', cumulável com indenização (já diversa) B'.

Em todos esses cenários, há novo direito subjetivo de crédito e nova pretensão, em irradiação eficaz gerada mediamente da mesma relação jurídica primitiva, e imediatamente do direito potestativo exercido. A resposta a propósito do tratamento prescricional já foi sustentada sob a rubrica de prescrição antecipada, para se afirmar que a concreta exercibilidade da pretensão, mediada ou não por direito potestativo, tem o mesmo regime legal: o prazo prescricional flui desde que a pretensão fosse exercitável ou criável, à escolha do titular, e não desde que haja sido concretamente criada ou exercitada (v. item III.1).

Coisa diversa sucede quando a modificação não decorreu de ato de vontade do titular. Se a prestação A se tornar impossível por culpa do devedor, há direito a restituição da contraprestação A' e direito à indenização B. Se o mesmo se der sem culpa, já não cabe direito à indenização B. Em ambos os casos, o fundamento será a resolução do contrato por direta incidência da lei. Aqui, não há como cogitar de exercibilidade pretensão a justificar a precipitação da contagem do prazo prescricional. O credor é jogado de posição pelo ordenamento e, diante de novo cenário, tem novo direito subjetivo de crédito e nova pretensão, com prazo igual, superior ou inferior à precedente, contado desde que dita nova posição jurídica haja sido consolidada por incidência da lei. Se o credor faz jus à prestação A de dar coisa certa que, tornada impossível, dá ensejo à prestação A' de pagamento de valor líquido e certo fixado em

cláusula penal, o prazo prescricional é o decenal enquanto a prestação de dar for possível (CC, art. 205), e quinquenal quando a lei a substituir pelo dever de pagar a multa (CC, art. 206, §5º, I).

III.4 Inocorrência de uma das causas de impedimento, suspensão e interrupção previstas em lei; ou sua superação

As causas de impedimento e suspensão de um lado, e interrupção, de outro, são as bitolas de moderação da contagem do prazo em atenção a valores que o ordenamento queira salvaguardar frente ao regime prescricional. Como a prescrição é calcada fundamentalmente na segurança jurídica, e como o modelo legal brasileiro é integralmente de normativa tarifada, o que se poderia esperar é o máximo de recato frente à lista de regras com esta eficácia. Lista taxativa³²⁹; não é assim tratada sempre. Aproveita à clareza conceituar os fenômenos individualmente, e pontuar desafios que praxe pôs para cada uma dessas frentes.

* * *

Causas de impedimento e suspensão sustam a fluência do prazo prescricional. O fenômeno é comumente lastreado nos mesmos suportes fáticos (CC, art. 197 a 201), posto apenas em momentos diversos: o prazo não se inicia (impedimento) ou para de correr (suspensão). Superada a causa de impedimento ou suspensão, o prazo torna a correr de onde parou. As causas de suspensão não se confundem com as causas de extensão do prazo prescricional³³⁰, inexistentes no Código Civil e frequentemente tratadas com promiscuidade conceitual pela legislação estrangeira: verificadas estas, o prazo segue a fluir mas não pode se adquirir a exceção de prescrição mesmo que se complete o período legal; superadas as causas de extensão, assegura-se, nada obstante

³²⁹ CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 164. No exterior, dando notícia da ausência de controvérsia na doutrina contemporânea sobre a taxatividade da lista e impossibilidade de recurso à analogia: BUFFONE, Giuseppe. *Sospensione ed interruzione*. In: **Prescrizione e decadenza. Come farle valere in giudizio e relative strategie processuali (a cura di Luigi Viola, coordinamento di Michelle Filippelli)**. Vicenza: Wolters Kluwer e CEDAM, 2015, p. 193; TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005, p. 243.

³³⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 136.

o prazo ordinário já expirado, um breve prazo adicional (*estendido*) para o exercício da pretensão, após o qual se opera a prescrição³³¹.

Essa coincidência preponderante de hipóteses de impedimento e suspensão não implica regra necessária, ou seja, é fruto de política legislativa e não da natureza das coisas. É possível, portanto, que dado suporte fático enseje apenas a suspensão, e não o impedimento do prazo, e vice-versa. Possível em tese e verificado em concreto, diga-se. A não existência de bens penhoráveis resultante no arquivamento de execução implica *suspensão* da prescrição pela pretensão de pagamento de dinheiro (CPC, art. 921, III; v. item III.3.2, acima), mas o mesmo estado de miserabilidade não *impedirá* a fluência do prazo. Se houver pretensão e o titular não a tutelar judicialmente, deixando de aforar demanda processual, o prazo fluirá sem afetação. De outro lado, a necessidade de apuração criminal *impedirá* a fluência do prazo prescricional (CC, art. 200; v. item III.2, acima), mas, por pressuposto lógico, diante da impossibilidade de retroação de lei penal em desfavor do réu, não poderá suceder que os fatos apenas posteriormente tornem-se passíveis de investigação criminal, *suspendendo* com isso a fluência do prazo de início deflagrado.

As causas de impedimento ou suspensão podem responder a escolhas legislativas de razões as mais variadas. Concretamente, tendo em vista as previsões legais, as hipóteses centrais do ordenamento privado brasileiro são ligadas **(i)** à relação havida entre as partes, cuja harmonia não se quer perturbar com o exercício da pretensão; **(ii)** ao prestígio outorgado pelo ordenamento ao credor, merecedor de tutela extraordinária; **(iii)** a motivos técnicos, a rigor de explicitação desnecessária, mas com conveniente reforço explícito da legislação; e **(iv)** à compreensão legislativa pelo não exercício da pretensão, por motivos alheios à vontade do credor, por intervenção estatal ou por razões reputadas dignas de tutela pelo ordenamento.

No que diz respeito à relação havida entre as partes, não correrá a prescrição ou, se, já fluente, suspender-se-á, entre cônjuges, na constância da sociedade conjugal; entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; e entre tutelados e curatelados vis-à-vis seus tutores e curadores, durante a tutela ou curatela (CC, art. 197, I a III). A ideia é preservar os desgastes da exigência nestas relações íntimas, de confiança e dependência. Os casos mais controvertidos, porque de litigância mais

³³¹ Por exemplo, é o que sucede na Alemanha, com o § 210 do BGB. Se um incapaz não tem representantes legais, flui o prazo prescricional, mas a prescrição só se opera se a pretensão não for exercida nos seis meses subsequentes à constituição do representante. Se o prazo original for inferior aos seis meses de extensão, concede-se o prazo menor.

frequente, se dão quanto ao matrimônio. Parte da doutrina internacional sustentou que a demanda frente a terceiros, mas que pudesse impactar o patrimônio do cônjuge, ficaria igualmente suspensa³³². pense-se A sociedade conjugal se dissolve (i) pela morte, caso em que torna a correr a prescrição em desfavor do espólio e, depois, pelos herdeiros nos limite das forças da herança, salvo, é claro, se estiverem também estes subordinados a causas de impedimento e suspensão (v.g., se forem filhos do cônjuge credor, sob poder familiar); (ii) pelas raríssimas nulidade (CC, art. 1.548, II) ou anulação do casamento (CC, art. 1.550; c/c 1.556 e ss.), sendo certo que, diversamente do regime geral de invalidades, a prescrição correrá desde sempre em desfavor do cônjuge de má-fé, e apenas após a produção de efeitos pela sentença, no caso do cônjuge de boa-fé (CC, art. 1.561)³³³; (iii) pela separação judicial (CC, art. 1.571, III), extrajudicial (CPC, art. 733) ou pelo divórcio (CC, art. 1.571, IV), a partir da eficácia da sentença ou da lavratura da escritura.

Com relação ao último ponto – cessação da causa de impedimento ou suspensão por dissolução da sociedade conjugal –, foram de espectro desnecessariamente genérico as palavras do Superior Tribunal de Justiça quando afirmou, ao analisar o regramento do Código Beviláqua, que *«a razão legal, portanto, da subsistência da causa de suspensão ou de impedimento da prescrição, enquanto não dissolvido o vínculo conjugal, reside na possibilidade reconciliatória do casal, que restaria minada ante o dilema do cônjuge detentor de um direito subjetivo patrimonial em face do outro»*, e que *«essa possibilidade de reconciliação do casal é razão suficiente para a subsistência da causa impeditiva ou suspensiva da prescrição nas hipóteses em que unicamente separados os cônjuges»*³³⁴. A posição poderia ser tomada por subsunção: no Código antigo, a suspensão se dava *«na constância do matrimônio»* (CC, art. 168, I), que, se interpretada como existência do vínculo matrimonial, não seria tocada pela só-separação. A melhor doutrina já apontava, contudo, que a interpretação do Supremo Tribunal Federal era de que o bem jurídico salvaguardado pela lei era o convívio familiar efetivo, que a dissolução da sociedade conjugal já rompera³³⁵. No novo Código, a suspensão depende expressamente apenas da sociedade conjugal. A

³³² LLOVERAS, Nora. La suspensión de la prescripción entre cónyuges. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba**, v. 6, p. 441–482, 1998, em especial pp. 467-474.

³³³ LLOVERAS, Nora. La suspensión de la prescripción entre cónyuges. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba**, v. 6, p. 441–482, 1998. Sobre os efeitos da nulidade na prescrição, p. 463.

³³⁴ STJ, REsp 1.202.691/MG, 3ª turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7 de abril de 2011.

³³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 178 e 179.

afirmação que, repise-se, era talvez inconveniente sob o Código Beviláqua, e contrária à doutrina e jurisprudência prevalentes, seria objetivamente *contra legem* se transportada ao Código vigente, cuja opção legislativa é literal. Felizmente, a expectativa é de que o racional não se traduza em novos precedentes, parecendo mais correto alocar a retórica acentuada da decisão ao senso de inconformismo pela lesão sofrida no caso concreto, que envolvia senhora ludibriada pelo então marido, que, como se repetiu sucessivamente no acórdão, não negava o estratagemas.

Ignorando o comando constitucional de prestígio à formalidade do casamento (CRFB, art. 226, §3º, parte final), cuja maior conveniência em termos de segurança jurídica a terceiros é manifesta, o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional³³⁶, por violação ao princípio da igualdade, qualquer diferenciação entre a normativa atinente ao casamento e à união estável (CRFB, art. 226, §3º, parte inicial). Estabelecida a enérgica premissa, o cotidiano forense tratará companheiros como sujeitos a igual proteção, no curso da união estável – com apoio do Conselho da Justiça Federal, que editou correspondente enunciado na IV Jornada de Direito Civil³³⁷. Uma vez mais, da informalidade da criação (e dissolução) do vínculo advém o lado negativo da equiparação: o início da contagem, ou recontagem, se dará no mais das vezes pela fixação meramente aproximada de data de fim de vida comum pelo magistrado. Não é preciso elaborar extenso raciocínio para constatar a insegurança que advém de subordinar o regime prescricional à prova de qual o momento em que uma crise aguda de relacionamento amoroso, com eventual saída do lar comum (por si só, desnecessário, porque não há dever de coabitação no companheirismo), se converteu em efetivo fim de união estável. A decisão, não a tomou o legislador nacional³³⁸, que bem clivou os ônus e bônus dos regimes formal e informal, mas errou o Poder Judiciário, que enevoou as fronteiras.

O curioso é que com isso se criou benefício não previsto pela lei, mas, talvez inadvertidamente, atraiu-se às uniões estáveis um fator de risco ínsito à regra. A causa de suspensão foi pensada para casamentos únicos, que duravam até a morte de um dos

³³⁶ A tese fixada, para fins de repercussão geral quando do julgamento conjunto do Recursos Extraordinários n.º 646.721 e 878.694, foi a seguinte: «[n]o sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.»

³³⁷ Enunciado 296. Não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável.

³³⁸ Para fins de clareza, registre-se que a crítica aqui feita tem duas dimensões. A uma, reputa-se incorreta a aplicação, frente à letra da lei brasileira. A duas, reputa-se inconveniente a equiparação, que é ponto de opinião sobre política legislativa, e não de aferição científica. Nessa segunda vertente, a inclinação do estudo é minoritária, já que a tendência internacional é pela inclusão da união estável no rol das causas de suspensão, ainda que mediante expressa reforma legislativa, e não extensão jurisprudencial. Assim na Argentina (CCArg., art. 2543, «b»), França (Code, art. 2.236) e Alemanha (BGB, §207, «1», (1)).

cônjuges e deixavam, de regra, prole comum. Com isso, preservava-se a paz do casamento e assumia-se o risco, diga-se, bastante moderado, de que um dos herdeiros manejassem a pretensão recebida *causa mortis* contra o próprio genitor. Com a popularização do divórcio e bodas sucessivas, contudo, a causa de suspensão acabou por assegurar à prole das primeiras núpcias pretensão contra o segundo cônjuge, em uma relação que a experiência infelizmente ensina ser menos marcada pelo afeto e moderação do que aquela outra, fruto da consanguinidade. Tão marcado é o problema que a doutrina francesa debate, em sede do casamento, a conveniência de abolir a regra e confiar o não manejo de pretensões entre cônjuges à constrição natural que a vida em comum impõe³³⁹.

No que tange às partes especialmente protegidas pelo ordenamento, não correrá a prescrição contra os menores; ausentes do País em serviço público da União, Estados ou Municípios; e militares em tempo de guerra (CC, art. 198, I a III). Por razões diversas, o legislador, aqui, colheu como razoável o não exercício da pretensão, e merecedores de tempo adicional seus titulares. No primeiro caso, por inexperiência traduzível em incapacidade civil; no segundo e no terceiro, pela dedicação aos interesses da nação. A interpretação estrita do rol taxativo, uma vez mais, impede extrapolações, por vezes com efeitos perversos.

A retirada legal dos enfermos mentais do rol de absolutamente incapazes pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência subtraiu a proteção que essa camada da população recebia. Ainda que se possa, por extensão dos poderes de curador, buscar a proteção de pessoa com deficiência em nível próximo ao do regime anterior (CC, art. 1.755-A), a tradução desse benefício em salvaguarda prescricional demandaria previsão expressa de lei, e o que se teve, expressamente, foi a revogação de dita previsão. Assim é que, hoje, no Brasil, por atuação equivocada do legislador, o enfermo mental sofre com prescrição nunca impedida ou suspensa, tenha ou não curador nomeado, naquele que é o pior regime da tradição romano-germânica na matéria (v. a respeito, as considerações feitas sob o item III.2, acima). A redação atinente a serviço público, contrariamente, é ampla, de modo que não é preciso ser servidor público ou empregado público, mas apenas estar, a mando dos entes federativos, em serviço público no exterior. Contrariamente ao que supôs parte da doutrina, emissários de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista – porque não se confundem com a União,

³³⁹ MEKKI, Soraya Amrani. Les causes d'interruption et de suspension. In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 474–505, em especial p. 480.

Estados e Municípios – não podem, sob pena de transformar a letra da lei, receber idêntico benefício³⁴⁰. Ausente é residente no exterior, e não casual emissário para viagem de trabalho; e o prazo não torna a correr, coerentemente, em caso de pontual reingresso no país³⁴¹. Por fim, sobre aqueles que estejam em serviço nas Forças Armadas, em tempos de guerra, não é necessário que haja deslocamento ao estrangeiro, nem que se cuide de militar de carreira. Qualquer um «*chamado a prestar serviço em defesa da Pátria*» (Decreto-Lei n.º 1.187/1939) como decorrência de declaração de guerra (CRFB, art. 21, II c/c 84, XIX) está encoberto pela proteção, até que cessem, alternativamente, o serviço ou a guerra. Estado de defesa e estado de sítio (CRFB, art. 136 e ss, e art. 137 e ss), por si sós, não se equiparam a cenário de guerra. Os militares empregados em missão de paz no estrangeiro, igualmente, não estão cobertos por essa proteção, mas recaem na regra geral de impedimento e suspensão àqueles que estejam ausentes em serviço público a bem da União³⁴².

As causas ditas técnicas de impedimento ou suspensão – implemento da condição suspensiva, verificação do termo suspensivo, perda do bem por evicção (CC, art. 199, I a III) – poderiam, a rigor, ser dispensadas em um sistema bem ordenado. Sua clareza, contudo, segue bem-vinda porque a qualidade do sistema prescricional se mede, em grande medida, pela certeza de sua operação. Não corre a prescrição pendendo condição suspensiva porque há, aí, mero direito expectativo, e não o direito subjetivo de crédito (CC, art. 125). É apenas o implemento da condição, ou seu óbice malicioso (CC, art. 129), que implica incorporação do direito subjetivo de crédito à esfera jurídica do titular, junto à ancilar pretensão, para atender ao pressuposto primordial à fluência da prescrição (v. item III.1, acima). Não há pretensão na pendência de termo suspensivo, porque, por igual força expressa de lei, o exercício (da pretensão, inclusive) é suspenso (CC, art. 131) – uma vez mais, a vulnerar o pressuposto primeiro da prescrição. Finalmente, não há prescrição no curso da ação de evicção porque, até então, há risco de evicção e não dano efetivamente sofrido pela perda do bem. As posições jurídicas emergentes da evicção são direitos subjetivos de crédito à indenização pelo valor da coisa da coisa, pelos frutos que se houver restituído, pelas

³⁴⁰ Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 187, para as autarquias estatais.

³⁴¹ TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

³⁴² TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

despesas de contratos e prejuízos derivantes da evicção, e pelas custas judiciais, somadas aos honorários de advogado (CC, art. 450), admitida a mitigação da responsabilidade (CC, art. 448 e 449). Se os prejuízos forem sofridos já no curso da ação, e apenas confirmados ao final, a prescrição nada obstante fluirá apenas do trânsito em julgado da ação de evicção, em eficácia postergada da prescrição. É conveniente que assim seja, porque se a decisão final for favorável ao adquirente, é do terceiro autor da demanda de evicção a responsabilidade pelos danos (CPC, art. 302) e não do alienante, que, na ausência de lei ou estipulação contratual, não se pode ter por solidário (CC, art. 265).

Finalmente, as razões de salvaguarda do não exercício da pretensão por motivos alheios à vontade do credor, por intervenção estatal ou por razões reputadas dignas de tutela pelo ordenamento, servem como uma rubrica genérica, de fechamento, para o relato aqui realizado. A necessidade de apuração de fato no juízo criminal (CC, art. 200), por exemplo, já foi abordada no item III.2, ao qual se remete, e se coliga à conveniência de ter clareza sobre fatos graves que possam – *possam*, apenas, e não *devam* – repercutir na responsabilidade do plano civil. Para evitar uma indesejável sobreposição de atuação das esferas, o legislador dá ao credor o conforto da espera. Igualmente já explorada foi a suspensão do prazo pela inexistência de bens penhoráveis (CPC, art. 921, III; item III.3.2), que tutela a inércia creditícia por imprestabilidade dos esforços de execução. Aqui, a exceção digna de nota dogmática é a limitação da suspensão por um ano (CPC, art. 921, §2º). É um caso raro de fixação de termo certo para eficácia da causa de suspensão; no silêncio da lei, a causa se estende por tempo indeterminado, porque não há regra brasileira que crie barreira final de sobrevivência das pretensões (*Code*, art. 2.232)³⁴³. Igual compreensão pela inércia se dá no contexto de tentativas amigáveis de negociação com o devedor que se traduzam em procedimento de mediação (Lei 13.140/2015, art. 17, p.u.). A existência de procedimento de mediação, e não simples tratativa entre as partes³⁴⁴, é da essência da suspensão, que susta o andamento do prazo entre a primeira reunião (*idem*, art. 17, caput) e o que primeiro ocorrer dentre a lavratura de termo final, declaração do

³⁴³ *Code*, Article 2.232. Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. (...) / Art. 2.232. O ponto de partida do termo, a suspensão ou a interrupção da prescrição não pode ter o efeito de estender seu prazo para além de vinte anos a contar do dia de nascimento do direito.

³⁴⁴ Ponderando que as negociações não podem servir de armadilha prescricional, ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 142. O tema é enfrentado no item IV.4, abaixo.

mediador ou declaração de qualquer das partes dando conta do fim do esforço de composição (*idem*, art. 20)³⁴⁵. A doutrina internacional viu no *pactum de non petendo* hipótese análoga, de efeitos suspensivos da fluência do prazo³⁴⁶, conclusão que não se aplica ao Brasil. Não bastassem as dúvidas sobre a constitucionalidade da avença e a ausência de previsão legal de sua eficácia suspensiva, tem-se que, se o credor se compromete a não exercer a pretensão, é sua vontade que lhe obsta, *i.e.*, a mesma vontade que, se dirigida à inércia pura e simples, impulsionaria o prazo prescricional. A solução é a mesma, com a fluência não-perturbada do prazo. Finalmente, também a decretação de insolvência civil (CPC73, art. 777), de falência ou deferimento de processamento de recuperação judicial suspende o curso da prescrição, com relação, no caso desta última, aos créditos sujeitos ao procedimento (LFRJ, art. 6º e 71, p.u.), tornando a correr o prazo da sentença de extinção do respectivo procedimento (respectivamente, CPC73, art. 777 e LFRJ, art. 157). Faz sentido que assim seja, porque, em todos os casos, os credores são reconduzidos ao procedimento concursal, subtraída sua autonomia de exercício da pretensão.

Esse voo rasante sobre as hipóteses de impedimento e suspensão da fluência do prazo tem muito menos o propósito de exaurir, verticalmente, as controvérsias delas surgidas, como talvez fosse oportuno a um manual, ou tratado de prescrição, e muito mais o objetivo de dar, no coser progressivo das regras, um senso mais robusto da profunda cautela que teve o legislador ao introduzir modulações ao regime estabilizador da prescrição. Ao fazê-lo, alinhou-se com a tradição nacional (as hipóteses ecoam do Código Beviláqua e, dele, da tradição luso-brasileira) e internacional. Todo o equilíbrio do sistema repousa em que esses sulcos protetivos na dura barreira prescricional sejam contidos, e não virem, pela mão não-legitimada do aplicador, rachaduras que, crescendo, desbordem em quebras. Mas as quebras vieram na praxe brasileira, e algumas delas já foram denunciadas nos capítulos precedentes: as considerações sobre a suspensão da execução antes do Código de Processo Civil vigente, e o tergiversar a propósito de casos fortuitos e de força maior, são provas de que a fluência do prazo vem, por assim dizer, marcada por um relógio diverso daquele que fabricou o relojoeiro. Nenhum exemplo será mais eloquente da maleabilidade com a qual um sistema rígido vem sendo tratado do que o campo dos seguros.

³⁴⁵ O regime é análogo ao francês. A esse respeito, v. BIGUENET-MAUREL, Cécile. **Dictionnaire de la prescription civile**. 2ª. Levallois: Editions Francis Lefebvre, 2014, p. 424.

³⁴⁶ TESCARO, Mauro. **Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2006, p. 232.

Desde 1999, e com base em precedentes contemporâneos ao nascimento da Corte, a súmula 229 do Superior Tribunal de Justiça afirma que «*o pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão*». Nos arestos indexados como lastradores do verbete, a história da posição se desvela. A letra da lei era desde sempre clara: o 178, §6º, II, do Código Beviláqua dispunha prescrever em um ano «*a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar no país, contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato*»; e o prazo dobrava para fatos passados no exterior (art. 178, § 7º, V).

De início constringidas pela natureza taxativa das causas de impedimento e suspensão, as instâncias ordinárias buscaram aliviar o regime dos segurados com ancoragem em algum permissivo legal. A tese que ganhou tração afirmava ser a recusa pela seguradora condição suspensiva à ação securitária. O acórdão paulista que deu origem ao paradigma fundante do Superior Tribunal de Justiça demonstra bem a confusão entre pretensão, no plano material, e interesse de agir em juízo, por necessidade de tutela, ao afirmar que «*o prazo de prescrição para ação do segurado não pode ter o seu termo inicial na data em que ocorrido o evento danoso, quando aquele solicita junto a esta a indenização que entende haver direito, isto porque, enquanto aguarda ele a resposta, fica o seu direito subordinado à condição suspensiva, impossibilitando o acesso, desde logo, a via judicial (...) Aplica-se, pois, em tal hipótese, o princípio da actio nata, segundo o qual, enquanto não nasce a ação, não pode ela prescrever*³⁴⁷». Como a condição suspensiva era, também sob o Código Beviláqua, causa de impedimento da fluência do prazo (CC16, art. 170, I), tinha-se por resolvida a questão. O equívoco, contudo, era evidente, porque a eficácia do negócio jurídico em nada se coliga com as condições da ação; *actio nata* é pretensão exigível e não ação de direito processual cognoscível.

Confrontado com o erro, o Superior Tribunal de Justiça não poderia ignorar a inexistência de condição suspensiva, e com efeito não o ignorou. Afastados o impedimento e a suspensão, constatou igualmente o tribunal que «*a reclamação administrativa também não é causa interruptiva de prescrição, pois não se insere em nenhuma das previsões do artigo 172 do Código Civil, nem lei especial assim a conceitua*». A conclusão poderia ser apenas uma: é a interpretação estrita do artigo, de resultado declarativo, que rege a disciplina. Restou, contudo, ao órgão julgador, a

³⁴⁷ Conforme transcrito no acórdão do STJ, REsp 8770/SP, 4ª turma, rel. Min. Athos Carneiro, j. em 16 de abril de 1991.

perplexidade da brevidade do prazo, já que «*poderia o segurador, em procrastinando na solução do pedido indenizatório, levar o segurado de boa-fé, e confiante em que a reclamação estaria bem encaminhada, à perda de seu direito pelo transcurso da prescrição anual.*» Note-se o dado curioso de que não havia alegação de malícia relatada no caso: o sinistro se dera em 30 de abril de 1987; o pedido em 30 de julho; a negativa em 17 de agosto; e o ajuizamento da demanda em 12 de junho de 1988. A seguradora demorou menos a responder que o segurado a pedir; o segurado demorou então dez meses para judicializar o pedido. Esse receio abstrato de mal proceder, contudo, foi o bastante para que a Corte superasse o exercício da busca pelo fundamento legal impeditivo, suspensivo ou interruptivo do prazo prescricional, para proclamar *tout court* que «*tenho por razoável e correto sustentar que o prazo prescricional não deverá correr, ficando portanto suspenso, durante o tempo gasto pelo segurador no exame da comunicação feita pelo segurado, em cumprimento ao artigo 1457 do Código Civil.*» O artigo cuida do ônus de o segurado de avisar com brevidade ao segurador sobre o sinistro, sob pena de perder a cobertura³⁴⁸. Não é preciso tergiversar: o julgamento se deu por equidade e *contra legem*. É apenas na relação com o Estado que a consulta administrativa implica suspensão da prescrição por expressa disposição de lei (Decreto 20.910/32, art. 4º³⁴⁹). O problema do devedor malicioso que induz a prescrição, enfrentaram-no doutrina e jurisprudência por toda a tradição romano-germânica (v. item IV.4, abaixo), mas isso tem nada que toque à simples contagem de um prazo breve, em caso sem indício de malícia. As referências à razoabilidade da posição permearam os julgados subsequentes³⁵⁰, até que a posição alcançasse autoridade sumular.

Do topo, o racional de se julgar a modulação da prescrição por equidade se espalhou. Em casos de seguros por vícios construtivos, a Corte tradicionalmente entendia que, a cada dano que tornasse aparente o vício, haveria nova pretensão indenizatória. Deu-se daí, recentemente, salto para considerar que «*os danos*

³⁴⁸ CC16, art. 1.457. verificando o sinistro, o segurado, logo que saiba, comunicá-lo-á ao segurador.

³⁴⁹ Aqui, parece sem razão CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA quando afirma, em parecer, que a suspensão pelo exercício administrativo da pretensão (não-inércia creditícia) diante do Estado deriva, primeiro, de princípios gerais e, depois, da lei. É só da lei que vem essa autoridade e, na prescrição, com relação às taxativas causas de suspensão, nem mesmo seu silêncio desafia recurso a princípios gerais de direito (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Prescrição suspensão do prazo prescricional na pendência de processo administrativo. Distinção da interrupção. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41–43. Referência à p. 43).

³⁵⁰ Por todos: «*mais condizente com a natureza do contrato e com as obrigações das partes é o reconhecimento de suspensão do decurso do prazo, por não ser razoável negar os direitos oriundos de contrato, em vista do sinistro e, ademais, encontrar fato anterior à vida do contrato no meio pelo qual incumbe ao contratante proceder, para adequadamente cumpri-lo.*» (STJ, REsp 807/RS, 4ª turma, rel. Min. Bueno de Souza, j. em 16 de novembro de 1992, grifos ausentes do original).

*decorrentes de vício da construção se protraem no tempo e, por isso, não permitem a fixação de um marco temporal certo, a partir do qual se possa contar, com segurança, o termo inicial do prazo prescricional para a acabo indenizatória correspondente a ser intentada contra a seguradora. Dessa forma, considera-se irrompida a pretensão do beneficiário do seguro apenas no momento em que, comunicado o fato à seguradora, esta se recusa a indenizar*³⁵¹.» Vale dizer: diante da dificuldade se provar o prazo que a lei fixa para a fluência do prazo prescricional, desloca-se-lhe ao momento discricionário da recusa à indenização. Parte da doutrina aplaude a posição, e o faz por fundamentos diversos, mas igualmente sem solidez.

Nesse sentido, afirmou-se que **(i)** a pretensão indenizatória estaria subordinada à condição suspensiva da regulação, i.e., verificação do implemento do sinistro pela seguradora, o que seria causa de impedimento da fluência do prazo (CC, art. 199, I)³⁵²; e **(ii)** a comunicação imediata do sinistro à seguradora, para que se proceda à regulação, seria dever do segurado, sob pena de decadência do direito subjetivo de crédito subjacente³⁵³. Nenhuma das teses – que são, aliás, mutuamente excludentes, apesar de defendidas pelos mesmos autores – se sustenta.

³⁵¹ STJ, AgInt. nos EDcl no REsp 1.496.990/SP, 4ª turma, rel. Min. Raul Araújo, j. em 23 de outubro de 2018.

³⁵² «Daí porque, para exigir a indenização não basta ao segurado ter suportado as consequências do sinistro. É preciso que este seja levado ao conhecimento do segurador, para sofrer, de sua parte, averiguação e análise, de tal modo que “a indenização somente ocorra depois que este esteja convicto de que realmente o dano atingiu o bem segurado e se deu na conformidade com os termos e condições da cobertura securitária”. (...) Ocorrido o sinistro, o segurado (ou o beneficiário) não pode imediatamente exigir a indenização. Cabe-lhe, antes, comunicar ao segurador a ocorrência do fato danoso, para que este cumpra a obrigação de tomar conhecimento do dano e de cotejá-lo com os termos do contrato de seguro. Trata-se de uma atividade investigatória necessária dentro do sistema do contrato de seguro, que incumbe ao segurador desempenhar, como parte de suas obrigações contraídas nesse tipo de negócio jurídico. Aplicando-se tal sistemática ao contrato de seguro, conclui-se que enquanto não ultimado o procedimento regulatório não se pode cogitar de prescrição, por inexigibilidade da indenização do sinistro. A regulação do sinistro, dentro do processo obrigacional, é parte integrante da prestação devida pelo segurador. É *condição de sua exigibilidade*, pois sem ela não se sabe se o segurado tem realmente direito à indenização, nem quanto é o montante a ser cumprido pelo segurador. Por conseguinte, a dívida derivada do contrato de seguro só se vence, efetivamente, após concluída a regulação. Somente a partir de então se colocará o segurado sujeito aos efeitos da prescrição. (...) Antes disso, o direito do segurado está sob *condição suspensiva*, isto é, não foi ainda por ele adquirido. Cumprido o aviso de sinistro, não pode o segurado, só com isso, se considerar como titular de pretensão exercitável em juízo contra o segurador. Não terá, enquanto não encerrado o procedimento regulatório, sofrido violação em seu direito subjetivo.» (THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição. **Revista dos Tribunais**, v. 924, p. 79-107 (RT online 1–15), 2012, pp. 5 e 10, grifos ausentes no original).

³⁵³ «Se esse for o quadro abusivo construído de má-fé pelo segurado, caberá à seguradora defender-se por meio da exceção de caducidade do direito à indenização (art. 771 do CC/2002) e não pela de prescrição da pretensão (art. 206, § 1.º, II, b, do CC/2002).» (THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição. **Revista dos Tribunais**, v. 924, p. 79-107 (RT online 1–15), 2012, p. 9). / «O legislador corretamente, embora sem a clareza que toda mudança de paradigmas sempre exige, fixa nessa norma (art. 771) um prazo curtíssimo de decadência do direito à indenização (‘sob pena de perder o direito à indenização o segurado participará o sinistro ao

A condição suspensiva é evento futuro e incerto ao que se subordina a aquisição do direito expectado pela parte a que ela, a condição, beneficia (CC, art. 125). Nem sempre os devedores sabem, desde logo, que o suporte fático para sua dívida se aperfeiçoou: a verificação da existência efetiva da dívida é uma medida de prudência em geral e particularmente cuidadosa no mercado de seguros em particular, mas isso, vale dizer, o constatar-se devedor como um ato de autorresponsabilidade antes de proceder ao pagamento, por uma insofismável obviedade, *pressupõe a dívida e não a constitui*. Assim para seguradoras; assim para quem oferte uma promoção pública a clientes que satisfaçam dada condição (promessa de recompensa; CC, art. 854 e ss.) e veja comparecer um deles em busca do prêmio; assim para genitores que sejam demandados por danos supostamente causados por seus filhos, ou empregador ou comitente por seus prepostos (CC, art. 932, I e III); assim para o proprietário do gado que rompa cerca e danifique o pasto do rancho contíguo (CC, art. 936); ou para o condômino que seja procurado por seu vizinho com a notícia de que o vaso que lhe caiu da janela danificou o teto do veículo estacionado abaixo (CC, art. 938). Em qualquer desses casos, o surgimento do direito subjetivo de crédito e a correta exigibilidade se deu à revelia dos devedores, que buscarão se certificar do suporte fático antes de proceder à quitação. Mas inexistente evento futuro ou incerto de reconhecimento, ou negativa, para fins de surgimento ou vencimento da dívida. A vontade do devedor, ou a declaração de sua percepção do estado das coisas, não está listada no suporte fático de nenhum desses casos, nem consta, nas hipóteses negociais, de cláusula que a eleve a tal *status*. O fato gerador (*rectius*, suporte fático) para a dívida securitária é o implemento da condição contratualmente estabelecida, ou seja, a verificação do sinistro, e nenhum outro.

segurador, logo que o saiba, (...)' e na regra prescricional (art. 206, § 1.º, II, *b*) fixa o prazo anual que fluirá a partir da violação do direito que se constituirá com a negativa (art. 189). A regulação do sinistro, assim, não suspende a prescrição. Não há mais base, nem há necessidade das Súmulas do STJ (Súmulas 229 e 278). Uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa, finalmente. O segurado que deixar de comunicar o sinistro 'logo que o saiba' perderá o direito à indenização. Comunicando, não perde. Cabe à doutrina e ao Judiciário destrinchar o que seria o 'logo que o saiba', aplicando os instrumentais à disposição para que o tema não seja tão diabólico, pois uma coisa é acontecer o fato e dele ter-se conhecimento, outra é conhecer o dano, outra a classificação desse dano e sua potencialização como sinistro para efeito de seguro. De todo modo o segurado não poderá demorar a vida toda para comunicar um sinistro, pena de decair do direito à indenização. A regulação do sinistro também deixa de conter a prescrição como 'arma secreta' que veio sendo muito utilizada por seguradores menos sérios para surpreender seus segurados. Esta (a prescrição) somente começará a fluir da negativa.» (TZIRULNIK, Ernesto. Ornitorrinco securitário. A prescrição da pretensão indenizatória. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br/artigos/ornitorrinco-securitario-a-prescricao-da-pretensa-indenizatoria.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2018).

Se a regulação fosse condição suspensiva, sucederia logicamente não poder ser sua instauração dever do credor. A condição suspensiva não é obrigação; aquela se põe no plano das *determinações inexas* do negócio jurídico que modulam a eficácia³⁵⁴, esta se põe no *eixo prestacional central* (em sentido estrito, contrapondo-se à pretensão), e é resultado da irradiação eficaz já realizada. São conceitos mutuamente excludentes. E se é obrigação do segurado a comunicação (CC, art. 771), sucede logicamente não poder ser subordinada à decadência, porque (i) obrigação pressupõe prestação, que se coliga a dívida (posição subjetiva passiva) a que se contrapõe direito subjetivo de crédito (posição ativa); e (ii) decadência só vulnera direito potestativo (posição ativa) que por definição pré-exclui prestação, e se finca no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas – poder inexistente na espécie, porque a relação segue como pactuada originariamente. Essa porção doutrina, que chegou ao ponto de designar o Código Civil um *ornitorrinco* nessas normas³⁵⁵, entrecortou categorias bem estabelecidas pela doutrina e incorreu em erros técnicos profundos que levaram à incompreensão da normativa simples e direta da lei.

Estivessem corretas essas premissas doutrinárias e jurisprudenciais, facultar-se-ia perguntar: a mesma *ratio* se aplica ao credor por promessa de recompensa, que, igualmente, domina solitariamente o suporte fático gerador do crédito, e deve compartilhá-lo com o devedor, para averiguação? Em casos subordinados a condição suspensiva implementada, e carente de verificação pelo devedor, a consulta administrativa igualmente suspenderá o prazo? Considerando que as causas impeditivas e suspensivas vigem indefinidamente – o casal que completa bodas de ouro terá pretensões correspectivas preservadas por todo esse tempo –, poderiam também os filhos ou netos do segurado, constatando que a seguradora jamais respondeu ao pedido administrativo, demandar? Em caso negativo, por que não? Porque não seria *razoável*, alguém diria, comprovando que um sistema calcado na segurança jurídica não admite atalhos, e que o arremate feito ao largo da lei cobra seu preço no desequilíbrio global.

* * *

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. 2ª. São Paulo: Borsoi, 1952, p. 93 e ss.

³⁵⁵ TZIRULNIK, Ernesto. Ornitorrinco securitário. A prescrição da pretensão indenizatória. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br/artigos/ornitorrinco-securitario-a-prescricao-da-pretensa-indenizatoria.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2018.

Causas de interrupção da contagem do prazo prescricional não sustentam a fluência, como as causas de suspensão, para posteriormente lhe retomar de onde haja parado. Mais incisivamente, essas causas cortam o prazo onde quer que esteja, fazendo-o retornar ao dia inicial. Renovam-no³⁵⁶. Aqui e alhures, a tradição a reconduz a duas hipóteses: tutela da pretensão pelo credor de formas específicas da lei, ou reconhecimento de dívida pelo devedor³⁵⁷.

Qualquer interessado pode promover a interrupção da prescrição em lugar do credor (CC, art. 203), assim entendidos os terceiros que tenham interesse sobre a prestação (credor pignoratício, usufrutuário, promitente adquirente)³⁵⁸ ou sobre o estado patrimonial do credor, i.e., os credores do credor³⁵⁹. Não podem estes, contudo, promover a interrupção que dependa de intervenção judicial, se não ostentarem, como ordinariamente não sustentam, legitimidade para atuação em juízo em nome do titular da pretensão em via de prescrição. O que o art. 203 do Código outorga é *legitimação para exercício no plano material*, e não *legitimidade para representação ou substituição no plano judicial* (v. sobre legitimidade e legitimação, o item I.2).

Ainda do ponto de vista subjetivo, a regra é a separação de pretensões e o princípio da incontagiabilidade dos atos³⁶⁰. Isso significa que a interrupção por um credor não aproveita aos demais, nem aquela contra um devedor prejudica os demais (CC, art. 204). Novamente, a lei põe exceções cuja clareza permite a só-enunciação: (i) se houver vínculo de solidariedade ativa ou passiva, há comunicação (idem, §1º); (ii) se a interrupção for contra *herdeiro* do devedor solidário, há comunicação apenas se a prestação for indivisível; e (iii) a interrupção contra o devedor principal prejudica o fiador (idem, §3º), mas já não o avalista e o responsável subsidiariamente a título diverso, nem a interrupção contra o fiador terá eficácia contra o devedor principal³⁶¹.

Do ponto de vista objetivo, a separação e a incontagiabilidade implicam que a interrupção da prescrição quanto a uma pretensão não se transporta, sem mais, a todas

³⁵⁶ O termo *renewal* é usado pela doutrina comparatista para descrever o fenômeno. (ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 125).

³⁵⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 125.

³⁵⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, vol. 1. 3ª tiragem (histórica) da 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955, p. 499.

³⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 243.

³⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 242.

³⁶¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil Comentado. Prescrição, Decadência, Prova. Artigos 189 a 232**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13ª. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

as outras pretensões, contemporâneas ou futuras, geradas da mesma relação jurídica. Apenas se a lei o permitir, o exercício de uma pretensão beneficia o de outras: é o que sucede com a ação que tiver por cumprimento obrigações em prestações sucessivas, que são implicitamente incluídas no pedido por autoridade do art. 323 do Código de Processo Civil.

Cuidando em voo panorâmico das espécies de interrupção, e tendo em conta que a prescrição fundamentalmente protege o devedor, parece mesmo natural que a lei repute menos carente de proteção quem se reconheça em dívida. O reconhecimento de dívida pelo devedor não tem forma prescrita, desde que seja fundado em «ato inequívoco, ainda que extrajudicial». Se houver declaração de reconhecimento, cuida-se de ato jurídico em sentido estrito³⁶². Segue por isso livre a forma, mesmo que o reconhecimento toque pretensão real (CC, art. 108). A conduta deve ser voluntária, mas o desejo de interromper o prazo prescricional é irrelevante, fixado diretamente pela lei, sem intermediação das partes. A declaração, portanto, não precisa ser feita com referência à prescrição, nem mesmo dirigida ao credor, por não se tratar de negócio jurídico receptício³⁶³. Consentir negociar com o credor não é reconhecer dívida, porque a transação pode se dar para prevenir litígio (CC, art. 840) sem concordância com a posição da contraparte. Como o Superior Tribunal de Justiça bem reconheceu, pedir prazo para análise de documento que lastreia cobrança, igualmente, não tem condão interruptivo³⁶⁴. Formular proposta de pagamento ou pedir a tolerância do credor para pequeno atraso é coisa diversa, e interrompe o prazo³⁶⁵.

³⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 220.

³⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 218 e 219.

³⁶⁴ «O pedido de concessão de prazo para analisar os documentos apresentados pela recorrida apenas poderia ser considerado como ato inequívoco que importasse em reconhecimento de débito (direito de receber) apenas se fosse destinado ao pagamento de valores, mas nunca para analisar a existência do próprio débito, como ocorreu na hipótese em julgamento. Da mesma forma que a interrupção do prazo prescricional, sua renúncia somente pode ocorrer por meio de ato igualmente inequívoco, devendo ser interpretado restritivamente, por equivaler a uma confissão» (STJ, REsp 1.677.895/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, j. em 6 de fevereiro de 2018).

³⁶⁵ «Se o devedor, inequivocamente, reconhece o direito do credor, interrompe a prescrição. Pode consistir em reconhecimento judicial ou extrajudicial. Pode ter a finalidade explícita de interrompê-la, ou induzir-se pelo seu comportamento, como uma carta, um pedido de tolerância ou um favor, como ainda um pagamento parcial de juros» (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Comentários ao Código Civil de 2002**, vol. I. Parte geral, arts. 1o a 232 (com atualização legislativa de Cristiano de Sousa Zanetti e Leonardo de Campos Melo). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 208). Em mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 233.

Cuidando de pessoa física, só a declaração de quem é capaz de se obrigar vincula³⁶⁶; cuidando-se de pessoa jurídica, a declaração só pode vinculá-la se quem a emitiu a representa. A declaração pode, inclusive, estar embutida em contexto maior, como, por exemplo, na publicação de balanço, de prospecto a potenciais investidores, de informações prestadas à Comissão de Valores Mobiliários, ou de fato relevante publicado ao mercado: reconhecendo-se a dívida, interrompe-se a prescrição. A só provisão para contingências futuras, como lida com risco, e não com opinião sobre acerto subjacente ao risco, não interrompe o prazo³⁶⁷. O pagamento, diversamente, pode ou não implicar reconhecimento de dívida³⁶⁸: sendo ato-fato, pode ser feito por quem não pode se obrigar, mas, aí, a eficácia não pode ser tal de reconhecer convicção que, diretamente externada, não vincularia. Mesmo sendo de parte capaz de se obrigar, pode ser realizado com *protestatio contra factum proprium*, i.e., «l'ipotesi (...) in cui al contegno concludente di un soggetto venga apposta una riserva con cui l'autore dichiara di non voler realizzare gli effetti verso cui la propria azione sembra rivolta³⁶⁹». Aqui, a vontade não atua para modular efeitos da conduta, o que seria incompatível com a classificação de ato jurídico em sentido estrito acima proposta. A declaração apenas esclarece que a conduta não desvela vontade de *reconhecer a dívida*; faltando esse dado suporte fático, não sucede a eficácia interruptiva. Muitos podem ser os cenários em que isso se dá. Em exemplo trivial, paga-se uma parcela de dívida para evitar protesto, com ressalva de se poder postular repetição em juízo; ou paga-se apenas a parte da dívida reconhecida, inexistindo eficácia interruptiva ao restante; ou realiza-se depósito elisivo para evitar a decretação de quebra, ao mesmo tempo que se nega haver dívida, ou haver obrigação (*exigibilidade*; LFRJ, art. 98, p.u.).

Mudando de espectro, para sair da conduta do devedor àquela do credor, tem-se que a interrupção se dará no contexto (i) de tutela judicial da pretensão, seja qual for o procedimento (ação de conhecimento com pedido condenatório, cautelar, produção

³⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 223 e 224.

³⁶⁷ «Uma *provisão* é um passivo de prazo ou valor incertos. (...) Uma *contingência passiva* é: (a) uma possível obrigação presente cuja existência será confirmada somente pela ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros, que não estejam totalmente sob o controle da entidade; ou (b) uma obrigação presente que surge de eventos passados, mas que não é reconhecida porque: (i) é improvável que a entidade tenha de liquidá-la; ou (ii) o valor da obrigação não pode ser mensurado com suficiente segurança». (Deliberação CVM 489, de 3 de outubro de 2005).

³⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 222.

³⁶⁹ «[A] hipótese (...) na qual o comportamento concludente de um sujeito é realizado com reserva, com a qual o autor declara não querer produzir os efeitos aos quais sua ação ordinariamente pareceria ser dirigida» (GABRIELLI, Enrico. **La consegna di cosa diversa**. Napoli: Jovene, 1987, p. 198).

de provas ou exibição de documentos³⁷⁰, execução, atuação em inventário ou concurso de credores; CC, art. 202, I, II, IV, V); (ii) de tutela arbitral da pretensão (LArb, art. 19, §2º); e (iii) tutela extrajudicial da pretensão, por protesto cambial (CC, art. 202, III). As controvérsias mais acesas surgem do exercício jurisdicional da pretensão (itens «i» e «ii»), e, aqui, são oportunas algumas colocações.

O ordenamento é muito tolerante quanto ao modo de se travar a resolução jurisdicional: ainda que não se cuide de modo adequado, ou ainda que não se cuide de direto exercício da pretensão, tem-se o prazo prescricional por interrompido. Com efeito, a interrupção (i) em sede judicial se dá com o despacho de citação, mesmo que por juiz incompetente, seja dita competência relativa ou absoluta (CC, art. 202, I; CPC, art. 240, *caput*); e (ii) em sede arbitral, se dá com a instituição do tribunal (LArb, art. 19, *caput*), seja ou não a jurisdição arbitral competente. Se o meio adequado de solução de controvérsia for a arbitragem, e não a ação judicial, ou vice-versa, a prescrição igualmente se dá por interrompida porque o princípio é que a movimentação jurisdicional rompe a inércia e afasta a estabilização que lastreia a prescrição; se a ação foi ulteriormente extinta, ou teve competência deslocada, de juízo ou de meio de adjudicação jurisdicional, nada disso releva à prescrição³⁷¹.

A interrupção tem dinâmica curiosa, quer em juízo, quer na arbitragem. Em juízo, lei diz que se interrompe com o despacho citatório (CC, art. 202, I), mas nunca admite que a eficácia da interrupção seja contemporânea ao despacho. Isso porque o ato interruptivo tem suporte fático complexo, e se dá apenas «*se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual*». O prazo é de dez dias e, cumprida essa segunda etapa, a interrupção produz seus efeitos não desde o despacho, mas desde a propositura da demanda (CPC, art. 240, §2º). Como a demora do Poder Judiciário não é imputável à parte (CPC, art. 240, §3º), não é preciso que a citação se dê em dez dias, mas apenas que a parte interessada haja se desincumbido de todos os ônus para que o Poder Judiciário pudesse promovê-la. Isso significa declinar adequadamente a qualificação da parte na petição inicial (CPC, art. 319, II), na maior extensão a si disponível, e recolher adequadamente as custas de citação. Na arbitragem, analogamente, a instauração é o suporte fático de que se irradia a eficácia interruptiva, que, no entanto, não lhe é contemporânea e retroage à data do requerimento de

³⁷⁰ O que a doutrina designou interrupção por medidas de instrução *in futurum* (MEKKI, Soraya Amrani. Les causes d'interruption et de suspension. In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 474–505, em especial p. 489).

³⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. O “princípio da unicidade da interrupção”: notas para a interpretação do inciso I do art. 202 do Código Civil. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 185–200.

instauração (LArb, art. 19, §2º). Note-se que a referência ao despacho citatório e à instauração não são, por esse descompasso temporal, despiciendas: se a medida jurisdicional for patológica ao ponto de não desafiar ordem de citação, ou instauração, o resultado será a não-interrupção. Se a citação se der depois do prazo por culpa da parte interessada, é dela que se terá por interrompido o prazo prescricional, e não mais do despacho³⁷².

A interpretação ao art. 202, *caput* e p.u., suscitou controvérsia tão acesa quanto à do precedente art. 173 do Código Beviláqua³⁷³. Duas são as dúvidas: quantas vezes pode se dar a interrupção do prazo prescricional, e quando volta a correr o prazo prescricional, uma vez interrompido.

A primeira dúvida é criada pela linguagem do *caput* do art. 202, que afirma que a interrupção «somente poderá ocorrer uma vez». A disposição, isoladamente, poderia levar a crer que o credor que houvesse interrompido a prescrição por protesto (CC, art. 202, II), v.g., não mais a poderia interromper com a propositura da ação principal (CC, art. 202, I), e quedaria, com isso, condenado a ver surgir a exceção defensiva a seu adversário se o processo não se encerrasse dentro do prazo prescricional. Como não escapou à doutrina, a interpretação seria teratológica³⁷⁴. O *caput* deve ser lido em conjunto com o parágrafo único, que afirma que a prescrição torna a correr do último ato do processo para a interromper. «Para a interromper» refere-se a ato, não a processo³⁷⁵; é ato para a interromper, no bojo do processo; e não último ato do processo que haja, este, o processo, interrompido a prescrição. A só existência de processo não interrompe nada: a ordem de citação ou a instauração, que são atos, inauguram, na via judicial e na arbitral, a interrupção. A lei admite que a interrupção

³⁷² «Tem efeito interruptivo a citação fora do prazo legal; (...) o que não tem eficácia interruptiva, embora valha e tenha outras eficácias, é o despacho» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 234).

³⁷³ CC16, Art. 173. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper.

³⁷⁴ MARCATO, Antonio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do Novo Código Civil. In: **Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14–24 (preocupado, este autor, não com a repetição, mas com a potencial sujeição do autor à morosidade do Poder Judiciário em geral); MARTINS-COSTA, Judith. O “princípio da unicidade da interrupção”: notas para a interpretação do inciso I do art. 202 do Código Civil. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 185–200, em especial p. 185–186.

³⁷⁵ «Enquanto só há uma espécie de interrupção punctual, ou instantânea, há duas de interrupção lineal: e.g., ou se alude a todos os atos do processo em que ele pode parar, e se diz que do último (não do derradeiro) se conta, o que nos dá interrupção lineal descontínua, ou se alude aos atos inicial e final do processo, estabelecendo-se que durante esse lapso não corre. (...) A palavra “último” está em sentido próprio, que não é o de derradeiro. O ato derradeiro, final, do processo é a sentença; o último pode ser qualquer abertura de vista, ou fim de prazo» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 236).

pela via jurisdicional comporta múltipla ocorrência, porque só pode haver *último* se há *sucessivos*. Supor pudesse haver apenas dois atos (inicial, citação; final, trânsito em julgado), ignora a disciplina de prescrição intercorrente no contexto da execução, que é com essa leitura incompatível (v. item III.3.2). Qualquer outra leitura é *contra legem*, não apenas em teleologia, mas também na só letra da norma³⁷⁶.

A segunda dúvida é sobre que atos interrompem a prescrição, e por quanto tempo a prescrição resta interrompida. Os atos que interrompem a prescrição são aqueles do credor, nos autos, em defesa de sua pretensão. Toda vez que se abrir a oportunidade ao credor de se manifestar nos autos, corre prazo processual e corre prazo substantivo, de fluência prescricional. Praticado o ato do credor, e interrompida a prescrição, ela ordinariamente tornaria a correr. Ocorre que a demora do Poder Judiciário não prejudica o credor em matéria prescricional (CPC, art. 240, §3º) e, com isso, a prescrição só voltará a correr quando couber novamente, ao credor, tutelar sua pretensão mediante manifestação em juízo. Quando a não-interferência da morosidade judicial na prescrição não era lei, a doutrina se dividiu a esse respeito, chegando a cogitar de prescrição com autos conclusos para apreciação de pedido do credor³⁷⁷; agora já não pode haver dúvida que esse cenário não enseja prescrição. O prazo não torna a andar quando o processo para; torna a andar quando o credor deveria defender sua pretensão, mas não o fez, e é novamente interrompido, quando novamente a defender. Esse panorama não preocupa, ordinariamente, em ações cautelares ou de conhecimento, porque a marcha processual será mais ágil que a marcha prescricional, forçando sucessivas interrupções. Preocupa menos ainda se a jurisdição é arbitral, em que cronogramas são costumeiramente fixados pelas partes e tribunal, ou relegados pelos

³⁷⁶ «O entendimento que parece ser o correto é o de que a interrupção, que só pode ser feita uma vez, refere-se à interrupção fora do âmbito do processo (ainda que, concordemos que poderia ser aparentemente argumento contrário, o de que no inc. I do ali. 202 se trata de interrupção no processo, previsão essa que está no mesmo patamar e com aparente identidade de função relativamente às outras hipóteses). Entendemos que a interrupção feita fora do processo é que pode ser feita somente uma vez, mesmo porque a interrupção em si mesma não conduz a eventual resultado útil. Sendo assim, interrompida a prescrição no caso do inc. III, por protesto cambial, pode ser promovida a ação de execução, e, com a citação, será, novamente, interrompida a prescrição, e, no curso do processo, aplicar-se-á o parágrafo único, do art. 202, 2ª parte ("A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper"). De resto, parece curial que a interrupção realizada fora do processo destina-se, exata e precisamente, a que, ainda que correndo novamente a prescrição, possa se promover processo judicial. Outro raciocínio, por isso mesmo – na imensa maioria das hipóteses –, reduziria à inutilidade essa interrupção ocorrida fora do processo, e, esse entendimento não está abrigado pelo texto.» (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Da prescrição intercorrente. **Revista Forense**, v. 415, p. 3–26, 2012. Excerto às pp. 16-17).

³⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 235.

regulamentos das câmaras, a assegurar cadência apropriada³⁷⁸. Isso não quer dizer que (i) hipóteses-limite não possam vulnerar créditos de forma intercorrente nesses cenários; e (ii) execuções, cuja marcha responde muito mais a iniciativa creditícia, são não raro colhidas em meio ao abandono. Por exemplo: se o credor-autor deixar de interromper a prescrição em réplica, o prazo torna a fluir, e só será interrompido quando novamente se manifestar nos autos. Se a manifestação se der mais de um ano depois, e a pretensão for securitária, há prescrição intercorrente.

Um último ponto merece atenção. A semente à sua referência foi lançada acima, ao se dizer que «*ainda que não se cuide de direto exercício da pretensão, tem-se o prazo prescricional por interrompido*». Com efeito, quando a lei fala do último ato do processo para interromper a fluência do prazo, refere-se a ato de ataque ou defesa, de exigência do crédito ou de sua conservação. O despacho citatório, que é listado no inciso I do artigo 202, é só o primeiro ato interruptivo possível do processo. Se o credor não for autor, a contestação (v.g., em ação declaratória de inexistência, ou de nulidade, ou de ineficácia, ou ação anulatória) interrompe o prazo prescricional, como o fazem todos os atos subsequentes de oposição à postulação do devedor.

Note-se o equívoco do enunciado 416 do Conselho de Justiça Federal, ao afirmar que «*a propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição*». A propositura de demanda nunca interrompe prescrição, e a citação do credor-réu, por iniciativa do devedor-autor, por não implicar defesa, não milita em desfavor do devedor que busca exoneração. O credor revel não interrompeu a prescrição, de modo que o devedor, no curso da lide, pode se descobrir titular de exceção material que reforce sua posição. É o ato para defesa, o ato de resistência, que pode interromper, e não a inércia ao ato de ataque da contraparte, que antes de afastar o fenômeno prescricional, torna mais evidente a inércia que o lastreia. Por fim, e com maior razão, se a conservação se dá por iniciativa do credor, em sede cautelar, ainda que não haja propriamente exigência, há preservação da e preparação para a exigibilidade, com igual efeito interruptivo.

*

*

*

³⁷⁸ O que não quer dizer, é claro, seja impossível se cogitar de prescrição intercorrente em sede arbitral. Não há incompatibilidade técnica que preexclua a incidência do fenômeno (NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 278).

CAPÍTULO IV EFICÁCIA E DESEFICACIZAÇÃO DA PRESCRIÇÃO

IV.1 Efeitos

No momento em que os pressupostos de incidência da prescrição (suporte fático complexo) descritos no CAPÍTULO III são verificados, nasce a exceção de prescrição³⁷⁹. O momento é estático e não dinâmico: as relações havidas entre as partes seguem, até então, exatamente como antes. O credor segue titular de direito subjetivo de crédito e de pretensão. Eventualmente, titular de ação. O devedor segue vinculado por dívida e obrigação. À sua esfera jurídica, incorporou-se apenas uma posição jurídica subjetiva de eficácia latente: a exceção, cuja força consiste em encobrir, sustar, suspender a eficácia da pretensão³⁸⁰, mediante exercício do titular ou do juiz.

Mediante ato de exercício, externado pela declaração de vontade de opor a prescrição, a eficácia específica da pretensão é encoberta. Antes, o titular do direito subjetivo de crédito poderia (i) receber a prestação e, recebendo-a, incorporá-la definitivamente ao seu patrimônio, e (ii) exigir que a prestação fosse desempenhada; após, pode apenas receber e incorporar, mas não mais exigir. Não há extinção da pretensão, mas simples encobrimento, sustação de eficácia, deseficacização. As razões para tanto já foram expostas acima, quando se sustentou que a natureza da prescrição segue aquela de exceção em sentido estrito (v. item I.3³⁸¹). A exceção vige com

³⁷⁹ «Atingido o último momento do prazo prescricional, nasce a exceção de prescrição, que é permanente (...) A prescrição nasce com o direito de exceção, tão-só isso» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 405 e 416); «O efeito da prescrição é, na verdade, uma exceção que se confere a alguém, contra o qual não se exerceu, durante determinado prazo, fixado por regra legal, sua pretensão» (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 179).

³⁸⁰ «A prescrição, em si-mesma, é apenas o suporte fático de ato-fato jurídico, de que resulta o direito de exceção. (...) Por si só, a prescrição não extingue a pretensão, ou a ação, nem encobre a eficácia da pretensão, ou da ação. A oposição da *exceptio* é que tem o efeito de encobrir a eficácia da pretensão ou da ação» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 416). Sem razão, em sentido diverso, a doutrina que afirma que «a prescrição é o fim (extinção) da pretensão (*Anspruch*)», sem explicar (e nem se poderia) como a renúncia à exceção faz reprivar a pretensão supostamente extinta (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, comentários ao art. 27 acessados na plataforma RTOonline).

³⁸¹ De essencial, sustentou-se, ali, que «o embaraço direto [de se sustentar a extinção] reside na previsão legal, não revogada, de ser a exceção de prescrição renunciável pelo titular (CC, art. 191). Em atenção a um mínimo de boa técnica, só se pode renunciar àquilo que se tem: o negócio jurídico unilateral abdicativo, que rompe vínculo de titularidade jurídica, tem que se prestar a cortar o liame entre a esfera

tendência à perenidade; é peremptória³⁸². Sua eficácia preclusiva se estende, portanto, até que o titular se lhe renuncie, ou se subtraia eficácia por alguma causa prevista em lei.

Se o pagamento for feito espontaneamente, isso toca ao direito subjetivo de crédito e não à pretensão, de modo que o pagamento é irrepetível³⁸³ (CC, art. 882). Pouco importa, para esse fim, se quem pagou ignorava haver prescrição³⁸⁴ e, nesse sentido, *errou*³⁸⁵ ao decidir pagar. Quem atende a dever, não erra, para o Direito, ainda que possa fazê-lo para seus planos pessoais.

O adimplemento da dívida prescrita não toca a eficácia da prescrição, e é ato lícito. Mais que isso, porque a licitude no direito privado engloba tudo o quanto não é proibido, pode-se dizer: o pagamento de dívida prescrita é lícito *e devido*, apenas não obrigatório. O ato de pagamento de dívida prescrita não implica fraude contra credores, mesmo que não reste garantia suficiente aos demais credores (v. item IV.2). A uma, porque pagamento é ato-fato e não negócio jurídico, e só negócio jurídico pode defraudar credores e ser anulado. Para além disso, o marco para alienação fraudulenta de que cogita a norma não é o ato de transferência em si, mas sim o da criação do dever de alienação³⁸⁶, do vínculo pessoal, que se dá no momento em que firmado o negócio

jurídica do titular e algo. A estar a prescrição fora dessa esfera jurídica, a corda a ser cortada pelo ato de renúncia ligaria alguém a coisa nenhuma; um contrassenso teórico que a lei inauguraria, de negócio jurídico de objeto inexistente. Alternativamente, poder-se-ia falar em «renúncia da tutela legal de prescrição», em confessada, mas não inédita atecnia. Ocorre que se cogitar de «renúncia à tutela lei», no caso da prescrição, teria contornos particularmente gravosos. Admitindo-se que (i) a pretensão fosse extinta ope legis e (ii) a renúncia posterior a dita extinção autoriza o exercício da pretensão; seria preciso concluir que (iii) dita pretensão foi repristinada pelo negócio jurídico de renúncia, afinal, o titular não poderia exercer pretensão (plano da eficácia) terminada por fenômeno legal (plano da existência). Vale dizer: a renúncia referida pela lei produziria um efeito criativo, exatamente o oposto de seu significado técnico, em leitura da lei de grande contrariedade, essa sim, inédita, à dogmática.»

³⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 416.

³⁸³ O que é verdade para obrigações prescritas, naturais e quaisquer outras judicialmente inexigíveis, locução ampla, de fechamento, inserida por ensejo da entrada em vigor do Código vigente (LUCCA, Newton de. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos atos unilaterais. Dos títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 94).

³⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 416.

³⁸⁵ Erro, aqui, é motivo que autoriza repetição, por pagamento indevido, e não vício. Como esclarece a doutrina, «[a] disciplina do erro invalidante (inserida, não por acaso, em capítulo da parte geral denominado “Dos defeitos do negócio jurídico”) reporta-se aos negócios jurídicos. O erro, elemento do pagamento indevido, ao contrário do erro como defeito na formação do negócio jurídico, refere-se ao motivo jurídico da prestação.» (MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. **Direito Restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo**. **Revista dos Tribunais**, v. 956, p. 257-295 (RTOnline 1–24), 2015, p. 6).

³⁸⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos (vol. 1)**. 7ª. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 409; THEODORO JUNIOR,

e não no momento do adimplemento (CC, art. 158, §2º). O ato de pagamento também não implica fraude em execução, pelos mesmos motivos³⁸⁷. Se o caso é de insolvência ou violação à paridade que marca os concursos universais, o problema se põe em direito falimentar e as regras são diversas. O único terceiro que pode influir na dinâmica prescricional, antes e não depois, é o credor do credor, ou titular de direito sobre a coisa devida, para impedir a operação da prescrição em seu desfavor (CC, art. 203; v. item III.4).

O direito à compensação segue também, de início, intocado pelo fenômeno prescricional. As dívidas prescritas podem «*líquidas, vencidas e de coisas fungíveis*» (CC, art. 369). Mesmo quando se incorpora a justa crítica à letra do Código, de que dever-se-ia dizer *exigíveis* em lugar de *vencidas*³⁸⁸, segue compensável o crédito prescrito contra dívida não prescrita, porque, até o exercício da exceção de prescrição, o crédito segue exigível. Não desperta nenhuma perplexidade, igualmente, que o titular de crédito não prescrito o oponha, em compensação, a dívida prescrita – a prescrição, aqui, a ele aproveitaria, mas concretamente não aproveitou porque não se lhe opôs e preferiu a extinção correspectiva³⁸⁹. A lei brasileira silencia sobre a questão mais difícil, atinente à possibilidade de o titular de crédito exigível recusar a compensação, por opor exceção de prescrição ato contínuo à comunicação de compensação feita por titular de contra-crédito prescrito³⁹⁰. Na Alemanha e em Portugal, v.g., a doutrina sustenta a possibilidade de compensação quando não há prescrição contemporânea à verificação do suporte fático autorizador da compensação³⁹¹. Isso se dá a despeito de ambos os sistemas recusarem a compensação contra o crédito manejado para esse fim for sujeito a exceção (CCPort., 847, 1., «a»; BGB, §390³⁹²). O que afasta esse óbice é o princípio

Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 1)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 326.

³⁸⁷ «*A fraude à execução constitui ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 774, I, CPC) e ilícito penal. Trata-se de manobra do executado que visa a subtrair à execução bem de seu patrimônio*». (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2016, comentários ao art. 792, p. 1 da visualização na plataforma RTOonline). No pagamento de dívida prescrita, validamente constituída, não há manobra mas atendimento a dever, e o esvaziamento de patrimônio é apenas consequência necessária, ou efeito colateral, da satisfação do credor.

³⁸⁸ MESQUITA, Euclides de. **A compensação no direito civil brasileiro**. São Paulo: Leud, 1975, p. 92

³⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 412.

³⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 412.

³⁹¹ COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 1100.

³⁹² CCPort., Artigo 847º (Requisitos). 1. Quando duas pessoas sejam reciprocamente credor e devedor, qualquer delas pode livrar-se da sua obrigação por meio de compensação com a obrigação do seu credor, verificados os seguintes requisitos: a) Ser o seu crédito exigível judicialmente e não proceder contra ele exceção, peremptória ou dilatória, de direito material. / BGB, §390. Keine Aufrechnung mit

da retroatividade da compensação, positivado naqueles sistemas (CCPort., art. 854; BGB, §389)³⁹³, que faz que a eficácia da compensação preexista àquela da oposição da exceção de prescrição. No caso português, a legislação é tão bem-posta que esclarece, em norma expressa, a aplicação da regra em caso de prescrição (CCPort., art. 850³⁹⁴).

Aqui, o princípio não tem abrigo. Não há nada que ponha a compensação para trás no tempo, na lei ou na dogmática. Para sustentar que a compensação, que se opera por declaração do credor, sobrevive à prescrição, é preciso dizer que (i) a existência de direitos de crédito correspondentes, líquidos, vencidos e com recíproca fungibilidade faz surgir, instantaneamente, direito formativo de compensação; e (ii) o ulterior encobrimento da eficácia de uma das pretensões não afeta, porque preexistente, esse direito formativo. Parte da doutrina o faz³⁹⁵. Ocorre que o exercício do direito de compensar é ato de extinção lastreado na exigibilidade, que está na essência, ela própria, do direito formativo³⁹⁶. Subtraindo-se exigibilidade, tomba o direito potestativo de compensar, da exata mesma forma que subtraído o crédito cai a exceção dependente. É precisamente por isso que a tradição germano-românica, para fugir a essa operação dogmática, cria a ficção de que a compensação se exauriu antes de essa subtração do suporte fático se dar. Sem a ponte legal autorizativa da ficção, a solução, no Brasil, é forçosamente outra. Não é, também, inédita. Há normativa que, inclusive, amplia a eficácia prescricional para os *direitos* oriundos da relação, construindo *ponte oposta*, a barrar também outros direitos potestativos como os direitos de resolução ou redução do preço (PICC, art. 10.1³⁹⁷)

einredebehafteter Forderung. Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. / §390. Impossibilidade de compensação por crédito sujeito a exceção. Um crédito sujeito a uma exceção não pode ser compensado.

³⁹³ CCPort., artigo 854º (Retroactividade). Feita a declaração de compensação, os créditos consideram-se extintos desde o momento em que se tornaram compensáveis; BGB, § 389. Wirkung der Aufrechnung. Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. / §389. Efeito da compensação. O efeito da compensação é a extinção das obrigações na extensão em que se corresponderem, ao tempo em que aptas a se compensarem.

³⁹⁴ CCPort., artigo 850º (Créditos prescritos). O crédito prescrito não impede a compensação, se a prescrição não podia ser invocada na data em que os dois créditos se tornaram compensáveis.

³⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 412. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. II. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 294.

³⁹⁶ «Since set-off amounts to a form of enforcement of the cross-claim, the cross-claim has to be enforceable (exigible, durchsetzbar, afdwingbaar). / Como a compensação se equipara a uma forma de excussão forçada do contra-crédito, esse contra-crédito deve ser exigível (exigible, durchsetzbar, afdwingbaar).» (ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 50).

³⁹⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. **The new German law of obligations. Historical and comparative perspectives**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, p. 128.

Essa consideração dá ensejo a outra importante reflexão a propósito da matéria prescricional, porquanto é moeda corrente no Brasil que o direito de resolver contratos – por definição, potestativo, com viés extintivo – seria reflexamente afetado pela prescrição. Doutrina e jurisprudência o reconheceram³⁹⁸, mas a solução vem com sacrifício da técnica: em nenhum lugar, na lei ou na dogmática, se encontrará uma solução com conformação científica de conceitos que dê conta de porquê a prescrição (i) pode afetar qualquer coisa que não a pretensão (CC, art. 189); (ii) em afetando coisa diversa da pretensão, recairia sobre direito potestativo, que há décadas se reconduz serenamente ao fenômeno vizinho da decadência; e (iii) afastaria, nessa atípica incidência, a regra segundo a qual os direitos potestativos não regrados por decadência legal ou convencional podem ser exercidos perpetuamente, à falta de prazo geral de decadência no direito privado brasileiro³⁹⁹. Mesmo quando se lhe afirma dependente do crédito, a questão não muda, porque crédito há, intacto, após a prescrição.

O receio natural é de que exsurjam novas posições jurídicas do exercício de uma há muito envelhecida resolução. Passados trinta, quarenta, ou cinquenta anos do incumprimento, o credor, desmuniado de qualquer exigibilidade quanto ao feixe

³⁹⁸ «A ação de resolução não tem “limite de tempo” para ser proposta, porquanto a lei não estabeleceu prazo para a decadência do direito formativo-extintivo de resolver. Porém, estando o direito formativo conexo com o direito de crédito do autor, a prescrição da ação e da pretensão creditícia deixam sem base a ação de resolução, a qual tem por pressuposto a vigência da relação a que está afeta» AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 196; em mesmo sentido, DE ASSIS, Araken. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 127. No Poder Judiciário, igualmente: «[A] vendedora decaiu do direito de pleitear a resolução do contrato de compra quando se extinguiu o direito de crédito que lhe resulta do contrato. Como não há na lei prazo fixando o tempo da decadência desse direito potestativo de resolver, há de se entender que o direito persiste enquanto não encoberta a pretensão de haver o crédito. Nesse caso, sendo de vinte anos o prazo de prescrição da pretensão de crédito, esse é o tempo a considerar na hipótese dos autos» (STJ, REsp n.º 208.492/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª turma, j. em 2 de agosto de 2001); e «como a lei não estabelece o prazo extintivo desse direito potestativo de resolver o negócio jurídico, deve ser entendido que o direito persiste enquanto não satisfeita a pretensão de haver o crédito. Desse modo, aplica-se à hipótese o prazo de prescrição da pretensão de crédito, que é de vinte anos, regulada, pois, pelo art. 177 do CC/16» (STJ, REsp 770.746/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, j. em 5 de setembro de 2006).

³⁹⁹ «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. Relativamente a tais direitos só há prazos especiais. Já o mesmo não acontece com os direitos da outra categoria (os *direitos a uma prestação* da classificação de Chiovenda): as ações por meio das quais estes direitos são protegidos, ou estão subordinadas a prazos especiais no art. 178 do CC/1916, ou estão subordinadas aos prazos gerais do art. 177 do CC/1916, pois este último artigo só se aplica às ações condenatórias, conforme já acentuamos.» (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 744 (originariamente publicado no vol 300), p. 725-750 (RT Online p. 1–20), 1997, excerto à p. 10). Sem razão a doutrina que condiciona essa perpetuidade aos *«direitos potestativos decorrentes da lei que fossem considerados fundamentais»*, porque o critério é de *lege ferenda* e abre espaço a voluntarismos ou à tautologia, porque não se esclarece, com o enunciado, o que seja fundamental para fins de imunidade à decadência (GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e decadência**. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 184).

obrigatório principal, transmutá-lo-ia pelo esgarçamento do vínculo contratual. A partir da resolução, ter-se-ia novos créditos (à restituição; à indenização diversa do incumprimento) e novas pretensões, sujeitas a novos prazos prescricionais. Mas isso já foi objeto de tratamento quando se cuidou da prescrição de eficácia antecipada, no item III.1. Se o nascimento da pretensão depende de exercício de direito potestativo do credor, a prescrição se conta desde esta mediata exercibilidade, ainda que, imediatamente, a pretensão inexista. Preservar o direito à resolução não expõe a contraparte, devedora da dívida prescrita, a nenhum risco. Preserva, sem embargo, a possibilidade de repúdio justificado, pelo credor, ao vínculo obrigacional insatisfeito. Imagine-se que prestações correspectivas estipuladas para prestação simultânea sejam mutuamente incumprida: o comprador não pagou o preço; o vendedor não entregou a coisa. Passados seis anos, o comprador exige a coisa ao vendedor. Operou-se prescrição em desfavor do vendedor, porque a pretensão para exigir quantia líquida prevista em instrumento particular deu-se no ano cinco (CC, art. 206, §5º, I); não operou-se a prescrição em desfavor do comprador, porque a pretensão para exigir entrega de coisa cerca se opera no prazo geral de dez anos (CC, art. 205). *Quid iuris?*

Ninguém duvidará que a referência imprópria à prescritibilidade de exceções do art. 190 do Código Civil não vulnerará as exceções próprias (v. item II.3). A exceção de contrato não cumprido é própria e dependente. Com ela, *«não se discute o mérito propriamente dito do direito pretendido. Ao contrário, o réu excipiente não nega a obrigação; repele, porém, a sua exigibilidade, por um fundamento ínsito à própria relação vinculativa»*⁴⁰⁰; não implica exercício de pretensão, mas pura sustação dos efeitos da pretensão manejada pela contraparte. É dependente não da pretensão subjacente ao contradireito de crédito, mas sim ao próprio direito subjetivo – que sobrevive. A doutrina não titubeia em reconhecê-lo⁴⁰¹ (o mesmo se poderia dizer de qualquer outra exceção de mesma natureza: retenção por benfeitorias; insegurança). A conclusão é, assim, segura: o vendedor pode recusar a entrega da coisa *até que* o comprador preste (CC, art. 476). Admoestado por quem não cumpriu para além do imaginado, e não compelido, ele próprio, a prestar, é compelido a se manter vinculado? Por que razão o direito potestativo lastreado no incumprimento – que permanece, e é base da *exceptio* universalmente aceita –, alheio a qualquer exigência, seria, ele

⁴⁰⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959, p. 135.

⁴⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95; BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A exceção de contrato não cumprido no Direito Privado brasileiro**. Dissertação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 215-216.

também, afetado pela prescrição? Não há, parece, boa razão. O credor vulnerado pela prescrição tem, mais que qualquer outro, base sólida para repudiar o vínculo contratual. Não pode exigir a prestação, que raramente se lhe vem extemporaneamente satisfeita de bom grado pelo devedor de longa data; não há interesse útil em manter vivo vínculo contratual imprestável. A manutenção, que no exemplo prosaico é inconveniente, pode ser em concreto tormentosa. Se, desejoso de vender a coisa a outrem, recebe pedido de declaração formal de que o contrato não viola direito de outrem, já não pode declará-lo: a nova venda viola o direito subjetivo de crédito do comprador anterior, que segue vivo. O contrato novo vai impedido de nascer pela sobrevivência, por aparelhos, do contrato anterior longamente incumprido.

A prescrição do crédito não afeta, também, a vinculação da coisa dada em garantia real. O Superior Tribunal de Justiça incorreu em confusão quando afirmou que a hipoteca se extinguiria pela prescrição do crédito pessoal subjacente, porquanto isso significaria haver extinção da obrigação principal, para fins do art. 1499, I, do Código Civil. Nas palavras da corte, *«declarou-se a prescrição da própria pretensão de cobrança nascida da obrigação principal. Por isso, no presente caso, reconhecida a prescrição da pretensão principal do credor hipotecário, deve-se declarar também a extinção da garantia real acessória incidente sobre o imóvel»*⁴⁰².

O acórdão invocou estudo cuja transcrição, pela relevância na formação da opinião da corte, convém ter em mãos. Disse-se que *«como toda pretensão nasce do inadimplemento de alguma obrigação, a do credor hipotecário sujeita-se aos efeitos da prescrição, uma vez vencida a dívida e não exigida a sua satisfação dentro do prazo previsto em lei (CC, art. 189), o qual pode variar de acordo com o tipo de obrigação principal garantido pela hipoteca. Esse prazo, portanto, diz respeito à pretensão de receber o valor da dívida a que se vincula a garantia real. Desde que extinta a pretensão à cobrança judicial do referido crédito, extinta também estará a pretensão de executar a hipoteca dada a sua natureza acessória»*⁴⁰³.

Alguns dos muitos equívocos do trecho já foram esclarecidos, antes, neste estudo, e merecem registro apenas para que a crítica central não dê a falsa impressão de que as observações ancilares não se fariam necessárias. Em primeiro lugar, a pretensão não nasce, necessariamente, do incumprimento (v. item II.3.3); em segundo

⁴⁰² STJ, REsp n.º 1.408.861/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª turma, j. em 20 de outubro de 2015.

⁴⁰³ THEODORO JUNIOR, Humberto. A extinção da hipoteca pelo decurso do tempo no regime do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 53, p. 165–176, 2008. Excerto na pág. 169.

lugar, não é extinta pela prescrição, mas apenas encoberta (deseficacizada) (referência sumária no começo deste item, e mais alongada no item I.3); em terceiro lugar, a pretensão não é à cobrança judicial, mas à exigência, em juízo ou fora dele (itens II.3, para o conceito de pretensão, e II.2, para a interface entre ação e prescrição). O equívoco central do excerto, acolhido pelo julgado, diz com a matéria já tangenciada da relação entre prescrição e direitos reais. No item II.3.1, cuidou-se do exsurgimento de pretensões reais e sua prescritibilidade, à revelia da disciplina de usucapião; restou o enfrentamento da relevância da prescrição de direitos pessoais e aqueles outros, reais, de garantia, de que a doutrina e precedentes acima transcritos se ocuparam, para enxergar, na acessoriedade, a chave da solução. Não parece correto o caminho assumido.

O caso julgado cuidava de dívida de dinheiro. Dessa relação, no plano pessoal, o credor tinha contra o devedor **(i)** um direito subjetivo de crédito, a que se contrapunha dívida de prestar com a entrega do dinheiro; **(ii)** pretensão igualmente pessoal, autorizativa de exigir a entrega do dinheiro, a que se contrapunha obrigação de entregá-lo; e **(iii)** ação para, insatisfeita a prestação, compelir o devedor a fazê-lo. Essa pretensão é vulnerável por prescrição: cuidando-se de dívida líquida prevista em instrumento particular, o regime atual aponta para o prazo quinquenal (CC, art. 206, §5º, I). Operada a prescrição, o devedor, ou o juiz, podem opor a exceção de prescrição, deseficacizando a pretensão, que restará, então, paralisada.

Ocorre que a dívida de dinheiro inaugurou, em paralelo, e sem dúvidas em caráter acessório, outra relação, desta vez de natureza real, com efeitos muito diversos daqueles de cunho pessoal. O titular de hipoteca tem outra pretensão, outro poder de exigência, que é a exigência de venda da coisa para sua satisfação (CC, art. 1.422). Satisfação não da pretensão pessoal, porque pretensão real não satisfaz pretensão pessoal (não há pretensão à pretensão), mas sim satisfação do direito subjetivo de crédito subjacente a ambas (porque há pretensão à prestação). A pretensão pessoal, ao exigir conduta do devedor, e a pretensão real, ao exigir a venda do imóvel hipotecado, são vassalas do mesmo senhor, que é o crédito pecuniário. Ambas têm vidas separadas, enquanto houver senhor comum a servir: podem ter prazos iguais, ou díspares; na disparidade, pode suceder que a pretensão pessoal tenha vida maior ou menor que a real. Nada disso toca, sequer remotamente, a extinção do crédito, que é o norte dos vetores de exigência de ambas as frentes pretensionais. Bastaria recorrer às lições de PONTES DE MIRANDA, citado, também ele, no acórdão, para constatar que essa

independência das pretensões é tradição luso-brasileira desde as ordenações⁴⁰⁴. Na espécie, como se antecipou, a prescrição pessoal é quinquenal, mas a real, à míngua de regra específica, é a geral (CC, art. 205). Pode-se, portanto, sem nenhum embaraço legal, se executar a hipoteca de dívida pessoal prescrita, enquanto não prescrita a hipoteca ela-mesma.

Mas é preciso dizer mais, porque nem mesmo a prescrição decenal faria extinguir a hipoteca. Tomando-se em conta a só fluência do tempo, é a perempção trintenária que cuidaria de fazer tombar a hipoteca (CC, art. 1.485)⁴⁰⁵. O que sucederia, então, no lapso de tempo, no limite vintenário, que medeia a prescrição da pretensão de venda e a extinção da própria garantia? A resposta é simples, porque todas as demais prerrogativas irradiadas da posição real sobre o imóvel permanecem. A preferência no recebimento é preservada, dirigida que é a outros credores e não ao devedor principal, nem ao proprietário da coisa (CC, art. 1.422, parte final), e é não apenas possível, mas comum que credores alheios à relação hipotecária façam alienar bens que ofereçam substancial sobre-garantia. A regra, aliás, vale para penhores, hipotecas e anticreses. Na hipótese de perecimento do imóvel – ou, novamente, da coisa dada em garantia, porque a norma também é ampla –, o titular da garantia se sub-roga na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano (CC, art. 1.425, §1º). Sub-rogação legal é mudança de polo ativo de relação obrigacional, por força de norma alheia às partes, por definição campo alheio à prescrição, por não haver, no fenômeno, traço de pretensão. Por fim, deixando o caso julgado para ilustrar com a lei o desacerto das considerações do acórdão em geral, há direito de retenção do imóvel ao credor anticrético (CC, art. 1.423) e a coisa móvel ao credor pignoratício (CC, art. 1.433, II), posições subjetivas de exceção própria, também elas, por natureza, alheias à pretensão e à prescrição.

⁴⁰⁴ «A ação hipotecária prescreve em dez anos, entre presentes, ou vinte, entre ausentes. A prescrição da pretensão garantida é sem qualquer repercussão sobre a ação hipotecária: o art. 849, VI [*sem correspondente atual*] só se refere à prescrição da ação hipotecária, e não à da obrigação principal, nem a essa se refere o art. 849, I, pois a prescrição não extingue a obrigação. A prescrição oriunda do crédito pessoal pode prescrever antes ou depois de prescrever a ação hipotecária, que é real. (...) O Código Civil não inovou: o art. 177 incide como incida a regra jurídica das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 3, §1º, onde se puseram regras jurídicas sobre prescrição da ação de reivindicação e da ação real de garantia que não coincidiam com as da usucapião, recebidas do direito romano, por jurisprudência de tempos imemoriais». (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 474).

⁴⁰⁵ «A hipoteca convencional é válida por vinte anos da data do contrato hipotecário. As partes são livres para estipulação do prazo. Atingido este, dá-se a perempção. (...) [N]ada obsta que as partes, de comum acordo, prorroguem a hipoteca. No silêncio, dá-se a perempção, perdendo o credor o direito de executar o imóvel. (...) [P]ode ocorrer a perempção, mas isso não significa que a obrigação garantida tenha sido alcançada pela prescrição.» (VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Direitos reais (vol. 16)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 822).

IV.2 Deseficacização a reboque de extinção da exceção: renúncia à prescrição

Como posição jurídica subjetiva patrimonial que é, a exceção de prescrição pode ser, de regra, renunciada. O mesmo não é verdade para o regime da prescrição, em abstrato, como fixado em lei. É o que se extrai do art. 191 do Código Civil, quando admite o negócio abdicativo para «*depois que a prescrição se consumir*», mas não antes. Guarda-se com isso coerência com a vedação de negócio jurídico de modificação de prazo prescricional (CC, art. 192): até que se opere a prescrição, o pêndulo se inclina ao interesse público⁴⁰⁶; depois de operada, pende-se ao interesse privado do titular do *ius exceptiones*⁴⁰⁷. Como já se teve o ensejo de observar (v. item I.4), a regra não é incompatível com a cognoscibilidade de ofício da prescrição pelo magistrado: em juízo ou fora dele, antes ou depois do reconhecimento pelo magistrado, a prescrição é renunciável.

A renúncia é negócio jurídico abdicativo, não receptício, que demanda capacidade e poder de disposição⁴⁰⁸. Isso quer dizer que não podem renunciar a prescrição o absolutamente incapaz, independentemente de declaração judicial (CC, art. 3º, c/c 166, I); o falido, desde que decretada a falência (LFRJ, art. 103); e o insolvente civil, desde que decretada a insolvência (CPC/73, art. 752, mantido em vigor)⁴⁰⁹. O relativamente capaz, assistido, pode renunciar; não assistido, pode igualmente, mas o negócio é anulável (CC, art. 171, I)⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ A renúncia antes de operada a prescrição pode sobreviver, em eficácia reduzida, para interromper a fluência do prazo, uma vez, por reconhecimento da dívida. Se já houve reconhecimento anterior, a eficácia que sobrevive é nenhuma.

⁴⁰⁷ «[E]nquanto não é alegada, ou depois disso, a prescrição pode ser objeto de renúncia: renuncia-se ao direito de exceção, que já existe (art. 161); e não se ofende, com tal renúncia, o interesse público, porque o interesse público está em que haja prazos prescricionais, e não em que se exercá o direito de exceção (...)» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 416).

⁴⁰⁸ «A renúncia pode ser conceituada como ato unilateral, independente de aprovação ou aceitação de terceiro, por meio do qual ocorre a extinção de um direito por seu titular. Lembra-se que o agente desse ato deve ser plenamente capaz» (LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado, vol. 1. Parte geral (arts. 1º a 232)**. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2016., p. 604). Em mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 434.

⁴⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 434; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 194.

⁴¹⁰ CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 92.

Parte da doutrina sustentou que o cônjuge não pode renunciar à prescrição com relação à pretensão oriunda de negócios cuja entabulação dependesse de outorga uxória (CC, art. 1.647)⁴¹¹, o que não parece apropriado. A outorga uxória é pressuposto para que o cônjuge crie a dívida (para si; crédito para a contraparte) da qual surgirá a obrigação (para si; pretensão para a contraparte). A exceção de prescrição opera na ponta oposta, e pela metade: não toca a dívida, mas apenas, quando exercida, encobre a pretensão. Da exata mesma forma que o cônjuge não demanda autorização para pagar dívida, esteja prescrita ou não, não se pode demandar para renunciar a exceção de prescrição para que apenas *siga obrigado*. Seguir obrigado é a chave da questão: a outorga evita que o cônjuge irresponsavelmente se obrigue à revelia do outro, mas a renúncia à prescrição não obriga, nem re-obriga, mas apenas não desobriga, i.e., mantém obrigado como desde sempre se esteve.

A renúncia da prescrição pode ser feita por representante. O representante legal do incapaz nunca poderá fazê-lo, porque a disposição se lhe escapa os poderes ordinários de administração, mas nem mesmo a autorização judicial supre a lacuna, como bem observou a doutrina, porque o negócio deve ser em benefício do representado (CC, art. 1.691, caput e p.u.; 1.741, 1.749 e 1.781)⁴¹². Para que o representante por via convencional possa renunciar à prescrição, é preciso que haja poderes especiais e expressos nesse sentido (CC, art. 661, §1º), ou seja, é preciso que o instrumento especifique o poder de renunciar, e a que exceção de prescrição se refere⁴¹³, sob pena de ser ineficaz o ato de renúncia⁴¹⁴. O advogado não pode, ordinariamente, renunciar à prescrição que beneficia seu cliente, porque a cláusula *ad judicium* não inclui poderes de disposição (CPC, art. 105); se a cláusula incluir, e o cliente expressamente o autorizar, o patrono pode promover a renúncia.

No que diz respeito à forma, a renúncia pode ser expressa ou tácita (CC, art. 191, primeira parte), pouco importando a natureza da relação que fez surgir a pretensão por si oposta. Vale dizer: a renúncia independe de forma mesmo que a

⁴¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 434.

⁴¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 194.

⁴¹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 699.

⁴¹⁴ NETO, Soriano. **Pareceres (Separata da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife - XLIX)**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1943, p. 121

pretensão seja real, ou que a pretensão pessoal seja originada de negócio formal⁴¹⁵. Isso se dá porque a exceção de prescrição não deriva do contrato, mas da diretamente da lei, que pode, por isso mesmo e com autonomia, lhe fixar modo de disposição independente. Para que a renúncia tácita se opere, não basta silêncio ou não oposição, mas sim conduta do devedor que seja absolutamente incompatível com a conservação da exceção de prescrição. O silêncio do advogado em juízo nunca implicará renúncia tácita, porque a lei resguarda a oposição da exceção em qualquer grau de jurisdição e isso afasta a incompatibilidade absoluta que a renúncia reclama (CC, art. 193). As considerações feitas a propósito do reconhecimento interruptivo se aplicam, *mutatis mutandi*, à interpretação da conduta do devedor para fins de renúncia tácita. Pode haver renúncia tácita no ato de pagamento, se o pagamento for consciencioso da existência de exceção de prescrição e incompatível com sua ulterior invocação – o que não sucede, v.g., no depósito elisivo de falência⁴¹⁶. O só reconhecimento da dívida e, por consequência lógica, do direito subjetivo de crédito a ela contraposto, por outro lado, não implica renúncia da prescrição, porque de fato dívida há. Seria preciso que o devedor fosse além, para se reconhecer obrigado, compelido ao pagamento. Na dúvida, não se reconhece a renúncia; na dúvida sobre sua extensão, interpreta-se-lhe restritivamente (CC, art. 114⁴¹⁷). Incorreta, por isso, a doutrina que supõe que o pagamento parcial possa significar, presumivelmente e pelo filtro de percepção social, renúncia à prescrição para o restante da dívida. É confundir esferas de atuação dos

⁴¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 437.

⁴¹⁶ Sobre a autonomia do pagamento espontâneo frente à renúncia tácita, inteligente a ponderação da doutrina de que, fossem as figuras sobrepostas, o erro lhe deveria afetar, o que não ocorre na tradição romano-germânica. Disse-se, alhures, sobre a irrepetibilidade, que «*si l'on analyse le paiement de la dette prescrite comme une renonciation tacite, ce qui constitue la deuxième espèce d'explication de l'irrepétibilité du versement ainsi fait, la solution devrait être inverse. La renonciation étant un acte de volonté, l'erreur devrait le détruire, de sorte qu'il aurait bien eu versement l'indu / se o pagamento da dívida prescrita for analisado como uma renúncia tácita, o que constitui o segundo tipo de explicação para a irrepetibilidade do pagamento assim efetuado, a solução deveria ser a inversa. Sendo a renúncia um ato de vontade, o erro deveria destruí-lo, de modo que incidiria o pagamento indevido*» (STOFFEL-MUNCK, Philippe. La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties (rapport français). In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 384-402, p. 389).

⁴¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nota dos atualizadores à p. 439. No mesmo sentido: «a renúncia tácita precisa ser veemente, isto é, não pode deixar margem a dúvida quanto à intenção do prescribente de despojar-se do benefício da prescrição. Havendo dúvida deve-se excluir a hipótese de renúncia, porque ela não é regra, mas sim a exceção» (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 334).

institutos do pagamento e da prescrição, e é estender sem lastro a suposta renúncia feita⁴¹⁸.

A lei ressalva que a renúncia à prescrição, expressa ou tácita, não pode se dar em prejuízo de terceiro (CC, art. 191). A lei não explica, contudo, quem seria esse terceiro, qual o prejuízo e qual a consequência de sua causação. A doutrina não duvida que se tratem, ditos terceiros, dos demais credores do devedor titular da exceção de prescrição, pela renúncia reduzido à insolvência⁴¹⁹. Com relação aos credores com garantia geral sobre o patrimônio do devedor, o remédio contra a renúncia seria a ação pauliana, que anula o negócio abdicativo; com relação aos credores com garantia específica sobre o bem vulnerado pela renúncia à prescrição, a hipótese seria de mera ineficácia⁴²⁰. Fora do país, a conexão entre a coletividade de credores e a exceção de prescrição é bem traduzida no texto da lei. Em Portugal, v.g., a lei expressamente autoriza aos demais credores invocarem a prescrição renunciada pelo devedor frente a um credor em particular, espelhados, para tanto, os pressupostos da ação da pauliana (CCPort., art. 305º, 2⁴²¹). A lei brasileira não consente idêntica interpretação. Valem, aqui, em grande medida, as considerações feitas a propósito do pagamento de dívida prescrita – ainda que o pagamento seja ato-fato e não se ponha, como quis parte da doutrina, no mesmo plano da renúncia⁴²².

Para que haja fraude contra credores, é preciso que o devedor insolvente, ou pelo negócio viciado reduzido à insolvência, transmita gratuitamente seus bens ou perdoe dívidas (CC, art. 158). Se a insolvência for conhecida pela contraparte, ou se for

⁴¹⁸ DI PAOLA, Luigi. Brevi note in tema di pagamento parziale del debito prescritto e di rinuncia tacita alla prescrizione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. 99, p. 143–166, 2001, em especial p. 161–162.

⁴¹⁹ VIANA, Marco Aurélio S. *Código Civil comentado: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 594; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Comentários ao Código Civil de 2002, vol. I. Parte geral, arts. 1o a 232 (com atualização legislativa de Cristiano de Sousa Zanetti e Leonardo de Campos Melo)*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 196; TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 359. Fora do país, STIJNS, Sophie; SAMOY, Ilse. La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties (rapport belge). In: *La prescription extinctive. Études de droit comparé*. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 341–383, em especial p. 374; e GERARDO, Michele; MUTARELLI, Adolfo. *Prescrizione e decadenza nel diritto civile: aspetti sostanziali e strategie processuali*. Turino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 132 – com a nota de que, na Itália e na França, os credores do renunciante recebem da lei legitimação para opor a exceção.

⁴²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 197. Sobre a tese da ineficácia apenas: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 438.

⁴²¹ CCPort., artigo 305º (Oponibilidade da prescrição por terceiros) (...) 2. Se, porém, o devedor tiver renunciado, a prescrição só pode ser invocada pelos credores desde que se verifiquem os requisitos exigidos para a impugnação pauliana.

⁴²² CIANCI, Mirna. A prescrição na lei 11.280/2006. *Revista de Processo*, v. 148, p. 32–45, 2007, p. 8, nota de rodapé n.º 7.

notória, o regime é mais pesado: ainda que a transmissão de bens seja onerosa, o negócio é viciado (CC, art. 159). A consequência, em um ou em outro caso, é a anulabilidade (CC, art. 171, II). Por outro lado, para que haja fraude em execução, demanda-se alienação, gratuita ou onerosa, ou oneração de bem (i) pendente ação real averbada no respectivo registro público, quando houver, (ii) pendente execução, ou existente hipoteca judiciária, em qualquer caso averbadas no registro do bem; (iii) pendente ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, ou quando mais a lei o especificar (CPC, art. 792). A consequência, aqui, é a ineficácia (CPC, art. 790, V). O racional da lei parece de simples precisão: o patrimônio, que é garantia universal dos credores, não pode ser constricto, ou reduzido, por quem já não mostre vigor suficiente para fazer frente às suas obrigações presentes.

Em todos esses casos, é o nascimento da dívida ou da garantia específica que a lei repudia, porque a parte agride aquilo que por si só já não se punha de pé. No caso da prescrição já operada, nada disso sucede, ou, antes, nada disso necessariamente sucede. Por pressuposto, o direito subjetivo de crédito e a pretensão preexistem ao ato dispositivo, e não são aumentados, nem agravados, pelo ato da renúncia da prescrição. A exceção de prescrição, que é aquilo a que se renuncia, por si só não paralisa a pretensão nem beneficia automaticamente os demais credores. É preciso exercê-la para que dita paralisação suceda, e o devedor tem a faculdade, mas não o dever de fazê-lo. No Brasil, diferente de Portugal, os demais credores não são partes legítimas a opor prescrição (CC, art. 193; a legitimação ampliada é apenas para fins de interrupção, cf. CC, art. 203); e mesmo o juízo, se informado do propósito de não-oposição (que não é o mesmo que renúncia⁴²³), não pode dela conhecer. Anula-se a renúncia, ou se lhe tem por ineficaz, e o que sucederá? Volta *ius exceptiones* ao patrimônio do devedor, que pode de novo não o exercer. A tutela é inútil. E se, não o exercendo, faz pagamento (i) tomando-se por aplicável a fraude contra credores, ordenar-se-lhe-á a restituição, a bem da reconstituição do patrimônio e garantia dos demais credores? Como sustentá-lo, se a lei diz sem ressalvas que a dívida prescrita paga é irrepetível (CC, art. 882), e pagamento de dívida válida e eficaz, por pressuposto lógico, é ato lícito de extinção de

⁴²³ Mesmo a retirada da alegação, passo ulterior, não implica necessariamente renúncia (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 433). «[E]xercido o direito de exceção, pode o titular dêle retirar a alegação; a declaração de vontade, que é *vox*, fica revogada. A alegação de prescrição, que produziu efeito, perde-o, *ex tunc*». (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 416).

obrigações (CC, art. 304)?; ou (ii) tomando-se por aplicável a fraude à execução, ter-se-á como penhorável o bem transferido ao patrimônio do credor? Como sustentá-lo, se é lugar comum da doutrina que ele preserva o direito subjetivo de crédito, e esse direito consiste precisamente em receber a prestação e retê-la definitivamente em seu patrimônio? Não haverá resposta satisfatória para qualquer das questões.

Se a exceção de prescrição e sua disponibilidade não tocam diretamente os demais credores do devedor-excipiente, o mesmo não se pode dizer dos devedores solidários. A esses, interessa diretamente, e de forma aguda, a preservação da posição jurídica subjetiva defensiva comum. Por isso é que, se o devedor solidário renuncia à prescrição, os demais devedores seguem, nada obstante, titulares de exceção de prescrição oponível em prejuízo do credor⁴²⁴. A norma inaugura importante ruptura no regime prescricional, porque a regra é que os devedores solidários sejam reciprocamente afetados: quando se interrompe a fluência do prazo prescricional contra um, estende-se a eficácia interruptiva *ope legis* a todos (CC, art. 204, §1º, parte final). Quando se remove a barreira da exceção que beneficiava a um, pela renúncia, não se lhe remove contra os demais (CC, art. 191). O garante não tem igual sorte. Os fiadores só podem opor as (impropriamente designadas) exceções extintivas que competem ao devedor principal, dentre as quais não se lista a prescrição (CC, art. 837); os donos de bens empenhados ou hipotecados, por sua vez, têm prescrição própria a opor, contra a pretensão real de excussão, que não se confunde com a prescrição que vulnera a pretensão pessoal de prestação (v. item IV.1, logo acima).

Finalmente, quanto à eficácia, o efeito da renúncia é extinguir a posição jurídica subjetiva de exceção de prescrição. Se não tiver sido oposta, nada muda, em concreto, ao credor: antes, tinha pretensão, segue tendo-a. Apenas deixou de ser encobrível por ato futuro de oposição da exceção que, com a renúncia, já não há. Se a prescrição houver sido oposta, desfazem-se imediatamente os efeitos de encobrimento da exigibilidade. O credor beneficiado pela renúncia torna a poder exigir e, insatisfeita a prestação, legitimamente agir para compelir à satisfação. Se houver diversos credores solidários, nada impede que o devedor renuncie com relação a apenas um⁴²⁵. O novo prazo prescricional torna a correr imediatamente, para que, expirado, incorpore-se ao

⁴²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, vol. 1. 3ª tiragem (histórica) da 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955, p. 351.

⁴²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 438.

patrimônio do devedor nova exceção de prescrição. Se houve interrupção da primeira contagem prescricional, dentro ou fora de juízo, pode haver novas interrupções, igualmente dentro ou fora de juízo. O dito «princípio da unicidade das interrupções» não se aplica, porque é de nova contagem prescricional que se trata, e não repristinação de contagem antiga⁴²⁶.

IV.3 Negócio jurídico prescricional: modulação de eficácia vedada por lei

Vige no Brasil regra segundo a qual os prazos prescricionais não admitem convenção. O Código o diz no art. 192, ao dispor que «*os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes*». Se é verdade que a função da prescrição é a pacificação social, em benefício da segurança jurídica, convém, ao juízo do legislador, não se relegue integralmente ao particular o controle do elemento central do fenômeno: o tempo. O pêndulo do regramento do Direito Privado se inclina à coletividade⁴²⁷, sem embargo de uma certa dulcificação individualista do regime por meio da possibilidade de renúncia posterior (v. IV.2, acima). O regime não é o melhor. Internacionalmente, tem-se consentido a espaços de tolerância ao ajuste de prazos em relações paritéticas, com limites mínimos que assegurem possibilidade razoável de exercício de pretensão pelo credor, e máximo que assegurem razoável proteção ao devedor diante do efeito do tempo – uma aproximação, como a doutrina rapidamente notou, com o regime da decadência, com tradicional acomodabilidade de influências de fonte negocial⁴²⁸. Assim é na França, por exemplo, em que o prazo mínimo por acordo é de um ano, o máximo dez anos e as partes podem criar causas de suspensão e interrupção⁴²⁹; ou na Alemanha, em que as partes podem elevar a até trinta anos os

⁴²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 437; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 195.

⁴²⁷ «O prazo de prescrição não pode ser diminuído, nem aumentado, por meio de negócio jurídico. Só a regra jurídica por aumentá-lo, ou ou diminuí-lo. Nem o negócio jurídico pode pré-excluir causa de suspensão, ou interrupção. A sanção contra cláusulas, que aumentem ou diminua o prazo, ou criem ou pré-excluam causas de suspensão, ou de interrupção, é a nulidade» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 446).

⁴²⁸ PATTI, Salvatore. *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 64, p. 21–36, 2010. Referência na p. 36.

⁴²⁹ *Code*, Article 2254. La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans. Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription

prazos prescricionais⁴³⁰. A velocidade da economia já inspirou reformas para redução de prazos; a vida moderna criou, contudo, uma situação de dificuldade. Para uma *start up* ou para um *trader* da bolsa de valores, falar-se em um prazo trienal ou quinquenal para que uma pretensão creditícia seja manejada é se referir a um futuro inimaginável diante realidade daquelas práticas. Para um investidor em um projeto *greenfield*, por outro lado, pode haver duas décadas de relações enfeixadas, entremeadas, sob uma única lógica econômica. Se antes essas diferenças eram enfrentadas pelo legislador com tabelamento de prazos brevíssimos para uns tipos contratuais, e outros longos para tipos diversos, hoje será uma ilusão de fácil quebra imaginar a capacidade de arrolamento legislativo dessas hipóteses merecedoras de tratamento particular. Melhor seria, mesmo, dar margem de manobra às partes em pé de igualdade. Mas não se deu. Bom ou não, o regime é posto e não admite contornos argumentativos.

As partes no Brasil, ainda que paritéticas, não podem, portanto, criar novos prazos, maiores ou menores, não podem inovar às causas de suspensão ou interrupção da lei, e não podem criar causas de extensão do prazo. A doutrina chegou a cogitar se pudesse, com relação à pretensão já nascida, formular acordo para extensão do prazo até o dobro do limite legal. O racional para tanto é de que «*se uma das partes pode, unilateralmente, interromper o curso da prescrição e reiniciá-la – o que pode, na prática, dobrar o prazo prescricional –*, com muito mais razão deve-se admitir que os

prévues par la loi. Les dispositions des deux alinéas précédents ne sont pas applicables aux actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts. / Artigo 2254. O prazo da prescrição pode ser encurtado ou alongado por acordo das partes. No entanto, não pode ser reduzido para menos de um ano nem estendido para mais de dez anos. As partes podem também, por acordo mútuo, acrescentar às causas de suspensão ou interrupção da prescrição previstas em lei. O disposto nos dois parágrafos anteriores não se aplica às ações em pagamento ou em repetição de salários, rendas, pensões alimentares, aluguéis, juros dos valores emprestados e, em geral, a ações para pagamento de tudo o que é pagável anualmente ou em períodos periódicos mais curtos.

Na Bélgica, por outro lado, a extensão é vedada e não há limite para expresso para a abreviação, que não deve, contudo, ser tal que obste o razoável exercício da pretensão (STIJS, Sophie; SAMOY, Ilse. La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties (rapport belge). In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 341–383, em especial p. 348).

⁴³⁰ BGB, § 202 Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung. (...) (2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden. / § 202. Inadmissibilidade de acordos sobre prescrição. (...) (2) O prazo de prescrição não pode ser estendido, por acordo, para além de um período de trinta anos, contados do início do termo legal de prescrição. Na doutrina, DELLE MONACHE, Stefano. Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione. In: **Studi in onore di Cesare Massimo Bianca**. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p. 363–391, em especial p. 376.

*contratantes, de comum acordo, alcancem o mesmo resultado*⁴³¹». Não está correto, contudo. A uma, a parte não pode livremente interromper o curso da prescrição, mas apenas nos modos exatos previstos na lei. O credor não pode, com interpelação extrajudicial⁴³², interromper o prazo. O devedor não pode renovar o prazo sem reconhecer a dívida – o que poderia desejar, por exemplo, para viabilizar negociações transacionais –, ainda que assim o deseje e formalmente declare. Não há liberdade na interrupção, mas tipicidade. A duas, para que o prazo na *prática, dobre*, é preciso que a interrupção se dê no último dia de sua fluência, e não desde que nascida a pretensão. Em nenhum cenário, a eficácia interruptiva ato contínuo ao nascimento da pretensão tem o efeito concreto de dobrar o termo legal, mas sim, apenas, de acrescê-lo em um dia. A três, supondo que as partes conviessem no último dia do prazo, com efeito prático de dobrá-lo, ainda assim não haveria negócio jurídico prescricional. Se o devedor externasse, nesse contexto, desejo de interromper o prazo *por reconhecer a dívida*, a interrupção se daria por força do art. 202, VI, do Código Civil, sendo despicienda a concordância do credor. Se não a reconhecesse, como se anotou logo acima, a hipótese seria típica de modificação vedada pelo art. 192. Não há – infelizmente, reitere-se, porque seria salutar haver – espaço contornos à ampla proibição legal.

Saindo da doutrina ao foro, são poucos os precedentes que esbarram na letra do art. 192 do Código Civil, o que poderia levar à conclusão pela natural penetração da vedação legal na praxe comercial: vez que não é dado aos particulares pactuarem a propósito da prescrição, não o fazem; em não o fazendo, resulta inexistirem disputas em número relevante a que emergjam do tecido social à malha judiciária e, dentro desta, às cortes superiores. Parece, contudo, ser essa uma visão simplista do fenômeno. A primeira indicação, quem dá é um solitário debate sucedido do Superior Tribunal de Justiça, atinente à prescrição de cheques *pós-datados* (na praxe do comércio, já morrente pelo avanço tecnológico, chamados pela expressão oposta de *cheques pré-datados*). Como a lei deixa claro, «*o cheque é pagável à vista. Considera-se não-escrita qualquer menção em contrário*» (Lei do Cheque, art. 32). A praxe comercial brasileira ignorou a letra da lei: para pactuar pagamento diferido no tempo, ordinariamente em

⁴³¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BUCAR, Daniel. Autonomia privada e prazos prescricionais. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 273–302, excerto à p. 302.

⁴³² Na Espanha, anote-se a título de observação, o regime é diverso e a doutrina discute apenas se a declaração extrajudicial interruptiva tem caráter receptício ou não, inclinando-se pela primeira opção. Sustentando a segunda, em interessante apanhado, v. ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Si la reclamacion extrajudicial interrumpe la prescripcion desde que se hace o cuando la recibe el prescribiente. **Revista de Derecho Privado**, p. 523–534, 1996.

parcelas sucessivas, o emitente sacava múltiplos cheques inserindo datas futuras no campo em que deveria constar a data de emissão. A jurisprudência não afastou a exigibilidade presente do cheque; temperou-se essa posição apenas para reconhecer que a promessa violada de exercício postergado do crédito comportaria tutela indenizatória (Súmula 370⁴³³).

A dúvida que restou, e o Superior Tribunal de Justiça resolveu⁴³⁴, foi sobre a eficácia da pós-datação nos prazos de apresentação à instituição financeira sacada e, a partir daí, prescrição. Para resolver a questão, a corte fez a diferenciação entre pós-datação cartular e extra-cartular. Sob Tema 945, determinou-se que *«a pactuação da pós-datação de cheque, para que seja hábil a ampliar o prazo de apresentação à instituição financeira sacada, deve espelhar a data de emissão estampada no campo específico da cártula»*. Vale dizer: o cheque pós-datado com inserção da data futura no campo da cártula preparado para escrita da *data presente* postergará os prazos legais de apresentação e, daí, de prescrição. Se, no entanto, a inscrição da data futura se der no verso, ou em qualquer outro local da cártula, comumente acompanhada da expressão *«bom para»*, a solução é outra. Isso porque *«como a lei especial de regência estabelece que o prazo prescricional para a perda da pretensão para a execução cambial do título deve ser contado a partir da data de emissão constante do campo próprio da cártula, a alteração casuística (extra-cartular) do prazo de apresentação do cheque pós-datado implicaria a dilação do prazo prescricional do título (que se conta a partir da data estampada como de emissão), situação que deve ser repelida, visto que infringiria o artigo 192 do Código Civil.»*

A posição se apoia, em boa medida, em posição doutrinária segundo a qual *«toma-se o cheque pós-datado como qualquer outro cheque, e é pagável à vista, a despeito da alegação e prova da pós-data e, até, da apresentação antes da data inserta (= qualquer que seja a data, o cheque é pagável à vista (...))»*, mas que rejeita que *«alegado e provado ter havido a pós-data, descontam-se ao prazo da apresentação os dias aumentados à data da criação»*⁴³⁵.» Preservado o prazo da apresentação; preserve-se, por consequência necessária, o prazo da prescrição.

Não parece a melhor posição. A inserção de data futura é costume *contra legem*; valesse a regra geral, o caso era de nulidade por simulação (CC, art. 167, §1º,

⁴³³ Súmula 370. Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.

⁴³⁴ STJ, REsp n.º 1.423.464/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. em 27 de abril de 2016.

⁴³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 37 (atualizado por Rodrigo Xavier Leonardo)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 135-137.

III), mas o regime especial apenas reputa não-escrita a referência futura (Lei do Cheque, art. 32). Fora a hipótese rara de criação e emissão diferidas (o passador cria o cheque com data futura, guarda, mas o põe em circulação apenas na data correta)⁴³⁶, o cheque pós-datado e emitido é cheque com data presente. Se é certo que a exigibilidade, por apresentação, é presente (e é, nada obstante a pós-datação), sucede, salvo norma em sentido contrário, que a prescrição tome como referencial de fluência o tempo presente e não outro apenas desejado pelas partes. Dizer o contrário é afirmar que a pretensão desde sempre havia, mas a fluência do prazo se diferiu por avença das partes – claramente, uma ofensa ao art. 192 do Código Civil. Precedentes anteriores, vencidos no debate do julgamento do recurso repetitivo, alinhavam-se com a posição aqui assumida⁴³⁷. Se quem recebe o cheque o porta de má-fé (= sabendo-o pós-datado), não poderá, depois, opor réplica de dolo (v. item IV.4) para obstar a exceção de prescrição cambiária fundada na data real da cártula. Não há boa-fé na boa intenção de se adstringir à apresentação ulterior em respeito à palavra empenhada no comércio, ainda que o compromisso seja de apresentação posterior à data de prescrição, tomando-se como referencial o dia da emissão. Não há boa-fé na infringência deliberada de lei; a oposição da exceção de prescrição é risco que se corre nessa infringência. O atendimento do prazo dialoga apenas com o negócio jurídico *subjacente* ao cheque, com as suas consequências extra-cambiárias⁴³⁸. Se houve endosso, tudo muda, porque a abstração e a cartularidade protegerão o endossatário de boa-fé, fazendo tomar a literalidade da cártula por boa.

Esse debate jurisprudencial se presta, senão a bem resolver a questão, quando menos a indicar que a praxe negocial interempresarial tem, sim, e muito, a preocupação de balizar temporalmente o exercício de posições jurídicas subjetivas no programa contratual. Isso serve não apenas para artificialmente estender os prazos, como no precedente apenas criticado, mas, em incontáveis oportunidades, para abreviá-los, em desenhos contratuais nos quais o exercício de pretensões é subordinado a estrita procedimentalização (de notificações formais, exhibições de documentos, contraditório), limitado aos moldes de um cronograma com força preclusiva. A verdadeira questão

⁴³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 37 (atualizado por Rodrigo Xavier Leonardo)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 137.

⁴³⁷ «A alteração do prazo de apresentação do cheque pós-datado implicaria na dilação do prazo prescricional do título, situação que deve ser repelida, visto que infringiria o artigo 192 do Código Civil. Assentir com a tese exposta no especial, seria anuir com a possibilidade da modificação casuística do lapso prescricional, em razão de cada pacto realizado pelas partes». (STJ, AgRg no Ag 1159272/DF, rel. Min. Vasco Della Giustina, 3ª turma, julgado em 13 de abril de 2010).

⁴³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 37 (atualizado por Rodrigo Xavier Leonardo)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145, nota do atualizador.

posta por detrás do art. 192 não é se a pactuação prescricional é proibida, porque obviamente é, mas *se e em que medida* cláusulas que não se referem expressamente à prescrição podem, em concreto, incorrer na censura do dispositivo.

Três são as estratégias comumente aplicadas pelas partes para estabilizarem o exercício de pretensões. Convém pensar com concretude, para dar clareza ao raciocínio. O exemplo de que se passa a cuidar vai no contexto bastante comum de alienação de controle societário, referida na praxe como operação de M&A, da sigla americana *Mergers & Acquisitions*⁴³⁹. O vendedor se obriga a indenizar o comprador por quaisquer desembolsos decorrentes de disputas em que a «sociedade alienada» (*Target*) se envolver, até um determinado limite. Essa obrigação de indenização valerá apenas para os litígios que surgirem nos cinco anos subsequentes à efetiva transferência das ações (no jargão, *Closing*). Para ganhar ordenação e previsibilidade às demandas, o vendedor deseja ainda uma segunda limitação: deve ser notificado dos créditos para pagamento em até um mês de sua constituição, sob pena de se fecharem as portas da indenização. Disse-se com terminologia deliberadamente frouxa, «se fecharem as portas da indenização», porque esse é o ordinário formato do pedido da parte a seu advogado no momento da redação do contrato, e os caminhos a seguir a partir daí são variados. A praxe indicará três desses caminhos como favoritos das negociações. O primeiro caminho é o de subordinar a aquisição do direito de crédito à condição suspensiva de notificar o vendedor no mês subsequente ao sofrimento patrimonial decorrente de uma contingência. A redação para esse caso seria:

Cláusula X. Indenização por contingências. O Vendedor se obriga a indenizar o Comprador por toda perda sofrida em decorrência de uma Contingência Indenizável. Contingência Indenizável significa todo processo administrativo, judicial ou arbitral (i) existente ou iniciado nos cinco anos subsequentes à *Closing Date*; (ii) referente a fatos precedentes à *Closing Date*; e (iii) de que resulte uma condenação com perdas patrimoniais, seja por danos emergentes ou lucros cessantes; desde que (iv) dita condenação seja comunicada ao Vendedor, na forma da Cláusula Y, no prazo máximo de trinta dias a contar da efetivação da perda patrimonial.

O segundo caminho é o de subordinar o direito subjetivo de crédito a termo resolutivo, ou condição resolutiva, que lhe subtraia eficácia. A redação, poderia, então, ser alterada para afirmar que:

⁴³⁹ Para controvérsias atinentes à cláusula de indenização em operações de M&A, v. DE NOVA, Giorgio. **II Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato**. 2ª. Turim: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 202 e ss. Para uma abordagem mais ampla, na perspectiva do direito brasileiro, BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Compra e venda de participações societárias de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Cláusula X. Indenização por contingências. O Vendedor se obriga a indenizar o Comprador por toda perda sofrida em decorrência de uma Contingência Indenizável. Contingência Indenizável significa todo processo administrativo, judicial ou arbitral (i) existente ou iniciado nos cinco anos subsequentes à *Closing Date*; (ii) referente a fatos precedentes à *Closing Date*; e (iii) de que resulte uma condenação com perdas patrimoniais, seja por danos emergentes ou lucros cessantes. A Contingência Indenizável será objeto de indenização pelo Vendedor pelos trinta dias subsequentes à efetivação da respectiva perda patrimonial, período após o qual, ausente comunicação do Credor, na forma da Cláusula Y, o direito à indenização será extinto.

O terceiro e último caminho é de extrair, do não exercício da pretensão indenizatória, manifestação de vontade com ela, e com ele, incompatível. Poder-se-ia pensar, então, na seguinte redação:

Cláusula X. Indenização por contingências. O Vendedor se obriga a indenizar o Comprador por toda perda sofrida em decorrência de uma Contingência Indenizável. Contingência Indenizável significa todo processo administrativo, judicial ou arbitral (i) existente ou iniciado nos cinco anos subsequentes à *Closing Date*; (ii) referente a fatos precedentes à *Closing Date*; e (iii) de que resulte uma condenação com perdas patrimoniais, seja por danos emergentes ou lucros cessantes. Caso o Comprador não notifique o Vendedor para pagamento de uma Contingência Indenizável, na forma da Cláusula Y, no prazo máximo de trinta dias a contar da efetivação da perda patrimonial decorrente da referida Contingência Indenizável, seu silêncio representará declaração formal, irrevogável e irretratável no sentido de que [versão 1] renuncia ao crédito relativo a essa Contingência Indenizável. [versão 2] outorga ampla, irrestrita, irrevogável e irretratável quitação para referida Contingência Indenizável. [versão 3] concorda não se tratar, aquele processo, de Contingência Indenizável nos termos dessa Cláusula X».

A boa técnica recomenda que normas restritivas da autonomia privada sejam interpretadas sem recurso à extensão, ou à analogia⁴⁴⁰. Uma interpretação estrita da proibição do art. 192 deixaria fora de seu escopo nulificante todos os três caminhos acima cogitados e, no último, todas as três variantes a si outorgadas, porque em caso algum há propriamente outorga de *exceção de prescrição de fonte negocial* a uma das partes. Na primeira hipótese, a aquisição do direito subjetivo de crédito não se deu. A notificação é condição suspensiva que lhe impede a aquisição (CC, art. 125); o comprador não tem senão um *protodireito* de crédito, direito expectativo, direito a ter direito de crédito, desde que notifique como prescreve a avença. Não há limitação temporal da pretensão, mas apenas limitação temporal da aquisição de crédito municiado de pretensão. O termo resolutivo (CC, art. 135) de trinta dias (i) se soma à

⁴⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20ª. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181.

condição, na primeira hipótese, para tornar impossível seu implemento depois desse tempo; e (ii) extingue o próprio direito subjetivo de crédito, na segunda hipótese, afetando apenas reflexamente a pretensão. Por fim, na última hipótese, de declaração pela inércia, o próprio Código admite que se extraia do silêncio efeito declarativo em hipóteses excepcionais (CC, art. 111). Nenhuma norma impede, igualmente, que a parte outorgue quitação tacitamente (CC, art. 320), ou expresse sua concordância com dada interpretação dos fatos, ou ainda renuncie a dada posição jurídica. A circunstância de que a renúncia se interprete restritivamente (CC, art. 114) não cria forma necessária à sua validade.

Antes de haver regra expressa sobre a proibição de negócio jurídico prescricional, e quando reinava a controvérsia sobre a legalidade de sua abreviação⁴⁴¹, a doutrina concordou com essa leitura. Ponderou-se que «*uma das razões para se não admitir a regra jurídica da diminuibilidade está, outrossim, em se poderem alcançar os mesmos resultados práticos, sem inconvenientes, com a inclusão de termo final ao crédito, ou à pretensão, ou condição resolutiva ao seu exercício. Tão-pouco seria de admitir-se prazo de preclusão para as demandas, se bem que seja possível inserir-se cláusula de condição resolutiva do crédito, ou da pretensão*»⁴⁴². Ou seja: nada obstante seja inquestionavelmente proibido reduzir prazos prescricionais, seria possível se chegar ao exato mesmo resultado da norma por uma estruturação diversa do negócio.

Não parece que a norma possa ser assim tomada em operação, ou, em verdade, em não-operação, de forma absoluta. Dizer que as pretensões podem ser descartadas por filtro exclusivamente temporal, desde que não se lhe afastem pela outorga de *exceção*, é cortar a serventia de metade da proibição, para permitir apenas o não-alargamento do prazo prescricional. A bem da verdade, ainda que com maior raridade, poder-se-ia imaginar também dito alargamento, dizendo-se que dado crédito, nada obstante tenha seu suporte fático perfeitamente divisado, se adquire e se torna exigível apenas mediante notificação ao devedor, nos dois, três, dez, ou vinte anos subsequentes àquele que seria o ponto natural de exigibilidade. É contornar a norma, para esvaziá-la de propósito. A própria doutrina que o admite afirma se tratar *dos mesmos resultados práticos*; a semelhança é tanta que, internacionalmente, um dos caminhos acima

⁴⁴¹ CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 53-55.

⁴⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 280.

cogitados, da quitação presumida, é tipificado (impropriamente, é verdade) como espécie de prescrição⁴⁴³.

O afirmar a potencial nulidade de pactuações à luz do art. 192 não é coisa desimportante, de modo que convém temperá-lo com limitações claras. A posição sustentada é a de defesa do espectro normativo proibitivo do legislador, e não de intromissão, sem mais, na autonomia privada das partes. Via de regra, condições suspensivas ou resolutivas, termos resolutivos e manifestações tácitas de vontade valem. Na dúvida sobre seu escopo normativo, frente ao art. 192, valem. Se recaírem sobre posições jurídicas subjetivas diversas dos direitos subjetivos de crédito (e, a reboque desses, pretensões), valem. Afetam-se assim, portanto, sem embaraços, direitos potestativos (escolha de prestações alternativas, ou facultativas; opções de compra e opções de venda – *put options*, *call options* –; direito de preferência), até

⁴⁴³ A dificuldade de provar o adimplemento é um dos problemas que a prescrição resolve. Segundo a «prescrição presuntiva», (i) transcorrido determinado lapso de tempo sem o exercício da pretensão, e desde que (ii) o sujeito passivo afirme que o direito de crédito foi extinto por qualquer modalidade legalmente prevista; (iii) outorga-se a dito sujeito passivo o poder de criar, mediante expressa invocação dessa prerrogativa, a presunção legal de quitação. Seu regramento sob a rubrica prescricional tem uma explicação pragmática que não convence a boa dogmática. O pragmatismo aponta ao fato de que os pressupostos para a contagem do prazo (exigibilidade do direito, inércia, etc.) e sua modulação (impedimentos, interrupções, suspensões) são compartilhados à prescrição presuntiva, atraindo-a ao «guarda-chuva» da figura-mãe da prescrição liberatória. A presença como espécie de prescrição milita, portanto, a favor da «importação» da disciplina de contagem do prazo para surgimento dessa prerrogativa do devedor. Do ponto de vista dogmático, contudo, a aproximação mais atrapalha que ajuda. A prescrição liberatória dá ao devedor o direito de encobrir a pretensão, ainda que ele se afirme como tal, i.e., confesse jamais ter adimplido a dívida. A única eficácia possível da confissão de inadimplemento – ou, pelo ângulo inverso, reconhecimento da higidez da pretensão exercida – é a interrupção, em uma oportunidade, da fluência do prazo prescricional (CC, art. 202, VI). Se já operado o prazo, a eficácia da confissão é nenhuma e a prescrição segue hígida. A «prescrição» presuntiva não encobre pretensão, mas sim faz surgir prova da extinção de todo o direito subjetivo subjacente à pretensão, pelo fenômeno da quitação. Note-se: ela sequer extingue o direito subjetivo, o que a poderia aproximar de parte da doutrina que sustenta ser esse o real resultado do fenômeno prescricional, mas apenas cria, por vontade do sujeito passivo, uma presunção legal relativa de que o adimplemento se deu. Se o titular dessa particularíssima posição confessa o débito, não há interrupção do prazo, mas afastamento da prerrogativa de inversão de ônus da prova de quitação (*Codice*, art. 2959; CCPort., art. 313º). Isso é bastante evidente, já que, sob a raiz romano-germânica, brasileira inclusive, a confissão constitui prova do débito e retira sentido em manter, artificialmente, a presunção protetiva em sentido diverso (CC, art. 212, I; *Codice*, art. 2730; CCPort., art. 352º). A outra forma de afastar a presunção criada por poder do devedor é compeli-lo a comparecer em juízo para jurar haver adimplido, valendo a recusa como confissão tácita (CCPort., art. 314; *Codice*, art. 2.960). Finalmente, dada sua diversa eficácia (insista-se, por se cuidar de prescrição imprópria), a prescrição presuntiva é cumulável com a extintiva. Vale dizer: se ao prazo da prescrição presuntiva sobrevier aquele da extintiva, sempre com inércia do titular, o devedor terá (i) o poder de invocar a presunção relativa de quitação e (ii) o poder de paralisar o exercício da pretensão, pela via de exceção. Eventual confissão ou recusa ao juramento impactará o levantamento da presunção, mas apenas inequívoca renúncia removerá a barreira da *exceptio* de verdadeira prescrição e deixará a pretensão livre para exercício. Como se nota com facilidade, o real *locus* ontológico da prescrição presuntiva não é a disciplina prescricional, mas sim aquela probatória sob aspecto material. TEIXEIRA DE FREITAS andou melhor: nos arts. 374 e 375 da Consolidação das Leis Cíveis, previu-se que o contrato se teria por provado quando uma das partes (i) jurasse haver contrato, (ii) convocasse a outra parte para fazer o mesmo em juízo, e (iii) essa não o fizesse, na dita «ação de juramento d'alma». Cuidava-se de medida elencada, por óbvio, dentre as provas lícitas em Direito Civil.

porque vulneráveis por decadência convencional, faculdades, ônus, entre outros. Se aparentemente recaírem ditas limitações sobre direitos subjetivos de crédito, deve-se indagar se sua pactuação recai sobre a posição havida pela parte no negócio e com relação a sua eficácia futura, ou sobre direitos subjetivos de crédito dela já emanados. O exemplo trivial de um contrato de locação socorre, para fins de clareza: é por óbvio lícito afirmar que José locará seu imóvel a Maria por três anos (termo resolutivo), ou até que torne a residir no Brasil (condição resolutiva). Nesses casos, o feixe relacional que fará surgir direito de José de haver alugueis, e Maria de haver a coisa, sobreviverá apenas pelo período avençado, e depois não mais. «*O ato terá vigor jurídico até uma época determinada ou desde essa época*⁴⁴⁴», como bem se definiu. Coisa diversa é dizer que, nos três anos de locação, mês a mês, conforme concretos direitos subjetivos de crédito locatício emanem do negócio a José, terá ele, com relação àqueles, dois meses para realizar cobrança, sob pena de extinção dos termos por termo resolutivo. Conforme se navega da posição de eficacização ou deseficacização *do negócio*, do *vigor jurídico do ato* a que se referiu ESPÍNOLA, para a eficacização ou deseficacização *dos créditos decorrentes do negócio*, ou de parte deles, sai-se da legalidade para a ilegalidade, frente ao art. 192 do Código Civil.

Há um último caso que merece tratamento, porque atinente às declarações tácitas de vontade potencialmente infringentes ao art. 192 do Código. Haverá hipóteses de negócios em que a análise do credor sobre a prestação a si ofertada, ou sobre seu crédito em geral, ou sobre determinado estado de fato, será ponto de inflexão para que o programa contratual avance, ou não. Ainda uma vez mais, exemplos triviais socorrem a percepção do problema. Em um contrato de empreitada, é natural que o empreiteiro obtenha a vistoria e aprovação do dono da obra sobre cada etapa crítica dos trabalhos, antes que se avance à próxima. A relevância dessa aprovação vai para muito além da só-segurança ordinária a propósito do exercício do direito de crédito do dono da obra; *refazer* ou *consertar* uma etapa da obra pode ser simples ou um pouco custoso, enquanto *desfazer* todas as eventuais etapas subsequentes desnecessariamente erigidas para atender à especificação da etapa inicial pode ser impossível, ou ruinoso. Aqui não se cuida de simples limitação de exercício de crédito do dono da obra, mas, antes, de atendimento a uma *obrigação de vistoria e validação* (ou reclamação) no curso da execução do contrato, pactuada pelas partes. A relevância das vistorias, aliás, é de tal

⁴⁴⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. **Parte Geral do Direito Civil. Estrutura do Direito**, vol. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961, p. 301.

ordem que o Código as erige na única hipótese positivada de *surrectio*⁴⁴⁵. Para essa declaração, pode se pactuar a forma tácita, que valerá sem ressalvas e receberá, da Parte Geral, as limitações típicas para as manifestações expressas. Sendo lançada, será irrevogável e irretratável, mas não escapará ao filtro excepcional das nulidades e anulabilidades (inclusive por erro), porque quem declara nulo ou decreta anulado não retrata, nem revoga, e sim tem por inválido.

IV.4 Deseficacização por recurso à boa-fé

A boa-fé do devedor deixou de ser pressuposto à aquisição da exceção de prescrição ainda no Direito Civil pré-codificado. CÂNDIDO MENDES⁴⁴⁶ e TEIXEIRA DE FREITAS⁴⁴⁷ noticiam a controvérsia antiga sobre a matéria, ante a expressa previsão nas Ordenações de vedação à prescrição para o devedor de má-fé (L. 4, t. 79). A norma, contudo, foi expurgada do ordenamento por seu fundamento canônico⁴⁴⁸ (vedação à tutela do pecador⁴⁴⁹), o que não admitia a Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769, §12). Não surpreende fosse assim: o modelo brasileiro ainda era, àquele ponto, com relação à boa-fé, mais próximo àquele francês, reservada na América Latina a partida inovadora ao Código Bello no Chile⁴⁵⁰. Ecoando esse dado normativo, a doutrina, pelo século subsequente, repetiu o mantra de ser a boa-fé irrelevante à prescrição⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ ANDRADE NEVES, Julio G. **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 78 e, com pontual divergência, para enxergar *suppressio*, ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. **Comentários ao novo Código Civil. Das várias espécies de contrato (vol. 9)**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 330, em especial nota de rodapé 101.

⁴⁴⁶ ALMEIDA, Cândido Mendes de; CORREA TELLES, José Homem, **Auxiliar jurídico (apêndice às Ordenações Filipinas)**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 579.

⁴⁴⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, **Consolidação das Leis Civis, t. I**, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 511.

⁴⁴⁸ Sobre boa-fé e direito canônico, com ligações particulares à disciplina da usucapião e dos contratos consensuais, v. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 90.

⁴⁴⁹ «É que a cultura canônica conferirá à boa-fé uma conotação fortemente subjetiva e ligada, de modo estreitíssimo, à moral cristã (...). Esse conúbio entre moral cristã e exigências práticas da vida regulada pelo direito deslizará para uma “pluralidade de significantes”, passando-se a recorrer “à boa-fé e à misericórdia em contraposição ao pecado”, entre outros significados subjetivados e moralizantes». (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 90).

⁴⁵⁰ Para estudo sobre a evolução do conceito e sua penetração na América Latina, v. CARDILLI, Riccardo. A boa-fé como princípio do Direito dos Contratos: Direito Romano e América Latina. In: **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano (coord. Sandro Schipani e Danilo B. dos Santos G. de Araújo)**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

⁴⁵¹ «[N]ão cabe indagar-se se o devedor prescribente está ou não de boa-fé. Ao contrário do nosso direito pré-codificado, que não a reconhecia ao devedor de má-fé, o direito moderno não entra nesta pesquisa subjetiva» (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Comentários ao Código Civil de 2002, vol. I. Parte geral, arts. 1º a 232 (com atualização legislativa de Cristiano de Sousa Zanetti e Leonardo de Campos**

A questão não é tão simples. A própria doutrina oitocentista contemplava hipótese de violação à boa-fé, traduzida por propósito fraudulento de conluio entre o devedor e credor vulnerado pela prescrição, em prejuízo de terceiro-credor. Disse-se, a esse respeito, que «[s]e (...) *de má fé não allega a prescrição, para ser condenado á pagar de combinação com o credôr, e vir este depois disputar preferência na execução de outro credôr; pôde esse outro credôr oppôr a fraude, pôde alegar que a divida está prescripta*⁴⁵²». Viu-se, então, naquele tempo, a boa-fé como causa de legitimação extraordinária de terceiros para oposição da exceção de prescrição.

Internacionalmente, afasta-se a fluência do prazo prescricional em casos de ocultação maliciosa do direito subjetivo de crédito e da pretensão, pelo devedor, aos olhos de seu credor⁴⁵³. É o caso do *Codice*, que estabelece que a prescrição se suspende «*tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto*⁴⁵⁴». A doutrina comparatista invoca o princípio geral de direito segundo o qual *fraus omnia corrumpit*⁴⁵⁵, mas a regra não é mera sanção pela má-fé. Pressupõe-se, para a suspensão, de acordo com unânimes doutrina e jurisprudência, que (i) o ato fraudulento tenha sido dirigido diretamente a ocultar a existência do crédito e (ii) tenha obstado, de forma absoluta, a possibilidade de exercício da pretensão, e não apenas criado embaraço, ainda que relevante, ao credor⁴⁵⁶. Em um ordenamento no qual a ignorância do credor de regra não obsta a fluência do prazo prescricional, o comando do artigo tem ares de exceção pelo desvalor subjacente à causação da ignorância, e não, insista-se, vocação abstrata e absoluta para sancionar

Melo). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 194); «O decurso do tempo é elemento essencial do suprote fáctico, que se torna, entrando no direito, o fato jurídico da prescrição; não no é a boa fé, que vemos eventualmente ligada ao elemento tempo, e.g., nos cálculos para a usucapião. Nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 79, pr.), por influência do direito canônico, incluía-se a boa fé; mas já a Lei de 18 de agosto de 1769, §12, as derogara (cf. Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, nota 2 ao art. 854), o de que não se deram conta alguns juristas e juizes. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 277).

⁴⁵² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das Leis Civis*, t. I, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 511, nota de rodapé ao art. 853.

⁴⁵³ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 145.

⁴⁵⁴ *Codice*, art. 2.941. La prescrizione rimane sospesa: (...) 8) tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto. / art. 2.941. A prescrição se suspende: 8) entre o devedor que ocultou maliciosamente a existência da dívida e o credor, até que a fraude tenha sido descoberta.

⁴⁵⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 145; AYMERIC, Nicolas. L'incidence du comportement du débiteur sur la prescription. *Revue trimestrielle de droit civil*, v. 3, p. 519–538, 2013, em especial p. 535.

⁴⁵⁶ DI LORENZO, Giovanni; GAMBINO, Alberto Maria; LA PIETRA, Monica; *et al.* *Il Codice Civile. Commentario. La prescrizione (tomo secondo; Artt. 2941-2963)*, a cura di Paolo Vitucci e Saviero Ruperto. Milão: Giuffrè Editore, 2014, p. 12.

a má-fé (v. item III.2). Na prática, estende-se o prazo prescricional pelo período da malícia.

Na ponta oposta do problema, «*abreviando o prazo prescricional*⁴⁵⁷», doutrina e jurisprudência alemãs recorreram à cláusula geral de boa-fé para obstar o exercício de pretensões após inércia creditícia que houvesse despertado investimento de confiança, pelo devedor, na certeza de não mais ser demandado. Foi o nascimento da *Verwirkung*, ou, na linguagem proposta pela doutrina portuguesa⁴⁵⁸, *suppressio*. A figura se espalhou pelo cenário europeu⁴⁵⁹ e, no Brasil, teve boa aceitação, merecendo das cortes e da doutrina tratamento no final do século XX⁴⁶⁰ e começo do XXI⁴⁶¹. Parte da doutrina pretendeu enxergar, aqui, óbice à aplicação da boa-fé quando houvesse prazo prescricional breve⁴⁶², ou quando houvesse qualquer prazo prescricional⁴⁶³. Como tivemos o ensejo de defender, não parece correto assim proceder, porque (i) a brevidade de prazos prescricionais se coliga apenas à legitimidade da formação da confiança do devedor, a reduzir, mas não eliminar o espaço à *suppressio*; e (ii) a existência de prazo em curso apenas reforça a liberdade de manejo da pretensão cujo controle funcional, pelo filtro do abuso, a lei impõe⁴⁶⁴.

⁴⁵⁷ TESCARO, Mauro. **Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2006, p. 220.

⁴⁵⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 797 e ss; MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 710 e ss.

⁴⁵⁹ PATTI, Salvatore. *Verwirkung*. In: **Digesto delle Discipline Privatistiche**, t. XIX. 4. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1999, p. 722-730; RANIERI, Filippo. **Rinuncia Tacita e Verwirkung. Tutela del affidamento e decadenza da un diritto**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971; BUFFONE, Giuseppe. *Sospensione ed interruzione*. In: **Prescrizione e decadenza. Come farle valere in giudizio e relative strategie processuali (a cura di Luigi Viola, coordinamento di Michelle Filippelli)**. Vicenza: Wolters Kluwer e CEDAM, 2015, pp. 244-246; ASTONE, Francesco. *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*. **Rivista di diritto civile**, v. 6-Ano LI-parte seconda, 2005.

⁴⁶⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A Verwirkung, a renúncia tácita, e o direito brasileiro*. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982.

⁴⁶¹ ANDRADE NEVES, Julio G. **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**. São Paulo: Almedina, 2016; DICKSTEIN, Marcelo. **A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Suppressio**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

⁴⁶² SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 183-185.

⁴⁶³ SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 156 e ss.

⁴⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 712; ANDRADE NEVES, Julio G. **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 90-91; QUEIROZ, João Quinelato de. *A aplicabilidade da suppressio na vigência de prazos prescricionais*. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 323-342, em especial p. 329. No direito estrangeiro, concluiu-se reiteradamente que «*bien que le délai de prescription soit encore en cours, un créancier peut se voir refuser l'exercice de son droit subjectif parce qu'il a, par son comportement passé, créé chez le débiteur la confiance légitime que ce droit ne serait pas exercé de la manière visée actuellement par le créancier*,

Isso não obstante, o fato é que o Código segue sem listar a boa-fé como pressuposto prescricional, o que mantém viva a pergunta: pode-se levar em conta a boa-fé, de forma ampla, quando da aplicação da disciplina da prescrição? A resposta é afirmativa. Não se deve confundir o debate sobre a antiga boa-fé subjetiva das ordenações, de viés historicamente canônico, ser ou não integrante do suporte fático da aquisição da exceção da prescrição (por óbvio não é), com a ponderação contemporânea bastante diversa, de ser a boa-fé objetiva filtro de licitude para a conduta do devedor-excipiente, no ato de oposição da exceção prescricional. O primeiro caso cuida do nascimento da exceção, da linha que divisa o incorporar, ou não, da exceção, à esfera jurídica do devedor; o segundo caso cuida do poder de o devedor extrair, da exceção já incorporada, o efeito de encobrimento da pretensão creditícia que dela ordinariamente se esperaria.

Em sua função de conformação de exercício de posições jurídicas, a boa-fé encontrou na cláusula geral de vedação do abuso do direito assento de amplo espectro normativo. Pressuposta a aquisição da posição jurídica, seu exercício passará, nada obstante, pelo filtro funcional de licitude absolutamente diverso da adequação (*rectius*, não inadequação manifesta) à boa-fé, bons costumes, e função econômica e social da posição jurídica exercida. Como a doutrina não duvida, esse é filtro de licitude que se ocupa inclusive de direitos formativos, historicamente reconduzidos a um espectro de discricionariedade quase ilimitado⁴⁶⁵. Não há qualquer razão para a prescrição, exceção substantiva, tenha seu exercício subtraído da normativa do art. 187⁴⁶⁶. Como já se disse,

par application de la théorie de l'abus de droit / embora o prazo de prescrição ainda esteja pendente, pode-se negar ao credor o exercício de seu direito subjetivo porque ele, por seu comportamento passado, criou a expectativa legítima do devedor de que esse direito não seria exercido da maneira atualmente pretendida pelo credor, pela aplicação da teoria do abuso de direito» (STIJNS, Sophie; SAMOY, Ilse. La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties (rapport belge). In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 341–383, excerto à p. 374).

⁴⁶⁵ «A noção de ilicitude recobre, portanto, o direito em qualquer de suas formas. Ilicidade é a lesão a interesse juridicamente protegido (...) Situado no art. 187 como uma das balizas ao exercício jurídico lícito, o princípio da boa-fé atua no plano da eficácia, pois atua como *fator de conformação* do exercício de direitos subjetivos ou de direitos formativos ora determinando a ineficácia, ora a eficácia apenas parcial, ora a eficácia indenizatória, ora apanhando, inclusive, hipótese de perda ou de «paralisação» do direito subjetivo para além dos casos tradicionais de prescrição e decadência, nos casos de *suppressio* e *surrectio*.» (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 667-668).

⁴⁶⁶ «On ne met plus en doute que l'exercice du droit du débiteur à invoquer la prescription est, comme tout autre droit, limité par l'application de la théorie qui interdit l'abus du droit / Não há mais qualquer dúvida de que o exercício do direito do devedor de invocar o prazo de prescrição é, como qualquer outro direito, limitado pela aplicação da teoria que proíbe o abuso do direito» (STIJNS, Sophie; SAMOY, Ilse. La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties (rapport belge). In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 341–383, excerto à p. 377); WACKE, Andreas. La exceptio doli en el derecho romano clásico y la Verwirkung en el derecho

com grande razão, «*raising a defence of prescription is a legal act which is, like any other legal act, subject to the requirements of good faith*»⁴⁶⁷. E é de fato tão simples quanto isso: uma exceção oposta de maneira disfuncional terá sua eficácia paralisante obstada pela lei. Tudo se opera à moda de uma réplica, uma quase *replicatio doli*, que libera o manejo da pretensão tal e qual a exceção de prescrição não houvesse sido oposta, ou, para dizê-lo melhor, não houvesse sido oposta de forma manifestamente contrária à boa-fé.

O recurso à cláusula geral de vedação do abuso do direito é superior às soluções tópicas que a lei possa reconhecer. Ainda que estas tenham a seu favor a clareza da subsunção e o menor esforço de densificação normativa, a amplitude do abuso alberga (i) a tutela do devedor, contra o credor que tenha conservado sua pretensão apenas por atentar de maneira grosseira a qualquer senso de probidade; e (ii) a tutela do credor vulnerado por hipóteses de ignorância fraudulenta e tantas outras, como aquelas fundadas no uso da ameaça⁴⁶⁸ ou malícia⁴⁶⁹. Do ponto de vista creditício, sempre foi melhor interpretação aquela segundo a qual a lei que exige a ciência sobre a pretensão para fazer fluir o prazo prescricional pretende, com isso, albergar a ignorância não-culposa, e não promover a apatia ímproba⁴⁷⁰. Ainda que esse óbice pudesse ser superado, o manejo da pretensão reprovavelmente conservada passaria a esbarrar no filtro funcional de exercício do abuso. Do ponto de vista debitório, a boa-fé (e, ao lado dela, convém repisar, os bons costumes e a função econômica e social)

alemão moderno. In: **Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener**. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 977–997, em particular 993; ANDRADE NEVES, Julio G. **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 90.

⁴⁶⁷ «Opor a exceção de prescrição é um ato jurídico que, como qualquer ato jurídico, está sujeito aos postulados da boa-fé» (ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 146).

⁴⁶⁸ «Force and fear can be equally relevant. And even in cases where there has been neither fraud, nor force, nor fear, a debtor may in certain situations be barred from invoking prescription: particularly where he has promised not to do so. / Força e medo podem ser igualmente relevantes. E mesmo nos casos em que não houve fraude, nem força, nem medo, um devedor pode em certas situações ser impedido de invocar a prescrição: particularmente se ele prometeu não o fazer» (ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 147).

⁴⁶⁹ ANDRADE NEVES, Julio G. **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 90.

⁴⁷⁰ O filtro de razoável conhecimento (ou não-grosseira ignorância) a propósito da existência de pretensão a exercer tem sido, na doutrina e jurisprudência internacionais, reconduzido (i) à ordinária diligência esperada de um indivíduo na mesma posição do titular, cumulada com (ii) o nível de conhecimento científico disponível à época dos fatos, vedado ao aplicador, no caso, perder-se em cogitações de cunho puramente psicológico (MURGO, Caterina. **Il tempo e i diritti. Criticità dell'istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee**. Turino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 189). No mesmo sentido, DI LORENZO, Giovanni; GAMBINO, Alberto Maria; LA PIETRA, Monica; *et al.* **Il Codice Civile. Commentario. La prescrizione (tomo secondo; Artt. 2941-2963), a cura di Paolo Vitucci e Saviero Ruperto**. Milão: Giuffrè Editore, 2014, p. 12.

poderá servir como *ultima ratio* impeditiva da operação da eficácia preclusiva da exceção, barrando-a *ope legis*. Sem recorrer a esse fundamento⁴⁷¹, histórico parecer afastou a prescrição de pretensão indenizatória manejada contra o Banco Central (BACEN) por sociedade financeira ruinosamente administrada durante período de liquidação. O dado decisivo do estudo repousou em não se cuidar inércia de dado casual, mas sim de dado *causado* pelo BACEN, titular da exceção de prescrição, que nomeou administradores incompetentes e subtraiu da sociedade-vítima órgãos que se lhe pudessem fazer representar, em juízo ou fora dele, em defesa de seu crédito⁴⁷².

Assim é que se o contador «maquia» os livros e é bem-sucedido em ocultar seus desvios por anos, apenas para ao fim ser desmascarado por auditoria⁴⁷³; ou se o empregador reduz o empregado a condição análoga de escravo, albergando-o contra dívidas crescentes em posto remoto; ou ainda se o devedor finge realizar pagamento e envia recibo falso ao credor, às vésperas da operação do prazo prescricional, induzindo-o à inércia até que este se tenha operado; em todos esses casos haverá subjacente ao manejo do *ius exceptiones* o senso de manifesto avilte aos valores subjacentes ao art. 187 que autorizará se ter por não oposta a prescrição. Isso não será verdade de maneira perpétua, i.e., não será verdade para a prescrição oposta a qualquer tempo, porque o abuso do direito não tem eficácia caducificante, não conduzindo à perda do direito abusivamente exercido. A questão se põe no plano da eficácia, que será tolhida apenas para a prescrição oposta com base no lapso de tempo objetiva e diretamente criado pela conduta debitória contrária à boa-fé (cf. Enunciado 617 do Conselho de Justiça Federal, das Jornadas de Direito Civil⁴⁷⁴).

Dizer que o lapso de tempo criado pela má-fé deve ser tomado em conta não significa afirmar que, para cada dia perdido por decorrência da ignorância induzida, ou da força empregada, será outorgado um dia de prazo prescricional ao final, à moda de uma causa de suspensão. A solução constitui regime legal possível, como se viu, porém diverso do brasileiro. O ordenamento, aqui, lida com naturalidade com a perda de dias,

⁴⁷¹ Por enxergar, em dissenso ao sustentado no item III.2, força geral ao princípio de que *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

⁴⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações e Contratos. Pareceres de Acordo com o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 118.

⁴⁷³ Note-se que não basta, aqui, haver desvio; é preciso haver desvio e haver ocultação maliciosa, com causação da ignorância do titular. A solução para desvios puros e simples não escapou à antiga doutrina, que sem receios, reconheceu a prescrição operada (CAMPOS, Francisco. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1956).

⁴⁷⁴ Enunciado 617. O abuso do direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão necessária a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido.

meses ou anos de prazo, mesmo por força de atuação de fatores não atribuíveis ao titular da pretensão, e por ele irresistíveis.

Assim é que o julgador deverá divisar na espécie se (i) o tempo remanescente ao prazo prescricional, se houver, era razoavelmente apto a facultar o exercício tempestivo da pretensão pelo titular; e (ii) em caso de resposta negativa, recusar a exceção de prescrição e ter por operante a pretensão manejada no lapso de tempo subsequente ao termo prescricional legal, porém razoavelmente bastante a dito manejo pelo titular. Não se ignora, e nem poder-se-ia fazê-lo, que são balizas abstratas estranhas à certeza que a prescrição ordinariamente confere. Em ponderação, deve-se registrar que o caso é de hipóteses-limite, em que o relógio é o do *abuso* e não o da *prescrição*. Nesta, para fixação da eficácia preclusiva, navega-se sempre com a precisão de satélites, naquele, pela fluidez da cláusula geral, com a vagueza da localização por estrelas. É um preço a se pagar – e no cenário internacional, quando à míngua de norma, o desafio é idêntico⁴⁷⁵ – para que o regime não premie a malícia, mas não se transforme, inadvertidamente, a tutela protetiva da parte vítima de abuso em tutela promocional, que a ponha em posição melhor do que ordinariamente desfrutaria⁴⁷⁶.

* * *

⁴⁷⁵ «Sans doute ne s'agit-il là, en grande partie, que d'une application de la maxime plus générale *Fraus omnia corrumpit*. Mais l'exigence de certitude du régime de la prescription impose de rappeler son application en matière de délai butoir, non seulement pour définir les hypothèses susceptibles d'en relever mais également pour en préciser les conséquences. Dans de telles circonstances en effet, la neutralisation du délai butoir devrait avoir pour conséquence, non pas d'en nier l'existence, mais de relever de forclusion le titulaire du droit en lui permettant d'agir, malgré l'expiration du délai butoir, dans un laps de temps relativement court – qui pourrait par exemple être fixé à six mois ou un an – à compter de la découverte de la fraude ou de la dissimulation. Aussi la neutralisation du délai butoir serait conditionnée à l'existence e à la fois d'un comportement frauduleux du débiteur et d'un comportement diligent du créancier / Sem dúvida, trata-se apenas de uma aplicação da máxima mais geral de que *Fraus omnia corrumpit*. Mas a exigência de certeza do regime da prescrição impõe recusar-se sua aplicação em matéria de prazo, não apenas para definir as hipóteses suscetíveis de sua arguição, mas também para especificar as consequências. Nestas circunstâncias, a *neutralização do prazo* deve ter como consequência não negar a sua existência, mas excluir a preclusão do titular do direito, permitindo-lhe agir, apesar do fim do prazo prescricional, num período de tempo relativamente curto – que poderia, por exemplo, ser fixado em seis meses ou menos – a partir da descoberta de fraude ou da ocultação. Desse modo, a neutralização do prazo seria condicionada à existência de um comportamento fraudulento do devedor e de um comportamento diligente do credor.» (KLEIN, Julie. **Le point de départ de la prescription**. Paris: Economica, 2013, p. 527).

⁴⁷⁶ ANDRADE NEVES, Julio G. **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 189.

CAPÍTULO V CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTO PRESCRICIONAL E INSTABILIDADE JUDICIÁRIA.

Compreendida a dinâmica dogmática da prescrição, seu objeto de incidência, seus pressupostos e seus efeitos, tem-se a reflexão madura o bastante para o capítulo expositivo derradeiro. A estrutura está posta; falta-lhe o leme, sua razão de ser, seu fundamento último. Com base nele, será possível testar o acerto ou desacerto do que a jurisprudência tem feito ao manejar, em casos extremos, o instituto da prescrição.

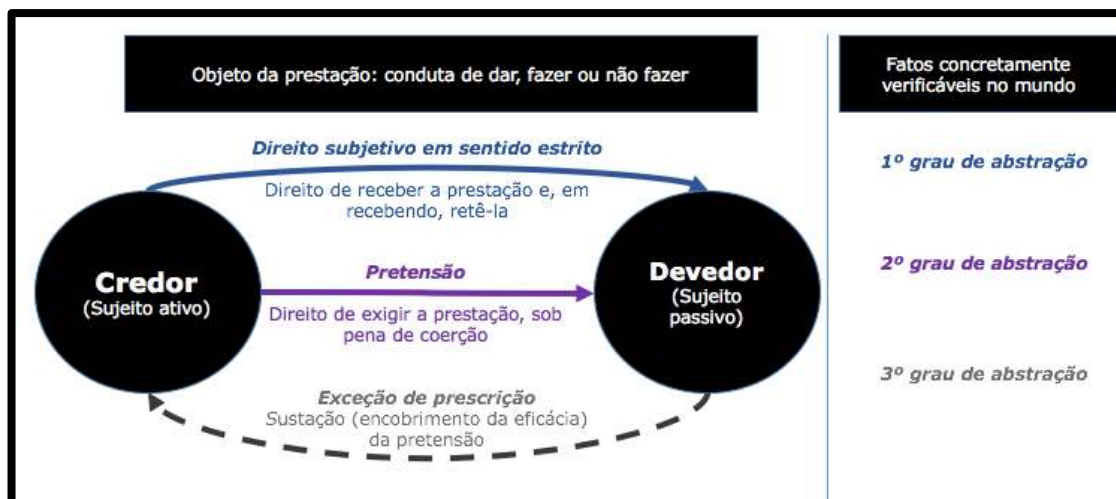
Essa cogitação – por que se abateu um mal sobre a posição jurídica – não é vazia ou despicienda. Da definição da teleologia advirão, em fechamento do círculo expositivo do estudo, impactos relevantes à dogmática, afinal, o instituto deve render menor homenagem à estrutura que naturalmente lhe seria incidente do que à função que dele socialmente se espera. É essa, aliás, a letra da lei, para além da comezinha lição doutrinária: *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*⁴⁷⁷. Para além disso, é de se esperar seja o fundamento racional subjacente à prescrição sólido, consistente. Como a doutrina internacional sedimentou com clareza, a prescrição é em tudo equiparável a um ato de expropriação⁴⁷⁸, ainda que seu desenho dogmático seja de diversa natureza. Em um Estado de Direito, o mutilar da esfera jurídica tem que ostentar justa causa.

Ocorre que, diferentemente do que poderia suceder com outros institutos, a busca do fundamento da prescrição não é exercício que se possa resolver (ou, quando menos, iniciar) com recurso à constatação *ex facto* do papel social e econômico do instituto. Explica-se melhor. A prescrição é figura jurídica que se poderia designar de *terceiro grau*. É um instituto jurídico de existência ideal (puramente abstrata, em sua força deseficacizante de pretensões), que recai sobre posições jurídicas de existência igualmente ideal (puramente abstratas, i.e., as pretensões atreladas a direitos subjetivos

⁴⁷⁷ A referência deve ser entendida com comedimento, i.e., como um aceno à teleologia como norte da aplicação dos institutos, prevalente sobre uma dogmática seca, sem vetores funcionais, ou reduzida à infértil literalidade dispositiva. Se é verdade, de um lado, que todos os institutos, inclusive privados, não podem ser imaginados atomisticamente no seio social, é igualmente verdadeiro que as exigências genéricas do bem comum não têm, via de regra, nenhuma relevância nas relações intersubjetivas privadas. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang SARLET; Paulo Mota PINTO. Coimbra: Almedina, 2003, p. 37).

⁴⁷⁸ ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 63. Dando notícia histórica no mesmo sentido, Simão pondera seguir a prescrição um «instituto necessário para a estabilidade de todos os direitos» (SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 137).

em sentido estrito), que recaem, finalmente, sobre objetos e condutas concretamente verificáveis no tecido social (as condutas de dar, fazer, ou não fazer, e os bens jurídicos a elas atrelados, como objeto que anima a prestação vinculada a um direito subjetivo em sentido estrito).



Esse marcado distanciamento do plano técnico ao tecido social torna o fundamento da prescrição mais maleável aos gostos de cada tempo, lugar, estado da arte juscientífico. Para quê serve uma compra e venda? O mais simples dos homens o constatará a olho nu, na rua, sem cogitar do ordenamento: alguém deseja uma *coisa* e aceita por ela pagar *dinheiro*; alguém deseja *dinheiro* e aceita por ele entregar uma *coisa*; e para conformar esses interesses (no sentido de desejos) confluentes entabulam a transmissão do domínio contra a justa paga. O Direito cria a *compra e venda* como arquétipo normativo juridicamente tutelável a reboque de tê-lo feito a sociedade, como prática econômica corrente de papel empiricamente desenhado. Para quê servem as normas de tutela da dignidade humana, em sua dimensão psicofísica, e a autorização de legítima defesa? Basta ter um corpo para saber, pelo mais primordial dos instintos, por que se quer protegê-lo do mal e poder revidar, com agressão, contra quem se lhe atente à integridade.

Pois bem, e para quê serve a prescrição? Para quê se presta o perecimento da pretensão que lastreia o direito subjetivo em sentido estrito, cuja prestação subjacente seja reconhecida como exigível pelo ordenamento? Para quê serve o *não ter um direito*, ou *não o ter mais como antes*, pelo fluir do tempo? A prescrição não tem fim claro em

si mesma; é preciso beber de fonte alheia para se explicar e, em continuidade umbilical, se justificar⁴⁷⁹.

Nos subitens seguintes, o estudo cuidará de agrupar – e rejeitar, pelas razões que serão declinadas – diversos fundamentos historicamente ofertados à prescrição. Ao final, restará apenas um, que, adiante-se, balizará todo o desenrolar do trabalho: a tutela da segurança jurídica. É a estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas que explica a afetação de posições jurídicas há muito não exercidas; e apenas ela.

V.1 O desacerto dos fundamentos «naturais», ou de «imposição da ordem das coisas como são».

As pretensões não são sentidas, constatadas. Não há pretensões nas praças, nem nos pontos de ônibus. Tolhendo-as, ninguém sangra. Para uma figura de contornos absolutamente abstratos, por óbvio, não convêm explicações concretas (ou *concretistas*). Isso não quer dizer, contudo, que a dogmática não o tenha tentado.

Encontrar-se-á, com enorme facilidade, referências *biológicas* no sentido de que tudo na vida nasce, vive e morre, bem como *materiais*, de que o tempo tem ação destruidora sobre todas as coisas, não podendo, em um ou outro caso, ser diferente com os direitos. No Brasil, se disse que «*se o homem não escapa da morte, as relações jurídicas não escapam da extinção*»⁴⁸⁰, ou que «*a prescrição tem a sua base na própria natureza humana, ao mesmo tempo em que é reclamada pela organização das sociedades civilizadas (...) sendo sua existência absolutamente indispensável em qualquer sociedade bem organizada*»⁴⁸¹. Na Holanda, de forma quase idêntica, entre ao final do século XVII, popularizou-se a máxima segundo a qual «*ne autem lites immortales essent, dum litigantes mortales sunt*», ou seja, não podem as disputas ser imortais, se os litigantes são mortais⁴⁸².

Alusões desta natureza flertam com ser a prescrição filha da ordem natural das coisas. Esse tipo de discurso é em grande medida potencializado pela longevidade e linearidade do instituto. Nada obstante, a tentativa de reconduzir o fenômeno

⁴⁷⁹ ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 63.

⁴⁸⁰ SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 137; Em mesmo sentido: CÂMARA LEAL; AGUIAR DIAS, **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**, p. 14.

⁴⁸¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil Comentado. Prescrição, Decadência, Prova. Artigos 189 a 232**. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 1 e 8.

⁴⁸² ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 64.

prescricional a um imperativo físico, lógico ou moral, a um ser porque obviamente o é, é um sofisma. Há posições jurídicas subjetivas para as quais o consenso indica a imprescritibilidade; no campo de institutos puramente ideais, salvo disposição em sentido contrário, as pessoas jurídicas «vivem» com tendência à perpetuidade.

A circunstância de que a um determinado grupo de posições jurídicas subjetivas, em um dado ordenamento, se determine parcial ou total perecimento pelo decurso sem exercício por dado lapso de tempo, é uma escolha de política legislativa e não um imperativo de qualquer natureza. Ótima política legislativa porque oferece segurança e estabilidade, e por isso está presente há séculos, mas apenas isso: uma escolha flutuante de cada sociedade.

O que deve prevalecer – a tutela da posição jurídica ou a segurança advinda de sua estabilização – é um sopesar de valores personalíssimo de cada povo, a cada tempo. Tanto assim é que as imprescritibilidades (aqui assumidas em sentido amplo, i.e., causas que pré-excluem, impedem, suspendem ou interrompem a fluência do prazo prescricional) variam amplamente de país a país.

Comprove-se o afirmado com um exemplo trivial. No Brasil, a prescrição não corre contra menores de dezesseis anos (CC, art. 198, I, c/c art. 3º). Na Itália, a norma beneficia os menores de dezoito anos, mas apenas se esses menores não tiverem representantes, perdurando o impedimento pelos seis meses subsequentes à nomeação do representante ou completude da maioridade (*Codice*, art. 2.942, caput e item “1”). Na França, beneficia-se os menores, exceção feita para casos que a lei pontua (pagamentos devidos por prestações anuais ou períodos mais curtos, salários, alugueis, empréstimos, entre outros) (*Code*, art. 2.235). Qual destes países terá agido de maneira contrária à ordem natural das coisas, tendo por imprescritível o que, *como o corpo dos homens, deveria perecer com o tempo*, ou *privilegiando o titular que deixou de colher no tempo de colher*? É evidente que uma tal cogitação é despropositada. Diante de um mesmo problema a sensibilizar os legisladores – menores reclamam cuidados especiais –, cada qual desenhou o regime de não-prescritibilidade que melhor lhe aprouve diante de seus padrões sociais de conduta.

O que se diz para determinados direitos poder-se-ia dizer para todos. Não é inimaginável uma sociedade em que as posições jurídicas subjetivas não sofram a ação do tempo. Na civilização ocidental contemporânea capitalista, a importância do tráfego comercial e a necessidade de segurança e previsibilidade tornam uma tal abolição profundamente indesejável, mas não ontologicamente impossível.

A questão é menos de opinião técnica e mais de constatação histórica. Se parece evidente hoje, em uma sociedade global pós-industrial, que a prescrição é uma ferramenta desejável, o mesmo não se poderia dizer de tempos passados. Na Alemanha pré-recepção, dizia-se que o errado por cem anos não pode ser certo nem por uma hora. No período clássico de Roma, a *actio* era em regra imprescritível; na Inglaterra, primeira prescrição data do sec. XVII; na África do Sul, um brocardo Xhosa afirmava «dívidas nunca apodrecem».⁴⁸³

Como já está claro, cogitações naturalistas ou concretistas em nada socorrem a apuração do fundamento da prescrição. É preciso, portanto, seguir para apurar que valores seriam esses cuja tutela a prescrição se presta.

V.2 O equívoco de supor que os meios ou efeitos são o fundamento da prescrição

Há uma segunda ordem de equívocos quando o tema é o fundamento ontológico e o propósito teleológico da prescrição: confundir caminho com fim (modo de tutela com bem jurídico efetivamente tutelado), ou, ainda, tomar uma consequência meramente incidental com finalidade central do instituto.

Não são raras as notas doutrinárias que assim procedem. Diz-se que a prescrição tem como função presumir quitadas as obrigações, dispensando o devedor de fazer a difícil prova do pagamento; a prescrição tem por função genericamente adequar o direito à realidade de fato, porque o titular não se comporta como tal; a prescrição tem por fundamento reduzir o número de demandas no seio social⁴⁸⁴.

A tautologia da primeira proposta é bastante evidente. A prescrição tem como função presumir quitadas as obrigações e o faz... por meio da presunção de quitação. A

⁴⁸³ ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 62.

⁴⁸⁴ «Além disso, se não existisse esse meio liberatório, impor-se-ia indefinida conservação de todos os papéis, livros, documentos e recibos. Bem se pode imaginar, dentro de muito pouco tempo, a extensão do arquivo de uma grande organização (...).» (MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil Comentado. Prescrição, Decadência, Prova. Artigos 189 a 232**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7); «O instituto da prescrição é necessário, para que haja tranquilidade na ordem jurídica, pela consolidação de todos os direitos. Dispensa a infinita conservação de todos os recibos de quitação, bem como o exame do alienante e de todos os seus sucessores, sem limite no tempo.» (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 516). Em mesmo sentido, ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 64.; CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 14.

conclusão se iguala à premissa, o fundamento ao efeito, em um círculo vazio de argumentação. A realidade é que a *presunção de quitação* das prestações lastradoras da pretensão que a prescrição atinge é apenas um dos *modos de operar* a prescrição no Direito estrangeiro (como na impropriamente nominada prescrição presuntiva⁴⁸⁵).

Supor pudesse ser essa especialíssima eficácia presuntiva fundamento do fenômeno prescricional como um todo é um equívoco, ainda, por outra razão. Isso porque não há eficácia de *presunção* em modalidades de prescrição liberatória, para não falar da impropriamente designada prescrição aquisitiva (usucapião). Como poderia a *presunção de quitação* ser fundamento de prescrição e não estar presente, em concreto, em tantas manifestações da figura referidas em doutrina? Não poderia, naturalmente.

Melhor sorte não têm as considerações sobre a *diminuição de demandas*, ainda que por diversas razões. O fundamento goza de grande prestígio; na Inglaterra, talvez pelos ares ainda processualistas que marcam a disciplina prescricional, é tido como fundamento central sob a máxima de «*interest rei publicæ ut sit finis lituim*»⁴⁸⁶.

O erro aqui repousa em sequer ser ela, a redução, um valor em si. O acesso à justiça é um antigo objetivo e paradigma dos processualistas que pressupõe o *aumento* de demandas como algo positivo. Os esforços recentes de fomento de métodos alternativos de solução de controvérsias apontam para a autonomia privada como atriz central da capacidade de as partes comporem seus interesses de forma não litigiosa (conciliação; mediação) ou submeter suas demandas a julgadores especializados fora do Poder Judiciário (arbitragem), nunca à deseficacização *tout court* de posições jurídicas. Replicar a esta refutação com o argumento de que apenas as demandas merecedoras de limitação seriam excluídas (porque exacerbadoras de um limite razoável para exercício e, por isso, desnecessariamente causadoras de insegurança jurídica, ou porque desnecessariamente custosas⁴⁸⁷) é a uma só vez uma tautologia e uma remissão, indisfarçada, à necessidade ao fundamento central da segurança jurídica de que se cuidará mais adiante.

Por fim, no que tange à adequação do Direito à realidade, tem-se que a sistemática da ciência jurídica pressupõe o contrário do que se propõe. É o Direito que incide sobre a realidade, colorindo-a com os efeitos jurídicos, e não o contrário, em uma subsunção às avessas em que os fatos concretos travestem e transmutam o

⁴⁸⁵ GERARDO, Michele; MUTARELLI, Adolfo. **Prescrizione e decadenza nel diritto civile: aspetti sostanziali e strategie processuali**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 339-358.

⁴⁸⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 64.

⁴⁸⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 64.

arquétipo jurídico ideal. Direito é dever-ser e não ser. Não socorre a esta proposta a circunstância de que, em excepcionais recortes fáticos, o Direito se amolde a uma percepção de realidade consolidada, outorgando-lhe prestígio de tutela jurídica. Poder-se-ia listar nessa argumentação, para além dos institutos já mencionados nestas linhas introdutórias (prescrição, decadência, *suppressio*, usucapião), as hipóteses de tutela da aparência, inclusive legalmente positivadas.

Se um devedor paga ao falso credor que por tudo em tudo parecia verdadeiro (putativo), o pagamento produzirá efeitos sobre o verdadeiro credor não-participante do ato (CC, art. 309). Se o casamento nulo ou anulável foi contraído de boa-fé, produzirá efeitos até a sentença que o reconheça inválido, a bem do cônjuge ignorante e da prole (CC, art. 1561). Pagamento ruim feito bom, casamento ruim feito bom, porque assim aparentavam. Ocorre que nesses casos não se verifica um bem que deflua da adequação por si só, e sim da proteção daqueles que foram reputados merecedores de tutela, porque se conduziram conforme os ditames da boa-fé.

Houve quem enxergasse no fenômeno prescricional situação análoga àquelas acima descritas, na medida em que a longa inércia do titular da pretensão *poderia* despertar, por si só, a confiança do devedor de que o exercício não mais se daria⁴⁸⁸. É duvidoso que essa seja uma confiança merecedora de tutela⁴⁸⁹. Ainda que assim não fosse, é marcante o caráter incidental de se constatar no fenômeno prescricional uma conduta deliberada de não-exercício. Sobram exemplos de não exercício por ignorância, ou por razões compreensíveis, ou, sobretudo, sem que se tenha dado margem a dúvidas ao devedor sobre o propósito de futuro exercício. Se é verdade que a confiança imaginada por parte da doutrina não está presente em diversos casos de prescrição, sucede, logicamente, que essa «adequação meritória» do Direito à realidade fática não pode servir de fundamento ao instituto.

Repise-se, então, a questão. O espelhamento da realidade sobre o Direito, por excepcional abertura sistemática, rende vassalagem a esses elevados *status* que o ordenamento busca albergar do rigor seco da norma. No caso da boa-fé, sem dúvidas, há um espelhamento da realidade fática (não exercício de posição jurídica) sobre o Direito (parcial deseficacização desta mesma posição jurídica). O que o posicionamento aqui criticado não responde é o fundamental: que valor subjacente se

⁴⁸⁸ ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 78.

⁴⁸⁹ ANDRADE NEVES, Julio G., **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**, São Paulo: Almedina, 2016, p. 84 e ss. e, mais adiante, 106 e ss.

procura privilegiar, na prescrição, para que a realidade se sobreponha à pré-estruturação jurídica? Segue sem resposta questão.

V.3 A fragilidade – e imprecisão – das presunções como fundamento ontológico de institutos.

No item precedente foi afastada a ideia de que a presunção de quitação pudesse operar como fundamento para a prescrição porque, a uma, este é um efeito e não a razão de ser do instituto, e a duas, a presunção de quitação só se amoldaria a uma das modalidades de prescrição (a impropriamente dita *prescrição presuntiva*, não prevista no ordenamento brasileiro). É preciso expandir, ainda que um pouco, esta ordem de considerações. Isso porque, para além da *presunção de pagamento*, a *presunção de renúncia ou abandono* é comumente invocada como fundamento da prescrição civil. A censura da correlação equivocada entre fundamento e efeito poderia ser reiterada, com a crítica adicional, porém, de que o efeito da prescrição sequer seria adequadamente descrito por este recurso.

Para entendê-lo, é preciso definir o que seja o destino (*rectius*, qual a fenomenologia exata) de uma posição jurídica dita renunciada ou abandonada. Em primeiro lugar, convém ter em conta se cuidam de institutos diferentes, ainda que ontologicamente vizinhos.

Abandono é palavra polissêmica no Direito. Sempre coligada ao sentido vulgar de *deixar à própria sorte*, abandonar tecnicamente pode significar (i) o ato ilícito caducificante de contumaz desatenção aos deveres oriundos do *status* de genitor frente ao menor (CC, art. 1.638, II); (ii) o ato ilícito indenizativo de privilegiar, o comodatário, a salvação de seus bens frente àqueles dados em comodato, caso em que responderá por sua perda, mesmo que por fortuito ou força maior (CC, art. 583); (iii) a situação (fato jurídico em sentido estrito) do álveo cujo curso d'água seque ou se desvie, para fins de aquisição da propriedade pelos ribeirinhos (álveo abandonado; CC, art. 1.252); (iv) a violação ao dever de coabitação do cônjuge (CC, art. 1.566, II), a ensejar, inclusive, usucapião, se observados os demais elementos do suporte fático da figura (CC, art. 1.573, IV). Nenhum desses sentidos se conecta à prescrição com clareza.

No campo das coisas, com sentido mais próximo daquele aqui buscado, o abandono (dito *derrelicção*) é modalidade de perda da propriedade (CC, art. 1.275, III). O proprietário deixa de exercer todas as prerrogativas inerentes à propriedade,

desatende à coisa como um todo, comporta-se como se não o bem não fosse mais seu, lançando a coisa definitivamente à própria sorte. Externamente, rompe-se, necessariamente, a relação com o *corpus* da coisa (antes) tida⁴⁹⁰. A eficácia é a extinção do domínio, como diz a letra expressa do Código, abrindo campo para a aquisição iniciada pela ocupação de terceiro particular, ou pela arrecadação pelo Erário (CC, art. 1.276). A lei recorre, ainda, ao abandono como meio de o titular do direito real *cortar o mal pela raiz* em caso de se avolumarem as dívidas juridicamente conectadas ao bem (ditas *propter rem*). Assim é que o dono do prédio serviente pode abandonar a propriedade em benefício do dominante, para não custear suas obras de manutenção (CC, art. 1.382); o adquirente do imóvel hipotecado pode exonerar-se da hipoteca abandonando-o (CC, arts. 1.479 e 1.480).

A doutrina ponteana aproxima o abandono da prescrição ao classificá-lo como ato-fato⁴⁹¹. A prescrição não é ato-fato (é exceção com excepcional irradiação de eficácia *ope legis*; v. CAPÍTULO I), mas inclui o ato-fato da inércia do titular do direito subjetivo como pressuposto para seu surgimento, em seu suporte fático complexo (v. CAPÍTULO III, em especial item III.2). Trata-se de uma aproximação muito tênue, secção delicada dos institutos, e, ainda assim, aparentemente equivocada. O elemento volitivo qualificado, i.e., o propósito firme do titular do domínio em deixar de sê-lo por pessoa capaz (*animus derelinquendi*⁴⁹²) é estranho à categoria dos atos-fatos, que, como afirma a própria dogmática ponteana, torna a qualidade da vontade do agente absolutamente irrelevante à fenomenologia jurídica. A pessoa com avançado estado de demência que habita a casa deixada pelo cônjuge falecido sem dúvidas exerce, por ato-fato, o direito de habitação, ainda que sequer saiba que ali mora (ou menos ainda o deseje; CC, art. 1.831). A mesma pessoa que, sendo proprietária, deixe com ânimo definitivo seu lar, não o terá abandonado porque sua vontade de nada valerá ao ordenamento.

A controvérsia se desenrola em doutrina mais entre ser o abandono ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico. A doutrina portuguesa reconhece se tratar de «cessação da relação material com a coisa (*corpus*) em virtude de um acto intencional

⁴⁹⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, **Direitos reais**, 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 237.

⁴⁹¹ Para fins de clareza: o autor não o faz expressamente; i.e., não é doutrina de PONTES DE MIRANDA sejam prescrição e abandono institutos análogos ou sobrepostos. Diz-se feita a aproximação pelo só recurso à categoria única dos atos-fatos (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado**, t. 14, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 131 e ss).

⁴⁹² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, **Direitos reais**, 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 237; PEREIRA, Caio Mário da Silva; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (revisor e atualizador), **Instituições de Direito Civil**, vol. IV, 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 232-233.

do seu titular dirigido à extinção da sua propriedade», mas, em parte, nega *status* de negócio jurídico por ausência de margem à disposição⁴⁹³. Em sentido contrário vai o melhor entendimento, para o qual é clara a natureza de negócio jurídico unilateral⁴⁹⁴. Os efeitos abdicativos se produzem apenas *porque e na medida em que* queridos pelo agente. A ausência de margem à disposição denuncia apenas a tipicidade estrita do negócio de abandono, bem como a efetiva ruptura do contato com o *corpus* uma forma particularíssima de manifestação tácita de vontade.

De outro lado, sobre a *renúncia* não pende disputa. É negócio jurídico unilateral e abdicativo. O titular declara sua vontade de não mais sê-lo, observando a forma prescrita em lei conforme a natureza do direito titularizado. Se for bem móvel (CC, art. 82) ou direito a ele equiparado (CC, art. 83), em regra, a forma será livre. Se for bem imóvel (CC, arts. 79 e 81) ou direito a ele equiparado (CC, art. 80), a forma será pública se tiver valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário-mínimo vigente no país (CC, art. 108). Se for bem imóvel sujeito a registro, a renúncia é eficaz apenas após o registro (CC, art. 1.245⁴⁹⁵).

Qualquer que seja o posicionamento doutrinário sobre a matéria, abandono e renúncia trazem uma carga de protagonismo ao desígnio do titular da posição jurídica subjetiva que a prescrição desconhece. Pode suceder que a pretensão prescreva porque o titular, conquanto muito desejoso de perseguir a prestação, julgou haver melhor custo-benefício em aplicar seus recursos alhures, em frentes mais prementes que demandavam sua atuação. Lamentou não poder atender à pretensão. Exerceu-a extrajudicialmente (interpelou: ligou; cobrou), porém, em modos que não lei não prestigia para óbice da fluência do prazo. Pode suceder que a pretensão prescreva, ainda, porque o titular ignorava absolutamente a existência do fenômeno. Soubesse a mutilação que se avizinhava, teria agido; constatando-a, lamentou. Nada disso é compatível com abandono ou renúncia, que exigem propósito inequívoco de ruptura do vínculo de titularidade entre sujeito e direito subjetivo.

É evidente que as *presunções* poderiam justamente se prestar a cimentar essa lacuna. Sendo absolutas, criariam a vontade para fins legais, onde vontade de fato não

⁴⁹³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, **Direitos reais**, 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 237; TELES, Inocêncio Galvão, **Manual dos Contratos em Geral**, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 126-127; e FERNANDES, Luís Carvalho Fernandes, Da renúncia nos direitos reais: in **Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Dias Marques**, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 571-592, em particular 577 e ss.

⁴⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (revisor e atualizador), **Instituições de Direito Civil**, vol. IV, 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 232-233.

⁴⁹⁵ GOMES, Orlando; THEODORO JUNIOR, Humberto (atualizador), **Direitos Reais**, 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 185.

havia. Mas esses são sempre fundamentos teóricos frágeis, um atalho para adequar os pressupostos concretamente verificados (porque faltantes) àqueles teoricamente cunhados, o que a boa técnica repudia. Se a teoria geral da prescrição está disposta a manter a eficácia prescricional quando falte elemento anímico de abandono ou renúncia, é porque há – deve haver – alguma razão outra que alimente a *ratio* do instituto.

Faça-se um último registro. Se no campo dos *pressupostos* (suporte fático) o recurso à dupla renúncia-abandono é falho, melhor sorte não lhe assiste na ponta oposta, dos *efeitos*. Como se verá com maior vagar no CAPÍTULO IV, o impacto da prescrição civil repousa (por escolha normativa) no plano da eficácia: a pretensão antes exercitável deixa de sê-lo, mas o direito subjetivo em sentido estrito segue preservado, conquanto inexigível. A renúncia e o abandono têm efeito muito diverso: eliminam o próprio direito, extirpando-o da esfera jurídica de seu titular como um todo.

Se prescrição, de um lado, e renúncia ou abandono, de outro, têm naturezas jurídicas diversas, pressupostos diversos e efeitos diversos, parece pouco apropriado se afirme – quanto mais pelo movediço caminho das presunções – sirvam estas como fundamento daquela.

V.4 *Dormientibus non succurrit jus*. A punição ao credor negligente e seu descompasso com o estado da arte do Direito Civil.

Muitíssimo popular dentre estudiosos⁴⁹⁶ é a referência ao *castigo ao credor negligente* como base do fenômeno prescricional. O apelo ao correlato brocardo latino

⁴⁹⁶ «O mesmo acontece com o credor negligente. Podia ele exigir o crédito e não o fez. Sua prolongada inatividade extermina a relação jurídica; a prescrição é então reconhecida *actio negligentiae, non favore prescribentis*.» (MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil Comentado. Prescrição, Decadência, Prova. Artigos 189 a 232**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8) / «Há também, de certa forma, uma punição ao titular de uma pretensão que lhe quedou inerte, não lhe dando efetividade» (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. I**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 355) / «Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma *sanção adveniente*, que é a prescrição. A prescrição é uma pena ao negligente.» (DINIZ, Maria Helena, **Prescrição e decadência no novo direito de família: alguns aspectos relevantes**, in: Prescrição no Novo Código Civil: uma análise interdisciplinar, CIANCI, Mirna (coord.) – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79) / «Isto a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira satisfatória, conferindo-lhe todo amparo do poder estatal e, com isso, atende aos desígnios de justiça. Além do termo desse prazo, se o credor não cuidou de fazer valer a pretensão, dando ensejo a supor renúncia ou abandono de direito, negligência em defendê-lo, ou até mesmo presunção de pagamento, a preocupação da lei volta-se, já então, para os imperativos de segurança e as exigências da ordem e paz sociais(...)» (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova** (vol. 3, tomo 2). 4. ed.

(*dormientibus non succurrit jus*) como forma de sustentar o raciocínio, com algum ar de nobreza histórica, é igualmente frequente. Já se cuidou do tema, em alguma medida, no item III.2, acima, mas o retorno à matéria, ainda que em aceno mais breve, aproveita à coerência deste capítulo.

É preciso ter clareza histórica: o castigo à negligência já foi letra expressa da legislação luso-brasileira. Rompendo o silêncio das Ordenações Afonsinas (aprox. 1448), as Ordenações Manuelinas (aprox. 1512) eram claras: *«paffado o dito tempo, nom poderam mais demandar por effa diuida, por quanto por fua negrigencia que em todo o dito tempo teue em nom demandar fua diuida, Auemos por bem que a nom poffa mais demandar»* (L. IV, tit. LXXX). As Ordenações Filipinas (1595) igualmente diziam igualmente que *«passados os ditos trinta annos, não poderá mais ser demandado por essa cousa, ou quantidade; por quanto por negligencia, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua cousa, ou divida, havemos por bem, que seja prescripta a aução, que tinha para demandar.»* (L. IV, t. LXXIX). O julgamento moral era bilateral, porquanto não prescreviam as ações contra devedor de má-fé, *«por não se dar occasião de peccar, tendo o alheio indevidamente.»* Na doutrina da época de sua vigência a explicação é acachapante: *«[h]e a razão da prescrição extinctiva, e pena imposta ao credor que não cuidou de seu direito⁴⁹⁷»*. A mesma linha se manteve quando da minuta da Consolidação das Leis Civis, no art. 854, segundo o qual *«nesta prescrição, só motivada pela negligência do credor, não se-exige o requisito da boa fé»*.

Crê-se, contudo, que há nessa ótica uma importante confusão. A circunstância de que a disciplina prescricional não atinja, idealmente, um credor probo que tenha exercido regularmente sua pretensão – i.e., a circunstância de que uma boa disciplina prescricional outorgue, como regra, chance razoável de exercício da pretensão⁴⁹⁸ –, não implica, necessaria e automaticamente, que (i) todo credor alvejado pela prescrição tenha sido negligente; ou (ii) seja esse – sancionar a negligência – o propósito que presentemente explique melhor o fenômeno prescricional, e não outros que apenas reflexamente acenem nessa direção. Não é esse, ponha-se de outra forma, um dado

Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 165); «Assim, conclui-se que os fundamentos basilares da prescrição são realmente dois: segurança jurídica e negligência do titular do direito» (SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142).

⁴⁹⁷ALMEIDA, Cândido Mendes de, **Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I**, vol. 4, 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870, p. 897.

⁴⁹⁸ ZIMMERMANN, Reinhard, **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 77.

ontológico da prescrição, mas um reflexo casual dos sistemas, quando não for uma escolha expressa do legislador.

Inicie-se pela primeira afirmação: nem todo credor vitimado pela prescrição foi negligente. Esse é um ponto central porque se o sancionar da negligência se pretende apresentar como fundamento prescricional, é preciso que subjaza, sem vacilação, a todas as apresentações do fenômeno – o que, como se antecipou, não é verdadeiro. Alguns exemplos se extraem com facilidade da letra expressa do Código Civil. Já se aludiu, acima, à disciplina prescricional atinente aos relativamente incapazes. A combinação entre os arts. 195 e 198, I, não deixa margem a interpretações tergiversantes: o relativamente incapaz sofre os efeitos da prescrição, havendo, a seu socorro, exclusivamente a direito a reparação contra seus assistentes. Está-se a falar, aqui, de jovens entre 16 e 18 anos, cujo direito a exercer pode, inclusive, ter sido constituído quando eram ainda impúberes. Da imaturidade natural da idade – que atrai disciplina específica do ordenamento – não se pode extrair da inércia desleixo, ou tolice, ou ainda qualquer predicado que vindique repulsa ou sanção. Ao contrário: o sentimento social e o aparato legal usualmente dedicado aos relativamente incapazes são tendentes à proteção e promoção, compreendendo seu estado intermédio de desenvolvimento. Isso nada obstante, a prescrição sobre si se abate, como se maduros fossem, e podem tão somente se voltar àqueles que deixaram de atuar na defesa de seus interesses.

Eleve-se o tom do exemplo uma oitava, para que se satisfaça aos espíritos mais rigorosos frente os relativamente incapazes. Ainda que esse jovem tenha por si só **(i)** apurado a existência de direito a exercer e **(ii)** compelido seu assistente a promover a movimentação da pretensão, pode ter sucedido que, por inércia deste, aquele sofra a mutilação do direito deixado não-exercido. Nesse caso, nenhuma possível negligência se terá por parte do titular, em curso de amadurecimento que estivesse. Repita-se, isso nada obstante, que a prescrição sobre si se abaterá.

Eleve-se ainda mais o tom, para apontar ainda que pessoas com doenças mentais que as privem de discernimento não são mais incapazes a teor da redação do art. 3º do Código Civil, promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, para o qual os adjetivos de crítica jamais serão duros o suficiente. De acordo com o art. 6º, «a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (...)». Pudessem haver alguma dúvida sobre a inclusão da deficiência mental grave nesse comando, ela se dissiparia pelo art. 114 do Estatuto, que revogou o II do art. 3º do Código Civil, segundo o qual eram absolutamente incapazes «os que, por enfermidade ou deficiência mental,

não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos». No aódoar típico dos projetos legislativos não debatidos com a comunidade jurídica, o diploma supostamente protetivo removeu o fundamento legal para preexclusão da prescrição às pessoas com doença mental grave. Com efeito, esse excepcional prestígio advinha da interação entre o art. 198, I (*«também não corre a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º»*) e o antigo art. 3º, II, que listava tais pessoas dentre os tutelados pela disciplina protetiva da incapacidade absoluta.

Resulta da aplicação da lei por simples subsunção admite se abata prescrição sobre quem não tem, a seu favor, sequer o parcial amadurecimento social que marca o estado mental médio daqueles jovens entre 16 e 18 anos de idade. Como, então, se poderia supor seja a punição à negligência fundamento oportuno, se inimputável o suposto agente negligente? Não se pode, é claro; não, ao menos, sem se ignorar uma relevante porção da dogmática do instituto cujo fundamento se pretende explicar.

Os exemplos poderiam se seguir por páginas a fio. No direito societário, tem-se que (i) a pretensão contra peritos pela avaliação (errada) dos bens integralizados ao capital se dá em um ano da publicação da ata da assembleia que aprova o laudo (CC, art. 206, §1º, IV); (ii) as pretensões contra administradores por violações a lei ou ao contrato se mutila três anos passados da apresentação do balanço ou da assembleia geral competente para delas conhecer (CC, art. 206, §3º, VII, «b»). Tudo isso se dá, e aqui a lei é inequívoca, sem qualquer consideração a propósito de terem as assembleias agido com negligência na consideração das matérias postas sob seu exame. Pode suceder, perfeitamente, que o ilícito se ocultasse mesmo dos olhares atentos e fosse apurável apenas por meio de perícia. Ninguém poderá – ao menos não sem renunciar ao princípio de não se argumentar contra a letra da lei – dizer que a ciência (e, a reboque dela, a negligência da inércia) é fundamental e se sobrepõe à data indicada ao início do prazo.

Um último exemplo aproveita ao debate. Nas recentes reformas em matéria prescricional na Europa, Alemanha e França adotaram um sistema dual de prazos (v., com mais detalhes, o debate a propósito no CAPÍTULO III.3)⁴⁹⁹. A prazos curtos,

⁴⁹⁹ Na síntese claríssima de CANARIS: *«O legislador encontrou essa solução [para redução de prazos prescricionais] introduzindo o sistema subjetivo de prazos prescricionais. O antigo direito das obrigações alemão orientava-se pelo sistema objetivo. Segundo este, a prescrição começa a contar a partir do momento em que nasce o direito de pleitear, independentemente de o credor ter ou não conhecimento do fato ou poder ou não ter esse conhecimento. Em oposição, no sistema subjetivo, o início do decurso de prazo depende desse conhecimento ou, respectivamente, da possibilidade de obtê-lo. De acordo com a nova lei, a prescrição só começa a correr quando o credor toma conhecimento ou deveria tomar conhecimento, com exceção dos casos de negligência grosseira, das circunstâncias que*

indexados por balizas de subjetividade (saber ou dever saber da pretensão exercitável), somam-se outros, longos, de caráter estritamente objetivo: o que primeiro se operar, estabiliza a pretensão. Na Itália, sem que sequer haja prazos longos dessa natureza, há grande consenso doutrinário sobre ser irrelevante a ciência do titular para o operar da prescrição⁵⁰⁰, o que, por óbvio, afasta a necessidade de negligência e desvalor na conduta do titular afetado.

A realidade é que a conduta do titular será reprovável apenas em alguma medida, em alguns casos de prescrição; igualmente, mas pelo ângulo oposto, a boa conduta do titular evitará a prescrição na maior parte dos casos, mas não sempre, e nem mesmo *quase sempre*. Disso se extrai que, nada obstante seja imprescindível haver, na lei prescricional, uma razoável oportunidade de exercício de pretensão em abstrato, o desvalor da conduta do titular não é um fundamento válido à prescrição como hoje positivada.

V.5 Fundamento válido: princípio fundante da segurança jurídica.

Status constitucional e vetores de insegurança contemporâneos

Existe um grande consenso acerca de repousar a prescrição sobre o fundamento da segurança jurídica, tendo como função a pacificação de disputas, por

*constituem a reclamação e a identidade do devedor (§199, I do BGB). Isso permite uma redução drástica da duração do prazo – especificamente, para um período de três anos (§195 do BGB). No entanto, esse modelo apresenta uma deficiência, qual seja, que o início da prescrição não é certo, podendo ser postergado indefinidamente. Como consequência, o sistema subjetivo deve ser complementado pelo sistema objetivo. Isso significa que o prazo de prescrição, que começa com o conhecimento do credor, tem de estar relacionado a outro prazo que começa assim que nasce o direito de pleitear. Esse prazo objetivo adicional na nova legislação alemã é de dez anos (§199, III do BGB). Logo, de modo geral, o pleito prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o credor toma conhecimento da sua existência, ou não o faz devido a uma negligência grosseira, havendo porém um prazo máximo de dez anos a contar da data em que passa a existir o direito de pleitear.» (CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, v. 7, p. 108–124, 2004; no trecho, p. 111. Grifos no original). Em mesmo sentido, v. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, **Da Modernização do Direito Civil. I - Aspectos gerais**, Coimbra: Almedina, 2004, p. 85 e ss.; STEINER, Renata, A ciência do lesado e o início da contagem do prazo prescricional, **Revista de Direito Privado**, v. 50, p. 73–92, 2012.*

⁵⁰⁰ «Secondo una tradizionale e consolidata interpretazione giurisprudenziale quella che impedisce il decorso della prescrizione è solo l'impossibilità giuridica di far valere il diritto, riscontrabile esclusivamente in presenza di impedimenti giuridici (...) La principale ipotesi di impossibilità di fatto dell'esercizio del diritto è rappresentata dall'ignoranza del titolare circa l'esistenza del suo diritto. Trattandosi di un impedimento di fatto si afferma comunemente che essa non preclude la decorrenza della prescrizione. / Segundo uma tradicional e consolidada interpretação jurisprudencial, a impossibilidade que impede o decurso da prescrição é só aquela jurídica de fazer valer o direito, localizável apenas na presença de impedimentos jurídicos (...) A principal hipótese de impossibilidade de fato de exercício do direito é representada pela ignorância do titular acerca da existência do seu direito. Tratando-se de um impedimento de fato, afirma-se comumente que não impede a decorrência da prescrição» (BIANCA, Cesare Massimo. **Le garanzie real; la prescrizione**. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pp. 505-506).

meio da estabilização de prerrogativas emergidas dos direitos subjetivos⁵⁰¹. Tem-se, portanto, fundamento (segurança jurídica), utilidade (pacificação) e ferramenta para este fim (estabilização). A correlação é tão estreita que a doutrina italiana, invocando a autoridade dos trabalhos preparatórios do *Code* na vizinha França, afirmou se tratar do instituto de direito privado mais importante à ordem social⁵⁰².

Não se trata de fundamento desimportante: a segurança jurídica é reconduzida à própria essência do conceito de Direito. Sendo certo que o Direito deve se ordenar cientificamente, e sendo certo, ainda, que a ciência deve oferecer critérios claros para resultados previsíveis, um Direito incerto milita em verdade pelo arbítrio. Não é casual que, ao lançar os pressupostos fundamentais para seu «Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito», CANARIS coligue a noção de sistema (pressuposto do Direito como ciência) àquela de segurança jurídica, designada por ele um «valor supremo» e invocada «em todas suas manifestações», i.e., «seja como seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito»⁵⁰³.

As cinco matrizes invocadas pela doutrina alemã (determinabilidade; previsibilidade; estabilidade, continuidade; praticabilidade) dão, já no início dessa rubrica, um perfume do que seja a segurança jurídica, leme da disciplina prescricional.

⁵⁰¹ «[É] opinião tranquila que a prescrição atende à satisfação de superior e geral interesse à certeza e à segurança no meio social e, assim, se coloca entre os institutos de ordem pública.» (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2).** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 162); «(...) o fundamento principal, senão único, para sustentar o instituto da prescrição é, mesmo, o da segurança das relações jurídicas(...)» (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2).** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 164); «Assim, conclui-se que os fundamentos basilares da prescrição são realmente dois: segurança jurídica e negligência do titular do direito» (SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 142); «A estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica compõem, portanto, o fundamento da prescrição.» (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. I.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 354).

⁵⁰² PATTI, Salvatore. Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 64, p. 21–36, 2010. A referência está na p. 23.

⁵⁰³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 22. Diz o autor., na íntegra: «[O] valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações - seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito - para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasia fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na ideia de Direito (como o conjunto dos valores jurídicos mais elevados). Ele é, por consequência, imanente a cada Direito positivo (...).»

Para se ter como cumprida a missão propedêutica da investigação do fundamento do instituto, será preciso ir um pouco além para responder a três perguntas fundamentais. São elas:

- (i) tem a segurança jurídica (e, a seu reboque, a prescrição) um caráter imanente de justiça, i.e., deve o princípio assegurar decisões não apenas controláveis (determináveis, previsíveis, estáveis, contínuas e praticáveis), mas também justas?
- (ii) tem a segurança jurídica (e, a seu reboque, a prescrição) assento constitucional?
- (iii) estão corretos os precedentes que divisam imprescritibilidades principiológicas no texto constitucional, à revelia de lei específica?

V.5.1 Conteúdo dogmático da segurança jurídica e a falácia do dever de assegurar decisões previsivelmente justas

Sobre o conteúdo normativo do princípio da segurança jurídica, em geral e especificamente para fins da disciplina prescricional, recente doutrina brasileira tem sustentado que o conceito de segurança jurídica *«seja ladeado por outros, que permitam a formulação de soluções não só previsíveis, mas previsivelmente justas»*⁵⁰⁴. Avança-se para dizer que *«a mera segurança formal gera aquilo que PÉREZ LUÑO chama de seguridad de la inseguridad, a afirmação formal de certezas que não são consentâneas com ideias de justiça. Desse modo se afirmam os totalitarismos»*⁵⁰⁵.» A articulação para, como se vê, a um curto passo antes da *reductio ad hitlerum*, e conclui pela necessidade de uma *«segurança afirmadora de valores, dinâmica, capa de responder a necessidades constitucionalmente privilegiadas»*. Tudo caminha em grande medida à ponderação de valores atinentes à prescrição pelo juízo, na pergunta atinente ao controle jurisdicional referida sob item «iii», e que será oportunamente enfrentada. É preciso, aqui, não pôr o carro na frente dos bois, sob pena de sacrificar o raciocínio científico.

Segurança jurídica e justiça não são a mesma coisa. Difícil, aliás, antever benefício em abraçar o mundo com as pernas e dar à segurança jurídica a missão (de Sísifo) de implementar a justiça no Direito, problema de que se ocupam milênios dos maiores pensadores sem solução definitiva. A verdade é que o Direito pode ser perfeitamente seguro – i.e., previsível e permissivo de adequado planejamento pelos

⁵⁰⁴ NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Prescrição e decadência no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 41.

⁵⁰⁵ NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Prescrição e decadência no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 42.

cidadãos – e profundamente injusto. Um traficante que adentre a Indonésia dificilmente terá dúvidas sobre seu destino, se flagrado pelas autoridades. Terá, à toda probabilidade, inclusive cobrado remuneração que compense o risco por si assumido, que, como é cediço, é risco de morte. Para aqueles que acreditam no valor supremo da vida humana (o estudo, é claro, se perfilha à crença) e, a reboque disso, na impossibilidade de penas de morte ou cruéis, o Direito indonésio é manifestamente injusto. Sem embargo, é certo. Seguro, claro, a permitir o planejamento dos cidadãos com a certeza elevada dos efeitos da incidência da lei.

Quer-se, com isso, dizer que o Direito Indonésio não merece crítica, repúdio ou reforma? É evidente que não. Quer-se dizer apenas que o *locus* do problema é diverso: não é preciso que a segurança jurídica resolva todos os problemas do Direito; é preciso que resolva os problemas que tenham para consigo pertinência objetiva – o que já é dizer muito, na medida em que um direito injusto pode ser seguro, mas um direito inseguro nunca poderá ser justo⁵⁰⁶. Atentará, em sua incidência randômica, a outro valor fundante do Estado de Direito, que é a igualdade asseguradora de soluções idênticas a casos idênticos no curso do tempo (o que, por imperativo lógico, cria o rastro da previsibilidade ínsito à segurança jurídica⁵⁰⁷).

A fuga, ou, talvez fosse melhor dizer, a pulverização da segurança jurídica para um caleidoscópio de valores constitucionais, com a alusão aos predicados de *dinamismo e afirmação de valores* tornam impossível não recordar as advertências de doutrina nacional que, estatuinto as bases da resistência ao neoconstitucionalismo de ramificações privadas, denunciou que a grandiloquência do discurso não oculta a ausência de ferramental dogmático⁵⁰⁸, a indisfarçada superação de limites

⁵⁰⁶ «[A] segurança jurídica é uma condição da justiça - *præter justitiam*, disse Luño Peña, *sed pro justitia*-, e ela também, a exemplo da justiça, interessa ao bem comum político. Não surpreende, portanto, que, reconhecida a segurança jurídica como algo de essencial à vida política - um seu princípio, valor, ou ambas as coisas-, ela se formule como um direito fundamental» (DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica. **Revista de Direito Imobiliário e Registral**, v. 54, p. 11–33, 2003, p. 13).

⁵⁰⁷ «Direito seguro nem sempre é direito justo. (...) Mas certo é que um direito inseguro é, por regra, também um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade». (SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 15–30; no trecho, p. 16). Para abarcar o conceito de justiça, o Autor lança a ideia de *segurança do direito* – reflexão à qual o presente estudo não pode se filiar, por criar um *tertium genus* híbrido, sincrético, que não agrega conteúdo dogmático à dualidade justiça e segurança, mas apenas enevoa, com prejuízo à operabilidade, seus contornos e papeis.

⁵⁰⁸ «Seria esse o novo limiar de um Direito Civil humanista, pluralista, democrático e social. Adjetivos, discursos hiperbólicos e afirmações panfletárias não faltam para descrever esse Direito Civil pós moderno. Muito bem. Mas, é imprescindível a realização de delimitações para se analisar toda essa enxurrada retórica em torno dessa nova visão do Direito Civil.» (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz.

interpretativos e escolhas valorativas claras do ordenamento⁵⁰⁹. A crítica encontra, para alento do Direito Privado nacional, ecos progressivamente mais ressonantes na dogmática brasileira⁵¹⁰.

Reconduzir a segurança jurídica à concretização de soluções *subjetivamente justas* e não *objetivamente adequadas* é renunciar a seu conteúdo fundamental. Diga-se de outra forma: previsibilidade é conceito unívoco; justiça material (fora da escolha legislativa, expressa ou implícita), não⁵¹¹. A doutrina denuncia a falácia de se arguir a máxima de que todos querem, sempre, uma solução justa à despeito do que a lei objetivamente diga: algumas camadas de investigação para conferência de concretude à resposta e surgirão a elas conteúdos radicalmente diversos, e muitas vezes igualmente legítimos, gestados pelos grupos sociais heterogêneos que são a marca da sociedade contemporânea hipercomplexa⁵¹².

Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito (Lisboa)**, v. 143, p. 43–66, 2011, p. 48).

⁵⁰⁹ «Esse modelo de utilização discricionária e contra legem dos textos normativos, inclusive da Constituição dá margem a graves desvios lógicos. Invoca-se a Constituição, certos “princípios” ou “valores constitucionais” para desfazer de regras de inquestionável univocidade semântica. Esse abuso chega ao extremo de se voltar contra a própria Constituição. (...) Assim agir, é estender o alcance desses vetores interpretativos para além de seus próprios limites ou mesmo criar, assim do nada, princípios ou técnicas que permitam essas práticas» (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito (Lisboa)**, v. 143, p. 43–66, 2011, pp. 54-55).

⁵¹⁰ «Ao mesmo tempo que se bate pela dignidade da pessoa humana como fundamento máximo do ordenamento, em qualquer de seus segmentos, adota-se, também, nos mais diversos setores do direito, mesmo nos que constituem o chamado direito privado (onde deveria reinar a autonomia e a vontade soberana do indivíduo, em nome da liberdade, sem a qual não se pode pensar em dignidade de homem algum), a defesa ostensiva da supremacia do público sobre o privado, do interesse social sobre o individual. Ergue-se aos poucos um leviatã que ninguém consegue definir com precisão e cujo desenvolvimento não se tem como antever aonde chegará. Para servir a esse indecifrável senhor cuja identificação se contenta com rótulos apenas (social, coletivo, público etc.), o indivíduo – razão de ser da sociedade, do estado e o direito – cada vez mais se anula e mais apreensivo e inseguro se torna.» (THEODORO JUNIOR, Humberto, A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica, **Revista de Processo**, v. 136, p. 32–57, 2006, p. 32).

⁵¹¹ ARCOS RAMÍREZ, Federico. **Rule of law, seguridad jurídica y justicia**. Cali: Universidade Autónoma de Occidente, 2014, p. 206.

⁵¹² «La fisonomía de las actuales sociedades occidentales no permite hablar de una expectativa de Seguridad Jurídica amplio sensu. No es posible hallar en ellas un consenso moral fáctico que permita supeditar la certeza jurídica a la coincidencia entre los criterios morales manejados por el operador y el destinatario de sus decisiones. Una Seguridad Jurídica que contenga como uno de sus elementos básicos la correspondencia entre las decisiones jurídicas y la consciencia jurídica material (Ross), esto es, entre aquellas y las expectativas de los interesados, vale sólo en la hipótesis – hoy no muy frecuente – de una homogeneidad relevante en la base social del sistema jurídico, con la presencia en la misma de fuertes elementos comunitarios, o de una sociedad ideal del tipo de la sociedad bien ordenada de Rawls, en la que todos los ciudadanos comparten una misma concepción de la justicia y la aplican como guía de su comportamiento social» (ARCOS RAMÍREZ, Federico. **Rule of law, seguridad jurídica y justicia**. Cali: Universidade Autónoma de Occidente, 2014, p. 208). / «As teorias dos direitos fundamentais não oferecem respostas razoáveis aos problemas de aplicabilidade, pois terminam sendo teorias da justiça ou teorias da idealidade dos direitos fundamentais, causando um déficit de dogmaticidade, além de não captarem a pluralidade teórica de uma sociedade hipercomplexa. No mundo hipercomplexo, a busca por segurança jurídica requer mais dogmática, mais certeza e mais efetividade (...).» (BELLO FILHO, Ney de Barros, Teoria dos direitos fundamentais, **Revista dos Tribunais do Nordeste**, v. 4, p. 71–94, 2014;

Tem-se, pois, que segurança jurídica em sentido próprio tem pouco que ver com o teor material das normas e decisões e mais com sua conformação a um estado controlável das coisas que o rodeiam. A doutrina se valerá de descrições introdutórias sempre muito próximas em significado: a doutrina portuguesa invoca «*certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida*»⁵¹³; no Brasil, fala-se de «*tranquilidade e aquietação*»⁵¹⁴; ou ainda de «*cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade*» sobre seu procedimento frente ao Direito⁵¹⁵. Com ares ainda mais abstratos, a Suprema Corte Americana referiu-se à paz de espírito (*peace of mind*⁵¹⁶). Poder-se-ia ir adiante por páginas a fio na mesma toada⁵¹⁷.

Isso não quer dizer, contudo, que a segurança jurídica não tenha sido objeto de enquadramento preciso. Antes o contrário: tem-se sustentado com boa razão que o princípio da segurança jurídica assegura leis claras (subprincípio da determinabilidade das leis, com leis claras e densas) e leis estáveis ao cidadão (subprincípio da confiança, «*traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos*»⁵¹⁸). A doutrina tem enorme consenso a propósito dessas balizas⁵¹⁹, somando-

no trecho, p. 94).

⁵¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 371.

⁵¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Democratização e segurança. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 943–960; em especial p. 943.

⁵¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250 e ss.

⁵¹⁶ Supreme Court of the USA. Walker v. Armco Steel Corp., 446 U.S. 740 (1980), n. 78-1862, julgamento em 2 de junho de 1980.

⁵¹⁷ «A manutenção da segurança jurídica passa pela possibilidade de o direito poder ser reconhecido, calculável e confiável. Esse é o seu conteúdo mínimo. Não passa, portanto, pela remoção, por meio da jurisdição constitucional, da liberdade conformadora do legislador frente aos direitos fundamentais.» (DUQUE, Marcelo Schenk. Configuração de direitos fundamentais e segurança jurídica. **Revista dos Tribunais**, v. 887, p. 9–35, 2009).

⁵¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 371-373.

⁵¹⁹ O dever do legislador é «expressar objetivamente uma complexa relação de fatos e valores, destinada, em princípio, a atender a exigências sociais de certeza e de segurança, dentro de um dado ambiente histórico-cultural» (REALE, Miguel. **O Direito como experiência (introdução à epistemologia jurídica)**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 247); «Objetividade das leis, primeiro, na sinalização daquilo que é justo em princípio: a segurança do direito, que se obtém com o ditame prévio correspondente; segundo: como garantia de aplicação do direito - e, quando o caso, da força - contra os perigos que turbam a vida social: é a segurança pelo direito; terceiro, e por fim, objetividade das leis para atuar como garantia contra suas modificações arbitrárias. Essa objetivação disciplinar, pois, embora cumpra o primeiríssimo papel de sinalizar a res justa - conclusiva ou determinativamente, conforme o caso -, assim interessando à virtude da justiça, também apresenta uma vertente gnosiológica e psicológica, o que se chama segurança de orientação: os homens precisam, nós precisamos, com efeito, saber em que nos fiar, a que nos ater, quais são as regras do jogo, as regras da vida jurídica em concreto. Isso é indispensável para que possamos exercer o direito de observância de nossos deveres de justiça e de exigir que, a nosso próprio respeito, se observem também os deveres jurídicos que correspondam» (DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica. **Revista de Direito**

se, por algumas vozes, um elemento importante para um sistema de *civil law* como o brasileiro, sob forte ataque do ativismo pretoriano: a estabilidade judiciária⁵²⁰.

Ciosa dos limites do possível em matéria de ciências sociais aplicáveis, parte da doutrina⁵²¹ pondera que cognoscibilidade não implica certeza absoluta, porque o conteúdo é sempre sujeito a interpretação; confiabilidade não implica imutabilidade plena; e calculabilidade não implica perfeita e absoluta previsão de efeitos, mas a conjunção desse ferramental, deficiente que possa ser, é valiosa ferramenta de resistência aos apetites da perniciosa ilusão da presunção de avanço do direito novo.

Frente à vocação universal de acerto material da decisão, pode parecer que a pauta detalhada por esses autores seja modesta. Essa é uma impressão que se deve desfazer desde logo. A previsibilidade e confiabilidade de um sistema jurídico é central a seu sucesso, e assim o é há milênios. A doutrina alemã celebra a normatividade clara (ainda que não científica, porque, vai sem dizer, o *método científico* nasceria do iluminismo, séculos depois) como o elemento chave para o sucesso do funcionamento do império romano, noticiando a adesão àquela normativa, «*e de muito bom grado*», de habitantes de províncias que não eram reconhecidos como cidadãos, nem titulares de direitos tipicamente romanos⁵²². Verdade em Roma; verdade hoje. É ainda da

Imobiliário e Registral, v. 54, p. 11–33, 2003; no trecho, p. 12); «Ora, sob o aspecto da certeza de aplicação da norma, a segurança é uma dimensão essencial do Direito. Indagar do fundamento último da segurança jurídica (em razão de que existe ela?) equivale a perquirir o próprio fundamento do Direito.» (COMPARATO, Fábio Konder. Democratização e segurança. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 943–960; no trecho, p. 944).

⁵²⁰ «Não se deu, todavia, a devida atenção a um outro ingrediente necessário e indispensável ao desenvolvimento, que é a segurança jurídica, abrangendo duas vertentes que são, respectivamente, a estabilidade legislativa e a estabilidade judiciária» (WALD, Arnoldo. A estabilidade do direito e o custo Brasil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 4, p. 159–165, 1999; no trecho, p. 161). Em mesmo sentido caminhou CARLOS MAXIMILIANO, para afirmar que «(...) *sem estudo sério, motivos ponderosos e bem-examinados, não deve um tribunal superior mudar a orientação dos seus julgados; porque da versatilidade a tal respeito decorre grande abalo para toda a vida jurídica da circunscrição em que ele exerce autoridade. E preciso que os interesses privados possam contar com a estabilidade: judex ab auctoritate rerum perpetuo similiter judicatarum, non facile recedere debet* – ‘não deve o juiz com facilidade afastar-se da autoridade dos casos constantemente julgados de modo semelhante’.» E segue para advertir do risco oposto: «*Não menos desviados do bom caminho se nos deparam os do extremo oposto, os entusiastas do misoneísmo, que não querem saber de ideias novas, doutrinas recentes, e se gabam de haver sempre decidido da mesma forma uma questão de Direito.*» (MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e aplicação do Direito**, 20ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 151-152).

⁵²¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250 e ss.

⁵²² «O que chama atenção na ordem jurídica romana é que ela também se encontrou em condições de funcionar com base nos fundamentos do Direito Privado, mesmo quando ela, a partir do século I d.C., disse respeito a um império mundial que se caracterizava pela heterogeneidade. Esse império não era multicultural no sentido moderno (...), mas seguramente heterogêneo do ponto de vista cultural. **O sistema funcionou, porque, por meio do trabalho dos juristas, a ordem normativa foi assentada de modo claro.** Resulta disso uma manifesta segurança jurídica geral, que acabou por representar a ideia-chave para o sucesso do sistema de dominação romana. O charme irradiado pela garantia de segurança jurídica é atestada pelo fato de que também os habitantes da província, que não possuíam direitos de

Alemanha a afirmação de que «*uma coexistência pacífica de pessoas sob leis jurídicas que assegurem a cada um “o que é seu” só é possível quando está garantida a confiança indispensável*⁵²³. *Uma desconfiança total e de todos conduz à eliminação total de todos ou ao domínio do mais forte, quer dizer, ao oposto de um ‘estado jurídico’*»⁵²⁴; no Brasil, viu-se-lhe como fundamental não apenas à estruturação social, mas ao desenvolvimento socioeconômico⁵²⁵.

A segurança – não apenas jurídica, mas também ela – é letra expressa na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América também de 1776⁵²⁶; na França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789⁵²⁷; na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948⁵²⁸; no Pacto de San José da Costa Rica de 1969⁵²⁹; e, com especial importância para um estudo brasileiro, na Constituição de 1988 (tema de que se ocupa o item seguinte). Com especial felicidade, o Relatório da XV Mesa Redonda Internacional do Anuário Internacional de Justiça Constitucional colheu na lição alemã a síntese de que «*o princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, com a justiça (Gerechtigkeit), do princípio do Estado de direito e tem, por conseguinte, como todos os elementos estruturadores da noção do Estado de direito, um valor constitucional. Isto decorre de uma concepção teórica mais global da*

cidadãos romanos, muito frequentemente, e de muito bom grado, se valiam da possibilidade desse utilizarem do Direito Romano.» (CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do Direito Privado romano - Observações sistemático-teóricas sobre uma ordem jurídica que não conhecia “Direitos Fundamentais”. In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado. Uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11–40; no trecho, pp. 33-34).

⁵²³ Reforça-se, aqui, a observação já feita acima de que é a justiça material que depende de segurança, e não o oposto.

⁵²⁴ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**, Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 679.

⁵²⁵ Previsibilidade é fator de progresso, e deve qualificar tanto o ambiente da realização do investimento quanto o de solução de eventuais disputas que ele venha a ensejar. (...) É esta previsibilidade que dá estabilidade às relações jurídicas; é esta estabilidade que oferece aos cidadãos em geral e aos empresários de maneira especial a segurança jurídica que faz crescer a economia do país. (CARMONA, Carlos Alberto. Superior Tribunal de Justiça, segurança jurídica e arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 34, p. 97–106, 2014; no trecho, p. 98).

⁵²⁶ «(...) [T]o institute new government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness. / Instituir um novo governo, lançando as suas bases e organizando seus poderes de tal forma a assegurar a efetivação de sua liberdade e segurança.»

⁵²⁷ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels e imprescriptibles de l'homme. Ces Droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. / Art. 2º. O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança, e a resistência à opressão.

⁵²⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos, Art. 3º. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

⁵²⁹ Pacto de San José da Costa Rica, Art. 7º. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

*liberdade individual e da sociedade liberal que é aquela onde se nutre a democracia. No seio desta sociedade onde a liberdade individual se determina a ser um valor de referência e onde o Estado de direito se empenha a ser a garantia, a segurança jurídica aparece como um componente essencial de tal proteção*⁵³⁰».

Parece indubitável afirmar que a prescrição se coliga apenas a essa segurança jurídica em sentido próprio, formal e dogmático. Prescrição é mutilar direito existente, presumivelmente justo, a bem da estabilidade. É firme a posição da doutrina que a partir da prescrição demandas perfeitamente justas possam ser vulneradas, alijadas à adequada tutela, pelo só fato de que o ordenamento escolheu remover dúvida sobre seu desfecho. É «*um pequeno preço a pagar*»⁵³¹.

É claro que o regime prescricional também se presta (ou, antes, *pode se prestar*) à proteção do devedor por cobranças injustas. É um efeito desejado, porém colateral e não fundamental do instituto. Nesse caso, em concreto, somar-se-ia à previsibilidade um elemento importante de justiça material. O devedor que efetivamente pagou a dívida poderia se ver em sérias dificuldades de provar a extinção da obrigação se demandado mais de uma década anos depois. Se a prescrição paralisa a pretensão de direito material – o que pressupõe haja direito –, é verdade que, *na prática*, nesses casos, sua arguição acaba por obstar o não-direito. Aqui a atuação não é verdadeiramente de mutilação (não se pode mutilar o que não existe), mas de facilitação de resistência a pleito extrajudicial ou judicial que seria materialmente injusto.

Seria um grande erro, contudo, enxergar nisso um fundamento prescricional, porque puramente incidental e impassível de verificação. Como política legislativa, é possível e provável que tais casos ocorram e é desejável que a proteção contra pedidos calcados em não-direito (em nada, portanto) sejam refutados. Na vida prática, a prescrição jamais investigará se concretamente a pretensão «afirmada» pelo credor era ou não existente. A prescrição não analisa, não se importa, não admite argumentação com base na justiça ou injustiça da sua incidência: respeitados os pressupostos legalmente estabelecidos, a porta ao debate se fecha *tout court*.

⁵³⁰ ZIMMER, Willy. Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema *Constitution et sécurité-juridique*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000, p. 91.

⁵³¹ ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 78.

V.5.2 Segurança jurídica e Constituição. Prescrição e Constituição. Controle de constitucionalidade v. Pamprincipiologismo neoconstitucional

A importância do tema é de tal ordem que o Constituinte se permitiu uma salutar repetição normativa (sobretudo diante dos anos precedentes à democracia). Assim é que a Constituição se refere à segurança em seu preâmbulo⁵³²; no *caput* do centralíssimo art. 5º, inaugurando, portanto, o rol de direitos fundamentais⁵³³; e no *caput* do art. 6º, para desfiar a lista de direitos sociais⁵³⁴, para não se referir a institutos a si umbilicalmente coligados como o *due process of law* (CRFB, art. 5º, LIV)⁵³⁵ e vedação de retroação das normas quando em ofensa ao direito adquirido⁵³⁶, ato jurídico perfeito e coisa julgada (CRFB, art. 5º, XXXVI).

Em um Estado Democrático de Direito, é livre de dúvidas que a referência ampla de segurança engloba sua manifestação na ciência jurídica⁵³⁷; trata-se, aqui, aliás, de *communis opinio doctorum*: a segurança jurídica tem status constitucional no ordenamento jurídico brasileiro⁵³⁸. Isso não quer dizer, contudo, que a prescrição o

⁵³² Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

⁵³⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵³⁵ A coligação é apontada por BARROSO, que indica, ainda, com precisão, sua origem genética na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 137–156; em particular p. 139).

⁵³⁶ Essa proteção incide, na prescrição, após completo o prazo e incorporada a exceção ao patrimônio do devedor; antes, o legislador é livre para modificar o regramento (SANTOS, Thiago Rodovalho. **Prescrição e decadência no âmbito do Código Civil brasileiro**. Campinas: Copola, 2003, p. 149-150).

⁵³⁷ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 15–30; com pertinência particular à referência do texto, v. pp. 16-17.

⁵³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto, A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica, **Revista de Processo**, v. 136, p. 32–57, 2006; na espécie, especificamente p. 35; SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 15–30; com pertinência particular à referência do texto, v. pp. 29-30;

tenha – e seguramente não o tem, como instituto em abstrato –, porque a constitucionalização do fundamento não implica vaso-comunicação de status constitucional ao vetor legal de sua concretização. A eficácia ordinária de normas constitucionais no direito privado é indireta e fraca, ordinariamente carente de mediação legislativa⁵³⁹. É ínsito à atividade do legislador ordinário testar o terreno da sociedade, tatear entre erros e acertos históricos para pavimentar caminhos de concretização de valores e princípios que a Constituição fixa, inclusive em sede de direitos fundamentais. Em uma frase: é natural que o legislador ordinário continue o trabalho do constituinte, mas isso não outorga ao fruto do esforço daquele o *status* hierárquico da obra deste.

Com isso não se quer dizer que a Constituição desconheça a prescrição, ou que a prescrição seja imune ao texto constitucional. Iniciando esse esclarecimento «de cima para baixo», constata-se que a Constituição se ocupou da prescrição em sete oportunidades: três referências criminais, para considerar imprescritíveis crimes de racismo (art. 5º, XLII) e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e a democracia (idem, XLIV), além de suspender a prescrição por crime de que seja acusado parlamentar, cometido após a diplomação e objeto de ação de andamento sustado pela casa respectiva (CRFB, art. 53, §5º); duas referências privatistas, sendo uma de direito do trabalho, para fixar o prazo prescricional de cinco anos para créditos resultantes do contrato de trabalho, limitadamente a dois anos após a extinção do vínculo (art. 7º, XXIX), e uma para reputar imprescritíveis os direitos indígenas sobre suas terras (art. 231, §4º); uma referência administrativo-criminal, quando delega à lei o estabelecimento de prazo prescricional aos ilícitos redundantes de danos ao erário, ressalvada a pretensão indenizatória (art. 37, §5º)⁵⁴⁰; e uma referência tributária, para

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 137–156; com pertinência à referência do texto, p. 139.

⁵³⁹ «É indispensável a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil. Esse é um dos postulados da doutrina da eficácia indireta. Esse postulado é defensável por argumentos de variegada ordem, ao exemplo destes: (a) preservação do espaço democrático e respeito à separação de poderes; (b) previsibilidade do Direito; (c) restrição à transferência total do nível decisório da autonomia privada para o âmbito judicial.» (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 315). Fugindo dessa «*bengala metodológico-principiológica*» civil-constitucional (idem, p. 321), e restringindo a comunicação de ramos, preserva-se a higidez dogmática e a coerência sistemática da prescrição.

⁵⁴⁰ Com lentes fazendárias de leitura, a ressalva é entendida majoritariamente como indicativa de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, ainda que a Constituição apenas tenha dito, parece mais apropriado concluir, que a prescrição da sanção imputável ao agente não redundasse,

delegar a lei complementar a legislação sobre prescrição desse ramo do direito (art. 146, III, «b»). Fora desse escopo restrito, prescrição é matéria em que a lei é competente, com amplíssima discricionariedade, mas não absoluta discricionariedade. Afirmá-lo é, em alguma medida, um truísmo, já que não há norma legal que, ainda atendendo a seu fundamento constitucional, possa tornar *tabula rasa* disposições outras de hierarquia superior à sua.

São alguns os pontos de tensão entre o regime prescricional e direitos constitucionalmente assegurados. Prestigiado estudo comparatista equipara a prescrição a um ato expropriatório, potencialmente colidente com o direito de propriedade⁵⁴¹. Não existe, aqui, confusão entre prescrição e usucapião, divisão que o autor não ignora: a propriedade *lato sensu* engloba o direito de o particular titulariza posições subjetivas de crédito e a mutilação prescricional, conquanto não as elimine, remove-lhes substancial valor. A par da propriedade, a igualdade também pode ser vulnerada, se (i) a prescrição cria bolsões de privilégio creditício injustificáveis, caso em que se terá por inconstitucional o benefício (ver-se-á, logo adiante, exemplo a esse propósito); ou (ii) se a interpretação cria dicotomias facultadas pelo texto, mas não lastreadas pela tradição jurídica. A esse último respeito, v.g., recente precedente do Superior Tribunal de Justiça filiou-se a parte da doutrina⁵⁴² para enxergar vulneração à isonomia na interpretação que cindia prazos prescricionais por responsabilidade civil contratual (10 anos, art. 205) e extracontratual (3 anos, art. 206, §3º, V)⁵⁴³. O

automaticamente, na prescrição ressarcitória.

⁵⁴¹ ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 63.

⁵⁴² TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 37, n. Podval, p. 1–3, 2009. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.037.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

⁵⁴³ «A propósito, o Prof. Gustavo Tepedino, em artigo no qual analisa com percuciência o prazo prescricional aplicável às pretensões de reparação civil, leciona que não se justificam os argumentos trazidos pela doutrina e jurisprudência para aplicação diferenciada do prazo geral decenal às hipóteses de reparação civil derivada de inadimplemento contratual em detrimento do lapso trienal previsto no inciso V do §3º do art. 206 do Código Civil de 2002, que se destina, em respeito ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, II, da CF/88), a todas as pretensões de reparação civil, sejam decorrentes de responsabilidade extracontratual, seja de responsabilidade contratual, sempre que não houver previsão legal específica. Pondera: ‘(...). *No contrato, assim como na responsabilidade civil objetiva, a prova (que exclui a responsabilidade pelo inadimplemento) há de ser feita pelo réu. (...) Seria razoável imaginar que o réu pudesse colher a prova indispensável para excluir sua responsabilidade nove anos após o evento danoso? A resposta negativa se impõe, justificando-se, assim, a opção do prazo trienal do codificador civil, cuja aplicação indistinta às responsabilidades contratual e extracontratual mostra-se consentânea com o princípio da isonomia. (...) É preciso resistir a este conjunto de interesses que convergem para a consagração deste equívoco anunciado, que viola preceito expresso do Código Civil e o princípio constitucional da igualdade*». (STJ, REsp 1.281.594/SP, 3ª turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 22 de novembro de 2016).

posicionamento recebeu dura crítica doutrinária, firme nas múltiplas diferenças entre o regime negocial e aquele de matriz aquiliana, a afastar, sem sacrifício da boa técnica, o dever de tratamento igualitário⁵⁴⁴. A vedação a privilégios aos entes públicos impôs se entendesse bilateral, e não unilateral, o benefício exoneratório no prazo quinquenal do Decreto 20.910/32⁵⁴⁵

A experiência internacional é bastante rica em contestações dessa natureza. Dadas as águas turvas de pamprinciologismo⁵⁴⁶ por que tem navegado o Direito Privado brasileiro, esclarece-se: rica porque contam-se alguns casos debatidos, e número ainda menor efetivamente acolhido, em décadas de experiência sobre esta excepcionalíssima matéria. Assim é que, para responder à última pergunta – *estão corretos os precedentes que divisam imprescritibilidades principiológicas no texto constitucional, à revelia de lei específica?* –, o estudo colherá de parênteses estrangeiros mais amplos do que o costumeiro, confiante em que esse procedimento

⁵⁴⁴ «Ao disciplinar a responsabilidade contratual, o Código Civil prevê prazos prescricionais que variam de um a dez anos. Nos contratos de hospedagem e seguro, o prazo é de um ano, nos termos do art. 206, §1º, incs. I e II; nos contratos de locação, constituição de renda e mútuo, de três anos, conforme disposto no art. 206, §3º, incs. I, II e III; nos contratos celebrados com instrumento particular que prevejam a cobrança de dívida líquida e nos contratos celebrados com profissionais liberais em geral, cinco anos, a teor do art. 206, §5º, incs. I e II. Por que os profissionais liberais dispõem de um prazo cinco vezes maior para exigir o cumprimento da prestação que lhes é devida do que o segurado ou o segurador? Porque *legem habemus*. Não se compreende, desse modo, como a previsão de regras diferentes para disciplinar institutos distintos e destinados a tutelar necessidades práticas tão diversas poderia violar o princípio da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, como afirma o julgado, forte na lição do jurista que cita. A dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual é tradicional e encontra abrigo na legislação brasileira. Seu reflexo na disciplina da prescrição deve, assim, ser respeitado.» (MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, v. 979, p. 215–241, 2017).

⁵⁴⁵ «A jurisprudência desta Corte preconiza que o prazo para a cobrança da multa aplicada em virtude de infração administrativa ao meio ambiente é de cinco anos, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, aplicável por isonomia por falta de regra específica para regular esse prazo prescricional» (STJ, REsp 1115078/RS, rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, j. em 24 de março de 2010); «É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito (artigo 1º do Decreto n.º 20.910/32). 2. Recurso especial provido» (STJ. REsp 1105442/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Seção, j. em 9 de dezembro de 2009).

⁵⁴⁶ A expressão é inserta na duríssima crítica de STRECK: «*A despeito dos limites semânticos da Constituição, tem se difundido um recurso teórico metodológico espúrio: o pamprinciologismo, que fundamentaria tudo que o intérprete quisesse. Diz-se qualquer coisa sobre qualquer coisa. Não por acaso, o Código Civil está refém da subjetividade judicial. Veja-se, por exemplo, a elevação da afetividade a ‘princípio’ normativo. No caso do reconhecimento do concubinato adulterino, cogitou-se a utilização de um ‘novo’ princípio ad hoc; respondeu-se com o suposto ‘princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares’. Mas, mesmo que se concedesse tal invenção normativa, no sentido da diversidade de arranjos familiares contemplados pelo Texto Fundamental, daí vai um longo caminho até o reconhecimento de direitos patrimoniais a vínculos conjugais simultâneos. Caminho que pode até ser feito, mas não pelo Judiciário.*» (STRECK, Lênio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprinciologismo a partir do caso das “famílias paralelas”. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, p. 151–160, 2014; no trecho, p. 153).

pavimentará, pela comparação, inclusive, o caminho para uma reflexão mais madura logo adiante.

Na Bélgica, a Corte Constitucional (*Arbitragehof*) julgou inconstitucionais, precisamente por violação à igualdade, as regras que (i) tornavam prescritíveis civilmente, de forma seis vezes mais rápida, danos decorrentes de ato criminoso vis-à-vis aqueles decorrentes de mera culpa civil (um raro contrassenso normativo); e (ii) favoreciam a prescrição em favor do Estado, sob filtro objetivo (data de início a contar do dano). Como a doutrina daquele país anotou:

The Arbitragehof/Cour d'arbitrage generally speaking uses the same standard in reviewing discrimination as the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Community. The standard is also repeated in the Judgment of 21 March, 1995; just like any other inequality, different prescription rules have to be based on objective criteria and reasonably justified, taking into account the purpose and the effects of the challenged provision: the means used (unequal treatment) have to be proportional to the purpose of the rule (...). The proportionality principle is therefore the key to constitutional review as such⁵⁴⁷.

Na Itália, duas questões semelhantes foram postas ao exame da *Cassazione*, com anos de intervalo. O art. 28 do Regio Decreto de 17 de agosto de 1935 previa, em matéria de seguro obrigatório, que os beneficiários do segurado falecido por doença ou acidente do trabalho tinham apenas 30 dias, contados da morte para postular a correlata indenização. O art. 22 da Lei 990 de 1969, por sua vez, previa prescrição de 60 dias para a pretensão à indenização por acidente de trânsito, igualmente em campo de seguro obrigatório.

No caso dos trabalhadores mortos, a *Cassazione* entendeu que (i) o art. 24 da Constituição Italiana outorga ao legislador ordinário autoridade para reger o acesso à justiça, excluindo apenas a imposição de ônus absurdos ao ponto de comprometer, irremediavelmente, a tutela do direito material de fundo; (ii) o prazo de 30 dias se mostrava contrário a essa premissa, i.e., inadequado aos fins legítimos esperados na

⁵⁴⁷ «O Arbitragehof / Cour d'arbitrage, em termos gerais, utiliza o mesmo padrão que Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia para análise de atos de discriminação. O padrão também é repetido no julgamento de 21 de março de 1995; como em qualquer desigualdade, prescrições diversas devem ser baseadas em critérios objetivos e razoavelmente justificados, levando-se em conta o propósito e os efeitos da regra questionada: os meios usados (tratamento desigual) devem ser proporcionais ao objetivo da norma (...). O princípio da proporcionalidade é, portanto, a chave para revisões constitucionais dessa natureza» (STORME, Matthias E.; MCGEE, Andrew; POZZO, Barbara. Constitutional review of disproportionately different periods of limitation of actions (prescription). *European Review of Private Law*, v. 1, p. 79–100, 1997; o trecho transcrito consta das pp. 85-86).

fixação dos prazos prescricionais, ante às repercussões compreensíveis que o evento morte tem sobre a família do trabalhador; e (iii) ainda que os beneficiários soubessem do direito a exercer (o que não é pressuposto à fluência do prazo prescricional em sede italiana), o prazo não seria suficiente. Para tomar de empréstimo as lições alemãs⁵⁴⁸, não haveria razoável oportunidade de exercício do direito em abstrato – o que subtrai a base do interesse social estabilizador subjacente à prescrição⁵⁴⁹. No caso do seguro obrigatório por acidentes de trânsito, a conclusão foi inversa: breve que seja o prazo de 60 dias, ele responde a um regime de contratação próprio e sem natureza impeditiva ou injustificadamente discriminatória (frente aos seguros contratados, de prazo mais longo) dada a multiplicidade de diferenças nos regimes de base⁵⁵⁰.

No Reino Unido, foi o caso *Stubbings v Webb* que fez balançar as convicções a propósito do regramento prescricional. A controvérsia se punha nos seguintes termos: a persecução de indenização por ilícito de *intentional trespass to the person* (agressão dolosa contra a pessoa) estava sujeita a prazo prescricional de 6 (seis) anos, contados da maioridade quando a vítima fosse menor, não sujeitos a prorrogação de qualquer natureza; aquela por indenização de *personal injuries* (danos à pessoa em geral, por culpa), por sua vez, tinha o prazo menor de 3 (três) anos, prorrogável discricionariamente pelo julgador diante de circunstâncias que reputasse relevantes à demora na submissão da pretensão a julgamento⁵⁵¹.

Ocorreu que a Sra. Leslie Stubbings, nascida em 29 de janeiro de 1957, sofreu violência sexual infantil e foi compelida à prática de atos lascivos por sua mãe adotiva, Sra. Webb, entre dezembro de 1959 e dezembro de 1971, i.e., entre os sete e os quatorze anos de idade. Desnecessária grande cogitação para compreender que esse inferno abusivo lhe causou transtornos mentais brutais, cuja compreensão plena, contudo, se deu, segundo a vítima, após haver recebido tratamento psicológico adequado em setembro de 1984, quando já contava com 27 anos.

⁵⁴⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 77.

⁵⁴⁹ Ainda que, em concreto, essa oportunidade muitas vezes inexistia, é preciso, para que prescrição não seja expropriação, haver um sistema que ofereça, em abstrato, razoável oportunidade de exercício da pretensão pelos particulares.

⁵⁵⁰ Cort. Cost. 1 de março de 1973, n. 24; e Cort. Const. 15 de julho de 1968, n. 85. (para comentários sobre os arestos, v. STORME, Matthias E.; MCGEE, Andrew; POZZO, Barbara. Constitutional review of disproportionately different periods of limitation of actions (prescription). **European Review of Private Law**, v. 1, p. 79–100, 1997; v. pp. 92 e ss.)

⁵⁵¹ STORME, Matthias E.; MCGEE, Andrew; POZZO, Barbara. Constitutional review of disproportionately different periods of limitation of actions (prescription). **European Review of Private Law**, v. 1, p. 79–100, 1997; v. em particular p. 90 e ss.

Não por acaso, foi precisamente isso – uma revisão do ordenamento interno – que se deu na sequência do caso. A sociedade inglesa constatou que a proteção a si outorgada a vítimas de abuso sexual não era satisfatória. Na sequência da *Law Commission* de 2001⁵⁵⁴, a *House of Lords overruled* o precedente de *Stubbings v Webb* e passou a submeter o juízo discricionário da *High Court* a apreciação sobre o tempo tomado para submeter a pretensão a juízo. Curiosamente, dessa vez foi um condenado a pagamento de indenização nesses termos que levou o novo substrato do ordenamento inglês à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando-se expropriado de seus bens a reboque de uma mudança jurisprudencial. Nesse segundo caso, o Sr. Hoare foi

ações, para adoptar disposições especiais para este grupo de requerentes. No entanto, como não foi afetada a substância do direito de acesso dos requerentes [a um tribunal] e as restrições em causa visam um objetivo legítimo e proporcional, o Tribunal não pode se fazer substituir às autoridades internas quanto à melhor política a se adotar a esse respeito. Portanto, particularmente à luz dos objetivos legítimos almejados pela prescrição e a margem de discricionariedade conferida aos Estados na regulação do acesso a um tribunal (ver parágrafos 50-51 acima), o Tribunal considera que não houve violação do artigo 6, §1, da Convenção, individualmente considerado (art. 6-1)» (Cour Européenne des Droits de L'homme. Affaire Stubbings et autres c. Royaume-Uni (Requête n. 22083/93; 22095/93). 1996. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62638"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 13 jan. 2017, p. 16).

⁵⁵⁴ «1.5 Traditionally, the limitation period has started from the date the cause of action accrued, whether or not the claimant knows of the potential claim. This caused injustice where the injury suffered by the claimant did not become apparent for several years. Provision has been made for such cases of latent damage in actions for personal injuries, under the Consumer Protection Act 1987 and in some other cases. However, the provision for latent damage does not extend to most causes of action. Outside the areas of personal injuries and consumer protection, the limitation period will only run from the date the claimant knows the relevant facts if the claim is brought in negligence. Even where the claim is for personal injuries, provision for latent damage does not extend to deliberately caused injuries. Here the limitation period remains six years, running from the date of accrual of the cause of action. This has led to the anomalous result that a claimant who has been sexually abused by her father may have longer to bring a claim for damages against her mother for negligently failing to prevent the abuse than to bring a claim against her father for actually committing the abuse. 1.6 It is necessary to balance the interests of the claimant (who wishes to have as long as possible to bring a claim) and the defendant (who must be protected from stale claims) in setting a limitation period. It will never be possible to achieve complete fairness between the parties (indeed the imposition of any limitation period could be regarded as doing 'rough justice' to the claimant). However the balance struck under the present law does not give sufficient recognition to the interests of the claimant». / «1.5 Tradicionalmente, o prazo de prescrição começa a partir da data em que a causa da ação foi adquirida, independentemente de o requerente sabê-lo ou não. Isso causa injustiça nos casos em que o prejuízo sofrido pelo requerente não se torna evidente por vários anos. Foram previstos casos de danos latentes em ações por danos corporais, nos termos da Consumer Protection Act de 1987 e em outros casos. No entanto, a previsão para danos latentes não se estende à maioria das causas de ação. Fora das áreas de danos pessoais e proteção do consumidor, o prazo de prescrição só corre da ciência do direito quando o fundamento do pedido indenizatório for a negligência. Quando o pedido é para reparação de danos pessoais, a normativa para danos latentes não se estende a ferimentos causados deliberadamente. Aqui, o prazo de prescrição permanece seis anos, a partir da data de aquisição do direito. Isso levou ao resultado anômalo de que um requerente que foi abusado sexualmente por seu pai pode ter mais tempo para reclamar uma indenização por parte de sua mãe, por negligência ao não prevenir o abuso, do que trazer um pedido contra seu pai por ter cometido o abuso. 1.6 É necessário equilibrar os interesses do requerente (quem deseja ter o maior tempo possível para apresentar um pedido) e o requerido (que deve ser protegido de reclamações envelhecidas) ao estabelecer um prazo de prescrição. Nunca será possível alcançar uma justiça completa entre as partes (de fato, a imposição de qualquer prazo de prescrição pode ser considerada como "justiça dura" para o requerente). No entanto, o saldo atingido pela presente lei não dá reconhecimento suficiente aos interesses do requerente».

condenado e a prescrição afastada porque sua vítima, Sra. A (nome oculto por segredo de justiça), (i) havia escolhido não o processar por danos civis em 1989, quando o Sr. Hoare foi condenado penalmente por abuso, mas era insolvente; e (ii) ajuizou a demanda em 2004, quando seu estupro ganhou 7 milhões de libras esterlinas – o que a corte britânica entendeu como justa causa para demora. A Corte Europeia rejeitou o pedido do abusador (reputando-o, aliás, inadmissível na origem), tendo-se por boa (lícita e coligada a interesses legítimos) a guinada normativo-jurisprudencial anglo-saxã⁵⁵⁵.

Antes que se avance à experiência nacional, merece desde logo a anotação da grande deferência dedicada pelas cortes, quer a inglesa ou a europeia, às escolhas normativas realizadas pelo ordenamento e a necessidade de respeito às mesmas, ainda no cenário flagrante de necessidade de mudança. É essa, como se viu, a raiz e o núcleo do princípio da segurança jurídica como um todo, mas também (quicá sobretudo) em matéria prescricional. O mesmo se constata em outro ordenamento de *common law*, o norte-americano, em que – ao contrário do que o lugar comum da maior autoridade judicial poderia sugerir – a superação de prazos prescricionais previstos em lei é restrita a casos pontuais de análise rigorosa.

A doutrina americana⁵⁵⁶ lista apenas quatro cenários em que a superação prescricional é possível: (i) *recoupment*, instituto vizinho à compensação que autoriza o uso de pretensão prescrita para obstar cobrança oriunda do mesmo contrato (no Brasil, sendo correspectivas as prestações, a questão se resolve por exceção de contrato não cumprido); (ii) o reconhecimento da dívida pelo devedor (que, aqui, redundaria apenas interrupção do prazo prescricional, sendo fato a-jurídico se ocorrida após a prescrição, salvo no caso de reconhecimento por pagamento); (iii) *equitable estoppel*, para casos em que o devedor induz decisivamente o não exercício da pretensão, sob a máxima de que «*deceit should not be rewarded*» (questão que, aqui, atine à boa-fé); e (iv) renúncia, antes ou depois da operação da prescrição, sujeita à variada regulamentação dos estados (aqui, válida apenas após a verificação da prescrição).

Como as observações nacionais inseridas entre parênteses permitem antever, não há nenhuma solução afeta a considerações de ordem abstrata ou metafísica, nem qualquer diferença central (senão mudanças tópicas) frente à normativa brasileira. O

⁵⁵⁵ Cour Européenne des Droits de L'homme. Affaire Hoare v. United Kingdom (Application no. 16261/08). 2011. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["884673"\],"itemid":\["001-104608"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

⁵⁵⁶ CHAPLIN, Micheal E. Reviving contract claims barred by the statute of limitations: and examination of the legal and ethical foundation for revival. *Notre Dame Law Review*, v. 75, p. 1571–1595, 2000.

afastamento prescricional legalmente estatuído é uma viela de raríssima passagem, e não uma avenida, onde quer que se lhe busque, porque a segurança jurídica que subjaz à prescrição é uma necessidade contemporaneamente acentuada em todo o mundo.

V.5.3 A experiência brasileira: imprescritibilidade de danos por tortura entre controle de constitucionalidade e inovação legislativa por atividade jurisdicional

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ou, mais especificamente, de sua 1ª Seção, teve o ensejo de defrontar-se com desafio análogo àqueles da experiência internacional quando do debate a propósito da prescritibilidade da pretensão reparatória por danos materiais e morais decorrentes da perseguição política praticada pelo regime militar brasileiro.

O Caso Hélio da Silva v União foi objeto de uma decisão na 1ª Turma⁵⁵⁷, e de nova deliberação pelo colegiado ampliado da 1ª Seção⁵⁵⁸. A conclusão foi resumida pela ementa do segundo acórdão de forma direta, afirmando-se que «*as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis.*»

Ninguém poderá dizer que o problema da prescritibilidade de danos dessa matriz fosse problema fácil na sequência imediata da redemocratização. Quando o causador sistemático do dano é o mesmo Estado que, sob a vertente de Estado-Juiz, deveria se encarregar de sua apreciação e julgamento, há um empecilho evidente ao exercício da pretensão. Essa circunstância – i.e., o impedimento absoluto do exercício da pretensão *por força da conduta de seu potencial beneficiário* – não é ignorada pela doutrina que, de forma consistente, afasta o benefício prescricional em tais hipóteses (v. item IV.4). Igualmente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não ignorava o problema, como os próprios debates no caso acima referido dão conta. A questão difícilíssima a apurar dentre a fluidez fática transicional entre um regime militar de exceção para um regime civil de transição e, finalmente, um regime democrático, é saber quando se pode ter por levantada a mão de ferro com a qual o Estado-torturador impedia o exercício de pretensões indenizatórias.

Ocorre que a evolução legislativa democrática resolveu em grande medida essas agruras. Com a edição da lei 9.140/95, o Estado brasileiro (i) reconheceu como

⁵⁵⁷ STJ, REsp 816.209/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 1ª turma, j. em 10 de abril de 2007.

⁵⁵⁸ STJ, EREsp 816.209/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, j. em 28 de outubro de 2009.

mortas as pessoas desaparecidas em contexto político entre 2 de setembro de 1961 e 5 de outubro de 1988, listadas exemplificativamente no Anexo I da norma (art. 1º); (ii) criou Comissão Especial com poderes investigativos para apurar as práticas do regime de exceção (a popularmente referida «Comissão da Verdade»; art. 4º) e com atribuição de reconhecimento de desaparecidos políticos não constantes do Anexo I; e (iii) fixou indenização aos familiares, a ser requerida no prazo de cento e vinte dias a contar da publicação da Lei (caso dos falecidos listados) ou da data do reconhecimento pela Comissão Especial (caso dos não listados) (arts. 10 e 11). Em demonstração de empenho reparatório, os prazos foram reabertos sem ressalvas em duas oportunidades: em 2002 (Lei 10.536/02, art. 2º) e em 2004 (Lei 10.875/04, art. 2º).

Três anos depois da última movimentação legislativa, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª Turma e sob relatoria do Min. João Otávio de Noronha, reconheceu na Lei 9.140/1995 (conforme emendada) o marco inicial para a fluência do prazo prescricional à pretensão indenizatória⁵⁵⁹. A questão pôs-se, aí, adequadamente resolvida. Com o encerramento definitivo do prazo prescricional em novembro de 2004, i.e., dezesseis anos e um mês após a promulgação da Constituição democrática, o Estado realizou sua *mea culpa* e conferiu razoável oportunidade de exercício da pretensão indenizatória aos familiares dos desaparecidos políticos. Se em 1979 houve muita dúvida sobre a exercibilidade da pretensão, ou se em 1995 houve alguma dúvida, ninguém poderá dizer que em 2004 ela remanesca.

Em 2009, e para desconstruir essa realidade de 2004, a Corte retomou o superado cenário de 1979 e teceu considerações hipotéticas sobre qual deveria ser sua decisão, *se* a legislação de 1995 não houvesse sido editada. Transcreva-se a bem da clareza:

À luz desse dispositivo [art. 1º do Decreto 20.910/1932], as ações de reparação por dano material praticado durante a ditadura militar no Brasil estariam prescritas, todas elas, até 1985, considerando-se a possível prática de tortura ou desrespeito aos direitos humanos ocorridos, presumivelmente, até 1979, quando teve fim o regime militar no país. Pergunta-se então: será que em 1979 as condições políticas e jurídicas então existentes no Brasil, permitiam o exercício integral do direito de reparação dos danos sofridos? O País ainda estava regido pela Emenda Constitucional 1/1969 à Constituição Federal de 1967 e continuava sob à égide das leis de Segurança Nacional. (...)

Por mais coerente que esse critério possa parecer, entendo que não é possível sua aplicação a todos os casos que envolvam atos de tortura, por exemplo, quando não houver lei posterior reconhecendo práticas de violação a direitos humanos. Poderíamos nos perguntar: se não tivesse

⁵⁵⁹ STJ, REsp 651.512/GO, 2ª turma, rel. min. João Otávio de Noronha, j. em 10 de abril de 2007.

sido editada a Lei 9.140/1995 estaria perdido o direito de postular a reparação?

Da enunciação de problemas puramente hipotéticos – afinal, a legislação de 1995 existe e o termo *a quo* de 1979 nunca foi invocado – saltou-se à conclusão:

Assim, entendendo plausível que, na hipótese de ofensa aos direitos fundamentais, como o que ocorre com a tortura – um dos mais hediondos e abomináveis delitos –, estejamos diante de pretensão indenizatória imprescritível.

Finalmente, deu-se alguns passos para trás para reforçar a fundamentação pelas afirmações de que:

(i) a despeito de o afastamento da prescrição depender de previsão legal, o direito à reparação por tortura está *«protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal»*;

(ii) o Pacto de San José da Costa Rica garante que ninguém será submetido à tortura (art. 7), bem como assegura a *«toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa [valer-se] de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais»*; e

(iii) a Constituição proíbe a tortura, razão pela qual *«reconhecer como imprescritível o pedido de indenização por danos, sejam morais ou materiais, decorrentes dos atos de tortura arbitrariamente ministrados por agentes do regime ditatorial brasileiro, é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, assegurando proteção e, sobretudo, reparação à dignidade do ser humano»*.

O item «ii» pode ser mais rapidamente superado porque, a rigor, já em boa medida foi objeto de consideração. Que ninguém possa ser submetido à tortura é pressuposto da ilicitude da conduta estatal que lastreia o direito à indenização e isso não tem, por óbvio, nenhuma pertinência normativa para fins de preexclusão da disciplina prescricional. Substitua-se a vedação da tortura por aquela atinente a qualquer ilícito, coligado ou não a direitos fundamentais. *Quid iuris?* Segue a incidência da normativa prescricional, geral ou especial, como *posterius* necessário desse *prius* normativo. Por outro lado, que o acesso à justiça possa guardar dimensão material já foi objeto de análise no item anterior (v. V.5.2), mas dezesseis anos de regime

democrático tornam a cogitação da efetividade dos remédios um desafio argumentativo robusto (e não desincumbido) pelos defensores da imprescritibilidade.

Os itens «i» e «iii» são mais próximos entre si. Eles não se limitam a repetir a regra proibitiva (*não se pode torturar alguém*), mas vão além: extraem uma proteção adicional à pretensão indenizatória decorrente dessa ofensa à dignidade, em razão de sua gravidade. O Tribunal se substitui ao legislador para tomar em análise os valores subjacentes ao jogo prescricional – *segurança jurídica pela estabilização de demandas vs. satisfação material do direito pela preservação da pretensão* – e concluir que a indenização por tortura é «direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos», razão pela qual será imprescritível «independentemente de estar expresso ou não em texto legal», para que se dê «efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, assegurando proteção e, sobretudo, reparação à dignidade do ser humano.»

O acórdão tem o mérito da franqueza e clareza de raciocínio. O colegiado não recorreu a um expediente recente e típico da fundamentação decisória em sede de ativismo, consistente na fabricação de lacunas. Sempre que houver um mínimo espaço gramatical para recusa da aplicabilidade da norma (ainda que dogmaticamente irrelevante, e por vezes mesmo sem que haja tal espaço), declara-se que o ordenamento não responde àquele caso específico. Confere-se então *carte blanche* para o qual o recurso aos princípios. Não os gerais de direito, decantados por séculos de tradição jurídica, mas aqueles cogitados ou intuídos pelo julgador como pertinentes à espécie. O resultado é a solução *contra legem* de mais difícil enfrentamento, porque encoberta por essas finas camadas de distorção descritiva metodológica, cuja remoção, uma a uma, torna cansativo e pouco atraente ao leitor o trabalho exegético de correção, mormente frente ao discurso corrente impregnado de termos de forte apelo moral (*dignidade; humanismo; superação das amarras positivistas...*), ainda que descurados, no ato decisório, de contornos operativos controláveis do ponto de vista científico.

A prescrição não faculta um tal recurso hermenêutico. Com efeito, a prescrição é estruturada na tradição romano-germânica com recurso a um prazo geral que recai sobre todas as pretensões; é apenas quando há norma específica que esse prazo se altera para se restringir em detrimento do titular, expandir-se em seu privilégio, ou, ainda no limite máximo da tutela, excluir a pretensão da disciplina prescricional como um todo. Esse foi um exercício que, como se pontuou acima, o constituinte originário não ignorou. Em suma, respeitados os pressupostos de que se cuidou acima (v. CAPÍTULO III): se há prazo especial, ele se aplica; se não há prazo especial (vale dizer, se a lei

silencia), o prazo é o geral; e se a lei expressamente exclui a prescrição, então – e apenas então – a pretensão vive perpetuamente.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa realidade. Divisou, sem margem de dúvidas, a resposta correta do ordenamento: o prazo prescricional para pretensão a indenização postulada contra a União é o quinquenal, a teor do art. 1º do Decreto 20.910/32. Como ter dúvida da subsunção do dano material ou moral a dito prazo, ainda que decorrente de tortura, quando a lei afirma ser quinquenal o prazo para *«todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, (...) seja qual for a sua natureza»*? Se essa redação não é bastante a uma regra de fechamento, pergunta-se, o que seria? É com base nessas perguntas sem resposta que se afirmou – com uma dureza inevitável – que o Tribunal se substituiu ao legislador. A decisão é *contra legem* e não *de lege ferenda*. E assim o é confessadamente, porque registra que *«sabemos que a regra é a prescrição, e que o seu afastamento deve apoiar-se em previsão legal. É o caso da imprescritibilidade de ações de reparação dos danos causados ao patrimônio público, regra prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 5º»*. Leu-se e interpretou-se a resposta do ordenamento, mas se lhe descartou, olvidando-se que (i) as regras de transição democrática não se deram de afogadilho, mas com efetiva legitimidade na sociedade brasileira⁵⁶⁰; e (ii) quer na Constituição anterior, quer na vigente, o tribunal carece de legitimidade para legislar.

Mais explícito nesse desidério é precedente subsequente, de 2010, da mesma corte e sobre mesmo tema. Nele, o descarte da lei como posta, com assento à equidade, é declarado com todas as letras:

Ad argumentantum tantum, as assertivas de que a Constituição Federal faz expressamente constar todas as hipóteses de imprescritibilidade, sendo que, dentre elas, não está prevista a indenização pelos atos praticados no regime de exceção, é inarredável. Sucede que essa questão deve ser relegada a segundo plano, já que a nova ordem de interpretação principiológica da Lei Fundamental, à luz do pós-positivismo, sinaliza que a solução do litígio, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, deve estar voltado para a *quaestio* apresentada, e não para a norma em si. Dessa forma, tendo em vista a gravidade do crime

⁵⁶⁰ A limitação à indenização por tortura também é letra de lei na França. *Code*, art. 2226. L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé. Toutefois, en cas de préjudice causé par des tortures ou des actes de barbarie, ou par des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile est prescrite par vingt ans. / Art. 2226. Uma ação por danos resultantes de um evento que resulte em lesão corporal, sofrida pela vítima direta ou indireta do evento, é prescrita em dez anos a partir da data da consolidação do dano original ou de seu agravamento. No entanto, em caso de dano causado por tortura ou atos de barbárie, ou por violência ou agressão sexual cometida contra um menor, a ação de responsabilidade civil prescreve em vinte anos.

perpetrado e o bem a que se visa tutelar, não se pode interpretar a Carta de 1988 em *numerus clausus*⁵⁶¹.

Como a experiência estrangeira referida na rubrica anterior facultou antever, ninguém duvidará que (i) os tribunais podem e devem controlar a constitucionalidade das regras prescricionais; e (ii) há naturais pontos de tensão entre a disciplina prescricional e regras constitucionais, inclusive e sobretudo em sede de direitos fundamentais (igualdade; *due process*; propriedade). Não foi isso que se deu nos precedentes acima referidos, cujo teor gravemente patológico é papel da doutrina denunciar sem meias palavras. A Corte escolheu ignorar a lei.

Os julgados analisados não divisam o teor dogmático da dignidade para entendê-la ou, antes, entender os danos por sua violação ontologicamente imprescritíveis frente às balizas de eficácia de direitos fundamentais (i.e., quer por proibição de intervenção ou um imperativo de proteção, como quis celebrada tese alemã⁵⁶²). Sequer se cogitou da diferença entre fazer cessar o ato de violação à dignidade e a consequência patrimonial reparatória, incumbente tanto à vítima quanto a terceiros (sucessores dos mortos) afetados pelos atos de perseguição – exercício que a doutrina atinente a direitos de personalidade, matéria distinta, porém vizinha, consolidou em trabalhos acadêmicos de grande densidade⁵⁶³.

A realidade é que, sob a declaração de julgar o caso, julgou-se com casuismo, que é coisa diversa. Se é verdade que a dignidade lastreou imprescritibilidade indenizatória em ao menos um outro caso de tortura já no regime democrático⁵⁶⁴, a Corte, reconhecendo ou não a prescrição em concreto, admitiu *prescritíveis* pretensões indenizatórias dirigidas ao Estado (i) por lesões a preso decorrentes de ataque sexual sofrido em prisão⁵⁶⁵; (ii) homicídio doloso praticado por policial militar⁵⁶⁶; (iii) vítima de homicídio em quartel⁵⁶⁷; e (iv) vítima de lesões corporais incapacitantes para trabalho decorrentes de brutalidade policial em condução de prisão de forma ilegal⁵⁶⁸.

⁵⁶¹ STJ, AgRg no REsp 1056333/RJ, rel. min. Denise Arruda, rel. para acórdão Benedito Gonçalves, 1ª turma, j. em 25 de maio de 2010.

⁵⁶² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

⁵⁶³ MIRANDA, JORGE; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012; DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milão: Giuffrè Editore, 1950; SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

⁵⁶⁴ STJ, REsp 1454807/SP, rel. min. Herman Benjamin, 2ª turma, j. em 5 de março de 2015.

⁵⁶⁵ STJ, REsp 982811/SP, rel. min. Francisco Falcão, 1ª turma, j. em 2 de outubro de 2008.

⁵⁶⁶ STJ, AgRg no AREsp 242520/SP, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª turma, j. em 19 de março de 2013.

⁵⁶⁷ EDcl no REsp 1109303/RS, rel. min. Luiz Fux, 1ª turma, j. em 15 de outubro de 2009.

⁵⁶⁸ REsp 1116842/PR, rel. min. Luiz Fux, 1ª turma, j. em 14 de outubro de 2009.

É absolutamente nebuloso o que faz a dignidade brilhar mais forte naqueles casos e menos nestes; tortura, execução sumária, violência sexual, brutalidade policial parecem integral um rol vexatório de ofensa ao fundamental do universo civilizado em pé de igualdade, parelhos insultos ao «*direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos*», sem, contudo, que idêntica eficácia protetiva se dê à tutela pecuniária reparadora. É duvidoso se a pretensão puramente reparadora desfrutaria, em qualquer cenário, de uma preexclusão prescricional por infringência a direito fundamental, mas é indubitoso que a solução de compromisso alcançada não satisfaz qualquer dos lados da balança reflexiva.

O debate faz lembrar a advertência doutrinária colombiana quanto ao dever de racionalidade residual frente à escolha valorativa da lei⁵⁶⁹; ou, no Brasil, as ponderações sobre o ressurgimento perigoso da doutrina do direito livre a que alertava⁵⁷⁰; ou ainda, de forma ainda mais clara, lição alemã categórica lançada já tantas décadas passadas:

[O] limite do desenvolvimento judicial do Direito radica aí onde a resolução exigida já não pode ser fundamentada só em considerações jurídicas, mas exige uma decisão política, orientada a pontos de vista de oportunidade. Encontrá-la, é, no Estado democrático, em princípio, matéria do legislador. Os tribunais carecem de competência para promover a conformação social.

⁵⁶⁹ «La Seguridad Jurídica exige que las decisiones judiciales estén basadas siempre en reglas generales y, dentro de éstas, exige una presunción a favor de las reglas legales. Los jueces deben actuar, en la mayor medida posible, de acuerdo con las categorías y prescripciones contenidas en las leyes. (...) Y deben aceptar, además, más como una ficción que como una idea regulativa, que en casi todos los casos la ley es más sabia que ellos, por lo que han de estar dispuestos a someter a ella su propia inteligencia y sentido de la justicia. Radbruch hablaba al respecto de un *sacrificium intellectus* del juez, aunque quizá sea más correcto afirmar que éste ejerce una ‘racionalidad residual’ respecto a la de la ley.» (ARCOS RAMÍREZ, Federico. **Rule of law, seguridad jurídica y justicia**. Cali: Universidade Autónoma de Occidente, 2014, p. 219-220).

⁵⁷⁰ «A concepção amplamente difundida que afirma serem os princípios constitucionais a consagração de valores éticos e morais que o desenvolvimento social legou ao Direito. Nessa toada, afirmam, equivocadamente, que o juiz não pode mais ficar inerte e simplesmente “reproduzir” o discurso legislativo, e que ele deve valorar as circunstâncias do caso de modo a encontrar a “melhor solução” com base na ponderação dos princípios colidentes. Essa menção a valores – cujo ranço neokantiano parece evidente – já aparecia nos movimentos antissistemáticos do início do século XX como fica claro nessa passagem de Losano: É efetivamente a alma da filosofia neokantiana que plasma suas ideias, como específica Radbruch em 1905: o problema da influência dos juízos de valor sobre as sentenças pode hoje ser indicado como a questão mais candente da filosofia do direito. Assim, antes de tocarmos num caso recente que envolve certa retomada das teses do movimento do direito livre pelo Judiciário brasileiro, é importante ressaltar que não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, ainda sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a “dobra da linguagem”, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da “superação” da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.» (STRECK, Lênio Luiz. As várias faces da discricionariedade no Direito Civil brasileiro: o “reaparecimento” do Movimento do Direito Livre em Terrae Brasilis. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 8, p. 37–48, 2016; no trecho, p. 40 e ss.)

Os tribunais deveriam tomar muito a sério este limite, no interesse da sua própria autoridade. De outro modo, haverá o perigo de que os seus juízos sejam interpretados como tomada de partido ante a divergência de opiniões políticas e de que já não sejam aceites como enunciados fundados no Direito. É desnecessário dizer que, com isso, o Estado de Direito cairia numa crise de confiança. Em toda a louvável disponibilidade para desenvolver o Direito de modo criador, os tribunais deviam ter sempre presente este perigo, para não defraudarem o limite da sua competência que, em concreto, não é, com frequência, facilmente cognoscível⁵⁷¹.

Não há espaço, hoje, para que alguém se avoque o título subjetivo de personificação do Estado, ou, absurdamente, sob o manto da jurisdição, de vanguarda iluminista⁵⁷², transformando Direito em opinião ou em decisão política desprendida de controle político (que é o Direito quando nasce, em parte) ou científico (que é o Direito que vive, sempre). A se seguir essa via, o que se descobrirá é que *«conceitos fluidos, argumentos cambiantes e crescente mobilização do Direito impedem o repasse crítico do que são e para que servem os elementos teóricos a eles associados. A função do Direito, que é resolver conflitos, é esvaziada por força da hipercomplexidade de soluções que não precisariam mobilizar a Constituição e os direitos fundamentais»*⁵⁷³. O resultado não será bom, como já não tem sido, para a ciência e para o país.

A prescrição é por excelência o assento da segurança. Em um duro sopesar legislativo, mutila o que inquestionavelmente era direito da parte. Essa característica – qual seja, a de mutilar direito, sem que o titular tenha violado o ordenamento e, como se viu acima, sem que haja necessariamente negligência de sua parte – causa por vezes espécie ao leigo, mas a essencialidade da ferramenta se reafirma por sua unânime aceitação legislativa. Fora dos extremos rigores de uma intervenção corretiva de matriz

⁵⁷¹ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**, Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 679.

⁵⁷² «IV. O papel iluminista 22. Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população.» (BARROSO, Luis Roberto, Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas, palestra disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI231089,81042-Ministro+Barroso+E+preciso+ir+buscar+solucoes+e+respostas+originais>.)

⁵⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 332.

constitucional, às Cortes cabe, sem que nisso redunde menoscabo algum, aplicar e não revisar essas escolhas.

*

*

*

CONCLUSÃO

O estudo delineado na Introdução e desenvolvido nos cinco capítulos centrais autorizam a enunciação de algumas teses finais. Como toda síntese, essa rubrica final sofre pela pobreza vis-à-vis o raciocínio completo do texto; e como toda síntese, nisso precisamente resulta sua utilidade, porque força que o essencial, e apenas ele, venha à superfície. Concluiu-se que:

(i) o tempo tem importância central em institutos de direito público e de direito privado. A bem da segurança jurídica (e outros bens jurídicos, conforme a figura em questão), é preciso limitar direitos, para afetá-los a partir de certo marco. A prescrição se inclui e lidera essas figuras de estabilização temporal, com destaque histórico;

(ii) do ponto de vista processual, a prescrição é uma defesa indireta de mérito, exercitável pela parte, ou cognoscível e exercitável de ofício pelo magistrado. O excipiente não objeta à titularidade de direito, pelo autor. Não se nega a existência de seu direito subjetivo de crédito, nem de sua pretensão (= poder de exigi-lo), mas argui-se fato modificativo, que é o encobrimento da eficácia da pretensão pela oposição da exceção de prescrição;

(ii.a) o ônus da prova sobre a ocorrência da prescrição incumbe ordinariamente ao excipiente. O ônus da prova sobre a ocorrência causas de impediência, suspensão ou interrupção do prazo recai ordinariamente sobre o excepto;

(iii) a prescrição é exceção substancial (de direito material) em sentido amplo;

(iii.a) exceção substantiva em sentido amplo é toda defesa indireta, tomada exclusivamente do ponto de vista do direito material. O uso dessa classificação – que abrange fatos impeditivos, modificativos e extintivos, navegando por planos do direito material diversos – releva ao legislador contemporâneo para conferir legitimação de exercício destas posições jurídicas a terceiros por ela beneficiáveis;

(iv) a prescrição é também exceção substancial (de direito material) própria (em sentido estrito), autônoma (independente) e peremptória.

(iv.a) a exceção em sentido próprio releva apenas à eficácia. O excepto tem direito a receber a prestação de dar, fazer ou não fazer, e tem pretensão (= poder de exigi-la), mas a oposição, pelo excipiente, desta posição jurídica (a exceção), encobre a eficácia da exigência. Esvazia-a. Fica então legitimada pelo ordenamento a recusa de prestar. Trata-se, portanto, de posição jurídica subjetiva ativa que encerra o poder de unilateralmente sustar (suspender, encobrir) a eficácia da pretensão exercida por outrem;

(iv.b) a prescrição existe por si só, vale dizer, não depende de outra posição jurídica, que a fundamente. Por isso, diz-se ser autônoma, ou independente. Outras exceções dependem da preexistência de posições jurídicas, sem a qual a exceção não nasce, e dependem de sua contínua existência, sem a qual a exceção não vive. São ditas exceções dependentes (ou não-autônomas). Comumente, mas não necessariamente, essas posições jurídicas principais são direitos subjetivos de crédito (mas não pretensões), como sucede na exceção de contrato não cumprido, exceção de insegurança e exceção de retenção por benfeitorias;

(iv.c) a prescrição é exceção peremptória porque sua eficácia paralisante da pretensão tende à perenidade. Não há providência que o credor, excepto, possa adotar para pô-la de lado. Exceções dilatórias, por outro lado, encobririam a pretensão por tempo incerto, mas tendencialmente finito, porque o tempo lhes infirma ou são superáveis pelo credor excepto. A exceção de prescrição oposta pode (I) ter sua alegação retirada, caso em que cessa a produção de efeitos paralisantes, mas se mantém a posição jurídica; (II) ser renunciada, caso em que cessam ditos efeitos porque deixa de existir a exceção; ou (III) ter sua eficácia modulada, ou suprimida, por haver sido a oposição feita em abuso de direito – hipóteses que merecerão, adiante, conclusões próprias;

(iv.d) para a classificação da prescrição como exceção em sentido próprio, é irrelevante que a prescrição seja cognoscível de ofício em juízo. Em situações pontuais, para bens jurídicos diversos, o ordenamento admite que o magistrado exerça direitos, com viés defensivo ou não, em nome da parte. Os bens jurídicos tutelados pela cognição de ofício da prescrição são a celeridade na adjudicação jurisdicional, com razoável duração do processo, e a otimização da administração da Justiça. Supor fosse a prescrição causa de extinção da pretensão *ope legis* (I) forçaria a distorção do conceito de «renúncia à prescrição», para admitir renúncia de objeto inexistente (porque não haveria posição jurídica defensiva, mas simples incidência da norma) e sua eficácia repristinatória da pretensão; e (II) subtrairia a exceção da prescrição do âmbito operativo da regra de vedação de abuso do direito, por inexistir exercício da exceção;

(iv.e) a cognição de ofício não é regra incompatível com a renúncia da prescrição, porque o devedor excipiente pode renunciar à prescrição antes da cognição de ofício, caso em que esta fica impedida, ou depois, caso em que o efeito da oposição pelo magistrado cessa, ainda que a decisão tenha transitado em julgado. A cognição é compatível, também, com a regra da impossibilidade de repetição da prestação voluntariamente adimplida: reconhecida ou não a prescrição, em juízo ou fora dele, o

devedor pode prestar e não pode, depois, exigir se repetir a prestação, para reintegrá-la a seu patrimônio. Ainda, a regra não é vazia de conteúdo prático, sob argumento de que o silêncio do devedor, mediante provocação do magistrado, implicaria renúncia tácita. Não há renúncia tácita nestes casos: simples não-exercício e definitivo abandono da posição jurídica não se confundem; o advogado, intimado, ordinariamente não tem (pela cláusula *ad judicium*) poder de disposição pressuposto para o negócio abdicativo; e a lei afasta a disciplina da preclusão, para admitir a oposição de prescrição em qualquer instância – o que supõe sua não oposição, antes, não a tenha extinguido. Esta regra (oposição em qualquer grau), por fim, fica igualmente mantida, porque preclusão em prejuízo da parte e iniciativa do magistrado em introduzir defesa nos autos são aspectos não-sobrepostos do processo;

(iv.f) a regra de cognição de ofício da prescrição não se aplica aos árbitros. Isso é verdade quer pela inserção no Código de Processo Civil, cuja normativa não rege aquelas disputas, quer pela *mens legis*, de viés público e não pertinente à jurisdição arbitral;

(v) a prescrição não atinge o direito subjetivo.

(v.a) direito subjetivo é expressão polissêmica nas ciências jurídicas. Compreendida em sentido estrito, como posição primária de crédito (direito subjetivo de crédito), pode ser descrito como direito de receber de outrem uma prestação positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer, incorporando definitivamente a seu patrimônio as vantagens dessa prestação – o que pode exsurgir de posições jurídicas subjetivas pessoais ou reais;

(v.b) não tem razão a doutrina que enxerga na prescrição extinção do direito subjetivo de crédito, por crer que posições jurídicas despidas de exigibilidade seriam uma contradição em termos, ou uma anomalia científica. A prerrogativa de receber e incorporar prestação ao patrimônio é superior ao estado de inexistência de crédito, que admite, pela falta dessas prerrogativas, repetição da prestação, sob a máxima da que os patrimônios são inertes, salvo causa jurídica que lastreie os deslocamentos de valor;

(v.c) a explicação de que razões morais justificariam, como causa autônoma, esses deslocamentos prestacionais, é possível em tese, mas inoportuna em concreto. A uma, porque a extinção tem efeito maior do que a prescrição pretende tutelar: os embaraços de uma cobrança intempestiva se resolvem integralmente com o afastamento da obrigação (efeito passivo da pretensão), sem toque à dívida (efeito passivo do crédito). A duas, são múltiplas as hipóteses de posições jurídicas não-tuteláveis por

exigência com vetor coercitivo, sendo a doutrina majoritária por isso mesmo firme pela incidentalidade, e não essencialidade, da coerção, ao conceito de direito subjetivo;

(vi) a prescrição objeto deste estudo não atinge a ação de direito processual, qualquer que seja a teoria da ação adotada. Em todo caso, o credor-autor da demanda recebe prestação jurisdicional plena, que resulta em improcedência no mérito, por haver o devedor-réu direito a recusar a prestação que configura, na arena judicial, a *res in judicium deducta*. A prescrição civil afeta a relação entre as partes da relação jurídica substantiva; o direito de ação, de natureza pública, toca a relação entre o credor e o Estado-Juiz;

(vi.a) sem embargo da conclusão «(vi)», há na legislação brasileira fenômeno de afetação de posições jurídicas tipicamente processuais lastrado em inércia do titular e decurso do tempo, ora nominado *prescrição* (caso da ação popular, em regramento aplicado por analogia à ação civil pública), ora nominado decadência (caso do mandado de segurança). É possível que dessa fenomenologia exsurja o estudo de uma prescrição processual civil, de incidência cumulativa à prescrição civil, porque atinente a objetos diversos. A pesquisa sobre esse instituto escapa ao escopo deste estudo;

(vii) a prescrição atinge apenas reflexamente a ação de direito material, compreendida como a possibilidade de o credor, por si ou pelo Estado-Juiz, fazer valer, pela coerção, a exigência que lastreia sua pretensão. Sem poder exigir o crédito, seu titular não poderá, a reboque disso, agir para assegurar efetividade à exigência;

(viii) a prescrição, uma vez oposta a exceção que dela exsurge, incide sobre a pretensão, sendo esta seu único real objeto de afetação;

(viii.a) a pretensão é posição jurídica subjetiva autorizativa de exigência, de pessoa (credor) a pessoa (devedor), de uma conduta positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer (prestação). Não é, como pensou parte da doutrina, o direito do devedor de apresentar a prestação devida, que é direito subjetivo de se exonerar, superando a injusta recusa causadora de mora creditícia; não é direito do credor de reter a prestação, que é eficácia do próprio crédito; e não se confunde com o crédito simplesmente por se dirigir ao devedor, porque pretensão se dirige ao devedor para exigir a prestação, e crédito para criar, sem exigir, o dever de prestar;

(viii.b) pretensão não se confunde com exceção, e apenas pretensão prescreve. Quando o Código se refere à prescritibilidade de exceções no mesmo prazo das pretensões, refere-se a exceções em sentido amplo, impróprio, que veiculem, em viés defensivo, eventuais pretensões que o devedor disponha contra seu credor;

(viii.c) exceção dependente não é o mesmo que exceção imprópria, ou em sentido amplo. Dependência ou independência diz com o suporte fático para o nascimento da exceção, conforme haja ou não posição jurídica subjetiva como condição *sine qua non* à titularidade da posição defensiva. Propriedade ou impropriedade diz com o conteúdo da exceção. Exceções dependentes e próprias (exceção de contrato não cumprido; exceção de retenção por benfeitorias) sobrevivem, em plena eficácia, à oposição da exceção de prescrição;

(viii.d) as pretensões podem surgir de posições jurídicas pessoais (v.g., contratos, promessa de recompensa) ou reais (v.g., propriedade, usufruto). As pretensões reais, no direito brasileiro, prescrevem no prazo geral decenal. É o caso das pretensões reivindicatória e de petição de herança. As posições jurídicas reais de fundo podem ser extintas por fenômenos diversos (usucapião, perempção), sem incoerência com a incidência da disciplina prescricional. A única ligação entre as disciplinas no Brasil reside nas causas que obstem, suspendem ou interrompem a fluência dos prazos. Não é correta, por isso, a subordinação da fluência do prazo de usucapião de bens herdados à prescrição da petição de herança. Não é correto, ainda, condicionar a fluência do prazo prescricional da pretensão de petição de herança à ciência do *status* de herdeiro, ou seu reconhecimento judicial, porque o filtro subjetivo integra o suporte fático da prescrição apenas quando a lei o determinar;

(viii.e) as nulidades são operadas *ex lege*, independentemente do exercício de direito pela parte interessada. Não há pretensão a si subjacente, de modo que não se afeta pela prescrição o direito de declará-las. Coisa diversa sucede com pretensões surgidas de forma periférica à nulidade, como aquelas ancilares aos direitos subjetivos de crédito por indenização ou por repetição de prestações eventualmente satisfeitas, em observância a negócio nulo. Para estas, incide a prescrição, respectivamente, no prazo trienal e decenal;

(viii.f) as pretensões não surgem da violação do direito subjetivo de crédito. Há pretensões anteriores e posteriores à violação, sem qualquer necessária correlação entre um e outro dado. Apenas a pretensão à cessação de ilícito e a pretensão à sua remediação surgem com a violação – o que é tanto mais claro nas pretensões ancilares a direitos absolutos, ou obrigações de não fazer. Ainda nestes casos, a pretensão à abstenção se concretiza com o só tencionamento ao ilícito;

(viii.g) as pretensões surgem, nas modalidades do negócio jurídico: para as prestações avençadas, na ausência de termo inicial ou condição suspensiva, e ainda que com pacto de termo resolutivo ou condição resolutiva, quando do nascimento do

negócio jurídico; no termo inicial, quando de seu implemento (depois do direito subjetivo de crédito, que precede o termo); na condição suspensiva, quando de seu implemento (junto do direito subjetivo de crédito); no encargo, para as prestações avançadas, desde o nascimento do negócio jurídico;

(viii.h) as pretensões surgem, nas obrigações periódicas ou de trato sucessivo, para as prestações avançadas, a cada novo ciclo, mantida a independência das pretensões nada obstante sua origem comum;

(viii.i) as pretensões surgem, no direito restitutivo, seja por ato unilateral ou por incidência do regime das nulidades, ineficácias, do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa, para a restituição, desde o deslocamento patrimonial prestacional (CC, art. 169, 876 e 884); no regime das anulabilidades, para a restituição, desde a anulação por ordem judicial, supondo haver-lhe precedido desempenho da prestação (CC, art. 177);

(viii.j) as pretensões surgem, para as posições jurídicas decorrentes do exercício de direito potestativo (a já citada anulação, a rescisão, a resolução, opção de compra, direito de preferência), desde que eficaz a criação, modificação ou extinção da relação jurídica por força do exaurimento, em exercício, do direito potestativo, em juízo ou fora dele, conforme o pressuposto legal específico; e

(viii.k) as pretensões surgem, no direitos geral de incolumidade extraível da cláusula geral do ato ilícito (com especial relevância para posições absolutas, mas não apenas para elas) e nas obrigações de não fazer com eficácia relativa, para a inibição do ilícito, desde o tencionamento ao ilícito, e para a reparação, desde a verificação do dano;

(ix) o primeiro pressuposto à incidência da prescrição é a existência de direito subjetivo de crédito municiado com pretensão;

(ix.a) a prescrição não incide sobre todas as pretensões ancilares a direitos subjetivos de crédito. Posições jurídicas existenciais, em sua execução específica, como emanções da dignidade, não são passíveis de estabilização temporal. Não há caminho, no Estado de Direito, de se legitimar a recusa em atender àquilo que emana do núcleo da pessoa; tratá-la, e segui-la tratando, como não-pessoa. O mesmo não vale para pretensões de lastro patrimonial, reflexamente surgidas no contexto de infringências a essas posições. Essas são prescritíveis;

(ix.b) não há imprescritibilidade *de lege ferenda*. À míngua de autoridade normativa no ordenamento para afastar a incidência da prescrição, ela recairá sobre toda pretensão. Pretensões emanadas de posições jurídicas subjetivas indisponíveis são,

por isso mesmo, prescritíveis no Brasil, ainda que seja forte na tradição romano-germânica sua exclusão do espectro de incidência do fenômeno prescricional;

(ix.c) a prescrição (= incorporação de exceção de prescrição à esfera jurídica de alguém) pode preceder a existência do direito subjetivo de crédito e da pretensão. São os casos de *prescrição de eficácia antecipada*, ou simplesmente *prescrição antecipada*;

(ix.c.1) quando o surgimento da pretensão depende de conduta do titular, v.g., para exercício de direito potestativo tendente a criar o direito subjetivo de crédito que a lastreie, a prescrição flui desde a possibilidade de exercício deste direito potestativo, e não quando do efetivo nascimento da pretensão. Essa interpretação se dá para que a prescrição atinja o propósito da lei e promova o bem social, evitando que *(I)* haja pretensões manejáveis perpetuamente (no sentido de se fazerem nascer e, daí, exercer), o que não parece ser o propósito do legislador; *(II)* o devedor de pior conduta (porque vinculado a dívida e obrigação criados, mas não satisfeitos) seja municiado de exceção de prescrição antes do devedor de melhor conduta (que não satisfaz dívida e obrigação porque não poderia, já que não criadas); *(III)* haja proteção mais longa das pretensões de partes vitimadas por anulabilidades (invalidades menos graves) frente àquelas vitimadas por nulidades (invalidades mais graves). Não há pretensão, mas há exercibilidade concreta da pretensão pela dualidade de sua criação e exercício – e é daí que flui o prazo;

(ix.c.2) por razões de política legislativa, igualmente, o ordenamento pode criar prescrições cujo marco inicial de fluência preceda direito subjetivo de crédito e pretensão. É o que sucede com a pretensão do segurado contra a seguradora, nos casos de responsabilidade civil, cuja prescrição ânua pode fluir da citação daquele, em ação movida pela vítima – anos antes de haver, do segurado frente à seguradora, efetivo crédito e pretensão ressarcitória. Não é o que sucede com a responsabilidade civil dos oficiais registrais, a despeito da infeliz redação da lei a esse propósito;

(ix.d) a circunstância de que a prescrição é analisada, em juízo, antes de se aferir se há direito subjetivo de crédito e pretensão (em sede prejudicial ao mérito), não afeta em nada a premissa de que sua operação pressuponha sua existência. A ordenação invertida do exame mira na celeridade da prestação jurisdicional e eliminação de análises despiciendas: se haveria exceção de prescrição, mesmo tendo-se crédito, sucede que em concreto «não importa se há crédito». Releva, portanto, descobri-lo com prioridade, em inversão do raciocínio a bem da eficiência do juízo;

(x) o segundo pressuposto à incidência da prescrição é a inércia do titular da pretensão;

(x.a) a inércia que lastreia a prescrição é ato-fato, i.e., conduta humana tomada objetivamente, independentemente da vontade de seu titular. Isso significa que (I) a ciência do titular da pretensão sobre sua existência, ou demais fatos relevantes a seu exercício; (II) a capacidade do titular; e (III) a existência de caso fortuito ou força maior a obstar o exercício da pretensão relevam apenas se e na medida em que a lei o preveja;

(x.b) o ordenamento toma a inércia com algum juízo de valor, para criar sulcos protetivos de proteção ao titular inerte de pretensão. Isso se dá, ordinariamente, pelas causas de impedimento, suspensão e interrupção da fluência dos prazos prescricionais, que elegem valores elevados ao ponto de afastar o benefício de segurança jurídica que adviria da prescrição;

(x.c) no caso do art. 200 do Código Civil, em que a fluência do prazo civil depende de apuração criminal, (I) a prescrição não corre se houver inquérito, ação por crime, ou ação por ato infracional; (II) não é necessário haver condenação, mas simples apuração, ainda que absolutória; e (III) não é necessária correspondência subjetiva entre investigado na esfera penal e responsabilizado na esfera civil, bastando haja, para a responsabilidade deste, pertinência em tese da imputação àquele. Se poderia haver apuração criminal, mas concretamente não houve, o prazo flui não afetado;

(x.d) nos casos em que a lei aponta a fluência do prazo para eventos posteriores à pretensão, em que, ordinariamente, poder-se-ia esperar haja ciência a seu propósito (v.g., assembleias para fins de responsabilização no âmbito do direito societário), é destes marcos que flui a contagem do prazo, ainda que a efetiva ciência lhes preceda. A fluência não se dá depois destes marcos, ou da data em legalmente deveriam ser realizados, ainda que concretamente não o sejam, porque admiti-lo esbarraria nas mesmas perplexidades sistemáticas de que se cuidou na tese «(ix.c.1)»;

(x.e) os absolutamente incapazes estão excluídos do regime prescricional, tenham ou não representante legal. Os relativamente incapazes sofrem os efeitos da prescrição, igualmente tendo ou não assistente a seu dispor. Os doentes mentais são capazes por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD e, por isso, foram subtraídos da proteção legal contra a operação de prescrição;

(x.f) o caso fortuito e a força maior só relevam, no Brasil, em caso de óbice judiciário ao exercício da pretensão;

(xi) o terceiro pressuposto à incidência da prescrição é a fluência do prazo prefixo em lei;

(xi.a) a exceção de prescrição se incorpora ao patrimônio do devedor com a completude integral do prazo. Antes dela, há mera expectativa de direito; depois, direito adquirido, não vulnerável por lei posterior a respeito do prazo;

(xi.b) pode haver mais de um prazo, com pressupostos ancilares diversos, para a mesma pretensão. Fora do Brasil, recentes reformas tornaram esse fenômeno regra geral, com um prazo objetivo (i.e., com fluência independente da ciência a propósito da pretensão, pelo titular) e outro subjetivo;

(xi.c) a contagem dos prazos prescricionais exclui o dia de início e inclui o último dia da contagem. A prescrição não termina em dia não-útil. Os prazos fixados em meses e anos terminam na data correspondente do calendário, e não por contagem diária. Se não houver correspondência, migra-se ao dia seguinte;

(xi.d) como regra, a contagem do prazo se dá da existência de pretensão exercitável, e não da violação ao direito subjetivo de fundo;

(xi.e) a pretensão reconhecida em decisão judicial ou arbitral, apta a lastrear cumprimento forçado, mereceu do legislador brasileiro regra especial protetiva. Por um ano, contado do arquivamento dos autos, a prescrição fica suspensa por inexistência de bens penhoráveis. Expirado o prazo suspensivo (haja ou não bens) ou se localizados bens, *ope legis*, torna a correr o prazo prescricional. Se as partes convencionam prazo para cumprimento espontâneo, por outro lado, há novo termo, por força de negócio jurídico modificativo do crédito originário, e nova pretensão, com novo prazo prescricional. Se o executado se vale do direito de parcelar a dívida, igualmente, há novo termo, mas por incidência de direito potestativo seu – e aqui, igualmente, haverá nova pretensão e novo prazo prescricional. A inércia creditícia por praça frustrada ou por suspensão convencional do processo não afetam os prazos prescricionais; a inércia forçada por efeito suspensivo outorgado a embargos à execução, diversamente, obsta a fluência do prazo, por retirar exigibilidade – pressuposto primeiro da prescrição;

(xi.e.1) a prescrição quinquenal reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça para execução individual de sentença proferida em sede de ação civil pública tem natureza processual civil, e não civil. Ela não afasta, portanto, a incidência do prazo prescricional específico da pretensão cujo exercício, em juízo, se pretende, nem prejudica o manejo da pretensão por outros remédios processuais que não especificamente o cumprimento individual;

(xi.f) em caso de enfeixamento sequencial de pretensões, com surgimento espalhado no tempo a partir de uma mesma relação jurídica, a fluência do prazo prescricional atinente a cada pretensão surge desde seu nascimento. Há independência entre os prazos, pouco importando se as pretensões são idênticas entre si, ou se a recusa de uma faria supor, por coerência, ou por expressa declaração, a recusa de todas. Não há, salvo norma expressa, prescrição de fundo de direito no Brasil. A regra é que a prescrição opere sob espectro pontual, ou singular;

(xi.g) quando ocorre modificação da pretensão, por exercício de direito potestativo, a fluência do novo prazo prescricional se dá desde quando a transformação era possível, i.e., desde que o direito potestativo era exercitável. Se a transformação se deu não por vontade do titular, mas por incidência da lei, a fluência do prazo parte desde que a lei opere dito efeito transformativo;

(xii) o quarto pressuposto à incidência da prescrição é a inocorrência de uma causa de impedimento, suspensão e interrupção do prazo, ou sua superação;

(xii.a) a lista legal de afetação da fluência do prazo é taxativa e não exemplificativa;

(xii.b) causas de impedimento e suspensão sustam a fluência do prazo prescricional, para que corra (caso das primeiras) ou torne a correr (caso das segundas), superado seu suporte fático. Normalmente, mas não necessariamente, essas causas são sobrepostas: causas de impedimento são de suspensão, e vice-versa. Na experiência brasileira, dividem-se entre causas fundadas nas relações havidas entre credor e devedor; na especial proteção que o credor mereça aos olhos do ordenamento, por predicados pessoais; em razões técnicas atinentes à pretensão; ou na compreensão legislativa pela inércia por motivos alheios à vontade do credor, por intervenção estatal ou por razões reputadas dignas de tutela pelo ordenamento;

(xii.b.1) a prescrição não corre (I) contra menores, haja ou não representantes legais; (II) contra pessoa a serviço do país, no exterior, assim compreendida a pessoa que preste serviço público oficial, seja servidora ou não, que a compila a residir no estrangeiro, pouco importando se há pontuais reingressos no país; e (III) contra quem sirva as Forças Armadas em tempo de guerra, seja militar de carreira ou não, dentro ou fora do Brasil – situação a que não se equiparam estado de defesa ou de sítio, ainda que haja conflito armado;

(xii.b.2) não corre prescrição na pendência de condição suspensiva porque não há pretensão, mas mero direito expectativo; não corre prescrição na pendência de termo suspensivo porque não há pretensão, mas apenas direito

subjetivo de crédito inexigível; e não corre prescrição na pendência de ação de evicção porque a tutela defluente da perda da coisa depende que haja sido a coisa perdida, e não que corra, a seu respeito, demanda;

(xii.b.3) não corre a prescrição na pendência de apuração criminal; de mediação (e não simples tratativa), desde a reunião inicial até o termo final, ou declaração de frustração emitida por qualquer parte, ou pelo mediador. Não corre, igualmente, da decretação de insolvência civil, da falência ou do deferimento de processamento da recuperação judicial, até o cabo de ditos procedimentos;

(xii.b.4) é ilegal a súmula 229 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma suspensa a prescrição durante o período de análise administrativa do pedido de pagamento de indenização (regulação) pela seguradora. A análise da seguradora não implica condição, nem termo a modular o surgimento da pretensão. Ilegal, também, e pelas mesmas razões, a linha de jurisprudência mais recente que condiciona a fluência inicial da prescrição em seguro de dano imobiliário à negativa da seguradora;

(xii.c) causas de interrupção do prazo prescricional renovam-no, para que corra desde o início. Normalmente estão coligadas a um particular modo de exercício da pretensão, ou uma atitude confirmadora de submissão do devedor a dita pretensão;

(xii.c.1) tem legitimação para interromper a prescrição o titular da pretensão, seus credores e terceiros que tenham interesse legítimo sobre a prestação (credor pignoratício, usufrutuário, promitente adquirente);

(xii.c.2) o princípio é da incontagiabilidade de atos: a interrupção promovida por um credor não aproveita os demais, nem a feita em desfavor de um devedor prejudica os outros. Se houver solidariedade ativa ou passiva, há comunicação de efeitos; se a interrupção for contra herdeiro de devedor solidário, apenas há comunicação de efeitos se a prestação for indivisível. Se há interrupção contra o devedor principal, há efeito contra o fiador, mas o inverso não é verdadeiro, nem se traduz igual dinâmica para o caso de aval;

(xii.c.3) o reconhecimento da dívida, pelo devedor, de modo inequívoco, interrompe o prazo prescricional. Pouco importa se a pretensão é pessoal ou real: o reconhecimento não demanda forma, e pode se dar em juízo ou fora dele. A declaração é ato jurídico em sentido estrito: a vontade deve se restringir ao reconhecimento da dívida, e não releva o desejo de interromper a prescrição, que deriva diretamente da lei. Não se cuida de ato receptício: pode advir reconhecimento de publicação de balanço ou fato relevante, por exemplo, mas a simples notícia de demanda e provisão para contingências não importa reconhecimento. Pode, ainda, o

reconhecimento advir de pedido de proposta para pagamento, mas não de simples negociações para transação. Em qualquer caso, imaginando-se haver dúvida sobre o propósito da declaração, a parte prudente pode se valer de *protestatio contra factum proprium* para evitar a interpretação tendente à interrupção. Por fim, o pagamento é ato-fato e não significa, necessariamente, reconhecimento de dívida;

(xii.c.4) a citação em processo judicial ou instauração de procedimento arbitral interrompe o prazo prescricional. Pode se tratar de medida cautelar, antecipação de tutela autônoma, processo de conhecimento ou de execução. A interrupção se dá ainda que o juízo seja incompetente, pouco importando o desfecho da demanda. A interrupção se faz pela citação ou pela instituição do tribunal, condicionando-se a retroação à propositura quando, em juízo, as providências tendentes à citação (indicação de dados das partes, com o máximo de informação disponível; recolhimento de custas) forem adotadas pelo autor em dez dias. A demora do Poder Judiciário nunca será imputável ao autor, nem obstará a retroação do efeito citatório. Se a citação demorar, por culpa do autor, é dela que fluirá o prazo prescricional;

(xii.c.5) a interrupção extrajudicial se dá apenas uma vez, com eficácia pontual. A interrupção em juízo se dá com a citação, para tornar a correr quando couber ao autor nova providência. Todos os atos de impulsionamento subsequentes interrompem, novamente, a prescrição, até o último ato do processo. O ato interruptivo pode ser de exercício da pretensão ou de defesa da pretensão, como, por exemplo, sucede com a apresentação de defesa em ação declaratória de inexistência do crédito; (xiii) operados os pressupostos da prescrição, incorpora-se à esfera jurídica do devedor a exceção de prescrição, que, exercida pelo titular ou pelo juízo, encobre a eficácia da pretensão contra si dirigida. O direito subjetivo de crédito segue inabalado. Há crédito e dívida; há pretensão e há obrigação, mas a oposição encobre a pretensão e susta a obrigação;

(xiii.a) o pagamento espontaneamente feito, no todo ou em parte, de dívida prescrita, vale, porque toca ao direito subjetivo de crédito. O ato de pagamento não implica fraude contra credores, porque (I) é ato-fato, que não desafia a disciplina das invalidades; e (II) o negócio que lastreia o pagamento, se anterior à insolvência, é válido. O motivo «(II)» afasta, igualmente, a ineficácia por fraude à execução;

(xiii.b) o direito à compensação sobrevive à incorporação da exceção ao patrimônio ao patrimônio do devedor, mas não à sua oposição. Diversamente do que sucede em outros ordenamentos, não importa se a prescrição se deu antes ou depois de se verificarem os demais requisitos autorizadores da compensação. Dívida prescrita,

com eficácia da pretensão suspensa por oposição da exceção, não é apta a promover compensação. Se a parte beneficiada pela prescrição instrumentaliza crédito e pretensão seus para extinguir dívida prescrita, não há desconformidade com o ordenamento e a compensação se dá, com plenos efeitos;

(xiii.c) o direito a resolver contratos sobrevive à oposição de exceção de prescrição. É direito potestativo que, não limitado por prazo decadencial, não se extingue com o curso do tempo. O credor vitimado pela mora pode repudiar, cortar o vínculo relacional com o devedor. A prescrição para as pretensões decorrentes do ato resolutório é de eficácia antecipada, vale dizer, corre desde que houvesse a possibilidade de se resolver a avença, com a perda do interesse útil. Na dúvida, a aferição a esse propósito deve privilegiar, tanto quanto possível, o credor;

(xiii.d) a prescrição pessoal não afeta aquela, diversa, real, de exigir a venda do bem dado em garantia para satisfação da prestação. O prazo de prescrição das pretensões reais de garantia é decenal, qualquer que seja a prescrição incidente sobre a pretensão pessoal. A oposição de exceção de prescrição contra pretensão de satisfação pela via real não afasta as demais eficácias da garantia constituída, como, *v.g.*, sub-rogação em direitos indenizatórios e prelação em caso de venda por terceiro;

(xiii.e) a renúncia à prescrição se dá apenas quando há exceção de prescrição definitivamente incorporada ao patrimônio do devedor-excipiente. A renúncia é negócio jurídico abdicativo, não receptício, que demanda poder de disposição. Não podem renunciar à prescrição o absolutamente incapaz, independentemente de declaração judicial; o falido, desde que decretada a falência; e o insolvente civil, desde que decretada a insolvência. O relativamente capaz, assistido, pode renunciar; não assistido, pode igualmente, mas a renúncia é anulável. O cônjuge pode renunciar à prescrição independentemente de outorga uxória, ainda que o negócio que originou a pretensão dependesse de dita outorga. Feita por representante, a prescrição demanda do representante convencional poderes especiais e expressos – poderes ausentes, *v.g.*, na cláusula *ad judicia*. A forma pode ser expressa ou tácita, ainda a pretensão se origine de negócio formal, mas a vontade tácita deve ser inequívoca, absolutamente incompatível com a manutenção da exceção, e sua interpretação restritiva;

(xiii.e.1) a renúncia não pode prejudicar terceiros. A doutrina se equivoca quando afirma que esses terceiros são os demais credores do devedor comum. Os credores não são prejudicados pela renúncia de prescrição: o devedor comum estava, e segue, em dívida, até que adimpla, e o adimplemento é lícito. Os credores não

poderiam, em lugar do devedor, opor exceção de prescrição para blindar seu patrimônio da pretensão e de ação manejadas pelo credor vulnerado. A anulação ou ineficácia da renúncia apenas retornaria à esfera jurídica do devedor a exceção de prescrição, sem eficácia automática de encobrimento da pretensão. Os únicos terceiros protegidos da renúncia são os codevedores solidários, e não os garantidores, seja por vínculo pessoal (que não têm, para si, prescrição) ou real (que têm prescrição própria);

(xiii.e.2) a eficácia da renúncia é a de extinguir a exceção de prescrição. Ato contínuo, novo prazo prescricional torna a fluir. Se já houvera oposição da exceção, a eficácia de encobrimento da pretensão cessa; se não houvera, a pretensão segue como antes, desimpedida. A eficácia pode ser modulada em benefício de um credor, ou alguns dentre os credores solidários;

(xiii.f) é vedada a modificação de prazos prescricionais por negócio jurídico. A vedação abrange a diminuição ou a extensão dos prazos, bem como a criação, ou afastamento, de hipóteses de interrupção ou suspensão do prazo prescricional. Não podem, também, criar casos de extensão de prazo prescricional – que o direito brasileiro desconhece;

(xiii.g) o óbice ao exercício de pretensões, pela via negocial, ordinariamente ocorre de forma transversa. Criam-se condições suspensivas consistentes na participação, ao devedor, da potencial existência de crédito, limitando a possibilidade de dita notificação no tempo; criam-se termos resolutivos, puros, após os quais o direito subjetivo de crédito se extingue; e criam-se manifestações tácitas de vontade, pelo não-exercício, com tendência abdicativa do credor, ou declaratória de exoneração do devedor (renúncia; quitação; declaração de inexistência de crédito). Como regra, condições, termo e declarações tácitas valem. Se recaem sobre posições jurídicas contratuais, das quais emergem os créditos, valem. Se recaem sobre os créditos já emergidos da relação, com eficácia concreta de antecipar, com maior gravidade, os efeitos destruidores do tempo, não valem, sob pena de esvaziar totalmente de conteúdo a vedação ao negócio jurídico de tempo prescricional;

(xiii.h) a boa-fé do devedor não é pressuposto à aquisição da exceção de prescrição; não há filtro subjetivo no fenômeno, nem *standard* de probidade a seguir para receber, da lei, a exceção.

(xiii.h.1) o exercício da exceção de prescrição está, como qualquer posição jurídica, subordinado aos filtros de ilicitude funcional eleitos pela vedação geral ao abuso do direito: boa-fé, bons costumes, função econômica e social da posição. São afetados por esses filtros, pelo ângulo da boa-fé, v.g., o devedor que

maliciosamente induz o credor a não exercer a pretensão, ou obsta dito exercício por ameaça, e o devedor que oculta o crédito, ou a pretensão, do credor. O exercício da pretensão também esbarra nesses filtros: o credor que impeça a aquisição de exceção de prescrição por sua má-conduta é afetado pelo filtro do abuso. Isso se dá, por exemplo, nos casos em que sua ciência a propósito da pretensão é requerida por lei para que corra o prazo prescricional, e o credor, por negligência, sem escusa, ignora dita existência;

(xiii.h.2) excepcionalmente, em caso de manifesta contrariedade à boa-fé, incide *suppressio* sobre pretensões e exceções não manejadas, ainda que haja prazo prescricional em curso, e ainda que este prazo seja breve;

(xiii.h.3) deseficacização promovida pela incidência da disciplina do abuso do direito não suprime toda a eficácia da exceção da prescrição. O julgador deve divisar se a conduta ilícita foi determinante ao não exercício tempestivo da pretensão e, em sendo, deve fixar prazo em que o exercício da pretensão não é vulnerável pela exceção. Não se cuida de restituição integral de dias, mas de óbice ao efeito paralisante da prescrição pelo prazo mínimo necessário ao manejo da pretensão;

(xiv) o único fundamento da prescrição é a segurança jurídica, compreendida como certeza e previsibilidade do Direito. Na prescrição, a certeza incide a propósito do não-manejo de pretensões existentes, ou imprópria formulação de demanda por pretensões não-existentes, depois de determinado lapso de tempo;

(xiv.a) a prescrição não é um reflexo natural dos efeitos do tempo nas posições jurídicas. No silêncio da lei, os direitos sobrevivem aos seus titulares, perpetuamente. A prescrição é fruto de política legislativa, ferramenta artificial e abstrata voltada à pacificação social;

(xiv.b) os meios e os efeitos da prescrição não são seu fundamento. A prescrição não presume quitadas as obrigações, porque o crédito lhe sobrevive; nem tem por fundamento a redução de disputas, que é apenas seu efeito indireto e não é um valor em si, na medida que demandas justas e necessárias devem ser incentivadas; nem adequa o Direito à realidade, porque não há realidade jurídica fora do Direito, e o Direito é *dever-ser* e não *ser*;

(xiv.c) a prescrição não é fundada em presunções, quer de pagamento, renúncia ou abandono. As presunções são a ferrugem do pensamento científico. Sempre que possível, devem ser evitadas. Na prescrição, a par de indesejáveis, são impertinentes. O pagamento e a renúncia redundariam em extinção do crédito, que não há, na espécie. O abandono (*derrelicção*) igualmente redundaria em extinção, com a

particularidade de se adstringir a direitos reais, escopo menor que aquele da prescrição. Ainda, no abandono e na renúncia, a vontade de abandonar e renunciar é fundamental; na prescrição, a vontade do credor vulnerado não releva;

(xiv.d) a punição ao credor negligente igualmente não fundamenta a prescrição. É possível, e desejável, que o ordenamento confira razoável oportunidade de exercício da pretensão aos credores. Isso não significa que a prescrição apenas se operará contra quem se porte, frente ao próprio crédito e pretensão, de forma indiferente ou leviana. Nos ordenamentos de matriz romano-germânica, mesmo nos mais protetivos, há prescrição que vulnera o credor diligente. É uma escolha de política legislativa, para fechar as portas ao exercício de pretensões em dado momento. Se há prescrição sem negligência, ela pode ser um valor relevante à elaboração da lei, mas não é fundamento do instituto;

(xiv.e) a segurança jurídica não pressupõe decisões justas, mas decisões lastreadas de certeza e previsibilidade. Não se pode afastar a prescrição por não se lhe apreciar o resultado, sem autoridade normativa para a decisão. Não há justiça fora da ciência, e não há ciência fora da lei. A estabilidade judiciária e o acatamento do ordenamento pelo julgador têm, aqui, papel central;

(xiv.f) a segurança jurídica é princípio de assento constitucional no Brasil. A eficácia da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações privadas é indireta e fraca, de regra carente de mediação do ordenamento. A ninguém é dado, portanto, recusar a aplicação da disciplina por uma genérica referência à Constituição, ou a concretização de valores outros, respeitáveis que se afigurem. A normativa prescricional pode ter sua eficácia recusada por inconstitucionalidade, se sua eficácia *de fato* suprimir direito constitucional como a igualdade, a propriedade ou o devido processo legal (compreendido o direito de razoável oportunidade de assegurar exame de núcleo meritório da pretensão em juízo); e

(xiv.g) a pretensão a indenização por danos materiais ou morais decorrentes de ato de tortura, antes ou depois do regime de exceção ditatorial que se instalou no Brasil, é prescritível. A legislação democrática que regula o modo de pagamento destas indenizações, criando exceção prescricional, é conforme a Constituição.

Essas são, enfim, as teses defendidas.

* * *

BIBLIOGRAFIA

AFFONSO, Filipe José Medon. Caminhos para a verdadeira proteção e igualdade: uma releitura do art. 198 do Código Civil. *In: A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 95–112.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Indenização por perdas e danos. Decadência do direito de anulação do contrato. Prescrição da ação de responsabilidade civil prevista na lei societária. Atendimento do critério da razoabilidade no cumprimento do contrato. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 27, p. 184-203 (RT Online p. 1–11), 2005.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel. El plazo de la accion para recobrar la posesion. Es de prescripcion o de caducidad? **Revista de Derecho Privado**, p. 551–560, 1990.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Si la reclamacion extrajudicial interrumpe la prescripcion desde que se hace o cuando la recibe el prescribiente. **Revista de Derecho Privado**, p. 523–534, 1996.

ALMEIDA, Cândido Mendes de, **Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippe I**, vol. 4, 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA, Cândido Mendes de; CORREA TELLES, José Homem. **Auxiliar jurídico (apêndice às Ordenações Filipinas)**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

ALVES, Sonia Marilda Péres. Responsabilidade civil de notários e registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 53, p. 93-101 (disponível na RTOnline, p. 1-8), 2002.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo Código Civil**. Campinas: Servanda, 2006.

AMARAL, Guilherme Rizzo do. **A polêmica em torno da ação de direito material**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/guilherme%20rizzo%20amaral%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

AMORIM FILHO, Agnelo, As ações constitutivas e os direitos potestativos, *in*: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. II**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25–44.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 744 (originariamente publicado no vol 300), p. 725-750 (RT Online p. 1–20), 1997.

ANDRADE NEVES, Julio G., **A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil**, São Paulo: Almedina, 2016.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. **Comentários ao novo Código Civil. Das várias espécies de contrato (vol. 9)**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

ANTUNES, Ana Filipa Moraes. **Prescrição e caducidade. Anotação aos artigos 296º a 333º do Código Civil (O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, **Ordem pública e processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**, São Paulo: Atlas, 2011

ARCOS RAMÍREZ, Federico. **Rule of law, seguridad jurídica y justicia**. Cali: Universidade Autónoma de Occidente, 2014.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Da prescrição intercorrente. **Revista Forense**, v. 415, p. 3–26, 2012.

ASTONE, Francesco. Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede. **Rivista di diritto civile**, v. 6-Ano LI-parte seconda, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AYMERIC, Nicolas. L'incidence du comportement du débiteur sur la prescription. **Revue trimestrielle de droit civil**, v. 3, p. 519–538, 2013.

BANDRAC, Monique, Les tendances recentes de la prescription extinctive en droit français, **Revue internationale de droit comparé**, v. 46 (n.º 2), p. 359–377, 1994.

BARROSO, Luís Roberto, Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Palestra disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI231089,81042->

[Ministro+Barroso+E+preciso+ir+buscar+](#) solucoes+e+respostas+originais.) Acesso em 3 de janeiro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 137–156.

BATISTA, Ovídio A. **Direito material e processo**. Academia Brasileira de Direito Processual. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/65-artigos-mai-2008/5999-direito-material-e-processo>>. Acesso em: 19 nov. 2017

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BELLO FILHO, Ney de Barros, Teoria dos direitos fundamentais, **Revista dos Tribunais do Nordeste**, v. 4, p. 71–94, 2014.

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. A responsabilidade civil de notários e registradores sob a égide da Lei 13.286/2016. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 81, p. 363-381 (disponível na RTOnline, p. 1-13), 2016.

BERNARDES, Júlio César. A prescrição e a decadência no Código Civil de 2002 - Apontamentos sobre as alterações efetivadas. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 63, p. 377–413, 2013.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. 1**. 3ª tiragem (histórica) da 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955

BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de Codigo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

BIANCA, Cesare Massimo; BIANCA, Mirzia Rosa. **Istituzioni di diritto privato**. Milão: Giuffrè Editore, 2014.

BIANCA, Cesare Massimo. **Le garanzie real; la prescrizione**. Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 508.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A exceção de contrato não cumprido no Direito Privado brasileiro**. Dissertação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BIGUENET-MAUREL, Cécile. **Dictionaire de la prescription civile**. 2^a. Levallois: Editions Francis Lefebvre, 2014.

BONALDO, Frederico, **Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade. Uma leitura à luz da história do pensamento jurídico**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009.

BONEL, Michael Joachim. Limitation periods. *In*: HARTKAMP, Arthur; HESSELINK, Martijn; HONDIUS, Ewoud; *et al* (Orgs.). **Towards a European Civil Code**. 3^a. Haia: Kluwer Law International, 2004.

BONIFFACY, Émile. **De la règle “contra non valentem agere non currit praescriptio” et de ses applications en matière civile**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit & de Jurisprudence, 1901.

BUFFONE, Giuseppe. Sospensione ed interruzione. *In*: **Prescrizione e decadenza. Come farle valere in giudizio e relative strategie processuali (a cura di Luigi Viola, coordinamento di Michelle Filippelli)**. Vicenza: Wolters Kluwer e CEDAM, 2015.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Compra e venda de participações societárias de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CABRAL DE MONCADA, Luís. **Lições de Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CALZOLAIO, Ermanino, La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo, **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 65 (n.º4), p. 1087–1106, 2011.

CÂMARA LEAL, Antonio Luis da. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CÂMARA, Alexandre Freitas, Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua, disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1020.htm.%20Acesso%20em%2002/12/2007>.

CAMPOS, Francisco. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1956.

CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Conselho de administração e diretoria. Direitos e responsabilidades. *In: Direito das Companhias, vol. 1.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1084–1262.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, v. 7, p. 108–124, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANNATA, Carlo Augusto, **Profilo istituzionale del processo privato romano. Il processo formulare,** Turino: G. Giappichelli Editore, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6^a. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPONI, Remo. Gli impedimenti all’esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione. v. 42, p. 721–761, 1996.

CARDILLI, Riccardo. A boa-fé como princípio do Direito dos Contratos: Direito Romano e América Latina. *In: Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano (coord. Sandro Schipani e Danilo B. dos Santos G. de Araújo).* São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Superior Tribunal de Justiça, segurança jurídica e arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 34, p. 97–106, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil, vol. II.** São Paulo: Servanda, 1999.

CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. **Da prescrição (artigos 161 a 179 do Código Civil).** 3^a ed., Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito, 1956.

CASTRO, Demades Mario. A responsabilidade civil dos notários e registradores e a edição da Lei 13.286, de 10 de maio de 2016. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 81, p. 337–361, 2016.

CHAPLIN, Micheal E. Reviving contract claims barred by the statute of limitations: and examination of the legal and ethical foundation for revival. **Notre Dame Law Review**, v. 75, p. 1571–1595, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti. *In: Saggi di diritto processuale civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993.

CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do Direito Privado romano - Observações sistemático-teoréticas sobre uma ordem jurídica que não conhecia “Direitos Fundamentais”. *In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). Direitos fundamentais e direito privado. Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11–40.

CIANCI, Mirna, A prescrição na lei 11.280/2006, **Revista de Processo**, v. 148, p. 32–45, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Democratização e segurança. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 943–960.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis, Cessão de crédito. Cisão do direito subjetivo. Reserva da pretensão e do direito de ação ao cedente inadmissível, por inviável no direito brasileiro. Ilegitimidade deste para propositura de execução. Violação do art. 6º do CPC. Falta de condição da ação. Hipótese de ausência ou carência da pretensão a executar, que pode e deve ser declarada de ofício pelo juiz antes da penhora ou da propositura de embargos, **Revista dos Tribunais**, v. 638, p. 10–14, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A prescrição e as pretensões e ações formuladas em face da fazenda pública. *In: Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. 1. ed. Salvador: JusPodium, 2014, p. 319–341.

DE ASSIS, Araken. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milão: Giuffrè Editore, 1950.

DE NOVA, Giorgio. **Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato**. 2ª. Turim: G. Giappichelli Editore, 2017.

DEL SIGNORE, Giovanni, **Contributo alla teoria della prescrizione**, Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004.

DELLE MONACHE, Stefano. Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione. *In: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p. 363–391.

DI LORENZO, Giovanni; GAMBINO, Alberto Maria; LA PIETRA, Monica; *et al.* **II Codice Civile. Commentario. La prescrizione (tomo secondo; Artt. 2941-2963), a cura di Paolo Vitucci e Saviero Ruperto.** Milão: Giuffrè Editore, 2014.

DI PAOLA, Luigi. Brevi note in tema di pagamento parziale del debito prescritto e di rinuncia tacita alla prescrizione. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, v. 99, p. 143–166, 2001.

DICKSTEIN, Marcelo. **A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Suppressio.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DICKSTEIN, Marcelo. **Nulidades prescrevem? Uma perspectiva funcional da invalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie, Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência, **Revista de Processo**, v. 38 (n. 223), p. 87–100, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, vol. II,** 6ª Edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2009.

DINIZ, Maria Helena, **Prescrição e decadência no novo direito de família: alguns aspectos relevantes**, in: Prescrição no Novo Código Civil: uma análise interdisciplinar, CIANCI, Mirna (coord.) – São Paulo: Saraiva, 2005.

DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica. **Revista de Direito Imobiliário e Registral**, v. 54, p. 11–33, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. Configuração de direitos fundamentais e segurança jurídica. **Revista dos Tribunais**, v. 887, p. 9–35, 2009.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada (vol. 3).** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de Direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 54, p. 79-122 (1–35 na plataforma RTOnline), 2017.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Parte Geral do Direito Civil. Estrutura do Direito, vol. 2.** 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961.

FARATH, George Ibrahim. **Um ensaio sobre a ação de direito material.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. **Uniform Law Revue - Revue de Droit Uniforme - UNIDROIT**, v. 11, p. 103–34, 2006.

FERNANDES, Luís Carvalho Fernandes, Da renúncia nos direitos reais: in **Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Dias Marques**, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 571-592.

FIUZA, César. A incidência da prescrição em face da autonomia do direito processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 21 (n.º 81), p. 29–46, 2013.

FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRANCO, Ary Azevedo. **A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro, doutrina e jurisprudência**. 3ª. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

FRANCO, Ary Azevedo. **A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro, doutrina e jurisprudência**. 3ª. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

FREIRE, Homero. Da pretensão ao direito subjetivo. In: **Estudos de direito processual in memoriam do Ministro Costa Manso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

GABRIELLI, Enrico. **La consegna di cosa diversa**. Napoli: Jovene, 1987.

GABRIELLI, Giovanni. Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione. **Rivista di diritto civile**, v. 57, p. 1–13, 2011.

GERARDO, Michele; MUTARELLI, Adolfo. **Prescrizione e decadenza nel diritto civile: aspetti sostanziali e strategie processuali**. Turino: G. Giappichelli Editore, 2015.

GOMES, Orlando; THEODORO JUNIOR, Humberto (atualizador), **Direitos Reais**, 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONTIJO, Anna Carolina Marques, A reforma trabalhista e o fim da execução de ofício pelo juiz como regra geral. Efeitos, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. Edição especial (nov/2017), p. 143–152, 2017.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel *et al.* La media prescripción frente al delito de desaparición forzada de personas. Incumplimiento de la normativa internacional en materia de crímenes de lesa humanidad? **Revista Direito GV**, v. 10, p. 321–346, 2014.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e decadência**. 2^a. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia. Síntese de um milênio**. Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003.

HONDIUS, Ewoud. La prescription en droit néerlandais. *In: La prescription extinctive. Études de droit comparé*. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 961–972.

JANKE, Benjamin West; LICARI, François-Xavier. The French revision of prescription: a model for Louisiana? **Tulane Law Review**, v. 85, 2010.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio, **Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)**, Titularidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KLEIN, Julie. **Le point de départ de la prescription**. Paris: Economica, 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LICARI, François-Xavier; JANKE, Benjamin West. Contra non valentem in France and Louisiana. Revealing the parenthood, breaking a myth. **Louisiana Law Review**, v. 503, p. 1–39, 2011.

LICARI, François-Xavier. Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères récentes ou en gestation (Lousiane, Allemagne, Israël). **Revue internationale de droit comparé**, v. 4, p. 739–784, 2009.

LLOVERAS, Nora. La suspensión de la prescripción entre cónyuges. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba**, v. 6, p. 441–482, 1998.

LONGOBUCCO. **Raporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

LORENZ, Stephan. La prescription en droit allemand. *In: La prescription extinctive. Études de droit comparé*. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 845–863.

LOTUFO, Renan, Exceção de domínio no direito possessório brasileiro, *in: CAHALI, Yussef Said (Org.), Posse e Propriedade. Doutrina e jurisprudência*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 687–730.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado, vol. 1. Parte geral (arts. 1º a 232)**. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUCCA, Newton de. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos atos unilaterais. Dos títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LUMIA, Giuseppe, **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**, 3ª. Milão: Giuffrè Editore, 1981.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. A prescrição poder ser usada em qualquer fase processual. **Revista dos Tribunais**, v. 87 (n.º 755), p. 156–158, 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil Comentado. Prescrição, Decadência, Prova. Artigos 189 a 232**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCATO, Antonio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do Novo Código Civil. *In: Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, vol. 1. Teoria Geral do Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, vol. 2. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo, Direito Restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento

indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo, **Revista dos Tribunais**, v. 956, p. 257-295 (RTOnline 1–24), 2015

MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, v. 979, p. 215–241, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o dies a quo do prazo prescricional. **Revista Eletrônica Ad Judicata**, v. I, p. 1–24, 2013. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a3f8877059.pdf>.

MARTINS-COSTA, Judith. O “princípio da unicidade da interrupção”: notas para a interpretação do inciso I do art. 202 do Código Civil. *In: A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 185–200.

MARTINS, Fábio Floriano Melo. **A interferência lesiva de terceiro na relação obrigacional**. São Paulo: Almedina, 2017.

MATIELI, Louise Vago. Análise funcional do art. 200 do Código Civil. *In: A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 231–271.

MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e aplicação do Direito**, 20^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Imprescritibilidade do exercício das situações jurídicas existenciais. *In: A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 541–553.

MEKKI, Soraya Amrani. Les causes d’interruption et de suspension. *In: La prescription extinctive. Études de droit comparé*. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 474–505.

MELLO, Marcos Bernardes de, **Teoria do fato jurídico. Plano da validade**, 4^a. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha, Negócio jurídico processual, direitos que admitem autocomposição e o pactum de non petendo, **Revista de Processo**, v. 272, p. 1157–1176, 2017.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, **Da Modernização do Direito Civil. I - Aspectos gerais**, Coimbra: Almedina, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil, t. 1. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral**. 4^a. Coimbra: Almedina, 2012.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil, t. V. Parte geral, exercício jurídico**. 2^a. Coimbra: Almedina, 2015.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direitos reais**. 5^a. Coimbra: Almedina, 2015.

MESQUITA, Euclides de. **A compensação no direito civil brasileiro**. São Paulo: Leud, 1975.

MIRANDA, JORGE; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. *In: Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel, Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material - “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral, **Revista de Processo**, v. 124, p. 283–290, 2005.

MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito subjetivo, pretensão, ação, **Revista de Processo**, v. 47, p. 109-123 (plataforma RT Online, 1-12), 1987.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. Com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil Brasileiro. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 11, p. 67/77, 2002.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do Direito Civil**. 4 (2^a reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MURGO, Caterina. **Il tempo e i diritti. Criticità dell’istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee**. Turino: G. Giappichelli Editore, 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY, Nelson. Prescrição da pretensão individual homogênea. *In: Soluções práticas (vol. 4)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1455-1488 (RTOnline 1–22).

NETO, Soriano. **Pareceres (Separata da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife - XLIX)**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1943.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Prescrição e decadência no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. A Verwirkung, a renúncia tácita, e o direito brasileiro. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.

PATTI, Salvatore. Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 64, p. 21–36, 2010.

PATTI, Salvatore. Prescrizione. *In: Digesto delle Discipline Privatistiche*. 4. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1999, v. XIX, p. 722–730.

PATTI, Salvatore. **Profili della Tolleranza nel Diritto Privato**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1978.

PATTI, Salvatore. Verwirkung. *In: Digesto delle Discipline Privatistiche, t. XIX*. 4. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1999, p. 722–730.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (revisor e atualizador), **Instituições de Direito Civil, vol. IV**, 18^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Comentários ao Código Civil de 2002, vol. I. Parte geral, arts. 1o a 232 (com atualização legislativa de Cristiano de Sousa Zanetti e Leonardo de Campos Melo)**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. I**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. I (atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes)**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. II**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações e Contratos. Pareceres de Acordo com o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Prescrição suspensão do prazo prescricional na pendência de processo administrativo. Distinção da interrupção. *In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 6*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41–43.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado, t. 5**, 2^a. São Paulo: Borsoi, 1952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de direito privado, t. 26**, atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações, vol. 7**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6 (atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado, t. 55**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 2**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 37 (atualizado por Rodrigo Xavier Leonardo)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 135-137.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, t. 6**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

QUEIROZ, João Quinelato de. A aplicabilidade da suppressio na vigência de prazos prescricionais. *In: A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 323–342.

RANIERI, Filippo. **Rinuncia Tacita e Verwirkung. Tutela del affidamento e decadenza da un diritto**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência (introdução à epistemologia jurídica)**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, Exceções no Direito Civil: um conceito em busca de um autor?, *in*: **Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho**, 1. ed. Salvador: JusPodium, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *In*: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil, vol. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 829–872.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito (Lisboa)**, v. 143, p. 43–66, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson, Prescrição: da exceção à objeção, *in*: **Questões contemporâneas de Direito**, Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 139–154.

ROSMAN, Luiz Alberto Colonna; BULHÕES-ARIERIA, Bernardo A. de. Prazos prescricionais em espécie. *In*: **Direito das Companhias, vol. 2**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2093–2116.

SAAB, Rachel. **Prescrição. Função, pressupostos e termo inicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SANTOS, Thiago Rodovalho. **Prescrição e decadência no âmbito do Código Civil brasileiro**. Campinas: Copola, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria de, **Exceções substanciais: exceção de contrato não**

cumprido (exceptio non adimpleti contractus), Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.

SICA, Heitor Vitor Mendonça, **O direito de defesa no processo civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**, São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SILVA, Ovídio Batista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3^a. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil Comentado**. 7^a. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013.

SIRENA, Pietro, La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa, **Rivista di diritto civile**, v. 2, p. 379–405, 2018.

SOUZA, Bárbara Bassani. **Seguros: beneficiários e suas implicações**. São Paulo: Editora Roncarati, 2016

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Incapacidade civil e discernimento reduzido como causas obstativas da prescrição e da decadência. *In*: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 39–94.

SPINA, Giulio. I presupposti della prescrizione. *In*: **Prescrizione e decadenza. Come farle valere in giudizio e relative strategie processuali (a cura di Luigi Viola, coordinamento di Michelle Filippelli)**. Vicenza: Wolters Kluwer e CEDAM, 2015.

STEINER, Renata, A ciência do lesado e o início da contagem do prazo prescricional, **Revista de Direito Privado**, v. 50, p. 73–92, 2012.

STIJNS, Sophie; SAMOY, Ilse. La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties (rapport belge). *In*: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 341–383.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties (rapport français). In: **La prescription extinctive. Études de droit comparé**. Bruxelas: Bruylant, 2010.

STORME, Matthias E.; MCGEE, Andrew; POZZO, Barbara. Constitutional review of disproportionately different periods of limitation of actions (prescription). **European Review of Private Law**, v. 1, p. 79–100, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. As várias faces da discricionariedade no Direito Civil brasileiro: o “reaparecimento” do Movimento do Direito Livre em Terrae Brasilis. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 8, p. 37–48, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprinciologismo a partir do caso das “famílias paralelas”. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, p. 151–160, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 2. 5ª. São Paulo: Método, 2010.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, **Consolidação das Leis Civis**, t. I, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação da Universidade de Brasília - UnB, 1983.

TELES, Inocência Galvão, **Manual dos Contratos em Geral**, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 37, n. Podval, p. 1–3, 2009. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.037.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; BUCAR, Daniel. Autonomia privada e prazos prescricionais. In: **A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 273–302.

TESCARO, Mauro. **Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto, A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica, **Revista de Processo**, v. 136, p. 32–57, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A extinção da hipoteca pelo decurso do tempo no regime do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 53, p. 165–176, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As novas reformas do CPC**. São Paulo: ADBR Editora, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 2)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova (vol. 3, tomo 1)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição. **Revista dos Tribunais**, v. 924, p. 79-107 (RT online 1–15), 2012.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa, Pactum de non petendo parcial, **Revista de Processo**, v. 280, p. 19–39, 2018.

TZIRULNIK, Ernesto. Ornitorrinco securitário. A prescrição da pretensão indenizatória. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br/artigos/ornitorrinco-securitario-a-prescricao-da-pretensa-indenizatoria.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2018.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, **Teoria geral do Direito Civil**, 8ª. Coimbra: Almedina, 2015.

VELASCO, Ignacio M. Poveda, A boa-fé na formação dos contratos (direito romano), *in*: **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 3, p. 755–765.

VIANA, Marco Aurélio S. **Código Civil comentado: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Direitos reais (vol. 16)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIOLA, Luigi. **Prescrizione e decadenza**. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009.

WACKE, Andreas, La exceptio doli en el derecho romano clásico y la Verwirkung en el derecho alemán moderno, *in*: **Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener**, Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 977–997.

WALD, Arnaldo. A estabilidade do direito e o custo Brasil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 4, p. 159–165, 1999.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor, **Polemica intorno all’actio (com introdução de Giovanni Pugliese)**, Florença: Stabilimenti Tipolitografici Vallecchi, 1954

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. **Revista dos Tribunais**, v. 942, p. 117–139, 2014.

ZIMMER, Willy. Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique, *in* Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999. Paris: Economica, 2000.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative foundations of a European law of set-off and prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ZIMMERMANN, Reinhard. Extinctive prescription under the Avant-projet. **European Review of Private Law**, v. 6, p. 805–820, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard. Prescription. *In*: **The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, vol. II**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1306–1310

ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations. Historical and comparative perspectives**. Oxford University Press: Nova Iorque, 2005.