

ATALÁ CORREIA

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: ENTRE PASSADO E FUTURO

Tese de Doutorado

Orientadora: Profa. Titular Dra. Silmara Juny de Abreu Chinellato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2020

ATALÁ CORREIA

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: ENTRE PASSADO E FUTURO

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação da Profa. Titular Dra. Silmara Juny de Abreu Chinellato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2020

Correia, Atalá

Prescrição e Decadência: entre passado e futuro ;
Atalá Correia ; orientador Silmara Juny de Abreu
Chinellato -- São Paulo, 2020.

462

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2020.

1. Direito. 2. Direito Privado. 3. Direito Civil.
4. Teoria Geral do Direito Civil. 5. Código Civil. I.
Chinellato, Silmara Juny de Abreu , orient. II.
Título.

ut nihil non iisdem verbis redderetur auditum.

RESUMO

CORREIA, Atalá. *Prescrição e decadência: entre passado e futuro*. 2020. 445 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente estudo dedica-se a analisar dois institutos, prescrição e decadência, que no direito privado brasileiro refletem os efeitos do tempo sobre as situações jurídicas. Sob uma perspectiva histórico-evolutiva, apresentam-se a definição e a função atualmente aceitas para cada um deles. Sua funcionalidade é particularmente objeto de contraste com aquilo que se passa em países cuja tradição jurídica exerce alguma influência entre nós. As legislações de Portugal, França, Alemanha e Itália foram particularmente consideradas. Em razão da opção legislativa de considerar a prescrição como a decorrência do tempo sobre a pretensão, era necessário bem separá-la daquilo que acontece em algumas situações processuais, denominadas como limitações temporais ao direito de ação. Formado um amplo panorama de sua concepção dogmático-teórica, apresentam-se os problemas centrais da discussão, saber se prescrição e decadência são institutos com boa operabilidade, isto é, se podem ser aplicados de forma segura, e se, além disso, refletem soluções justas. A pergunta é particularmente relevante porque a teoria consolidou-se há algumas décadas, mas desde então houve grande influxo de inovações sociais. Os problemas de operabilidade estão essencialmente ligados às dificuldades de delimitação destes institutos perante aquilo que ocorre nas situações processuais, notadamente quando não está claro se é a pretensão, a ação ou o direito que sofre a limitação temporal; às situações em que de uma mesma lesão surgem pretensões diversas (concorrência de pretensões); aos lapsos de coerência e harmonia dentro do sistema jurídico. Os problemas de justiça levam a duas indagações. A primeira delas diz respeito à razoabilidade dos prazos, o que exige análise de seu termo inicial, suas causas de suspensão e de interrupção. A segunda delas concerne à identificação das situações que merecem ser protegidas com imprescritibilidade. No que diz respeito à decadência, procurou-se delimitar seu campo de atuação perante os direitos subjetivos prestacionais e também sobre os direitos potestativos. Indagou-se como o tema deve ser articulado com a *suppressio*. Explorou-se particularmente a decadência nas ações edilícias. A tese, ao final defendida, é a de que a teoria e o direito positivo atualmente já não explicam os fenômenos vivenciados e precisam ser repensados, para simplificação do sistema e diminuição de equívocos comuns. Sem isso, não há segurança jurídica possível. Como resultado, o presente trabalho propõe um conjunto de pequenas inovações para a aplicação da prescrição e da decadência.

Palavras-chave: prescrição, decadência, pretensão, ação, segurança jurídica.

ABSTRACT

CORREIA, Atalá. *Extinctive prescription and peremption: between past and future*. 2020. 445 f. Doctorate – Faculty of Law, São Paulo University, São Paulo, 2020.

In Brazil, two different legal figures, extinctive prescription and peremption (“decadência”), encompass time limitation of subjective rights under private law. This paper begins with an historical approach to their definition and function. After that, their functionality was contrasted with corresponding figures seen in countries of similar legal tradition. Portugal, France, German and Italy laws were particularly considered. Brazilian statutory law opted to treat prescription as time limitation of actions (material pretension, more specifically) and that made necessary to point out differences towards time limitation of procedural actions and other related figures seen in procedural law. These elements compose a broad overview of prescription and peremption considering theory and dogmatic features. That have been said, we presented the main problem of our discussion: knowing whether prescription and peremption, as they are nowadays conceived, can be put in motion with certainty and justice. This is a relevant question as their conception was formed some decades ago and remains unchanged whilst society and law evolved over time. Lack of certainty stems from difficulties in proper segregation from other figures, procedural one’s mainly, and it also derives from lack of harmony within the legal system. For instance, very often jurists express dissenting opinions on relevant matters, such as (i) whether a subjective right, a pretension or an action was time barred; (ii) if more than one pretension may arise from the same fact, being then subject to different time limitations. Lack of justice put in light different matters. First, fairness of time periods, which lead us to a detailed analysis of departing points (commencement), possibility of suspension (postponement) and renewal. Second, it was necessary to identify and evaluate cases not reached by time limitation, which are subject to perpetual possibility of litigation. With regard to peremption alone, we proposed that time limitation can reach not only potestative rights, as generally accepted, but also other sort of subjective rights. We draw attention to the *suppressio* rule, i.e., whether good faith can authorize courts to time bar actions, rights and pretensions. We brought to light several issues related to time limitation of redhibitory actions. In the end, we propose that prescription and peremption rules, as conceived in theory and statutory law, do not give proper solution to current disputes, which arise in a different context, and should be changed, simplified, in order to obtain better results in terms of certainty and justice.

Keywords: prescription, peremption, pretention, action, certainty.

RIASSUNTO

CORREIA, Atalá. *Prescrizione e decadenza: tra passato e futuro*. 2020. 445 f. Tesi (Dottorato in diritto) – Facoltà di Diritto, Università di São Paulo, São Paulo, 2020.

La presente ricerca si dedica all'analisi di due istituti, la prescrizione e la decadenza, che nel diritto privato riflettono gli effetti del tempo sulle situazioni giuridiche. Da una prospettiva storico-evolutiva, vengono presentate la definizione e la funzione attualmente accettate per ciascuno di essi. La sua funzionalità è proprio l'oggetto di contrasto a ciò che accade nei Paesi cui la tradizione giuridica esercita qualche influenza tra di noi. Le legislazioni di Portogallo, Francia, Germania e Italia vanno particolarmente considerate. A causa dall'opzione legislativa di considerare la prescrizione come conseguenza del tempo sulla pretensione è stato necessario separarla da ciò che accade in alcune situazioni processuali, definite come limitazioni temporali al diritto di azione. Avendo formato un ampio panorama riguardante la sua concezione dogmatico-teorica, vengono presentati i principali problemi della discussione: capire se la prescrizione e la decadenza sono istituti con una buona operabilità, cioè, se possono essere applicati in modo sicuro e se, inoltre, riflettono soluzioni giuste. La domanda è particolarmente rilevante poiché la teoria è stata consolidata da alcune decenni, ma da allora c'è stato un grande afflusso di innovazioni sociali. I problemi di operabilità sono essenzialmente collegati alle difficoltà di delimitazione di questi istituti in relazione a ciò che si verifica nelle situazioni processuali, in particolare quando non si è chiaro ancora se è la pretensione, l'azione o il diritto che subisce la limitazione temporale; alle situazioni in cui dalla stessa lesione sorgono pretensioni diverse (concorso di pretensioni); alla mancanza di coerenza e armonia all'interno del sistema giuridico. I problemi di giustizia portano a due domande. La prima domanda riguarda alla ragionevolezza della scadenza, che richiede un'analisi del suo termine iniziale, oltre le cause di sospensione e interruzione. La seconda domanda riguarda alla precisazione delle situazioni che meritano di essere protette dalla imprescrittibilità. Per quanto riguarda alla decadenza, si è cercato di delimitare il suo campo di attuazione in relazione ai diritti soggettivi alle prestazioni eppure ai diritti potestativi. A tal intento, è stato indagato come il tema dovrebbe essere articolato con la *suppressio*. Particolarmente esplorata è stata la decadenza nelle azioni edilizie. La conclusione della tesi sostenuta è che ora la teoria e il diritto positivo non spiegano più i fenomeni osservati, e quindi, devono essere ripensati per semplificare il sistema e ridurre gli sbagli comuni. Senza tale provvidenza non è possibile avere una vera e propria sicurezza giuridica. Alla fine, propone questo lavoro una serie di piccole innovazioni verso la giusta applicazione della prescrizione e della decadenza.

Parole-chiavi: Prescrizione, decadenza, pretensione, azione, sicurezza giuridica.

RÉSUMÉ

CORREIA, Atalá. *Prescription extinctive et déchéance: entre passé et futur*. 2020. 445 f. Dissertation (Doctorat en Droit)- Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2018.

La présente étude se consacre à analyser deux instituts, la prescription extinctive et la déchéance (“decadência”), qui dans le droit privé brésilien reflètent les effets du temps sur les situations juridiques. Dans une perspective historique et évolutive, on présente la définition et la fonction actuellement acceptées pour chacun d’eux. Sa fonctionnalité est particulièrement opposée à ce qui se passe dans les pays dont la tradition juridique a une certaine influence parmi nous. Les lois du Portugal, de la France, de l’Allemagne et de l’Italie ont été particulièrement prises en compte. En raison de l’option législative d’examiner la prescription extinctive comme le résultat du temps sur la prétention (le ‘anspruch’ du droit Allemagne), il était nécessaire de la séparer de ce qui se passe dans certaines situations procédurales, appelées limitations temporelles du droit d’action. Ayant formé un large panorama de sa conception dogmatique et théorique, les principaux problèmes de la discussion sont présentés, à savoir si la prescription extinctive et la déchéance sont des instituts bien opérationnels, c’est-à-dire, s’ils peuvent être appliqués en toute sécurité et si, en plus, ils reflètent des solutions justes. La question est particulièrement pertinente car la théorie a été consolidée il y a quelques décennies, mais depuis lors, il y a eu un grand afflux d’innovations sociales. Les problèmes d’opérabilité sont essentiellement liés aux difficultés de délimitation de ces instituts par rapport à ce qui se passe dans des situations procédurales, notamment lorsqu’il n’est pas clair si c’est la prétention, l’action ou le droit qui souffre de la limitation temporelle; aux situations dans lesquelles du même préjudice naissent différentes réclamations (concurrence des prétentions); au manque de cohérence et d’harmonie au sein du système juridique. Les problèmes de justice mènent à deux questions. La première concerne le caractère raisonnable des délais, ce qui nécessite une analyse de leur point de départ, de leurs causes de suspension et d’interruption. La seconde concerne l’identification des situations qui méritent d’être protégées avec imprescriptibilité. En ce qui concerne la déchéance, on a cherché à délimiter son champ d’action devant les droits subjectifs des avantages et aussi sur les droits potestatifs. Il a été demandé comment le thème doit être articulé avec *suppressio (verwirkung)*. La déchéance des actions rédhitoire a été particulièrement explorée. La thèse, finalement défendue, est que la théorie et la loi positive n’expliquent plus actuellement les phénomènes vécus et doivent être repensées pour simplifier le système et réduire les idées fausses courantes. Sans cela, aucune sécurité juridique n’est possible. En conséquence, le présent travail propose un ensemble de petites innovations pour l’application de la prescription et de la déchéance.

Mots-clés: prescription, déchéance, prétention, action, sécurité juridique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
§1. <i>Palavras iniciais</i>	19
§2. <i>Metodologia</i>	22
§3. <i>Escopo</i>	25
PARTE I.....	29
EVOLUÇÃO E FUNDAMENTOS.....	29
CAPÍTULO 1	31
PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA AO LONGO DOS SÉCULOS	31
§4. <i>O período de separação entre prescrição e decadência</i>	31
i. <i>O surgimento da prescrição no direito romano</i>	31
ii. <i>A origem da expressão “prescrição”</i>	42
iii. <i>O direito brasileiro</i>	43
§5. <i>O período de prescritibilidade da pretensão</i>	54
§6. <i>A consolidação da evolução teórica</i>	68
CAPÍTULO 2	71
FUNDAMENTOS	71
§7. <i>Funções da Prescrição e da Decadência: tempo, memória e documentação</i>	71
§8. <i>Justiça e segurança</i>	86
PARTE II.....	93
PRESCRIÇÃO E SEUS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS.....	93
CAPÍTULO 3	97
CRÍTICAS À REDAÇÃO DO ART. 189, CC/2002	97
§9. <i>Pretensões autônomas</i>	97
§10. <i>Extinção da pretensão</i>	102
§11. <i>Cognoscibilidade da prescrição</i>	107
§12. <i>Direito intertemporal e modificação do prazo prescricional por lei posterior</i>	115
§13. <i>Conclusões Parciais</i>	125
CAPÍTULO 4	127
PRESCRITIBILIDADE DE DIREITOS.....	127
§14. <i>A Solução Italiana</i>	127
§15. <i>A Perspectiva Portuguesa</i>	132
§16. <i>Conclusões parciais</i>	136
CAPÍTULO 5	137
LIMITAÇÃO TEMPORAL AO DIREITO DE AÇÃO.....	137
§17. <i>Mandado de segurança</i>	138
§18. <i>Ação rescisória</i>	140
§19. <i>Ação popular</i>	145
§20. <i>Ações coletivas</i>	149
§21. <i>Discussão</i>	152
i. <i>Prazos processuais próprios</i>	153
ii. <i>Direitos materiais com função processual</i>	157

iii. Pretensões coletivas propriamente ditas	158
§22. Ações cambiais e monitória	159
§23. Conclusões Parciais	164
CAPÍTULO 6.....	167
CONTEÚDO E CONCORRÊNCIA DE PRETENSÕES	167
§24. Protesto e Cadastros de Inadimplentes.....	176
§25. Prescrição intercorrente e execução.....	184
§26. O problema das diversas interrupções.....	193
§27. Conclusões Parciais	194
CAPÍTULO 7.....	197
RAZOABILIDADE DOS PRAZOS	197
§28. Termo inicial dos prazos prescricionais: teorias objetiva e subjetiva.....	199
§29. Os recentes exemplos dados pelo direito europeu: BGB, Code Civil, DCFR e PECL	206
§30. Pagamento com sub-rogação.....	213
§31. Pagamento dos juros e prestações acessórias	214
§32. Pagamento em parcelas	217
§33. Pretensões de reparação por responsabilidade aquiliana e contratual	219
§34. Causas de Suspensão e Interrupção da Prescrição	228
§35. Negócios Jurídicos Destinados a Alterar Prazos.....	241
CAPÍTULO 8.....	245
IMPRESCRITIBILIDADES.....	245
§36. Ações declaratórias.....	247
§37. Nulidades.....	255
§38. Nulidade de marca	266
§39. Nulidades Especiais da Doação.....	271
§40. Direitos de propriedade	274
§41. Petição de Herança.....	283
§42. Direitos de personalidade e de autor	288
§43. Prazos aplicáveis às pretensões prescricíveis de direito de autor	294
§44. Alimentos.....	300
§45. Imprescritibilidade quanto à relevância do direito violado	300
i) Imprescritibilidade dos danos ao erário	302
ii) Prescritibilidade na Corte Europeia de Direitos Humanos	307
iii) Prescritibilidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos	310
iv) Tortura	318
v) Danos ambientais e benefício previdenciário.....	320
vi) Considerações Críticas	322
§46. Conclusões Parciais	336
PARTE III.....	339
DECADÊNCIA.....	339
CAPÍTULO 9.....	341
CARACTERÍSTICAS GERAIS DA DECADÊNCIA.....	341
§47. Visão geral	341
§48. Propriedade a termo, propriedade industrial e direito de autor	347
§49. Não-uso	349
§50. Suppressio	355
§51. Conclusões Parciais	362

CAPÍTULO 10	365
§52. Ações Edilícias: O regime do Código Civil.....	365
§53. Ações Edilícias: O regime do Código de Defesa do Consumidor.....	370
i) A natureza decadencial do prazo.....	372
ii) O prazo final para a reclamação quanto a vícios ocultos	376
§54. <i>Cumulação de posições jurídicas</i>	379
§55. <i>Transição para dever de conformidade</i>	384
§56. <i>Conclusões parciais</i>	397
 CONCLUSÕES.....	 399
 REFERÊNCIAS.....	 407
 APÊNDICE.....	 443
§. <i>Índice de Fontes Latinas</i>	443
§. <i>Abreviações</i>	461

INTRODUÇÃO

§1. Palavras iniciais

A prescrição e a decadência ocupam lugar central na teoria geral do direito civil, pois colocam fim a controvérsias diversas em nome da segurança jurídica.¹ As questões doutrinárias que cercam esses institutos abrem caminho para inúmeras outras indagações que, por sua vez, só podem ser bem respondidas a partir de perspectivas mais gerais e globantes. Assim, dizer algo sobre a prescrição e sobre a decadência é revelar o que pensamos sobre todo o ordenamento jurídico. Não se pode fazer interpretação em tiras.²

Se tudo flui e se transforma, há de haver o tempo em que o passado seja visto apenas como história, e não como fonte de novos litígios. O direito, preso como idealização fora da contingência da vida social, é absoluto e imutável, assim, sobre ele, o decurso do tempo nenhuma mudança poderia realizar. As aspirações comuns precisam ser adaptadas, por acordo, às contingências e transformações da vida individual e, nessa seara, prescrição e decadência cumprem seu papel.

Sob essa perspectiva, o tempo tem efeitos sobre os direitos e, se as coisas têm de ser assim, é legítimo que todos saibamos quando deixar para trás o que passou. Em outras palavras, os efeitos do tempo sobre os direitos devem ser previsíveis, ou confiáveis, no sentido de cognoscíveis *a priori* e calculáveis.³

Prescrição e decadência funcionam, portanto, impondo preclusões, tomando-se a expressão num sentido muito amplo. Há razoáveis dúvidas sobre nossa capacidade de reconstruir o que se passou, em razão da limitação dos meios e da memória, e, se assim for, o esforço empregado para decidir não é isento de riscos. Quanto mais tempo passa, maior o risco de mal decidir. Existe um ponto para além do qual é infrutífera a tentativa de investigar o passado na tentativa de fazer justiça.

¹ Tradicionalmente, diz-se que a prescrição favorece a segurança jurídica e pune a inércia do titular da pretensão. Sobre o fundamento da prescrição, *vide* TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. *Código Civil Interpretado*: conforme a Constituição da República. v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 360.

² Para nos valermos da figura de linguagem de Eros Grau: “Não se interpreta o direito em tiras. Por isso mesmo a interpretação do direito é a interpretação do direito, e não textos isolados, desprendidos do direito” (GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131).

³ Sobre a calculabilidade, previsibilidade e confiabilidade como notas da segurança jurídica, *vide* ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

O campo desse estudo é, sob essa perspectiva teórica, o lugar em que deixamos o passado cumprir sua função histórica e onde encontramos a liberdade de viver o presente e planejar o futuro. É aqui que o direito irá se reconciliar com suas falhas, limitações e com sua própria humanidade.

Na teoria geral do direito, vive-se a quadra em que enorme desprestígio se abateu sobre as ideias de certeza e segurança. Em seu lugar, grassa a esperança de que cada situação vivida possa ser medida por seu ideal de justiça. Estruturas meramente formais sucumbem ante a união de Hércules e Têmis no esforço de entregar a todos o que é correto.

As preclusões temporais viveram seu momento de ribalta no decorrer do século XX, mas passaram ao isolamento. Muito se debateu até que prescrição e decadência estivessem bem diferenciadas. Desde então, vive-se uma espécie de sono dogmático.

A doutrina pátria passou a tomar esses institutos sob uma perspectiva estritamente pontual, mas não foram retomados esforços teóricos mais amplos. Mesmo entre aqueles que se dedicaram profundamente ao tema, é difundida a opinião sobre sua complexidade, multiplicidade de fundamentos. Há mesmo quem diga que, na verdade, haveria várias modalidades de prescrição, “não existindo, portanto, uma teoria geral da prescrição”.⁴

Somente nos últimos anos, o tema vem passando por renovado interesse.⁵ Doutrina e jurisprudência reconhecem novas hipóteses de imprescritibilidade e discutem justiça de prazos, termos iniciais e demais regras aplicáveis.⁶ Há, então, que se avaliar os impactos desses novos influxos sobre a velha teoria. Muitas das soluções que doutrina e jurisprudência construíram ao longo dos anos já não explicam a realidade hoje vivenciada de modo satisfatório. Assim, há diversas questões que ainda não foram bem respondidas, seja porque lições clássicas não foram bem assimiladas, seja porque novos problemas surgiram.⁷

⁴ VAZ SERRA, A. P. S. *Prescrição extintiva e caducidade*. Lisboa: Separata do ‘Boletim do Ministério da Justiça’, 1961, p. 33.

⁵ Da qual são exemplos as obras de José Fernando Simão (SIMÃO, J. F. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013) e a tese de doutoramento de Julio Gonzaga Andrade Neves (ANDRADE NEVES, J. G. *A prescrição no Direito Civil brasileiro: natureza jurídica e eficácia*. São Paulo: Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019). No cenário internacional, esse renovado interesse certamente está relacionado às reformas do Código Civil alemão e do Código francês, dos esforços de direito comparatístico, representados pelos *Principles of European Contract Law* (PECL) e pelo *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Na doutrina, vide testemunho desse ressurgimento em BORGHETTI, J.-S. Prescription. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. Munique: Beck, n. 24, 2016, p. 167-182, (em particular, p. 168).

⁶ MORAES, M. C. B. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. *Civilistica.com*, ano 6, n. 1, 2017, p. 1-7.

⁷ Venceslau Tavares Costa Filho afirma: “Entre nós, ainda grassam confusões conceituais no tocante ao instituto da prescrição, que ainda é identificada com as ideias de ‘extinção do direito’, ‘extinção da ação’, quando não se fala em ‘extinção do direito de ação’” (COSTA FILHO, V. T. Breves reflexões sobre a

20

O presente estudo lança-se, assim, no desafio de retrilhar os caminhos até aqui percorridos na elaboração teórica sobre prescrição e decadência, situando-as historicamente e, cumprida esta tarefa, busca confrontar as lições clássicas com a nova realidade que nos circunda.

O trabalho dedicará atenção a discussões pontuais sobre prescrição e decadência na exata medida em que seu escrutínio possa corroborar para a construção de um cenário mais amplo. Como o leitor poderá observar, não é apenas importante entender por que o legislador optou pela solução alemã, impondo a limitação temporal das pretensões, e não das ações ou dos direitos, mas será necessário entender como a doutrina e a jurisprudência procuraram usar essa construção em certas e determinadas hipóteses.

Ao analisar situações específicas, não se pretende fazer um panorama manualístico das principais controvérsias a envolver os efeitos do tempo sobre as posições jurídicas. Muito ao contrário, o que nos importará aqui é a formulação de hipóteses mais gerais que possam confirmar a teoria geral, corrigi-la onde necessário e apontar onde a práxis deve ser repensada. Em outras palavras, não serão objeto de nossa atenção todos os problemas pontuais na aplicação das regras de prescrição no campo do direito privado.

É necessário realizar essa abordagem indutiva e generalista. Não se trata propriamente de uma opção, mas de um desafio que se impõe. Tome-se, por exemplo, a relevante discussão em nossos tribunais sobre o prazo para a prescrição das pretensões advindas de responsabilidade contratual, se trienal ou decenal. Ordinariamente, a discussão pauta-se pela mera exegese da lei, procurando elucidar o que o legislador disse ao impor prazo trienal para as “reparações civis”. Eventualmente, algum elemento de sistematicidade é acrescido à discussão.

Uma solução equânime para esse problema certamente exige o enfrentamento de outros elementos. É justo que as pretensões de reparação das lesões extracontratuais – que, ordinariamente, envolvem os danos à personalidade – prescrevam em prazo exíguo, enquanto as pretensões patrimoniais próprias dos contratos tenham prazo decenal? Se o prazo das reparações contratuais é decenal, quando ele começa a ser contado? Quais as causas de suspensão ou de interrupção aplicáveis? Elas flexibilizam essa diferença de tratamento? Percebe-se, com essas perguntas retóricas, que o problema é amplo e sempre estará mal refletido se não tomarmos os diversos aspectos da prescrição em consideração.

prescrição no Código de processo civil de 2015. In: *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 84).

Como resultado, o presente trabalho propõe um conjunto de pequenas inovações, que devem ser coordenadas em uma perspectiva geral. O problema que atrai nossa reflexão é a sistematicidade do efeito do tempo sobre as situações jurídicas, um problema próprio da teoria geral do direito privado.

A prescrição, por razões histórico-culturais, é o instituto que, por excelência, reflete os problemas daí advindos.⁸ Entretanto, não se espante o leitor ao encontrar aqui referências à decadência, a preclusões processuais, à *suppressio* e à usucapião, institutos que também refletem a temporalidade das situações jurídicas. A prescrição só será um instituto coerente, de aplicação clara, se seu campo de incidência estiver bem delimitado perante aqueles outros fenômenos.

§2. Metodologia

A pesquisa desenvolveu-se com base em duas camadas de abordagem. A primeira delas foi jurídico-dogmática, pois buscou avaliar os elementos internos do ordenamento jurídico para compreender como certas noções evoluíram, como coexistem e como vigoram. A dogmática, como método, “busca, por meio de um aparato conceitual próprio, definir as condições de possibilidade do direito vigente e orientar o seu processo decisório”.⁹ Diante das limitações próprias de um sistema de normas comunicadas por meios linguísticos, sua função é diminuir incertezas “na medida em que estabelece critérios tanto para a relação de norma e fato, quanto para o reaproveitamento de soluções concretas em casos futuros”.¹⁰ A dogmática produz coerência, estabiliza o sistema e possibilita o controle da produção normativa.

A investigação teve, ainda, natureza descritiva, histórica e transnacional.¹¹ Há pouca abordagem histórica sobre a prescrição e a decadência entre os brasileiros, sendo que mesmo os livros mais especializados dedicam pouca atenção a esse ponto. Assim, havia mérito em debater questões históricas importantes, que iluminam o cenário contemporâneo.

⁸ No mesmo sentido, *vide* MENEZES CORDEIRO, A. M. *Tratado de Direito Civil*. Livro V. Parte Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2018a, p. 160.

⁹ REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 11, ano 4, p. 213-238. São Paulo: RT, abr.-jun. 2017 (*vide* em especial p. 215).

¹⁰ *Idem*, p. 215.

¹¹ Não se trata, portanto, de estudo de direito comparado, cujos métodos exigiriam um prazo muito amplo de investigação ou um escopo mais limitado, circunscrito à análise de alguns institutos apenas. Sobre as características do direito comparado, tomou-se como referência: ALMEIDA, C. F.; e CARVALHO, J. M. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2016.

É efetivamente surpreendente que haja debates que se prolongam por séculos sem solução clara até hoje. Para possibilitar essa abordagem, valemo-nos das principais obras de referência, procurando reconstituir as fontes históricas mais relevantes. Diante das dificuldades comuns do leitor contemporâneo com a língua latina, procuramos apoio nas traduções disponíveis. Convencidos de que não é possível tratar de certos institutos sem conhecer suas origens, optamos por fazer o cotejo das passagens relevantes das fontes em apêndice específico, de modo a não prejudicar a fluência do texto e tampouco sobrecarregá-lo de extensas notas. Quando as referências históricas não diziam respeito à discussão central desse trabalho, o cotejo foi dispensado.

O trabalho descreve conceitos ao longo do tempo e do espaço, para que se compreenda a formação do pensamento atual. O pensamento jurídico e as leis pátrias revelam-se frutos de seu tempo. Sem desprender-se de suas raízes e sempre com notas de originalidade, o direito brasileiro sofre relevante influência daquilo que se vê nos países ocidentais do ramo romano-germânico, notadamente Alemanha, França, Portugal e Itália.¹² Com isso, a perspectiva transnacional permitirá verificar se o desenvolvimento da matéria no exterior seguiu caminho semelhante ao que aqui se verificou. A referência ao direito estrangeiro terá em consideração, essencialmente, esses países da família do *civil law*, uma vez que, em razão da afinidade cultural, os estudos ali realizados influenciam, com maior frequência, a doutrina brasileira. Dada a amplitude de detalhes e interpretações possíveis, nossa abordagem será centrada no texto legal e na dinâmica das regras dentro de cada sistema.

Pontualmente, para que não houvesse um enviesamento, optamos por fazer cotejo de legislações civis de outros países europeus: Espanha, principalmente; países latino-americanos (Argentina e Chile); um país africano (África do Sul) e, no que era comparável, um país de *common-law*, a Inglaterra. Não se poderiam deixar de lado, nesse sentido, os esforços de padronização dos direitos nacionais, notadamente *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) e *Principles of European Contract Law* (PECL).¹³

¹² Sobre essas influências, *vide* HARKE, J. D. Pandectística e sua recepção no direito brasileiro. *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, v. CDLXXIII, p. 31-52, jan./mar. 2017; e CASTRO JUNIOR, T. Influência da Pandectística no Código Civil Brasileiro. *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, v. 473, p. 91-104, jan./mar. 2017.

¹³ O Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) é conhecida organização intergovernamental, surgida em 1926, com a Liga das Nações, com o propósito de estudar necessidades e métodos para modernização, harmonização e coordenações do direito privado. Ao longo dos anos, desde 1994, publica seus Princípios de Contratos Comerciais Internacionais (Disponível em: <<https://bit.ly/2rqToC7>>. Acesso em: 1º nov. 2019) com esse escopo. Considerando que as regras ali dispostas sobre a prescrição são em muitos aspectos semelhantes àquelas que se veem no PECL (Conf. ZIMMERMANN, R. *The new german law*

Essas iniciativas prestam-se a buscar bases comuns do direito contratual com três propósitos distintos. A partir delas, as diferenças locais podem ser melhor compreendidas. Elas podem servir como modelo para reformas legislativas. Por fim, essas regras podem ser eleitas para soluções de controvérsias, quando possível. Em razão de serem baseados em ampla pesquisa comparatista e debate acadêmico, o DCFR e o PECL vêm se tornando referência doutrinária para os diversos temas dos quais tratam e, eventualmente, são utilizados como base para as reformas da legislação nacional e, até mesmo, em decisões judiciais.

Os *Principles of European Contract Law*,¹⁴ ou Princípios do Direito Europeu Contratual, surgem inicialmente como um grupo acadêmico de trabalho e estudos, liderados pelo professor dinamarquês Ole Lando, que, na década de 1990, passa a receber apoio da União Europeia. Esse grupo passou a publicar suas sugestões de uma lei modelo, os PECL, entre 1995 e 2003. Assim, os PECL representam um esforço doutrinário de direito comparado, para traçar regras comuns aos diversos países que compõem a União Europeia. A harmonização visa a facilitar o comércio transfronteiriço, servindo como lei-modelo, como *lex mercatoria* e como base para a legislação futura.¹⁵ Não se trata de princípios, mas de regras que revelam opções que, conjuntamente, apresentam soluções adequadas. Sua aplicação está além das situações meramente contratuais, enquadrando-se, mais precisamente, como direito obrigacional de forma mais ampla.¹⁶

O *Draft Common Frame of Reference*,¹⁷ ou Proposta de Quadro Modelo de Referência para o Direito Privado, numa tradução livre, diz respeito ao esforço de professores, pesquisadores e acadêmicos de toda a Europa para superar diferenças das diversas legislações locais e traçar linhas que possam ser seguidas em futura unificação do direito privado naquele continente. A Comissão Europeia financiou parte desse esforço para promover o debate e fomentar a discussão em torno de soluções práticas para as dificuldades vivenciadas naquele bloco econômico. O DCFR também se apresenta na forma de uma lei-padrão, com comentários e referências relevantes, dividido em dez livros – em que tratam de contratos, obrigações, responsabilidade extracontratual, enriquecimento sem causa, bens móveis e garantias. Seu texto contém princípios, definições e regras-modelo para o direito

of obligations: historical and comparative perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 127-128), deixamos de fazer referência expressa a esse instrumento.

¹⁴ Disponível em: <<https://bit.ly/34RbfAF>>. Acesso em: 1 nov. 2019.

¹⁵ ZIMMERMANN, *op.cit.*, 2010, p. 122.

¹⁶ *Idem*, p. 127.

¹⁷ Disponível em: <<https://bit.ly/36Twa8c>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

privado. Sua primeira versão foi divulgada em fevereiro de 2008 e houve revisão posterior em março de 2009.

Com isso em mente, foi realizada segunda camada de abordagem, de cunho jurídico-filosófico. A análise dos pressupostos teóricos da prescrição e da decadência permitirá o desenvolvimento de uma visão crítica sobre a efetividade dessas construções jurídicas para solucionar de forma adequada problemas da vida. A partir disso, poderá surgir uma visão prospectiva sobre os aprimoramentos necessários e possíveis.

§3. Escopo

O trabalho debruça-se sobre dois problemas bastante amplos, como é próprio daquilo que ocorre na parte geral de um código. De um lado está a sistematicidade (e operabilidade) dos efeitos do tempo sobre as posições jurídicas; do outro está a questão da justiça dos prazos e das imprescritibilidades. A análise está dividida em três partes. A parte II dedica-se à prescrição; a parte III, à decadência; a parte I trata da evolução histórica de ambos institutos.

Essas indagações sobre a equidade e operacionalidade dos institutos se desdobra em outras mais específicas a medida a análise avança. Com isso, os temas não são apresentados de forma linear, como é comum ver em manuais. A problematidade serviu de guia na distribuição dos temas ao longo do trabalho. Não se faz, também por isso, exame exaustivo das questões mais frequentes no debate acadêmico. Não se encontra neste trabalho um tópico com pretensão de esgotar as discussões possíveis em torno das causas de suspensão e interrupção. Visou-se, com isso, estimular a reflexão sobre a coerência e integridade do sistema.

Como dito, a primeira parte volta os olhos para a evolução histórica dos institutos e seus fundamentos. O capítulo 1 dedica-se a traçar o panorama histórico. Embora haja ampla produção sobre o tema no Brasil ao longo do último século, não há referências mais precisas do ponto de vista evolutivo. Para além de procurar suprir essa lacuna, os elementos aí colhidos serão preciosos para enfrentar temas contemporâneos, cumprindo a função de proporcionar diálogo entre passado e presente, como aqui se propôs. O capítulo 2 versa sobre os fundamentos dos institutos, traçando considerações de cunho não dogmático, para avaliar os fundamentos de justiça que tornam imperioso o reconhecimento dos efeitos do tempo sobre as situações jurídicas. Dedicou-se alguma atenção, sem pretensão de esgotamento do tema, à tensão entre os valores da justiça e da segurança jurídica.

Tendo isso em vista, a segunda parte investiga os desafios contemporâneos da prescrição. A abordagem começa com as questões próprias da operabilidade. No capítulo 3, foi possível abordar o primeiro elemento dogmático da prescrição, o art. 189, do Código Civil de 2002 (CC/2002), apontando críticas e méritos da solução positivada. Essa era também a oportunidade para tratar sobre o problema da cognoscibilidade da prescrição em juízo e das regras de direito intertemporal aplicáveis. O capítulo 4 procura avaliar se há sentido em se falar da prescritibilidade de direitos. Essa discussão visa a possibilitar alguma reflexão sobre a escolha do legislador em 2002 e sobre o caráter extintivo do referido prazo para a pretensão. O capítulo 5 cuida da limitação temporal do direito de ação, o que muitas vezes se faz com recurso à decadência. Era necessário realizar essa análise, para bem demonstrar que o nosso tema não se confunde com tantas outras preclusões temporais. Mais que isso, foram levantadas inconsistências importantes nesse campo. O capítulo 6 cuida da concorrência de pretensões, que pouco tem sido estudada entre nós, mas cuja compreensão se revela essencial para a harmonização de um sistema e para a formulação de uma teoria geral dos prazos de direito material. Em seguida, enfrentam-se os problemas próprios da justiça e nos capítulos 7 e 8, procuramos avaliar as questões pertinentes à razoabilidade dos prazos e às imprescritibilidades. Do ponto de vista lógico, poderia não haver duas questões, dado que a imposição de imprescritibilidade só revela que os prazos estabelecidos eram injustos. Contudo, as opções dogmáticas adotadas pelo legislador fazem com que não haja prescrição onde não há pretensão. Eventualmente, pode haver pretensão sem prescrição, situação inusitada, mas marcante nos diversos sistemas de direito contemporâneos.

Na terceira parte da obra dedicaram-se dois capítulos à decadência. Naturalmente, não seria possível esgotar o tema, mas as questões aí abordadas, a envolver as ações edilícias, o não-uso, a propriedade a termo e a *suppressio* eram necessárias para concluir o presente estudo e, sem as quais, não se poderia refletir sobre a teoria geral dos prazos de direito material.

Ao final do trabalho de pesquisa, com análise da evolução doutrinária sobre prescrição, decadência, ação e pretensão, confrontamos a utilidade desses conceitos para solução de problemas contemporâneos, ajustando a teoria dos efeitos do tempo sobre as situações jurídicas. Mais que um juízo sobre fins previstos e alcançados, avaliamos a razoabilidade de soluções, o que pressupõe ponderação de outros fatores que não simplesmente a utilidade.

A tese, ao final defendida, é a de que a teoria e o direito positivo atualmente já não explicam os fenômenos vivenciados e precisam ser repensados, para simplificação do sistema e diminuição de equívocos comuns. Sem isso, não há segurança jurídica possível.

O trabalho propõe, em síntese, a avaliação sobre a operabilidade e a equidade dos institutos da prescrição e decadência frente à ideia de segurança jurídica.

PARTE I

EVOLUÇÃO E FUNDAMENTOS

Para fins de uma abordagem histórica, optou-se por separar a evolução da prescrição em dois períodos. Como se verá, essa abordagem foi escolhida por seu didatismo. A rigor, não é possível fazer uma separação precisa e os períodos propostos são, em parte, temporalmente coincidentes. Talvez fosse mais exato tomar em consideração problemas distintos, e não períodos, mas aí perder-se-ia a noção temporal, que é essencial para a exata compreensão do tema.

No primeiro período, não se pôs sob discussão a prescritibilidade das ações. Em contrapartida, muito se debateu sobre a separação da prescrição aquisitiva e extintiva e, também, sobre as diferenças entre prescrição e decadência. No segundo momento, mais relevante por projetar consequências na atualidade, colocou-se em xeque a noção de prescritibilidade da ação, passando a discutir os efeitos do tempo sobre a pretensão.

Esse cronograma não poderia estar completo se não fizesse uma abordagem das recentes discussões sobre a possibilidade de cognição da prescrição *ex officio*, tema que ocupou boa parte da doutrina nacional nos últimos quinze anos.

Dedicar-se-á atenção aos fundamentos jusfilosóficos que justificam a limitação temporal das situações jurídicas.

Com isso, completa-se a perspectiva necessária para que se possa avançar nos pontos seguintes sobre a problemática atual da dogmática da prescrição e da decadência.

CAPÍTULO 1

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA AO LONGO DOS SÉCULOS

§4. O período de separação entre prescrição e decadência

i. O surgimento da prescrição no direito romano

A prescrição é um instituto oriundo do direito romano – do qual suas características essenciais derivam e, por força da tradição, vêm sendo passadas de geração em geração ao longo dos séculos.¹⁸ A recapitulação dos problemas enfrentados nesse período histórico, como se procurará demonstrar ao longo do trabalho, explica em grande medida disputas teóricas hoje existentes e, para além disso, permite questionar se os caminhos até aqui trilhados foram os mais acertados.

Durante o período clássico, as ações essencialmente não se extinguíam com o passar do tempo. Tinha-se nesse momento, inicialmente, no que tange àquilo que conhecemos como processo civil, um sistema formal de ações típicas, conhecido como *leges actiones*. A *actio* derivava das leis, e não dos editos do pretor, e, embora oral, deveria ser exercida com extremo formalismo, tanto na sua primeira fase, diante do magistrado, quanto na etapa posterior, perante o júri popular¹⁹ Não eram admitidas ações fora do rol legal: *sacramentum*, *iudicis postulatio*, *condictio*, *manus iniectio* e *pignoris captio*. Como destacava Gaio, em suas *Institutas*, a simples utilização da palavra ‘videiras’ (*vites*) no lugar da palavra ‘árvore’ era fato suficiente para que o postulante de reparação de danos causados a esse tipo de vegetação tivesse seu pedido julgado improcedente.²⁰

Conquanto as *leges actiones* fossem perpétuas, isso não significa que, uma vez ajuizadas, os processos não conhecessem limitações temporais. As etapas processuais estavam sujeitas a preclusões temporais²¹ Na *conditio*, por exemplo, o autor avisava ao réu

¹⁸ Consideramos desnecessário tratar da importância do Direito Romano, mas o ponto está suficientemente abordado em SALDANHA, N. O direito romano e a noção ocidental de ‘direito’. *Revista de informação legislativa*, v. 20, n. 80, p. 119-124, out./dez. 1983. Disponível em: <<https://bit.ly/2KcR0p9>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹⁹ KASER, M. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 429-430. MOREIRA ALVES, J. C. M. *Direito Romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 203; MEIRA, S. A. B. Delineamentos históricos do processo civil romano. *Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 98, p. 257-286, abr./jun. 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/2NBETnF>>. Acesso em: 20 nov. 2018; TABOSA, A. *Direito Romano*. 3. ed. Fortaleza: FA7, 2007, p. 345-358.

²⁰ G, 4, 11. GAIUS. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004, p. 183.

²¹ AMELOTTI, M. *La prescrizione delle azioni in Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 22.

que ele deveria comparecer em trinta dias para escolher o juiz.²² Após a nomeação do *iudex*, as partes haviam de comparecer à sua presença em três dias. Caso uma delas estivesse ausente, “a Lei das XII Tábuas determinava que o *iudex* a esperasse até o meio-dia; caso não chegasse até esse momento, o juiz popular daria a sentença favorável ao litigante que comparecera”.²³

De qualquer forma, “todas essas ações da lei tornaram-se, paulatinamente, odiosas, porque, em razão da extrema sutileza dos antigos criadores do direito, chegou-se à situação de que aquele que cometesse o menor erro perderia a causa”.²⁴ Por essa razão, no ano 17 a.C., Octavio Augusto promoveu ampla reforma do sistema processual, promulgando as *leges Iuliae iudiciorum privatorum e publicorum*,²⁵ que revogam quase integralmente as *leges actiones* e generalizam o processo formulário (*per formulas*).²⁶

Também aqui prevalecia o *ordo iudiciorum privatorum*, com duas fases a *in iure*, perante o magistrado, e *apud iudicem*, perante o júri. Tratava-se de processo mais célere, que não se exigia o prazo de trinta dias para nomeação do júri, e no qual as fórmulas sacramentais tinham menor importância. O autor citava o réu, para que comparecesse perante um Tribunal, mesmo contra sua vontade. O magistrado, normalmente o *pretor*, avaliava as alegações de fato trazidas pelo autor e se a elas correspondia uma *actio*.²⁷ Antes de se manifestar, ouvia o requerido e sua defesa. Se não fosse o caso de denegar liminarmente o pedido, o *pretor* aceitava a *actio*, estabelecendo uma *formula*, com ou sem *exceptio*, e designava o julgador (*iudex*). A *formula*, como uma espécie de quesitação escrita, continha os aspectos jurídicos da controvérsia, seguindo uma estrutura regular para casos análogos. Na segunda fase do processo, tal como hoje ocorre no processo criminal do júri, o *iudex*, singular ou plural, devia seguir o programa do litígio estabelecido na fórmula, avaliando os fatos relevantes e respondendo às fórmulas, para obter a sentença.²⁸

²² G, 4, 18. GAIUS, 2004., p. 186.

²³ MOREIRA ALVES, 2014, p. 205.

²⁴ G, 4, 30. GAIUS, *op.cit.*, p. 189.

²⁵ KASER, 2011, p. 433.

²⁶ Moreira Alves indica que o processo de superação das *leges actiones* começou um século antes, com a lei *Aebutia* (MOREIRA ALVES, 2014, p. 217-218).

²⁷ Esse processo mantinha características essencialmente típicas, pois as ações eram aquelas reconhecidas nas leis ou nos editos, publicados anualmente. Excepcionalmente, admitia-se que o pretor reconhecesse um *actio in factum*, isto é, uma situação atípica e lhe concedesse a ação (KASER, *op.cit.*, p. 440; MOREIRA ALVES, 2014, 242).

²⁸ KASER, 2011, p. 439-455; MOREIRA ALVES, 2014, p. 217-238. Moreira Alves indica que não há elementos seguros para afirmar se este era um processo com maior ênfase pública ou privada, prevalecendo este último entendimento para ele, tal como defendido por Wlassak, “o processo formulário é de natureza rigorosamente privada, mantendo caráter essencialmente arbitral; quem redige a fórmula é o autor (ou antes, o juriconsulto que o assiste), tendo o réu o direito de fazer inserir nela certas cláusulas bem como de debater

No que é importante para este estudo, o pretor poderia conceder *actio* sem limite de prazo, quando originada na lei ou quando reipersecutória, mas no prazo de um ano quando dependentes de seus editos. Nesse período, pela primeira vez, foi introduzida uma limitação temporal ao exercício da *actio*. Portanto, aquele que pretendesse se valer de fundamento pretoriano, deveria iniciar a instância dentro de um ano. Essas premissas, inicialmente enunciadas por Cassio, no século I d.C.,²⁹ e levemente atenuadas por Gaio cem anos após,³⁰ não devem ser tomadas a ferro e fogo, notadamente porque eventualmente se reconhecia a perpetuidade das ações pretorianas.³¹

Essa restrição temporal, que hoje chamamos prescrição, convivía, ainda, com limitações de segunda ordem, que impunham a *mors litis* ou *expiratio iudici*, isto é, a extinção de *actio* postulada, mas ainda não reconhecida pelo pretor. As *iudicia legitima*, ajuizadas em Roma, ou a uma milha de distância, entre cidadãos romanos, sob a *Lex Iulia Iudiciaria*, extinguíam-se após o lapso de um ano e seis meses, salvo se anteriormente

com o autor o ponto litigioso a ser fixado; a *litis contestatio* nada mais é do que o contrato formal celebrado exclusivamente pelas partes, que concordam que o litígio, como delimitado na fórmula, seja julgado por um juiz popular; o magistrado, que passivamente assiste a essas discussões, se limita a autorizar o *iudicium* (isto é, a fórmula como documento concreto), e a ordenar ao juiz que julgue a causa (*iussus iudicandi*)” (*op.cit.*, p. 220). Na fase *in iure*, supõe-se que o autor, após trazer o requerido à presença do magistrado, apresentava sua *postulatio*. O requerido poderia confessar, manter-se indefeso ou contestar. Nesse último caso, as partes confeccionavam a fórmula e o magistrado admitia ou negava a *actio*. Terminava-se a instância com a *litis contestatio* (*idem*, p. 229-231). Segundo a opinião dominante, a *litis contestatio* “era um contrato judicial, pelo qual o autor e o réu concordavam em submeter o litígio, nos termos da fórmula ao julgamento de um juiz popular” (*Idem*, p. 232; no mesmo sentido, *vide* COSTA, E. *Cicerone Giureconsulto*. v. 2. Bologna: Nicola Zanichelli Ed., 1927, p. 12). A *litis contestatio* fazia com que não se pudesse ajuizar outra demanda sobre os mesmos fatos, criava o direito de obter a condenação do réu se verdadeiras as condições estabelecidas e fixava o litígio, sendo indiferentes as alterações posteriores (*idem*, p. 232-233). Seguia-se, então, à fase *apud iudicem*.²⁹ D, 44, 7, 35.

³⁰ G, 4, 110. GAIUS, 2004, p. 210. Mario Amelotti tenta conciliar as regras de Cassio e Gaio e conclui que a regra de Cassio, mais antiga, foi sendo flexibilizada ao longo do tempo e tentou ser reformulada por Gaio posteriormente (AMELOTTI, 1958, p. 26-30; no mesmo sentido, MOREIRA ALVES, 2014, p. 247). A apoiar Amelotti, *vide* CIMMA, M. R. Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio. In: TORINO, R. S. (Org.). *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. 4. ed., 2. ristampa, Unione Tipografico-editrice Torinese, v. 14, 1993a, p. 253-260, em particular p. 254. Entre nós, *vide* TORMINN BORGES, P. *Decadência e Prescrição*. São Paulo: Pró-livro, 1980, p.17. A limitação temporal para que viesse a juízo também é retratada pelas Institutas de Justiniano, para quem “ações, que nascem da lei, dos senatoconsultos ou das Constituições Imperiais, podiam outrora ser exercidas perpetuamente, as Constituições imperiais limitaram-lhes a duração, quer fossem pessoais ou reais” (JUSTINIANUS, F. P. S. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2000, p. 327). Para análise detalhada desta última regra, no sentido que aqui se expôs, *vide* ORTOLAN, J. *Explication Historique des Instituts de L’Empereur Justinien*. 4. ed. Tomo II. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1847, p. 585-586; no mesmo sentido, *vide* FALCÃO, A. P. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959, p. 314.

³¹ “Às vezes, entretanto, o pretor concede também ações sem limite de prazo, como por exemplo, quando imita o direito civil, como, por exemplo [sic], as que concede aos *bonorum possessores* e às demais pessoas que fazem, às vezes [sic], de herdeiro. Também a ação de furto manifesto, embora proveniente da jurisdição do pretor, não tem limite de prazo. E com razão, a pena pecuniária passou a substituir a pena capital” (G, 4, 111. GAIUS, *op.cit.*, p. 210).

decididas.³² As ações fundadas no poder do magistrado (*iudicia imperio continentia*), por sua vez, só poderiam durar enquanto este mantivesse seu ofício,³³ isto é, no período de um ano.

Esclareça-se que reconhecida a *actio* pelo pretor e obtida a *litis contestatio*, já não se produzia o efeito da *mor litis*.³⁴ Como esclarecem Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, a *litis contestatio* tinha dois efeitos principais para os fins da presente análise: i) consumia a ação, pois, com sua ocorrência, não era possível ajuizar outra ação com base nos mesmos fundamentos (*bis de eadem re ne sit actio*); ii) perpetuava a ação, porquanto, “depois de verificada, impede que a ação se extinga por prescrição (perempção) e torna possível que, morto o réu, o autor obtenha a condenação dos herdeiros”.³⁵ A *litis constestatio* era caracterizada pelo acordo das partes, que aceitavam a fórmula. Assemelhava-se a um

³² G, 4, 104. GAIUS, 2004, p. 208-209. No original em latim, tem-se: *Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque <e> lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus mori iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori*. Percebe-se no confronto das diversas lições, que a tradução de José Cretella Jr. E Agnes Cretella não é exata no ponto, pois indica que as ações em *iudicia legitima* extinguem-se se não forem propostas no prazo de um ano e seis meses, quando haveriam de ser “extinguem-se” após terem sido ajuizadas. A bem da verdade, em outra tradução vê-se dicção semelhante: “e tais acções, por disposição da lei Julia judiciaria, extinguem-se, não sendo propostas dentro de um ano e seis meses” (CORREIA, A.; SCIASCIA, G. *Manual de Direito Romano: Institutas de Gaio e de Justiniano Vertidas para o Português*, em contraponto com o texto latino. São Paulo: Saraiva, 1951, v. 2, p. 263). Em outra versão, o trecho é assim traduzido: “estes julgamentos, segundo os termos da lei Júlia judiciária, prescrevem se os processos não forem julgados no prazo de um ano e seis meses. Por isso se diz correntemente que segundo a lei Júlia os litígios ‘morrem’ ao cabo de um ano e seis meses” (GAIO. *Instituições: Direito Privado Romano*. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 457). Parece-nos que nenhuma dessas é boa tradução, pois a ‘*mors litis*’ não se confunde com prescrição. Além disso, o prazo não é para o ajuizamento da ação, mas para a conclusão da ação ajuizada. Nesse sentido, J. Ortolan afirma que “*pour que les instances judiciaires ne fussent pàs indéfiniment trainées en longueur, la loi Julia judiciaria leur assigna un terme; elle devaient être jugées dans le délai de dix-huit mois, passé lequel elles expirent. Nous savons, en outre, que dans les iudicia imperio continentia la durée de l’instance n’était pas autre que celle du pouvoir du magistrat qui l’avait organisée*” (ORTOLAN, 1847, p. 585). Antonino Metro destaca que “*l’estinzione del processo per decorso del tempo fu dunque – secondo una lex Iulia iudiciaria, verosimilmente la lex Iulia iudiciorum privatorum – regolata diversamente per i iudicia legitima e per quelli imperio continentia. I primi (cioè quelli che si svolgevano fra Romani, a Roma o entro un miglio dalle porte della città e con un giudice unico) si estinguevano dopo 18 mesi; i secondi (cioè quelli non aventi questi requisiti e fondati sull’imperium magistratuale) venivano meno con lo scadere dalla carica del magistrato che li aveva proposti*” (METRO, A. Brevi note sulla “*mors litis*” per inattività. *Fundamina* (Pretoria), 2014, v. 20, n. 2, p. 638-647. Disponível em: <<https://bit.ly/2XuF9bC>>. Acesso em: 20 nov. 2018). No mesmo sentido, vide KASER, M.; HACKL, K. *Das Römische Zivilprozessrecht*. München: Beck, 1996, p. 352.

³³ G, 4, 105. GAIUS, op.cit., p. 208-209. No original em latim, tem-se: *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit*.

³⁴ MOREIRA ALVES, 2014, p. 259. “*L’acion une foi organisée par la délivrance de la formule devenaite, par suite des effect de la litis-contestatio, un droit acquis, désormais perpétuel et transmissible pour ou contre les hérities*” (ORTOLAN, op.cit., p. 585-586).

³⁵ CORREIA e SCIASCIA, 1951, p. 86.

contrato que regulava a extinção das relações originárias, fazendo surgir outras de caráter processual (*novatio necessaria*).³⁶

Com isso, decorrido o prazo anual antes da *litis contestatio*, extinguiu-se o processo. Nessa situação, discutem-se quais os efeitos da *mors litis*, se poderia haver repositura da ação e, em caso positivo, por quantas vezes isso poderia ocorrer. Após refutar teses diversas, Mario Amelotti conclui ser válida a opinião comum de que a *expiratio iudici* extinguiu não só o processo e, assim, era impossível reformular a *actio*.³⁷ Antonino Metro, de modo semelhante, confronta as diversas interpretações da regra e conclui que é mais plausível a explicação tradicional, segundo a qual o processo se extinguiu caso não concluído no termo legal e, em caso de repositura da ação, cabia ao requerido a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, que, no seu entender, abrange tanto a hipótese de coisa julgada quanto de ação anteriormente deduzida em juízo.³⁸

A *mors litis* não pode ser propriamente equiparada à preempção, que no sistema brasileiro pressupõe a inércia do autor.³⁹ Dito de outra forma, no sistema do processo formulário, a conduta protelatória da parte requerida e a inércia do próprio julgador davam ensejo à extinção do processo ao fim do termo estipulado em lei. Para que a injustiça fosse

³⁶ Idem. No mesmo sentido, ORTOLAN, 1847, Tomo II, p. 500.

³⁷ AMELOTI, 1958, p. 5-6. Em maior profundidade, veja METRO, 2014, p. 638-647

³⁸ METRO, *op.cit.*, p. 642-643.

³⁹ O juiz pode extinguir o processo sem resolução do mérito quando “o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes” (art. 485, II, CPC), quando, “por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias (art. 485, III, CPC). O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação (art. 486, CPC). No entanto, “se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito” (art. 486, §3º, CPC). Diz-nos Cândido Rangel Dinamarco que a preempção “consiste na extinção do direito de ação por força da inércia no curso do processo”, sendo que “a única hipótese de preempção no processo civil brasileiro, de raríssima improvável ocorrência, é a de o autor ter dado causa à extinção de três processos referentes à mesma demanda, por abandono do processo” (DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 137).

corrigida, admitiam-se novas ações com causas diversas e subsidiárias, como a *restitutio in integrum*⁴⁰ e a *actio de dolo*.⁴¹

Com isso, quer-se deixar claro que o processo formulário continha limitações temporais não só ao ajuizamento da ação, mas também à duração do litígio.

Na etapa seguinte, o processo romano deixa o período do *ordo iudiciorum privatorum*, razão pela qual trata de *cognitio extra ordinem*, com adoção de procedimento de fase única perante o magistrado, sem uso de fórmulas, sem participação do júri.

A parte autora apresentava seu pedido e a requerida, sua defesa (também denominada *praescriptio*, que deixa de ter seu significado original já que não se utilizam fórmulas). Após a defesa, surge o efeito da *litis contestatio*. O juiz realizava livre apreciação das provas e podia condenar amplamente, e não só em dinheiro.⁴²

Os estudiosos do Direito Romano narram que esse tipo de processo desenvolveu-se a partir de Octavio Augusto, como um processo imperial, destinado a resolver conflitos até então desprovidos de regulação clara. Embora não tivesse inicialmente grande utilização, ao longo dos séculos, seu uso foi ampliado, notadamente com a delegação da função judicial pelo imperador a magistrados de diversas ordens. Em decorrência disso, passou a ser admitida apelação a autoridades superiores.⁴³ Atribui-se a expansão desse procedimento em razão de sua simplicidade, celeridade e frequente dificuldade de contar com jurados, sendo que o uso das fórmulas entrou em desuso e foi definitivamente proibido no ano 342 d.C.⁴⁴ Viu-se, assim, a formação de processo com características mais próximas do uso contemporâneo.

Sob esse sistema, algumas ações estavam sujeitas a prazo, como, por exemplo, o quinquênio para reconhecimento judicial da ingenuidade (condição de quem nunca foi

⁴⁰ Sobre a função e formação histórica da *restitutio in integrum*, vide LOBO DA COSTA, M. L. *Revogação da Sentença*. São Paulo: Edusp/Ícone, 1995, p. 25-82. Ensina Moacyr Lobo da Costa que “no regime do *ordo iudiciorum privatorum*, o pretor, no exercício de seu direito honorário de auxiliar, suprir ou corrigir o direito civil, a bem da utilidade pública (Dig., 1. 1. 7. 1.), podia prometer a concessão de um meio para eliminar os efeitos prejudiciais de ato, ou de negócios jurídicos, que se apresentavam formalmente válidos de acordo com o rigorismo do *ius civile*, sempre que, a seu critério, houvesse um fundado motivo de equidade para justificar a concessão. Nesses casos a atuação do pretor assumia a natureza de um *auxilium extraordinarium* a favor da parte lesada, quando inexistissem outros meios ordinários para impedir danosas consequências daqueles atos civilmente válidos (...). O remédio extraordinário que o pretor prometia conceder era a *restitutio in integrum*, que, pela reposição das partes em sua situação anterior, se destinava a desfazer a lesão resultante da rigorosa aplicação dos princípios do *ius civile*” (*idem*, p. 25-26). A possibilidade de uso da *restitutio in integrum* na hipótese narrada, vê-se em Ulp. 12 ad ed. D., 4, 6, 1, 1.

⁴¹ METRO, 2014, p. 643. Ver D., 4, 3, 18, 4.

⁴² KASER, 2011, p. 466-468; MOREIRA ALVES, 2014, p. 253-268.

⁴³ Nesse sentido, vide ORTOLAN, 1847, p. 504.

⁴⁴ C., 2, 57 (58), 1.

escravo)⁴⁵ e anulação da sentença por colusão.⁴⁶ Mas também prescreviam em cinco anos as ações contra doações e testamentos inoficiosos,⁴⁷ assim como a *exceptio non numerate pecuniae*.⁴⁸

De modo mais relevante, é preciso destacar que por volta do século II surge a *longi temporis praescriptio*. Sua prática está bem documentada nas províncias, sobretudo no Egito, em papiros que chegaram a nossos dias e relatam discussões judiciais relativas a litígios sobre bens imóveis.⁴⁹ Como não há registro histórico anterior, autores suspeitam do surgimento abrupto de um instituto bem elaborado e, por isso, sugerem que sua origem advenha do Direito Grego.⁵⁰ De modo bastante sintético, quando demandado em ação reivindicatória, o possuidor do bem poderia aventar a aludida exceção se mantinha o bem há mais de dez ou vinte anos.⁵¹ Tal como posteriormente consolidado, a *longi temporis praescriptio* exigia *res habilis, titulus, fide, possessio e tempus*.⁵²

⁴⁵ D, 40, 14, 4. No mesmo sentido, *vide* D, 40, 14, 2, 1. Para a discussão desse ponto, *vide* AMELOTTI, 1958, p. 109 e ss.

⁴⁶ D, 40, 16, 2.

⁴⁷ AMELOTTI, *op.cit.*, p. 129-131. *Grosso modo*, inoficiosos eram considerados os testamentos que preteriam injustamente herdeiros. Em D, 5, 2, 8, 17, tem-se que *plane si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est ex magna et iusta causa, libertates non esse revocandas, quae competierunt vel praestitae sunt, sed viginti aureos a singulis praestandos victori* (“Se um testamento for arguido de inoficioso depois de cinco anos, o que somente deve ser admitido por grandes e justas causas, não se revogam mais as liberdades conferidas no mesmo testamento ou dadas por outro motivo; todavia, por cada um dos libertos, deverão ser pagos ao vencedor vinte áureos”, *conf.* VASCONCELLOS, M. C. L. *et al. Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. v. I. São Paulo: YK, 2017, p. 29). Com igual menção ao prazo de cinco anos, *vide* D, 5, 2, 9 e D, 5, 3, 7, 1. É interessante notar que no ano 531 persistia a controvérsia sobre o termo inicial para o ajuizamento da querela por inoficiosidade, havendo, então, divergências que remontavam às lições de Ulpiano (Século II), para quem o termo inicial dava-se desde a data de aceitação da herança, e de Modestino (discípulo de Ulpiano, Século III), para quem o prazo contava-se desde a morte. Nesse ano, para sanar a controvérsia, Justiniano determina que seja seguida a solução de Ulpiano (C, 3, 28, 36, 2).

⁴⁸ AMELOTTI, *op.cit.*, p. 133-135. Trata-se da ação do mutuário que pretende se eximir da cobrança sob o argumento de que não recebeu o dinheiro do empréstimo ou que recebeu menos do que é cobrado. No período de Justiniano, é introduzida uma diferenciação. Quando houvesse contrato escrito, o período de impugnação era de dois anos contínuos, prevalecendo o quinquênio nas outras hipóteses (C, 4, 30, 14).

⁴⁹ Para análise de um exemplo histórico de aplicação da regra no Egito sob dominação Romana, *vide* ARANGIO-RUIZ, V. Il Papiro Della ‘Longissimi Temporis Praescriptio’. *Aegyptus*, v. XXI, n. 3/4, 1941, p. 261-275. Disponível em: <www.jstor.org/stable/41214376>. Acesso em: 28 dez. 2018; e BIANCHI, P. Sulla praescriptio costantiniana. P. Col. VII 175: ricostruzione di una vicenda processuale. *In: 17 Convegno internazionale in onore di Giuliano Crifò*. Roma: Aracne, 2010, p.707-744. *Vide*, ainda, AMELOTTI, *op.cit.*, p. 180-182.

⁵⁰ AMELOTTI, *op.cit.*, p. 181.

⁵¹ Amelotti menciona, além da defesa na *rei vindicatio*, a possibilidade de haver *longi temporis praescriptio adversus creditorem*, oposta contra o credor que busca obter o bem dado em penhor, ou seja, como defesa na *actio Serviana*. No entanto, como se exigia *iustum initio possessionis*, na prática, o instituto não beneficiava o devedor, mas o terceiro de boa-fé que tivesse mantido o bem (*op.cit.*, p. 189)

⁵² AMELOTTI, *op.cit.*, p. 185.

O instituto era sobretudo útil nas províncias, porque ali se reconhecia a aplicação da usucapião.⁵³ Na sua origem, era simples meio processual de defesa, estava adstrito à *extraordinaria cognitio* e, diferentemente da usucapião, não fazia com que o possuidor adquirisse qualquer direito sobre a coisa. Assim, caso o possuidor perdesse a posse, não detinha ações petitórias para recuperar o bem.⁵⁴

É certo que, entre os anos 199 e 200, Sétimo Severo (Cesar Lucio Septimio Severo Eusebio Pertinax Augusto) e seu filho Caracala (Cesar Marco Aurelio Antonino Augusto) reconhecem o instituto, formalizando sua aceitação.⁵⁵ Logo depois, Caracala torna o instituto aplicável também aos bens móveis.⁵⁶ A extensão deixa de ter eficácia prática quando, no ano de 212, o próprio Caracala estende aos cidadãos livres das províncias a cidadania romana (no ato conhecido como *Constitutio Antoniniana de Civitate* ou Edito de Caracala). Com a aplicação do *ius civile* a todos, a propriedade móvel passa a ser regida pela usucapião. Esta, não obstante, continuava vedada para os imóveis nas províncias e, assim, a *longi temporis praescriptio* volta a estar adistrita aos imóveis.⁵⁷

Nas décadas que se seguem,⁵⁸ agregar-se-ão à *longi temporis praescriptio* regras que flexibilizam sua aplicação e que deixam de exigir posse contínua, para admitir *accessio possessionis*.⁵⁹ Forma-se, então, sistema claro de interrupções⁶⁰ e suspensões,⁶¹ que decorre não só de determinações do Imperador, mas que também é formulado em construções dos

⁵³ Conforme MEIRA, S. A. B. Aquisição da propriedade pelo usucapião. *Revista de informação legislativa*, v. 22, n. 88, p. 195-228, out./dez. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181652>>. Acesso em: 6 dez. 2018; ARAÚJO, F. C. *Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 67-73; ESMEIN, A. *Sur l'histoire de l'usucapion*. Paris: L. Larose et Forcel, 1885; AMELOTTI, 1958, p. 182. Para outros bens cuja faculdade de reivindicar não se sujeitava a limitação temporal, vide C, 7, 38: *Ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis exceptione submoveatur*.

⁵⁴ CIMMA, 1993a, p. 255; POZZATO, A. *La prescrizione nella prospettiva storico-comparatistica: radici romanistiche, ordinamenti nazionali, Principles of European Contract Law*. Tese. Padova: Dipartimento di Storia e Filosofia del Diritto e Diritto Canonico. Scuola di dottorato di ricerca *In: Giurisprudenza*. Università degli Studi di Padova, 2010, p. 6; No mesmo sentido, vide MEIRA, 1985, p. 200. Amelotti afirma: "(...) *la longi temporis praescriptio consisteva in diritto classico in un'eccezione opposta alla rei vindicatio oppure all'actio Serviana tardivamente intentate. Però tale carattere essa più non presenta in diritto giustiniano, dove costituisce un modo di acquisto della proprietà, dal quale deriva al titolare del lungo ininterrotto possesso non soltanto un'exceptio, ma addirittura un'actio in rem*" (*Op.cit.*, p. 195)

⁵⁵ Conf. AMELOTTI, *op.cit.*, p. 180: *Longae possessionis praescriptio iis, qui iustam causam habuerunt et sine ulla controversia in possessione fuerunt, adversus eos qui in alia civitate morantur annorum vinginti spatio confirmatur, adversus eos autem qui in eadem annorum decem*. O papiro com o trecho em questão é denominado BGU I. 267, com imagem e texto em grego disponível em <<http://berlpap.smb.museum/02070/>>. Acesso em: 8 set. 2019; vide também <<http://papyri.info/ddbdp/bgu;1;267>>. Acesso em: 8 set. 2019.

⁵⁶ D, 44, 3, 9.

⁵⁷ AMELOTTI, *op.cit.*, p. 184-185. *Vide*, C, 7, 34, 2.

⁵⁸ Conf. AMELOTTI, *op.cit.*, p. 191-195.

⁵⁹ I, 2, 6, 13; Conf. AMELOTTI, 1958, p. 194.

⁶⁰ C, 7, 40, 2, 1.

⁶¹ C, 2, 18 (19), 8 (9); C, 7, 35, 1; C, 7, 35, 2; ; C, 7, 35, 3; e C, 7, 35, 4.

jurisconsultos, notadamente de Ulpiano.⁶² Sob o processo formulário, não detinha o *potestas experiundi*, o poder de exercitar a ação, quem estivesse preso em mãos inimigas, distante a serviço da República, retido em um lugar remoto por causa do mau tempo ou de qualquer outra forma impedido de fazer valer sua *actio*, pessoalmente ou por procurador.

Na fase pós-clássica dois fenômenos surgem. O primeiro deles, no plano dos direitos reais, faz com que se generalize a noção de *longi temporis praescriptio*, admitindo-se que ela pudesse ter eficácias extintiva e aquisitiva, o que termina por tornar o instituto indiferente da tradicional *usucapio*. Mais que isso, Constantino, entre os anos 326 e 333, introduz uma prescrição quarentenal, que independia de justo título, para a aquisição da propriedade. Em segundo lugar, inverte-se a regra e, a partir de então, presume-se que as ações são essencialmente prescritíveis, sendo exceção a perpetuidade.⁶³

Para tanto, no ano de 424, Theodosio II procura aproximar o sistema de prescrição aquisitiva (mais precisamente da *praescriptio longi temporis*) do sistema de prescrição extintiva,⁶⁴ estabelecendo que essa norma não seria aplicável apenas a direitos reais, mas a qualquer ação, de modo que as ações então perpétuas passavam a se extinguir no prazo geral de trinta anos a contar do dia em que o direito se tornasse exigível.⁶⁵

Posteriormente, em 491, Anastácio estabelece prazo quarentenal para ações que, excepcionalmente, ainda remanesçam perpétuas.⁶⁶ Admitia-se finalmente que, se os litigantes são mortais, as lides não podem ser perenes. No entanto, a prescrição interrompia-se com a citação, só voltando a correr se abandonado o processo.

Justiniano procurou tratar da prescrição em seu *Codex*, tratando do tema a partir o item 38 do Livro VII, onde cuida de casos relacionados à prescrição e à *longi temporis praescriptio*. No que concerne à prescrição extintiva, admitiu o prazo geral de trinta anos.⁶⁷ O prazo de quarenta anos permaneceu aplicado pontualmente, assim como a perpetuidade para as hipóteses tratadas por Anastácio. A prescrição deveria ser oposta em exceção e não poderia ser conhecida de ofício. O prazo contava-se de quando a ação poderia ser ajuizada

⁶² D, 44, 3,1.

⁶³ CIMMA, 1993a, p. 256.

⁶⁴ POZZATO, 2010, p. 2; CIMMA, 1993a, p. 256.

⁶⁵ C.Th. 4, 14, 1. Nesse sentido, *vide* MOREIRA ALVES, 2014, p. 465; FERREIRA COELHO, A. F. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. X. Rio de Janeiro: Off. Graphica do 'O Livro Vermelho dos Telephone', 1933, p. 263; e MONTEIRO, W. B.; PINTO, A. C. B. M. F. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 352.

⁶⁶ C, 7, 39, 4.

⁶⁷ C, 7, 39, 1 (3).

em concreto (*ex quo competere iure coeperunt*), suspendendo-se apenas para menores e interrompendo-se por citação ou reconhecimento do direito pelo devedor.

Por volta do ano 530, ao tratar dos contratos celebrados na Península Italiana, Justiniano ressaltou que tamanhos os detalhes envolvidos, o prazo prescricional anual gerou enormes controvérsias, sendo impossível enumerá-las ou explicá-las, razão pela qual ele já havia caído em desuso. Alguns doutrinadores interpretaram o prazo de forma tão liberal que ele poderia ser estendido para cinco ou dez anos. Disto deriva a opção bizantina por regras simples e claras, aplicando com rigor os prazos em vigor, fossem de dez, vinte, trinta ou quarenta anos ou qualquer outro prazo aplicável.⁶⁸

Justiniano ainda consolidou as regras da *longi temporis praescriptio*, estabelecendo prazos de dez ou vinte anos quando houvesse justo título e boa-fé, mas de trinta ou quarenta anos independentemente desses requisitos. O possuidor, em certas situações, não gozava apenas de exceções, pois poderia ajuizar ação para reconhecer a aquisição da propriedade⁶⁹ – razão pela qual se considera que, dessa forma, fundem-se as noções de usucapião e *longi temporis praescriptio*, já não havendo razão para diferenciar a propriedade na Itália e nas províncias.⁷⁰ Também é Justiniano que estende a regra para as servidões, o que antes não se admitia.⁷¹

É importante destacar que Justiniano, planejando invadir a Sicília⁷² no ano de 528, acenou favoravelmente às Igrejas, e particularmente à Igreja de Roma, conferindo-lhes prazo prescricional extremamente favorável, de cem anos.⁷³ A medida passou a abranger também as cidades. Imaginava-se, então, que este era o prazo máximo de vida de uma pessoa. Notícia-se que esta extensão de prazo foi deletéria, com documentos sendo forjados pela Igreja na Síria para viabilizar a obtenção de bens diversos,⁷⁴ suscitando grave preocupação dos proprietários de terras, razão pela qual, em 541, este prazo foi reduzido para quarenta anos.⁷⁵ Nas palavras de Justiniano, inúmeros foram os litígios que surgiram deste contexto,

⁶⁸ C, 7, 40, 1.

⁶⁹ C, 7, 39, 8.

⁷⁰ C, 7, 31, 1 e 2. Nesse sentido, *vide*, ainda, CIMMA, 1993a, p. 257-258.

⁷¹ C, 7, 33, 12, 3-4.

⁷² MILLER, D. J. D; SARRIS, P. *The Novels of Justinian*. A Complete Annotated English Translation. v. 1. Cambridge: Cambridge Uni. Press, 2018, p. 159.

⁷³ C, 1, 2, 23. No mesmo sentido, *vide* Nov, 9.1.

⁷⁴ MILLER e SARRIS, 2018, p. 157.

⁷⁵ Nov. 131, 6, datada de 545. MILLER e SARRIS, *op.cit.*, p. 871-872. Sobre essa mudança em curto espaço de tempo e toda a discussão que se segue nos séculos seguintes, *vide* CIMMA, 1993a, p. 257; PUGLIESE, Giuseppe. *La prescrizione nel diritto civile: parte seconda: la prescrizione estintiva*. 4 ed. Torino: UTET, 1924, p. 8; e LOSCHIAVO, L. *Intorno al privilegio della praescriptio centum annorum. Itinerari giuridici*. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo. Milano, 2007, p. 533-553. Disponível em: <<https://bit.ly/35enSGi>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

como se as cicatrizes de antigas feridas fossem reabertas, sendo que o processo de cura não foi além em razão das evidentes dificuldades de produzir-se prova documental íntegra e testemunhal válida a esse respeito.⁷⁶ Do ponto de vista prático, como recorda Loschiavo, para fazer seu interesse prevalecer contra a Igreja ou contra o Fisco, a contraparte haveria de trazer, em juízo, testemunho de pessoas que contassem com idade superior a cem anos, de forma que, na prática, estava estabelecida a imprescritibilidade em favor destes.⁷⁷

Conquanto o prazo tenha sido reduzido, nos anos subsequentes discutiu-se se a redução teria atingido apenas a Igreja Oriental ou também a Igreja Ocidental e as Cidades. De qualquer forma, seja porque talvez desconhecesse a redução dos prazos, seja porque talvez não se visse atingida por ela, a regra será revigorada pelos Papas Gregório I, entre 590 e 560,⁷⁸ e João VIII, no ano 873,⁷⁹ num claro indício de que as entidades estatais estavam a favorecer-se com prazos prescricionais mais amplos.

De qualquer forma, para que se possa avançar, é importante perceber que o período pós-clássico foi extremamente profícuo para a regulação das limitações temporais das situações jurídicas. Nesse período, formaram-se com clareza as regras que continuam a influenciar o cenário contemporâneo. A *praescriptio longi temporis* generaliza-se, abarcando a ideia anterior de ações temporais, e também envolve tanto a aquisição quanto extinção de direitos. Formam-se, no período, claramente, as causas de suspensão e interrupção da prescrição.

Se a partir de Theodosio surgiu o tratamento conjunto para ambas as espécies de prescrição – extintiva e aquisitiva –, esse cenário se aprofunda no direito medieval canônico, que passa a exigir boa-fé para ambas as situações. Essa unificação só passou a ser desfeita pelos glosadores.⁸⁰

Isso é o quanto basta da análise histórica, para que possamos avançar em nossa discussão.

⁷⁶ Nov. 111.

⁷⁷ LOSCHIAVO, *op.cit.*, p. 551.

⁷⁸ Sobre essa discussão, *vide* BACHIO, I. A. *Disputatio de praescriptione centum annorum in actionibus ecclesiae Rom.* Lipsiae [Leipzig], Exe Officina Langenhemiana, 1750.

⁷⁹ Conf. MILLER e SARRIS, *op.cit.*, p. 157; PUGLIESE, 1924, p. 11.

⁸⁰ CIMMA, 1993a, p. 259. Pugliese demonstra como, na idade média, a figura da *usucapio libertatis*, que pressupõe, boa-fé é ampliada para alcançar os direitos obrigacionais, suprimindo as noções mais primitivas de prescrição, que prescindiam desse requisito (PUGLIESE, 1924, p. 12-15 e p. 33-34).

ii. *A origem da expressão “prescrição”*

Desde o surgimento do Direito Romano até o fim do processo formulário, não se utilizava a expressão “prescrição” no sentido atual. Como destacam Mario Amelotti e Maria Rosa Cimma, as fontes tratam de *praescriptio* em sentido diverso do atual e, nos textos relativos ao procedimento formulário, não se encontra nenhum vocábulo que designa a prescrição no sentido contemporâneo – de limitação temporal da ação ou da pretensão.⁸¹ Isso porque, em primeiro lugar, no processo das ações da lei, não se exerciam as exceções.⁸² No processo formulário, a expressão “prescrição” referia-se à parte da fórmula inscrita antes dos quesitos principais.⁸³ Assim, nesse período, para designar a limitação temporal da *actio*, dizia-se simplesmente que ela se dava *intra annum*⁸⁴ ou *post annum*, contrapondo-se, assim, *actiones temporariae* às *perpetuae*.

Dessa forma, embora a prática de limitação temporal das ações fosse mais antiga, a origem da expressão *praescriptio* com o significado atual dá-se no âmbito da *extraordinaria cognitio*.⁸⁵ Como no processo da *cognitio extra ordinem* não se utilizam fórmulas, a expressão *praescriptio* passa a ter sinonímia com a noção de *exceptio*, podendo se tratar de defesa temporal ou não – contudo, na prática, as defesas passam cada vez mais a tratar da temporariedade da *actio*.⁸⁶ Passam a ser associadas, então, as ideias de defesa e de decurso de tempo.⁸⁷

Ao longo dos séculos tornou-se comum a sinédoque, em que a *praescriptio* passou a designar apenas a *praescriptio temporales*. A expressão que indicava o gênero passou a ser utilizada como espécie. Não por outro motivo, os glosadores irão indicar que *praescriptio est exceptio ex tempore substantiam capiens quae actioni personali vel in rem oponitur*.⁸⁸

⁸¹ AMELOTI, 1958, p. 13-14. CIMMA, 1993a, p. 254.

⁸² G, 4, 108. GAIUS, 2004, p. 209-210.

⁸³ G, 4, 132. GAIUS, *op.cit.*, p. 217; MOREIRA ALVES, 2014, p. 225.

⁸⁴ G, 4, 110. GAIUS, *op.cit.*, p. 210.

⁸⁵ “*Lo stretto rapporto fra longi temporis praescriptio ed ambiente provinciale, como pure l’età in cui sorge e si sviluppa, inseriscono il nostro istituto nell’ambito della extraordinaria cognitio, che alla fine del II secolo d. Cr. informava largamente tutto il processo provincial. Di ciò è significativo indizio lo stesso nome praescriptio*” (AMELOTI, *op.cit.*, p. 189).

⁸⁶ AMELOTI, *op.cit.*, p. 17-18.

⁸⁷ É com essas peculiaridades que se deve aceitar a afirmação de que a prescrição tem origem pós-clássica. Conf. FERREIRA COELHO, 1933. Sobre a origem pós-clássica da prescrição, *vide* ainda THEODORO JUNIOR, H. Da prescrição e da decadência no Novo Código Civil Brasileiro. In: *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003, p. 318.

⁸⁸ Em tradução livre, a prescrição é exceção temporal que se opõe em ações pessoais ou reais. A referência encontra-se em AMELOTI, 1958, p. 18. O texto original encontra-se em BALBUS, J. F. *Tractatus de praescriptionibus*. Spira Nemetum, Bibliopolae Coloniensis, 1610, p. 10. Disponível em: <<https://bit.ly/2KxqqHn>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

Por isso, Washington de Barros Monteiro tem razão quando indica que “a palavra *praescriptio* significa literalmente um escrito posto antes (*prae-scriptio*). Aí está a gênese do termo moderno de prescrição”.⁸⁹

iii. O direito brasileiro

A pesquisa histórica revela que, desde 1339, Dom Dinis determinou que o prazo prescricional fosse, em geral, de dez anos,⁹⁰ ampliando-se este para trinta anos sobre as Ordenações Afonsinas.⁹¹ As Ordenações Manuelinas reservavam prazos distintos a depender da distância entre as partes.⁹²

Por conta do papel que o *Corpus Iuris Civilis* exercia nesse longo período medieval, nada indica que aí tenha havido uma separação entre prescrição aquisitiva e extintiva. O tratamento conjunto dos institutos legou para as gerações futuras algumas confusões indesejáveis. Por influência canônica,⁹³ as Ordenações Filipinas exigiam a boa-fé como

⁸⁹ MONTEIRO e PINTO, 2010, p. 352; no mesmo sentido, *vide* TOMASEVICIUS FILHO, E. A prescrição quinquenal para cobrança de dívidas no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 907, p. 31-58, maio 2011.

⁹⁰ PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, Livro IV, Título CVIII, 2 e 3, p. 395. Para uma visão geral sobre essas regras, *vide* MENEZES CORDEIRO, 2018a, p. 191; MEIRA, 1985.

⁹¹ “E visto per nós o dito costume, e a dita Ley, declarando acerca della dizemos, que se algum homem for devedor a outro homem em certa cousa, ou quantidade, per razom d’algum contrauto, ou casy contrauto, bem poderá seer demandado por essa divida ataa trinta annos, contados do dia que essa cousa ou quantidade ouvera de seer pagada: com tanto que nom seja introrrumpida essa prescripçõm per citaçom, que seja feita a esse devedor sobre essa divida, ou per qualquer outro modo, per que segundo direito deva seer introrrumpida; ca entom começará outra vez de novo de correr ataa outros trinta annos. Pero se for introrrumpida per citaçom e contestaçom, durará entom ataa quarenta annos, contados do dia que assy for introrrumpida em diante” (PORTUGAL, 1984, 4, p. 395-396). Para uma visão geral sobre essas regras, *vide* MENEZES CORDEIRO, 2018a, p. 191.

⁹² “Se alguu homem for obriguado a outro em algua certa cousa ou quantidade, por razam d’alguu contracto, ou quasi contracto, bem poderá seer demandado por essa diuida atee cinco annos, se ambos morarem em huu lugar, e atee dez annos se elles ambos morarem em hua Comarca; e morando em desuairadas Comarcas atee vinte annos, contados do dia que essa cousa ou quantidade ouuer de seer paga e passado o dito tempo, nom poderam mais demandar por essa divuida, por quanto por sua negrigncia que em todo o dito tempo teue em nom demandar sua diuida, auemos por bem que a nom possa mais demandar” (PORTUGAL. *Ordenaçõens do Senhor Rey D. Manuel*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797, livro IV, título LXXX, p. 224-225).

⁹³ Cân. 197, *Corpus Iuris Canonici*. “A Igreja aceita a prescrição, como modo de adquirir ou de perder um direito subjectivo e bem assim de se libertar de obrigações, segundo o estabelecido na legislação civil da respectiva nação, com as excepções estabelecidas nos cânones deste Código”. Cân. 198, *Corpus Iuris Canonici*. “Nenhuma prescrição tem valor se não se basear na boa-fé, não só no início, mas em todo o decurso do tempo requerido para a prescrição”. *Vide* ainda, CIMMA, 1993a, p. 259. A ideia subjacente é que o que está errado, não pode estar certo com o tempo, sendo relevante a boa ou má-fé para a concepção do pecado. Quando trata da prescrição aquisitiva, Tomas de Aquino destaca há diferença fundamental entre o direito civil e o canônico, sendo que este não pode admitir a aquisição de má-fé. Em sua lição, como o direito canônico tem por fim a paz da Igreja e a salvação das almas, ele não pode permitir a prescrição de má fé, porque isso seria admitir a perdição de uma alma, já que ninguém pode ser perdoado de um pecado se não restitui pelo mal que cometeu: no caso, abrindo mão do bem cuja usucapião se pretenderia. Já o direito civil via a paz dos cidadãos, que não

requisito para a configuração da prescrição extintiva.⁹⁴ Como ocorreu na Península Itálica, a exigência contínua de boa-fé durante décadas dificultava sobremaneira a ocorrência da prescrição, afastando a premissa de pacificação social que havia inspirado as origens romanas do instituto.⁹⁵

No Brasil, somente a partir da vigência da Lei de 18 de agosto de 1769, conhecida como Lei da Boa Razão, é que se afastou da influência da ideia de pecado (§12) da legislação civil, que, a partir daquele momento, estaria adstrita à noção de delito.⁹⁶ Com isso, perde importância a análise de boa-fé contínua para fins de prescrição extintiva, com influência decisiva sobre o pensamento de Teixeira de Freitas.⁹⁷ Tanto assim que a sua famosa Consolidação das Leis Civis tratava a prescrição como mera negligência do credor, independentemente de boa-fé (art. 854).⁹⁸

ocorre sem a prescrição (AQUINO, T. *Quaestiones Quodlibet*, n. XII, q. 16 a, 2 co. Disponível em: <<http://www.corpusthomicum.org/q12.html>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹⁴ Livro IV, Título LXXIX. “Se alguma pessoa fôr obrigada à outra em alguma certa cousa, ou quantidade, por razão de algum contracto, ou quasi-contracto, poderá ser demandado até trinta annos, contados do dia, que essa cousa, ou quantidade haja de ser paga, em diante. E passados os ditos trinta annos, não poderá ser mais demandado por essa cousa, ou quantidade; por quanto por a 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. Porém esta Lei não haverá lugar nos devedores, que tiverem má fé; por estes taes não poderão prescrever per tempo algum, porse não dar ocasião de peccar, tendo alheo indevidamente” (BRASIL. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14. ed. (Org.). ALMEIDA, C. M. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870).

⁹⁵ CIMMA, 1993a, p. 260. GIORGI, G. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*: esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza. v. 9. 7 ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1927, p. 221. No mesmo sentido, quanto ao direito brasileiro, vide BATISTA PEREIRA, A. P. A chamada prescrição aquisitiva: premissas para desconstrução de uma antiga fórmula. In: *Doutrinas Essenciais*: Direito Civil - Parte Geral. v. 5, São Paulo: RT, 2011, p. 75-92. Em Portugal, Dias Ferreira, ao comentar o art. 535, do Código Seabra, esclarecia o seguinte: “Pelo direito anterior, como para a prescrição correr era necessária a boa fé a todo o tempo, nunca se dava a prescrição a favor do devedor originário, ordenação, livro II, Título XXVII, §3º; e assim decidiu a relação do Portoem accordão de 23 de agosto de 1870, publicado no jornal O Direito, 3º anno, n. 4” (DIAS FERREIRA, J. D. *Código Civil Portuguez Annotado*. v. II. Lisboa: Imprensa Naciona, 1871, p. 80).

⁹⁶ CORRÊA TELLES, J. H. C. *Commentario Critico a Lei da Boa Razão*. Lisboa: Tip. Maria da Madre de Deus, 1865, p. 83; MORATO, F. *Da prescrição nas Acções Divisórias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 62.

⁹⁷ BATISTA PEREIRA, *op.cit.*, p. 75-92.

⁹⁸ Conforme CARPENTER, L. F. *Da prescrição*. v. II. Atualizada por Arnold Wald. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958b, p. 447. Menezes Cordeiro menciona a perda da importância da boa-fé no período de vigência das Ordenações Filipinas, mas a boa-fé ainda é exigida pelo art. 535, Código Civil Português de 1867 (“o Código Seabra”), exigência que só desaparece com o Código Vaz Serra, de 1966 (MENEZES CORDEIRO, 2018a, p. 193-196). A frisar a desnecessidade de boa-fé a partir de 1916, vide SANTOS, J. M. C. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 372. O requisito da boa-fé persiste em solo italiano, em cada reino específico, por maior tempo. Segundo narra Maria Rosa Cimma, não se exige boa-fé no ducado de Savoia desde 1.598. Em Napoli, até 1742 se observava a exigência de boa-fé (Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio, 1993, p. 260). Sob o Código Civil italiano de 1865, Chironi afirmava que a prescrição certamente dispensa a boa-fé (CHIRONI, G. *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*. Turim: Fratello Bocca Ed., 1888, p. 173). Na França, o requisito da boa-fé foi exigido até sua abolição pelo Code Civil.

Para fins de comparação, vale ressaltar que a tese da unidade entre a prescrição aquisitiva e a extintiva encontra seus reflexos até hoje, especialmente nas codificações vigentes há mais tempo, como é o caso do Código Civil espanhol (CCE) – o qual, no seu art. 1.930, dispõe que em razão da prescrição adquirem-se o domínio e demais direitos reais, também se extinguindo os direitos e ações de qualquer modalidade.⁹⁹

Além de ser elogiável por sistematizar regras antes esparsas em leis específicas,¹⁰⁰ o Código Civil de 1916 (CC/1916) andou bem ao romper parcialmente com a influência justiniana. Ele, seguindo o modelo alemão,¹⁰¹ distinguiu claramente as hipóteses de prescrição aquisitiva – da qual tratou entre as formas de aquisição da propriedade –, e de prescrição extintiva, que recebeu regulamentação na parte geral, justamente para evidenciar que dizia respeito tanto a ações reais quanto a ações pessoais.¹⁰² Deixou, então, a prescrição

⁹⁹ Art. 1.930. “*por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean*”. O Código Civil espanhol foi promulgado pelo Decreto Real de 24 de julho de 1889. Para entender as críticas diversas feitas à essa legislação, vide CANELLAS, A. M. M. The Need Of Reform Of The Prescription in Spanish Contract Law (La Necesaria Reforma De La Regulación de la Prescripción Extintiva En El Derecho Contractual Español) (July 30, 2009). Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1464506>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1464506>>. Acesso em: 21 jul. 2016. O Código Civil Francês, por sua vez, conforme modificação introduzida pela Lei nº 2008-561, de 17 de junho de 2008, passou a dar tratamento distinto para as duas formas de prescrição. O art. 2219 estabelece que “*la prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps*”. O art. 2258, por sua vez, estabelece que “*la prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi*”. O Código Civil Italiano também passou por reformas, para separar um tema do outro. Atualmente, o art. 2934 do Código Civil Italiano reconhece que “*1. Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge (1242, 2962). 2. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge (248 s., 263, 270, 533, 644, 823, 948, 1111, 1422, 1865, 1869, 2940)*”. O art. 1158 regula a usucapião da seguinte forma: “*1. La proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni (1166; att. 252)*”.

¹⁰⁰ CARPENTER, 1958b, p. 12.

¹⁰¹ Sobre a primazia do modelo alemão nesse ponto, vide MENEZES CORDEIRO, 2018a, p. 191. As regras comuns, que abrangem tanto a prescrição extintiva quanto a aquisitiva, dizem respeito essencialmente à forma da contagem dos prazos e encontram-se também na parte geral (art. 132, CC/2002). Na parte especial, o Código Civil de 1916, mandou aplicar à usucapião as regras de suspensão e interrupção do prazo (Art. 553, CC/1916. “As causas que obstam, suspendem, ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião”), assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor, o que foi mantido no Código Civil de 2002 (art. 1.244: “estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião”).

¹⁰² Sobre as discussões havidas no Senado Federal na época da tramitação do Código Civil de 1916 e sobre o parecer de Torres Netto, este a postular a exclusão da prescrição da parte geral do Código, vide as observações de FERREIRA COELHO, 1933, p. 239-245. Em defesa do tratamento na parte geral, vide CARPENTER, 1958b, p. 18. Eduardo Espínola via distinções claras entre prescrição aquisitiva e extintiva, mas também algo em comum, como o decurso do tempo sobre os direitos e a forma de contagem dos prazos (ESPÍNOLA, E. *Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1938, p. 602-603). Entre autores contemporâneos, vide THEODORO JUNIOR, 2003, p. 315; BARBOSA MOREIRA, J. C. B. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 11, jul-set, 2002a, p. 71; MEIRA, 1985. No direito lusitano, José de Oliveira Ascensão destaca que a prescrição atinge direitos pessoais e reais, estando o não-uso restrito a direitos reais de gozo (Conf. ASCENSÃO, J. O. *Direito Civil: Teoria Geral: Relações e Situações Jurídicas*. v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva,

de ser vista como forma de extinção das obrigações, passando a afetar ações atribuídas a quaisquer direitos. Desse modo, o art. 177, em sua redação original, estabelecia que “as ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas”.¹⁰³ Note-se que a prescrição se dava com o preenchimento de um único requisito, qual seja, o decurso do tempo,¹⁰⁴ independentemente da existência ou não de boa-fé.

Se houve avanços nessa seara, é sabido que nosso CC/1916 não distinguiu precisamente decadência de prescrição.¹⁰⁵ É verdade que os institutos apresentam similitudes: prescrição e decadência refletem o decurso do tempo sobre posições jurídicas, pressupõem a inércia de seu titular e visam a garantir estabilidade nas relações jurídicas.¹⁰⁶ Mais que isso, esses institutos têm inegável senso de justiça prática. Não fossem os prazos extintivos, todos haveriam de guardar documentos, recibos e contratos por prazo indeterminado. A aquisição de propriedade, em particular, levaria a investigações sobre fatos há muito esquecidos.¹⁰⁷

A ausência de diferenciação entre os dois institutos tinha sua razão de ser. Na clássica lição de Savigny, que refletia o pensamento da época, a ação era o direito armado para o conflito.¹⁰⁸ Ora, se direitos e ações se confundiam, ainda não era possível separar os prazos que atingiam uns e outros.

2010b, p. 278-281). Sobre não-uso, *vide* § 49 abaixo. É incorreta, portanto, a associação que eventualmente se faz entre prescrição e responsabilidade (*haftung*), tal como se vê em STJ, REsp 1736091/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

¹⁰³ Após a vigência da Lei nº 2.437/1935 a redação passou a ser a seguinte: “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”.

¹⁰⁴ CARPENTER, 1958b, p. 447.

¹⁰⁵ Conf. CÂMARA LEAL, A. L. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. Atualizada por José de Aguiar Dias. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1978, p. 400; FRANZEN DE LIMA, J. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 385; SIMÃO, 2013, p. 156-158; NAZO, N. *A decadência do Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959, p. 93-94.

¹⁰⁶ WALD, A.; CAVALCANTI, A. E. L. W.; PAESANI, L. M. *Direito Civil: introdução e parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312; no mesmo sentido, *vide* CÂMARA LEAL, 1978, p. 397.

¹⁰⁷ MONTEIRO e PINTO, 2010, p. 351. Apesar disso, destacam esses autores que “não há dúvida de que ela tem realmente um aspecto desfavorável; seu reconhecimento priva o proprietário daquilo que lhe pertence e impede o credor de embolsar o devido, quando, em princípio, a negligência de um e de outro não deveria favorecer a má-fé do usurpador e a relapsia do devedor recalcitrante. De certa forma, o reconhecimento da prescrição, em ambas as hipóteses, viola o preceito milenar – dar a cada um o que é seu” (*idem*).

¹⁰⁸ “*La relacion que de la violacion resulta, es decir, derecho conferido a la parte lesionada se llama derecho de accion o accion. La palabra accion expresa tambien el ejercicio mismo del derecho, en cuyo caso, bajo la hipótesis de un processo escrito, designa el acto escrito por el cual comienza el debate judicial. En este punto sólo he de ocuparme de la accion en el primer sentido, esto es, en el de derecho de accion; pues el acto por el cual el derecho se ejercita, entra por sus condiciones y sus formas em la teoria del procedimiento. Bajo este punto de vista general se reconoce que toda accion implica necesariamente dos condiciones: um derecho y la violacion de este derecho. Si el derecho no existe, la violacion no es posible; y si no hay violacion, el derecho non puede revestir la forma especial de una accion; non existe ‘actio nata’, segun la expression. Exacta de los*

Assim, em todo o século XX, a doutrina tomou para si a tarefa de diferenciar os institutos.¹⁰⁹ Em todo o mundo a decadência surge como instituto de reconhecimento mais recente que a prescrição.¹¹⁰ A definição da decadência varia, essencialmente, em função da amplitude do conceito que se dá à prescrição.¹¹¹

No Brasil, ao longo de quase cem anos de vigência do CC/1916, diversos foram os critérios propostos, sem que houvesse razoável consenso sobre o tema. Alguma uniformidade só foi alcançada com o Código Civil de 2002.

Clóvis Bevilacqua diferenciava prescrição de decadência, mas essa distinção não foi aproveitada com clareza no direito positivo.¹¹² Relata-se que a Câmara, em 1916, eliminou as diferenças existentes no anteprojeto, deixando a tarefa para a doutrina.¹¹³ De toda sorte, tratava-se de uma diferenciação doutrinária feita de maneira ainda primária. O direito caducava porque nascia com prazo; prescrevia diante da inércia do seu titular. Bevilacqua ainda afirmara que “a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo”.¹¹⁴ A ideia por trás dessa conclusão é a de que o direito não se perde por desuso, se nunca foi violado. Se houve violação seguida de inércia, o tempo seria capaz de consolidar os fatos contrários ao direito de um titular negligente. A ação surge, portanto, com a ofensa

autores modernos” (SAVIGNY, M. F. C. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Tradução de M. Ch. Guenoux e Jacinto Mesia y Manuel Poley. Tomo IV. Madrid: F. Gongora y Comp., 1879b, p. 10). Ao analisar os efeitos do tempo sobre as situações jurídicas, Savigny não menciona a decadência (SAVIGNY, M. F. C. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Tradução de M. Ch. Guenoux e Jacinto Mesia y Manuel Poley. Tomo III. Madrid: F. Gongora y Comp., 1879a, p. 193-201)

¹⁰⁹ WALD, CAVALCANTI e PAESANI, 2015, p. 311.

¹¹⁰ MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil*. v. 5. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 246-250.

¹¹¹ Como será visto com mais detalhes no capítulo 9.

¹¹² “Cumpra distinguir a decadência dos direitos, determinada pela extinção dos prazos assinados à sua duração, da prescrição; porque as regras a que obedecem os dois institutos são diferentes, embora entre ambos haja consideráveis analogias. A prescrição suspende-se, interrompe-se, e é uma consequência da inércia do titular do direito; a decadência resulta, simplesmente, do decurso do tempo, porque o direito já nasce com esse destino de extinguir-se num lapso limitado de tempo, se dentro dele não for posto em atividade. A doutrina ainda não é firme e clara neste domínio, porém, é fora de dúvida, que os melhores escritores assinalam as diferenças indicadas e procuram destacar, dos fenômenos, as regras gerais, a que estão submetidos” (BEVILACQUA, C. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001, p. 381-382; no mesmo sentido, *vide* CAHALI, Y. S. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2009, p. 21).

¹¹³ “E desde logo cumpre recordar que o primitivo projeto do Código Civil acolheu a distinção entre prescrição e caducidade, estabelecida pela doutrina, porém, a comissão especial da Câmara a eliminou, englobando prazos de prescrição e casos de caducidade” (OLIVEIRA LIMA, E. *Interrupção de Prescrição Considerações sobre o Usucapião das Servidões*. In: *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 231-237; o artigo foi originalmente publicado em RT 155/10, maio/1945).

¹¹⁴ BEVILACQUA, C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. 12. ed. Atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1959, p. 349; no mesmo sentido, *vide* FRANZEN DE LIMA, 1977, p. 385; FALCÃO, 1959, p. 317; CÂMARA LEAL, 1978, p. 10.

ao direito. Mas, prescrita a ação, também o próprio direito desaparecia.¹¹⁵ De modo contrário, a decadência atinge o direito e, sem este, nenhuma ação seria possível.

Eduardo Espínola, também escrevendo no começo do século XX, indicava a longa controvérsia sobre os efeitos da prescrição, que para alguns atingia o próprio direito e, para outros, apenas a garantia judicial, chamada ação. O autor adere à primeira corrente, para indicar que a prescrição atinge o próprio direito, que não poderia subsistir sem ação. Dessa forma, havendo pagamento posterior à extinção do direito, era o direito natural que haveria de impedir a repetição do indébito.¹¹⁶

Câmara Leal, em obra cuja primeira edição remonta a 1938,¹¹⁷ destacava que “prescrição é a extinção da ação, pela inércia continuada de seu titular, durante certo lapso de tempo, fixado na lei” e que “decadência é a extinção da ação [sic], pela inércia continuada de seu titular, que deixa de exercitá-lo, durante o termo prefixado ao seu exercício”. Enquanto a primeira tem como objeto a ação, a segunda tem como objeto o direito. Sob sua ótica, a prescrição pressupõe um direito que, ao ser exercitado, sofreu ofensa. A ação surge em um momento posterior ao direito. A decadência, por sua vez, supõe um direito que não foi exercido, de maneira que a ação tem origem idêntica a do direito.

Assim, na concepção deste autor, a ação não se confunde com o exercício do direito, porque visa a remediar uma lesão, e, devido a isso, surge a prescrição. De modo contrário, quando o exercício da ação e do direito se identificam, tem-se a decadência. Com isso, “a prescrição não extingue, direta e imediatamente, o direito, mas a ação que o protege, ficando o direito extinto, por via de consequência, se não dispuser de outro meio para se fazer valer” e “a decadência extingue, direta e imediatamente, o direito, e necessariamente a ação”. Ainda como decorrência dessa visão, a decadência atinge todas as ações possíveis, enquanto a prescrição atinge aquela ação cujo exercício foi estabelecido.¹¹⁸

San Tiago Dantas, na década de 1940, de modo peculiar, ensinava no Rio de Janeiro que há direitos subjetivos, sempre correspondentes a um dever alheio, e faculdades, ou seja, um poder de agir ao qual não corresponde uma prestação alheia. Estas não poderiam estar sujeitas a prescrição. Aqueles, quando violados, davam lugar ao prazo prescricional.¹¹⁹ De

¹¹⁵ Desde que não se trate de direitos de personalidade, de direito público ou sem cunho patrimonial (BEVILACQUA, 1959, p. 350).

¹¹⁶ ESPÍNOLA, 1938, p. 609-10.

¹¹⁷ CÂMARA LEAL, 1978, p. 400.

¹¹⁸ CÂMARA LEAL, 1978, p. 397-400.

¹¹⁹ “Se amanhã tomar-se conhecimento de um prazo e lhe perguntar-se: este prazo é de prescrição ou de decadência, que se faz? Deve-se examinar a natureza do direito subjetivo, de um direito ao qual corresponde um dever jurídico, trata-se de direito absoluto ou de direito relativo, e concluir-se-á: trata-se de um prazo de

qualquer forma, o autor negava, na contramão dos demais autores, uma diferenciação segundo a extinção da ação ou do direito material.¹²⁰

Francisco Morato, em 1944, frisava os caracteres peculiares de uma e outra figura. Para o professor paulista, a prescrição liberatória deriva da inércia, “é modo de dissolver as obrigações e consiste na perda da acção attribuida ao direito, pelo não uso della durante determinado lapso de tempo”.¹²¹ Mais que isso, no seu entender, a prescrição extingue a ação e, indiretamente, o direito; de modo reverso, o “prazo extintivo” extingue o direito e, conseqüentemente, as ações que dele derivam.¹²²

De modo análogo, em 1958, J. M. Carvalho Santos enfatizava que a prescrição define-se como modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava em razão da inércia do credor e que só produz efeitos quando invocada por quem dela se aproveita.¹²³ Já a decadência é “a extinção do direito, por não ter o credor exercido, no prazo fixado em lei”.¹²⁴

Em 1980, Paulo Torminn Borges sugeria que, “na prescrição o direito remanesce através da obrigação natural. O mesmo não acontece na decadência”, sem explicar, contudo, por quais motivos a decadência tem o poder de eliminar a obrigação natural que eventualmente lhe seja subjacente.¹²⁵

Decisivos para a solução da questão foram os estudos publicados em 1960 por Agnelo Amorim Filho, que ao longo dos anos foi ganhando maior notoriedade. O autor

prescrição, porque esse direito pode ser lesado, pela infração do dever correspondente, e a partir da lesão se contará o prazo prescricional. Se, porém, não se trata de um direito subjetivo; se se trata de uma mera faculdade à qual não corresponde um dever jurídico alheio, então se decide que se está diante de uma decadência” (DANTAS, F. C. S. T. *Programa de Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 401).

¹²⁰ “Como não concebe hoje um direito sem sanção, não se pode admitir este direito que não tem ação como direito, que não pode ser feito valer em juízo e que, por conseguinte, deixando de poder ser feito valer em juízo, deixou automaticamente de ser um direito; passou a ser um simples título moral, que os outros respeitarão ou não, conforme a sensibilidade de sua consciência, de modo que, não se pode conceber direito sem sanção e graças a isso, deixa-se de dizer que a prescrição consome a actio e se passa a dizer que consome o próprio direito” (DANTAS, *op.cit.*, p. 398-399). Mas apesar de uma observação tão contundente, San Tiago Dantas desenvolve um pouco melhor o seu pensamento, para destacar que o direito, uma vez violado, dá origem ao dever de reparação pelo lesado e a prescrição atinge esse dever de reparar, mas não o direito propriamente dito. Confira-se: “Quer dizer que o que ela faz realmente é exonerar o dever jurídico e não extinguir o direito subjetivo a ele correspondente. Sobre alguém caía o dever; o devedor, por conseguinte, é que se exonera com a prescrição” (*idem*, p. 402).

¹²¹ MORATO, F., 1944, p. 51.

¹²² *Idem*, p. 70.

¹²³ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 371.

¹²⁴ *Idem*, p. 373.

¹²⁵ TORMINN BORGES, 1980, p. 82. Em sentido semelhante, António Menezes Cordeiro destaca que a caducidade não dá origem a obrigações naturais. Assim, o argumento é utilizado para com um sentido mais específico, no qual a expressão obrigação natural tem cunho metajurídico ou não jurídico, mas apenas designa um direito sem pretensão (MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 264-265).

paraibano afirmava, então, que não se pode separar prescrição de decadência por características acidentais ou por suas consequências. Por isso, refutava a ideia de que a diferença entre os institutos estava no período maior ou menor dos prazos correspondentes, na possibilidade de suspensão do decurso temporal ou naquilo que neutralizam (o direito ou a ação).¹²⁶

Ele propõe que se tome a classificação de Chiovenda para os direitos subjetivos,¹²⁷ separando-os conforme assegurem obter uma prestação ou sejam simplesmente potestativos.¹²⁸ O direito potestativo prescinde da exigência de qualquer conduta alheia, podendo ser exercido por simples declaração receptícia que, em regra, produz efeitos independentemente da conduta ou da vontade do sujeito passivo,¹²⁹ tal como ocorre na revogação do mandato, aceitação de herança, aceitação da oferta contratual, concentração de obrigação alternativa. De forma subsidiária, há direitos potestativos que podem ser exercidos por ação judicial, como na revogação da doação, no divórcio, anulação de casamento, no encerramento do condomínio *pro indiviso* por leilão judicial da coisa comum. No que importa, os direitos potestativos gozam de eficácia na esfera jurídica alheia e o seu titular não precisa exigir do sujeito passivo a realização de uma conduta específica. O sujeito

¹²⁶ AMORIM FILHO, A. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 7-37, out. 1960, p. 7-37.

¹²⁷ Windscheid mantém-se fiel ao conceito subjetivo, que na primeira fase de seu pensamento, indicou ser “*diritto ad un determinato comportamento, fatto od omissione, delle persone, che si trovano di fronte al titolare, o di una singola persona*” e “*è una potestà o signoria dela volonta impartita dall’ordine giuridico*”. Ele reconhece, no entanto, as dificuldades de sustentar que incapaz seja provido de vontade e, nesse sentido, adere a vertente subjetivista de Thon, para afirma que “*la volontà imperante nel diritto soggettivo è soltanto la volontà dell’ordinamento giuridico, no la volontà del titolare*” (WINDSCHEID, B. *Diritto dele Pandette*. v. I. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925, p. 107-8). Direito subjetivo, na expressão clássica de Jhering, é o interesse juridicamente tutelado. Mas este autor, em fases posteriores de seu pensamento, fala em direito subjetivo como segurança para o gozo e como autoproteção dos interesses. Para um bom panorama sobre a discussão, vide LEVI, A. *Teoria Generale del Diritto*. Padova: CEDAM, 1967, p. 268-279. Entre nós, vide ESPÍNOLA, 1938, p. 285 e ss. De forma a evitar essa disputa, Pontes de Miranda indica elegantemente que “direito tem sentido estrito: é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das Ações*. Tomo I. Atualizadores Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: RT, 2016a, p. 65). De modo semelhante, Chiovenda afirma que direito subjetivo é “l’aspettazione d’um bene della volontà della legge” (CHIOVENDA, G. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. I. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1935, p. 1). No direito alemão contemporâneo, vide LARENZ, K. *Derecho civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Jaen: Grafica Nova, 1978, p. 273.

¹²⁸ “*Tuti questi diritti, como si è gia visto, vanno divisi anzitutto in due grande categorie: diritti che tendono ad un bene della vita da conseguirsi in prima liena mediante la prestazione positiva o negativ di altri (diritti ad uma prestazione); diritti che tendono alla modificazione dello stato giuridico esistente (diritti potestativi)*” (CHIOVENDA, 1935, p. 8-9). Diferenciação que já se via também, a seu modo, em Von Tuhr (TUHR, A von. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. W. Roces (Trad.) Madrid: Reus, 1934, p. 14) Pontes de Miranda trata dos direitos potestativos como direitos formativos (geradores, modificativos ou extintivos) (PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 73). Vide ainda, LARENZ, 1978, p. 281.

¹²⁹ Conforme bem resumido por AMARAL, F. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250.

passivo encontra-se, por isso, numa situação de simples sujeição à vontade alheia. De modo contrário, apenas têm ação os direitos subjetivos em sentido mais estrito com conteúdo prestacional.¹³⁰

Diante dessa constatação, o autor ainda acompanha Chiovenda para estabelecer um paralelismo entre direito material e processual. Os direitos potestativos são exercidos mediante ações constitutivas positivas ou negativas.¹³¹ Direitos prestacionais são exercidos por ações condenatórias. Por sua vez, as ações declaratórias visariam simplesmente a obter uma certeza jurídica.¹³²

Por considerar que a prescrição e decadência atendem à segurança e à paz públicas, Agnelo Amorim Filho destaca que a indefinida permanência da ação, que pode ser exercida a qualquer tempo, é a circunstância que gera intranquilidade. No seu entender, para restaurar a segurança, basta que se extinga a ação, podendo persistir o direito em si. De modo diverso, quando se está diante de direito potestativo, gera insegurança a possibilidade que o seu titular venha exercê-lo a qualquer tempo. Diante da necessidade de se limitar temporalmente o exercício de alguns direitos potestativos, surge a noção de decadência. Ao extinguir o próprio direito, a decadência salvaguarda a tranquilidade social.

¹³⁰ Nessa primeira versão do texto de Agnelo Amorim Filho, publicada em 1960, o autor demonstra conhecer o conceito de pretensão, citando expressamente o BGB, mas mantém a tradicional denominação de ação para designar essa realidade. Asseverava, então, que “compreende-se facilmente o motivo da escolha da lesão do direito como termo inicial do prazo de prescrição: é que a lesão dá origem a uma ação, e a possibilidade de propositura desta, com o fim de reclamar uma prestação destinada a restaurar o direito, é que concorre para criar aquele estado de intranquilidade social que o instituto da prescrição procura evitar. Assim, com a prescrição, limita-se o prazo para exercício da ação” (AMORIM FILHO, 1960, p. 19). E ainda ressaltava que “estão sujeitas a prescrição: todas as ações condenatórias, e somente elas” (*idem*, p. 37). No ano seguinte, uma versão ampliada do seu texto original vem a ser publicado na Revista de Direito Processual Civil (AMORIM FILHO, A. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, ano II, v. III, São Paulo: Saraiva, jan-jun, 1961, p. 95-132). Nessa segunda publicação, vê-se que o autor paraibano dedicou maior atenção à distinção de pretensão e ação. A comparação entre as duas versões do texto revela que, na primeira delas, o autor defendia que, com a violação do direito, nasce a ação. Na versão posterior, já assevera que “não é rigorosamente correto afirmar que o prazo prescricional começa a fluir a partir do nascimento da ação processual oriunda da lesão do direito” (*idem*, p. 110). Contudo, mesmo na versão mais nova de seus estudos, Agnelo Amorim Filho afirmou que “utiliza-se aí a palavra ‘ação’ no sentido de ‘pretensão’” (*idem*, p. 109). Dentre as conclusões, o autor insere alguns ajustes, passando a estabelecer que “estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas”, que “estão sujeitas à decadência (indiretamente, isto é em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei” e, por fim, “são perpétuas (imprescritíveis): a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias” (*idem*, p. 131).

¹³¹ E como ressalta Agnelo Amorim Filho, ações constitutivas “não pressupõem a existência de lesão a um direito” (AMORIM FILHO, 1960, p. 17).

¹³² Essa visão não coincide exatamente com o que propõe Pontes de Miranda, que fala de “pretensão declaratória”.

Com essas premissas bem estabelecidas, Agnelo Amorim Filho propõe, de modo bastante claro, que:

i) estão sujeitas à prescrição as ações condenatórias;

ii) podem estar sujeitos à decadência os direitos potestativos e estes são exercidos por ações constitutivas;¹³³ e

iii) são imprescritíveis todas as ações declaratórias e as ações constitutivas que não têm prazo fixado em lei.

Essas lições ganharam enorme prestígio entre nós e hoje são amplamente aceitas,¹³⁴ de modo que não é possível tratar de prescrição sem bem compreendê-las. José Fernando Simão recentemente observou que “depois de Agnelo Amorim Filho e sua obra de referência, nada de novo sob o sol para fins de conceituar prescrição e decadência”.¹³⁵ Otávio Luiz Rodrigues Júnior destaca que Agnelo Amorim Filho é “o mais citado e influente jurista brasileiro sobre o tema da prescrição e decadência”.¹³⁶

Conquanto haja críticas pontuais endereçadas a Agnelo Amorim Filho, importa que suas lições tornaram-se paradigmáticas para o estudo da prescrição e da decadência. A primeira das críticas endereça-se contra a adoção da classificação das ações em três tipos, e não em cinco, como propôs Pontes de Miranda, deixando sem explicação exata a situação das ações mandamentais e executórias.¹³⁷ O problema da classificação das ações processuais escapa ao escopo deste estudo. O importante, no entanto, é reconhecer onde haja pretensão ou não, pois o problema da prescrição não envolve propriamente o direito processual. Para além disso, há alguma dificuldade em entender exatamente quais ações são as meramente declaratórias. Desse tema, trataremos com mais vagar no capítulo 8.

No contexto atual, observe-se que Francisco Amaral acolhe esses elementos diversos e propõe a diferenciação entre prescrição e decadência de forma clara. Direitos

¹³³ “O tempo é, assim, fator de limitação do exercício de direitos. E a figura técnica que exprime a extinção dos direitos e suas pretensões pela inércia do respectivo titular no tempo devido é a chamada caducidade. Esta, em sentido amplo, significa a extinção de direitos em geral, e em sentido restrito, perda dos direitos potestativos quando toma o nome de decadência. Seu fundamento é o princípio da inadmissibilidade da conduta contraditória” (AMARAL, 2014, p. 622).

¹³⁴ *Idem*, p. 619.

¹³⁵ SIMÃO, J. F. Prescrição e decadência e início dos prazos: doutrina e jurisprudência em harmonia. In: SALMÃO, L. F.; TARTUCE, F. (Orgs.). *Direito Civil: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 111.

¹³⁶ RODRIGUES JUNIOR, O. L. Exceções no Direito Civil: um tema em busca de um autor?. In: MIRANDA, D. G.; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. (Orgs.). *Prescrição e decadência: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. 1. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 411-422.

¹³⁷ *Vide*, por exemplo, ATAÍDE JUNIOR, J. R. Prescrição e Decadência: conceitos lógico-jurídicos ou jurídico-positivos. In: MIRANDA, D. G.; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. *Prescrição e Decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 217-230.

potestativos não têm ação (pretensão) e, quando limitados no tempo, sujeitam-se a prazos decadenciais. A decadência extingue o direito e, com ele, todas as ações (pretensões) possíveis. A prescrição atinge apenas certas ações (pretensões), razão pela qual podem subsistir outras.

Os prazos prescricionais podem ser obstados, suspensos ou interrompidos.¹³⁸ Os prazos decadenciais correm sem quaisquer interrupções, salvo contra absolutamente incapazes. Não há um prazo geral de decadência. Qualquer que seja sua origem, legal ou convencional, só há prazos específicos. Os prazos prescricionais não podem ser modificados por convenção e, na ausência de regra específica, dá-se no decêndio. A prescrição pode ser renunciada quando o devedor paga a dívida cobrada. A decadência opera efeitos de pleno direito. Por fim, o prazo decadencial inicia-se, em regra, com o próprio surgimento do direito. Os prazos prescricionais, como ficará claro a seguir, fluem da *actio nata* ou da ciência da lesão. A situação pode ser assim sistematizada no quadro:

Quadro 1 – Comparação entre Prescrição e Decadência

Critério	Prescrição	Decadência
Posição jurídica que afeta	Ação (mais modernamente pretensão)	Direito, seja ele dotado de pretensão ou não
Efeitos	Atinge a pretensão a que diz respeito	Atinge todas as pretensões possíveis
Cognoscibilidade	Por exceção	<i>Ex officio</i>
Interrupção e suspensão	Sujeita-se à interrupção e à suspensão	Não se suspendem, não se interrompem, fluem inexoravelmente, salvo contra absolutamente incapazes
Prazos gerais	Na ausência de um prazo especial, aplica-se o prazo geral decenal	Só tem prazos especiais
Natureza da ação	Atinge ações condenatórias	Atinge ações constitutivas com prazo em lei
Renunciabilidade	Renunciável	Irrenunciável
Natureza do prazo	Prazo legal	Prazo legal ou negocial
Termo inicial	Em regra, com a violação do direito e surgimento da ação (pretensão)	Em regra, nasce com o próprio direito

Elaboração do autor.

¹³⁸ Na elegante definição de Carpenter, “a suspensão faz parar, apenas, o curso da prescrição (*praescriptio dormit, quiescit*), mas não inutiliza o prazo decorrido antes do acontecimento da suspensão, se é que antes desse acontecimento já havia decorrido qualquer fração desse prazo de prescrição. Ao passo que a interrupção inutiliza, destrói qualquer prazo decorrido antes dela”. A interrupção, que pode ter causas interpelativas ou recognitivas, dá-se, em regra, por um fato superveniente, instantâneo, com efeitos imediatos (CARPENTER, 1958b, p. 358).

Assim, no que é de perto mais importante, a doutrina assimilou com bastante clareza que a prescrição extintiva diferenciava-se da aquisitiva e que, de qualquer forma, esta não se confundia com a prescrição. Manteve-se, contudo, a percepção de que a ação (e não a pretensão) estava sujeita aos efeitos do tempo, o que deve ser avaliado em seguida.

§5. *O período de prescritibilidade da pretensão*

Embora se tenha caminhado bem ao separar a prescrição da decadência, os civilistas de maior repercussão nacional no final do século XX reproduziram, em maior ou menor medida, a lição clássica segundo a qual a prescrição representava os efeitos do tempo sobre a ação.

Rubens Limongi França, em 1988, na suas *Instituições de Direito Civil*, afirmava que “prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas durante um determinado espaço de tempo”.¹³⁹ Caio Mário da Silva Pereira,¹⁴⁰ por sua vez, argumentava que seria esdrúxulo reconhecer o direito vinculado a um sujeito ativo, bem como sua oponibilidade a um sujeito passivo, mas lhe recusar os meios para forçosamente torná-lo eficaz. Ele entendia que a ação é elemento externo ao direito subjetivo, mas a prescrição atinge a ambos, extinguindo a ação e o próprio direito. Caso haja renúncia à prescrição, de modo que o devedor solva dívida prescrita, não há enriquecimento sem causa, pois a causa reside no dever moral. E argumentava que “os que não admitem a tese da extinção do direito procuram construir a conversão de uma obrigação civil em obrigação natural, por força da prescrição”.¹⁴¹ Washington de Barros Monteiro, de modo análogo, asseverava que “a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado”.¹⁴²

Ao longo do século XX, esse estado de coisas passou a sofrer diversas críticas por parte dos processualistas que, com razão, não admitiam que a faculdade de demandar em juízo estivesse vinculada à violação de um direito subjetivo. O demandante pode ter seus

¹³⁹ LIMONGI FRANÇA, R. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988a, p. 193.

¹⁴⁰ SILVA PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 435-436.

¹⁴¹ *Idem*, p. 436. Francisco Amaral, por exemplo, afirma expressamente que “a obrigação prescrita transforma-se, desse modo em obrigação natural” (AMARAL, 2014, p. 622). Note-se que Pothier já afirmava, quanto ao direito francês e antes da formação das codificações modernas, que “as exceções não atingem o crédito, mas o tornam ineficaz, tornando o credor inadmissível para intentar a ação que dele nasce” (POTHIER, R. J. *Tratado das obrigações*. Trad. Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 606).

¹⁴² E continua: “a decadência, ao inverso, atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação” (MONTEIRO, FRANÇA PINTO, 2010, p. 355).

pedidos julgados improcedentes, a evidenciar que exerceu legitimamente a ação processual e que seu direito subjetivo não fora violado.

Para além disso, ao se conceber a ação como faculdade atribuível ao direito violado, pouco se explicava sobre pedidos meramente declaratórios ou de abstenção. Essas críticas levaram à aceitação da existência de um direito público de ação, voltado contra o Estado, de quem se pode exigir a prestação jurisdicional independentemente da existência de direito material. Com isso, o direito processual ganhou autonomia frente ao direito material.¹⁴³

Por isso, passou-se a dizer que se há algo sujeito à prescrição, certamente não se trata do direito processual de ação.¹⁴⁴ O direito de ação, em sentido processual, é garantia constitucional incluída entre as cláusulas pétreas, não podendo ser limitada por força de lei.¹⁴⁵ Diz-nos o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa crítica não nasce pronta. Na Alemanha, antes da promulgação do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão, ou simplesmente BGB), Bernhard Windscheid, ao resgatar a concepção de *actio*,¹⁴⁶ procurava destacar que, entre os romanos, “o ordenamento jurídico não é o ordenamento de direitos, mas das pretensões juridicamente perseguíveis”, conforme o espírito prático daquela civilização.¹⁴⁷ Com isso, pode haver *actio* sem existir direito e, ainda que se tenha um direito, este pode estar despido de *actio*.¹⁴⁸ É a *actio* que faz o direito, e não o contrário.¹⁴⁹

¹⁴³ Para um breve panorama sobre essa evolução, vide SERPA LOPES, M. M. S. *Curso de Direito Civil*. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1989, p. 492. Sobre a correlação entre a adoção da teoria abstrata da ação e a prescritibilidade da pretensão, vide FIUZA, C.; RIBEIRO, R. A prescrição em face da autonomia do direito de agir: abordagem histórico-dogmática. *Campo Jurídico*, v. I, n. 2, p. 215-234, out. 2013.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, PUGLIESE, 1924, p. 42.

¹⁴⁵ ARENHART, S. C. O STJ e o tratamento da prescrição em ações coletivas. In: *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 1169. Na jurisprudência, vide: “ao direito subjetivo público e processual de ação corresponde, via de consequência, uma obrigação do Estado de manifestar-se sobre o pedido formulado, para, se chegar a examinar o mérito, conforme o caso, deferi-lo ou indeferi-lo, segundo esteja ou não tutelado pelo direito objetivo. Assim, a conclusão necessária e inafastável é de que, como não depende da efetiva existência do direito subjetivo de cunho material vindicado por aquele que o exerce, decorrendo do próprio Estado Democrático de Direito, o direito subjetivo público de ação não se submete a passagem do tempo nos moldes estabelecidos para o direito material” (STJ, REsp 1736091/PE, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª T, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019).

¹⁴⁶ “*Actio est jus perseguendi in iudicio quod sibi debetur*” (a ação nada mais é do que o direito de pedir em juízo o que nos é devido) (JUSTINIANUS, F. P. S. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2000, p. 301).

¹⁴⁷ WINDSCHEID, B.; e MUTHER, T. *Polemica sobre la ‘actio’*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jur. Europa-America, 1974, p. 8. No mesmo sentido, vide SILVA, A. F.; ROCHA, M. V. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v. III, p. 1-22, 2017 (em particular, p. 4).

¹⁴⁸ WINDSCHEID e MUTHER, *op.cit.*, p. 7-10.

¹⁴⁹ WINDSCHEID, 1925, p. 126.

Apesar de sua tecnicidade, o problema ilustra bem a mudança sobre o modo de pensar a realidade jurídica. Desde Roma e antes da formação dos Estados contemporâneos e suas grandes codificações, o direito tinha características marcadamente tópicas¹⁵⁰ e, quase sempre, pragmáticas. A jurisdição, por motivos históricos evidentes, até então, não poderia refletir os ideais de igualdade e de vontade geral do povo.¹⁵¹

A jurisdição romana, sobretudo na sua formação, não contava com direitos reconhecidos por meio de lei. Nesse contexto, importava ter *actio*, pois, por meio dela, o julgador poderia criar direitos. Com o tempo, essas decisões se consolidavam nos editos, no *ius gentium*, no *ius honorarium* e na doutrina.¹⁵²

Com o crescente papel da *lex*, essa função perde a importância, até que, sob a influência do Iluminismo, pudéssemos imaginar que os direitos devem advir da legislação e estar organizados de forma sistemática. Com isso, o paradigma deve ser outro: os direitos antecedem as ações.¹⁵³

¹⁵⁰ Max Kaser assevera que “os clássicos não desenvolveram teoria alguma quanto ao método da aplicação do direito; satisfizeram-se com uma técnica adequada ao fim prosseguido” (KASER, 2011, p. 53). Então, ao afirmarmos que se trata de tópica, estamos tomar uma perspectiva mais atual sobre o que ocorria no passado. Sobre tópica, referimo-nos especificamente a VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Ministério da Justiça e Ed. UnB, 1979. Talvez fosse melhor caracterizá-lo como voltado aos problemas ou aporético, como sugere CANARIS, C-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. Mas na famosa introdução à versão portuguesa desta obra, Antônio Menezes Cordeiro afirma que “a jurisprudência problemática apresenta-se como uma segunda grande corrente do pensamento jurídico actual. No seu activo, esta linha jusmetodológica conta a própria criação do Direito, na Antiguidade e o desenvolvimento subsequente, até aos nossos dias: na verdade, foi na base da solução concreta de problemas também concretos que se sedimentou o trabalho dos jurisprudentes romanos e que, mais tarde, foi decantado todo o Direito Comum” (*idem*, p. XLV). Larenz, ao tratar da tópica, lança mão do seguinte exemplo: “no direito civil romano assumiam a forma de decisões de casos, que eram abstraídas do caso decidido de tal modo que ‘podiam facilmente ser formuladas numa regra’” (LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 203).

¹⁵¹ Para entender como o direito contemporâneo se vê sistemático, *vide*, entre nós, MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000.

¹⁵² “Os magistrados judiciais, no direito romano, não podiam atribuir direito a ninguém, mas, sim, conceder ou negar ações (o que, praticamente, equivalia à criação de direitos. Em virtude disso, o *ius honorarium* ou *praetorium*, como acentua Ferrini, era um sistema de ações, e não um sistema de direitos (MOREIRA ALVES, 2014, p. 25). A afirmação refere-se sobretudo aos períodos pré-clássico e clássico. Daí Pompônio afirmar que o *ius civili* “*in sola prudentium interpretatione consistit*” (D, I, 2, 2, 12), ou seja, “consiste unicamente na interpretativo dos juriconsultos” (MOREIRA ALVES, *op.cit.*, p. 73). De modo análogo, Max Kaser afirma que “em vastos domínios nos quais não há normas escritas, como acontece em determinadas matérias do *ius civile*, compete aos juristas uma actividade criativa, que se orienta, sem constrangimento exterior, para a justiça material e, por conseguinte, deve ser simultaneamente justa e prática” (KASER, *op.cit.*, p. 54). No mesmo sentido, *vide* NAZO, 1959, p. 107-108.

¹⁵³ Com essa mesma perspectiva do problema, diz-se que “*Windscheid fue el primero en demostrar que la idea de acción de los romanos no se avenía ya con nuestra concepción moderna, porque hoy el derecho material ha pasado al primer plano, y la posibilidad de una persecución judicial la concebimos como unas consecuencia natural de aquel derecho*” (ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Segunda Parte. Tradução de Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1981, p. 957).

Como a *actio* é conceito histórico bem delimitado, Windscheid irá destacar que, em um sistema de direitos subjetivos bem estabelecido, deve haver um conceito que marca a possibilidade de exigir sua observância.¹⁵⁴ Daí surge o conceito de pretensão, não perfeitamente equiparável à *actio* e sequer ao direito processual de ação. Como Windscheid destacava, a “a *actio* serve primordialmente para designar, não a pretensão, senão o fato de fazer valer esta pretensão ante os tribunais”¹⁵⁵ Na mesma linha, Enneccerus, Kipp e Wolff afirmam que o direito romano desconhecia o conceito de pretensão.¹⁵⁶

Sem razão, portanto, Pontes de Miranda quando afirma que “*actio* é a pretensão, e não a ação (...) nem, *a fortiori*, a ‘ação’ (conceito processual)”.¹⁵⁷ Também sem razão André Fontes quando afirma que é de ofuscante nitidez a afinidade da *actio* com o conceito de pretensão.¹⁵⁸

A polêmica iniciada sobre o significado da *actio* tem importância inequívoca, pois, a um só tempo, levou à superação da noção de ação apresentada por Savigny, ao reconhecimento da pretensão e, em última análise, à autonomia do direito processual.

¹⁵⁴ “El concepto de pretensión em que se basa el Código civil fue concebido por Windscheid a fin de, com ayuda de tal concepto, trasladar al Derecho material privado y assimilar a éste la *actio*, el derecho subjetivo procesal del Derecho romano y del antiguo Derecho común, la cual era considerada a partir de las posibilidades del proceso. Windscheid quiso con ello tomar em cuenta la nueva concepción según la cual el derecho subjetivo privado es lo primário, y la posibilidad de su imposición por vía de acción es un elemento secundário, teniendo el proceso la misión de poner fuera de duda y realizar el derecho material dado previamente al proceso cuando aquél es lesionado o impugnado” (LARENZ, 1978, p. 315).

¹⁵⁵ “En lo que antecede hemos recalado un aspecto determinado. Se haría mui mal si por ello se perdiera de vista el aspecto procesal del concepto de la *actio*. Si bien es cierto que la expression: ‘alguien tien una *actio*’ significa, traducida al lenguaje de nuestra concepción jurídica, que alguien tiene una pretensión, no es menos cierto que *actio* sirve primordialmente para designar, no la pretensión, sino el hecho de hacer valer esa pretensión ante los tribunales. *Actio* es la persecución judicial” (WINDSCHEID, B.; MUTHER, 1974, p. 12-13). De modo análogo, KASER, 2011, p. 57.

¹⁵⁶ ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *op.cit.*, p. 955.

¹⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 83; e ainda MOREIRA ALVES, J. C. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157. Por motivos equivalentes, mas em posição contrária a desses autores, não tem razão Giuseppe Panza quando afirma que a prescrição, no direito romano, tinha características exclusivamente processuais. Como se viu, o processo e o direito material de alguma forma e em alguma medida se fundiam no direito romano (PANZA, G. *Prescrizione. In: Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. 4. ed. 2. ristampa. (Org.). SACCO, R. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1993-. v. 14, p. 227). A criticar a equiparação de *actio* e pretensão, vide NAZO, 1959, p. 108-109.

¹⁵⁸ FONTES, A. *A Pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 17.

Interessa-nos menos os aspectos históricos da polêmica e mais suas repercussões para o presente.¹⁵⁹ A pretensão (*anspruch*)¹⁶⁰ era, na visão de Windscheid, o direito ou o poder de exigir de outrem uma ação ou omissão.¹⁶¹ A pretensão pode ser exigida judicialmente, por meio de ação processual, mas também em esfera extrajudicial, com a prática de atos de cobrança voltados ao devedor ou com simples compensação da dívida, por exemplo.¹⁶² Admite-se, ainda, o desforço imediato como exemplo de exercício extrajudicial da pretensão. Não custa lembrar que, entre nós, “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo” (art. 1.210, § 1º, CC/2002). É com esse sentido que a ideia de pretensão ganha o BGB, que em seu § 194, I, afirma que o direito de demandar que outra pessoa faça ou deixe de fazer um ato (pretensão) sujeita-se à prescrição.¹⁶³

A partir dessas reflexões, apesar de alguma resistência,¹⁶⁴ difunde-se a noção de que direito subjetivo, pretensão e ação são expressões que dizem respeito a realidades distintas.¹⁶⁵ De modo didático, tem-se que o direito subjetivo é o interesse juridicamente tutelável, adotando-se aqui a teoria de Jhering. Esse direito, quando tem conteúdo prestacional exigível, passa a ser dotado de pretensão, que é a faculdade de exigir do devedor

¹⁵⁹ Uma profunda análise histórica, pode ser vista em NAZO, 1959, p. 108-118. Nicolau Nazo, no entanto, acaba por concluir que a prescrição atinge o próprio direito subjetivo (*idem*, p. 118). Suas conclusões estão superadas pelo acolhimento na doutrina e na própria legislação de pretensão. A Itália acolheu a noção de prescrição como extinção do direito subjetivo (*vide* § 14), sendo que as críticas endereçadas aquele sistema também podem ser reproduzidas à noção de Nazo.

¹⁶⁰ O termo foi traduzido para o italiano como ‘*pretensa*’ ou ‘*ragione*’ (razão), disseminando-se a primeira expressão, que foi vertida para o português como “pretensão”. Para a discussão etimológica da expressão, *vide* FONTES, 2002, p. 13 e ss.

¹⁶¹ A bem da verdade, Windscheid tratava a pretensão como poder e também como exigência mesma. Esse ponto é mais claramente explorado no *Diritto dele Pandete*. Confira-se: “*Esiste il bisogno di esprimere la tendenza del diritto ad assoggettarsi la volontà altrui come tale, assoluto o relativo. La espressione ragione [ragione o pretense (anspruch)] soddisfa a tale bisogno. Così l’uso del linguaggio tedesco, como l’analogia del romano, permettono di usare tale espressione, non solo per indicare il pretendere como fato, mas anche como pertinenza giuridica, quindi como diritto di pretendere, di richiedere qualche cosa da um altro*” (WINDSCHEID, 1925, p. 121-122).

¹⁶² Conf. LARENZ, 1978, p. 316. “*La accionabilidad, en cambio, és una propiedad necesaria de la pretensión, pues nuestro actual sistema jurídico presupone como cosa de suyo evidente, que las pretensiones de derecho privado pueden también hacerse valer judicialmente*” (ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, 1981, p. 961).

¹⁶³ “*Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung*”. Essa mudança, na expressão de Zimmermann representa a passagem da ‘*klageverjährung*’ para a ‘*Anspruchsverjährung*’, ou seja, da prescrição da ação para a prescrição da pretensão (ZIMMERMANN, R. *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*. Cambridge: Cambridge U. Press, 2002, p. 70-71).

¹⁶⁴ *Vide* a opinião de PUGLIESE, 1924, p. 81-63, a qual analisaremos com mais detalhes no § 14.

¹⁶⁵ Admite-se que há três tipos de situações jurídicas. As situações positivas assumem a natureza de direitos subjetivos plenos, direitos expectativos, direitos potestativos, pretensões, ações e exceções. As situações negativas envolvem obrigações, deveres, ônus e sujeições. As situações neutras abrangem o *status* e as relações jurídicas (conf. JUNQUEIRA AZEVEDO, A. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. (Tese) – São Paulo, Universidade de São Paulo, 1986, p. 93).

a satisfação do direito subjetivo. O autor pode formular ou não essa exigência. Mas se ela for feita e recusada, nasce a lide. O direito de exigir do Estado-Juiz que lhe entregue uma prestação jurisdicional é chamado, por sua vez, direito processual de ação.¹⁶⁶

Há uma pretensão, instituto típico de direito material (eventualmente denominada ação material),¹⁶⁷ diversa da ação de direito processual, sendo aquela, e não esta, prescritível. A pretensão dirige-se contra o sujeito passivo da relação jurídica e é passível de restrição. Como, em regra, não se prestigia a autotutela, o direito processual de ação, voltado contra o Estado, que assume a prerrogativa da prestação jurisdicional, passa a ser amplo.¹⁶⁸ Se o titular do direito não pode fazer valer sua posição *manu militari*, o direito de haver tutela jurisdicional do Estado deve ser amplíssimo. Como regra, o direito subjetivo só pode ser coercitivamente satisfeito por meio de uma ação processual correspondente.¹⁶⁹

Conquanto o reconhecimento da pretensão tenha o mérito inegável de deixar o conceito de ação livre para explicar a realidade processual, esta solução não é isenta de críticas. A principal delas está relacionada à dificuldade de lhe precisar o conteúdo.¹⁷⁰ Como se verá a seguir, o conceito de pretensão vem recebendo definições diversas, mais ou menos próximas. Há, de modo bastante sintético, quem veja a pretensão como: *i*) novo direito

¹⁶⁶ “*Siempre que se reconozca un derecho a la protección judicial, tal derecho sólo puede dirigirse contra el Estado como sujeto del Poder judicial y del Deber judicial. No es, por tanto, un derecho privado, sin público, que por su naturaleza, su dirección, su contenido y sus requisitos se distingue esencialmente de la pretensión privada y que por su completa disociación del derecho material puede ser calificado de derecho de acción abstracto*” (ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *op. cit.*, p. 977).

¹⁶⁷ Carpenter atribuía três conceitos ao termo “ação”: formal, significando rito processual; objetivo, denotando controvérsia; e subjetivo, o que equivale ao alemão ‘anspruch’, ao italiano ‘pretensa’, para concluir que “a extinção da ação no sentido subjetivo é a própria prescrição liberatória, ou extintiva” (CARPENTER, L. F. *Da Prescrição*: artigos 161 a 179 do Código Civil. v. 1., Atualizador Arnold Wald. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1958a, p. 123-125). Humberto Theodoro Junior trata a pretensão como direito material de ação, diferenciando-o do direito processual de ação. “É, pois, a actio em sentido material – direito à prestação que irá reparar o direito violado – que será o objeto da prescrição. Não é nem o direito subjetivo material da parte, nem o direito processual de ação que a prescrição atinge, é apenas a pretensão de obter a prestação de obter a prestação devida por quem a descumpriu (*actio romana* ou ação em sentido material)” (THEODORO JUNIOR, 2003, p. 316). Atestando a utilização da expressão “ação material” como sinônimo de pretensão, *vide* ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, 1981, p. 956. De forma mais precisa, estes autores afirmam que “*derecho de acción, em sentido iusprivatista, es una denominación anticuada de la pretensión accionable. Com aquel término se entendia la posibilidad implícita en el derecho subjetivo de hacer valer este derecho judicialmente. Mas puesto que hoy todas las pretensiones son accionables, el concepto del derecho de acción en sentido iusprivatista coincide con el concepto de pretensión*” (*idem*, p. 976).

¹⁶⁸ “a pretensão é um poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito substancial, ao passo que a ação processual é poder dirigido contra o Estado” (AMORIM FILHO, 1961, p. 109).

¹⁶⁹ BATISTA DA SILVA, O. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 67.

¹⁷⁰ No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, J. Notas sobre o dies a quo do prazo prescricional. *In*: MIRANDA, D. G.; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. *Prescrição e Decadência*: Estudos em Homenagem a Agnelo Amorim Filho. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 291-304 (em particular. p. 295).

subjetivo, que passa a existir com a lesão; *ii*) situação jurídica; e *iii*) ato jurídico.¹⁷¹ Há, ainda, quem vislumbre diferenças entre *iv*) pretensão e ação de direito material. Vejamos as nuances dessas distintas abordagens, para, ao final, tecer algumas *v*) reflexões.

i) Pretensão como direito

Sob a influência de Windscheid, difunde-se a ideia de pretensão como o poder de exigir uma prestação. Von Tuhr, por exemplo, afirmava que, de um lado, há a obrigação do devedor e, de outro, o direito do credor de reclamar a prestação adequada, o que pode ser feito em juízo ou fora dele. Para ele, o direito de reclamar a prestação denomina-se, em termos jurídicos, ‘pretensão’.¹⁷²

A noção aproxima-se bastante do próprio conceito de crédito. Enneccerus, Kipp e Wolff afirmam expressamente que os conceitos de pretensão e crédito são idênticos.¹⁷³ Larenz, por sua vez, destacava que o crédito, ou o direito do credor à prestação, não é outra coisa senão a pretensão.¹⁷⁴ E talvez isso justifique a dificuldade que alguns tradutores indicam para diferenciar as expressões ‘crédito’ e ‘pretensão’.¹⁷⁵ No entanto, a pretensão, como direito, marca o momento em que o crédito pode ser exigido. Isso significa que, antes da exigibilidade e também após a prescrição, o crédito permanece, mas não a pretensão. Ainda vale lembrar que existem pretensões que não pressupõem crédito obrigacional, como aquelas que provêm de direitos reais.¹⁷⁶

A pretensão é, portanto, uma das faculdades que integram o direito subjetivo prestacional e volta-se contra o devedor. Sua abrangência é ampla, podendo ser identificada nos mais diversos ramos do direito privado. Por esse motivo, no Brasil e na Alemanha, o tema da pretensão e sua limitação temporal, a prescrição, integra a parte geral do Código Civil.

¹⁷¹ André Fontes apresenta um panorama detalhado sobre esse tema (2002, p. 53 e ss) com distinções que vão para além dessas. O detalhamento dessas nuances escapa ao escopo do presente estudo.

¹⁷² TUHR, 1934, Tomo 1, p. 9.

¹⁷³ “*Los conceptos de pretensión y crédito son, por tanto, idénticos*” (ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, 1981, p. 960).

¹⁷⁴ “*El crédito, esto es, el derecho del acreedor a la prestación, no es otra cosa que una pretensión*” (LARENZ, 1978, p. 314).

¹⁷⁵ W. Roces, ao traduzir a obra de Von Thur indica que “*el Código civil alemán tende más bien a confundir el concepto de Anspruch con el del crédito, definiéndola (§194) como el ‘derecho a reclamar de un outro um acto o una omisión’*” (TUHR, op.cit., p. 8).

¹⁷⁶ LARENZ, *op. cit.*, p. 314. Tem razão TORMINN BORGES, 1980, p. 45, quando separa crédito e pretensão. Sem tratar de pretensão, mas admitindo a aplicação da prescrição para além das situações obrigacionais creditórias, *vide* PUGLIESE, 1924, p. 27. Em sentido contrário, pretendendo associar a pretensão apenas a direitos obrigacionais, mas sem razão, *vide* AMARAL, 2014, p. 623; SIMÃO, 2013, p. 191.

ii) Pretensão como situação jurídica

Entre nós, Pontes de Miranda talvez seja o primeiro autor a assimilar a ideia de pretensão.¹⁷⁷ Ele separa bem os conceitos de direitos subjetivos, pretensões e ações, destacando que os direitos formativos (potestativos) operam por si, sem necessidade de ato ou omissão do devedor.¹⁷⁸ Naquilo que mais de perto aqui interessa, ele afirmava que “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.¹⁷⁹ Conquanto reconheça a existência de pretensão nos direitos obrigacionais e reais, eventualmente vislumbrava um sentido mais amplo da expressão ao falar de pretensão às declarações, constituições, condenações e execuções,¹⁸⁰ no que é criticado pela doutrina.¹⁸¹

Venceslau Costa Filho bem esclarece a visão ponteana, destacando que “pretensão é um *plus* em relação ao próprio direito subjetivo”.¹⁸² O direito subjetivo indica a existência de situação jurídica ativa do tipo estático, sem o poder de sujeitar o devedor ao cumprimento.

¹⁷⁷ Carpenter conhecia o conceito de pretensão, mas daí não extraiu consequências sistemáticas como se vê em Pontes de Miranda (CARPENTER, 1958a, p. 123-124).

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 85.

¹⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*: Parte Geral. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2013a, p. 533. A mesma definição pode ser vista em PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 83.

¹⁸⁰ “Toda pretensão tem por fito satisfação: é meio para fim; a satisfação é pelo destinatário, porém não necessariamente por ato ou abstenção sua. A exigibilidade do desquite ou do divórcio através da ação constitutiva, não é menos exigibilidade; há pretensão constitutiva, como há condenatória; há pretensão declarativa, como há pretensão constitutiva e mandamental. Apenas a pretensão declaratória é no plano do ser e do não-ser. Não seria lógico que se admitisse a pretensão a constituição negativa do negócio jurídico (a decretação da invalidade), sem se admitir a pretensão de declarar-se o não-ser ou o ser” (p. 84). Por reconhecer pretensão nas ações declaratórias, dentre as quais a de nulidade, a jurisprudência assim indicava: “A prescrição da ação de anulação de venda de ascendente para descendente por interposta pessoa é de quatro anos e corre a partir da data da abertura da sucessão. Diferentemente, a prescrição da ação de nulidade pela venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais, é de vinte anos e flui desde a data do ato de alienação. A prescrição da ação de anulação de doação inoficiosa é de vinte anos, correndo o prazo da data da prática do ato de alienação” (STJ, REsp 151.935/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 25/06/1998, DJ 16/11/1998, p. 96); “Nos termos da jurisprudência firmada neste Sodalício, sob a égide do Código Civil de 1916, a ação em que se busca invalidar doação inoficiosa, incide o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico impugnado. Precedentes” (STJ, AgInt no AREsp 1196862/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 10/04/2018, DJe 19/04/2018); “A anulação da partilha, decorrente de ato nulo de pleno direito, está sujeita ao prazo prescricional máximo, no caso vinte anos (art. 177 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos)” (STJ, AgInt no AREsp 226.991/SP, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. convocado), 4ª Turma, j. 07/11/2017, DJe 13/11/2017). Mais recentemente, diz-se que “o Superior Tribunal de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que, no caso de ação anulatória de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular” (STJ, REsp 1755379/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 24/09/2019, DJe 10/10/2019).

¹⁸¹ “Não se pode, para fins de prescrição, dar ao conceito de pretensão tamanha abrangência. Se assim fosse, todo e qualquer pedido que uma das partes de uma relação jurídica fizesse à outra seria uma pretensão” (SIMÃO, 2013, p. 189-190).

¹⁸² COSTA FILHO, 2015, p. 86.

Para indicar o momento em que o titular de direito já pode agir, formulou-se a noção de pretensão.

Em alentado estudo sobre essas distinções, André Fontes pondera que “pretensão é o poder de exigir um comportamento”.¹⁸³ O autor desenvolve a ideia de pretensão a partir da perspectiva própria das situações jurídicas,¹⁸⁴ para bem diferenciá-la de um direito subjetivo e dos atos jurídicos. Como situação, a pretensão decorre da lei, e não do negócio jurídico ou da autonomia privada, pressupondo uma lesão.¹⁸⁵ Veja-se, portanto, que nesse ponto o autor está mais próximo de Pontes de Miranda, que trata de posição jurídica, e não de direito subjetivo, como se via originalmente em Windscheid. Afasta-se, ainda, dos processualistas que veem a pretensão como mero ato de exigir.

iii) Pretensão como ato jurídico

Entretanto, o uso da expressão “pretensão” é ambíguo para além disso, havendo um conceito de pretensão material e outro processual.

Não se pode confundir “pretensão de direito material” com “pretensão à tutela jurídica”.¹⁸⁶ Carnelutti tratava a pretensão como a exigência de subordinação do interesse

¹⁸³ FONTES, 2002, p. 11.

¹⁸⁴ Como se verá ao longo do presente estudo, a ideia de pretensão, embora possa ser acomodada sob a teoria das situações jurídicas, não a exige. A simples percepção temporal das evoluções teóricas comprova tal fato. Como André Fontes destaca, a teoria da situação jurídica nasce na França após o advento do BGB, para contrapor sua influência em terras gálicas. Mantivemo-nos, portanto, adstritos à concepção de relações jurídicas, porque a pretensão é sempre relacional, voltada contra o devedor. Quando André Fontes precisa, em seu trabalho, explicar os efeitos da pretensão ele não pôde escapar da concepção de nexos intersubjetivo própria das relações jurídicas. Confira-se: “Certos fatos servem de antecedente para as conseqüências jurídicas que geram a pretensão, e entre tais fatos e a estas conseqüências encontra-se o nexo de correlação. Tais conseqüências devem ser suscetíveis de atribuir a alguém um poder de exigir de outrem determinada prestação, razão pela qual também nem todas as conseqüências podem gerar uma pretensão. Somente as conseqüências que são bilaterais e de cooperação atendem a esse modelo. Bilaterais são todas as relações jurídicas, e de cooperação as espécies de relação jurídica em que o sujeito passivo desenvolve atividade destinada a atender à satisfação dos interesses do sujeito ativo. De outra forma, a relação jurídica que contenha um objeto realizável pelo titular do dever, ou seja, a prestação, que se torna exigível caso não tenha isso oportunamente realizada. Disso resulta que somente aquelas que contenham direito subjetivo podem ser consideradas, razão pela qual estarão excluídas todas as relações de subordinação (ou sujeição), que são dotadas de direito potestativo” (FONTES, *op. cit.*, p. 25). Não tem razão Eduardo Nunes Souza quando pretende caracterizar a prescrição como ônus ao argumentar que o devedor, ao omitir-se sobre a prescrição, prejudica-se a si mesmo. Se podia avertir a prescrição, mas não o faz, o devedor atende à exigência do credor e paga a dívida, extinguindo-a. O efeito sobre o crédito é evidente, o que impede que vejamos a prescrição como simples ônus (SOUZA, E. N. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://abre.ai/atLO>>. Acesso em 1 jul. 2018, p. 20).

¹⁸⁵ FONTES, 2002, p. 134-135.

¹⁸⁶ “Outro erro enorme – e esse de James Goldshmidt – é o de se pensar que o direito judicial material substitui a ação ao direito subjetivo. Direito subjetivo, pretensão e ação pertencem ao direito material; não se confundem com a pretensão à tutela jurídica. Não há ação do direito judicial material, porque a pretensão à tutela jurídica é que, exercendo-se, introduz no plano processual a alegação do direito subjetivo, da pretensão a da ação (res in iudicium deducta)” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por

alheio ao próprio direito e, ao assim proceder, não vê o instituto como direito, mas como ato jurídico.¹⁸⁷ A pretensão seria a demanda por satisfação de determinada prestação, podendo ser, por isso¹⁸⁸ mesmo, fundada ou infundada. Não se trata aqui do poder-exigir, mas da exigência em si.¹⁸⁹ É com esse sentido que ordinariamente se diz que a pretensão foi deduzida em juízo. Essa noção influenciou particularmente os processualistas pátrios, mas também alguns civilistas.¹⁹⁰

Do mesmo modo, Enneccerus, Kipp e Wolff destacam que há casos em que se demanda a constatação de existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou constituição de uma situação, razão pela qual a pretensão processual nem sempre tem por base uma pretensão material. Com isso, pretensão no sentido da lei processual é a afirmação de um direito por parte do autor, em razão da qual postula uma prestação jurisdicional.¹⁹¹ Dessa

Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a, p. 73).

¹⁸⁷ “A ciência do direito processual submeteu este fenômeno a uma análise senão definitiva, pelo menos muito adiantada, e elaborou os conceitos da pretensão e da resistência, respectivamente como exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio, e como oposição a tal exigência” (CARNELUTTI, F. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 102). Sobre o conceito de Carnelutti, vide NAZO, 1959, p. 104-105. Baseando-se na definição de Carnelutti, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “o sujeito que aspira a um bem, não o obtendo por outro meio, externa sua aspiração apresentando-a ao Estado-juiz” e, demonstrando-se contrário ao conceito de pretensão adotado no Código Civil, toma-o como “o direito de obter em juízo o bem devido”, para então indicar que esse é “estranho conceito, que mistura, numa massa só, o direito subjetivo ao bem e o direito a obter o pronunciamento judicial a respeito da aspiração a obtê-lo”. Com isso, considera o conceito desnecessário e conflitante “com a moderna ciência jurídica” (DINAMARCO, 2009, v. 2, p. 106). Para refutar essa objeção, vide MITIDIERO, D. F. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material- “Ação” Processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 33-40, abr./jun. 2005.

¹⁸⁸ “Uma declaração reclamando uma atuação” (FONTES, 2002, p. 12).

¹⁸⁹ Após anotar que antes do Código Civil de 2002 quase não se via o uso da expressão pretensão em textos legais pátrios, José Carlos Barbosa Moreira destacava que seu uso doutrinário é impreciso, “ora ressalta a referência à posição jurídica de determinada pessoa, ao seu poder de exigir (aspecto subjetivo), ora ao ato que ela pratique (aspecto objetivo), ora, ainda, ambos os aspectos” (BARBOSA MOREIRA, J. C. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 22, p. 147-158, 2002b. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista22.asp>>. Acesso em: 4 jun. 2018, p. 67). Do mesmo modo, Claudio Luiz Bueno de Godoy afirma que “tem-se a pretensão como um poder de exigir, nascido com o descumprimento de uma prestação, diferente e antecedente ao ato em si de exigência” (GODOY, C. L. B. A prescrição e a decadência no novo código civil. *RDL: revista de direito e legislação*, n. 4. p. 7-33, 2005, p. 8).

¹⁹⁰ “Pretensão é a solicitação ou requerimento por meio do qual se objetiva determinado fato (no caso, a sentença judicial favorável ao pleito formulado). A teoria da pretensão estabelece não propriamente uma faculdade de propor medidas judiciais, como sustenta Theodoro Júnior, mas a dedução de um fato em juízo que tem por finalidade a obtenção do provimento jurisdicional, isto é, que o julgador estabeleça a sua decisão sobre o assunto a ele submetido. Como relata Moreira Alves, procurou-se analisar a distinção entre a ‘ação em sentido material’ e a ‘ação em sentido processual’, expressões adotadas por Savigny, ajustadas à noção de Windscheid sobre a pretensão (‘Anspruch’); ensinamentos esses que convergem com a anterior tese de Marezzoll sobre o direito subjetivo, por ele definido como a pretensão deduzida em juízo” (LISBOA, R. S. *Manual de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 536).

¹⁹¹ “Pretensión em el sentido de la LPC [ley processual] es, pues, la afirmación de un derecho por parte del actor, sobre la cual éste pide que se dicte una sentencia firme” (ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, 1981, p. 963-965).

forma, a pretensão material é um direito voltado contra a parte; a processual é exigência endereçada ao tribunal.¹⁹²

iv) Pretensão e ação de direito material

Há autores que equiparam integralmente as noções de pretensão e de ação no plano material. Sob essa perspectiva, a realidade do poder-exigir pode ser designada como “direito material de ação”, “ação material” ou de “ação civil”. Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, trata a pretensão como direito material de ação.¹⁹³

No entanto, é comum ver autores que tratam da ação de direito material como o poder de exigir do Estado uma prestação jurisdicional. Augusto Thon¹⁹⁴ lecionava que essa faculdade nasce com a própria pretensão, contrariamente àqueles que indicavam que a pretensão, quando resistida, dará lugar à ação oponível contra o Estado-juiz.

Essa segunda corrente é particularmente importante entre os autores brasileiros. Pontes de Miranda¹⁹⁵ diferenciava os conceitos, destacando que, embora a exigibilidade potencial baste ao conceito de pretensão, quando exercida, vê-se a ação (ou ação em direito material) que se exprime principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual).

Assim, “as pretensões contêm exigibilidade, de pessoa a pessoa, ou pelo ato administrativo, ou pela ‘ação’”.¹⁹⁶ Para ele, “a ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, ajo condenatoriamente, condeno e executo”.¹⁹⁷

Ovídio Batista da Silva, de modo semelhante, distingue entre o direito subjetivo (poder da vontade) e a pretensão (faculdade de exigir), que se expressa com a exigência. Não

¹⁹² *Idem.*

¹⁹³ “(...) não é nem o direito subjetivo material da parte, nem o direito processual de ação que a prescrição atinge, é apenas a pretensão de obter a prestação devida por quem a descumpriu (actio romana ou ação em sentido material). É, pois, a actio em sentido material – direito à prestação que irá reparar o direito violado – que será o objeto da prescrição” (THEODORO JUNIOR, 2003, p. 316).

¹⁹⁴ THON, A. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*. Trad. Alessandro Levi. 2. ed. Padova: Cedam, 1951, p. 246.

¹⁹⁵ Nelson Nery Jr e Georges Abboud traçam relevante panorama sobre a questão em sua nota de atualização ao Tratado das Ações, mas destacam que a pretensão, ao ser resistida, dá azo ao “direito material de ação”, detalhe que não está presente claramente na lição ponteana (PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 89-97).

¹⁹⁶ E complementa: “Se ainda é exigível a pretensão, ou a satisfação do direito, sem já se ter ação, ainda há pretensão; se não se pode exigir a satisfação, ou a prestação, mas há ação, há pretensão: porque, se bem que possam ser separadas as exigibilidades, elas compõem a pretensão, e, enquanto há uma, há pretensão. Não há exigibilidade sem pretensão” (PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 77). Note-se que o autor distinguia as duas ações, de direito material e processual, grafando a palavra a simbolizar este último significado entre aspas. No mesmo sentido: “*He elegido la expresión: pretensión jurídica, pretensión, para designar la dirección personal del derecho, en virtud de la cual se le exige algo a una persona determinada*” (WINDSCHEID e MUTHER, 1974, p. 299).

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 79.

havendo atendimento à exigência, surge a ação de direito material. Para ele, “se (...) o obrigado, ante a exigência do titular do direito, recusa-se a satisfazê-lo, ao titular da pretensão (= direito exigível) nasce-lhe a ação de direito material, que é o agir do sujeito para a realização do próprio direito”.¹⁹⁸ Vê-se, portanto, que para o processualista gaúcho, a ação de direito material só nasce após a resistência da pretensão.

O conceito de ação material depende, dessa forma, de uma pretensão e de um direito subjetivo anterior. O instituto explica como o titular de um direito irá atingir coercitivamente a esfera jurídica alheia. No entanto, como já destacado anteriormente, nem todo aquele que pleiteia a tutela perante um tribunal detém, efetivamente, um direito subjetivo. Por esse momento, há a necessidade de duplicar o direito de ação, tratando de uma “ação processual” incondicionada,¹⁹⁹ direito subjetivo voltado contra o Estado, e não contra a parte, que assegura a seu titular a entrega de uma prestação jurisdicional qualquer, de procedência ou improcedência.²⁰⁰

José Carlos Barbosa Moreira vê com acidez a multiplicação de conceitos similares à ação, destacando que ninguém deve estranhar que “em torno dessas noções se hajam travado ardorosas controvérsias”. No seu entender, a complexidade se agrava com a introdução, “por setores da doutrina, de um quarto conceito, o de ‘ação de direito material’, inconfundível, consoante se afirma, com a ‘ação processual’”. Dado isso, declara que

Não é sem motivo que certas construções se arriscam a parecer enigmáticas aos olhos de quem não esteja familiarizado com os matizes, às vezes sutilíssimos, da palheta doutrinária. Muitos se sentirão inclinados a ver em tudo isso algo como a pura e anacrônica reedição de não se sabe que vetusta querela bizantina”.²⁰¹

De qualquer forma, como o próprio processualista reconhece, a pretensão passou a fazer parte do nosso cenário legislativo e não cabe ao intérprete ignorar seu conceito. De mais a mais, como destacaremos a seguir, a solução italiana da prescritibilidade dos próprios direitos, sofre inúmeras outras críticas.²⁰²

¹⁹⁸ BATISTA DA SILVA, 1996, p. 64.

¹⁹⁹ Conforme NERY JUNIOR, N.; ABOUD, G. Pontes de Miranda e o processo civil: a importância do conceito da pretensão para compreensão dos institutos fundamentais do processo civil. *Revista de processo*, v. 39, n. 231, p. 89-107, maio 2014.

²⁰⁰ “Ter ação, no sentido material ou civilístico, é, portanto, ter direito à proteção jurisdicional e não apenas direito à resposta judicial (simples prestação jurisdicional). Daí que não há impropriedade alguma em reconhecer que há uma ação material distinta da ação processual, a qual desta se vale para implementar-se, quando necessário” (THEODORO JUNIOR, H. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In: DIDIER JR, F.; MAZZEI, R. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 241-242).

²⁰¹ BARBOSA MOREIRA, 2002a, p. 69. Sobre essa polêmica, a defender o conceito de ação material, *vide* MITIDIERO, 2005.

²⁰² Conf. § 14 abaixo.

v) Reflexões

O conceito factual da pretensão escapa aos fins do presente estudo. Só há sentido em tratar da prescrição como relacionada à pretensão, se esta for, ao menos, um poder jurídico, o que só é possível se o admitirmos como situação jurídica ou como novo direito subjetivo. Apenas o poder jurídico é passível de ser afetado pelo decurso do tempo.

Do mesmo modo, pouco interessa o conceito de ação, seja sob sua vertente material ou processual, pois, nos termos do art. 189, CC/2002, o que prescreve é a pretensão. A ação não se sujeita à prescrição.²⁰³

De fato, os civilistas mais influentes nesse campo, como Windscheid, Von Tuhr e Pontes de Miranda, dentre outros, quando versam sobre a pretensão, têm em consideração, conjunta ou isoladamente com os demais significados, a ideia de possibilidade de exigir. É a partir dos pressupostos por eles estabelecidos que se desenvolverá a ideia de prescritibilidade da pretensão. Agnelo Amorim Filho na primeira publicação de seu famoso estudo tratava da prescrição da ação. Ele só mais tarde, em 1961, incorporou de forma mais clara a noção de prescritibilidade de pretensão, introduzindo ajustes diversos em sua teoria. Nessa ocasião, destacou que “a pretensão, como se sabe, é um conceito relativamente antigo, concebido no século passado como decorrência necessária do princípio da autonomia do direito de ação, mas ainda pouco utilizado pela maioria dos autores nacionais”.²⁰⁴ Com isso em perspectiva, ele estabelecerá que direitos potestativos não gozam de pretensão.²⁰⁵ Também irá destacar, diversamente do que fazia Pontes de Miranda, que a sentença declaratória não advém do exercício de uma pretensão.²⁰⁶

Por isso, nessa versão mais atual de seu *Critério científico para distinguir a prescrição e a decadência e as ações imprescritíveis*, suas conclusões estão mais de acordo com a visão contemporânea do problema. Aqui, vê-se sua proposição nos seguintes termos:

i) estão sujeitas à prescrição as pretensões veiculáveis por ações condenatórias;

²⁰³ Embora eventualmente esteja sujeita a prazo, o que será objeto de discussão no capítulo 5 abaixo.

²⁰⁴ AMORIM FILHO, 1961, p. 109.

²⁰⁵ No mesmo sentido, *vide* BARBOSA MOREIRA, 2002a, p. 72.

²⁰⁶ “pode-se dizer que as sentenças declaratórias não dão, não tiram, não proíbem, não permitem, não extinguem e nem modificam nada. Em resumo: não impõem prestações, nem sujeições, nem alteram, por qualquer forma, o mundo jurídico. (...) As sentenças desta natureza, pura e simplesmente, proclamam a “certeza” a respeito do que já existe, ou não existe, no mundo jurídico. (...) Já vimos, anteriormente, que todo prazo prescricional está ligado, necessária e indissolúvelmente, a uma pretensão, de modo que, se não há prestação a reclamar, não há como cogitar de prescrição da ação. (...) Daí é fácil concluir que o conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição e da decadência: as ações desta espécie não estão, e nem podem estar, ligadas a prazos prescricionais ou decadenciais” (AMORIM FILHO, 1961, p. 119).

ii) podem estar sujeitos à decadência os direitos potestativos e estes serão exercidos por ações constitutivas; e

iii) são imprescritíveis todas as ações declaratórias e as ações constitutivas que não têm prazo fixado em lei.²⁰⁷

Dessa forma, para consolidar o que até aqui foi dito, tem-se que o titular de um direito subjetivo pode exigir a conduta que entende devida (tem pretensão) e, quando o faz, age para obter algo do devedor e, assim, pratica uma ação material (exigência de fato perante o devedor). Com a resistência a essa pretensão, nasce a lide e, com ela, o direito processual de ação.

Nessa linha de raciocínio, com a prescrição, o titular perde a possibilidade de exigir a prestação em juízo ou fora dele. Se atingisse apenas a ação como direito processual, a exigência extraprocessual ainda seria possível.²⁰⁸ Caso a prescrição atingisse o direito processual de ação, deveria ser necessário reconhecer que permaneceria intacto o poder do credor de exigir, no campo do material, a entrega da conduta devida. Se assim fosse, estaria frustrada a premissa de pacificação social ínsita à ideia de prescrição.²⁰⁹

Com a prescrição, não se perde o direito subjetivo. Quando este está sujeito a prazo que se esgota, já não se pode fazer qualquer exigência. Dessa forma, não há direito nem pretensão.

Entretanto, como pretensão é poder, e não exigência de fato, apesar da prescrição, nada impede que o titular venha pedir a satisfação de seu crédito, em juízo ou fora dele.²¹⁰ Se realiza no plano dos fatos a exigência judicial e não há renúncia da prescrição pelo sujeito passivo, seu pedido deverá ser julgado improcedente. Sob essa perspectiva, a prescrição não sanciona a ausência de exercício do direito material, mas apenas o não uso do poder de exigir (pretensão em sentido material). Essa é a razão pela qual se considera válido e eficaz o

²⁰⁷ Nesse sentido, apesar da falta de precisão terminológica, mencionando ação quando haveria de ser pretensão, o Enunciado n. 149 do Supremo Tribunal Federal já vinha destacando que “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.601, também estabelece que “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

²⁰⁸ Nesse sentido, *vide* THON, 1951, p. 265.

²⁰⁹ “A sobrevivência do direito violado (em estado latente) por si só não causa intranquilidade social. O que causa intranquilidade é a ação, isto é, a possibilidade de ser ela proposta a qualquer momento. Desse modo, não se faz necessário extinguir o direito para fazer cessa a intranquilidade – basta extinguir a ação”. (AMORIM FILHO, 1960, p. 19).

²¹⁰ “Se o direito é desprovido de pretensão, o titular pode pedir o cumprimento, não no pode exigir” (PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 100).

pagamento voluntário de dívida prescrita, não havendo que se falar aí em repetição de indébito (art. 882, CC/2002).²¹¹

Conseqüentemente, se a prescrição atinge a pretensão, persistindo imune o direito e o crédito, não haveria sequer falar da existência, nessa situação, de uma obrigação natural, advinda de preceitos extrajurídicos.²¹² O crédito continua sendo civil, mas sua pretensão está limitada. Assim, a doutrina só pode manter a designação de obrigação natural para nela incluir os créditos sem pretensão se o fizer de modo genérico, a indicar a impossibilidade de exigência de algo que se considera justo.

§6. *A consolidação da evolução teórica*

Não tardou para que essas percepções teóricas se fizessem refletir no direito positivo. Ainda em fins do século XX, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), e este procurou consolidar, em seu texto, muito da evolução havida até então. Optou-se por uma distinção clara entre decadência e prescrição. O artigo 26 do CDC estabeleceu que “o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis”.²¹³

Por outro lado, aquele diploma optou pela prescritibilidade da pretensão, e não da ação. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 27, asseverou que “prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço

²¹¹ “Há pretensões inacionáveis”, ou não íntegras, como os créditos de jogo (PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 67-68).

²¹² Em sentido semelhante, *vide* ZIMMERMANN, 2002, nota 68. Entre nós, Aída Glanz destaca que “se, de fato, a prescrição extingue o direito ou a pretensão, como se poderia explicar o pagamento irrepitível da dívida (art. 970 do CC)? Insuficiente a tese do mero dever moral, visto que teleologicamente a prescrição busca apenas alcançar segurança às relações jurídicas após certo tempo, pacificando as relações sociais. Ainda que exista o dever moral inerente às obrigações naturais, o mesmo não exclui a existência do dever jurídico de cumprir a obrigação correlata ao direito subjetivo do credor. Este não é extinto pela prescrição, e sua pretensão terá eficácia caso o réu não se utilize do ônus de neutralizá-la através da exceção. O próprio art. 1.477 do CC/2002, *caput*, induz à persistência incólume da dívida oriunda de obrigação natural, que apenas não obriga a pagamento” (GLANZ, A. A Prescrição e a Decadência no Direito Privado Brasileiro e no Direito Comparado. *In: Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 63-75; o artigo foi originalmente publicado em RT n. 672, ano 1991, p. 65-71). “O campo jurídico a pretensão é, pois, a seu lado, o *habitat* da prescrição. Fora daquele não há prescrição” (TORMINN BORGES, 1980, p. 45).

²¹³ O CDC recebeu críticas, no entanto, porque estabeleceu hipóteses em que o curso da decadência é “obstado”, notadamente quando há instauração de inquérito civil ou quando há “a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca” (art. 26, § 1º, I, CDC). Argumenta-se que o prazo decadencial não se suspende e nem se interrompe e que, ao tratar de “óbice”, o CDC inovou sem justificativas claras. Por outro lado, não está claro se a decadência atinge apenas o direito de redibição, ou se vai além, e também impede outras ações edilícias e o direito de reaver os danos materiais sofridos.

(...), iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”. Trata-se de verdadeiro prazo prescricional, e não decadencial.²¹⁴

O Código Civil de 2002 marcou de forma acentuada a consolidação dessas tendências, trazendo para o campo do direito positivo as distinções que a doutrina havia visualizado. O texto legal manteve a separação da prescrição aquisitiva e da extintiva, tratou separadamente da prescrição e da decadência.²¹⁵ Mais que isso, estabeleceu claramente 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” (art. 189). A partir de então, definitivamente não era o direito ou a ação que prescrevia, mas sim a pretensão.

Durante a tramitação legislativa do projeto, abandonou-se a redação genérica que até então se via no art. 75, CC/1916, segundo o qual “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. A Comissão Revisora expressamente considerou que o uso da expressão ação era criticado por processualistas, que viam o instituto como direito subjetivo público abstrato. Assim, “para evitar a discussão, e para atender à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, usou-se, no Projeto, do termo ‘pretensão’”.²¹⁶

José Carlos Moreira Alves, então Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), teve papel decisivo na formulação da parte geral do novo Código Civil. Seu profundo conhecimento de direito romano e sua afinidade com a doutrina alemã foram fatores decisivos para que, a partir de então, passassem a prevalecer entre nós as distinções teóricas visualizadas por Windscheid e difundidas por Pontes de Miranda e Agnelo Amorim Filho.

A evidenciar essa influência, Moreira Alves asseverou, em artigo no qual minudenciou as tendências da parte geral, que “adotou-se, à falta de uma nomenclatura melhor, a figura da pretensão, que vem do direito germânico. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão que se extingue pela prescrição dos prazos”. A pretensão “é material

²¹⁴ Sem razão, portanto, Zelmo Denari (GRINOVER, A. P. *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 241). A regra não é abrangente e, com isso, surgem dúvidas sobre o prazo prescricional, nas relações de consumo, quanto a pretensões não indenizatórias ou indenizatórias, mas estranhas a fato do produto. *Vide*, por exemplo, o seguinte precedente: “A única previsão relativa à prescrição contida no diploma consumerista (art. 27) tem seu campo de aplicação restrito às ações de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, não se aplicando, portanto, à hipótese dos autos, em que se discute a abusividade de cláusula contratual” (STJ, REsp 995.995/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 19/08/2010, DJe 16/11/2010).

²¹⁵ “O ponto capital de inovações em matéria de parte geral é a distinção – embora reconhecendo que continua a haver controvérsia – entre decadência e prescrição, com a adoção de princípios singelos e práticos para tal. Assim, disciplinou-se, nessa parte, o Título quarto, ‘Da prescrição e da decadência’” (MOREIRA ALVES, J. C. M. A parte geral do Projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, v. 3 n. 9 set./dez. 1999).

²¹⁶ MOREIRA ALVES, 2003, p. 158.

porque não está no terreno processual, entre o que violou o direito e aquele que teve seu direito violado”.²¹⁷

A respeito da distinção entre prescrição e decadência, Moreira Alves²¹⁸ lembrou que há certos poderes despidos de pretensão, chamados de direitos formativos no direito alemão, mas que “a doutrina dos países de língua latina geralmente denomina direitos potestativos”. “Nesses casos”, enfatizou, “o que ocorre é a decadência”.

Não há dúvidas de que o Código Civil de 2002 seja fruto das ideias de seu tempo e que se consolidaram no pensamento doutrinário e na jurisprudência ao longo das décadas anteriores. Por isso, a doutrina contemporânea, de modo geral, elogia a solução legislativa e trata a prescrição como um fato jurídico em sentido estrito, de caráter ordinário, consistente nos efeitos do tempo sobre uma pretensão.²¹⁹ Quanto às críticas apresentadas à solução do art. 198, CC/2002, trataremos delas em momento oportuno.

Assim, de modo didático, em conclusão ao presente tópico, tem-se, como categorias distintas, o direito subjetivo (interesse juridicamente tutelado), a pretensão material (poder de exigir uma conduta de outrem) e a ação material (exigência de fato daquilo que se espera de outrem). Diz-se, ademais, que a pretensão material resistida (exigência formulada e não satisfeita pelo devedor) dá origem à lide. Ao deduzir sua pretensão em juízo, o sujeito exerce seu direito processual e abstrato de ação. O requerido, por sua vez, pode apontar em sua defesa a exceção de prescrição e, quando o faz, a pretensão não o pode atingir, pois a sentença reconhecerá que ela está extinta.

²¹⁷ MOREIRA ALVES, 1999.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ ARENHART, 2014, p. 1172; COSTA FILHO, 2015, p. 86; TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2011, v. 1, p. 354.

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS

Ao traçar amplo cenário histórico sobre o tema da prescrição e da decadência, pudemos evidenciar certas tendências gerais relacionadas aos efeitos do tempo sobre as situações jurídicas. A ampla imprescritibilidade vigorou entre os romanos até o período clássico, quando se passou a prestigiar, em sentido contrário, a finitude temporal das ações e dos direitos. Justiniano já apontava, então, a necessidade de simplificação de regras, o que, como se verá, também é a tônica das recentes reformas ocorridas no cenário internacional.

Ocorre que, entre nós, nas últimas décadas ampliaram-se as hipóteses de perpetuidades, razão pela qual torna-se atualíssimo o debate sobre a justiça da limitação temporal das situações jurídicas. Estaríamos melhor com ou sem limites temporais? Ou, de modo mais específico, quando é justo reconhecer a prescrição e em qual prazo? Essas perguntas, de caráter retórico, exigem reflexão meta-dogmática e não encontram resposta única. É importante formulá-las, porque o esforço a que se dedica o presente estudo é de caráter geral. Só interessa aqui avaliar se é possível construir um sistema mais harmônico e, como tal, deve-se pressupor a existência de razões subjacentes que possibilitam alguma coerência entre as regras específicas aqui tratadas.

A escolha das perguntas a serem feitas, muito mais que as respostas, revela certo viés teórico, que merece estar claro para o leitor. Prestigia-se aqui, não a tópica, a justiça do caso concreto, ou as teorias da decisão, mas a ideia de sistema. No entanto, como ficará claro, esse posicionamento teórico inegavelmente influencia as respostas apresentadas.

Não se propõe aqui uma pesquisa empírica, para constatar se as regras, sendo projetadas num ou noutro sentido, são mais ou menos eficientes. Essa tarefa escapa ao objeto proposto. Trata-se, portanto, de reflexão crítica sobre o problema dos fundamentos da prescrição e decadência.

§7. Funções da Prescrição e da Decadência: tempo, memória e documentação

Muitas são as funções atribuídas à prescrição. Para tentar organizar um quadro geral de finalidades, podemos separar as funções públicas das privadas. Dentre as primeiras,

destacam-se: i) garantir a certeza do direito;²²⁰ ii) sancionar o titular de direito negligente;²²¹ iii) adequar a situação de direito à situação de fato;²²² iv) realizar a presunção de pagamento ou remissão de dívidas ante o decurso do tempo;²²³ v) manter a contemporaneidade do direito. Considerando que a prescrição pode ser renunciada, afirma-se que ela tem função privada. Por esse motivo, eventualmente se diz que ela existe para assegurar o interesse do particular na liberação de um vínculo jurídico.²²⁴

Essas funções são apresentadas, em regra, conjuntamente, sem uma preocupação de sistematização, e são reunidas sob o signo da segurança jurídica. A doutrina enfatiza, quase que integralmente, a vinculação da prescrição com os fatores temporais e os de segurança jurídica. João Manuel Carvalho Santos indica, por exemplo, que a prescrição fundamenta-se na necessidade de delimitar um tempo de exigibilidade da obrigação “no interesse da ordem e da harmonia social”, na proteção do devedor e na inércia do credor.²²⁵ Mais modernamente, Maria Celina Bodin de Moraes destaca que “a prescrição extintiva encontra sua *ratio* na necessidade de segurança nas relações jurídicas ou, como se dizia usualmente no século passado, na exigência de ‘certeza do direito’”.²²⁶ Carlos Alberto Dabus

²²⁰ ZIMMERMANN, 2002, p. 65; MARTINS-COSTA, 2013, p. 293; MOTA PINTO, C. A. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. Ed. Atualizadores António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Ed., 2012, p. 376; MORATO, F. 1944, p. 58.

²²¹ “Em primeiro lugar, porque a prescrição e a decadência visam a punir a inércia de um titular. Alguém tem um direito, mas não o usa; pode cobrar a dívida, mas não a cobra; pode anular o casamento, mas não o anula, quer dizer, a faculdade que a lei põe nas mãos do titular, é, então, punida pela prescrição ou pela decadência, o que os antigos exprimiam num brocardo: *juge silentium, diuturnum silentium, jugis taciturnitas*. A essas razões acrescenta-se uma outra que é, talvez, a razão fundamental em que se amparam os nossos dois institutos. Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais” (DANTAS, 1977, p. 396-397). “Tanto no passado quanto no presente, a função primordial e imediata da prescrição é punir a inércia, como nos adágios *dormientibus non succurrit jus e iura scripta vigilantibus*” (MARTINS-COSTA, 2013, p. 292). Contra, TOMINN BORGES, 1980, p. 29-30.

²²² ESPÍNOLA, 1938, p. 601.

²²³ Para Pothier, a prescrição é estabelecida como pena ao credor negligente, mas também destaca a “presunção de pagamento, ou de perdão da dívida, resultante desse lapso temporal. Como não é comum ao credor deixar de cobrar por tanto tempo o pagamento de uma dívida e como as presunções são tomadas *ex eo quod plerunque fit* (*Cujacio, in parat, ad tit. De prob.*), as leis extraem daí a presunção de que a dívida está quitada ou perdoada” (POTHIER, 2001, p. 608). No mesmo sentido, MORATO, F. 1944, p. 58. Contra, *vide* TOMINN BORGES, 1980, p. 33, sob o argumento de que o devedor pode confessar a dívida e, não obstante, valer-se da preclusão temporal (salvo naqueles sistemas que aceitam prescrições presuntivas).

²²⁴ LONGOBUCCO, F. La prescrizione como ‘rimedio civile’: profile di ragionevolezza dell’istituto. *I Contratti*, Milano, n. 11, 2012, p. 947-955. Mas nem sempre se vê aí um interesse meramente privado. Confirase: “(...) *fondamento dell’istituto è la necessità (di ordine pubblico), che i rapporti giuridici non siano resi perpetuamente incerti, come avverrebbe se le azioni non fossero temporarie: e considerazione speciale ai diritti di obbligazione è, che, se la inazione del creditore non dovesse col tempo condurre a cotesti risultati, rimarrebbe gravemente offesa la posizione del debitore, al quale potrebbe esser fatta difficile, ed anche impossibile, la prova delle eccezioni (p. es., il fatto pagamento)*” (CHIRONI, 1888, p. 172).

²²⁵ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Interpretado: Parte Geral*. v. 3. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 372.

²²⁶ MORAES, 2017, p. 1-7.

Maluf enfatiza que a prescrição é indispensável para estabilidade e consolidação dos direitos e complementa: “se não existisse esse meio liberatório, impor-se-ia indefinida conservação de todos os papéis, livros, documentos e recibos”.²²⁷

Embora a doutrina não faça uma abordagem tão exaustiva sobre as funções da decadência,²²⁸ pode-se estender para este instituto tudo aquilo que foi dito quanto à finalidade das regras de prescrição. Isso porque ambos os institutos impõem limitações temporais às posições jurídicas. Enquanto a prescrição atinge pretensões, a decadência atinge os próprios direitos subjetivos.

Os fenômenos da prescrição e da decadência são demasiadamente complexos, para serem reduzidos a uma dessas funções. A lição de Vaz Serra exemplifica bem este pensamento:

Sem querer entrar na discussão de qual seja exatamente o fundamento da prescrição, que uns vêem na probabilidade de ter sido feito o pagamento, outros na presunção de renúncia do credor, ou na sanção da sua negligência, ou na consolidação das situações de facto, ou na proteção do devedor contra a dificuldade de prova do pagamento ou sossegado quanto à não-exigência da dívida, ou na necessidade social de segurança jurídica e certeza dos direitos, ou na de sanear a vida jurídica de direitos praticamente caducos, ou na de promover o exercício oportuno dos direitos – pode dizer-se que a prescrição se baseia, mais ou menos, em todas estas considerações, sem que possa afirmar-se só uma delas ser decisiva e relevante.²²⁹

Ao fazer considerações sobre o fundamento desses institutos, é comum tomar em consideração regras isoladas, generalizando-as. Quando produzem efeitos a partir de um termo objetivo qualquer, sem ao menos o conhecimento da lesão, a prescrição e a decadência certamente não podem ser associadas à noção de negligência do devedor.²³⁰ No entanto, logo entram em cena as extensões de prazos, por força das causas de suspensão e interrupção, que trazem de volta ao palco, fatores relacionados à inércia do titular do direito.

Isso não significa dizer, contudo, que a investigação das funções seja uma tarefa despropositada e infrutífera. É isso que procuraremos demonstrar neste tópico e ao longo do presente trabalho.

Para tanto, é relevante trazer a lume opiniões antipáticas a estes institutos. Há quem veja na prescrição e na decadência a consolidação de uma injustiça. Dois argumentos são

²²⁷ DABUS MALUF, C. A. *Código Civil Comentado: Prescrição, Decadência e Prova*. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7.

²²⁸ A exceção de TOMINN BORGES, 1980, p. 29-360.

²²⁹ VAZ SERRA, 1961, p. 32.

²³⁰ Paulo Tominn Borges considerada que o fundamento da prescrição e da decadência não pode ser a culpa, pois “o portador da relação jurídica ativa vulnerada pela prescrição tem um direito e não um dever” (TORMINN BORGES, 1980, p. 29). Tampouco pode ser baseada na renúncia, pois “a prescrição pode operar contra a vontade do titular do direito” (MORATO, 1944, p. 25).

essenciais para entender essa posição. O primeiro deles expressa-se bem no brocardo germânico, segundo o qual, aquilo que está errado há mais de cem anos não pode estar certo nem por um minuto. Dito de outra forma, o injusto não pode se transformar em justo. Em segundo lugar, do ponto de vista mais prático, a perpétua sujeição do devedor à cobrança é uma faculdade que tem valor econômico, que se perde com as limitações temporais.²³¹

Sob essa perspectiva, se houve uma lesão ao direito, isso não deveria ser aceito pelo ordenamento. Reconhecer a prescrição seria, nesse sentido, referendar uma lesão.²³² Ou, como destacava Almiro do Couto e Silva, há quem defenda que justiça e segurança jurídica nem sempre andam juntas, como na situação da prescrição, “que ilustra o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica, ou da interrupção da prescrição, como o triunfo da justiça sobre a segurança jurídica”.²³³

Esse argumento, direta ou indiretamente, remonta à noção de leis imutáveis e atemporais, como é próprio das diversas expressões do direito natural ou, mais modernamente, não-positivistas, que tomam em consideração o direito como expressão da razão, e não da vontade consensual entre os pares presentes na sociedade.²³⁴ Além disso, embora o sistema de prescritibilidade e decadência tenha se consolidado ao longo dos últimos dois milênios, a possibilidade de que, em situações mais ou menos amplas, sejam reconhecidas situações jurídicas perpétuas é própria do cenário contemporâneo, em que diversos autores abandonam o positivismo e buscam meios de correção na moral e na justiça. Se essa perspectiva não apresenta um problema em si, operacionalizá-la traz desafios diversos.

Para que o direito justo seja posto em movimento a fim de regular as relações entre particulares, é necessário que haja um jurisconsulto apto a dizer qual é este direito e, em algum momento, a palavra do julgador, individual ou coletivo, há de ser final, cumprindo-se. Não há remédio, contudo, contra a suspeita de que a palavra final do julgador não corresponda à essência da justiça racional.²³⁵ Toda decisão final sobre uma disputa é de direito positivo, pois não passível de controle posterior face à razão ou à justiça.

²³¹ Nesse sentido, *vide* ZIMMERMANN, 2002, p. 62-63.

²³² MORAES, 2017, p. 1.

²³³ SILVA, A. C. Princípios da legalidade da administração pública e de segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1987. Disponível em <<http://abre.ai/atWJ>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

²³⁴ Sobre a associação do direito natural com universalidade e perpetuidade, *vide* BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22-23.

²³⁵ MARMOR, A. *Philosophy of law*. Princeton, Princeton University, 2011, p. 90-91.

O direito não-positivo, para ser puro, não haveria de se submeter sequer à limitação da coisa julgada, que, por razões diversas, mas próximas das aqui discutidas, põe limite temporal final às disputas e, assim, pode eventualmente tornar definitiva uma solução injusta aos olhos da razão. Tanto assim que os não-positivistas contemporâneos, que consideramos bem representados por Ronald Dworkin, valem-se de metáforas como a do juiz Hércules e do romance em cadeia para tratar do esforço idealizado e da ausência de limitação temporal a fim de caminhar em direção à norma justa.²³⁶

Deve-se perguntar, portanto, se o decurso do tempo deve ser irrelevante na aplicação da justiça. A resposta a essa indagação, para que não seja dogmática, deve procurar espelhar-se na condição fática da vida humana. Embora não tratem de temas jurídicos propriamente ditos, as artes e a literatura podem expor com clareza os dilemas humanos.²³⁷

O escritor argentino, Jorge Luis Borges, muito se ocupou de temas que versam sobre a memória.²³⁸ Em um de seus contos, fala-nos de Irineo Funes, um sujeito que detinha a inusitada capacidade de dizer com exatidão, a qualquer momento, as horas. O narrador da história encontra-o, pela primeira vez, quando cavalgava a fugir de uma tempestade, mas mesmo ali, ao ser perguntado sobre as horas, Funes responde, com voz aguda e zombeteira, que “faltam quatro para as oito”. O narrador só volta a revê-lo após alguns anos, quando Funes, acometido por um acidente, ficara paraplégico. Apesar de sua condição física, Funes adquirira a incrível capacidade de lembrar-se não apenas das horas, mas de todos os detalhes de sua vida até então. Disse-lhe, então, que antes do acidente “ele havia sido o que são todos os cristãos; um cego, um surdo, um tolo, um desmemoriado”. Entretanto, ao recuperar-se “o presente era quase intolerável de tão rico e tão nítido, e também as memórias mais antigas e mais triviais”. Considerava ele que “a imobilidade era um preço mínimo”, pois “sua percepção e sua memória eram infalíveis”. O narrador, diante deste fenômeno “memorioso”, busca relatar aquilo que presenciou, ciente das dificuldades que isso representa.

Jorge Luis Borges, através de uma hipérbole, confronta-nos com a realidade de que a memória evanesce com o tempo. Mais que isso, recorda que o desafio de tudo lembrar

²³⁶ DWORKIN, R. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287.

²³⁷ Sobre as confluências possíveis entre artes e direito, vide MORAES GODOY, A. S. *Direito, Literatura e Cinema: inventário de possibilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

²³⁸ BORGES, J. L. *Cuentos Completos*. Buenos Ayres: Lumen, 2011, Ebook. No conto Verba Testamentária, Machado de Assis faz reflexão sobre o tema do esquecimento, sem que a discussão ganhe o centro de seu ensaio, razão pela qual preferimos trabalhar com a ilustração de Borges, mais rica para os fins propostos. Diz-nos o escrito do Cosme Velho, que “a vida é uma lousa, em que o destino, para escrever um novo caso, precisa apagar o caso escrito. Obra de lápis e esponja” (ASSIS M. *Cinquenta Contos de Machado de Assis*. Seleção de John Glendson. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, ebook).

exige a imobilidade. O “memorioso” vive no passado de suas lembranças, e não na insuportável luminosidade do presente.²³⁹ A escrita, tal como exercida pelo narrador, representa a luta contra o esquecimento, mas ele o faz consciente de que não pode ser exato e imparcial, qualidades próprias de um “precursor dos super-homens”.

Estão reunidos, de forma magistral, todos os elementos relevantes para que se possa entender a condição humana. Vivemos no tempo, o que significa reconhecer que presenciamos os fatos ocorrerem uns após os outros, com maior ou menor relação causal, e sem possibilidade de retorno ao que passou. A vida é o intervalo entre o nascimento e a morte. Viver é reconhecer, como Heráclito, que as coisas mudam, tudo flui. O rio em que colocamos nossos pés agora mesmo já se foi, com suas águas dando lugar a outras e outras.²⁴⁰ Reconhecer que o tempo corre é, essencialmente destacar que as coisas ao nosso redor mudam. Mais do que isso, com o passar dos anos, o próprio ser cognoscente transforma-se. De crianças a idosos, mantemos intacta a consciência que nos caracteriza como indivíduos,²⁴¹ mas o que fomos ontem já não corresponde ao que somos hoje.

O narrador e Irineo Funes são sujeitos de seu tempo, pois a vida passa diante deles de modo semelhante. Assim, Jorge Luiz Borges está preocupado em retratar o efeito do tempo nos sujeitos e imagina como seria a vida de um Hércules da memória, alguém despido do esquecimento, contrastando-o com a figura do próprio narrador, que esforça-se para documentar aquilo que viveu. A evanescência da memória humana caracteriza não só a impossibilidade de conhecer tudo, mas principalmente a incapacidade de tudo reter. A memória trai os homens comuns e não há quem conte aquilo que ouviu duas vezes da mesma forma (*ut nihil non iisdem verbis redderetur auditum*).²⁴² O impulso, primeiro da escrita, da

²³⁹ Em situações reais, a circunstância é semelhante. Giovanni Kuckartz Pergher e Lilian Milnitsky Stein asseveram que há “um outro aspecto do esquecimento, aquele que diz respeito às vantagens de esquecer”, sendo este “freqüentemente negligenciado”. E destacam: “imagine se você tivesse uma memória perfeita e se lembrasse de absolutamente tudo aquilo que já vivenciou. Embora imaginar tal fato seja um tanto quanto difícil, uma conclusão pode ser tirada: você não conseguiria ter ideias do genérico, não conseguiria trabalhar com o abstrato, você seria “escravo do particular” (Bruner, Goodnow, & Austin, 1956, citados por Pozo, 1994/1998). Sternberg (1996/2000) corrobora tal posição ao descrever os problemas enfrentados por S. F., um mnemonista (pessoa com uma capacidade de memória extraordinária), que tinha dificuldades para compreender conceitos abstratos, chegando até a considerar que sua memória era um estorvo” (PERGHER, G. K.; STEIN, L. M. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. *Psicol. USP*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 129-155, 2003. Disponível em: <<http://abre.ai/at5y>>. Acesso em: 5 jul. 2019).

²⁴⁰ HERACLITUS. *Fragments*. Trad. Brooks Haxton. New York: Viking Penguin, 2001.

²⁴¹ Na expressão de Hegel, “a consciência-de-si que pura e simplesmente é para si, e que marca imediatamente seu objeto com o caráter do negativo” (HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. 9. ed. Trad. Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes e Ed. Universitária São Francisco, 2014, p. 137).

²⁴² Em tradução livre: as palavras ouvidas nunca são ditas duas vezes de forma idêntica.

narrativa e das artes como um todo é, portanto, o de superar essa limitação que nos é tão peculiar.

Essa breve fuga literária permite ilustrar que a memória humana processa a informação de modo falho. De fato, é interessante lançar um breve olhar sobre a realidade psicossocial para fazer um contraste adequado com a ficção. Entre nós, brasileiros, não há uma tradição forte quanto ao estudo da psicologia forense e, notadamente, sobre o impacto do esquecimento na produção de evidências. No contexto internacional, essa realidade está bem documentada e merece ser brevemente recompilada.

A psicologia demonstra que a passagem do tempo exerce papel importante sobre a memória humana. Em 1885, Hermann Ebbinghaus publicou obra intitulada “*Memory: A Contribution to Experimental Psychology*”, retratando que a repetição de informações favorece a memorização e que, por outro lado, o esquecimento está em função do tempo. Após inúmeros testes autoaplicados, Ebbinghaus traçou uma curva do esquecimento a indicar que a memória evanesce com o passar do tempo, rapidamente logo após o aprendizado,²⁴³ mas vagarosamente a partir de certo tempo. A partir de um certo ponto, algum grau de memória persiste e não se perde.²⁴⁴ Também destacou que o modo pelo qual adquirimos uma informação pode implicar em maior período de retenção.

De qualquer forma, a partir de Ebbinghaus, cujas conclusões permanecem válidas de modo geral,²⁴⁵ as pesquisas psicológicas muito avançaram, o que possibilitou separar a memória em duas categorias: curto e longo prazo,²⁴⁶ eventualmente denominadas primária e secundária. Então, a memória de curto prazo diz respeito a fatos recentes, perdendo-se rapidamente. A memória de longo prazo persiste, embora possa ser perdida, mas os estímulos pontuais podem fazer com que refloresça.

²⁴³ “One hour after the end of the learning, the forgetting had already progressed so far that one half the amount of the original work had to be expended before the series could be reproduced again; after 8 hours the work to be made up amounted to two thirds of the first effort. Gradually, however, the process become slower so that even for rather long periods the additional loss could be ascertained only with difficulty. After 24 hours about one third was always remembered; after 6 days about one fourth, and after a whole month fully one fifth of the first work persisted in effect. The decrease of this after-effect in the latter intervals of time is evidently so slow that it is easy to predict that a complete vanishing of the effect of the first memorization of these series would, if they had been left to themselves, have occurred only after an indefinitely long period of time” (EBBINGHAUS, H. *Memory: A Contribution to Experimental Psychology*. Trad. Henry A. Ruger and Clara E. Bussenius. New York: Teachers College, Columbia Uni, 1913, p. 76).

²⁴⁴ PAVÃO, R. Aprendizagem e Memória. *Revista da Biologia*, v.1, p. 16-20, 2008.

²⁴⁵ PERGHER e STEIN, 2003.

²⁴⁶ POSTMAN, L.; PHILLIPS, L. W. Short-term temporal changes in free recall. *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, v. 17, n. 2, p. 132-138, 1965. Disponível em: <<http://abre.ai/at51>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

Admite-se que, do ponto de vista funcional, o esquecimento é auto-protetor do ser cognoscente e otimiza sua memória. A manutenção de uma memória total exigiria grande esforço de armazenamento e de cognição, para recuperar apenas os dados úteis. Assim, formam-se quatro teorias para tentar explicar por que nos esquecemos: *i*) interferência; *ii*) decaimento ou deterioração; *iii*) falha da lembrança ou falha da recuperação; e *iv*) teoria dos esquemas.²⁴⁷

Em primeiro lugar, a memória, sobretudo de curto prazo, perde-se porque, no dia a dia, muitas coisas similares ocorrem e, assim, interferem na capacidade de recuperar certa informação. As lembranças interferem umas nas outras. Essa interferência pode ser de tal tipo, que uma informação antiga persiste e impede a correta memorização de fatos mais recentes.²⁴⁸ Pode ser, todavia, que de modo contrário à recorrência de situações similares recentes tornem impossível identificar o que ocorreu no passado. Assim, hoje somos capazes de dizer qual foi nossa refeição ontem, mas à medida que as refeições se repetem durante os dias que se seguem, essa capacidade se perde.

Com isso, eventos únicos e singulares são mais facilmente memorizados. Por outro lado, quando há uma série de eventos similares, lembramo-nos melhor dos primeiros e últimos, que só sofrem interferência retroativa ou ativa. Os eventos ocorridos no centro de uma série de situações similares sofrem ambas as interferências e perdem-se com facilidade.²⁴⁹

Para a teoria do decaimento, é importante entender quanto tempo se passou entre a experiência e a necessidade de lembrança. Quanto mais tempo entre um e outro, maior a probabilidade do esquecimento. Dito de outro modo, a memória se fortalece com a frequente recuperação e lembrança, mas enfraquece com o desuso. Esta perspectiva é frequentemente criticada por dar ao tempo um papel central no esquecimento, sendo certo que experimentos diversos jogam dúvidas sobre isso, revelando lembranças que persistem mesmo após longo tempo sem recuperação.²⁵⁰

Partindo de um ponto de vista peculiar, em que as memórias não se perdem definitivamente, mas deixam de ser acessadas, a teoria da falha da lembrança destaca que há aspectos da informação apreendida que se tornam reminiscentes e que não são espontaneamente lembrados. Todavia, se fornecidas pistas ou estímulos, é possível que a

²⁴⁷ PERGHER e STEIN, 2003.

²⁴⁸ LOFTUS, G. R.; LOFTUS, E. F. *Humam Memory: The Processing of Information*. New York: Routledge, 2018, ebook, item 3.

²⁴⁹ PERGHER e STEIN, 2003.

²⁵⁰ *Idem*.

lembrança seja recuperada. Assim, quando se pede a uma pessoa que desenhe uma moeda que cotidianamente vê, ela terá dificuldades de apontar detalhes, havendo indicativos de que apenas dados importantes são memorizados.²⁵¹

A teoria dos esquemas parte de experimentos relacionados a fatos complexos, como histórias completas, e foi capaz de jogar luz sobre o processo de recuperação. Quando apresentadas a narrativas complexas e estimuladas a recontá-las fidedignamente, as pessoas frequentemente a reproduzem com a introdução de elementos novos, ou seja, ausentes da narrativa inicial, mas presentes no quadro geral da cultura a que pertencem.²⁵² As pessoas, portanto, interpretam suas experiências passadas ao recontá-las.

Feito esse panorama sobre o problema do esquecimento sob a perspectiva psicológica, é necessário jogar luzes sobre o modo pelo qual essas características da memória desdobram-se sobre a realidade jurídica. Dito de outro modo, esse conjunto de observações psicossociais permite construir um quadro importante de consequências para o fenômeno processual, sobretudo naquilo que depende da prova oral.

Sabe-se que a narrativa jurídica tem sido muitas vezes aproximada do contexto artístico. No entanto, se a boa ficção é capaz de reter o leitor apesar de seu completo descompromisso com a verdade, de modo diverso, a narrativa jurídica, processual ou doutrinária, busca a verdade.²⁵³ Dito de outro modo, as perspectivas filosóficas que negam a possibilidade de conhecer a verdade são incompatíveis com o fenômeno processual. As partes litigam sobre fatos passados e, por isso, admitir a possibilidade de reconstruir bem o que se passou, para dar razão a uma ou outra parte, proferindo julgamento justo, está na essência do fenômeno processual.

O desafio processual é, portanto, o de estabelecer meios idôneos para que possamos entender o que se passou na vida das partes litigantes e, a partir daí, cumprir o seu escopo de pacificação social.²⁵⁴ O processo é tão mais justo quanto melhor permite o confronto de

²⁵¹ NICKERSON, R. S.; ADAMS, M. J. Long-term memory for a common object. *Cognitive Psychology*, v. 11, n. 3, p. 287-307, 1979. Disponível em: <<http://abre.ai/at5L>>. Acesso em 5 jul. 2019.

²⁵² “*Remembering is not the re-excitation of innumerable fixed, lifeless and fragmentary traces. It is an imaginative reconstruction or construction, built out of the relation of our attitude towards a whole active mass of organised past reactions or experience, and to a little outstanding detail which commonly appears in image or in language form. It is thus hardly ever really exact, even in the most rudimentary cases of rote recapitulation, and it is not at all important that it should be so. The attitude is literally an effect of the organism's capacity to turn round upon its own 'schemata', and is directly a function of consciousness*” (BARTLETT, F. C. *Remembering: A Study in Experimental and Social Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1932, p. 213).

²⁵³ Sobre esse tema, vide TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

²⁵⁴ Sobre os escopos do processo, vide DINAMARCO, 2009a, v. 1. p. 131.

narrativas e quanto mais ampla seja a produção de evidências. A noção de devido processo legal envolve a oportunidade de contradizer e de provar.²⁵⁵ Esse conjunto de ferramentas permite que se faça um juízo sobre o que de fato ocorreu.

Sob essa perspectiva, a boa prestação jurisdicional está associada a processos que ocorrem logo após os fatos, com ampla preservação e reprodução da prova. Mas há outros fatores que precisam ser sopesados. Produzir uma boa prova do que se passou exige tempo e recursos econômicos, o que nem sempre é possível. Quanto mais ampla a iniciativa probatória, mais longo o processo. No entanto, como uma prestação jurisdicional célere é desejada, admite-se, no direito privado, que haja preclusões temporais, isto é, que uma prova não seja produzida, quando não postulada a tempo. Para além disso, admite-se, de modo amplo entre nós, que os fins não justificam os meios e que, assim, o direito não deve tolerar provas ilícitas.²⁵⁶ A confissão obtida sob tortura, ainda que verdadeira, não se presta ao processo. Ao impor preclusões para a iniciativa probatória e ao considerar inidôneas certas provas (as ilícitas), o processo deixa claro seu compromisso prático e ético em detrimento daquilo que poderia se considerar uma ideal e ilimitada busca da verdade.

Com isso, quando alguém afirma que o injusto não pode se tornar justo, defendendo com isso a imprescritibilidade das pretensões, é certo que faz essa asserção no plano retórico, pois não está naturalmente defendendo que os processos não terminem, que haja sempre a possibilidade probatória, que recursos desproporcionais sejam gastos nos processos e que se tolerem as provas ilícitas.

Imaginemos, entretanto, que as pretensões eternas não façam concessões a estes aspectos práticos, que os processos sejam longos e custosos na busca da justiça. Ainda aqui não poderíamos escapar da constatação de que a solução judicial dos litígios pressupõe alguma capacidade humana, portanto imperfeita, de reconstruir o passado, para formular um juízo de correção e de justiça.

Como vimos para além dos exemplos da literatura, a psicologia deixa claro que o esquecimento faz parte da estrutura do nosso pensamento. Esquecemos para que possamos centrar-nos no presente. Diversos estudos não deixam margem à dúvida de que o tempo embotoa a memória e, se há reminiscências da memória de fundo, elas podem ser afetadas

²⁵⁵ “Direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento” (DINAMARCO, 2009c, v. 3, p. 46).

²⁵⁶ Sobre o problema da verdade no processo, *vide* BATISTA DA SILVA, 1996, p.284. Sobre provas ilícitas, *vide* particularmente DEU, T. A. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2011.

por interferências anteriores e posteriores e, para além disso, pelas próprias vicissitudes da interpretação.

A psicologia forense, quando se debruça sobre este problema, revela como a memória de fatos complexos pode ser afetada por entrevistas e inquirições mal formuladas, como pode haver implantação de memórias,²⁵⁷ transferências inconscientes²⁵⁸ e, de modo geral, como são falhas as nossas tentativas de reconstrução processual do passado.

No direito, pontualmente há autores que destacam a dificuldade que a passagem do tempo impõe aos meios de prova e ao conhecimento da verdade.²⁵⁹ Embora não haja nessa doutrina referências aos aspectos da psicologia humana, os exemplos aqui destacados deixam evidente que há base científica para tal afirmação. Se o tempo por si só não é capaz de apagar as memórias de longo prazo por completo, é certo que quanto mais ele passa, maiores as chances de que haja interferências e, conseqüentemente, erros na descrição de fatos.

Esse jogo pode ser desequilibrado se tomarmos em perspectiva um terceiro elemento até aqui não considerado. Se a memória humana é falha, nada impede que os fatos sejam bem documentados para que, posteriormente, venham a ser examinados pelo julgador. Dito de outro modo, estão em jogo três elementos distintos, porém inter-relacionados, a saber: a passagem do tempo, as deficiências da memória e a habilidade de documentação. Para representar de forma adequada essa relação, podemos dizer as chances de um julgamento justo, baseado em fatos efetivamente existentes, aumentam na proporção em que

²⁵⁷ WELLS, G.; LOFTUS, E. F. Eyewitness Memory for People and Events. *Handbook of Psychology*, v. 11, jan. 2013, Forensic Psychology, Chapter 25. In: OTTO, R. K.; WEINER, I. B. (Eds.). Hoboken. *John Wiley & Sons, Inc.; UC Irvine School of Law Research Paper*, n. 88, 2013. Disponível em: <<http://abre.ai/at6q>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

²⁵⁸ Elizabeth Loftus discute em pormenores a situação em que um funcionário da estação de trem havia reconhecido um marinheiro como aquele que lhe havia apontado uma arma de fogo. Com um álibi, o marinheiro escapou da condenção a morte. As investigações psicológicas puderam posteriormente identificar que o marinheiro havia comprado em três momentos anteriores tíquetes com o funcionário assaltado. Nesse contexto, a autora destaca: “*Psychological research indicates that when we experience an event we do not simply file a memory and then, on some later occasion, retrieve it and read off exactly what we have stored. At the time we try to recall the event, we reconstruct it using information from many different sources. These include the original perception of the event, knowledge acquired prior to the event, and inferences drawn after the event. Over a period of time, information from these sources may integrate, so that a witness becomes unable to specify how he knows some particular detail. To him, there is only a single memory*” (LOFTUS, E. F. Unconscious Transference in Eyewitness Identification. *Law and Psychology Review*, v. 2, p. 93-98, 1976. Disponível em HeinOnline: <<http://abre.ai/at6E>> Acesso em: 5 jul. 2019).

²⁵⁹ Gustavo Tepedino, a propósito dos longos prazos existentes no CC/1916, indicava que eles “acabavam por provocar o afastamento do magistrado à realidade fática, dificultando a coleta de provas e a prescrição jurisdicional, em desfavor da segurança jurídica” (TEPEDINO, G. *Relações obrigacionais e contratos*. v. I. São Paulo: RT, 2012b, p. 530). “(...) *the more time has passed, and the more difficult is to for the parties, and especially for the debtor, to bring forward elements that justify their position*” (BORGHETTI, 2016, p. 169).

os meios documentais podem reproduzir de forma fidedigna o que se passou, mas diminuem em função do tempo e das deficiências da memória humana.

Tempo, memória e documentação são fatores inescapáveis à nossa existência e estão subjacentes às discussões relativas à prescrição e à decadência, conquanto raramente sejam elevados ao ponto central da discussão.

Tendo já discutido suficientemente o problema do tempo e da memória, voltemos agora para o problema da documentação. É verdade que a sociedade contemporânea vem experimentando enorme evolução na capacidade de documentação, que cresce exponencialmente graças à popularização dos meios, notadamente computadores, câmeras fotográficas, filmadoras e seus respectivos meios de armazenamento. Essa realidade é vivida por cada um de nós, bastando comparar número de fotografias familiares conservadas ao longo das últimas décadas. Se há cerca de trinta anos, as máquinas fotográficas eram caras e exigiam gastos com revelação, o que fazia com que as famílias guardassem poucas dezenas de fotos para rememorar os momentos mais importantes da vida em comum, hoje esses equipamentos são onipresentes, estão integrados em aparelhos celulares, custam pouco, não há custo de revelação e, com isso, nós armazenamos milhares de fotos sobre os momentos mais triviais da vida.

Com isso, é cada vez mais fácil e barato lembrar e, eventualmente, esquecer torna-se difícil. Esses avanços tecnológicos levam doutrina e jurisprudência a discutir, no campo do direito material, a existência de um direito ao esquecimento, para que informações pessoais não persistam armazenadas, disponíveis e veiculadas indeterminadamente.²⁶⁰

Esse estado de coisas haveria de favorecer, em princípio, a permanência de uma possibilidade de discussão judicial por mais tempo, pois, se não há memória infinita, com efeito, hoje é mais fácil lembrarmos do que passou. No entanto, os prazos a que se sujeitam as posições jurídicas vêm, ao longo dos anos, diminuindo sob o argumento de que o dinamismo social o exige. Desde 1916, o prazo máximo de prescrição deixou de ser trintenário, passou a ser vintenário e hoje é decenal. O prazo para haver reparação de danos, mais drasticamente, passou a ser trienal após 2002.

Certamente pesa, nesse cenário, a percepção de que a vida economicamente ativa das pessoas também cresceu exponencialmente, estando a expectativa de vida entre setenta e oitenta anos, período em que as relações contratuais ocorrem de modo frenético. Mais que

²⁶⁰ Sobre esse tema, *vide* em particular BEZERRA JUNIOR, L. M. H. *Direito ao Esquecimento: a justa medida entre a liberdade de informática e os direitos de personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2018.

isso a capacidade de armazenamento é utilizada essencialmente para a memória de fatos da vida, e não de relações contratuais, que são marcadas pela fugacidade.

De qualquer modo, é utópico acreditar que, com o incremento da capacidade de documentação, nossa vida possa estar integralmente registrada ou, ao menos, nos seus aspectos juridicamente relevantes. Nesse ponto, apesar do barateamento do custo de documentação, ainda é inviável o amplo armazenamento de dados, por prazos indeterminados ou longuíssimos, para fazer prova de relações jurídicas que possam estar sujeitas a controvérsias. Dito de outro modo, o barateamento dos meios de documentação não significa gratuidade e, por outro lado, quanto mais fatos a registrar, maior o custo envolvido.

É possível, portanto, inferir que a abolição, maior ou menor, de limites temporais favorece as partes que têm melhores condições econômicas para preservar a memória. De modo mais relevante, a ausência de limitação temporal de direitos e pretensões faz com que as pessoas passem a endereçar seus esforços coletivos mais para o passado do que para o presente. Entretanto, como enfatiza Friedrich Nietzsche, quem não esquece, de nada consegue dar conta.²⁶¹ Na alegoria de Borges, para lembrar-se de tudo, Funes paga o preço da imobilidade, vivendo em um quarto escuro.

Tudo isso, em síntese, indica que a capacidade de realizar justiça depende, em alguma medida, da eficiência dos meios de recomposição da verdade há muito passada. Impor, *lato sensu*, imprescritibilidade não está, assim, em favor da justiça, mas das partes que melhor podem documentar e recontar os fatos pretéritos. Apenas os “memoriosos” da literatura ficcional poderiam, passados cem anos, ter certeza do que se passou há tanto tempo e, assim, manter hoje idêntico julgamento de justiça que tiveram no passado. Para todos nós, permanecem as limitações naturais que nos impossibilitam de manter narrativas imutáveis ao longo dos anos.

²⁶¹ “Esquecer não é uma simples *vis inertiae* [força inercial], como crêem os superficiais, mas uma força inibidora ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido, não penetra mais em nossa consciência, no estado de digestão (ao qual poderíamos chamar ‘assimilação psíquica), do que todo o multiforme processo da nossa nutrição corporal ou ‘assimilação física’. Fechar temporariamente as portas e janelas da consciência; permanecer impertubado pelo barulho e a luta do nosso submundo de órgãos serviciais a cooperar e divergir; um pouco de sossego, um pouco de tabula rasa da consciência, para que novamente haja o lugar para o novo, sobretudo para as funções e os funcionários mais nobres, para o reger, prever, predeterminar (pois nosso organismo é disposto hierarquicamente) – eis a utilidade do esquecimento, ativo, como disse, espécie de guardião da porta, de zelador da ordem psíquica, da paz, da etiqueta: com o que logo se vê que não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, presente, sem o esquecimento. O homem no qual esse aparelho inibidor é danificado e deixa de funcionar pode ser comparado (e não só comparado) a um dispéptico – de nada consegue ‘dar conta’...” (NIETZSCHE, F. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 47-48).

Ao reconhecer que não somos “precursores dos super-homens”, podemos poupar recursos com preservação da memória, contribuindo mais eficientemente para a solução de problemas atuais. Se tudo flui e se transforma, há de haver o tempo em que o passado seja visto apenas como história, e não como fonte de novos litígios. O direito, preso como idealização fora da contingência da vida social, é absoluto e imutável, e sobre esse o decurso do tempo nenhuma mudança poderia realizar. As aspirações comuns precisam ser adaptadas, por acordo, às contingências e transformações da vida individual e, nessa seara, prescrição e decadência cumprem seu papel.²⁶²

Prescrição e decadência funcionam a partir da articulação das variáveis de tempo, dificuldades de memorização e de documentação, impondo preclusões, tomando-se a expressão num sentido muito amplo.²⁶³ Há relevantes dúvidas sobre nossa capacidade de reconstruir o que se passou, em razão da limitação dos meios e da memória, e, se assim é, o esforço empregado para decidir não é isento de riscos. Quanto mais tempo passa, maior o risco de mal decidir.²⁶⁴ Existe um ponto para além do qual a tentativa de fazer justiça ao que se passou redundará maior injustiça.

Como bem ilustra Almiro do Couto e Silva, a oposição entre segurança jurídica e justiça só pode existir se tomarmos esta como um valor absoluto, imutável no tempo. No entanto, “a contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço, tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na

²⁶² *“Il diritto, preso come una idealità fuori delle contingenze della vita sociale, è assoluto ed immutabile, e su di esso il decorso del tempo nessun mutamento potrebbe portare. Però se vuolsi considerare che questa idealità è patrimonio comune degli uomini, i quali lo adattano alle contingenze della vita individuale, e per mutuo accordo, lo modificano e trasformano per le esigenze sociali, le quali tendono a sviluppare le singole individualità, nella vita collettiva, allora dovrà ritenersi, che l’istituto della prescrizione è un necessario complemento di quegli altri istituti giuridici, creati dalla legge, per armonizzare le singole individualità, e per frenarne le trasmodanze, nel commune interesse. Il fondamento razionale dunque del istituto della prescrizione è l’interesse commune per l’ordine giuridico, il quale richiede nelle stato sociale riconoscere la stabilità di uno stato di fatto, convalidato dal decorso del tempo sanzionato dalla legge”* (GALDI, 1907 apud ESPÍNOLA, 1938, p. 601).

²⁶³ De modo análogo, Olavo Chinaglia, em voto que proferiu como Conselheiro no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sobre a prescrição da pretensão de punir administrativamente condutas anticoncorrenciais, afirmou que “a função do instituto da prescrição é muito mais ampla do que simplesmente atribuir segurança a quadros fáticos consolidados, cabendo-lhe o papel essencial de mediar a relação entre tempo e direito. Tal papel é desempenhado por meio da construção de filtros de intensidades distintas, voltados a determinar – de forma diferenciada – o alcance da memória do sistema jurídico para cada situação fática” (CADE, Proc. Adm. N. 08012.000751/2008-64, Rel. Olavo Zago Chinaglia, j. em 18.6.2012).

²⁶⁴ Gustavo Tepedino, a propósito dos longos prazos existentes no Código Civil de 1916, indicava que eles “acabavam por provocar o afastamento do magistrado à realidade fática, dificultando a coleta de provas e a prescrição jurisdicional, em desfavor da segurança jurídica” (TEPEDINO, 2012, p. 530). Karl Larenz, sobre o mesmo dilema, assevera que “en todo caso cabe afirmar que la institución de la prescripción, si bien puede conducir em algunos supuestos a resultados injustos, es indispensable, pues em otro caso serían inevitables graves inconvenientes” (LARENZ, 1978, p. 329).

imperfeita aplicação daquela ideia abstrata à realidade em que vivemos sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça”.²⁶⁵

É nesse sentido que o exemplo de Justiano, que em poucos anos viu-se obrigado a revogar a *praescriptio centum annorum*, fala à atualidade. Ao se alongar de tal forma o prazo prescricional em favor da Igreja, inúmeros litígios surgiram, fazendo com que se comparasse a situação com a de cicatrizes que se reabriam, sendo inviável a cura em razão das evidentes dificuldades de produzir-se prova documental íntegra e testemunhal a esse respeito.²⁶⁶ Não há testemunha ou documento que seja imune a tamanho lapso de tempo.

Assim, prescrição e decadência não são condescendentes com injustiças, mas, cientes das limitações inerentes ao ato de julgar, ponderam o risco de decidir mal e, assim, realizar novas injustiças. Se o tempo pode consolidar erros, o idealismo não nos isenta deles.

Como ressalta Paulo Torminn Borges “todos os prazos extintivos são produtos meramente legais ou convencionais”.²⁶⁷ O inescrupuloso que se furta ao pagamento, socorrendo-se nas preclusões temporais, pratica ato imoral. Aquele que cumpriu sua obrigação, sem ter como comprovar o pagamento, quando se socorre nas regras prescricionais, assume conduta ética.

O legislador de 2002, fiel à tradição do nosso direito pátrio, tomou a prescrição como regra. Nos termos do art. 205, CC/2002, “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”, colocando este como o limite temporal máximo para fazer valer uma pretensão. Mais que isso não deixou que o anseio abstrato de justiça deixasse às partes a possibilidade de afastar a lei, criando imprescritibilidades particulares. O art. 192, CC/2002, frisa que “os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.²⁶⁸

²⁶⁵ SILVA, 1987, p. 12,. Disponível em: <<https://bit.ly/2tPCj61>>. Acesso em: 9 jan. 2019. “A prescrição é reconhecida, como meio de pôr termo às acções e às incertezas dos direitos, e de consolidar a propriedade. Se este facto jurídico pôde algumas vezes proporcionar à má-fé um meio de expoliação; e se por outro lado parece à primeira vista injusto que o proprietário seja privado da propriedade sem o seu expresso consentimento: é também verdade que, se a lei não aceitasse a posse continuada por largos anos, para o efeito de sancionar e legitimar o domínio, suprimindo os defeitos do título de aquisição, e garantindo a boa fé do possuidor, e seus trabalhos e desvelos, e permitisse instaurar demandas, que podessem prejudicar a posse seguida até avós e bisavós, dar-se-ia lugar a incessantes e deploráveis perturbações, e a sociedade seria origem de guerra permanente” (DIAS FERREIRA, J. *Código Civil Portuguez Annotado*. v. II. Lisboa: Imprensa Nacional, 1871, p. 58). Em sentido análogo, vide PUGLIESE, 1924, p. 22.

²⁶⁶ Nov. 111. Vide § 4 acima.

²⁶⁷ TORMINN BORGES, 1980, p. 35.

²⁶⁸ Sílvio de Salvo Venosa destaca que “a vontade privada não pode estabelecer que determinado direito seja imprescritível” e que “a imprescritibilidade somente pode decorrer da lei ou da natureza do direito” (VENOSA, S. S. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 217).

O Direito, como ciência social aplicada, exige a tomada de decisões e o encerramento perene dos litígios, o que é feito dentro das limitações humanas mas em busca de justiça. Não se trata, portanto, de filosofia descompromissada. Essa dinâmica exige, em algum ponto, deixar o passado em seu lugar, para que os esforços do cotidiano sejam endereçados ao presente. O direito deve estar ciente de suas limitações, o que lhe exige o esquecimento, talvez o perdão, do que já não consegue bem resolver.

§8. *Justiça e segurança*

Até aqui apresentamos a ideia de segurança como fundamento da prescrição e da decadência. Argumentamos que isso não está em confronto com um ideal de justiça atemporal. Fazem-se necessárias algumas ponderações adicionais, para confrontar a ideia de segurança e de justiça em si.

Naturalmente, não é possível escrever sobre prescrição e decadência sem dedicar alguma atenção ao tema da segurança jurídica. Ao mesmo tempo, não há como esgotar a análise de tema tão vasto, que em muito ultrapassa os propósitos legítimos de um trabalho dogmático. Como não poderia deixar de ser, a discussão proposta neste ponto é breve e cumpre a função de posicionar acerca de premissas sobre as quais os argumentos seguintes se desenvolverão.

Hoje é usualmente aceito que segurança jurídica e justiça encontram-se em pólos opostos. Esse pensamento está bem representado pelas lições de Gustav Radbruch, para quem “conflito definitivo se estabelece entre justiça e segurança jurídica”.²⁶⁹ Para entender sua linha de raciocínio, é preciso inicialmente destacar que para ele “a segurança jurídica só pode ser obtida através da positividade do Direito”,²⁷⁰ o que exige quatro condições: *i*) o direito deve constar de leis; *ii*) o direito não deve estar confiado ao juízo de valor do julgador no caso concreto, “a partir de cláusulas gerais como ‘boa fé’ ou ‘bons costumes’”; *iii*) aceitar como definitivas as manifestações exteriores dos fatos (como determinar a capacidade não a partir da maturidade, mas a partir de uma idade igual a todos); *iv*) o direito não deve ser facilmente mutável, e, de modo bastante perspicaz, Radbruch sugere que, em nome da segurança, de forma paradoxal, o ilícito pode se tornar lícito: “n[a] usucapião e na prescrição,

²⁶⁹ RADBRUCH, G. *Introdução à Filosofia do Direito*. Trad. Jacy de Souza Mendonça, p. 30, ebook. 1. Ed. Heildeberg, 1947. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZJ6sQA>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

²⁷⁰ *Idem*, p. 28.

o decurso do prazo transforma uma situação ilícita em lícita. Em nome da segurança jurídica, para pôr termo a litígios, mesmo as sentenças injustas adquirem força jurídica”.²⁷¹

A segurança “exige que o Direito positivo seja aplicado mesmo quando injusto”, isso porque, do ponto de vista formal, pior seria dispensar tratamento desigual. Dessa forma, há menos mal “se o injusto é distribuído entre todos de forma igual”, restabelecendo-se a justiça. Reside nisso um conflito entre duas ideias distintas de justiça: de um lado justiça como igualdade formal e segurança,²⁷² de outro, justiça em sentido material. Há duas injustiças possíveis em extremos opostos: uma na falta de segurança, a outra no seu excesso.

Essa é a razão pela qual, Gustav Radbruch, na sua famosa fórmula, propõe uma espécie de ponderação: “se a injustiça do Direito positivo é tal que a segurança jurídica por ele garantida fica comprometida, ele deve ceder ante a Justiça”.²⁷³ Dito de outro modo, “se, em regra, a validade do Direito positivo pode ser justificada a partir das exigências de segurança jurídica, não é menos certo que, em casos excepcionais, tratando-se de leis extraordinariamente injustas, as leis perdem validade em razão de sua injustiça”.²⁷⁴ É o advérbio de modo, a exigir uma situação não ordinária, que denota a impossibilidade de banalização a este abandono das regras positivas. Sem este cuidado metodológico, a correção moral do direito positivo resvala no puro e simples voluntarismo subjetivo.

Rosa Maria B. B. de Andrade Nery trilha raciocínio semelhante. Para a professora paulista, “a lei natural é a alma de um direito justo” e, assim, não deve prevalecer o mero tecnicismo doutrinário, a pura autonomia privada, o formalismo raso, “sem atenção para o conteúdo e a finalidade do direito material”, “a interpretação e aplicação da norma, sem atenção para o sistema de direito”, “a tolerância para com o arbítrio”, o descompromisso com a isonomia de todos perante a lei, a perda do sentido da função do direito, de pacificação social, e “a absoluta promiscuidade entre técnica jurídica e técnica econômica, sem nenhum

²⁷¹ *Idem*, p. 29.

²⁷² Nas palavras de Cicero, *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*. Em vernáculo, “o fundamento da justiça reside não obstante na boa-fé, isto é, na fidelidade e na verdade nos compromissos assumidos” (CICERO, M. T. *Dos deveres (de officiis)*. Lisboa: Edições 70, p. 26, v. I, n. 23, 2017). Eventualmente, o trecho é traduzido como “o fundamento da justiça é a confiança, ou seja, a verdade e a constância em palavras e acordos”.

²⁷³ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 30. Em uma de suas obras anteriores, Gustav Radbruch estava vinculado de forma mais marcante à noção deontológica e não consequencialista de moral, própria de suas influências kantianas, e indicava que “o direito é, pois, tão somente a possibilidade da moral, e, exatamente por isso, também a possibilidade do imoral. O direito só pode possibilitar a moral, não forçá-la, pois o ato moral, por necessidade conceptual, só pode ser um ato da liberdade; mas uma vez que só pode possibilitar a moral, precisa também inevitavelmente possibilitar o imoral” (RADBRUCH, G. *Filosofia do Direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 69). O contraste entre esses dois escritos dá a dimensão da mudança no pensamento do autor.

²⁷⁴ RADBRUCH, 1947, p. 35.

compromisso com o justo”.²⁷⁵ No seu entender, a certeza do direito não pode resguardar a falta de ética de soluções que ofendem “a razão de ser do direito, semeando discórdia, incerteza, insegurança, desigualdade e desequilíbrio social”.²⁷⁶ Nesse contexto, a figura do juiz se agiganta para dar equilíbrio na aplicação do direito. No entanto, não se trata de autorizar o puro e simples subjetivismo judicial.²⁷⁷

A aceitação dessa perspectiva, segundo a qual direito extremamente injusto não é direito, exige reconhecer, colocando-se a questão aqui sob uma perspectiva substancialmente prática, que a aplicação da lei positivada nem sempre é obrigatória e que, em casos específicos, o juiz valer-se de princípios para excepcioná-la. Dito de outro modo, as regras contêm um elenco fechado de exceções, admitidas no próprio direito positivo, sendo que a estas o julgador pode acrescentar outras quando a própria noção de justiça esteja em risco.²⁷⁸

A chave para a boa operabilidade dessa correção judicial sobre o direito positivo é a metodologia e a autocontenção. Os autores adeptos dessa corrente, como Radbruch e Rosa Maria de Andrade Nery, procuram evidenciar que deve haver um equilíbrio entre segurança e justiça concreta, de modo que, sob o manto da solução extraordinariamente injusta (tese da intolerabilidade), não se esconda um mero voluntarismo do julgador.²⁷⁹

²⁷⁵ NERY, R. M. A. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juizes. *In*: FUX, L.; NERY Jr; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 422-430, particularmente p. 426.

²⁷⁶ NERY, *op. cit.*, p. 427.

²⁷⁷ “A obra do jurista é a luta contra o arbítrio, é a luta por saber qual é o direito e não criá-lo. Tudo o que o jurista escreve contém em si um incitamento à ação futura. Interpretar a lei contra o que a lei dispõe é um ato de sabotagem, um instrumento de ação revolucionária, mas não um método de busca científica. A humildade é um grande dote do jurista, pois o orgulho pode conduzi-lo a trocar a certeza do direito pelo resultado de sua genialidade inventiva, fazendo com que ele se esqueça de que por detrás das conseqüências de suas divagações *circolono dentro, in ogni giuntura, le lacrime e il sangue degli uomini vivi*” (NERY, *op. cit.*, p. 426).

²⁷⁸ Carnelutti diagnostica essa situação como inerente ao caráter geral da lei, que nunca será capaz de aprender a realidade em todas as suas nuances relevantes (CARNELUTTI, F. *Certeza, autonomia, libertà, diritto. Diritto della Economia*, n. 2, p. 1.885-1997, particularmente p. 1990, 1956). Embora não esteja em diálogo direto com o professor italiano, Robert Alexy anota que a função dos princípios é justamente a de dar alguma flexibilidade ao julgador diante desse dilema: “se a inaplicabilidade de uma regra com base em um princípio não significa que ela se torna simplesmente inválida, então isso significa que, com base no princípio, uma cláusula de exceção à regra é estatuída. Se se aceita que os contraexemplos a princípios não são enumeráveis, então deve também se aceitar que os casos de sua aplicação não são enumeráveis. Se os casos da aplicação de princípios não são enumeráveis e se a aplicação de princípios pode conduzir a exceções a regras, então, em virtude disso, não podem as exceções a regras ser enumeráveis. Se princípios não são aplicáveis em um modo tudo ou nada, em virtude disso as regras também não são” (ALEXY, R. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 211).

²⁷⁹ “Um quarto argumento contra o conceito de direito não-positivista afirma que ele colocaria em risco a segurança jurídica. Esse argumento de fato atinge aquela variante do não-positivismo que assume uma tese da conexão forte, que diz que toda injustiça levaria à perda do caráter jurídico. Quando a todos se concede autoridade para, com apelo a seu juízo de justiça, não obedecer às leis, o argumento da segurança jurídica se fortalece como argumento do anarquismo. Isso não precisa porém ocorrer, pois nenhum não-positivista que deva ser levado a sério defende tal opinião (...) No julgamento da questão sobre a aceitabilidade dessa perda mínima da segurança jurídica deve-se levar em consideração que a segurança jurídica é um valor elevado, mas não o único. O valor da segurança jurídica deve ser ponderado em face do valor da justiça material. A fórmula

Esse é o pano de fundo teórico sobre o qual se descortina o debate dogmático aqui levado a cabo. Das inúmeras discussões que se seguem neste trabalho, muitas podem ser expressadas simplesmente sob a fórmula de Radbruch, ou seja, prazos prescricionais e decadenciais profundamente injustos podem ser desconsiderados pelo julgador. Perde-se em segurança formal, ganha-se em justiça substancial.

Essas considerações ilustram, de forma bastante clara que não está em disputa o abandono da certeza e da segurança jurídica. Mesmo doutrinadores que flexibilizam esses princípios, não os excluem totalmente de seu horizonte. Talvez por isso quase não há quem deixe de frisar o papel da segurança subjacente ao estudo da prescrição e da decadência. Há aqueles, como veremos, que desconsideram os prazos legais que consideram injustos, mas que, nessas situações, procuram respeitar algum método nesse exercício de interpretação. O que não se pode aceitar, no entanto, é que a cada caso haja uma decisão diversa, sem tratamento isonômico, pois nesse cenário decresce a confiança social no direito, que deixa de cumprir sua função de estabilização das expectativas sociais.²⁸⁰

Aqui e ali já dissemos que nossa visão não é esta. Conquanto não seja possível defendê-la integralmente, é necessário deixar esse ponto claro por força da transparência científica. Buscamos traçar uma separação forte entre direito e moral, o que não é próprio de sistemas mais ou menos abertos.²⁸¹ A ciência jurídica tem objetivos práticos bem delimitados que afastam-na da ética filosófica. Isso porque, em algum momento, a decisão judicial há de transitar em julgado e, mesmo que a decisão do STF, eventualmente, se revele extraordinariamente injusta, deve ser cumprida.²⁸²

O que se tem por trás desta e de outras visões não-positivistas é ordinariamente, mas não necessariamente, alguma metafísica, assim entendida como crença na existência de

de Radbruch chega a uma ponderação que dá a precedência à segurança jurídica e então, em casos extremos, inverte a relação de precedência. Contra isso só se pode objetar algo aquele que considera a segurança jurídica um princípio absoluto, o que, como toda busca de um princípio absoluto, tem algo de fanatismo.” (ALEXY, *op. cit.*, p. 338-339).

²⁸⁰ “Tendo em vista o incontestável aumento descontrolado das expectativas normativas (como costumes, exigências morais, hábitos, que, ao serem transgredidos, adquirem notoriedade), o direito tem a função de estabilizar a expectativa normativa, e isso só pode resultar quando existe uma seleção das expectativas que vale proteger” (LUHMANN, N. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, ebook, cap. III, item II).

²⁸¹ Sobre a multiplicidade de visões a respeito do positivismo e não-positivismo e em relação a dificuldade de erigir critérios absolutos de separação, vide LEAL, F. O projeto metodológico do não positivismo de Alexy. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 1, Rio de Janeiro, 2017. p. 258-273. Disponível em: <<https://bit.ly/2F2A9T0>>. Acesso em: 15 nov. 2019. DOI: 10.12957/rqi.2017.23693.

²⁸² Para uma crítica à fórmula de Radbruch, vide HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (Feb., 1958), p. 593-629. DOI: 10.2307/1338225. Disponível em: <<https://bit.ly/35b43zd>>. Acesso em 15 nov. 2019; para uma discussão mais ampla da fórmula, vide ALEXY, 2014, p. 322 e seguintes.

conjunto dado de valores universais e imutáveis. Quando não se chega a tanto, postula-se a possibilidade de construção de soluções morais unívocas em sociedades plurais. Permanecemos, no entanto, céticos quanto a esses aspectos dessa discussão. Se é verdade que há soluções morais justas, não há quem se ponha em acordo sobre elas. Aquilo que é injusto para um, frequentemente é justo para outro.

Se o judiciário assume o papel de última instância moral da sociedade,²⁸³ não é por isso que deixa de estar sob influência direta daquilo que lhe é trazido ao conhecimento pelas partes litigantes, e não por toda a sociedade. Isso é ainda mais digno de nota quando se coloca em perspectiva a ampla desigualdade de meios e ferramentas vivenciada entre litigantes de maior e menor expressão econômica.²⁸⁴

Os exageros que distorcem e banalizam a fórmula de Radbruch fazem com que o campo de atuação do direito amplie-se a ponto de viabilizar a judicialização de toda e qualquer conduta, prestigiando a heterocomposição ao mesmo tempo que fecha amplos espaços de liberdade moral. A sociedade deixa de ser senhora de seus juízos morais, conformando-se à imagem daquilo que pensam seus julgadores, sem pluralismo possível. O triunfo da moral única sobre o direito positivo é, dito de forma mais crua, a morte da política

²⁸³ “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social” (MAUS, I. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos*, n. 58, p. 183-202, particularmente p. 187, 2000).

²⁸⁴ Ao tratar de situação análoga, Otávio Luiz Rodrigues Junior aponta para os limites do direito como ferramenta de combate à desigualdade, afirmando que “nem pobres, nem vulneráveis serão favorecidos por esse barateamento dos direitos fundamentais” (RODRIGUES JÚNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Forense Universitária, 2019, p. 236).

como arte do possível que se expressa em compromissos legislativos.²⁸⁵ Mais que isso, é o fim da liberdade individual como um todo.²⁸⁶

Essas considerações afastam-nos, assim, de uma teoria normativa do direito, razão pela qual basta atermo-nos a uma teoria mais descritiva.²⁸⁷ Isso não deve ser interpretado como indiferença a injustiças concretas. Na sociedade democrática, todo o poder emana do povo e cabe a ele, por meio de seus representantes políticos, estabelecer o que deve ser o direito. Isso, acreditamos, é o que basta para expressar nosso referencial em termos de teoria geral do direito.

No que é importante, essa discussão desdobra-se no campo desta pesquisa em dois problemas. Em primeiro lugar, é necessário saber em que medida o legislador pode estipular os prazos para as situações jurídicas e, além disso, é preciso definir se o julgador pode corrigir e em que extensão as soluções injustas que daí considere advindas. Mais especificamente no que diz respeito aos prazos decadenciais, é preciso indagar se as partes podem negociá-los, quando isso é possível, e até que ponto sua decisão deve ser respeitada pelo julgador.

Sob a nossa perspectiva, o tempo tem efeitos sobre os direitos e, se as coisas têm de ser assim, é legítimo que todos saibamos quando devemos deixar o que ficou para trás.²⁸⁸

²⁸⁵ Gustav Radbruch revela-se bem ciente dessa necessidade de dar espaço para a política, razão pela qual assume a posição relativista. Para ele, “relativismo é o pressuposto intelectual da democracia: esta se recusa a uma identificação com determinada concepção política; está sempre disposta a deixar a condução do Estado a toda concepção política que alcance a maioria, já que desconhece um critério único para a exatidão das visões políticas, e não admite a possibilidade de um que se coloque acima dos partidos” (RADBRUCH, 2016, p. 2-3). “A filosofia do direito relativista é incapaz de determinar, para o indivíduo, a escolha entre as concepções jurídicas de pressupostos últimos e contrários. Ela se limita a apresentar-lhe, de modo exaustivo, as possibilidades de tomada de posição à sua decisão criada nas profundezas da personalidade – portanto, não do seu arbítrio, mas, antes da sua consciência. Ela exercita essa autolimitação pois está convicta de que, em relação aos supremos juízos de valor, só precisa expressar um *ignorabimus*” (Idem, p. 19). Esse espaço não existe quando o não-positivismo está engajado na tarefa progressista de transformar a realidade, sem autocontenção. Nesse cenário, os juízes tornam-se os sábios de uma sofocracia antagonica à sociedade aberta. Assim, o “extremamente” na fórmula por ele proposta indica a autocontenção como método, o que, em muitas versões do não-positivismo, é simplesmente ignorado. O que estamos a dizer, portanto, é que governos totalitários podem fazer mau uso do não-positivismo, assim como ocorreu com o positivismo. Essas críticas que aqui tecemos aplicam-se, portanto, a essas distorções.

²⁸⁶ Sobre a relação de liberdade e de certeza, confira-se: “*Il concetto di autonomia giuridica implica il concetto di limite proprio perche il diritto implica il limite senza il quale la libertà degenera in licenza o l'ordine in disordine. Vuol dire che l'autonomia non giova alla libertà senza la conoscenza del limite entro il quale si può svolgere. Insomma, l'ordinamento funziona tracciando dei confini; se i confini non sono visibili l'ordinamento non può funzionare. In parole povere la certezza del diritto non è altro che la visibilità del confine. Così riesce chiaro che come l'autonomia condiziona la libertà così l'autonomia è condizionata dalla certezza*” (CARNELUTTI, 1956, p. 1990).

²⁸⁷ A defesa do não-positivismo contra a maior parte desses argumentos pode ser vista em ALEXY, 2014, p. 322 e seguintes.

²⁸⁸ “Nem sequer ao elementar direito, o de saber qual é a lei do seu país, o cidadão brasileiro tem acesso garantido. Ao contrário dos países civilizados, no Brasil as interpretações dos tribunais superiores não vinculam

Em outras palavras, os efeitos do tempo sobre os direitos devem ser previsíveis, ou confiáveis, no sentido de cognoscíveis *a priori* e calculáveis.²⁸⁹ A justiça como segurança exige a elaboração pelo legislador de regras claras e de fácil operabilidade, com tratamento isonômico de soluções equivalentes. Exige também que o julgador não tenha o poder de desconsiderar as regras legisladas, tomando-as como mera sugestão. Se há problemas – são muitos como veremos –, estes devem ser resolvidos dentro do quadro do direito posto, com avanços doutrinários e jurisprudenciais, e, se isso não for possível, as soluções devem advir da instância política, com ressystematização. Em sociedades democráticas, não há que se temer o liberalismo político.

Portanto, as considerações que faremos ao longo do trabalho, sobre a justiça das regras de preclusão temporal têm em consideração esse papel da doutrina no campo político-legislativo. Nossa proposta não envolve a desconsideração das regras legisladas pelos julgadores, mas a sua mudança mediante o processo político adequado.

as instâncias inferiores. Há tantas normas quantos são os intérpretes” (CAMPOS, R. *Na Virada do Milênio: Ensaio*. 2. ed. Campinas: Topbooks, 1999, p. 450). No mesmo sentido, vide CARNELUTTI, 1956, p. 1990.

²⁸⁹ Sobre a calculabilidade, previsibilidade e confiabilidade como notas da segurança jurídica, vide ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

PARTE II

PRESCRIÇÃO E SEUS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

A adoção legislativa da ideia de prescritibilidade da pretensão traz desafios diversos. Se há compromisso efetivo com a segurança, deve haver critérios claros e simples para traçar as distinções entre o próprio direito, a pretensão e a ação. Sob um cenário em que se multiplicam as soluções teóricas e práticas, as partes deixam de ter certeza sobre como proceder na esfera privada.

Com isso, é legítimo que se pergunte sobre a operabilidade do conceito de prescritibilidade da pretensão. Essa não é uma questão nova. Claudio Luiz Bueno de Godoy destaca que o tema vivia sob intensas dificuldades sob o regime do Código Civil de 1916. O intérprete estava em situação de constante dúvida, sem saber se estava diante de decadência ou de prescrição e, além disso, não tinha certeza sobre quais regras eram aplicáveis a cada caso.²⁹⁰

Ciente dessas dificuldades, Miguel Reale, responsável pela comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do CC/2002, destacava que o direito “é feito para ser aplicado; é para ser operado”. Essa qualidade não se encontra, na prática, quando há “divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra”. Por isso, o professor paulista considerava necessário que tanto a norma como os conceitos tenham operabilidade “a fim de evitar uma série de equívocos e de dificuldades, que [então] entravam a vida do Código Civil [de 1916]”.²⁹¹

²⁹⁰ GODOY, 2005, p. 15.

²⁹¹ Miguel Reale exemplifica o que considera ser defeito de operabilidade justamente com o problema da distinção da prescrição e da decadência, expondo os motivos que levaram a comissão de juristas a bem separar os conceitos. “Darei apenas um exemplo. Quem é que, no Direito Civil brasileiro ou estrangeiro, até hoje, soube fazer uma distinção nítida e fora de dúvida, entre prescrição e decadência? Há as teorias mais cerebrinas e bizantinas para se distinguir uma coisa de outra. Devido a esse contraste de idéias, assisti, uma vez, perplexo, num mesmo mês, a um Tribunal de São Paulo negar uma apelação interposta por mim e outros advogados, porque entendia que o nosso direito estava extinto por força de decadência; e, poucas semanas depois, ganhávamos, numa outra Câmara, por entender-se que o prazo era de prescrição, que havia sido interrompido! Por isso, o homem comum olha o Tribunal e fica perplexo. Ora, quisemos pôr um termo a essa perplexidade, de maneira prática, porque o simples é o sinal da verdade, e não o bizantino e o complicado. Preferimos, por tais motivos, reunir as normas prescricionais, todas elas, enumerando-as na Parte Geral do Código. Não haverá dúvida nenhuma: ou figura no artigo que rege as prescrições, ou então se trata de decadência. Casos de decadência não figuram na Parte Geral, a não ser em cinco ou seis hipóteses em que cabia prevê-la, logo após, ou melhor, como complemento do artigo em que era, especificamente, aplicável. Qual é o tratamento dado à decadência? Há, por exemplo, o direito do doador de revogar a doação feita, por ingratidão. Aí, o prazo é tipicamente de decadência. E então a norma vem acoplada à outra: a norma de operabilidade está jungida ao direito material. Como se vê, cada norma de decadência está acoplada ao preceito cuja decadência deve ser decretada. De maneira que, com isso, não há mais possibilidade de alarmantes contradições jurisprudenciais. O critério da operabilidade leva-nos, às vezes, a forçarmos um pouco, digamos assim, os aspectos teóricos. Vou dar um exemplo, para mostrar que prevalece, às vezes, o elemento de operabilidade sobre o elemento

Se era objetivo do legislador de 2002 atribuir maior operabilidade aos institutos sob análise, é legítimo avaliar se esse objetivo foi alcançado. Sob essa perspectiva, propõe-se examinar, mais especificamente, se é útil e operável a construção teórica sobre a prescrição da pretensão. A essa investigação, dedica-se a segunda parte deste trabalho.

Para tanto, colocar-nos-emos a avaliar as críticas que a doutrina apresenta ao art. 189, do CC/2002. Investigaremos, nesse contexto, se pode haver pretensões autônomas, isto é, que não surjam da violação de um direito, tal como proposto no texto legal. A seguir, avaliaremos se o decurso do tempo, por si só, extingue a pretensão ou se a contém, bem como se é de se esperar até que seja aventada a exceção. Essa investigação leva-nos, necessariamente, a ponderar as consequências daí extraídas, notadamente quanto à cognoscibilidade de ofício da prescrição e quanto ao direito intertemporal que lhe é aplicado.

Superada essa análise, dedicaremos o capítulo 4 a um breve olhar sobre a doutrina estrangeira naqueles países que prestigiaram a prescrição como forma de extinção do direito, e não como forma de extinção da pretensão. Teremos em perspectiva a situação da Itália e de Portugal, para avaliar se a prescritibilidade do direito pode trazer algum resultado positivo.

No capítulo 5, teremos em vista a limitação temporal de certas relações processuais, sem nos afastarmos do direito privado material. As soluções processuais impõem um difícil diálogo ao direito material e a sua opção teórica pela prescritibilidade da pretensão. Nesse cenário, cabe investigar alguns problemas que possam ilustrar essas dificuldades.

Superada essa camada de análises, o estudo terá em consideração, no capítulo 6, uma outra ordem de problemas, notadamente a possibilidade da existência de diversas pretensões a partir de uma mesma situação. Isso só é possível se compreendermos o conteúdo da pretensão e sua abrangência.

Em uma etapa posterior, que envolve os capítulos 7 e 8, a pesquisa tratará do momento do surgimento da pretensão, investigando a forma de cômputo dos prazos, a razoabilidade destes e a situação das pretensões perpétuas.

puramente teórico-formal. Qual é o prazo de responsabilidade de um construtor, pela obra que ele entregou, numa empreitada de material e de labor, ou seja, de mão-de-obra e com fornecimento de material? É um prazo de cinco anos – um prazo extenso. Porém estabelecemos que, não obstante a aparência de uma norma prescritiva, ela devia ser colocada como norma de decadência, para que não houvesse dúvida na jurisprudência, nem dúvida na responsabilidade, quer do proprietário, quer do empresário, um a exigir uma responsabilidade, outro a fazer face àquilo que assumiu como obrigação contratual” (REALE, M. *Visão geral do projeto de Código Civil*. [s.d.]. Disponível em: <<https://bit.ly/37i9XRg>>. Acesso em: 12 maio 2018).

Das situações particulares a serem analisadas, espera-se concluir que os conceitos formulados há décadas para ação, pretensão, prescrição e decadência encontrem dificuldades de manejo em um contexto completamente diferente do qual foram criados. O passar do tempo também faz com que as ideias desbotem de seu vigor original, dificultando sua aplicação segura.

CAPÍTULO 3

CRÍTICAS À REDAÇÃO DO ART. 189, CC/2002

Como destacado anteriormente, a doutrina dedicou pouca atenção aos estudos da prescrição e da decadência desde o advento do CC/2002, situação que começa ser revertida. As observações quanto às soluções legais são, em regra, elogiosas. De toda forma, duas críticas são apresentadas à redação do art. 189, do CC/2002, em pontos que se afastou do art. 194, I, do Código Civil alemão.²⁹² Em primeiro lugar, diz-se que há pretensões sem violação de direito. Em segundo lugar, diz-se que a prescrição não extingue a pretensão. Uma terceira crítica desponta mais recentemente, segundo a qual, a despeito de seus esforços, o legislador manteve um sistema complexo, com um prazo geral e numerosas hipóteses específicas que exigem esforço de coordenação.²⁹³

Dedicaremos este capítulo a analisar as duas primeiras críticas, que são endereçadas ao art. 189, CC/2002. O problema da complexidade será melhor discutido no capítulo 5 a seguir.

§9. Pretensões autônomas

O art. 189, do CC/2002, ao estabelecer que a pretensão nasce com o direito violado, claramente a tomou como poder jurídico, e não mera exigência fática. A exigência fática, para existir, deve ser praticada por alguém e, logicamente, não pode ser obstada nem extinta, na exata medida em que o “ser” não se confunde com o “dever ser”.²⁹⁴ O credor pode, antes

²⁹² §194. “*Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung*”. Em tradução livre, “o direito de exigir de outrem um fazer ou não fazer (pretensão) sujeita-se à prescrição”.

²⁹³ “Como se disse na primeira linha desse estudo, a prescrição tem seus pés fincados na segurança jurídica. Não casualmente, o esforço legislativo geral e 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 1916; e (ii) as cumula, 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. 2.947); 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 restitutoria de pagamento indevido (CC, art. 876 e ss)” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 20).

²⁹⁴ Sobre a diferença entre ser e dever ser, vide HUME, D. *Investigações sobre o entendimento humano*. São Paulo: UNESP, 2004; POPPER, K. R. *The Open Society and its Enemies*. Single Volume. Princeton: Princeton

do vencimento, praticar um ato de exigência, e o fará ilícitamente. De igual modo, pode exigir após o vencimento do prazo prescricional, fazendo de modo irregular.

Deve-se perguntar, no entanto, se essa construção legal é adequada. Note-se, de antemão, que o art. 194, I, do Código Civil alemão, não se vale de forma semelhante, limitando-se a afirmar que o direito de demandar que outra pessoa faça ou deixe de fazer um ato (pretensão) sujeita-se à prescrição.²⁹⁵

A esse respeito, surgiram na doutrina duas correntes sobre o tema. Passou-se a discutir se a pretensão nasce com a violação do direito, como propunha August Thon, ou se, ao contrário, é coetânea ao surgimento do direito subjetivo, como defendeu Levi.

Para Thon, o direito subjetivo representa apenas uma promessa de tutela ou promessa de pretensão, que só se torna eficaz com a ofensa ao direito.²⁹⁶ Assim, o direito pode eventualmente retirar os impedimentos existentes para que o particular procure satisfazer-se diretamente às custas do devedor – tolerando a justiça privada ou, o que é mais comum, autorizando que sua satisfação seja buscada por meio do poder judiciário.²⁹⁷ De todo modo, o titular de um direito só é autorizado a buscar satisfazer-se quando o estado de fato atual não corresponde a seu direito, vale dizer, a pretensão tem a ilicitude como pressuposto.²⁹⁸ Consequentemente, o curso da prescrição também pressupõe essa ilicitude.

Para Alessandro Levi, a esfera individual de livre atuação lícita é marcada pelo direito subjetivo. O autor italiano enfatiza a noção de *facultas agendi* como discricionariedade no uso de faculdades ou de pretensões – as primeiras adstritas aos efeitos internos da relação jurídica e as últimas voltadas para as relações intersubjetivas. Sob esses pressupostos, não se concebe direito subjetivo sem possibilidade de agir contra terceiros, o

University Press, 2013; KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 12 e ss). Assim, não podemos concordar com José Carlos Barbosa Moreira que aduz ser possível ler nesse dispositivo a expressão ‘pretensão’ no sentido de simples exigência fática” (BARBOSA MOREIRA, 2002a, p. 71).

²⁹⁵ “Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung”.

²⁹⁶ “La caratteristica del diritto soggettivo privato è da ricercarsi in ciò, che al (soggetto) tutelato dalle norme in caso di trasgressione delle stesse viene promessa una pretesa privata allo scopo di realizzare il fine dalle stesse perseguito” (THON, 1951, p. 219).

²⁹⁷ Para Thon, a ação nasce com a pretensão e é uma de suas espécies. Mas “l’espressione ‘diritto di azione’ (‘klagerecht’) non esaurisce il concetto della pretesa; la pretesa può manifestarsi anche in un’altra maniera come nella liceità d’agire (im Klagendurfen) e nel potere di agire (Klagenkonnen)” (Idem, p. 242-243).

²⁹⁸ (Idem, p. 241). No mesmo sentido, vide ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, 1981, p. 969. Chironi afirmava que a prescrição trintenária do Código Civil italiano de 1865 se inicia com a violação do direito e, nas obrigações, quando se torna exigível o direito (CHIRONI, 1888, p. 173).

que seria no seu sentir, não um direito, mas mera promessa de proteção jurisdicional caso venha a haver conflito.²⁹⁹

Parece-nos adequada uma solução intermediária, que visualize, em cada situação concreta, as pretensões que eventualmente nascem com os direitos e outras que nasçam com sua violação.

Entre os autores nacionais, o tema não ganha grande destaque, embora seja de fundamental importância para entender a dinâmica da prescrição. Agnelo Amorim Filho em seu texto de 1961 já argumentava que pode haver pretensão sem ofensa ao direito, como na hipótese das dívidas a prazo sem local de pagamento, quando, vencida a dívida, o credor não procura o devedor para haver o pagamento e este, por sua vez, não se nega a pagar. Este exemplo, no seu entender, demonstra que, vencida a dívida, tem-se exigibilidade sem violação de direito.³⁰⁰

José Carlos Moreira Alves, encarregado na Comissão de Juristas por elaborar a Parte Geral do Anteprojeto do Código Civil, afirma que a legislação inspirou-se nas lições de Savigny e Pugliese, para indicar que “Windscheid, ao conceber a pretensão (*anspruch*), nada mais fez do que dar a denominação de pretensão ao que Savigny chamava ação em sentido material”.³⁰¹ Por isso, autores mais modernos, como André Fontes, enfatizam que a pretensão nasce com a lesão.³⁰²

Afastamo-nos dessa linha de pensamento. Em primeiro lugar porque, como procuramos destacar anteriormente, Windscheid não seguiu a noção de ação proposta por Savigny. Pugliese tampouco abraça a noção de pretensão.³⁰³ No que é mais relevante, a solução mais coerente com o nosso sistema é certamente o reconhecimento de pretensões autônomas, independentemente de violação de direito subjetivo.

No sistema legal brasileiro, cabe ao credor exigir o pagamento, pois vale para nós, no silêncio das partes, o caráter quesível das obrigações. Nos termos do art. 327, CC/2002, “efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”.³⁰⁴ De modo análogo, quando não há termo certo, cabe ao credor constituir

²⁹⁹ LEVI, 1967, p. 280-292. Sobre o tema, *vide* FONTES, 2002, p. 19.

³⁰⁰ AMORIM FILHO, 1961, p. 109.

³⁰¹ MOREIRA ALVES, 2003, p. 157.

³⁰² FONTES, 2002, p. 135. No direito lusitano, *vide* ASCENSÃO, 2010b, p. 259.

³⁰³ *Vide* § 14 abaixo.

³⁰⁴ O art. 241, 1, do BGB, de modo análogo estabelece que “*kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen*

o devedor em mora, interpelando-o.³⁰⁵ Essas regras demonstram que, antes de qualquer conduta do devedor, nasce o poder de exigir e, com a mesma precedência, ocorre a exigência lícita da prestação. A bem da verdade, o direito subjetivo só é violado quando há obrigação portátil a termo certo, pois nesse contexto a omissão do devedor significa a violação do direito de crédito, situação em que o devedor encontra-se automaticamente em mora.

De um modo mais amplo, deve-se reconhecer, de qualquer forma, que existem pretensões autônomas nas abstenções e nas ameaças a direito. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, assegura, como direito fundamental, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.³⁰⁶ Isso significa que o titular de um direito material qualquer detém meios processuais para corrigir lesões efetivas ou potenciais, que legitimamente receie ocorrer. Dito de outra forma, o titular de um direito, antes da sua lesão, pode exercer no campo do direito material a pretensão contra o particular que lhe ameace.³⁰⁷ Tome-se, por exemplo, a situação dos direitos de personalidade que autorizam o seu titular, não só a buscar a reparação pelos danos causados, mas também a obter tutelas inibitórias contra ameaça de lesão.³⁰⁸ O mesmo ocorre também nos interditos proibitórios.³⁰⁹

bestehen”. Tradução livre: Por força das obrigações, o credor pode exigir a prestação do devedor. A prestação pode consistir em não fazer.

³⁰⁵ Art. 397, parágrafo único, CC/2002: “Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”.

³⁰⁶ Para um retrospecto histórico das ações de abstenção nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, vide PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 186-188.

³⁰⁷ Como destaca José Carlos Barbosa Moreira, a pretensão à abstenção “é anterior a qualquer ato lesivo, o qual talvez jamais ocorra” (BARBOSA MOREIRA, 2002a, p. 71). E complementa: “Sem dúvida, praticado que seja ato lesivo, nasce para o infrator uma obrigação, v.g., a de restituir a coisa subtraída, ou de ressarcir o dano por ela sofrido. Aí, contudo, já se está diante de outra pretensão. Não parece de bom alvitre confundir as duas figuras, ou reduzi-las a uma única” (*idem*, p. 72). Com razão, Rodrigo Xavier Leonardo afirma que, “se a pretensão só surge com a violação do direito subjetivo, inexistiriam as pretensões inibitórias, destinadas a exigir uma prestação hábil a evitar a violação do direito e, até mesmo, a prática do ato ilícito por outrem” (LEONARDO, R. X. A prescrição no Direito Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 51, p. 101-120, 2010).

³⁰⁸ “Pretendeu-se que a pretensão a que outrem não faça seria desprovida de ação. Às *obligationes in non faciendo* não corresponderia ação de abstenção. A ciência pôs fora essas dúvidas e a existência de ações como a ação cominatória para abstenção e a ação para execução para se cumprir a condenação à abstenção é significativa” (PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 151) E, em outro trecho, ao tratar da “pretensão à abstenção”, esclarece: “A ação de abstenção pode ser usada para os direitos absolutos e para os direitos relativos, bem como para os direitos a não ser molestado, ainda que não subjetivados. A ação de abstenção pode ser de presente, ou de futuro. Nada obsta a que, havendo razões para temor de não cumprimento da obrigação ainda por nascer, com base no crédito se exerça a ação de abstenção como ação de prestação futura, isto é para a omissão quando a pretensão surgir (...)” (*idem*, p. 188). Há pretensão de abstenção diante de lesões concretas, que deixamos não se repitam, ou diante de simples ameaça. No primeiro caso, a abstenção prescreveria “como a ação civil do delito. No segundo caso, “se a ação, que se quer propor, é a de cominação por ameaça (e não para se evitar repetição), [a pretensão] dura enquanto há o direito e a ameaça” (*idem*, p. 192).

³⁰⁹ COSTA FILHO, 2015, p. 87.

Diz-se, em defesa da solução positivada, que é possível imaginar que a regra tenha sido assim redigida apenas porque as pretensões que surgem sem ofensa a direito não estão sujeitas à prescrição. Gustavo Tepedino, Heloísa Barboza e Maria Celina Moraes, por exemplo, destacam que “as pretensões que prescindem da violação de direito não dão ensejo à prescrição, que só surge com a violação”.³¹⁰ Essa solução, parece-nos, está inspirada naquilo que já lecionava Câmara Leal décadas antes. Ainda se utilizando da expressão “ação”, ensinava o ilustre tratadista que “são prescritíveis todas as ações que têm por fim defender o direito do titular contra as modificações por ele sofridas em virtude de um fato posterior ao seu nascimento [...] E esse fato, de que nasce a ação do titular, é o ponto de partida da inércia deste, do qual começa a correr a prescrição”.³¹¹

A respeito do direito tedesco, Zimmermann critica a redação do §199, V, do BGB, que regula o tema das pretensões de abstenção. Essa regra estabelece que, se uma parte pode requerer da outra uma abstenção; da data do descumprimento conta-se a prescrição.³¹² O professor alemão enfatiza que a regra estabelece algo óbvio: a pretensão já existe e é exigível antes do descumprimento, não podendo considerar a data de seu nascimento como o termo inicial. No entanto, antes do descumprimento não há motivos práticos para que corra a prescrição, pois a pretensão está sendo atendida. No seu entender, a prescrição não corre desde quando ela surge, mas apenas desde sua ofensa, razão pela qual considera mais adequada a redação do art. 14:203(2), do PECL.³¹³

É necessário reconhecer, no entanto, que há alguma imprecisão nesse raciocínio. Cessada a ameaça a um direito, atende-se à pretensão de abstenção, que é satisfeita. Essa situação não pode ser logicamente equiparada àquela em que a pretensão existe e pode ser exercida a qualquer tempo, por ser perpétua e imprescritível.

Nesse tópico, ainda se faz necessário voltar olhos à lição de Larenz, que trata de pretensões autônomas e derivadas.³¹⁴ O professor da Universidade de Munique indicava que

³¹⁰ TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2011, v. 1, p. 355.

³¹¹ CÂMARA LEAL, 1978, p. 38.

³¹² “*Whether in cases of a continuing obligation to refrain from doing something the period of prescription commences, once and for all, with the first act of contravention, or with new act of contravention*” (ZIMMERMANN, 2010, p. 141).

³¹³ Art. 14:203, DCFR: Commencement. (1) *The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim. (2) Where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation. (3) The period of prescription set out in Article 14:202 begins to run from the time when the judgment or arbitral award obtains the effect of res judicata, or the other instrument becomes enforceable, though not before the debtor has to effect performance.*

³¹⁴ LARENZ, 1978, p. 317-318.

as pretensões independentes são aquelas que não se referem a outro direito que lhe preceda e a qual possa servir, subsistindo por si só e representando um valor econômico independente. Dentre essas, destaca os créditos e as pretensões de direito de família. Por outro lado, há pretensões cuja função é salvaguardar outro direito de caráter absoluto, como os direitos de personalidade e de propriedade.

Embora sua lição seja coincidente com o que defendemos aqui, suas premissas são muito diversas. O que leva Larenz a tratar das pretensões autônomas é a semelhança entre estas e o crédito. Nós, por outro lado, procuramos traçar diferenças claras entre os institutos. A pretensão, nos direitos obrigacionais, é vinculada ao crédito que lhe antecede, mas não se confunde com este.

Assim, em conclusão parcial, conquanto sejam muitos os defensores da solução positivada no art. 189, CC/2002, há pretensões que surgem sem violação de direito e, desse modo, o ordenamento jurídico nacional deveria ter adotado uma construção menos comprometida com uma das vertentes teóricas do problema, tal como fez o BGB.

§10. Extinção da pretensão

O art. 189, CC/2002, é expresso ao afirmar que a pretensão se extingue com a prescrição. A interpretação mais literal dessa regra denota que, com a passagem do tempo, extingue-se a pretensão automaticamente. A redação do dispositivo faz jus, portanto, à noção de “prescrição extintiva”.

Se tomarmos em consideração a classificação proposta por Zimmermann,³¹⁵ o legislador brasileiro optou pelo efeito forte da prescrição, que extingue de plano a pretensão, tal como ocorre na África do Sul,³¹⁶ Áustria,³¹⁷ França³¹⁸ e Itália.³¹⁹ Evitou-se a solução

³¹⁵ ZIMMERMANN, R. *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*. Cambridge: Cambridge U. Press, 2002, p. 72.

³¹⁶ Art. 10, 1, Prescription Act n 68 of 1969. “*Subject to the provisions of this Chapter and of Chapter IV, a debt shall be extinguished by prescription after the lapse of the period which in terms of the relevant law applies in respect of the prescription of such debt*”.

³¹⁷ § 1449, ABGB. “*Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen auch durch den Verlauf der Zeit, worauf sie durch einen letzten Willen, Vertrag, richterlichen Ausspruch, oder durch das Gesetz beschränkt sind. Auf welche Art sie durch die von dem Gesetze bestimmte Verjährung aufgehoben werden, wird in dem folgenden Hauptstücke festgesetzt*”. Em tradução livre da primeira parte do artigo: Os direitos e obrigações também se extinguem pela passagem do tempo, os quais são limitados por última vontade, contrato, ordem judicial ou por lei. A maneira pela qual eles são extintos pela prescrição é declarada nos seguintes parágrafos principais.

³¹⁸ Art. 2219, CCF. “*La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps*”.

³¹⁹ Art. 2934, CCI/1942. “*Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge*”.

fraca, segundo a qual a prescrição apenas dá ao devedor a faculdade de apresentar uma exceção meramente paralisante, como ocorre na Alemanha,³²⁰ Argentina,³²¹ na Holanda e no “Principles of European Contract Law”.³²²

Deve-se reconhecer, no entanto, que a classificação acima proposta tem significado teórico.³²³ No direito estrangeiro, a maior parte dos países, independentemente de buscarem a solução fraca ou forte, impuseram regras que proíbem o conhecimento de ofício da prescrição³²⁴ e a repetição do que foi pago após o esgotamento da pretensão. De fato, o Código Civil de 2002, apesar de frisar que a prescrição extingue a pretensão, vedava seu conhecimento de ofício até que o art. 194³²⁵ fosse revogado pela Lei nº 11.280, de 2006.

De qualquer modo, do ponto de vista doutrinário, na Alemanha já se via há séculos uma disputa entre as teorias extintiva e do impedimento. Augusto Thon se opunha, com plena convicção, à teoria da pretensão meramente encoberta, para destacar que a pretensão sujeita a uma exceção não é impedida, mas extinta.³²⁶

Surpreende que a solução legislada tenha tomado partido na disputa, sobretudo para se afastar daquilo que até então a doutrina pátria enfatizava. A solução do Código Civil de 2002 destoa, por exemplo, do que há muito vinha sendo afirmado por Pontes de Miranda, para quem a prescrição, como exceção, não extinguiria a pretensão, porém a neutralizaria, impedindo que seus efeitos atingissem o devedor.³²⁷

Com isso, a doutrina contemporânea critica a redação desse dispositivo. José Carlos Barbosa Moreira afirmava que, se houvesse de fato extinção da pretensão por força da

³²⁰ §214, 1, BGB. *Nach Eintritt der Verjährung ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern.* (Em tradução livre: Após a ocorrência da prescrição, o devedor pode recusar o adimplemento).

³²¹ Art. 2551, CCA/2015. “*La prescripción puede ser articulada por vía de acción o de excepción*”.

³²² Tanto assim que Zimmermann prefere usar a expressão “prescrição liberatória”, em lugar de extintiva, para retratar o que aí se passa (ZIMMERMANN, 2010, p. 123).

³²³ ZIMMERMANN, 2002, p. 74.

³²⁴ Conf. mencionado no § 11 abaixo. *Vide*, art. 17, 1, do Prescription Act n 68 of 1969 da África do Sul, § 214, BGB, §1501, ABGB, art. 2938, do Codice Civile italiano, art. 2552 do Código Civil argentino, art. 2247, do Code Civil. Para o Código Civil italiano de 1865, a solução era a mesma, conf. CHIRONI, 1888, p. 173.

³²⁵ Art. 194, CC/2002. “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”

³²⁶ “*La pretensa soggetta ad eccezione è, non una pretensa impedita, bensì una pretensa non mai nata oppure estinta*” (THON, 1951, p. 250). No Brasil, Pontes de Miranda é difusor dessa solução, chamando-a encobrimento da pretensão (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado: Parte Geral. Tomo VI. Atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilmar Quarch e Jefferson Carús Guedes.* São Paulo: RT, 2013b, p. 605, §718). No mesmo sentido, *vide* SIMÃO, 2013, p. 193.

³²⁷ FARIAS, C. C.; BRAGA NETTO, F.; ROSENVALD, N. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 2. ed.* São Paulo: Saraiva, 2017, p. 426. No direito Alemão, a afastar a extinção, *vide* LARENZ, 1978, p. 339.. Em sentido ligeiramente diverso: “A prescrição, portanto, extingue a pretensão, e não o direito. O fato jurídico que gerou tal direito permanece no mundo jurídico, e continua no plano da existência e da validade (se se tratar de atos jurídicos). Somente a eficácia é que resta obstada, ou (na linguagem de Pontes de Miranda) ‘encoberta’. O direito, portanto, continua existindo, mas encontra-se ‘enconberto’ pelo manto da prescrição, que foi tecido nas tramas do tempo” (COSTA FILHO, 2015, p. 88).

prescrição, o julgador estaria obrigado a dela conhecer de ofício, pois não poderia acolher algo não mais existente.³²⁸ Assim, o autor não perde o poder de exigir e, se o faz, sem enfrentar exceção, “caberá ao juiz, se provado o fato constitutivo, e na ausência de fato impeditivo ou extintivo, dar pela procedência do pedido e condenar o réu à prestação devida”.³²⁹

Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes veem aí a mesma dificuldade, mas, mesmo sob um cenário legal que permitia a iniciativa judicial no reconhecimento da prescrição, concluíram que é “melhor afirmar, portanto, que a prescrição possibilita ao devedor extinguir a pretensão, embora nem sempre a fulmine (isto é, opera no plano da eficácia e reprime os efeitos da pretensão)”.³³⁰

Esse embate, de forma curiosa, assemelha-se àquele que existia quando se discutia se a prescrição atingia o próprio direito ou apenas a ação. Só que atualmente o objeto da discussão está na própria pretensão, em saber se ela é encoberta ou propriamente extinta. De qualquer maneira, como a prescrição atinge a pretensão apenas, sem extinguir o crédito, a discussão perde muito de sua importância. No que é relevante, permanece o crédito, o que, como dissemos, serve de base para justificar a validade do pagamento feito *a posteriori*.

Os autores que contestam a solução legal têm em seu favor o peso da tradição, mas parecem estar preocupados demasiadamente com os aspectos processuais da prescrição, vale dizer com sua cognoscibilidade *ex officio*, dos quais trataremos a seguir.³³¹ Entretanto, suas premissas não são absolutamente íntegras.

Sob o sistema pátrio, a prescrição produz automaticamente seus efeitos sobre a pretensão, extinguindo-a. Com o decurso do tempo, finda o poder-exigir e nasce, para a contraparte, a faculdade de se opor, isto é, de aventar em sua defesa a prescrição, que pode ser, de fato, exercida ou não.

A doutrina equivocadamente descola-se dos preceitos legais e da praxe judicial, criando solução assistemática ao asseverar que a pretensão, apesar do decurso de seu prazo, continua a existir, podendo ser, ou não, contida pela exceção de prescrição. Para demonstrar esse desvio, basta constatar que as exigências extemporâneas de satisfação do crédito são consideradas como condutas ilícitas.³³² Não é lícito que, após a prescrição, o credor valha-

³²⁸ BARBOSA MOREIRA, 2002a, p. 74. Em sentido análogo, SIMÃO, 2013, p. 193.

³²⁹ *Idem*, p. 74-75.

³³⁰ TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2011, p. 356.

³³¹ § 11 abaixo.

³³² Veja, por exemplo, os seguintes precedentes: “2. O propósito recursal reside em definir se o protesto de nota promissória prescrita foi ilegal, a ensejar dano moral indenizável. 3. O protesto cambial apresenta, por

se de procedimentos quaisquer de cobrança. Se o faz, expondo a honra do devedor, deve reparar os danos morais que vier a causar. Mais especificamente, se o credor leva a protesto uma dívida prescrita, sujeita-se à reparação de danos, porque sua conduta é desde sempre ilícita. Não se exige, de modo algum, que o devedor valha-se da exceção prescricional, para que, só então, a conduta seja considerada ilícita. A ausência de exceção de prescrição é irrelevante e não impede que se considerem essas práticas ilícitas.

É verdade que o titular de pretensão prescrita pode postular em juízo sua satisfação, mas essa possibilidade existe por conta do direito processual de ação e da inafastabilidade do controle judicial. De modo análogo, o credor de dívida de jogo de azar pode postulá-la em juízo e, se o faz, isso não se deve à pretensão. Assim, se o autor demandou em juízo, sem exposição da honra do devedor, não se sujeitará a reparar quaisquer danos morais, conquanto

excelência, natureza probante, tendo por finalidade precípua servir como meio de prova da falta ou recusa do aceite ou do pagamento de título de crédito. 4. De acordo com o disposto no art. 1º da Lei 9.492/97 ("Lei do Protesto Notarial"), são habilitados ao protesto extrajudicial os títulos de crédito e "outros documentos de dívida", entendidos estes como instrumentos que caracterizem prova escrita de obrigação pecuniária líquida, certa e exigível, ou seja, documentos que propiciem o manejo da ação de execução. 5. Especificamente quanto à nota promissória, o apontamento a protesto por falta de pagamento mostra-se viável dentro do prazo da execução cambial – que é de 3 (três) anos a contar do vencimento –, desde que indicados os devedores principais (subscritor e seus avalistas). 6. Na hipótese dos autos, o protesto da nota promissória revela-se irregular, pois efetivado quase 9 (nove) anos após a data de vencimento do título. 7. Cuidando-se de protesto irregular de título de crédito, o reconhecimento do dano moral está atrelado à ideia do abalo do crédito causado pela publicidade do ato notarial, que, naturalmente, faz associar ao devedor a pecha de "mau pagador" perante a praça. Todavia, na hipótese em que o protesto é irregular por estar prescrita a pretensão executória do credor, é necessário perquirir sobre a existência de vias alternativas para a cobrança da dívida consubstanciada no título. 8. Nesse contexto, se ao credor remanescem ações outras que não a execução para a exigência do crédito, o devedor permanece responsável pelo pagamento, não havendo se falar em abalo de sua credibilidade financeira pelo protesto extemporâneo. 9. Por outro lado, quando exauridos os meios legais de cobrança da dívida subjacente ao título, o protesto pelo portador configura verdadeiro abuso de direito, pois visa tão somente a constranger o devedor ao pagamento de obrigação inexigível judicialmente. O protesto, nessa hipótese, se mostra inócuo a qualquer de seus efeitos legítimos, servindo, apenas, para pressionar o devedor ao pagamento de obrigação natural (isto é, sem exigibilidade jurídica), pela ameaça do descrédito que o mercado associa ao nome de quem tem título protestado. 10. No particular, considerando que o protesto foi efetivado após o decurso dos prazos prescricionais de todas as ações judiciais possíveis para a persecução do crédito consubstanciado na nota promissória, é de rigor reconhecer o abuso de direito do credor, com a sua condenação ao pagamento de compensação por danos morais” (STJ, REsp 1639470/RO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 14/11/2017, DJe 20/11/2017). “7. Na hipótese dos autos, os protestos dos cheques foram irregulares, na medida em que efetivados cerca de 4 (quatro) anos após a data da emissão dos títulos. 8. Cuidando-se de protesto irregular de título de crédito, o reconhecimento do dano moral está atrelado à ideia do abalo do crédito causado pela publicidade do ato notarial, que, naturalmente, faz associar ao devedor a pecha de "mau pagador" perante a praça. 9. Todavia, na hipótese em que o protesto é irregular por estar prescrita a pretensão executória do credor, havendo, porém, vias alternativas para a cobrança da dívida consubstanciada no título, não há se falar em abalo de crédito, na medida em que o emitente permanece na condição de devedor, estando, de fato, impontual no pagamento. 10. Prescrita a ação executiva do cheque, assiste ao credor a faculdade de ajuizar a ação cambial por locupletamento ilícito, no prazo de 2 (dois) anos (art. 61 da Lei 7.357/85); ação de cobrança fundada na relação causal (art. 62 do mesmo diploma legal) e, ainda, ação monitória, no prazo de 5 (cinco) anos, nos termos da Súmula 503/STJ. 11. Nesse contexto, embora, no particular, tenham sido indevidos os protestos, pois extemporâneos, a dívida consubstanciada nos títulos permanecia hígida, não estando caracterizado, portanto, abalo de crédito apto a ensejar a caracterização do dano moral” (STJ, REsp 1677772/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 14/11/2017, DJe 20/11/2017).

sua conduta continue a ser ilícita. Se o titular de crédito exige judicialmente o pagamento, sem amparo numa pretensão em vigor, receberá sentença de improcedência, de ofício nas hipóteses legais e, nas demais, após a alegação do requerido. Será ele condenado em custas e honorários de sucumbência. Se fosse lícito ao titular de um direito subjetivo deduzir em juízo a pretensão, que, a depender da vontade do requerido poderia ser paralisada ou não, ele jamais poderia ser condenado por força de sucumbência. A causalidade deveria nos levar a flexibilizar essa condenação.

Não se pode ter como logicamente necessária a permanência da pretensão mesmo após a sentença que reconheceu a prescrição. A pretensão continuaria a existir como não poder-exigir, sem finalidade qualquer, sem ato ou fato que possa ressuscitá-la. A pretensão encoberta é uma alegoria despida de qualquer sentido prático.

Quando o devedor renuncia à prescrição de forma expressa ou tácita, ele, por ato seu, entrega a prestação a quem formulou exigência indevida, mas que era corretamente titular de um crédito.³³³ O pagamento não supõe a existência de uma pretensão.³³⁴ Não é por outro motivo que o devedor pode renunciar ao prazo estipulado em seu favor,³³⁵ e realizar o pagamento mesmo antes de ver a obrigação tornar-se exigível. Dito de forma mais específica, o pagamento é válido mesmo que nunca tenha havido pretensão e ainda que esta tenha sido extinta. Se o devedor paga após ver uma dívida prescrita apontada a protesto, o faz porque quer, e não porque haja exigência válida. Do mesmo modo, se vem a adimplir em juízo uma dívida prescrita, entrega o pagamento, mas não atende a uma pretensão existente.

Quando a doutrina assevera que a prescrição depende de ser alegada, toma erroneamente a sentença que a reconhece como ato judicial de eficácia desconstitutiva. Ao contrário, a pretensão já estava anteriormente extinta e a sentença apenas declara essa situação.³³⁶

³³³ A sentença de procedência daí advinda não pressupõe pretensão, tal como ocorre nas sentenças de procedência meramente declaratórias ou nas constitutivas.

³³⁴ Sem razão, portanto, Rodrigo Xavier Leonardo. “Se a prescrição extinguisse realmente a pretensão, fulminando-a em moldes peremptórios, a renúncia seria um ato jurídico capaz de conferir uma ressurreição daquilo que já foi extinto. Isso parece incoerente e sem sentido” (LEONARDO, 2010).

³³⁵ Sobre a natureza dos prazos, favoráveis ou não ao devedor, *vide* ESPÍNOLA, E. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, p. 279-281. v. II. tomo I.

³³⁶ É importante observar que, sendo tratada como prejudicial e mérito, a sentença não chega a avaliar se o autor, apesar da legitimidade, de fato tem o direito material ou o crédito que apontara. A sentença é de mérito porque afirma não haver pretensão no plano material. Em sentido análogo, *vide* BARBOSA MOREIRA, 2002a, p. 76.

Em outras palavras, os efeitos da prescrição sobre a pretensão não dependem de que a exceção seja, de fato, ventilada em juízo ou fora dele. A pretensão, como poder-exigir, extingue-se automaticamente com o decurso de seu prazo. Isso não significa que uma exigência de fato posterior à prescrição não possa ocorrer, e, quando existe, configura ato ilícito. Ao renunciar à prescrição e pagar dívida prescrita, o devedor satisfaz o crédito, não porque haja poder de exigir, mas porque voluntariamente desejou satisfazer o crédito.

Ademais, se a única função dos prazos prescricionais é criar, na esfera do devedor, exceções que, se manuseadas forem, contêm a pretensão, é porque todas as pretensões são perpétuas. Ora, se assim se passassem as coisas, também devemos admitir que as exceções, uma vez exercidas, contêm perpetuamente as pretensões eternas, mantendo os direitos sem utilidade de modo indeterminado.³³⁷ Ora, tal construção é meramente teórica e, sem servir a qualquer propósito prático, deve ser descartada.

§11. *Cognoscibilidade da prescrição*

Como decorrência da escolha por um sistema forte de prescrição, onde há extinção automática da pretensão, existem razões de sobra para que se admita a atuação judicial independentemente de a parte interessada aventar a exceção. As premissas traçadas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) não são incompatíveis, portanto, com o direito material.

Para melhor abordar esse tema, é necessário dar um passo atrás, revendo os conceitos aceitos pela doutrina. Como já ressaltado, é largamente aceita a noção de que a prescrição contemporânea, assim como a *longi temporis praescriptio*, é matéria que pode ser alegada, ou não, em defesa pelo devedor.

Diz-se, por isso, que há uma exceção de prescrição. Mas o que isso significa propriamente? Como reconhece Otávio Luiz Rodrigues Júnior, há grande imprecisão terminológica nesse campo, mesmo na Alemanha, país em que a discussão surge mais fortemente.³³⁸

³³⁷ Larenz parece defender a solução de uma exceção com efeitos perpétuos porque, como procuramos destacar, ele aproxima os conceitos de pretensão e de crédito, o que não é comum entre nós (LARENZ, 1978, p. 322).

³³⁸ Sobre o conceito de exceção no direito privado, *vide* RODRIGUES JUNIOR, O. L. Exceções no Direito Civil: um tema em busca de um autor? In: MIRANDA, D. G.; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. (Orgs.). *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 411-422. v. 1.

Sob a perspectiva processualista, mas de forma didática, Cândido Rangel Dinamarco identifica as seguintes espécies de defesas: *i*) diretas, que negam os fatos ou suas consequências jurídicas; *ii*) defesas indiretas, que aduzem fatos impeditivos modificativos ou extintivos; *iii*) materiais, que dizem respeito à relação jurídica existente entre as partes; ou *iv*) processuais, relativas a temas de processo civil exclusivamente.³³⁹ As exceções, em sentido estrito, são aquelas em que “o réu tem o ônus de alegar sob pena de o juiz ser proibido de conhecê-las”, podendo também serem materiais ou processuais. Por outro lado, “chamam-se objeções as defesas que o juiz pode e deve conhecê-las de ofício, embora tenham as partes a faculdade de formulá-las”.³⁴⁰

Tomando essa classificação em consideração, temos que exceção e objeção são conceitos antagônicos, referindo-se a uma circunstância processual exclusivamente, qual seja, a aptidão da defesa para ser conhecida de ofício pelo julgador. Sob essa perspectiva, o pagamento é uma defesa indireta, uma exceção propriamente dita, pois não pode ser conhecida de ofício. A compensação receberia o mesmo tratamento. A decadência legal é tema de objeção; a convencional, de exceção.³⁴¹

Contudo, o direito civil nem sempre está preocupado com este conceito. Desde o direito romano, diz-se que as exceções podem ser peremptórias, alegadas a qualquer tempo, ou dilatórias, que devem ser alegadas em determinado prazo.³⁴² No quadro atual, as expressões, eventualmente, são utilizadas em sentido ligeiramente distinto. Fala-se em exceções peremptórias, para indicar que elas afastam definitivamente a pretensão do autor; e nas exceções dilatórias, que podem ser superadas com uma correção promovida pelo autor.³⁴³

A doutrina ainda acrescenta que as exceções podem ser situações jurídicas autônomas ou dependentes. As exceções podem estar subordinadas a direitos anteriores, como a compensação, ou serem independentes, como seria o caso da própria prescrição.³⁴⁴ Quando se alega a compensação, a exceção decorre de um direito de crédito, que lhe dá substância. Quando se ventila a prescrição, não há uma situação jurídica anterior que dê amparo à exceção.

³³⁹ José de Oliveira Ascensão (2010b, p. 261) igualmente trata de exceções materiais e processuais.

³⁴⁰ DINAMARCO, 2009b, v. 2, p. 335.

³⁴¹ Art. 210, CC/2002. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

³⁴² Sobre a origem romana da *exceptio* no processo formulário romano, *vide* MOREIRA ALVES, 2014, p. 227.

³⁴³ Conferir WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 255. Nesse sentido, *vide* ainda ESPÍNOLA, 1938, p. 625; TUHR, 1934, Tomo 1, p. 19.

³⁴⁴ TUHR, 1934, p. 20-22; ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, 1981, p. 988.

Mas, por influência tedesca, há um sentido ainda mais forte para a ideia de exceção. Enneccerus, Kipp e Wolff afirmam que exceção, no sentido de direito privado, é o direito de uma pessoa de impedir, mediante oposição, o exercício de um direito que se volta contra ela, um contra-direito, que não suprime, mas suspende a eficácia daquilo que pretendem contra seu titular.³⁴⁵ Larenz destaca que, na Alemanha, prevalece a teoria de que são as exceções verdadeiros direitos potestativos, embora não lhe pareça ser essa a melhor solução.³⁴⁶

Depreende-se desse enquadramento teórico que o pagamento não é, no cenário alemão, uma exceção, visto que não representa um contradireito. O pagamento foi feito no passado, extinguiu o crédito, mas é algo que precisa ser alegado em juízo, para que dele tome ciência o julgador. Em outras palavras, o pagamento é defesa, não é conhecida de ofício, mas não recebe o sentido forte de exceção.

Com essas diferenciações, podemos analisar a natureza dos institutos que temos em consideração neste trabalho. A prescrição é instituto de direito material, não há dúvida,³⁴⁷ o que significa que pode ser veiculada em juízo ou fora dele. Mais que isso, indica-se que o tema é regulado pelo direito material, atingindo, conforme as diversas correntes anteriormente destacadas, o próprio direito ou a pretensão. Dessa maneira, ao reconhecer a prescrição, deve haver julgamento de mérito.

Já no direito francês pré-codificado, Pothier tratava da prescrição dentre as exceções peremptórias,³⁴⁸ ou seja, dentre as causas que, de modo definitivo e não transitório, “impedem o credor de ser admitido em juízo para exigir o seu crédito”.³⁴⁹ Mas, nesse ponto, o direito tedesco tem grande influência. Para os alemães, a prescrição é verdadeiro contradireito,³⁵⁰ que surge com o decurso do tempo e por meio do qual o devedor, ao manifestar-se, tem o poder-jurídico de atingir a esfera do credor para conter a pretensão. Von Tuhr destaca que a prescrição aproxima-se dos direitos potestativos desconstitutivos, com a diferença que estes extinguem e as exceções apenas paralisam.³⁵¹ Sob essa perspectiva, diz-

³⁴⁵ É o direito “*de una persona a impedir, mediante su oposición, el ejercicio de un derecho que se dirige contra ella. Es pues un contraderecho que no suprime el derecho contra el que se dirige, pero que lo suspende em virtude de efecto contrario, haciéndolo prácticamente ineficaz*” (ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, 1981, p. 988).

³⁴⁶ LARENZ, 1978, p. 325.

³⁴⁷ Os autores separam as exceções em materiais e processuais, incluindo a prescrição entre aquelas de cunho material, e não meramente processual (AMARAL, 2014, p. 621). Tratando a prescrição como exceção material, *vide* BARBOSA MOREIRA, 2002a, p. 75).

³⁴⁸ *Vide*, ainda, ANDRADE NEVES, 2019, p. 31-32.

³⁴⁹ POTHIER, 2001, p. 605.

³⁵⁰ A expressão pareceu-nos feliz e surge em LARENZ, 1978, p. 321.

³⁵¹ TUHR, 1934, p. 20-22.

se que “o réu, e não o autor, terá, de fato, o *poder* de valer-se da prescrição, deixando de cumprir sua obrigação, pois prescrição é matéria de defesa”.³⁵²

A exemplificar essa influência, tome-se a lição de Maria Helena Diniz, para quem a prescrição “não extingue o direito, gera a exceção, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão”.³⁵³ Júlio Gonzaga Andrade Neves também adota esse sentido forte para a exceção, aplicando-o à prescrição. Para ele, a prescrição é material e peremptória, ao que acrescenta a característica da autonomia, para enfatizar que essa exceção nasce por si só, sem conexão com a situação jurídica do excipiente.³⁵⁴ Sob essa perspectiva, a exceção de prescrição é a manifestação juridicamente vinculante que permite ao devedor não atender às cobranças que lhe são endereçadas.

Com isso, tem-se que, no sentido mais corrente da discussão, sob influência germânica, a prescrição é uma exceção porque ela exige uma declaração do devedor para que produza efeitos, não podendo ser conhecida de ofício. Dessa forma, também não pode ser conhecida de ofício pelo juiz.

Essa constatação permite-nos avaliar com mais vagar o tema da cognoscibilidade da prescrição, para, assim, extrair conclusões a respeito do direito pátrio. Argumenta-se que, de modo consentâneo com a natureza de contradireito, sob o Código Civil de 1916, o devedor poderia renunciar à prescrição, desde que esta já estivesse consumada (art. 161). Caso não houvesse renúncia, o devedor poderia aventá-la em qualquer instância (art. 162) e, por outro

³⁵² FIUZA e RIBEIRO, 2013, p. 215-234 (grifo do original).

³⁵³ DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

³⁵⁴ ANDRADE NEVES, 2019, p. 42. Para esclarecer esse ponto, tome-se a perspectiva processual inicialmente. Sob a perspectiva abstrata da ação, em que as preliminares são apreciadas ‘*in status assertionis*’, ou segundo aquilo que foi afirmado pelo autor, pode ocorrer que um determinado réu seja parte legítima para o processo, sem que, de fato, faça parte da relação material em disputa. Essa situação evidencia que a prescrição pode ser aventada, com sucesso, por quem não seja devedor, mas esteja sendo injustamente cobrado por dívida que não assumiu. Não se pode imaginar, portanto, que a prescrição nasça apenas para o devedor. Diversos países deixam essa particularidade expressa em sua legislação. Em particular, o art. 2534, 2ª parte, CCA/2015 dispõe que “*los acreedores y cualquier interesado pueden oponer la prescripción, aunque el obligado o propietario no la invoque o la renuncie*”. O art. 301, CCP/1966, estabelece que “a prescrição aproveita a todos os que dela possam tirar benefício, sem exceção dos incapazes. O art. 2939, CCI/1942, estabelece que “*la prescrizione può essere opposta dai creditori e da chiunque vi ha interesse, qualora la parte non la faccia valere. Può essere opposta anche se la parte vi ha rinunziato*”. O art. 1937, CCE, destaca que “*los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario*”. Assim, há sentido afirmar que a prescrição nasce independentemente da situação jurídica do requerido. Se tomarmos uma situação não processual, a situação se repete. Um terceiro não-interessado, como o pai, pode ser cobrado extrajudicialmente, pode renunciar a prescrição e pagar a dívida de seu filho por considerações morais. Ocorre que a suspensão da prescrição pode aproveitar a um devedor solidário, mas não a outro (art. 201, CC/2002). Isso sugere que, ao menos em algumas situações, há alguma correlação entre a situação jurídica particular do devedor e a possibilidade de aventar a exceção.

lado, o juiz não poderia “conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes” (art. 166).

Sob o Código Civil de 2002, a prescrição também é renunciável (art. 191), mas, se não for, pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição (art. 193). Estipulou-se que a prescrição não poderia ser conhecida de ofício, salvo em benefício de absolutamente incapaz (art. 194, em sua redação original).³⁵⁵ Diferentemente do que se viu em 1916, o Código Civil de 2002 suprimiu a referência a direitos patrimoniais.³⁵⁶

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) vigorava em razoável harmonia com essas premissas. Em sua redação original, estipulava que “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato” (art. 219, § 5º). Ocorre que a Lei nº 11.280, de 2006, buscou reverter a situação para que o juiz pudesse conhecer de ofício a prescrição. Para tanto, revogou-se o art. 194, do CC/2002. Por outro lado, o art. 219, § 5º, do CPC/1973 teve sua redação alterada, para determinar que o juiz deve³⁵⁷ pronunciar de ofício a prescrição. Por esse motivo, a doutrina passou a entender

³⁵⁵ Até a revogação pela Lei nº 11.280, de 2006, o art. 194, CC/2002, estabelecia que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. Na Itália, o art. 2938, Código Civil italiano, “*il giudice non può rilevare d’ufficio la prescrizione non opposta*”.

³⁵⁶ José Fernando Simão está de acordo com a mudança, pois considera que “toda prescrição se refere à pretensão; portanto, há um cunho patrimonial. Já a decadência, por extinguir direitos potestativos, não tem necessariamente cunho patrimonial” (SIMÃO, 2013, p. 235). Mas a verdade é que a pretensão que busca fazer cessar uma ofensa à honra, com a retirada de uma notícia falsa, por exemplo, não tem conteúdo patrimonial no seu sentido econômico.

³⁵⁷ Em precedentes recentes, o sentido desse dever tem sido aplacado. Ao enfrentar o problema de um julgamento que não reconheceu de ofício a prescrição, o STJ entendeu que isso não ensejaria a rescisão da sentença. Confira-se “1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em definir se é cabível o ajuizamento de ação rescisória, fundada na alegação de violação literal de lei especificamente dos arts. 206, § 5º, I do CC e 219, § 5º, do CPC/1973, que cuidam, respectivamente, da prescrição quinquenal da pretensão de cobrança de dívidas líquidas e da possibilidade de reconhecimento, de ofício, pelo juiz da prescrição, a despeito de a sentença rescidenda não ter esposado nenhum juízo de valor sobre a questão afeta à prescrição, sendo incontroverso que a parte que aproveitaria de seu reconhecimento (o ora insurgente) em momento algum dela cogitou. 2. A prescrição, compreendida como a perda da pretensão de exigir de alguém a realização de uma prestação, em virtude da fluência de prazo fixado em lei, tangencia, diretamente, como se pode perceber de sua definição, interesses adstritos exclusivamente às partes envolvidas. Isso porque a prescrição, refere-se a direitos subjetivos patrimoniais e relativos, na medida em que a correlata ação condenatória tem por finalidade obter, por meio da realização de uma prestação do demandado, a reparação dos prejuízos suportados em razão da violação do direito do autor. Não é por outra razão, aliás, que a prescrição, desde que consumada, comporta, à parte que a favoreça, sua renúncia, expressa ou tácita (ao contrário do que se dá com a decadência, que, diretamente, guarda em si, um interesse público). 2.1 Evidenciada a adstrição da prescrição aos interesses das partes e considerada a natureza dos direitos a que se refere, a possibilidade de o juiz dela conhecer, de ofício, tal como dispõe a lei adjetiva civil (de 1973, assim como a atual), refoge, em princípio, da lógica, e somente se justifica em nome da celeridade, efetividade e economia processual. 3. O fato de o magistrado não reconhecer, de ofício, a prescrição - incumbência que competia, necessariamente, à parte a que beneficiaria, caso quisesse valer-se da exceção substancial -, não redundaria na ofensa à literalidade do § 5º do art. 219 do CPC/1973, a subsidiar ação rescisória, com fulcro no art. 485, V, CPC/1973 (art. 966, V, CPC/2015), pois a norma processual não encerra ao juiz o dever de deliberar sobre a matéria de livre disposição das partes litigantes. 4. Se ao magistrado não se impõe o dever de se manifestar sobre a prescrição, embora seja a ele possível, sob o signo da celeridade processual, à parte que se beneficiaria com a sua declaração, ao contrário,

a prescrição como objeção, ou seja, defesa processual que, embora possa ser alegada pelas partes, deve ser conhecida de ofício pelo juiz.³⁵⁸

Ao analisar os debates então travados no Congresso Nacional, José Fernando Simão observou que a mudança visava a abreviar o trâmite dos litígios em juízo, inserindo-se no contexto de um grande conjunto de reformas processuais. Dessa forma, o referido professor destacava que “não se vislumbra nenhuma justificativa teórica para a mudança, que parece atender a fins eminentemente práticos”.³⁵⁹

Mais recentemente, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o sistema processual foi novamente alterado, partindo-se da premissa de que o juiz não deve surpreender as partes (art. 9º) e, com isso, “a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se” (art. 487, parágrafo único). A única ressalva diz respeito a julgamento liminar de improcedência por prescrição, nos termos do art. 332, § 1º, CPC/2015.

Com essas peculiaridades, muito seguramente permanece entre nós a possibilidade de que o juiz reconheça de ofício a prescrição no julgamento liminar de improcedência. Nas demais hipóteses, o julgador deve determinar que as partes se manifestem sobre eventual prescrição e, nessa situação, se não há renúncia do devedor, presume-se que ele não se opõe ao seu reconhecimento.³⁶⁰

caso seja sua intenção valer-se da exceção substancial em comento, não é dado furta-se de suscitá-la no processo, sob pena de sua inércia configurar verdadeira renúncia a esse direito (de defesa à pretensão). 4.1 Com a superveniência da sentença transitada em julgado, opera-se, por conseguinte, a preclusão máxima, mediante a conformação da coisa julgada, reputando-se “deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido” (art. 474 do CPC/1973; art. 508 do CPC/2015, com redação similar). (...)” (STJ, REsp 1749812/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. em 17/09/2019, DJe 19/09/2019).

³⁵⁸ DINAMARCO, 2009b, v. 2, p. 335. Quanto a aplicação dessa regra à arbitragem, Thiago Marinho Nunes afirma que “a decretação ex officio da prescrição, conforme a nova redação do §5º do art. 219 do CPC, não se aplica às arbitragens internas: primeiro, porque os dispositivos do CPC são inaplicáveis à arbitragem; em segundo lugar porque a reforma processual que resultou na referida disposição visou unicamente ao desafogamento do Judiciário e ainda assim padece de verdadeira contradição em face do caráter de exceção de direito material do qual é revestido a prescrição” (NUNES, T. M. *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional, com Visão a Partir do Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 29).

³⁵⁹ SIMÃO, 2013, p. 234-237; no mesmo sentido, ANDRADE NEVES, 2019, p. 44.

³⁶⁰ Nesse sentido, vide CRUZ, L. P. F.; GOMES JUNIOR, L. M. Questões relevantes sobre a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário com fundamento em ato de improbidade administrativa. *Revista de processo*, v. 43, n. 277, p. 463-485, mar. 2018. De modo análogo, Júlio Gonzaga Andrade Neves assim destaca: “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 magistrado. 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” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 30).

Essa solução é inovadora em termos de direito ocidental. Já vai longe a lição de Pothier, segundo a qual “as exceções devem ser opostas pelo devedor, posto que ao juiz não compete supri-las”.³⁶¹ Não se conhece de ofício a prescrição na África do Sul,³⁶² Alemanha,³⁶³ Argentina,³⁶⁴ França,³⁶⁵ Itália,³⁶⁶ e em Portugal³⁶⁷ sob os PECL³⁶⁸ e no DCFR.³⁶⁹ Esse conjunto uniforme de regras parece sofrer a influência da origem comum romana do instituto, em que os limites temporais faziam-se constar das fórmulas judiciais a pedido do réu ou significavam, na *longis tempore praescriptio*, a resistência processual do réu.

Há razões práticas para justificar a tendência universal de tratar da prescrição matéria de defesa que só pode ser conhecida após alegação e debate entre as partes. O decurso do prazo só produz efeitos sob a pretensão, caso não estejam presentes causas suspensivas ou interruptivas. Assim, o legislador brasileiro assumiu a delicada posição de autorizar que o juiz decida, de pronto, sem tomar os devidos cuidados e sem ouvir as partes, o que pode levá-lo a um mau julgamento.

Por essas razões, muito se discutiu entre nós sobre a natureza da prescrição. Se tomarmos em conta a classificação processual das defesas, tal como proposto por Cândido Rangel Dinamarco, veremos que, por ser cognoscível de ofício, a prescrição deixou de ser propriamente uma exceção e passou a ser objeção.³⁷⁰ Nosso instituto seria, tal como a decadência legal, uma objeção de direito material, indireta, peremptória e autônoma, pois implica o reconhecimento de que o direito do autor algum dia existiu, mas que, com o passar do tempo, restou definitivamente extinto. Trata-se, ainda, de defesa autônoma, que pode ser

³⁶¹ POTHIER, 2001, p. 607.

³⁶² Art. 17, Prescription Act n 68 of 1969. *Prescription to be raised in pleadings. (1) A court shall not of its own motion take notice of prescription. (2) A party to litigation who invokes prescription, shall do so in the relevant document filed of record in the proceedings: Provided that a court may allow prescription to be raised at any stage of the proceedings.*

³⁶³ §214, 1, BGB. *Nach Eintritt der Verjährung ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern.* (Em tradução livre: Após a ocorrência da prescrição, o devedor pode recusar o adimplemento; em espanhol, “*con la consumación de la prescripción el deudor está legitimado para denegar la prestación*”).

³⁶⁴ Art. 2552, CCA/2015. “*Facultades judiciales. El juez no puede declarar de oficio la prescripción*”.

³⁶⁵ Art. 2247, CCF. “*Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription*”.

³⁶⁶ Art. 2938, CCI/1942. “*Il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta*”.

³⁶⁷ Art. 303, CCP/1966. 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”.

³⁶⁸ Article. 7:501, PECL. “*General effect (1) After expiry of the period of prescription the debtor is entitled to refuse performance*”.

³⁶⁹ Article 14:501, DCFR. “*General Effect (1) After expiry of the period of prescription the debtor is entitled to refuse performance*”.

³⁷⁰ DINAMARCO, 2009b, v. 2, p. 335.

ventilada pelo requerido independentemente da existência de situação jurídica anterior a lhe emprestar conteúdo.

A nós, parece que o legislador brasileiro deveria ter mantido a cognoscibilidade da prescrição a depender da alegação do requerido. Razões práticas evidentes justificam a crítica à solução legal. Ao mudar esse estado de coisas, o legislador processual privilegia certa política judicial, mas não há uma incompatibilidade desta regra processual com o direito material. Como dito, a prescrição não tem, entre nós, a natureza de contradireito, no sentido de que o devedor tem o poder de paralisar ou extinguir a pretensão. A pretensão extingue-se, pura e simplesmente, com o decurso de seu prazo. Dito de outro modo, prevalecendo entre nós a extinção automática da pretensão, não há razão para apoiarmos a nossa discussão dogmática sob a perspectiva tedesca, com a discussão da exceção em sentido forte, seu feito paralisante ou extintivo.

Há quem afirme haver aí alguma incongruência. Argumenta-se que, ao se tratar a prescrição como extinção automática do direito, restaria sem justificativa a regra que autoriza a renúncia da prescrição após o seu termo. Se a prescrição produz efeitos automáticos, o devedor nada tem e nada poderia renunciar.³⁷¹ O argumento é falacioso. Tome-se a situação do pagamento. Ao pagar, o credor extingue o crédito e, ao mesmo tempo, o seu débito, recebendo quitação. Não pode ser demandado por dívida já paga, tanto que o ordenamento lhe assegura pena civil.³⁷² Ora, situação análoga ocorre em todas as relações jurídicas, pois a alteração na situação jurídica do credor corresponde a modificação análoga na esfera do devedor. Com a simples passagem do tempo, extingue-se, por decadência legal e cognoscível de ofício, o direito postestativo do credor, assim como a sujeição passiva do devedor, que não pode se ver mais afetado a partir desse momento.

A passagem do tempo extingue a pretensão, tal como temos defendido, fazendo com que o devedor tenha sua situação jurídica automaticamente alterada. Desde então, já não pode ser demandado por dívida prescrita, o que, se vier a ocorrer, configura ilícito. Ao pagar a dívida prescrita, o devedor renuncia a esta situação, que já estava incorporada em seu patrimônio – a de não se ver cobrado sem que haja pretensão. Paga o crédito não mais exigível.

³⁷¹ No mesmo sentido, *vide* ANDRADE NEVES, 2019, p. 49.

³⁷² Art. 940, CC/2002. “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

§12. Direito intertemporal e modificação do prazo prescricional por lei posterior

Após essas considerações, pode-se jogar alguma luz sobre o que dispõe a regra de direito intertemporal traçada no art. 2.028, CC/2002, segundo o qual “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Discute-se sobre a jutiça e constitucionalidade desta regra. É antiquíssima a lição segundo a qual a lei não retroage para regular fatos pretéritos.³⁷³ A razão moral que subjaz a essa regra é simples. É injusto promulgar lei nova para punir aquele que observou os ditames da lei antiga, crendo na garantia que ela lhe conferiu.³⁷⁴ No entanto, não há consenso claro sobre os seus desdobramentos práticos. A discussão dá-se tradicionalmente sob a influência das teorias de Gabba e Roubier.³⁷⁵

Para Roubier, a lei nova tem efeitos imediatos, mas não alcança situações já consumadas no passado.³⁷⁶ Assim, a lei nova não pode tornar nulo um contrato que foi validamente celebrado no passado – mas, quando há feitos prolongados no tempo, pode atingir os efeitos pendentes desse negócio jurídico.³⁷⁷ De forma condizente com essas

³⁷³ Cícero já destacava essa máxima, que não foi aceita como regra geral no sistema Romano (In Verrem, I, 1). Somente o direito pós-clássico, irá asseverar essa regra de forma mais clara: *Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt* (C.Th, 1, 3). Nesse sentido, vide MATOS PEIXOTO, J. C. *Curso de Direito Romano*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editorial Peixoto, 1943, p. 214-215; LIMONGI FRANÇA, R. 5. Ed. São Paulo: Saraiva 1988b, p. 19.

³⁷⁴ CHIRONI, G. P. *Studi e Questioni di Diritto Civile*. v. I. Torino: Fratelli Bocca, 1914, p. 110-11.

³⁷⁵ Sobre a irretroatividade das leis na doutrina recente, vide excelente síntese de LEVADA, F. A. M. *O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

³⁷⁶ “La base fondamentale de la science des conflits de lois dans le temps, c’est la distinction de l’effet rétroactif et de l’effet immédiat de la loi. Cela paraît un donnée très simple: l’effet rétroactif, c’est l’application dans le passé; l’effet immédiat, l’application dans le présent; il ne paraît pas très malaise de définir et de distinguer ces deux moments de la durée. Si la loi prétend s’appliquer à des fait accomplis (facta praeterita), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cour (facta pendencia), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis de fais à venir (facta futura), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive” (ROUBIER, P. *Les conflits de lois dans le temps: theorie dite de la non-rétroactivité des lois*. Tomo I. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 72).

³⁷⁷ “Il en resulte, que s’agissant d’un contrat encours, et pour tous ses effets juridiques à venir, la règle de non-rétroactivité ne pourrait, à elle seule, empêcher l’application de la loi nouvelle. La question est d’importance, carr il y a des contrats qui s’étendent sur une longue période de temps: il ne servirait à rien d’objecter que les effets de ces contrats, tels qu’ils vont se dérouler dans le temps, dérivent tous du contrat, tel qu’il a été passé sous une loi donnée et qu’ainsin ils seraient tous acquis, em quelque sorte, au moment de la formation même du contrat; il est impossible de qualifier de rétroactive um loi qui ne revient pas sur le domaine de la loi précédent, et qui statue seulement sur les effets in futurum d’une situation juridique, alors que d’ailleurs elle n’élève aucune critique sur la manière don cette situation a été constituée. Par consequente, dans les contrats successifs c’est-à-dire dans les contrats qui comportent l’exécution, de part et d’autre, d’obligations périodiques pendant une durée prolongée, la règle de non-rétroactivité ne suffirait pas à

premissas, no que diz respeito aos prazos prescricionais, o professor francês defendia que os prazos prescricionais consumados não podem ser flexibilizados por leis posteriores.³⁷⁸ A lei nova poderia, entretanto, ter efeito imediato para reger o prazo prescricional não consumado, aumentando ou diminuindo este lapso.³⁷⁹ Pode impor imprescritibilidade ou prescricibilidade, contrariamente ao que se via anteriormente.³⁸⁰ Se ocorreu uma interrupção do prazo prescricional, e esta renovou o prazo no passado, a lei nova não modifica este efeito. No entanto, a suspensão produz efeitos contínuos e, assim, a lei nova pode suprimi-los.³⁸¹

Para Gabba, o problema da aplicação intertemporal das leis é amplo e complexo, não podendo ser reconduzido a regras gerais, que pecam por sua incompletude. Ademais, a lei eventualmente tem efeitos retroativos, sobretudo se beneficia os cidadãos. Assim, a noção de irretroatividade não é fundamental para a discussão. Para o autor italiano, a premissa essencial reside na regra segundo a qual lei nova não pode retroagir para afetar direito adquirido.³⁸² Sob influência desta noção, a doutrina geralmente distingue três tipos de retroação da lei nova. A retroatividade máxima ocorre quando se prejudicam atos e fatos que já se consumaram no passado. A retroatividade mínima, ocasionalmente confundida com eficácia imediata da lei, é aquela que atinge os efeitos pendentes de negócio jurídico passado, como os juros a vencer de um empréstimo. A retroatividade média, de mais difícil constatação prática, é aquela que atinge atos pretéritos, mas não consolidados, como os juros vencidos, porém não pagos, em um contrato de mútuo.³⁸³

Nosso sistema adotou solução mista, tratando tanto de ato jurídico perfeito quanto de direito adquirido. O art. 6º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

empêcher l'application d'une loi nouvelle qui modifierait les effets à venir du contrat" (ROUBIER, 1929, p. 577).

³⁷⁸ ROUBIER, P. *Les conflits de lois dans le temps: theorie dite de la non-rétroactivité des lois*. Tomo II. Paris: Recueil Sirey, 1933, p. 229.

³⁷⁹ *Idem*, p. 242. Acolhendo esta tese no império, vide RIBAS, A. *Curso de direito civil brasileiro*. Tomo I. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, p. 243-244.

³⁸⁰ *Idem*, p. 237.

³⁸¹ *Idem*, p. 241-242. Vide percutiente análise do pensamento de Roubier em MARTINS, J. S. *Conflito de Leis no Tempo. A aplicação da Lei Nova às Prescrições em Curso. A Lei nº 2.437 e o Código Civil*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 66, p. 5-17, abr./jun. 1964.

³⁸² GABBA, C. F. *Teoria della retroattività delle leggi*. v. I. 3. ed. Torino: Unione Tipografica, 1891, p. 182-183. Note-se, entretanto, que não é Gabba quem cria essa noção, que lhe é anterior. Apenas para ilustrar o problema, vale lembrar que em obra de longo alcance, Savigny propunha que se fizesse diferença entre a forma de adquirir e a forma de ser dos direitos. A lei que regula a aquisição do direito, isto é, a forma pela qual um direito abstrato surge na esfera jurídica individual, não pode retroagir. No entanto, a lei que regula o ser do direito, poderia ter efeitos retroativos (Conf. SAVIGNY, F. C. *A treatise on the conflict of laws: the limits of their operation in respect of place and time*. Trad. William Guthrie. 2. ed. Edinburgh: T&T, 1880, p. 331 e ss). Gabba refuta essa teoria, conf. *op.cit.*, p. 161-170.

³⁸³ Cf. lição de Matos Peixoto com base em Roubier (MATOS PEIXOTO, 1943, p. 212-213). O tema repercutiu no voto daquele que décadas antes havia sido seu aluno, José Carlos Moreira Alves (Conf. STF, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. 25/06/1992).

(LINDB), conforme a redação que lhe foi dada pela Lei nº 3.238, de 1957, deixou claro que “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Esta noção, como é evidente, não poupa da lei nova os efeitos pendentes e não consumados. Contudo, o legislador quis também prestigiar a noção de direito adquirido, considerando-se “assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (art. 6º, §2º, LINDB).

Fala-se, por isso, numa doutrina brasileira da irretroatividade da lei.³⁸⁴ Com efeito, entre nós confluem duas teorias distintas e, para além disso, elas ganharam foros constitucionais. A lei nova não pode atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/1988;³⁸⁵ art. 6º, LINDB).³⁸⁶

Nossa Corte Constitucional, em inúmeras vezes, destacou que a lei nova de ordem pública poderia ter alguma retroatividade,³⁸⁷ o que posteriormente restou superado.³⁸⁸ Atualmente, diz-se com maior frequência que a lei não deve ter sequer retroatividade mínima, pois isto frustra o plano de conduta manifestado no negócio jurídico.

³⁸⁴ LIMONGI FRANÇA, 1988b.

³⁸⁵ Art. 5º, XXXVI, CF. “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

³⁸⁶ Art. 6º, LINDB. “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

³⁸⁷ “TABLITA. PLANO CRUZADO. REGRA DE DEFLAÇÃO DO DECRETO-LEI 2.284/86. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DA COISA JULGADA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO. 1. No julgamento do RE 141.190, o plenário do STF entendeu que o fator de deflação veio a preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos, diante da súbita interrupção do processo inflacionário. A manutenção dos contratos então vigentes - que traziam embutida a tendência inflacionária - importaria em ganhos irreais, desiguais e incompatíveis com o pacto firmado entre as partes antes da alteração radical do ambiente monetário e econômico. 2. Também por isso se confirmou a tese de que normas de ordem pública que instituem novo padrão monetário têm aplicação imediata em relação aos contratos em curso como forma de reequilibrar a relação jurídica antes estabelecida. 3. O Plano Funaro (Cruzado) também representou mudança de padrão monetário e alteração profunda dos rumos econômicos do país e, por isso, a esse plano econômico também se aplica a jurisprudência assentada no julgamento do RE 141.190. Negado provimento ao recurso” (STF, RE 136901/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p. Acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 02-06-2006).

³⁸⁸ “Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, *caput* e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991” (STF, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. 25/06/1992).

O rigor dessa regra é eventualmente aplacado sob três argumentos. Em primeiro lugar, a garantia não pode ser invocada pelo Estado que edita a lei retroativa.³⁸⁹ Além disso, não há direito adquirido contra a própria ordem constitucional.³⁹⁰ Por fim, a doutrina e jurisprudência elaboram melhor o conceito de ato jurídico perfeito, para indicar que há atos complexos que só se aperfeiçoam ao longo do tempo e que, quanto a eles, surge o problema do regime jurídico. Assim, por exemplo, uma sociedade empresarial personificada não se rege sempre pelas leis que vigiam quando de sua constituição e registro perante a Junta Comercial, sujeitando-se a alterações posteriores. Também não há direito adquirido à validação de diploma estrangeiro³⁹¹ ou à propriedade como instituto jurídico.³⁹² No exemplo mais notório de sua aplicação, o STF considerou que o servidor público não tem direito adquirido a certo regime jurídico previdenciário.³⁹³

³⁸⁹ O Enunciado n. 654, da Súmula do STF, destaca que “a garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”. No mesmo sentido, *vide* STF, Ed. No RE 567360, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T, j. 9.6.2009.

³⁹⁰ “O constituinte, ao estabelecer a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, diante da lei (art. 5º, XXXVI), obviamente se excluiu dessa limitação, razão pela qual nada o impedia de recusar a garantia à situação jurídica em foco. Assim é que, além de vedar, no art. 37, XIV, a concessão de vantagens funcionais ‘em cascata’, determinou a imediata supressão de excessos da espécie, sem consideração a ‘direito adquirido’, expressão que há de ser entendida como compreendendo, não apenas o direito adquirido propriamente dito, mas também o decorrente do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Mandamento auto-exequível, para a Administração, dispensando, na hipótese de coisa julgada, o exercício de ação rescisória que, de resto, importaria esfumarem-se, *ex tunc*, os efeitos da sentença, de legitimidade incontestada até o advento da nova Carta” (STF, RE 140.894, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 10-5-96, DJ de 9.8.96). No mesmo sentido, já se disse que “a supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido” (STF, ADI 248, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-11-93, DJ de 8.4.94).

³⁹¹ “Os autos dão conta que a ora recorrida ingressou no curso de medicina no Instituto Superior de Ciências Médicas de Havana - Cuba, na vigência do Decreto n. 80.419/77, que conferia ao formando a revalidação automática do diploma expedido por instituição de ensino no exterior. 3. Entretanto, o término do curso ocorreu na vigência do Decreto n. 3.007/99, que revogou o Decreto anterior, razão pela qual impossibilitado o pretendido reconhecimento de direito adquirido ao registro imediato do diploma sem a observância dos procedimentos legais elencados pelo sistema educacional brasileiro. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp 936.974/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 20/09/2007, DJ 03/10/2007, p. 194).

³⁹² “Direito adquirido. Não ofende o princípio constitucional do respeito ao direito adquirido preceito de lei que estabelece uma ‘condicio iuris’ para a conservação de direito absoluto anteriormente constituído, e determina que, dentro de certo prazo, seja ela observada pelo titular deste direito, sob pena de decair dele. Não há direito adquirido ao regime jurídico de um instituto de direito, como o é a propriedade de marca. É, pois, constitucional o artigo 125 do Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5772, de 21 dezembro de 1971)” (RE 94020, elator(a): Min. Moreira Alves, Pleno, j. 04/11/1981).

³⁹³ “No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. (STF, ADI 3128, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 18/08/2004).

Com isso, é de se perguntar sobre a constitucionalidade do que se vê no art. 2028, CC/2002. A vedação à retroatividade mínima poderia levar à inconstitucionalidade da regra. De modo contrário, certamente haveria constitucionalidade da regra se qualificarmos a situação como a própria de um ato complexo e de um regime jurídico não adquirido.

Esse debate reproduz, em ampla medida, aquilo que se viu quando entrou em vigor o Código Civil de 1916 e quando, na década de 1950, por força da Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955, a prescrição geral, de trintenária, foi reduzida para vintenária.

O Código Civil de 1916 era silente sobre esse conflito de leis no tempo. A doutrina mais antiga, anterior à formação dos códigos contemporâneos, propugnava que a prescrição haveria de ser regulada pela lei vigente, quando do surgimento do direito, sem possibilidade de modificação pela lei nova. Essa é a razão de ser do art. 2.281, primeira parte, do Código Civil francês, que, em sua redação original, estabelecia que os prazos prescricionais iniciados sobre a lei antiga continuavam a ser regidos por ela.³⁹⁴ Clóvis Bevilacqua socorria-se em Gabba, para propugnar as seguintes soluções: *i*) aplica-se a lei nova que estabelece prazo mais longo, contando-se desde o momento em que prescrição começou a correr; *ii*) se a lei nova estabelece prazo mais curto, duas situações são possíveis: *a*) se o prazo que falta para consumir é menor do que novo lapso, aplica-se a lei antiga; *b*) “se o tempo que falta para se consumir a prescrição pela lei anterior, excede ao fixado pela nova, prevalece o desta última, contado do dia em que ela entrou em vigor”.³⁹⁵ No entanto, vozes importantes, como a de J. L. de Jorge, levantavam-se contra essa solução, tomando a solução de Gabba como casuística e não científica, para propor que a lei nova tivesse efeito imediato e, para que não houvesse surpresa, passasse a reger a fração restante do prazo. Assim, se a lei nova reduz pela metade o prazo prescricional, e se faltam dez anos conforme o prazo original, o prazo restante seria de cinco anos.³⁹⁶

Quando da generalização do prazo vintenário, o STF vinha entendendo que a lei nova, a qual reduzia os prazos, não afetava aqueles já em curso.³⁹⁷ No entanto, esse

³⁹⁴ Art. 2.281,CCF. “*Les prescriptions commencées à l’époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. Néanmoins les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois, plus de trente ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans*”. Uma análise da doutrina que influenciou essa regra, encontra-se em GABBA, 1891., p. 392-367.

³⁹⁵ BEVILACQUA, 1959, p. 369.

³⁹⁶ JORGE, J. L. Retroatividade das leis com referência aos prazos de prescrição. *In: Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 371-373 – originalmente publicado em RT 29/35, mar.1919).

³⁹⁷ STF, RE 42.766, Rel. Min. Ary Franco, 1ª T, j. 30/07/1959.

entendimento foi revertido.³⁹⁸ Entendeu-se que o direito de ação [ou modernamente a pretensão] só se extingue quando consumado o prazo e que, antes disso, não há ato jurídico perfeito. O Ministro Vilas Boas então enfatizava que a longa *vacatio* da Lei nº 2.437, de 1955, expressava claramente a intenção de regular os prazos em curso, com prazo suficiente para que todos se adaptassem às novas regras. Com isso, editou-se, em 1 de outubro de 1964, o enunciado n. 445 daquela Corte, segundo o qual “a L. 2.437, de 7.3.55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1.1.56), salvo quanto aos processos então pendentes”. A partir desse momento, afastou-se a tese de quem via na prescrição um direito a termo, já adquirido no patrimônio do credor desde o início de sua eficácia. Prevaleceu a noção de aquisição sucessiva, dia a dia, da prescrição.

Ocorre que nem todas as controvérsias restavam totalmente solucionadas. A partir deste marco, a doutrina passou a discutir a justiça da entrada em vigor de prazo novo que, abruptamente, cerceava a possibilidade do exercício de um direito. Para aplacar essa situação, Rubens Limongi França propugnava a adoção de uma proporcionalidade, ou seja, a noção de que o prazo novo só entraria em vigor se respeitada alguma proporção do prazo antigo.³⁹⁹

Foi essa noção de direito intertemporal que acabou cristalizada na redação do art. 2.028, CC/2002. Em princípio, aplica-se a lei nova para reduzir os prazos, desde que não haja corrido metade do prazo anterior. Dito de outra forma, a lei posterior: *i*) pode aumentar os prazos,⁴⁰⁰ ou *ii*) pode reduzi-los, mesmo que já em curso, desde que não haja transcorrido mais de sua metade.⁴⁰¹ Embora a situação não esteja claramente tratada na lei, a doutrina, na linha da jurisprudência, apressou-se a destacar que os prazos novos, quando aplicáveis, têm

³⁹⁸ STF, RE 42766 ED-EI, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Pleno, j. 17/10/1960.

³⁹⁹ *Vide* LIMONGI FRANÇA, 1988a; e, em particular, LIMONGI FRANÇA, R. O direito adquirido à face do encurtamento de prazos pela lei nova. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, ano 6, n. 20, p. 181-186, abr./jun. 1982.

⁴⁰⁰ Como visto, esta era a noção de Roubier (ROUBIER, 1933, Tomo II, p. 242). No mesmo sentido, TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; e MORAES, M. C. B. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. v. 4. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 915; AMARAL, 2014, p. 635; GODOY, 2005, p. 29. Sem razão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que, “como a Lei Civil não faz alusão às hipóteses de aumento de prazo, nem aos casos em que o prazo foi mantido, resta entender que seguirão regidos pelo prazo anterior, com fluência normal do lapso temporal” (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2019, p. 850). Não só a interpretação literal do dispositivo é restritiva, ao indicar que serão da lei anterior os prazos quando reduzidos, como também depreende-se da própria sistemática legal, que sem direito adquirido ou ato jurídico perfeito, a lei nova pode aumentar prazos, com eficácia imediata.

⁴⁰¹ O enunciado n. 50, aprovado na I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, destacou que, “a partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206)”.

como termo inicial a data de início de sua vigência, pois caso contrário, poderia ocorrer de a lei nova considerar prescrita a pretensão antes mesmo de sua promulgação.⁴⁰²

De qualquer forma, doutrina e jurisprudência⁴⁰³ claramente se inclinam pela constitucionalidade da regra, de onde se presume estar diante da alteração de um regime jurídico, e não propriamente de retroatividade mínima.

Essa solução parece ser consentânea com o argumento de que os credores têm pretensões de duração indefinida, que só cessam ou são contidas pelo pagamento ou pela prescrição. Sob essa perspectiva, é a declaração do devedor, no exercício de seu

⁴⁰² GABBA, 1891, p. 370-371; GODOY, 2005, p. 30.

⁴⁰³ “A prescrição em curso não origina direito adquirido, podendo seu prazo ser aumentado ou reduzido por norma posterior. No entanto, em prol da segurança jurídica, não se pode fazer com que o termo inicial do prazo prescricional reduzido retroaja para uma data anterior à vigência da nova lei. O quinquênio prescricional deve computar-se desde a vigência da Lei 8.240/92” (STJ, REsp 1085903/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 20/08/2009, DJe 30/11/2009).

“1. Prescrição. Direito intertemporal. Caso em que o prazo prescribente fixado na lei nova e menor do que o prazo prescricional marcado na lei anterior. Feita a contagem do prazo prescribente marcado na lei nova (isso a partir da vigência dessa lei). E, se ocorrer que ele termine em antes de findar-se o prazo maior fixado na lei anterior, é de se considerar o prazo menor previsto na lei posterior, contado esse prazo a partir da vigência da segunda lei. 2. Doutrina e jurisprudência do assunto. 3. Recurso extraordinário a que o STF nega conhecimento” (STF, RE 79327, Rel. Min. Antonio Nader, 1ª T, j. 03/10/1978).

Questão próxima a esta, mas que não pode ser extrapolada para o presente caso, diz respeito à modificação de jurisprudência. Vedou-se a inovação jurisprudência sobre o prazo prescricional que, por ter efeitos imediatos, prejudicou ações já ajuizadas. Quando do ajuizamento da ação pelo contribuinte, o Superior Tribunal de Justiça entendia que o prazo prescricional para repetir o valor de certo tributo tinha início a partir da data da declaração de inconstitucionalidade da exação pelo STF no controle concentrado, ou de resolução do Senado Federal (SF), no controle difuso. Em momento posterior, o STJ mudou abruptamente sua jurisprudência para considerar que, em havendo lançamento por homologação, a prescrição flui a partir do recolhimento indevido. Isso significou, na prática, que a alteração da orientação jurisprudencial reduziu o prazo prescricional, tomando-lhe termo inicial mais antigo, e surpreendendo a confiança que os contribuintes haviam depositado naquela interpretação jurisprudencial. A Segunda Turma, por maioria, conheceu de agravo para dar provimento a recurso extraordinário, concluindo que a aplicação imediata de nova jurisprudência menos benéfica “representa retroação da regra de contagem do prazo prescricional às pretensões já ajuizadas, em afronta ao princípio da segurança jurídica e aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o próprio Estado Democrático de Direito. A modificação na jurisprudência em matéria de prescrição não pode retroagir para considerar prescrita pretensão que não o era à época do ajuizamento da ação, em respeito ao posicionamento anteriormente consolidado”. A decisão está assim ementada: “Segundo agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Repetição ou compensação do indébito de tributo declarado inconstitucional. Prazo prescricional. Termo inicial. Marcos jurídicos para contagem do prazo prescricional. Legislação infraconstitucional. Afronta reflexa. Segurança jurídica. Ausência de inércia. Regra de adaptação. Possibilidade de aplicação. 1. Os marcos jurídicos para a contagem do prazo prescricional do direito do contribuinte estão dispostos no Código Tributário Nacional. A jurisprudência da Corte, há muito, pacificou o entendimento de que a questão envolvendo o termo inicial para a contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito referente a tributo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é de natureza infraconstitucional, não ensejando a abertura da via extraordinária. 2. Estando um direito sujeito a exercício em determinado prazo, seja mediante requerimento administrativo ou, se necessário, ajuizamento de ação judicial, urge reconhecer-se eficácia à iniciativa tempestiva tomada por seu titular nesse sentido, pois isso é resguardado pela proteção à confiança. 3. Impossibilidade de aplicação retroativa de nova regra de contagem de prazo prescricional às pretensões já ajuizadas e em curso, por força do primado da segurança jurídica. 4. Agravo regimental provido para, conhecendo-se do agravo no recurso extraordinário, dar-se provimento ao apelo extremo, a fim de se restabelecer o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região” (STF, ARE 951533 AgR-segundo, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, 2ª. T, j. 12/06/2018).

contradireito, que extingue ou contém a pretensão e, assim, antes de manifestada esta, não há mesmo qualquer ato jurídico perfeito ou direito adquirido. O prazo da pretensão não constitui direito adquirido, mas trata-se de regime jurídico, alterável por lei posterior. Assim, a lei nova antecipa o prazo para que o devedor veicule exceção, que até então, não detinha. Tratar-se-ia de *novatio in melius*, sob a perspectiva do devedor.

Por outro lado, se a lei nova aumenta o prazo prescricional, também não altera a situação jurídica do credor, que continua com crédito e pretensão de duração indefinida. Do ponto de vista prático, e não jurídico, essa alteração prejudica o devedor, que deverá aguardar mais para se valer da exceção. No entanto, como o devedor não tem direito a procrastinar o pagamento, não é razoável admitir que sua situação seja a de uma exceção sujeita a termo suspensivo, que nasce desde logo, para só após certo prazo se tornar eficaz. A exceção só nasce se após certo prazo não houver cobrança nem pagamento espontâneo. Antes do decurso do prazo, o devedor tem mera expectativa de a exercer.⁴⁰⁴ Assim, sob essa perspectiva, a lei posterior, que aumenta o prazo prescricional, não seria inconstitucional.

Essas conclusões permanecem iguais sob as premissas desse trabalho? Sim, temos as soluções por compatíveis. O credor tem, desde o início, uma situação jurídica complexa, que é adquirida quanto à existência do crédito, mas não quanto à duração da pretensão, razão pela qual lei posterior pode introduzir nesta as modificações.⁴⁰⁵ Dito de outro modo, o devedor não tem direito adquirido a se tornar inadimplente a termo.⁴⁰⁶ De forma equivalente, se a lei nova amplia o prazo, o faz em favor do credor, sem afetar a situação jurídica a que fazia jus o devedor, pois o prazo inicialmente estabelecido não havia se completado.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, *vide* ROSENVALD, N. Comentários ao art. 2.028, CC/2002. In *Código Civil Comentado*. PELUSO, C. (Org.). 13. ed. Baueri: Manole, 2019, p. 2349.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, sem discutir a natureza do prazo prescricional, Nelson Rosenvald vê na pretensão jurídica uma situação complexa, que não se torna direito adquirido enquanto não decorre seu prazo (*idem*).

⁴⁰⁶ As lições de Gabba continuam válidas: “*Noi pure non esitiamo a dichiaraci contrari al principio generale contenuto nella prima parte dell’art. 2281 Cod. Nap., in vista appunto della generalità dei suoi termini. Non a torto ci sembra farsi a quell’articolo da tanti giureconsulti l’obbiezione, che nella prescrizione incominciata e non finita non vi ha materia di vero e proprio diritto acquisito. Imperocchè riferendo quest’obbiezione alla situazione giuridica di chi in virtù della prescrizione dev’essere liberato da un’azione (prescrizione estinta), od acquistare um diritto reale (prescrizione acquistata), noi non vediamo appunto che da lui possa essere acquistato um diritto prime che il termine prescrizioneale sai decorso per intero, e com tutti i requisiti voluti dalla legge. Como potrebbe essere altrimenti? Si dirá forse che colui, il qual esta prescrivendo il proprio debito, ha acquisito fin dal principio, cioè fin dal momento, in cui sorse nel creditore il diritto di agire contro di lui, il diritto di ultimare la prescrizione a termini della legge vigente in quel momento? Ciò non é possibile, perchè um fatto iniquo, quale è spesse volte il non pagare senza essere richiesti, non può avere per conseguenza um diritto, e precisamente il diritto di non pagare*” (GABBA, 1891, p. 376-377). E, por outro lado, o credor não tem direito a manter-se negligente por certo período no exercício de seu direito. Assim, “*se la nuova legge non avrà quella virtù, e l’avente diritto, non esercitandolo non ostante, e neppure interrompendo la prescrizione, verrà a soffrir danno, egli drovrà ancora imputare a sè medesimo codesta perdita, perchè egli avrà in tal guisa condonato spontaneamente um debito, che nel più breve termine prescrizioneale poteva e sapeva di potere esercitare*” (*idem*, p. 379).

Com esta observação, restam algumas observações sobre a particularidade da solução brasileira. O Código Civil de 2002 afasta-se daquilo que se vê no direito estrangeiro, o que está essencialmente ligado à adoção de proporcionalidade, tal como preconizado por Rubens Limongi França. Em primeiro lugar, às vésperas da vigência do CC/2002, o detentor de pretensão vintenária, da qual havia transcorrido onze anos, poderia exercê-la em nove anos, pois a prescrição permanecia regida pela lei antiga. A lei nova, mesmo reduzindo o prazo, não tem efeito imediato naquelas situações em que já transcorreu razoavelmente parte do prazo anterior (mais da metade). Não se trata, no entanto, de reconhecer que, neste exemplo hipotético, havia direito adquirido ao prazo prescricional, mas apenas de ponderar o princípio da segurança jurídica, evitando surpresas.

Em segundo lugar, se houvesse um prazo quadrienal, reduzido para três anos, tendo transcorrido um ano e onze meses, o prazo novo aplicar-se-ia integralmente, com o alargamento da prescrição, e não propriamente com a sua diminuição. Com isso, a entrada em vigor imediatamente da lei nova, que visa reduzir o prazo prescricional, pode, em situações concretas, prolongá-lo. Embora essa seja uma decorrência lógica da escolha legislativa, para evitar essa consequência contraditória, a doutrina vem refutando essa possibilidade.⁴⁰⁷ De fato, “seria contraditório que uma lei, cujo fim é diminuir a prescrição, pudesse alongá-la”.⁴⁰⁸

Na Argentina, conquanto prevaleça a ideia de que valem os prazos antigos, o Código Civil de 2015, em seu artigo 2.537, admite que o prazo menor estipulado por lei nova seja contado desde a sua vigência. Ressalve-se, no entanto, que se aplica o prazo anterior se ele vence antes do que o termo final apontado pela lei nova.⁴⁰⁹ Em outras palavras, o prazo novo aplica-se imediatamente, mas não alonga a prescrição anterior.

⁴⁰⁷ GODOY, 2005, p. 30. Daí a aprovação na IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, do enunciado de n. 299, segundo o qual “iniciada a contagem de determinado prazo sob a égide do Código Civil de 1916, e vindo a lei nova a reduzi-lo, prevalecerá o prazo antigo, desde que transcorrido mais de metade deste na data da entrada em vigor do novo Código. O novo prazo será contado a partir de 11 de janeiro de 2003, desprezando-se o tempo anteriormente decorrido, salvo quando o não-aproveitamento do prazo já vencido implicar aumento do prazo prescricional previsto na lei revogada, hipótese em que deve ser aproveitado o prazo já transcorrido durante o domínio da lei antiga, estabelecendo-se uma continuidade temporal”.

⁴⁰⁸ Sobre esta discussão, vide GABBA, 1891, p. 371. Em nossa jurisprudência: “Usucapiao. Lei 2437 de 1955, que lhe reduziu o prazo. No caso em que a lei nova reduz o prazo exigido para a prescrição, a lei nova não se pode aplicar ao prazo em curso sem se tornar retroativa. Dai, resulta que o prazo novo, que ela estabelece, correrá somente a contar de sua entrada em vigor; entretanto, se o prazo fixado pela lei antiga deveria terminar antes do prazo novo contado a partir da lei nova, mantem-se a aplicação da lei antiga, havendo ai um caso de sobrevivência tacita desta lei, porque seria contraditório que uma lei, cujo fim é diminuir a prescrição, pudesse alongá-la” (STF, RE 51706, Rel. Min. Luiz Galotti, 1ª T, j. 04/04/1963).

⁴⁰⁹ Art. 2537, CCA/2015. “*Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo*”

O Código Civil português traz solução análoga. *Grosso modo*, está ali permitida a modificabilidade de prazos por lei nova.⁴¹⁰ As ressalvas estabelecidas à redução de prazo fazem, entretanto, com que estes não prejudiquem o credor. Com efeito, “a lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar” (art. 297, 1, CCP/1966).

Com solução equivalente, a legislação espanhola permite a redução de prazos. O Código Civil Espanhol estabelece que a lei antiga permanece a regular os prazos nascidos quando de sua vigência, mas a lei nova aplica-se quando, contados desde a entrada em vigor, apontem término mais curto às pretensões.⁴¹¹

Na França, o artigo 2222, do *Code*,⁴¹² estabeleceu solução diversa daquela que se via na sua redação original. Há direito adquirido nos prazos já consumados, que não se alteram por lei nova. Antes da expiração, a lei nova se aplica, mas computa-se o prazo já transcorrido. Em caso de redução, o prazo novo conta-se da entrada em vigor da lei, sem que a duração total possa ir além daquela decorrente da lei anterior. Então, a lei nova pode beneficiar o devedor, mas não pode prejudicá-lo.

Dito de outro modo, tanto na Argentina quanto na Espanha, França e em Portugal, a lei nova que reduz o prazo prescricional aplica-se em desfavor do credor. A lei antiga só vige se, contando-se desde o seu início, apresenta solução ainda mais vantajosa ao devedor. A premissa é, portanto, a de favorecimento do devedor e, eventualmente, vedação de seu

designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”.

⁴¹⁰ Artigo 297, CCP/1966. “Alteração de prazos. 1. A lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar. 2. A lei que fixar um prazo mais longo é igualmente aplicável aos prazos que já estejam em curso, mas computar-se-á neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial. 3. A doutrina dos números anteriores é extensiva, na parte aplicável, aos prazos fixados pelos tribunais ou por qualquer autoridade.

⁴¹¹ Art. 1939, CCE. “*La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”.*

⁴¹² Art. 2222, CCF. “*La loi qui allonge la durée d'une prescription ou d'un délai de forclusion est sans effet sur une prescription ou une forclusion acquise. Elle s'applique lorsque le délai de prescription ou le délai de forclusion n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé. En cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure”.*

prejuízo. Essas leis afastam-se em pontos importantes do sistema de transição adotado entre nós, sobretudo porque permitem que os prazos antigos continuem sendo aplicáveis, quando já transcorridos mais da metade, independentemente do termo final da lei nova. Daí não se extrai, entretanto, inconstitucionalidade do art. 2.028, CC/02. Como dito, se não há direito adquirido a regime jurídico, o legislador tem discricionariedade para ponderar como essas regras devem ser constituídas.

§13. Conclusões Parciais

Ao longo deste capítulo, procuramos destacar as pretensões autônomas, que surgem antes de qualquer violação. Para além disso, há um amplo quadro de consequências automáticas que doutrina e jurisprudência vêm atribuindo ao exercício tardio da pretensão. E, se o legislador faculta ou proíbe a cognição de ofício da pretensão, o faz visando aos objetivos bem determinados de política processual, mas o que passa no campo do processo não altera as relações de direito materiais que lhe antecedem. De forma consentânea com essas premissas, a pretensão nasce e é regida em conformidade com as leis então em vigor, mas não pode ser considerada extinta até que advenha seu termo final, razão pela qual a lei posterior pode prorrogar ou antecipar o lapso temporal.

Com isso, como primeiras conclusões do presente estudo, surgem as seguintes teses: (I) há pretensões que surgem sem violação de direito e, desse modo, o ordenamento jurídico nacional (art. 189, CC/2002) deveria ter adotado uma construção menos comprometida com uma das vertentes teóricas do problema; (II) a pretensão, como poder-exigir, extingue-se automaticamente com o decurso do prazo prescricional; (III) a exigência de pretensão prescrita configura ato ilícito; (IV) ao pagar dívida prescrita, o devedor satisfaz o crédito, não porque haja poder de exigir, mas porque voluntariamente desejou entregar a prestação; (V) a cognoscibilidade de ofício da prescrição é questão de direito processual, não interferindo em sua natureza jurídica, que é própria de direito material; (VI) O direito brasileiro vem reconhecendo que, vencido o prazo prescricional, antes mesmo da exceção do devedor, o credor já não pode exigir a prestação, o que é incompatível com a função da *exceptio* de extinguir ou paralisar a pretensão; e (VII) as propostas aqui formuladas não alteram a conclusão consolidada na doutrina de que é constitucional o art. 2.028, CC/2002, quando permite a alteração do prazo prescricional por lei nova.

CAPÍTULO 4

PRESCRITIBILIDADE DE DIREITOS

Entre nós, a evolução da teoria demonstra que há direitos sem pretensão, ordinariamente denominados potestativos. Por outro lado, há direitos dotados de pretensão, a qual está sujeita aos efeitos do tempo. Essa solução, a apontar pela limitação temporal da pretensão, recebe críticas sobretudo porque permite que o direito subsista sem meios que possam impor a outrem sua satisfação.

Pergunta-se, então, qual seria o sentido de ser titular de um direito sem pretensão? A permanência do direito despido de pretensão justifica a validade do pagamento voluntário, feita pelo devedor de forma espontânea. O credor, tendo direito sem pretensão, não pode exigir, mas pode receber o pagamento – e, se o faz, não está obrigado a repeti-lo, pois o que recebeu era efetivamente devido.

Como não é comum que se vejam devedores ávidos por pagar o que devem, apesar da prescrição, é de se imaginar que a solução tenha mais respaldo teórico e histórico do que sociológico. Ora, se é assim, poder-se-ia cogitar de um modelo mais simples, em que apenas os direitos estivessem sujeitos a prazo. Estes, ao perecerem, também haveriam de extinguir as pretensões.

A análise da solução vigente na Itália e em Portugal pode jogar luzes sobre esse ponto. Note-se, entretanto, que o exame aqui proposto centra-se apenas sobre este ponto, e não sobre todos os outros possíveis. Não há intenção de descrever minuciosamente cada um desses sistemas, o que só é feito para melhor contextualização. Para os fins propostos nesse capítulo, bastava o exame desses dois modelos, razão pela qual deixamos de lado nessa abordagem a legislação dos demais países, notadamente a alemã e a francesa.

§14. *A Solução Italiana*

Na Itália, sob o Código Civil de 1865, viu-se a adoção do modelo original do *Code Civil*,⁴¹³ com o trato unificado da prescrição aquisitiva e extintiva, o que exigia da doutrina algum esforço exegético.⁴¹⁴ Mais que isso, não havia ali clara distinção entre prescrição e

⁴¹³ “*Il nostro Codice civile si è allontanato poco dal Codice Napoleone in tema di prescrizione: ne ha quasi ripetuti i dettati, solo che ha abbreviato in vari casi la durata della prescrizione, e ha fatte talune novità rischieste assolutamente dal bisogno dei tempi*” (GIORGI, 1927, p. 221).

⁴¹⁴ Com ampla defesa da diferenciação entre os institutos, vide PUGLIESE, 1924, p. 2-3.

decadência.⁴¹⁵ No entanto, extintas as ações, entendia-se que, conseqüentemente, também se extinguiu o próprio direito.

Após longa controvérsia doutrinária,⁴¹⁶ o Código Civil italiano de 1942 (CCI/1942)⁴¹⁷ adotou a tese da prescritebidade do próprio direito subjetivo material. O art. 2.934, 1, CCI/1942, estabelece que o direito se extingue pela prescrição quando seu titular não o exerce no tempo devido (art. 2.934, 1, CCI/1942).⁴¹⁸

O exame do pensamento de Giuseppe Pugliese⁴¹⁹ ajuda-nos a entender como a doutrina peninsular chegou a conclusão tão distinta daquela que hoje é adotada no Brasil. O romanista e advogado definia a prescrição como forma de extinção de direitos, que podiam e deviam ser exercidos, mas não foram durante todo o intervalo determinado pela lei. Essa definição se explica, porque o referido autor não era simpático à classe dos direitos potestativos. Para ele, todo direito envolve a sujeição do devedor à vontade alheia. Por outro lado, a ação material (pretensão) não é, sob sua concepção, um conceito autônomo. A ação é o mesmo direito, que reage contra a violação, para removê-la. Com essas concepções em perspectiva, a prescrição abrange todos os direitos subjetivos e até mesmo aquelas situações próprias do não-uso de direitos reais.⁴²⁰

É curioso, contudo, que essa mesma teoria não refute a existência da decadência. O legislador, em 1942, trouxe regras específicas para a decadência, tendo ela a igual função de pôr termo aos direitos pelo decurso do tempo. Torna-se, assim, problemático separar prescrição e decadência, o que passou a ser feito pela doutrina.

⁴¹⁵ “*La prescrizione estintiva è il mezzo con quale mercè il decorso del tempo e la inazione del soggetto del diritto è estinta l’azione, e perciò il diritto che ne era difeso; (...) Prescrizione dell’azione vale pure prescrizione del diritto che ne è la causa; né è possibile distinguere la decadenza dalla prescrizione, quai schè in quella siano estinti l’azione ed il diritto ed in questa l’azione soltanto, perchè l’azione rivela necessariamente il diritto il quale senza essa non è concepibile*” (CHIRONI, 1888, p. 172).

⁴¹⁶ RUSCICA, S. Prescrizione e decadenza nel diritto europeo. In: VIOLA, L. *Prescrizione e Decadenza*. Vizenza: Cedam, 2015, p. 745-760, particularmente p. 746; GALLO, P. Prescrizione e decadenza in diritto comparato. In: TORINO, R. S. (Org.). *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. 4. ed. 2. nione Tipografico-editrice Torinese, 1993, v. 14, p. 248-253, particularmente p. 249.

⁴¹⁷ “Após a queda do fascismo, o novo Código civil (depurado das normas corporativistas e racistas) foi conservado e defendido somente como expressão da ciência jurídica, como refinado produto da técnica” (CAZZETTA, G. Código Civil e Nação: Do ‘Risorgimento’ ao Ocaso do Estado Liberal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. Edição Digital. Porto Alegre, vol. 10, Ano 1, 2015, p. 36).

⁴¹⁸ “*Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge (1242, 2962)*”. O art. 2.105, do Código Civil italiano de 1865, ainda tratava conjuntamente a prescrição aquisitiva e extintiva. No aspecto extintivo, tratava-a como forma de extinção das obrigações: “*La prescrizione è un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquisita um diritto od è liberato da un’obbligazione*”.

⁴¹⁹ PUGLIESE, 1924, p. 32, 39-44.

⁴²⁰ *Idem*, p. 28-30. Sobre não-uso, vide § 49.

Giorgio Giorgi, ao tratar do CCI/1865, destacava que a ciência ainda não havia encontrado um critério de distinção. De qualquer modo, em sua opinião, a decadência afeta mais propriamente o direito que a ação, podendo depender da vontade das partes, não se sujeitando a suspensão ou a interrupção do prazo.⁴²¹

Quase um século após, o cenário não é animador. Ainda hoje, naquele país, o estudo da decadência é comparado à dificuldade de deixar a selva.⁴²² Maria Rosa Cimma testemunha que a distinção entre prescrição e decadência é um dos temas mais debatidos na doutrina, havendo quem considere impossível separar os institutos e quem os tome como unos.⁴²³ Marta Bouffoni⁴²⁴ faz um recenseamento das posições doutrinárias e aponta ao menos três correntes diversas. A primeira delas afirma que a diferença está sobre a *ratio essendi* dos institutos. A segunda trata das consequências próprias de cada um dos institutos. A terceira toma em consideração o objeto que é extinto. Entre os autores italianos, há quem afirme que a prescrição garante a certeza e a tranquilidade; a decadência faz com que certos atos sejam praticados dentro de um prazo estipulado. Também se diz que a prescrição toma por base a negligência do credor, sendo a decadência objetiva. Existe quem afirme que a prescrição atende ao interesse público, enquanto a decadência poderia atender a interesses público e privado. Alguns veem a prescrição como forma de extinção de direito subjetivo, mas a decadência afeta os poderes-jurídicos. Outros tomam a prescrição como instituto de direito material; a decadência seria relativa ao processo. De qualquer forma, para a autora, a principal diferença está na derogabilidade das regras relativas à decadência. Decadência corresponde à falta de cumprimento de um ato previsto na lei ou no contrato dentro de determinado termo.

Como é natural, os critérios de definição não são estanques e os autores valem-se rotineiramente de mais de um deles. Carnelutti, por exemplo, frisava que a decadência marca o tempo de disponibilidade de um poder; a prescrição marca a máxima duração de uma omissão.⁴²⁵

⁴²¹ GIORGI, 1927, p. 222.

⁴²² BUFFONI, M. La Decadenza in Generale. In: VIOLA, L. *Prescrizione e Decadenza*. Vizenza: Cedam, 2015, p. 429-435.

⁴²³ CIMMA, M. R. Prescrizione e decadenza. In: TORINO, R. S. (Org.). *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. 4. ed., 2. ristampa, Unione Tipografico-editrice Torinese, v. 14, 1993b, p. 242-248, particularmente p. 247.

⁴²⁴ BUFFONI, 2015, p. 429-435.

⁴²⁵ “A prescrição é conceito que não pertence, ao contrário da ‘decadenza’, à estática, mas à dinâmica do direito, o mesmo acontecendo com a preempção. Ao passo que a ‘decadenza’ é expressão da inexistência de uma situação (ativa), a prescrição e a preempção são expressão de um fato ou, com mais precisão, de uma omissão prolongada no tempo (por um certo tempo). Assim, se esclarece o princípio familiar aos práticos, segundo o qual tanto a prescrição quanto a preempção admitem suspensão e interrupção, não admitidas na ‘decadenza’.

Pode-se dizer que a discussão sobre a separação da prescrição e da decadência não envolve questões puramente lógicas. Não há um critério apriorístico e científico para que prescrição seja algo diverso de decadência, podendo haver sistemas em que as noções se confundam, tal como revela o exemplo italiano. A bem da verdade, a análise histórica, como vimos, revela que há sistemas em que sequer há limitação temporal às posições jurídicas, como na Roma das *leges actiones*. Prescrição e decadência, como apropriadamente destaca a doutrina, “são conceitos jurídico-positivos, e não lógico-jurídicos”.⁴²⁶ A distinção se dá por razões práticas. Se há clareza e certeza a respeito da operabilidade de um dos conceitos, a dogmática cumpre bem a sua função.

A simples extinção do direito, pela prescrição ou pela decadência, tem a boa intenção de simplificar o sistema. Esta solução elimina algumas controvérsias e prescinde de figuras mais técnicas como a de ação e de pretensão, mas acaba por criar litígios teóricos sobre tantas outras questões.

Além da dificuldade relacionada à conceituação de decadência, a solução italiana tem o demérito de não permitir visualizar com clareza o momento em que o direito, violado, passa a ser exigível contra terceiros especificamente determinados. O art. 2935, CCI/1942, de forma lacônica indica que a prescrição flui do dia em que o direito pode ser exercido.⁴²⁷

Por outro lado, apesar da preclusão do direito subjetivo, em terras itálicas, não se repete o pagamento feito por dívidas prescritas, regra absolutamente comum nos sistemas de origem romana. O art. 2.940, CCI/1942, estabelece que não é admitida a repetição do que foi espontaneamente pago em adimplemento de um débito prescrito.⁴²⁸ Entretanto, se o direito já estava extinto ou foi extinto pela exceção, a irrepetibilidade do pagamento posterior só pode ser justificada sob a ótica das obrigações morais com feições metajurídicas.⁴²⁹ Na

Importa quanto a esta que um poder se exerça numa certa *distantia temporis*; à prescrição e à preempção, diversamente, importa que uma omissão tenha uma certa duração” (CARNELUTTI, 2006, p. 462).

⁴²⁶ ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 220. Tratando apenas da prescrição, e não da decadência, Judith Martins Costa afirma que “como regular, na minúcia, as duas funções centralmente atribuídas ao instituto da prescrição [punir a inércia e assegurar a certeza do direito] é matéria de política legislativa; tanto assim que os diferentes Códigos as regulam diversamente” (MARTINS-COSTA, 2013, p. 292).

⁴²⁷ Art. 2935, CCI/1942. “*Decorrenza della prescrizione. La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*”.

⁴²⁸ Art. 2.940, CCI/1942, “*Non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto*”.

⁴²⁹ “*La prescrizione estingue il diritto (...); ed opera ipso iure, sia che si badi allo scopo suo di togliere la incertezza dei rapporti giuridichi, sia alle norme sulla rinuncia e sulla rinuncia e sulla capacità necessaria a farla. Estinto in forza della prescrizione un diritto di obbligazione, lascia tuttavia una obbligazione naturale, ed il pagamento che venisse posteriormente fatto dal debitore così liberato, impedisce, se fatto volontariamente e scientemente, la ripetizione del pagato*” (CHIRONI, 1888, p. 178). “*In Italia si è cercato di superare l’impasse considerando che l’estinzione del diritto per prescrizione lascerebbe sopravvivere un’obbligazione naturale*” (RUSCICA, 2015, p. 747).

Itália, o devedor deve alegar a prescrição em exceção. Se o juiz não pode conhecer de ofício a prescrição,⁴³⁰ não há razão para que se julgue procedente o pedido fundado em direito já não existente. Para conciliar essas proposições, a doutrina deve reconhecer que é a exceção, e não a limitação temporal, que extingue o direito, que permanece vigente até encontrar a oposição adequada.⁴³¹

Dessa forma, autores contemporâneos procuram relativizar a solução ali encontrada. Giuseppe Panza indica que as normas do Código são incongruentes e que a definição do art. 2.934, 1, CCI/1942, deve ser relativizada, sem valor de definição, porque a própria natureza teórica da questão exclui uma solução legislativa.⁴³² Serafino Ruscica entende que essa diferença não tem impactos relevantes, pois as soluções encontradas na Itália são equivalentes às aquelas encontradas em outros países europeus.⁴³³

Não nos cabe teorizar sobre o direito estrangeiro, porém, a presente discussão joga algumas luzes sobre a realidade pátria e, por isso, podemos discutir quais seriam as consequências práticas se encampássemos modelo semelhante. De modo mais simples, devemos perguntar se seria válido abandonar as soluções encontradas em 2002, para adotar a prescrição como causa de extinção do direito, deixando de lado as vicissitudes inerentes ao conceito de pretensão?

Antes de responder a essa pergunta retórica, tomemos em consideração dois problemas práticos. Em primeiro lugar, se a prescrição afeta apenas a pretensão, deve ser julgada improcedente a ação que visa obter declaração de inexistência da dívida⁴³⁴. A dívida existe, mas não pode ser exigida. O direito subjetivo permanece nesse estado e, caso haja pagamento, justificada está a transferência patrimonial. Por outro lado, se a prescrição extingue o direito, o pedido deveria ser julgado procedente: a dívida não existe, porque a prescrição lhe pôs termo. Se existe uma obrigação natural que pode ser declarada judicialmente, ora, o não-jurídico tornou-se, paradoxalmente, jurídico.

⁴³⁰ Art. 2.938, CCI/1942. “*Non rilevabilità d'ufficio. “Il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta”.*”

⁴³¹ GIORGI, 1927, p. 221-222 e 238-239.

⁴³² PANZA, 1993, p. 226-261. Sobre o tema, vide ainda THEODORO JUNIOR, 2003, p. 319.

⁴³³ RUSCICA, 2015, p. 746.

⁴³⁴ “Ainda que se considere imperfeita a obrigação referente a dívida prescrita, não há como proceder-se à declaração judicial de sua inexistência, porquanto ainda subsistente a relação de débito e crédito entre as partes originárias (obrigação natural) (...)” (TJDFT, Acórdão n.733755, 20110610028686APC, Rel. Mário Zam Belmiro, 3ª Turma Cível, j. 09/10/2013; no mesmo sentido, TJDFT, Acórdão n.858128, Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira, 3ª Turma Cível, DJ-e de 30/03/2015; TJDFT, Acórdão n.571209, 20100112330272APC, Rel. Luciano Moreira Vasconcellos, DJE: 13/03/2012; TJDFT, Acórdão n.916271, Desembargador João Egmont, 2ª Turma Cível, DJ-e de 15/02/2016).

Em segundo lugar, tome-se o que se passa entre nós quanto a aspectos indiretos da dívida, e que não podem ser abrangidos pela regra de prescrição da exceção. É comum que a participação de certas pessoas em assembleias deliberatórias, de associações ou condomínios,⁴³⁵ esteja condicionada ao pagamento das taxas correspectivas. Em outras palavras, o associado só pode votar se estiver quite com suas obrigações. Não se trata, no rigor da situação de cobrança, mas de suspensão de direitos políticos na esfera assemblear. Se adotado o modelo italiano, não temos dúvida em dizer que, com a prescrição da dívida, já não subsiste motivo para que o devedor esteja impedido de votar. Entre nós, a solução deve ser diversa. Apesar da prescrição, o devedor continua inadimplente e, embora não possa ser cobrado, permanece a suspensão de seu poder de voto.⁴³⁶

Como bem demonstra o exemplo italiano, há inconvenientes diversos na falta de delimitação mais precisa entre os conceitos de prescrição e decadência.⁴³⁷ Não por outro motivo, a tendência internacional é reconhecer que a prescrição tenha apenas efeitos sobre a pretensão ou a ação, mas não sobre o próprio direito.⁴³⁸

§15. A Perspectiva Portuguesa

A exemplo do que ocorreu com o Código Civil francês e com o Código Civil italiano de 1865, o primeiro Código Civil português, de 1867, chamado Código Seabra, deu tratamento conjunto para prescrição aquisitiva e extintiva. O art. 505, CCP/1867, esclarecia que “pelo facto da posse adquirem-se cousas e direitos, assim como se extinguem obrigações pelo facto de não ser exigido o seu cumprimento”.

⁴³⁵ Art. 1.335, CC/2002. São direitos do condômino: (...) III - votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite.

⁴³⁶ Em sentido diverso, a entender que a suspensão do voto é uma forma de cobrança, vide: “Em caso de inadimplência por parte do condômino, o condomínio possui uma série de instrumentos legais para proceder à cobrança de tais valores. Todos voltados, porém, a medidas de índole estritamente pecuniária, tais como a imposição de multa e juros moratórios, conforme prevê os arts. 1.336, § 1º, e 1.337, ambos do CC. 4. Não pode o condomínio tolher o direito de participação e de votos, em razão de dívida que se encontra prescrita, ainda mais se as obrigações condominiais atuais estiverem em dia, uma vez que não é possível utilizar de outros meios e práticas abusivas com o intuito de coagir o condômino devedor a pagar dívida já prescrita” (TJDFT, Acórdão 1171997, 07086916020188070001, Rel. Arnaldo Camanho, 4ª Turma Cível, j. 15/5/2019).

⁴³⁷ “O Código Civil Brasileiro também mostrou acerto ao se afastar do modelo italiano. A ideia de que a prescrição extingue um direito não se mostra coerente com a orientação normativa, já assentada em direito nacional, de que o pagamento de uma dívida prescrita pelo devedor não configuraria um pagamento indevido ou uma situação de enriquecimento sem causa (art. 882, CCB). A dívida prescrita é tão existente como o crédito que lhe é correspectivo, ainda que seja mutilada de qualquer pretensão. Essa precisão conceitual se mostra importante ao se analisar a prescrição sob o aspecto funcional: ao versar sobre a prescrição nunca se teve em mente, pura e simplesmente, criar um impedimento para o credor receber aquilo que lhe é devido. Ainda que porventura isto venha a ocorrer, esta não é a função da prescrição” (LEONARDO, 2010, p. 110).

⁴³⁸ ZIMMERMANN, 2010, p. 129.

Este diploma não contava com uma parte geral, assim, o tema estava inserido no *Título II*, destinado a tratar da aquisição de direitos. Nele, encontravam-se disposições gerais, abrangendo ambas as figuras, mas também específicas para a prescrição positiva (usucapião) e negativa (prescrição). De qualquer modo, a doutrina vinha reconhecendo que não eram apenas os direitos obrigacionais que se sujeitavam à prescrição.⁴³⁹

De modo geral, o devedor em mora poderia eximir-se da obrigação, se estivesse de boa-fé e não lhe fosse exigido o pagamento em vinte anos; sem exigência de boa-fé, em trinta anos (art. 535, CCP/1867).⁴⁴⁰ Havia uma pluralidade de prazos para as diversas situações possíveis.

Um certo tipo de prazo, chamado prescrição presuntiva, fazia prova relativa de pagamento.⁴⁴¹ Assim, a parte prejudicada pela prescrição poderia demonstrar que não recebeu o pagamento, desde que o fizesse por confissão.⁴⁴² As demais hipóteses em que esta prova não se admitia, eram chamadas mais especificamente de prescrições extintivas.

Já então, os portugueses procuravam separar as hipóteses de caducidade e prescrição, discutindo a aplicação em terras lusitanas do modelo alemão, que reserva a decadência para os direitos potestativos.⁴⁴³

A essas duas preclusões temporais, os portugueses acrescentam uma terceira, denominada não-uso, ora aproximando-a da prescrição, ora tratando-a como instituto autônomo. Para Vaz Serra, o não-uso está essencialmente relacionado à extinção dos direitos de reais sobre coisa alheia.⁴⁴⁴ A situação básica por ele analisada via-se refletida no art. 2.279, do Código Seabra, o qual, em sua redação original, estabelecia que “as servidões acabam: (...) pelo não uso, durante o tempo necessário para haver prescrição”.⁴⁴⁵ Argumentava, então, que o prazo não se via sujeito às suspensões e interrupções, nem por

⁴³⁹ VAZ SERRA, 1961, p. 29.

⁴⁴⁰ O art. 535, par. Único, CCP/1867, esclarecia que “a boa-fé, na prescrição negativa, consiste na ignorância da obrigação. Esta ignorância não se presume nos que originariamente contrahiram a obrigação”

⁴⁴¹ Na Itália, ainda hoje há prescrição presuntiva. “*Le prescrizioni presuntive sono prescrizioni brevi (sei mesi, un anno o tre anni, nelle diverse ipotesi), le quali producono una presunzione di soddisfacimento del debito, basandosi sull’uso di estinguere rapidamente determinate obbligazioni della vita quotidiana (artt. 2045, 2955 e 2956, c.c.). Esse sottostanno alle norme generali previste per la prescrizione ordinaria, e quindi, fra l’altro, non sono rilevabili d’ufficio. Contro l’eccezione di prescrizione presuntiva è possibile provare che il debito non è stato estinto solo attraverso il giuramento deferito dalla controparte all’eccipiente (art. 2960 c.c.), oppure l’ammissione in giudizio, da parte dello stesso eccipiente, che l’obbligazione non è stata estinta*” (CIMMA, 1993b, p. 246-247).

⁴⁴² VAZ SERRA, 1961, p. 30.

⁴⁴³ *Idem*, p. 31.

⁴⁴⁴ *Idem*, p. 34-43.

⁴⁴⁵ A partir do Decreto n. 19.126, as servidões extinguem-se “pelo não uso, durante trinta anos, qualquer que seja o motivo e não obstante a incapacidade do proprietário dominante”.

incapacidade. Assim, conclui-se que o legislador tinha duas opções, a primeira em que prestigia a extinção dos direitos reais sobre coisa alheia, fazendo com que o prazo corra sem qualquer tipo de interrupção; a segunda, em que não considera a extinção desses direitos a ponto de lhes subtrair às causas de suspensão e interrupção. Na primeira situação, havia motivos para que o instituto ganhasse autonomia frente à prescrição.

Em linha com a evolução do direito daquele país, o Código Civil português de 1966 (CCP/1966), chamado Vaz Serra, tratou dos efeitos do tempo sobre as posições jurídicas em sua parte geral, consolidando a existência de três figuras distintas: *i)* a prescrição; *ii)* a decadência; e *iii)* o não uso.

Nos termos do art. 298, 1, CCP/1966, “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”. Por outro lado, “quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição” (art. 298, 2, CCP/1966). O não uso refere-se especificamente aos “direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão”, que “não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta de disposição em contrário, as regras da caducidade” (art. 298, 3, CCP/1966).

Não há, como se vê, uma separação clara da decadência, já que a prescrição atinge os próprios direitos, e não a pretensão. A situação é ainda mais singular porque a prescritibilidade ganha foros de regra geral, restando imunes a seus efeitos, excepcionalmente, os direitos indisponíveis e aqueles outros que a lei assim os declare. Do ponto de vista lógico, a caducidade tem campo de aplicação residual. Pode ser regulado por caducidade aquilo que afasta-se da prescrição e do não-uso.

Ocorre que a distinção proposta pela legislação lusitana leva a perplexidades. Se a prescrição sanciona a falta de exercício de um direito, deveria abranger também o não-uso de direitos reais. Por outro lado, a decadência deveria abranger tudo aquilo que, entre nós denominamos termo legal, ou seja, o prazo estipulado em que o titular continuamente exerce um direito sujeito a termo.⁴⁴⁶ Ocorre que, das inúmeras situações ali tratadas como caducidade, a doutrina aponta o não exercício de direitos potestativos como o exemplo mais

⁴⁴⁶ Sobre termo legal, vide §§ 47 e 48.

comum.⁴⁴⁷ O art. 436, 2, CPP/1966, assevera que, “não havendo prazo convencionado para a resolução do contrato, pode a outra parte fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que o exerça, sob pena de caducidade”, sendo que essa situação não pode ser qualificada como a envolver o exercício de direito potestativo.

Nada obstante, António Menezes Cordeiro assevera que “o Direito Português vigente é particularmente claro e seguro”⁴⁴⁸ na contraposição entre prescrição, decadência e não-uso, ao menos mais seguro que o modelo italiano. Ele reconhece que os campos de aplicação da caducidade e da prescrição são tendencialmente distintos, mas logo é obrigado admitir que “não há nenhuma regra absoluta que imponha tais áreas de influência”, sendo que o direito sempre comporta “áreas indefinidas ou de interpenetração”, razão pela qual a distinção tem mais sentido operacional.⁴⁴⁹ No seu entender, alguns critérios ajuntam a distinção, a saber: *i*) prazos convencionais não podem ser prescricionais; *ii*) admite-se prazos decadenciais por convenção, mas a prescrição decorre de lei e é inderrogável; *iii*) prazos designados pela lei como de caducidade são, em princípio, desta natureza; *iv*) não se aplicam as suspensões e interrupções, salvo quando houver caducidade convencional e expresse ajuste das partes nesse sentido; *v*) quando recaem sobre direitos indisponíveis os prazos de caducidade podem ser conhecidos de ofício pelo julgador (a prescrição tem que ser alegada para produzir efeitos);⁴⁵⁰ *vi*) a caducidade têm, em regra, prazos curtos; *vii*) extinguem os direitos, sem deixar obrigação natural em seu lugar.⁴⁵¹

De fato, à semelhança do que ocorre na Itália, o pagamento feito a destempo, para solver dívida prescrita, não dá ensejo à repetição do indébito⁴⁵² por força do reconhecimento da eficácia da obrigação natural. Na lição de Carlos Alberto da Mota Pinto, “as obrigações prescritas passam a constituir obrigações naturais”.⁴⁵³ Essa solução não se aplica, no entanto, para a caducidade, pois a legislação portuguesa não assegura nessa situação a *soluti retentio*.⁴⁵⁴

⁴⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 262.

⁴⁴⁸ *Idem*, p. 255.

⁴⁴⁹ *Idem*, p. 263.

⁴⁵⁰ No mesmo sentido, vide MOTA PINTO, 2012, p. 374-375; ASCENSÃO, 2010, p. 278-279.

⁴⁵¹ MENEZES CORDEIRO, 2017, passim, p. 254-265.

⁴⁵² Art. 304, CCP/66. (Efeitos da prescrição) 1. Completada a prescrição, tem o beneficiário a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito. 2. Não pode, contudo, ser repetida a prestação realizada espontaneamente em cumprimento de uma obrigação prescrita, ainda quando feita com ignorância da prescrição; este regime é aplicável a quaisquer formas de satisfação do direito prescrito, bem como ao seu reconhecimento ou à prestação de garantias. 3. No caso de venda com reserva de propriedade até ao pagamento do preço, se prescrever o crédito do preço, pode o vendedor, não obstante a prescrição, exigir a restituição da coisa quando o preço não seja pago.

⁴⁵³ MOTA PINTO, 2012, p. 374.

⁴⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 264-265.

Outros autores afirmam que na caducidade, “desde o início, constitutivamente, o direito é previsto para vigorar só durante certo prazo”.⁴⁵⁵ Eventualmente, esclarecem que “a prescrição aplica-se aos direitos subjectivos propriamente ditos, enquanto a caducidade visará os direitos potestativos”.⁴⁵⁶

É fácil perceber, dessa forma, que, no sistema português, prescrição e caducidade são duas formas distintas de extinção do próprio direito, não se reconhecendo ali a limitação temporal da pretensão. Em razão dessa característica, a doutrina lança mão de uma série de critérios pontuais, para tentar traçar a distinção. Ocorre que essas características marcam, essencialmente, as consequências que se seguem à natureza decadencial e, se podem auxiliar o aplicador do direito em inúmeras situações, não fornecem alento à teoria e a casos difíceis.

§16. Conclusões parciais

A visão sobre a realidade vivida na Itália e em Portugal permite entender um pouco melhor as escolhas feitas pelo legislador brasileiro em 2002.

A opção pela prescritibilidade da pretensão circunscreve precisamente o campo de atuação deste instituto. Isso deixando espaço para que outras figuras também sejam melhor definidas ao cuidar do efeito do tempo sobre situações jurídicas de natureza diversa. Ganha-se em operacionalidade.

É necessário acrescentar que o texto do Código Civil de 2002 estava absolutamente em linha com a evolução doutrinária sobre o tema. Ao adotar a linha tedesca, o Brasil avançou enormemente em termos de segurança jurídica e operabilidade.⁴⁵⁷

Assim, podemos afirmar, na conclusão deste capítulo que: *(VIII)* há inconvenientes diversos na falta de delimitação dos conceitos de prescrição e de decadência; *(IX)* o Código Civil de 2002 imprimiu segurança e operabilidade ao reconhecer que a prescrição tenha apenas efeitos sobre a pretensão, mas não sobre o próprio direito.

⁴⁵⁵ ASCENSÃO, 2010, p. 280.

⁴⁵⁶ MOTA PINTO, 2012, p. 374.

⁴⁵⁷ Com elogio também de THEODORO JÚNIOR, H. Prescrição e decadência. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 318-319

CAPÍTULO 5

LIMITAÇÃO TEMPORAL AO DIREITO DE AÇÃO

Já tivemos oportunidade de frisar que o direito processual abstrato de ação não está sujeito a prazos. A qualquer tempo, pode-se postular do judiciário a satisfação daquilo que se acredita ser direito. Essa “imprescritibilidade” (seria melhor dizer não sujeição a critérios temporais) decorre do núcleo de proteção do direito fundamental de ação. A lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/1988).

Entretanto, com alguma frequência, o legislador processual estabeleceu prazos para que o demandante pudesse valer-se de determinada ação e rito processual. Usamos genericamente a palavra “processual” para adjetivar esse prazo, na ausência de termo mais adequado. Os prazos para apresentar defesa ou recurso são, de certo, processuais, mas, como veremos, o legislador por vezes exige que o autor, ao demandar, possa se valer de um determinado procedimento, desde que o faça tempestivamente. É especificamente desse prazo processual que cuidaremos.

Pontes de Miranda reconhecia expressamente essa possibilidade, ao asseverar que é possível “haver prazos para ação, sem que com a extinção dela se extinga a pretensão ou o direito subjetivo”.⁴⁵⁸ Sob o Código de Processo Civil de 1973, era tradicional a lição que admitia a ação possessória de força nova, ou seja, cuja turbação ou esbulho tenha ocorrido há menos de ano e dia.⁴⁵⁹ Quando esses requisitos estavam reunidos, o autor poderia valer-se de procedimento mais célere, com acesso claro à tutela antecipada.

Embora essa diferença tenha desaparecido para as ações possessórias, temos ainda hoje regras a impor que o mandado de segurança deve ser impetrado em 120 dias, os

⁴⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 68. “O direito de obter do Estado uma manifestação jurisdicional é imperecível, de forma que o máximo que pode que ocorrer é a impossibilidade da satisfação de uma determinada pretensão por meio de um específico procedimento processual, ante a passagem do tempo qualificada pela inércia do titular, apta a caracterizar a preclusão, a qual, todavia, por si só, não impossibilita o uso abstrato da específica ação ou procedimento” (STJ, REsp 1736091/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019).

⁴⁵⁹ Art. 924, CPC/1973. “Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório”.

embargos de terceiros devem ser opostos em cinco dias⁴⁶⁰ e os embargos do devedor em quinze dias.⁴⁶¹ De modo semelhante, a ação popular e a ação civil pública devem ser ajuizadas em cinco anos.⁴⁶² Problema semelhante, mas não equivalente, vê-se na cobrança das dívidas de cheque, fala-se em prazo de seis meses para ação cambial, de dois anos para ação de enriquecimento sem causa e de cinco anos para ação monitoria.

É certo que esses prazos não afastam o direito constitucional e abstrato de ação, mas possibilitam o acesso a ritos processuais específicos, sem prejuízo daquele, quando o remédio processual é prontamente manejado. A doutrina diverge na explicação da natureza de cada um desses prazos. Há duas tendências principais: de um lado, fala-se que tais prazos são processuais ou preclusivos; de outro, diz-se que são prazos decadenciais. Entre as tendências, eventualmente fala-se em prazos prescricionais.

É preciso analisar com vagar cada uma dessas hipóteses. Para cumprir esse desiderato, passaremos a apresentar o estado atual da discussão relativo a cada um desses institutos, deixando a discussão relevante para o tópico final.

§17. Mandado de segurança

O mandado de segurança é a garantia constitucional que assegura acesso ao Poder Judiciário para proteger direito líquido e certo, não amparado *por habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade pública.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Art. 1.048, CPC/2015. “Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta”.

⁴⁶¹ Art. 738, CPC/2015. “Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”.

⁴⁶² Art. 21, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, “a ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”.

⁴⁶³ Art. 5º, LXIX, CF. “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A doutrina assevera majoritariamente que o mandado de segurança é “uma ação constitucional de rito próprio sumaríssimo, destinada a proteger direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato praticado ilegalmente ou com abuso de poder, concedendo-se a ordem para que o coator cesse imediatamente a ameaça ou violação” (MENEZES DIREITO, C. A. *Manual do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21). Na definição de Hely Lopes Meirelles, o mandado de segurança “é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 717). Diversamente, para José Ignácio Botelho de Mesquita, o mandado de segurança é um instrumento de natureza administrativo-política, em esfera judicial, que tem como objetivo corrigir uma injustiça qualquer,

Nos termos do art. 23, Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, “o direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.⁴⁶⁴

A redação do dispositivo legal indica, conforme a doutrina majoritária,⁴⁶⁵ que o prazo para a impetração do mandado de segurança é decadencial e, conseqüentemente, não se interrompe nem suspende. De modo minoritário, há quem defenda tratar-se de prazo processual preclusivo.⁴⁶⁶

Sob quaisquer hipóteses, a doutrina e jurisprudência vêm reiteradamente concluindo que, decorrido o prazo para impetração do mandado de segurança, nada impede que o mesmo direito material venha a ser vindicado por ação ordinária. A solução é antiga e na Constituição Federal de 1934 era expressa: o mandado de segurança não prejudicava o ajuizamento de outras ações.⁴⁶⁷ Atualmente, o artigo 19, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, ressalta que “a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”.

substituindo-se o ato coator por outro, emanado pelo Poder Judiciário, em posição hierárquica superior (MESQUITA, J. I. B. O Mandado de Segurança: contribuição para o seu estudo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 825, p. 75-89, jul. 2004). Para uma visão geral do instituto, vide WAMBIER, L. R. O mandado de segurança na disciplina da lei 12.016, de 07 de agosto de 2009. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 58, n. 388, p. 25-44, fev. 2010.

⁴⁶⁴ Parte da doutrina, vê inconstitucionalidade no prazo, pois a Constituição Federal não condiciona o direito ao mandado de segurança a prazo. De qualquer forma, o enunciado n. 632 da Súmula do Supremo Tribunal Federal indica que “é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”.

⁴⁶⁵ Vide, por exemplo, MENEZES DIREITO, *op.cit.*, p. 74; MOUTA ARAÚJO, J. H. A decadência no mandado de segurança e suas variáveis. In: MIRANDA, D. G; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. *Prescrição e Decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 251-262; ARRUDA ALVIM, T. C. Prescrição e Decadência. In: *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 679-698 (originalmente publicado em *Revista de Processo*, 29/57, jan./mar. 1983). Na jurisprudência, recentemente o STF destacou que “o novo Código de Processo Civil, ao alterar a sistemática da contagem de prazos, estipulando o cômputo somente dos dias úteis, o fez única e exclusivamente em relação aos prazos processuais, nos termos do parágrafo único do artigo 219. 4. Não se tratando de prazo processual, descabe cogitar a incidência do art. 219 do CPC ao prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias estabelecido para a impetração do mandado de segurança (art. 23 da Lei 12.016/09)” (STF, MS 34941 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, j. 07/11/2017, DJe public. 05.12.2017).

⁴⁶⁶ “Extingue-se o prazo para o exercício do direito de agir por determinado meio processual (mandado de segurança), mas o direito material mantém-se incólume, bastando que o indivíduo busque outro meio de defesa de seu direito” (MACÊDO, P. F. B. O mandado de segurança e o prazo extintivo. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 375-391, set. 2011).

⁴⁶⁷ Art. 113, 33, CF/1934. “Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”. No mesmo sentido, o enunciado n. 304, da Súmula do STF, afirma que “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”. Nesse sentido, vide ARRUDA ALVIM, *op.cit.*, p. 679-698.

Como destaca Sérgio Cruz Arenhart, “ninguém supõe, porém, que a perda desse prazo implique a perda da pretensão material por ele protegida”, pois “a perda do prazo para impetrar o mandado de segurança não inibe o titular do direito de defendê-lo por meio de ação ordinária”.⁴⁶⁸ Mouta Araújo, de forma similar, destaca que “uma coisa é a decadência da utilização do mandado de segurança e outro, completamente diferente, é a prescrição do direito de ação visando, por exemplo, à condenação da fazenda pública a correção de um ato administrativo”.⁴⁶⁹

Assim, se é verdade que há um direito material à segurança, esse direito é meramente ancilar ao crédito propriamente dito, ou seja, ao direito de haver uma prestação do Estado, pois apenas lhe assegura a faculdade processual de vindicar a satisfação da pretensão por um modo específico. Findo o direito à segurança pelo decurso do prazo decadencial, o crédito subsiste e pode ser exercido por um meio processual disponível.

§18. Ação rescisória

Interessa-nos aqui uma breve análise sobre a ação rescisória, para discutir se o prazo a ela associado tem natureza processual ou material. Podemos adiantar, no entanto, que a maioria da doutrina vê aí um prazo material.

Retomemos as noções básicas e históricas deste instituto. Na sintética lição de José Carlos Barbosa Moreira, “chama-se rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”,⁴⁷⁰ o que é possível em hipóteses restritas.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ “Do mesmo modo, o esgotamento do prazo para a ação possessória de força nova só acarreta a inviabilidade de utilizar-se do procedimento especial, sem que se tolha do titular o direito de proteger seu direito por outras vias” (ARENHART, 2014, p. 1175-6).

⁴⁶⁹ MOUTA ARAÚJO, 2013, p. 251. Apesar de serem tratadas como coisas distintas, não se pode deixar de notar que vem prevalecendo o entendimento de que a impetração do *writ* interrompe o prazo prescricional, o que apenas reforça a tese de caráter subsidiário aqui exposta. Confirma-se: “o acórdão segue a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, já declarada em hipóteses semelhantes à dos autos, no sentido de que a impetração do Mandado de Segurança interrompe a fluência do prazo prescricional, de modo que tão somente após o trânsito em julgado da decisão nele proferida é que voltará a fluir a prescrição da Ação Ordinária para cobrança das parcelas referentes ao quinquênio que antecedeu a propositura do writ” (STJ, REsp 1822286/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 22/10/2019, DJe 05/11/2019).

⁴⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 99.

⁴⁷¹ Art. 966, CPC/2015. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso,

Trata-se de meio externo para impugnação de decisões judiciais válidas e de mérito. Diz-se externo, porque a possibilidade de rescisão só surge após o fim do processo, e por isso distingue-se dos recursos. Assim, o sistema processual brasileiro conhece dois meios de impugnação das decisões judiciais: os recursos, notadamente a apelação e o agravo; e as ações autônomas de impugnação. Dentre estas, tem-se a ação rescisória, a *querela nullitatis*⁴⁷² e a ação anulatória para desconstituir decisões homologatórias de acordos.⁴⁷³

Refogem ao escopo da nossa investigação os recursos. O tema aqui não diz respeito ao direito processual. Da *querela nullitatis* como ação declaratória de nulidade, não se deve preocupar por ora, sendo a ela aplicável o que se vai dizer sobre as ações declaratórias em geral.

Pois bem. Há razoável consenso de que, no direito romano do período do *ordo iudiciorum privatorum*, a sentença proferida era irrecurável.⁴⁷⁴ De todo modo, o devedor vencido, não era obrigado a aceitar e dar cumprimento a uma sentença nula. Nessa situação, ele poderia aguardar o pedido do credor para cumprimento da sentença (*actio iudicati*) e, então, alegar a nulidade (*infinitio*). Embora haja controvérsia, para alguns autores, já no *ordo privatorum*, o devedor tinha a possibilidade de se adiantar e postular que a sentença fosse declarada nula. Para tanto, realizava um depósito e, caso sucumbisse, pagaria o dobro. Esse era a *revocatio in duplum*.⁴⁷⁵

Ao lado desses institutos, a *restitutio in integrum* passou a exercer papel peculiar no campo da impugnação das decisões judiciais.⁴⁷⁶ Seu objetivo não era propriamente o de reconhecer a nulidade da sentença, mas de invalidar decisões iníquas. Trata-se de remédio excepcional, concedido como *auxilium extraordinarium*, para corrigir situações de grande

capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”.

⁴⁷² “O princípio da fungibilidade autoriza que a *querela nullitatis* assumam também a feição de outras formas de tutela - incluindo a ação rescisória -, cuja escolha dependerá da situação jurídica em que se encontrar o interessado no momento em que toma conhecimento da existência do processo (concurso eletivo): se antes do prazo de dois anos, previsto no art. 495 do CPC/73, caberá ação rescisória ou ação de nulidade; se depois de transcorrido o biênio, somente esta, já que não é atingida pelos efeitos da decadência” (STJ, REsp 1600535/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 15/12/2016, DJe 19/12/2016).

⁴⁷³ Art. 966, § 4º, CPC/2015. Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

⁴⁷⁴ A partir do principado se admite, excepcionalmente, a revisão das sentenças. Para uma discussão pormenorizada, vide AMELOTTI, 1958, p. 144.

⁴⁷⁵ Vide a discussão desse ponto em AMELOTTI, *op.cit.*, p. 145-147; LOBO DA COSTA, M. *Revogação da Sentença*. São Paulo: Edusp/Ícone, 1995, p. 11-24 e 57.

⁴⁷⁶ Amelotti articula esses institutos, afirmando que a *restitutio in integrum* voltava-se contra sentenças absolutórias, já que as condenatórias poderiam ser questionadas, quando da execução (*actio iudicati*) pela *infinitio* ou ativamente pela *revocatio in duplum* (*op.cit.*, p. 145).

injustiça, como daqueles que, por serem menores, estarem afastados por medo ou a serviço do Estado, viam seus direitos perecerem. Sua utilização possibilitava que os prejudicados fossem restituídos a sua situação anterior, invalidando contratos e outras situações jurídicas, mas com o tempo admitiu-se alguma flexibilidade a permitir sua aplicação para além dos casos expressos no edito, inclusive contra situações judiciais. Então, a *restitutio in integrum* passou a ser utilizada como forma de impugnar decisões judiciais iníquas, formando o embrião histórico da atual ação rescisória.⁴⁷⁷

A semelhança do que hoje se vê, o procedimento se desenrolava, em muitos casos, mas não em todos, em duas fases distintas. Na primeira, havia o *ius rescindens*, em que se avaliavam as causas e possibilidade de rescisão; na segunda, o *ius iudicium restitorium* ou *rescissorium*, no qual se realizava o novo julgamento e restituição das partes ao *status quo ante*.⁴⁷⁸ Em sua origem, esta ação impugnativa deveria ser ajuizada em um ano (*annus utilis*),⁴⁷⁹ mas o prazo foi estendido por Constantino.⁴⁸⁰ Justiano procedeu à unificação de diversas hipóteses em torno do *quadriennium continuum*.⁴⁸¹

Note-se que a possibilidade da *appellatio surge extra ordinem*, pois só então a sentença passou a ser proferida por um funcionário estatal, e não pelos *iudex*, com

⁴⁷⁷ José Carlos Barbosa Moreira aponta uma origem mista, na *querela nullitatis* medieval e na *restitutio in integrum romana*, figuras que teriam desaparecido na maioria dos ordenamentos, sendo aí a apelação a única forma de impugnação de uma decisão judicial. A duplicidade de meios impugnatórios persistiria, na lição do processualista carioca, no Brasil, em Portugal e na Alemanha (*reschtmittel, nichtigkeitsklage e restitutionsklage*). Entre nós, as hipóteses da *querela nullitatis* medieval teriam sido incorporadas pela rescisória. Como não há menção no texto à *revocatio in duplum*, é razoável presumir, dado o claro caráter de ação impugnatória, que o autor ignorava o tema ou não aceitava a origem clássica do instituto (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 100-103). A origem da controvérsia está no fato que as poucas menções ao uso da *revocatio in duplum* estão na lição de Paulo. Em Paul. Sent. 5, 5a, 8), que chegou a nós no Breviário de Alarico (*Lex Romana Visigothorum*, ano 506), lê-se: *res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest nec o nomine in duplum revocare. Longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, inter absentes vicennii computatur*. Amelotti esclarece que o primeiro trecho aparenta ser legítimo, concedendo ao juiz a faculdade de avaliar, caso a caso, quanto é razoável esperar (*longum silentium*). A segunda frase, claramente interpolada, revela a evolução posterior da prescrição e sugere ao interprete que o *longo silentia* seja de 10 anos entre presentes e vinte entre ausentes (*op.cit.*, p. 147/146). Ao se considerar o trecho autêntico, remete-se o instituto ao período clássico; caso contrário, ao reconhecer interpolação ou inautenticidade, termina-se por reconhecer seu uso apenas na baixa idade média. De qualquer forma, é inegável que no sistema brasileiro atual a ação rescisória depende de depósito prévio, que se perde em caso de total improcedência, a semelhança do que se via *revocatio in duplum*. Nos termos do art. 968, CPC/2015, “a petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor: I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento do processo; II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente”.

⁴⁷⁸ LOBO DA COSTA, 1995, p. 40.

⁴⁷⁹ D, 4, 4, 19.. Nesse sentido, *vide* LOBO DA COSTA, *op.cit.*, p. 49.

⁴⁸⁰ Para as hipóteses em que a *restitutio* envolvia os menores, os prazos passaram a ser de cinco anos em Roma ou a cem milhas da cidade; de quatro anos no resto da Itália e de três anos em outras províncias (conf. LOBO DA COSTA, *idem*).

⁴⁸¹ C, 2, 52(53), 7 Nesse sentido, *vide* ainda AMELOTI, *op.cit.*, p. 151; LOBO DA COSTA, *op.cit.*, p. 50.

possibilidade de reclamação ao superior do pretor, o prefeito ou outra autoridade equivalente e, então, ao próprio Imperador.⁴⁸² O recurso deveria ser interposto oralmente no dia em que proferida a sentença ou, por escrito, em dois ou três dias,⁴⁸³ passando a dez dias no período justianeu.⁴⁸⁴

Essa duplicidade de remédios contra a sentença persiste no período Justianeu, quando as sentenças válidas eram apeláveis e as nulas, impugnáveis.⁴⁸⁵ Tudo indica que se mantêm aí duas possibilidades: perpétua de *infitiatio* e temporária de *revocatio in duplum*. Quanto à *restitutio in integrum*, na medida em que se ordinariza o uso da apelação, seu papel vai aos poucos sendo reduzido, para reverter decisões contra as quais não cabia recurso ou para obter restituições de prazos. Suas hipóteses de incidência acabam sendo limitadas e passam a abranger a falsidade da prova⁴⁸⁶ e o surgimento de novos documentos.⁴⁸⁷ De todo o modo, a *restitutio* não desapareceu mesmo no período romano tardio.⁴⁸⁸

Superado o panorama histórico, tem-se que o prazo para ajuizamento da ação rescisória é de dois anos e essa regra persiste entre nós desde 1973. Em 2015, o legislador de forma absolutamente coerente estipulou termos iniciais diversos, para as hipóteses em que é possível a rescisão, mas nunca admitindo que o lapso temporal se estenda por mais de cinco anos. Seguiu-se o modelo adotado em outros países e a sugestão da doutrina,⁴⁸⁹ sem deixar em aberto por longo tempo a possibilidade de revisão da coisa julgada.

Assim, no quadro atual, “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (art. 975, CPC/2015),⁴⁹⁰ o que pode ser prorrogado “até o primeiro dia útil imediatamente subsequente” quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense (art. 975, §1º, CPC/2015). Caso a rescisória tenha por fundamento a prova nova, este duênio conta-se da data em que houve descoberta da prova nova, “observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (art. 975, §2º, CPC/2015). Por fim, “nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio

⁴⁸² Como em D, 4, 4, 38, em que se menciona apelação ao pretor, ao prefeito e, então, ao Imperador.

⁴⁸³ D, 49, 1, 5, 4. Conf. AMELOTTI, *op.cit.*, p. 152.

⁴⁸⁴ Novella 23, ano 536.

⁴⁸⁵ D, 49, 1, 19

⁴⁸⁶ D, 42, 1, 33. Nesse sentido, *vide* ainda, LOBO DA COSTA, *op.cit.*, p. 61.

⁴⁸⁷ D, 42, 1, 35 e C, 7, 52, 4.

⁴⁸⁸ Para detalhes dessa evolução, *vide* LOBO DA COSTA, *op.cit.*, p. 59-60.

⁴⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 215.

⁴⁹⁰ Art. 495, CPC/1973. “O direito de propor ação rescisória se extingue em dois (2) anos, constados do trânsito em julgado da decisão”.

no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão” (art. 975, §3º, CPC/2015).

O termo inicial é tradicionalmente compreendido como o “dia em que a sentença rescindenda (ou a parte rescindenda da sentença) transitou em julgado (não no dia em que ela foi publicada, podendo as datas coincidir ou não...)”.⁴⁹¹ Ao longo dos anos esclareceu-se que “o termo ‘*a quo*’ para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível”.⁴⁹² Na contagem, sem controvérsias, inclui-se o dia do começo.⁴⁹³

Ainda ao tratar do termo inicial, a doutrina e jurisprudência divergiam sobre como deve se dar a contagem do prazo no caso de haver decisão parcial de mérito. Pode ocorrer que o mérito seja decidido ao longo do processo em decisões parciais, como é o caso ordinariamente da ação em que se exigem contas. Nessa situação, havia quem decidisse que a rescisão deveria ser ajuizada em dois anos desde que a primeira decisão transitou em julgado. Essa visão parece estar superada, pois o art. 975, CPC/2015, indicou precisamente que o duênio conta-se “do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 215.

⁴⁹² STJ, REsp 1112864/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 19/11/2014, DJe 17/12/2014. Restou superado, portanto, o entendimento que afirmava que “o dies a quo do direito de propor ação rescisória é o dies ad quem do prazo do recurso que, abstratamente e em tese, poderia ser interposto, ainda que não tenha sido exercitado” (STJ, REsp 12.550/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 04/11/1996). Deveria também estar superado o entendimento que preconizava ser o termo inicial o dia seguinte ao trânsito em julgado, expressão que não se vê na lei. Sem razão, portanto, a 3ª Seção do STF Justiça quando afirma que “o prazo bienal previsto no art. 495 do Código de Processo Civil/1973 para propositura da ação rescisória conta-se a partir do dia seguinte ao trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos, ou seja, quando não for cabível a interposição de nenhum recurso pelas partes litigantes” (AR 3.381/RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 3ª Seção, j. 27/02/2019, DJe 12/03/2019). Com mais precisão sobre o entendimento prevalecente, a 3ª Turma da mesma Corte já asseverou que “a decadência do direito de desconstituir, em ação rescisória, a coisa julgada material implementa-se no prazo de dois anos iniciado no dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial” (REsp 1600535/RS, Rel. Min. Nancy Andrigli, 3ª Turma, j. 15/12/2016, DJe 19/12/2016). *Vide*, em particular sobre esse tema, MIL HOMENS MOREIRA, F. Algumas nótulas a respeito da discrepância dos entendimentos atuais do STJ e do STF quanto ao início do prazo para a propositura da ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 33, v. 164, out. 2008, p. 309-314.

⁴⁹³ “(...) O prazo decadencial para propositura de ação rescisória começa a correr da data do trânsito em julgado da sentença rescindenda, incluindo-se-lhe no cômputo o dia do começo, e sua consumação deve pronunciada de ofício a qualquer tempo, ainda quando a tenha afastado, sem recurso, decisão anterior” (STF, AR 1412, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 26/03/2009, DJe 25-06-2009, public. 26-06-2009).

⁴⁹⁴ O Enunciado n. 401 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça chegou a estabelecer que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. O STF, por sua vez, destacava que “os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória” (STF, RE 666589, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 25/03/2014).

O prazo, por sua vez, diz-se uniformemente ser decadencial,⁴⁹⁵ reconhecendo-se no plano material um direito potestativo à rescisão da sentença viciada.⁴⁹⁶ De modo minoritário e impreciso, eventualmente afirma-se que o prazo tem natureza processual, sem razão.⁴⁹⁷

Não exercido este direito, extingue-se a possibilidade de rescisão, isto é, de desconstituição do julgado. Na lição de Barbosa Moreira, “o direito à rescisão constitui exemplo típico de direito potestativo só exercível pela via judicial”.⁴⁹⁸ A doutrina indicava que, dada essa natureza, o prazo não estava sujeito à suspensão ou interrupção, mas é certo que o Código de Processo Civil em 2015 alterou essa circunstância, para permitir a prorrogação quando o último dia do prazo caía em dia que não é útil. A lei acolheu, assim, o entendimento que a jurisprudência já vinha expressando e segundo o qual “o termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente”.⁴⁹⁹ Com isso, consumada a decadência, tem-se aquilo que é eventualmente denominado “coisa julgada soberana”, imune à rescisão.

No que nos interessa mais de perto, tem-se aqui, à semelhança do que se viu no mandado de segurança, a existência de um direito material cuja função é exclusivamente judicial, com a diferença que aqui está-se a permitir a desconstituição de uma decisão judicial definitiva.

§19. Ação popular

Na antiga lição, populares são as ações “que podem sêr intentadas por qualquer pessoa do povo, para conservação ou defesa de cousas públicas”,⁵⁰⁰ razão pela qual constitui manifestação direta da soberania popular e meio de tutela de interesse transindividual. Seabra Fagundes, trata-a como aquela em que um particular “provoca o pronunciamento do

⁴⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 216-218; No mesmo sentido, *vide* ARRUDA ALVIM, 2011, p. 679-698; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 521; CARREIRA ALVIM, J. E. *Ação Rescisória Comentada*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 200.

⁴⁹⁶ “A Corte Especial desta Corte Superior firmou entendimento segundo no sentido de que o prazo decadencial da ação rescisória, de natureza processual, se inicia no dia seguinte ao trânsito em julgado do acórdão rescindendo e, findando-se em feriado ou final de semana, é prorrogado para o dia útil subsequente” (STJ, REsp 1210186/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 22/03/2011, DJe 31/03/2011).

⁴⁹⁷ STJ, REsp 1210186/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 22/03/2011, DJe 31/03/2011.

⁴⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 217.

⁴⁹⁹ STJ, REsp 1112864/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, j. 19/11/2014, DJe 17/12/2014.

⁵⁰⁰ CORREA TELLES, J. H. *Doutrina das Acções*: acomodada ao Fôro do Brazil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: Garnier, 1880. p. 13.

órgão julgante (em nosso regime político o Poder Judiciário) sobre atos ou abstenções da Administração Pública, que, não ferindo direito seu, afetem, de qualquer modo, o direito objetivo no que concerne aos serviços públicos, ao domínio do Estado, às servidões administrativas e às obrigações públicas”.⁵⁰¹

A origem deste instituto remonta ao período romano,⁵⁰² porém não é pertinente realizar minuciosa reconstituição histórica. Com um conceito mais específico e contemporâneo, a ação popular foi prevista inicialmente em nosso direito pela Constituição Federal de 1934,⁵⁰³ abolida em 1937, e restabelecida pela Constituição Federal de 1946.⁵⁰⁴ Então, seu objeto era limitado à proteção do patrimônio público. Desde sua criação até 1965, a ação popular foi largamente utilizada independentemente de prévia regulamentação, pois se entendeu ser dispositivo constitucional autoaplicável.

Com o advento da Lei nº 4.717/65, de 29 de junho de 1965 (Lei de Ação Popular – “LAP”), destacou-se que qualquer cidadão poderia pleitear a invalidade de atos lesivos ao patrimônio público, da administração direta ou indireta, dos serviços sociais autônomos e de entidades subvencionadas pelos cofres públicos. Alargou-se um pouco o conceito de patrimônio público, para nele incluir não só os bens de conteúdo econômico, mas também de valor artístico, estético e histórico. Uma ampliação ainda maior viria com a promulgação da Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977, para abranger o patrimônio turístico.

A atual Constituição Federal ampliou significativamente seu objeto, estabelecendo, no art. 5º, LXXIII, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à

⁵⁰¹ FAGUNDES, M. S. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-19, out. 1946. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<https://bit.ly/2MGnWrl>>. Acesso em: 17 set. 2019. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9569>>.

⁵⁰² José Afonso da Silva indica que a origem desta garantia política remonta ao período romano (SILVA, J. A. Comentário Contextual à Constituição. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 173). Para um apanhado histórico e origem romana do instituto, vide MANCUSO, R. C. Ação Popular. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. 9. São Paulo: RT, 2011, p. 91-106. Para alguns exemplos da prática do instituto na última metade do século XX, vide BARBOSA MOREIRA, J. C. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. 9. São Paulo: RT, 2011a. p. 107-125.

⁵⁰³ Art. 113, §38, CF/1934 “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

⁵⁰⁴ Art 141, §38, CF/1946. “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A doutrina indica que, por meio da ação popular, qualquer cidadão pode buscar a “invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão”.⁵⁰⁵

Trata-se de remédio constitucional, que assegura a participação popular no controle da coisa pública, detendo legitimidade a qualquer eleitor⁵⁰⁶ para a tutela de bens públicos, não se admitindo, no entanto, que seja utilizada como sucedâneo de mandado de segurança⁵⁰⁷ ou de ação de inconstitucionalidade.⁵⁰⁸

Não estamos, portanto, diante de direito subjetivo do cidadão, mas de sua legitimação extraordinária para, em nome próprio, defender interesse indivisível da coletividade. Pela ação popular, “não se amparam direitos próprios, mas sim direitos da comunidade”, sendo o povo “titular do direito subjetivo ao governo honesto”.⁵⁰⁹

Naquilo que mais de perto nos interessa, estabeleceu o art. 21, LAP, que “a ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”. Apesar de poder ter conteúdo declaratório, desconstitutivo e condenatório, como todos os processos e não obstante se afirmar com frequência que é imprescritível o dano ao erário, o STF vem aplicando o referido prazo, sem ressalvas.⁵¹⁰ O Superior Tribunal de Justiça (STJ), desde o seu surgimento após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem igualmente asseverando que, decorrido o quinquênio, já não é possível o ajuizamento da ação.⁵¹¹

⁵⁰⁵ PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 748.

⁵⁰⁶ Art. 1, § 3º, LAP “A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”.

⁵⁰⁷ Enunciado nº 101 da Súmula do STF: “O mandado de segurança não substitui a ação popular”.

⁵⁰⁸ “(...) A ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (cf, art. 5., LXXIII)” (STF, ADI 769 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 22/04/1993, DJ 08.04.1994).

⁵⁰⁹ LOPES MEIRELLES, H. Ação popular e sua lei regulamentar. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. 9. São Paulo: RT, 2011. p. 35-45.

⁵¹⁰ “Ação popular. Prazo prescricional. Nos termos do art. 21, da lei 4.717/65, o prazo prescricional da ação popular e de cinco anos. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF. RE 78250, Rel. Min. Oscar Correa, 1ª T, j., 17/08/1982, DJ 03.09.1982).

⁵¹¹ “PROCESSO CIVIL. AÇÃO POPULAR. PRESCRIÇÃO. I - A Lei de regência da ação popular estabelece o prazo limite de 05 anos para que se intente referida ação. Superado tal prazo, é de se ter como prescrita a ação, a teor da Lei 4.717/65. II - Improvimento do recurso” (STJ, REsp 185/GO, Rel. Ministro Armando Rolemberg, Rel. p/ Acórdão Min. Pedro Acioli, 1ª Turma, j. 27/09/1989, DJ 30/10/1989).

Para chegar a essa conclusão, a jurisprudência vem destacando que a ação popular pressupõe a desconstituição de um ato administrativo⁵¹² e, com isso, o referido prazo haveria de ter natureza decadencial.⁵¹³ Eventualmente, se reconhece que a ação popular, quanto ao seu pedido condenatório, é imprescritível quando visa ressarcir o dano ao erário.⁵¹⁴

Como os pressupostos teóricos dessas conclusões não estão claros, é necessário tomar essas conclusões com maior atenção. Sob uma primeira perspectiva, a limitação temporal poderia incidir sobre o direito político de controle de atos estatais, tal como ocorre no mandado de segurança, e aí teríamos um prazo com natureza decadencial.⁵¹⁵ Essa não parece ser, no entanto, a solução mais adequada, pois na ação popular a participação do Ministério Público é fundamental e, mais que isso, pode ele levar a cabo o controle da administração pública, caso haja desistência da ação por parte do particular.⁵¹⁶

Com isso, não há propriamente direito subjetivo particular à participação política, mas direito de substituir o Estado na tutela judicial de seus interesses, de modo que, em legitimação extraordinária, defenda-se a propriedade administrativa como interesse transindividual. De qualquer forma, nada impede que este direito transindividual esteja sujeito a prazo, no que teria natureza decadencial. Caso se imagine um direito coletivo cuja pretensão esteja sujeita a prazo, aí sim teríamos a natureza prescricional.

⁵¹² “A sentença na ação popular constitucional apresenta dupla natureza: desconstitutiva e condenatória” (MANCUSO, R. C. *Ação Popular*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015, item 8.1, *eBook*).

⁵¹³ “É verdade que a Ação Popular encarta pretensão dual (desconstituição e condenação). Todavia, cuida-se de dualidade dependente, pois a condenação ao ressarcimento do dano ao Erário depende do anterior desfazimento de ato/contrato tido por ilegal e lesivo. 9. Nesse afã, em referência à prescrição e à decadência - e de acordo com a tradição civilista -, o pedido de desconstituição se submete a prazos decadenciais, ao passo que a pretensão condenatória de ressarcimento do dano causado ao Erário se atrela a prazos prescricionais. 10. O art. 21 da Lei 4.717/1965 estabelece que a ação popular prescreve em cinco anos. Todavia, trata-se de prazo decadencial, visto que o pronunciamento jurisdicional proferido na Ação Popular se reveste de eficácia constitucional negativa e condenatória, mas aquele aspecto precede a este, na medida em que a condenação se apresenta como efeito subsequente e dependente da desconstitutividade (REsp. 258.122/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 5.6.2007)” (STJ, REsp 1811825/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 25/06/2019, DJe 28/06/2019).

⁵¹⁴ Com. STJ, AgRg no REsp 1159598/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª T., j. 16/09/2014, DJe 26/09/2014. “A ideia de iniciativas judiciais imprescritíveis, exercitáveis a qualquer tempo, que ficam assim “em aberto”, sinalizando para um ponto futuro indefinido, não se coaduna com o princípio da segurança jurídica, nem com a credibilidade social das decisões judiciais, nem tampouco com o tratamento igualitário devido às partes no processo, donde, aliás, o jargão, de livre curso no foro: *dormientibus non succurrit jus*. Especialmente, cuidando-se da iniciativa para a realização prática de título judicial condenatório, que pressupõe o acerto da lide, com a eliminação da incerteza antes reinante. Ao propósito, afirma Pedro Roberto Decoma *In*: “A única pretensão administrativa passível de ser manifestada em ação popular e que não fica sujeita à prescrição, como se viu, é aquela relacionada a ressarcimento de danos patrimoniais ao Erário, alforriada à prescrição expressamente pelo parágrafo 5.º, do art. 37 da Constituição Federal” (MANCUSO, 2015, item 8.2).

⁵¹⁵ *Vide* discussão no item § 12 acima.

⁵¹⁶ Art. 9º, LAP. “Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”.

Embora o regime das invalidades administrativas não seja exatamente análogo ao do direito privado, também poder-se-ia ver aí uma limitação temporal a esta faculdade, de desconstituir o ato administrativo por sua invalidade.⁵¹⁷ Também aí haveria um prazo decadencial à semelhança do que se vê nas ações desconstitutivas por anulabilidade, com a peculiaridade de que, em alguma medida, poderia haver a imprescritibilidade dos danos ao erário.⁵¹⁸

A jurisprudência não é, entretanto, clara a este respeito, tampouco a doutrina.⁵¹⁹ Caso esse prazo tenha natureza prescricional, só é possível concebê-lo como a atingir uma pretensão coletiva ao governo honesto. Caso tenha natureza decadencial, estaria a afetar um direito subjetivo qualquer, não lhe sendo aplicáveis as causas de suspensão e interrupção.

§20. Ações coletivas

A teoria da prescrição, formada na primeira metade do século XX para solucionar litígios individuais, passou a ser testada ao final daquele período para processos de configuração diversa, que até então não existiam, para a solução de litígios coletivos.

A doutrina pátria vem distinguindo, desde o advento da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) e do Código de Defesa do Consumidor, os interesses individuais dos coletivos *lato sensu*, também denominados transindividuais ou metaindividuais. Estes últimos, sendo de titularidade de um número indeterminado de pessoas, de grupos ou classes de indivíduos, “excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público”.⁵²⁰

Os interesses transindividuais compreendem, mais especificamente, os difusos, isto é, aqueles de titularidade de grupo indeterminável de pessoas, e os coletivos, de titularidade de um grupo determinável ou determinado de pessoas. Ambos, difusos e coletivos, têm satisfação unitária, de modo que satisfeito o interesse para um membro da comunidade, está ele automaticamente satisfeito para todos.⁵²¹ O art. 81, parágrafo único, CDC, estabelece que

⁵¹⁷ Vide discussão sobre as ações declaratórias no § 36 abaixo.

⁵¹⁸ Sobre imprescritibilidade dos danos ao erário, vide discussão no § 45 abaixo.

⁵¹⁹ GOMES JUNIOR, L. M.; NASSER FERREIRA, J. S. A. B.; CHUEIRI, M. F. Aspectos da Prescrição na Ação Popular e a Regra do art. 37, § 5º, da CF. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. 9. São Paulo: RT, 2011. p. 835-856.

⁵²⁰ MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

⁵²¹ Na lição original de Chiovenda, “vi sono norme che regolano l’attività pubblica per il conseguimento d’un bene pubblico; proprio cioè di tutti insieme i cittadini, della collettività (tale è l’interesse ad avere un buona administração, un buon esercito, buone fortificazioni; l’interesse al mantenimento delle strade pubbliche e simili). Da queste norme nascono diritti collettivi (o diritti civici generali), i quali sono così diffusi sopra un numero indeterminato di persone, che non si individualizzano in nessuna di queste in particolare: il singolo

interesses difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Coletivos são interesses “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Os interesses individuais, por sua vez, podem ser únicos ou podem se repetir com razoável frequência num grupo de pessoas. Tome-se, por exemplo, consumidores que adquirem produtos específicos e individuais de um mesmo fornecedor, mas que sofrem danos de maneira uniforme em razão de um defeito que se repete em série. Esses interesses, apesar de sua individualidade, podem receber trato processual coletivo e, nesse caso, são ditos “interesses ou direitos individuais homogêneos”, porque “decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, III, CDC).

Com essas diferenças em mente, a doutrina procura replicar as posições jurídicas que identificou nas relações jurídicas individuais nas relações jurídicas coletivas. Fala-se, dessa forma, em direitos coletivos, pretensões coletivas e em ação coletiva.⁵²²

Daí ser legítimo perguntar se as pretensões coletivas sujeitam-se a prazo. Na ausência de regra específica, haveria de valer o prazo decenal do art. 205, CC/2002. No entanto, a jurisprudência vem, ao longo dos anos, tentando unificar o sistema de tutela coletiva, adotando como parâmetro o prazo quinquenal da ação popular.⁵²³ O STJ vem reconhecendo que a ação civil pública e a ação popular “fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos” e que, na falta de prazo prescricional específico, deve-se valer da analogia para reconhecer “o prazo quinquenal para a prescrição das ações civis públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo*”.⁵²⁴

nono può farli valere, a meno che la legge gli conceda di farsi organo della colettività” (CHIOVENDA, 1935, p. 5).

⁵²² PEREIRA, M. C.; MACÊDO, L. B. Da prescrição e outros equívocos em matéria de processo coletivo: ainda o precedente do STJ em sede de expurgos inflacionários. In: MIRANDA, D. G.; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. *Prescrição e Decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 385.

⁵²³ Art. 21, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, “a ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”. A ação popular foi prevista inicialmente em nosso direito pela CF/1934, abolida em 1937, e restabelecida pela CF/1946.

⁵²⁴ STJ, REsp 727.131/SP, Rel. Mini. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11/03/2008, DJe 23/04/2008. No mesmos sentido, *vide*: “2. 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. Precedentes” (STJ, REsp 764.278/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 22/04/2008, DJe 28/05/2008) “(...) 14. Nas ações coletivas, incide o prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) ante a ausência de previsão tanto no CDC quanto na Lei nº 7.347/1985” (STJ, REsp 1304939/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 05/02/2019, DJe 06/03/2019).

Com o tempo, essa conclusão passou a ser extrapolada para além dos casos transindividuais, atingindo também os direitos individuais homogêneos.⁵²⁵ Tome-se como exemplo a situação dos expurgos inflacionários. Como se sabe, desde a década de 1980, inúmeros planos econômicos foram implementados por governos diversos e eles, em regra, buscavam regular os efeitos da inflação sobre o poder de compra da moeda. Viu-se de tudo nesse campo, notadamente a criação, extinção e imposição de certos índices de correção monetária, mas também houve congelamento de preços, empréstimos compulsórios, confisco de patrimônio privado, dentre outras medidas.

Como resultado, milhares de demandas foram ajuizadas perante o Poder Judiciário nas décadas seguintes. Esses processos buscavam, em regra, reaver perdas econômicas. Os prejudicados valeram-se de ações individuais e de ações coletivas. Por meio de processos coletivos, representantes adequados, legitimados por lei, buscaram tratamento homogêneo para direitos individuais violados.

Após o julgamento de milhares de ações, formaram-se duas conclusões relevantes para fins de prescrição:

- i) o prazo prescricional é de vinte anos nas ações em que se discutem os critérios de remuneração de caderneta de poupança;⁵²⁶
- ii) “a Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional

⁵²⁵ A jurisprudência não vem destacando, no entanto, a distinção entre pretensões coletivas declaratórias, constitutivas e condenatórias.

⁵²⁶ “A jurisprudência do STJ vem exaustivamente pontuando que o prazo prescricional para buscar a diferença remuneratória dos saldos de poupança atingidos pelos expurgos ocasionados com a implementação dos vários planos econômicos, nas ações individuais, é de vinte anos. ‘A orientação de prescrição vintenária aplica-se às ações individuais relativas a todos os Planos Econômicos em causa, visto que a natureza jurídica do depósito e da pretensão indenizatória é neles, no essencial, a mesma, valendo, pois, a regra *'ubi eadem ratio ibi eadem dispositio'*. [...] A parte correspondente à correção monetária não creditada, objeto do litígio, visa, apenas, a manter a integridade do capital, não se tratando de parcela acessória, e os juros, incidentes sobre o principal não pago, no caso, recebem idêntico tratamento” (STJ, REsp 1.107.201/DF, Segunda Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 6/5/2011, grifos nossos). Os juros remuneratórios dos saldos das cadernetas de poupança capitalizam-se mensalmente, integrando-se ao capital, não havendo guarida jurídica a tese recursal que insiste em lhes atribuir natureza acessória, razão pela qual, tal como se dá com a correção monetária, incide a prescrição do art. 177, CC/1916, o prazo prescricional vintenário. Precedentes” (STJ, AgRg no Ag 1298065/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 18/06/2013, DJe 01/07/2013; No mesmo sentido, dentre inúmeros outros, vide STJ, REsp 1133872/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, 2ª Seção, j. 14/12/2011, DJe 28/03/2012).

para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/65”.^{527, 528, 529}

Isso significa, em termos práticos, que o mesmo titular de um direito, que pretendesse haver valores que não lhe foram pagos, teria dois caminhos para deduzir sua pretensão em juízo, por ação individual ou coletiva, sendo que os prazos aplicáveis seriam diversos a depender de sua opção.

§21. Discussão

A análise da diversidade de prazos nessa multiplicidade de exemplos permite extremar as seguintes hipóteses: *i*) estamos diante de *prazos processuais próprios* em que um mesmo crédito, com uma única pretensão, pode ser exigido mediante procedimentos processuais diversos, cada um com seu prazo; *ii*) existem direitos materiais cuja função é viabilizar o acesso à justiça, podendo se falar em *direito material com função processual*; e *iii*) há situações em que os diversos direitos em jogo autorizem que cada um tenha sua própria pretensão.

⁵²⁷ “1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65. 2. Embora o direito subjetivo objeto da presente ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição. 3. Em outro ângulo, considerando-se que as pretensões coletivas sequer existiam à época dos fatos, pois em 1987 e 1989 não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos individuais homogêneos, tutela coletiva consagrada com o advento, em 1990, do CDC, incabível atribuir às ações civis públicas o prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 CC/16. 4. Ainda que o art. 7º do CDC preveja a abertura do microsistema para outras normas que dispõem sobre a defesa dos direitos dos consumidores, a regra existente fora do sistema, que tem caráter meramente geral e vai de encontro ao regido especificamente na legislação consumerista, não afasta o prazo prescricional estabelecido no art. 27 CDC. 5. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 1070896/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 14/04/2010, DJe 04/08/2010).

⁵²⁸ De forma análoga, passou-se a entender que “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” (STJ, REsp 1273643/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, j. 27/02/2013, DJe 04/04/2013).

⁵²⁹ Em sentido aparentemente oposto, *vide*: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AÇÃO REVISIONAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. PRESCRIÇÃO DECENAL. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. O prazo prescricional de demanda em que se busca a revisão de cláusula contratual de plano de saúde é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do Código Civil. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 559.288/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma, j. 08/03/2016, DJe 14/03/2016).

Na realidade, existe um quarto problema, diverso deste, em que, embora haja apenas um crédito, poderia daí advir mais de uma pretensão, situação que exige esclarecimento sobre quantas pretensões podem surgir de uma mesma violação do direito e qual o critério para identificá-las. Trataremos da *concorrência de pretensões*, mais adiante, em capítulo próprio.

Tomemos separadamente cada uma dessas três primeiras situações, para bem visualizar os problemas daí advindos e as soluções possíveis.

i. Prazos processuais próprios

Na primeira dessas hipóteses, em que há multiplicidade de prazos processuais, podemos encaixar a situação das ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, dos embargos do devedor e dos embargos de terceiro.

Em todas essas situações, há um único direito subjetivo, um único crédito, que pode ser defendido por meios processuais diversos, sendo que a cada um deles a lei estabeleceu um prazo diverso. Não se trata, portanto, de prazos prescricionais, que afetam a pretensão de direito material.⁵³⁰

No que concerne à oposição de embargos, do devedor ou de terceiro, superado o prazo estipulado em lei, nada impede o ajuizamento de ações sob o rito ordinário para questionar a dívida ou reaver o indébito. Eventualmente, a parte embargante só perderá a faculdade de obter a suspensão do processo executivo.⁵³¹ O STJ vem asseverando que “se os embargos do devedor deixaram de ser recebidos, porque intempestivos, a ação de conhecimento proposta, depois disso, para atacar o título executivo, não suspende a execução”.⁵³² Da mesma forma, “se os embargos do devedor deixaram de ser recebidos,

⁵³⁰ Júlio Gonzaga Andrade Neves chegou a conclusão semelhante, conquanto se valendo de exemplos que vemos de forma distinta. O autor afirmou que “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 a 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 a prescrição civil, porque atinente a objetos diversos” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 249).

⁵³¹ Diz-se eventualmente pois o devedor pode obter a suspensão da exigibilidade do crédito e, conseqüentemente, da própria execução por outros meios processuais que não necessariamente os embargos do devedor. Na sistemática tributária, a questão é mais evidente, pois o art. 151 do Código Tributário Nacional indica que “suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI - o parcelamento”.

⁵³² STJ, AgRg no Ag 363.944/SP, 3a Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 27.05.2002.

porque intempestivos, a ação de conhecimento proposta, depois disso, para atacar o título executivo, não suspende a execução”.⁵³³ Isso significa, que a perda do prazo para oposição dos embargos do executado, não impõe limitação temporal de qualquer tipo às ações processuais e pretensões autônomas que possam existir para questionar a validade do título.⁵³⁴

Quando se está diante de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, não se veem aí dois direitos diversos, um que possibilite a tutela individual e outro a coletiva. No trato dos direitos individuais homogêneos, como a própria denominação evidencia, só há direitos individuais que, por similitude, recebem um tratamento coletivo para prestigiar o amplo acesso à ordem jurídica justa.

É absolutamente impróprio, portanto, que a jurisprudência tome em consideração o prazo da ação popular, para regular o prazo de duração das pretensões advindas de direitos individuais homogêneos de natureza distinta. Qualquer que seja a natureza do prazo da ação popular, não há analogia possível.

Na pior das hipóteses, pode-se tomar esse prazo, que termina por ser o prazo para ajuizamento de uma ação civil pública para tratar de direitos individuais homogêneos, tenha natureza meramente processual, ou seja, a regular o acesso a este tipo de instrumento judicial, sem que ele impeça o ajuizamento posterior de ação individual no prazo próprio assinalado pela pretensão do direito individual.

No caso particular dos direitos individuais homogêneos há quem enxergue situação diversa, não com múltiplas ações, mas com concorrência de pretensões. Nelson Nery Junior assevera que a legitimação extraordinária de representantes adequados revela a existência de interesses sociais no surgimento de nova pretensão, de feição coletiva.⁵³⁵

Não compartilhamos desta visão. Diferentemente do que ocorre com os interesses transindividuais, nos direitos individuais tem-se direito subjetivo, pretensão e ação individuais, que podem ser veiculados em processos individuais ou coletivos. A razão está com Mateus Costa Pereira e Lucas Buril Macedo, para quem “não existe e nem deve existir,

⁵³³ STJ, AgRg no Ag 363.944/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 27.05.2002.

⁵³⁴ “Nos termos de precedente da Turma, ‘inocorre preclusão, e portanto a validade e eficácia do título executivo extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não forem opostos embargos do *devedor*, e igualmente quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito. Inexistência de coisa julgada material, e da imutabilidade dela decorrente” (STJ, AgRg no Ag 176.552/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02.05.2000).

⁵³⁵ NERY JUNIOR, N. *Consulta*. Parecer solicitado por Luis Casanova. São Paulo. 7 de março de 2010. p. 25-26.

por ser totalmente imprestável à tutela desses direitos, uma ‘pretensão [coletiva] individual homogênea’”.⁵³⁶

Parece contraditório que só após a instituição de norma processual possamos reconhecer, no campo do direito material, pretensão coletiva para tutela de direitos destacadamente individuais. É estranho que haja tantas pretensões quanto os ritos processuais possíveis. Se admitirmos que podem haver várias pretensões surgindo de uma mesma violação de direito, e por vezes há, devemos reconhecer que o critério para estabelecer quantas pretensões existem não pode ser o número de procedimentos processuais estabelecidos. Em outras palavras, a multiplicação de pretensões apresenta dificuldades na medida em que não possa ser passível de controle racional. Se pudessem haver tantas pretensões quantos sejam os procedimentos processuais existentes, seríamos forçados a reconhecer, contrariamente à evolução doutrinária consolidada, que as regras processuais estão a criar a pretensão.

No que é mais relevante, a multiplicação de pretensões não favorece a ideia de segurança jurídica, pois esgotado o prazo para o exercício de uma pretensão, o litígio poderia ser instado por outra e assim sucessivamente. A imposição de prazos para o uso de certos procedimentos, ou, de modo mais corriqueiro, para certas ações processuais, é desprovido de propósito. Como já alertava Agnelo Amorim Filho,⁵³⁷ se uma modalidade específica de ação processual estiver sujeita a prazo, para além do qual a pretensão continua a ser exercitável, tem-se o estabelecimento de formalidade burocrática. Isso significa que a jurisprudência eventualmente confunde as noções de ação e de pretensão, para sujeitar a prazo as ações sem qualquer efeito de pacificação e segurança. Por esse motivo, vem sendo dito, com razão, que uma pretensão aplicada como regra processual é “solução abertamente contrária aos sistemas de direito”.⁵³⁸

Se trouxéssemos essas observações para a situação concreta dos direitos individuais homogêneos, é certo que a imposição de prazo de cinco anos para o manejo de ação coletiva simplesmente proporciona que, superado esse período, milhares de ações passem a ser ajuizadas de modo individual enquanto a prescrição não atingir a pretensão dita individual. Se há dez procedimentos processuais possíveis e atribuímos uma pretensão para cada, ao final, estamos dizendo que os litígios são admitidos até que o último rito processual possa ser exercido.

⁵³⁶ PEREIRA e MACÊDO, 2013, p. 390.

⁵³⁷ AMORIM FILHO, 1961, p. 111.

⁵³⁸ PEREIRA e MACÊDO, 2013, *op.cit.*, p. 391.

De modo diverso, se a pretensão individual está sujeita a um prazo trienal, de nada vale a parte dispor do prazo de cinco anos para exercer a ação coletiva, pois, nessa situação, o juiz deveria reconhecer a prescrição de qualquer forma. Se não reconhece a prescrição, e toma como eficaz a exigência feita, por meio de ação coletiva, no fundo, o julgador estendeu o prazo prescricional de conformidade com o prazo processual.

Por isso, Sérgio Cruz Arenhart critica a solução do STJ para a situação dos processos coletivos na tutela de direitos individuais homogêneos. Para ele, a decisão “incide em defeito fundamental, a par de gerar consequências totalmente irracionais para a ordem processual brasileira”. No seu sentir, seria impróprio aplicar analogia entre prazos prescricionais e procedimentais, sendo o prazo da ação popular desta última espécie.⁵³⁹ Diz-nos o referido autor que, “logicamente, se o prazo prescricional não é um prazo processual, pretender regulá-lo por meio de um prazo estritamente processual (para o emprego da ação popular) é de todo indevido”.⁵⁴⁰

A razão está, portanto, com Héctor Valverde Santana, para quem “a ação coletiva, que instrumentaliza a tutela de direitos individuais homogêneos, sujeita-se à mesma regra da prescrição da pretensão individual”.⁵⁴¹ Assim, se há relação de consumo, aplica-se o prazo quinquenal do art. 27, CDC. Se a relação é diversa, aplica-se o prazo próprio. É incongruente, portanto, a jurisprudência quando reconhece prazos prescricionais diversos para direitos individuais a depender da forma processual em que foram postulados, individual ou coletivamente.

Deve ser dito que o STJ esboça alguma reação a esta conclusão, na linha do que defendemos neste trabalho. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça sugeriu a superação desses precedentes ao menos em termo de direito do consumidor, considerando que o prazo da ação popular não pode se extrapolado para o sistema consumerista. A solução, caso venha a prevalecer é mais restrita do que aqui propomos, pois abrange apenas direitos do consumidor, mas, ao mesmo tempo, propõe que o prazo também não seja aplicável a pretensões difusas e coletivas.⁵⁴²

⁵³⁹ Art. 21, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, “a ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”.

⁵⁴⁰ ARENHART, 2014, p. 1167-1184; 1175-1176.

⁵⁴¹ VALVERDE SANTANA, H. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001. p. 138.

⁵⁴² “Desse modo, ainda que a ação popular e a ação coletiva de consumo componham o microsistema de defesa de interesses coletivos em sentido amplo, é substancial a disparidade existente entre os objetos e causas de pedir de cada uma dessas ações, o que demonstra a impossibilidade do emprego da analogia, que pressupõe a “aplicação de um princípio jurídico estatuído para determinado caso a outro que, apesar de não ser igual, é semelhante ao previsto pelo legislador”, de modo que seja realizada a “extensão do tratamento jurídico, previsto expressamente para determinado caso, a um semelhante, não previsto” (GUSMÃO, P. D. *Introdução à Ciência*

Com isso, a conclusão é (X) que há prazos processuais a limitar o exercício de determinado procedimento, realidade que não se confunde com a prescrição. Mais que isso, (XI) o prazo quinquenal para o exercício de ações coletivas, na tutela de direitos individuais homogêneos, não é prescricional, mas processual; (XII) os direitos individuais homogêneos têm sua pretensão regulada pelo prazo que lhes é próprio.

ii. *Direitos materiais com função processual*

Com essas observações, deixamos esse primeiro tema de lado, para avançar e tratar das hipóteses em que há direito material com função processual.

O primeiro exemplo dessa situação reside do mandado de segurança. A teoria do *writ* foi construída sobre a premissa de que há direito subjetivo, a termo, de haver do Estado a correção de um ato coator qualquer, situação que não se confunde, por exemplo, com a situação jurídica do impetrante efetivamente afetada. Além do remédio constitucional, o sujeito tem direito, por exemplo, de haver reconhecida a nulidade ou a repetição de indébito. Com isso, esse direito subjetivo público existe essencialmente para viabilizar a satisfação do direito subjetivo afetado pelo ato coator. O decurso de seu prazo decadencial não afeta o direito ou suas pretensões, mas apenas o *mandamus*. É, por assim dizer, um sobredireito, um direito a ver seu direito satisfeito. Tanto assim que, superado o prazo de 120 dias, outra medida, em nome do direito material propriamente dito, pode ser manejada.

A doutrina justifica esse curioso estado de coisas ao afirmar que o mandado de segurança goza de um prazo restrito de 120 dias no qual deve ser impetrado porque ele é um procedimento muito mais célere que os demais. Embora não haja pesquisas de cunho empírico para embasar essa afirmação, as mais recentes sobre o Poder Judiciário apontam, com firmeza, que a maior ou menor celeridade da tramitação de um litígio depende de fatores diversos, notadamente relacionados à gestão processual, e não de regras processuais

do Direito. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 278, sem destaque no original). É, assim, necessária a superação (*overruling*) da atual orientação jurisprudencial desta Corte, pois não há razão para se limitar o uso da ação coletiva ou desse especial procedimento coletivo de enfrentamento de interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos, sobretudo porque o escopo desse instrumento processual é o tratamento isonômico e concentrado de lides de massa relacionadas a questões de direito material que afetem uma coletividade de consumidores, tendo como resultado imediato beneficiar a economia processual” (STJ, REsp 1736091/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019).

específicas.⁵⁴³ Com isso, um mandado de segurança pode aguardar tanto quanto qualquer outro processo para ser julgado.

De todo modo, esse é o direito hoje praticado, com seus méritos e incoerências, cuja análise escapa ao objeto do presente estudo. O prazo do mandado de segurança é decadencial, envolvendo um direito material cuja função é viabilizar o manejo deste especial procedimento. Não se trata de prazo prescricional.

A ação rescisória traz-nos situação semelhante. O que está em disputa aí é o direito material de ver decisões judiciais rescindidas, o que é possível no prazo e nas hipóteses especificamente previstas. Com a rescisão, o direito subjetivo que um dia esteve em disputa, pode ser reavaliado, com correção de erros judiciais. Também aqui estamos diante de um direito cuja função é simplesmente assegurar medidas judiciais para a correção de injustiças. Esse direito potestativo, de resolver o julgado, sujeita-se a prazo, que só pode ter natureza decadencial, e jamais simplesmente processual ou prescricional.

Podem ser extraídas as seguintes conclusões (*XIII*) há direitos potestativos cuja função é assegurar situações processuais específicas, notadamente na situação do mandado de segurança e da ação rescisória, razão pela qual o prazo que os limita tem natureza decadencial.

iii. Pretensões coletivas propriamente ditas

Aqui podemos encaixar as discussões sobre a ação popular e as ações coletivas na defesa de interesses transindividuais.

A ação popular, parece-nos, está ligada à tutela de um interesse difuso, à proibidade administrativa ou ao controle da coisa pública. A situação é análoga às ações coletivas para

⁵⁴³ Em razão da diminuta presença de estudos específicos a esse respeito, permita-se a menção ao estudo sobre custo e duração razoável do processo, que, na época em que foi realizado, não observou variação relevante no prazo de solução das execuções fiscais que tramitavam em meios virtuais: “Neste estudo, não houve qualquer variação significativa de desempenho entre as varas de autos físicos, digitais ou virtuais (variável 3). Esse resultado pode ser consequência da baixa presença de autos digitais e virtuais na amostra, o que torna as estimativas instáveis. Todavia, não se deve desprezar a possibilidade de que a informatização realmente não esteja exercendo qualquer impacto positivo sobre o processamento das ações. Nas observações realizadas em campo ao longo deste estudo, ficou claro que a digitalização e a virtualização não estão sendo precedidas de mudanças organizacionais, nem de treinamento adequado. Dessa forma, o avanço da informatização apenas altera o suporte dos autos processuais, que deixa de ser físico e passa a ser virtual, reproduzindo as práticas do processamento em papel nos procedimentos digitais, sem qualquer resultado em termos de melhoria do desempenho. Contudo, apenas um estudo qualitativo específico sobre a virtualização poderia indicar mais precisamente qual destas hipóteses é a verdadeira” (Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal: Relatório de Pesquisa*. Brasília: Ipea/CNJ, 2011. p. 29. Disponível em: <<https://bit.ly/2RnXHZW>>. Acesso em: 8 nov. 2019).

interesse de direitos transindividuais. Em comum, tem-se que a estes interesses juridicamente tuteláveis não há correspondência a qualquer direito individual. A salvaguarda desses interesses atende a todos indistintamente, sem que na esfera individual corresponda qualquer direito subjetivo particular a tanto.

Em conclusão, (XIV) ao se reconhecer direitos transindividuais, de feição subjetiva prestacional, é também evidente que esses direitos estão aparelhados com pretensões correspondentes. Nada impede que estas pretensões estejam sujeitas a prazo prescricional.

No entanto, como veremos é comum a alegação de que a reparação de danos ambientais e os atos de improbidade administrativa, dois direitos com feições transindividuais, são imprescritíveis.

§22. Ações cambiais e monitória

Há situações em que são estabelecidos prazos prescricionais diversos conforme a pretensão seja exercida por ação de conhecimento ou de execução.⁵⁴⁴ O exemplo essencial dessa situação reside nas relações cambiais.

O cheque pode ser cobrado por ação cambial, segundo o rito da execução de título extrajudicial, no prazo de seis ou sete meses, conforme a praça em que foi sacado.⁵⁴⁵ Admite-se, além disso, o ajuizamento de uma ação de conhecimento, dita de locupletamento sem causa, no prazo de dois anos (desde a prescrição da ação cambial).⁵⁴⁶ Já o enunciado nº 503 da Súmula do e. STJ, diz-nos ainda que “o prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data

⁵⁴⁴ Apesar do enunciado nº 150 da Súmula do e. Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

⁵⁴⁵ Art. 59, Lei nº 7.357/85. “Prescrevem em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta Lei assegura ao portador”.

⁵⁴⁶ Art. 61, Lei nº 7.357/85. “A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não-pagamento do cheque, prescreve em 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo desta Lei”.

de emissão estampada na cártula”.⁵⁴⁷ De modo análogo, a letra de câmbio pode ser cobrada por uma ação cambial⁵⁴⁸ e por uma ação de enriquecimento sem causa.⁵⁴⁹

A situação é semelhante àquela que se analisa neste capítulo, que está dedicado ao problema dos prazos processuais, o que é fonte de equívocos constantes,⁵⁵⁰ mas em verdade, não se têm aqui apenas prazos materiais de prescrição.

Essa ordem de coisas, com prazos diversos para a cobrança da dívida, pode ser explicada tendo em consideração a natureza dos direitos envolvidos. Entre nós, é tradicional a lição segundo a qual a relação jurídico-cambial é distinta do direito subjacente ou fundamental.⁵⁵¹ Assim, há dois direitos, um cambial e outro subjacente, que coexistem. Ao emitir a declaração afeita ao título de crédito, o emitente não realiza novação do crédito subjacente, que pode estar relacionado a uma compra e venda, mútuo, troca, entre outros. Tanto é assim que o devedor originário pode levantar contra o credor as exceções pessoais daí advindas.⁵⁵² Consequentemente, se houver impossibilidade de cobrar o crédito cambial,

⁵⁴⁷ Antes de estar consolidada esta solução, discutia-se o prazo para a monitória não haveria de ser o decenal. Para um histórico dessa discussão, KRAUSE, P. M. Prazo de Manutenção de Anotações no CCF e o Novo Código Civil. In: *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 613-628 (originalmente publicado em Revista dos Tribunais, n. 815/109, set. 2003).

⁵⁴⁸ Art. 48 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966). “O portador pode reclamar daquele contra quem exerce o seu direito de ação: 1º) o pagamento da letra não aceite não paga, com juros se assim foi estipulado; 2º) os juros à taxa de 6% (seis por cento) desde a data do vencimento; 3º) as despesas do protesto, as dos avisos dados e as outras despesas”.

⁵⁴⁹ Art. 48, Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908. “Sem embargo da desoneração da responsabilidade cambial, o sacador ou o aceitante fica obrigado a restituir ao portador, com os juros legais, a soma com a qual se locupletou à custa deste. A ação do portador, para este fim, é a ordinária”.

⁵⁵⁰ *Vide*, por exemplo, STJ, REsp 1736091/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

⁵⁵¹ “Tendo reconhecido na relação cartular uma declaração distinta da relação fundamental e mais precisamente uma declaração de vontade, afirmamos, também, ser, o direito mencionado no título (direito cartular), sempre um direito distinto do baseado na relação fundamental. É preciso, portanto, fazer em matéria de títulos de crédito uma distinção preliminar: a que vai entre direito cartular e direito derivado da relação fundamental. Cada um deles se origina de um negócio diverso e está sujeito a disciplina diferente. O título de crédito, originariamente surgido como documento confessório, é, agora, no direito moderno, constitutivo do direito autônomo nele mencionado. Em virtude da sua distinção do direito decorrente da relação fundamental, o direito cartular se separa desta relação em que tem origem e, em algumas categorias de títulos de crédito, esta separação chega a traduzir-se mesmo na abstração. Como vimos nas páginas antecedentes, o direito cartular, quando abstrato, pode ter titular diverso daquele a quem cabe o direito decorrente da relação fundamental, tendo portanto, os dois direitos, uma circulação independente. Quando, ao contrário, o direito cartular é um direito causal ele visa, como veremos, a declaração do direito decorrente da relação fundamental e, portanto, ambos os direitos, embora distintos, circulam juntos, pertencendo necessariamente ao mesmo titular” (ASCARELLI, T. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 80).

⁵⁵² Após ponderar os argumentos das diversas correntes, Rubens Requião assevera que “se o título de crédito engendrasse novação do crédito antigo, extinguindo-o, não se poderia cogitar da ação de locupletamento ou de enriquecimento sem causa, a que expressamente alude o art. 48 do Decreto 2.044, quando permite que ‘sem embargo da desoneração da responsabilidade cambial, o sacador ou o aceitante fica obrigado a restituir ao portador, com os juros legais, a soma com a qual se locupletou à custa deste’”, nem se admitiria a oponibilidade das exceções fundadas em direito pessoal do devedor contra o portador, que, como se estudou, podem ser opostas nas relações diretas entre um e outro (Decreto 2.044, art. 51). A inclinação do Supremo Tribunal Federal é considerar o pagamento feito por título de crédito como pro solvendo” (REQUIÃO, R. *Curso de Direito Comercial*. 20. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 298).

admite-se que o credor busque as medidas satisfativas relacionadas ao crédito civil.⁵⁵³ No entanto, pago o crédito cambiário, extingue-se também a relação subjacente.

O crédito cambial e o subjacente são autônomos entre si (ao menos até o pagamento), podem ser violados independentemente e gozam, portanto, de pretensões diversas. A distinção entre direito cambial e subjacente explica a existência de um prazo para o manejo da pretensão cambial diverso daquele aplicável à pretensão de direito subjacente. Dessa forma, se há um prazo de seis ou sete meses para a ação cambial do cheque, justifica-se que haja um prazo quinquenal para a cobrança da dívida líquida e certa constante da relação base.⁵⁵⁴

Entretanto, essa distinção ainda deixa sem solução o problema dos prazos diversos para as ações de locupletamento indevido. Para bem entender o papel desse remédio, é importante lembrar que a regra da vedação ao locupletamento indevido visa a impedir, na ausência de um regramento específico, que alguém, sem justa causa, se enriqueça à custa de outrem, razão pela qual está obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários (art. 884, CC/2002). Por isso, o art. 886, CC/2002, estabeleceu que “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. Na lição de Orlando Gomes, a ação de enriquecimento sem causa “só se justifica nas hipóteses em que não haja outro meio para obter a reparação do lesado”.⁵⁵⁵

O tratamento coerente dessa regra de subsidiariedade traz desafios que ainda não estão totalmente equacionados em nossa doutrina,⁵⁵⁶ sobretudo porque há, entre nós, ampla

⁵⁵³ “a prescrição atinge apenas parte da eficácia do direito, que é a possibilidade de exercício da ação cambial. Além de remanescer, quando se trata de títulos cambiários, a sua cobrança pelas vias ordinárias, através da ação de enriquecimento sem causa (art. 48 do Decreto n. 2.044, de 1908), onde se irá discutir a relação fundamental que deu origem ao título, instaura-se um processo de cognição” (ARNOLDI, P. R. C. *Prescrição e decadência cambial*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 99).

⁵⁵⁴ Art. 206, CC/2002. “Prescreve: (...) § 5º Em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (...)”

⁵⁵⁵ GOMES, O. *Obrigações*. 17. ed. Atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007a, p. 302. No mesmo sentido: “enquanto dispuser (embora perdidas por qualquer motivo) a ação cambial direta ou de regresso contra alguns dos obrigados, o portador do título não poderá (nem lhe interessará) propor a ação de enriquecimento. Esta ação constitui-se num recurso extremo ou último refúgio à falta das ações cambial e causal para ressarcir-se do prejuízo que sofreu e com o qual se enriqueceu o sacador, ou o aceitante” (ARNOLDI, *op. cit.*, p. 108-109).

⁵⁵⁶ Para exemplificar a perplexidade que a questão geral, em um mesmo autor, podem-se ver afirmações logicamente irreconciliáveis. Paulo Lobo afirma, num primeiro momento, que “a restituição pelo enriquecimento sem causa não pode ser cumulada com outros meios de ressarcimento, expressamente previstos em lei, nem substituí-los”. Logo a seguir, afirma, diversamente, que “se não há lei expressa, a ação de enriquecimento sem causa pode coexistir com outras ações, desde que os pressupostos sejam distintos” (LÔBO, P. *Direito Civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 286).

possibilidade de ressarcimento dos prejuízos nas relações extracontratuais.⁵⁵⁷ Por isso, tratar a subsidiariedade de modo abstrato, afastando a *actio in rem verso* sempre que for teoricamente possível outro remédio, significa relegar o instituto à insignificância prática. Essa visão foi, de fato, longamente aceita pela doutrina brasileira, que considerava o instituto desnecessário,⁵⁵⁸ situação que só foi revertida com o advento do Código Civil de 2002. De outro lado, admitir sempre este remédio pode dar azo a fraudes diversas, possibilitando que o credor burle prazos decadenciais e prescricionais mais restritos eventualmente aplicáveis. Giovanni Ettore Nanni defende, assim, que a regra da subsidiariedade seja analisada em concreto. No seu entender, a ação de enriquecimento sem causa poderia concorrer com outras, estando o credor apto para escolher entre elas e, não obstante, seu uso não pode visar à fraude à lei.⁵⁵⁹

Essa dificuldade lógica, que contrapõe o reconhecimento do instituto ao rigor da regra de subsidiariedade, faz com que, no campo prático, sejam afastadas interpretações segundo o critério do “tudo ou nada”. Resta ao legislador e ao intérprete a tarefa de conciliar os institutos e, especialmente, seus prazos. Se houvesse previsto um prazo amplíssimo para a pretensão contra o enriquecimento sem causa, o Código Civil faria que praticamente todos os litígios fossem reconduzidos aos seus pressupostos. De forma prudente, o legislador atribuiu um curto prazo prescricional de três anos para o exercício da pretensão de enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, IV, CC/2002), período equivalente àquele em que pode ser exercida a pretensão de reparação civil (art. 206, § 3º, V, CC/2002).⁵⁶⁰ Com preocupação equivalente, adverte Giovanni Ettore Nanni que, “se aquele que exercita a ação de enriquecimento possuía uma outra ação cabível, que restou prescrita, não pode valer-se da ação típica do remédio em tela”.⁵⁶¹

⁵⁵⁷ Caio Mário da Silva Pereira afirma que “não se pode confundir, inclusive quanto à origem, o instituto do enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil, já que está objetiva reparar um dano sofrido pela vítima e, sob o prisma material, a tutela jurídica é voltada à proteção dinâmica do patrimônio. O enriquecimento sem causa é instrumento voltado à proteção estática do patrimônio, abrangendo, pois, hipóteses não abrangidas pela responsabilidade civil, eis que não se exige ato ilícito e dano” (SILVA PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 24. ed. Atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011a, p. 277). De fato, os institutos não se confundem, mas a jurisprudência vem dando ampla eficácia para as hipóteses de indenização, e, com isso, a aplicação do enriquecimento fica mitigado.

⁵⁵⁸ GOMES, 2007a, p. 297.

⁵⁵⁹ “A subsidiariedade é um campo aberto em que se examina ou dosa o uso da ação de enriquecimento, evitando que, mais do que um remédio para todos os males, seja um remédio para um mal que não existe ou seja uma cura inadequada” (NANNI, G. E. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 276).

⁵⁶⁰ Excetuada a regra específica da Lei do Cheque, a jurisprudência, antes do Código Civil de 2002, afirmava que “o prazo para propositura da ação de enriquecimento é de 20 anos” (RT 233/382, RF 89/746, RT 234/382, 230/440), isto é, aplicava-se aí também período equivalente àquele previsto para a hipótese de responsabilidade por danos.

⁵⁶¹ NANNI, 2004, p. 276.

Dessa forma, seria razoável admitir que, uma vez prescrita a pretensão cambial, já não seria possível outra medida.⁵⁶² Não obstante, como visto, a Lei de Cheques e a Lei da Duplicata construíram soluções excepcionando expressamente a possibilidade de ser exercida a pretensão de enriquecimento uma vez esgotadas as vias cambiais. O legislador reconheceu a importância da vedação ao enriquecimento sem causa, assegurando o cabimento subsidiário da *actio in rem verso* com pretensão especificamente prolongada.

Ainda que a doutrina e jurisprudência por vezes não deixem claro,⁵⁶³ a ação de locupletamento sem causa não é uma terceira opção adicional àquelas já existentes (cambial e subjacente), mas revela-se como alternativa quando já não há outros meios para corrigir um enriquecimento injustificado. Dessa forma, se o credor deixa transcorrer o prazo para a ação cambial e não havendo relação material subjacente, caberá a ele, como último recurso, a ação de enriquecimento. Tulio Ascarelli, de modo preciso, esclarece que a ação de enriquecimento sem causa constitui “um remédio excepcional, distinto quer da ação cambiária, quer da do negócio fundamental”, pois pressupõe “a perda (por decadência ou prescrição) do direito à ação cambiária e a falta (*ab origine*) da ação causal”.⁵⁶⁴

O legislador manteve a possibilidade de manejo de ação de enriquecimento sem causa, cuja origem remonta às ordenações especiais alemãs dos séculos XVII e XVIII, “para atenuar as consequências do formalismo rigoroso e os efeitos da prescrição em prazo breve”⁵⁶⁵ nas situações em que o título circulou sem uma relação base que o amparasse.

Em conclusão, temos: (XV) o título de crédito, como relação jurídica de direito material, pode ser cobrado por ação cambial, segundo o rito da execução de título extrajudicial, no prazo prescricional que lhe é assinalado por lei. Vencido este lapso temporal, é possível o manejo de ação de conhecimento, ou de ação monitória, sem força executiva, no prazo prescricional de cinco anos por se tratar de documento com dívida líquida. Alternativamente, vencida a pretensão cambial de cobrança e sem direito subjacente

⁵⁶² Mas: “O Código Civil estabeleceu o prazo de três anos para a prescrição da pretensão de ressarcimento do enriquecimento sem causa. Dentro desse prazo, se outra pretensão cabível para o ressarcimento tiver sido prescrita, ou direito assemelhando tiver decaído, poderá o empobrecido, por força do princípio da subsidiariedade, promover a ação de enriquecimento sem causa” (LÔBO, 2011, p. 286).

⁵⁶³ Sem razão, portanto, Nelson Nery Junior e Georges Abboud no seguinte ponto: “A afirmação feita acima permite visualizarmos que o direito subjetivo, ou mesmo uma relação jurídica processual, pode originar mais de uma pretensão. Imagine-se o direito subjetivo de crédito materializado por um cheque. Tal crédito permite uma pretensão executória que se extingue (prescreve) em seis meses [L 7.357/1985 59], admite ainda pretensão condenatória a ser veiculada por meio de ação monitória que tem prazo prescricional distinto e, por fim, permite uma pretensão declaratória em relação ao crédito materializado no cheque que, por sua vez, é imprescritível” (NERY JUNIOR e ABBOUD, 2014, p. 89-107). Não há aí múltiplas pretensões surgindo de um mesmo crédito, mas pretensões diversas correlacionadas a créditos também diversos.

⁵⁶⁴ ASCARELLI, 1943, p. 67.

⁵⁶⁵ ARNOLDI, 1994, p. 107.

para ensejar uma cobrança, é possível valer-se da pretensão de enriquecimento sem causa, no prazo que lhe é próprio.

§23. *Conclusões Parciais*

Do que se pôde extrair de conclusões nesse capítulo, tem-se o seguinte: (X) há prazos processuais a limitar o exercício de determinado procedimento, realidade que não se confunde com a prescrição; (XI) o prazo quinquenal para o exercício de ações coletivas, na tutela de direitos individuais homogêneos, não é prescricional, mas processual; (XII) os direitos individuais homogêneos têm sua pretensão regulada pelo prazo que lhes é próprio; (XIII) há direitos potestativos cuja função é assegurar situações processuais específicas, notadamente na situação do mandado de segurança e da ação rescisória, razão pela qual o prazo que os limita tem natureza decadencial; (XIV) ao se reconhecer direitos transindividuais, de feição subjetiva prestacional, é também evidente que esses direitos estão aparelhados com pretensões correspondentes. Nada impede que estas pretensões estejam sujeitas a prazo prescricional; (XV) o título de crédito, como relação jurídica de direito material, pode ser cobrado por ação cambial, segundo o rito da execução de título extrajudicial, no prazo prescricional que lhe é assinalado por lei. Vencido este lapso temporal, é possível o manejo de ação de conhecimento, ou de ação monitória, sem força executiva, no prazo prescricional de cinco anos por se tratar de documento com dívida líquida. Alternativamente, vencida a pretensão cambial de cobrança e sem direito subjacente para ensejar uma cobrança, é possível valer-se da pretensão de enriquecimento sem causa, no prazo que lhe é próprio.

Entretanto, é preciso ir adiante, para bem articular essas premissas. Foi possível constatar que o direito, por razões diversas, cria direitos materiais específicos, muitas vezes sobrepostos, com funções análogas, como no mandado de segurança. Em outras situações, eventualmente o ordenamento estabelece ritos processuais específicos, sujeitos a prazos específicos, facultando que o lesado tome um desses procedimentos em suas mãos, o que se viu no exemplo dos embargos do devedor e de terceiro, assim como na situação da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos.

O que o cientista do direito deve perquirir é se essas superposições justificam-se de modo racional. Não basta que o ordenamento crie figuras, institutos, posições jurídicas, o que pode fazer infinitamente dado o potencial de criatividade humana. Se o jurista procede dessa forma, está a agir como um romancista e cria um universo de personagens fictícias

para narrar sua estória. Os personagens parecem fidedignos e as relações entre eles poderiam frequentemente ocorrer com as pessoas na vida real, mas tudo não passa de mera ficção.

Dito de outra forma, pode-se imaginar que o jurista desavisado irá encontrar na legislação prazos processuais diversos e, para justificá-los, os associa a pretensões e direitos que cria, ou imagina existir, mas cuja única função é a de justificar a diversidade de prazos.

Colocada a questão nesses termos, temos que a existência de direitos cambiais e de direitos subjacentes justifica-se pela função econômica dos títulos de crédito. Por esse motivo, tolera-se que haja duplicidade na possibilidade de cobrança, havendo, de um lado a ação cambial e, de outro, a ação de direito material (contratual ou de enriquecimento sem causa, conforme for o prazo). Essa duplicidade dá-se em favor da operacionalidade dos títulos de crédito, mas cria perplexidades no campo da eficácia do tempo sobre as pretensões.

Para exemplificar essa situação, tome-se a hipótese em que houve o protesto de um cheque emitido há mais de sete meses e cuja pretensão cambial está prescrita. Ora, se houve exercício indevido da pretensão de cobrança, com exposição da honra alheia, a única consequência possível seria admitir a reparação dos danos morais. No entanto, pode ocorrer que apenas a pretensão cambial estivesse prescrita, restando viável a cobrança da dívida subjacente. Nessa situação, o protesto, como faculdade inerente ao exercício da pretensão, está juridicamente fundamentado não na relação cambial, mas na relação subjacente. Esse paradoxo leva a jurisprudência a reconhecer, em algumas situações, a legitimidade do protesto de cheque prescrito,⁵⁶⁶ afastando a reparação dos danos morais. Com isso, a

⁵⁶⁶ “2. O propósito recursal reside em definir se o protesto de cheques prescritos é ilegal e se enseja dano moral indenizável. 3. O protesto cambial apresenta, por excelência, natureza probante, tendo por finalidade precípua servir como meio de prova da falta ou recusa do aceite ou do pagamento de título de crédito. 4. De acordo com o disposto no art. 1º da Lei 9.492/97 ("Lei do Protesto Notarial"), são habilitados ao protesto extrajudicial os títulos de crédito e "outros documentos de dívida", entendidos estes como instrumentos que caracterizem prova escrita de obrigação pecuniária líquida, certa e exigível, ou seja, documentos que propiciem o manejo da ação de execução. 5. Especificamente quanto ao cheque, o apontamento a protesto mostra-se viável dentro do prazo da execução cambial - que é de 6 (seis) meses contados da expiração do prazo de apresentação -, desde que indicados os devedores principais (emitente e seus avalistas). Em relação aos coobrigados (endossantes e respectivos avalistas), o art. 48 da Lei 7.347/85 impõe que o aponte a protesto seja realizado no prazo para apresentação do título ao sacado. 6. Consoante decidido pela 2ª Seção no REsp 1.423.464/SC, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, "sempre será possível, no prazo para a execução cambial, o protesto cambiário de cheque, com a indicação do emitente como devedor" (tema 945). 7. Na hipótese dos autos, os protestos dos cheques foram irregulares, na medida em que efetivados cerca de 4 (quatro) anos após a data da emissão dos títulos. 8. Cuidando-se de protesto irregular de título de crédito, o reconhecimento do dano moral está atrelado à ideia do abalo do crédito causado pela publicidade do ato notarial, que, naturalmente, faz associar ao devedor a pecha de "mau pagador" perante a praça. 9. Todavia, na hipótese em que o protesto é irregular por estar prescrita a pretensão executória do credor, havendo, porém, vias alternativas para a cobrança da dívida consubstanciada no título, não há se falar em abalo de crédito, na medida em que o emitente permanece na condição de devedor, estando, de fato, impontual no pagamento. 10. Prescrita a ação executiva do cheque, assiste ao credor a faculdade de ajuizar a ação cambial por locupletamento ilícito, no prazo de 2 (dois) anos (art. 61 da Lei 7.357/85); ação de cobrança fundada na relação causal (art. 62 do mesmo diploma legal) e, ainda, ação monitoria, no prazo de 5 (cinco) anos, nos termos da Súmula 503/STJ. 11. Nesse contexto,

prescrição da pretensão cambial é quase que completamente despida de sentido prático. A prescrição não impede a cobrança do crédito subjacente (que no fundo corresponde ao crédito cambial), não impede o protesto, não impede o litígio e não tem qualquer significado de pacificação social.

Se esses efeitos já se fazem sentir quando a multiplicidade de direitos e pretensões se justificam, não deixam de ser percebidos quando essa situação não se verifica. Não se justifica que, havendo um único crédito, o intérprete imagine haver duas pretensões de cobrança (*e.g.*, uma relativa ao mandado de segurança e outra relativa ao crédito), pois todas se destinam a uma única e idêntica finalidade.

A doutrina e os tribunais por vezes multiplicam as pretensões artificialmente ou multiplicam os direitos sem base concreta, para torná-los tantos quantos as ações processuais existentes, mas, em todos os casos, o único mérito da solução é burocrático, sem quaisquer vantagens para a pacificação social. O decurso dos prazos mais curtos não cumpre qualquer função relevante, pois, de qualquer forma, uma pretensão igualmente eficiente poderá ser formulada no prazo mais longo.

Posta a questão sob perspectiva estritamente lógica, se dissermos que o credor pode cobrar a dívida em um ano, dois anos ou cinco anos, seja porque há prazos processuais diversos, porque há várias pretensões surgindo do mesmo direito material ou porque há vários direitos que refletem a mesma troca econômica, estamos a afirmar que é legítima qualquer cobrança feita no mais amplo desses prazos. Com isso, a existência de prazos menores não se justifica.

Dessa forma, podem-se extrair as seguintes conclusões relevantes para o presente trabalho: (XVI) doutrina e jurisprudência devem harmonizar os efeitos do tempo sobre as pretensões, evitando, salvo justificativa racional específica, soluções que multipliquem os direitos materiais e pretensões, para a mesma troca econômica; (XVII) os direitos individuais, quando homogêneos e tuteláveis em ação coletiva, devem estar sujeitos aos prazos prescricionais próprios da pretensão que lhes é inerente, sejam eles trienais, quinquenais ou decenais, não se lhes aplicando a restrição do prazo quinquenal da ação popular.

embora, no particular, tenham sido indevidos os protestos, pois extemporâneos, a dívida consubstanciada nos títulos permanecia hígida, não estando caracterizado, portanto, abalo de crédito apto a ensejar a caracterização do dano moral” (STJ, REsp 1677772/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 14/11/2017, DJe 20/11/2017).

CAPÍTULO 6

CONTEÚDO E CONCORRÊNCIA DE PRETENSÕES

Viu-se que a “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.⁵⁶⁷ A pretensão corresponde à exigibilidade do direito subjetivo, podendo ser exercida em juízo, como ordinariamente ocorre, mas também fora dele. Também é aceito que a pretensão sofra limitações de ordem diversa. O direito positivo pode restringir a pretensão a alguns de seus aspectos e conforme instrumentos diversos. A pretensão pode estar adstrita a meios judiciais, pode ser excluída pelas partes, como ocorre no *pacto de non compensando*,⁵⁶⁸ ou a uma das partes, como ocorre quando a pretensão atinge um devedor, mas não outros.

Também restou claro que há fenômenos específicos no campo processual, em que se limita o acesso a um remédio, a um procedimento, mas que não atinge propriamente a pretensão, tampouco o direito subjetivo prestacional, razão pela qual nova exigência pode ser formulada por meio processual idôneo.

Se estes pontos estão bem fixados, até aqui deixou-se de lado a questão da multiplicidade de pretensões. O problema exige atenção especial, pois de uma mesma relação jurídica podem surgir pretensões diversas, com prazos distintos, sendo necessário entender se há alguma justificativa racional para tanto. Posta a questão nesses termos, propõe-se o desdobramento do problema para a análise de outras situações específicas das quais se podem extrair conclusões relevantes.

Há casos que revelam a existência de diversas prestações e pretensões, ambas surgindo de uma mesma violação ao direito. Nelson Nery Junior e Georges Abboud expressamente indicam que é possível a concorrência de pretensões, sendo que a prescrição que afeta uma delas, pode não atingir as demais.⁵⁶⁹ André Fontes admite a concorrência, de forma cumulada ou alternada, e exemplifica com a situação em que o credor possa se valer da possibilidade de escolha entre pretensão de repetição do indébito ou a pretensão de

⁵⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, 2013b, p. 533.

⁵⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 149.

⁵⁶⁹ NERY JUNIOR; ABBOUD, 2014, p. 89-107; em sentido análogo, mas ainda tratando da concorrência de ações, que podem estar em concurso subjetivo ou objetivo, sendo este cumulativo, sucessivo, alternativo ou substitutivo, *vide* ESPÍNOLA, 1938, p. 624.

enriquecimento sem causa. Ele admite essa concorrência, pois a primeira pretensão carece do erro e a segunda é marcada pela subsidiariedade.⁵⁷⁰

Larenz dedica grande atenção ao tema da multiplicidade de pretensões, reconhecendo, inicialmente que um mesmo fato pode ter por consequência, segundo diferentes normas, prestações e pretensões distintas.⁵⁷¹

A questão não é simples, porque inicialmente ele propõe distinguir entre a real concorrência de pretensões e as situações em que uma só pretensão tem diversos fundamentos.⁵⁷² De modo exemplificativo, podemos dizer que da violação do contrato pode advir a pretensão de reparação. Tem-se aí uma única pretensão, que pode ter fundamentos diversos na responsabilidade contratual, como a culpa e o risco, mas que uma vez cumprida, se extingue. Situação diversa se vê quando, por exemplo, o mandatário deve prestar contas⁵⁷³ e indenizar.⁵⁷⁴

A distinção apresenta sua razão de ser, mas eventuais sutilezas jogam dúvidas sobre sua operabilidade. Tome-se a situação daquele que, tendo celebrado comodato, pretende reaver seu bem. Ele, ao mesmo tempo, tem um crédito contratual e o direito de propriedade, que lhe asseguram a satisfação da restituição.⁵⁷⁵ Larenz trata a situação, no entanto, como se aí houvesse duas pretensões.⁵⁷⁶ Do ponto de vista lógico, ao exigir a entrega de um bem infungível, estamos a exigir uma única conduta alheia, que se satisfaz com fundamento contratual ou de direito real. No entanto, ordenamento pode tratar os prazos de forma diversa, estabelecendo que, por exemplo, as pretensões reivindicatórias prescrevam em prazo maior

⁵⁷⁰ FONTES, 2002, p. 26-27. A afirmar multiplicidade de pretensões com relação ao contrato de seguro-saúde, vide GODOY, C. L. B. A prescrição e o contrato de seguro-saúde. In: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. (Orgs.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159-173.

⁵⁷¹ “*Um mismo hecho, o esencialmente el mismo, puede traer por consecuencia, según diferentes normas, distintas pretensiones, las cuales tienen por objeto diferentes prestaciones*” (LARENZ, 1978, p. 343). Von Tuhr igualmente se dedica ao tema, mas está ainda a falar que “*la concurrencia se da principalmente entre acciones*”, embora indique que “*se dice que dos derechos concurren entre si cuando ambos tienden al mismo resultado*” (TUHR, 1934, p. 28).

⁵⁷² É a diferença entre “*anspruchskonkurrenz*” e “*anspruchsnormenkonkurrenz*”, que Larenz toma por base de GEORGIADIS, A. *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*. München: C. H. Beck, 1967, *apud* LARENZ, 1978, p. 341-351.

⁵⁷³ Art. 668, CC/2002. “O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja”.

⁵⁷⁴ Art. 667, CC/2002. “O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”.

⁵⁷⁵ Poderíamos falar, ainda, daquele que, pretendendo reaver a coisa, pode fundamentar-se na posse e no direito de propriedade.

⁵⁷⁶ LARENZ, 1978, p. 350.

do que as pretensões contratuais. Essa parece ser a razão que leva a doutrina a tratar uma única exigência como se fossem pretensões diversas.

Como são inúmeras as situações possíveis em que essa discussão pode se estabelecer, talvez seja melhor tratar a concorrência de pretensões como própria e imprópria. Na própria, vemos uma única exigência sendo tratada pela legislação de diversas formas. A concorrência imprópria, por sua vez, representa a situação em que uma única exigência pode ter fundamentos jurídicos diversos.

Entretanto, é necessária uma distinção adicional, que não está bem clara nas lições de Larenz. Eventualmente, o credor pode exigir mais de uma prestação ao mesmo tempo (e.g.: exibição de documentos e indenização). A prescrição dos juros, como é tradicional entre nós, tem prazo próprio, comumente diverso do prazo para haver a obrigação principal.⁵⁷⁷ E aqui, como nos lembram a doutrina⁵⁷⁸ e a jurisprudência,⁵⁷⁹ a interrupção ou suspensão operada contra uma dessas pretensões não afeta as demais.

⁵⁷⁷ Nos termos do art. 206, § 3º, III, CC/2002, prescreve em três anos, “a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela”.

⁵⁷⁸ Carpenter indica essa regra com os seguintes brocardos: “*de actione separata ad aliam actionem non fit interruptio*” e “*de re ad rem non fit interruptio*” (CARPENTER, 1958b, p. 436).

⁵⁷⁹ “A pretensão de cobrança de indenização decorrente de dividendos relativos à subscrição complementar das ações da CRT/Celular CRT prescreve em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso III, do Código Civil de 2002, somente começando a correr tal prazo após o reconhecimento do direito à complementação acionária” (STJ, REsp 1112474/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 28/04/2010, DJe 11/05/2010). No que concerne à polêmica envolvendo os expurgos inflacionários, o Superior Tribunal de Justiça aplacou a regra da autonomia dos juros nos termos da seguinte decisão: “No pertinente à prescrição da pretensão autoral, o agravante defende a tese de que, na espécie, incidiria o prazo quinquenal do art. 178, § 10º, III, CC de 1916, ao argumento de que a correção monetária equipara-se a juros, o que a classifica como prestação acessória. A correção monetária destina-se a manter a equivalência do poder aquisitivo que o capital tinha em determinada data pretérita e que se vê reduzido em razão da inflação. Dessarte, a atualização monetária não remunera, sua função é repor o valor da moeda que se viu corroído pela inflação, a fim de que o capital de hoje seja economicamente igual (entenda-se: a referência não concerne ao número representativo do saldo, mas sim ao seu efetivo valor) ao capital de há trinta dias. Logo, ao se falar de correção monetária fala-se do próprio capital, o qual, de forma alguma, pode ser acessório de si mesmo. Por isso que os debates trazidos ao Judiciário respeitam a questões nomeadas “expurgos inflacionários”, “correção monetária com base no IPC”, “atualização monetária com base na variação do BTN fiscal”. “A orientação de prescrição vintenária aplica-se às ações individuais relativas a todos os Planos Econômicos em causa, visto que a natureza jurídica do depósito e da pretensão indenizatória é neles, no essencial, a mesma, valendo, pois, a regra “ubi eadem ratio ibi eadem dispositio”. O disposto no art. 178, § 10, III, do Código Civil revogado diz respeito à prescrição de juros e outras verbas acessórias, cobradas autonomamente e não conjuntamente com o principal e sobre ele incidentes. A parte correspondente à correção monetária não creditada, objeto do litígio, visa, apenas, a manter a integridade do capital, não se tratando de parcela acessória, e os juros, incidentes sobre o principal não pago, no caso, recebem idêntico tratamento.” (REsp 1.107.201/DF, Segunda Seção, Rel. Min. Sidnei Benetti, julgado pela sistemática do art. 543-C, CPC, DJe 6/5/2011) 6. Com referência ao consignado nesse repetitivo quanto ao juros (“e os juros, incidentes sobre o principal não pago, no caso, recebem idêntico tratamento”), registre-se, a título de *obter dictum*, em face da importância que o tema exige, que os juros remuneratórios das cadernetas de poupança, dado incidirem de forma capitalizada, integrando-se mês a mês ao capital, têm desnaturada a presunção de sua natureza acessória, cabendo também a eles o mesmo raciocínio conferido à correção monetária, e portanto, igualmente submetidos ao prazo prescricional vintenário” (STJ, AgRg no Ag 1245775/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 27/03/2012, DJe 10/04/2012).

Então, para que esteja bem claro, há dois problemas diversos. Se há mais de uma prestação, cada uma delas deve corresponder ao menos a uma pretensão. O segundo problema desperta quando, havendo uma só prestação, há pretensões diversas, sujeitas ou não a prazos específicos.

Preocupa-nos mais de perto a segunda situação. Esta concorrência de pretensões propriamente dita pode ter aspectos objetivos ou subjetivos.⁵⁸⁰ O recurso a algumas situações concretas pode ajudar a esclarecer o ponto.

Tome-se a situação de crédito de prestação divisível com pluralidade de devedores, para observar como se aplicam as regras do direito positivo sobre suspensão e interrupção da prescrição. A ideia central aqui é que a prescrição se aplica de pessoa a pessoa. Carpenter menciona a regra *a persona ad personam non fit interruptio civilis nec active nec passive*, para indicar que os efeitos da interrupção valem pessoalmente, sem se estender para outros credores ou outros devedores.⁵⁸¹ É justamente essa a regra que hoje se vê no art. 204 do CC/2002, segundo a qual “a interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados”.

O Código Civil parece, numa primeira leitura, que excepciona essa regra em duas situações, impondo a comunicação de causas suspensivas⁵⁸² e interruptivas⁵⁸³ para demais coobrigados quando há solidariedade ou indivisibilidade.⁵⁸⁴ Isso porque o art. 201, CC/2002, ao tratar da solidariedade ativa, estabelece que, “suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível”. E o art. 204, §

⁵⁸⁰ Larenz não trata de cumulações subjetivas, por considerar essencial que a pretensão seja de sujeito ativo a passivo. De qualquer forma, como procuraremos demonstrar, as situações relacionadas às obrigações solidárias exigem análise específica (conf. LARENZ, 1978, p. 341-351).

⁵⁸¹ CARPENTER, 1958b, p. 422-423.

⁵⁸² Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção.

⁵⁸³ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

⁵⁸⁴ “se o crédito é indivisível (...) enquanto houver um herdeiro menor, o prazo da prescrição não corre, nem mesmo contra os maiores, porque o crédito sendo indivisível, ou seja, não suscetível de partes, não pode ser prescrito por partes” (POTHIER, 2001, p. 610-611).

1º, CC/2002, estabelece que “a interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros”. Com efeito, a interrupção da prescrição, quando promovida por um credor solidário, estende seus efeitos à pretensão dos demais; quando promovida contra um devedor solidário, prejudica as pretensões havidas contra todos.⁵⁸⁵

A doutrina vem defendendo a solução legal sob o argumento histórico⁵⁸⁶ ou de que, nas obrigações solidárias, há vínculo obrigacional único.⁵⁸⁷ Esse argumento é, no entanto, simplista porque ignora a longa controvérsia sobre esse tema.⁵⁸⁸ Ademais, o doutrinador que

⁵⁸⁵ Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados (CC/2002, art. 177).

§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

⁵⁸⁶ Alexandre Augusto Corrêa afirma a origem da regra, destacando que, quanto à prescrição, interrompida contra um devedor, interrompe-se contra todos, segundo disposição expressa de Justiniano, em C, 8, 3 (40) (CORRÊA, A. A. C. As obrigações solidárias em direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1960, v. 55, p. 197-240. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5382>>. Acesso em: 3 jun. 2018). Pothier, ao tratar da mesma regra, destaca que “quando há muitos devedores solidários, o reconhecimento de um deles, ou a interpelação judicial feita a um deles, interrompe a prescrição em relação a todos os outros. É o que decide Justiniano na lei final (Cod. De duobus reis)”. E ainda: “É por isso que, interpellando um dos devedores, utilizo do meu direito pelo total, e interrompo o prazo da prescrição não só contra o devedor interpellado, mas também contra todos os outros, porque o direito que eu tenho contra eles não é um direito diferente, mas precisamente o mesmo direito que eu tenho contra o interpellado, e utilizando o direito que eu tenho contra ele pelo total, utilizei-o também contra todos os outros” (POTHIER, 2001, p. 620-621, item 698).

⁵⁸⁷ Carpenter, ao defender a comunicabilidade das causas interruptivas em obrigações solidárias, assevera que “em direito, os vários credores solidários são reputados um só credor” (CARPENTER, 1958b, p. 427).

⁵⁸⁸ Discute-se em doutrina se nas obrigações solidárias há vínculo único ou tantos vínculos quanto forem as partes. A querela existe há séculos porque o digesto apresenta passagens dúbias sobre os efeitos da *litis contestatio* processual. Em algumas situações, admitia-se que feita a *litis contestatio* por um dos coobrigados, os demais se viam desobrigados. Assim, os romanistas afirmavam que o direito romano admitia obrigações co-reais e solidárias simples. As obrigações co-reais eram constituídas por vontade das partes e solidárias simples decorriam da lei. Para eles, nas obrigações co-reais, a *litis contestatio* tinha efeito liberatório. Na solidariedade simples, apesar da *litis contestatio*, o credor ainda poderia se voltar contra outros devedores solidários. Esses doutrinadores viam nas obrigações co-reais um vínculo único e, nas demais, múltiplos vínculos. Washington de Barros Monteiro, além de apresentar bem essa perspectiva histórica, afirma que, de fato, a *litis contestatio* tinha efeito liberatório para algumas obrigações, mas considera que Ribentropp fez leitura equivocada do direito romano, criando essa diferenciação entre obrigações co-reais e solidárias que não era clara entre os romanos. De modo contrário, Eisele e Ascoli perceberam que o fim do efeito liberatório da *litis contestatio* se deu em razão de interpolações e, por isso, a solidariedade romana seria essencialmente unitária. De qualquer forma, “foi Justiniano, com a Constituição 28, que posteriormente aboliu esse princípio do direito clássico [efeito liberatório da *litis contestatio*] para as obrigações solidárias passivas” (MONTEIRO, W. B. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*. Primeira Parte. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 179). No modo mais preciso e significativo para o presente estudo, Max Kaser afirma que “Justiniano suprime o efeito consumptivo da litispendência e só impede o exercício posterior da ação se a prestação tiver sido realizada ou o credor satisfeito de outro modo; as pretensões estão em ‘concorrência solutória’ (C. 8, 40, 28, 2)” (KASER, 2011, p. 309). *Vide*, C, 8, 40, 28. No direito contemporâneo brasileiro, não há consenso sobre o caráter unitário ou plural das obrigações solidárias. Washington de Barros Monteiro entende não ser possível adotar a tese unitária em

venha a partir dessa premissa, haveria de concluir que tanto nas hipóteses de suspensão quanto nas de interrupção, a prescrição haveria de ser única para credores e devedores solidários.

Ocorre que, ao regular a suspensão da prescrição em obrigações solidárias, o Código Civil reforça a regra *a persona ad personam*. O art. 201, CC/2002, ao tratar da solidariedade ativa, estabelece que, “suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível”. Ao assim proceder, o Código Civil reconhece que há uma pretensão para cada credor solidário e a suspensão estabelecida em favor de um deles não se estende aos demais.⁵⁸⁹ Ora, se essa é a regra para solidariedade ativa, deve ser extrapolada também para a solidariedade passiva. De modo análogo, a suspensão da prescrição em prejuízo de um devedor não afeta os demais, salvo indivisibilidade.

A regra do art. 201, CC/2002, só excepciona a regra *a persona ad personam* quando há cocredores em obrigação indivisível, mas não trata da hipótese de codevedores. O silêncio do legislador quanto à hipótese de obrigação indivisível com codevedores parece ser eloquente. Não tratou da hipótese porque, quanto a ela, vale a regra geral do *a persona ad personam*. Em outras palavras, nessa situação, se há qualquer causa de suspensão aplicável a um codevedor, a prescrição não corre apenas com relação a ele.

Assim, em síntese, o Código Civil, ao tratar das causas de suspensão da prescrição em obrigações solidárias e indivisíveis, deixa transparecer que reconhece a existência de várias pretensões, uma relacionada a cada sujeito.

Essa multiplicidade de pretensões pode existir, ainda, de forma objetiva, isto é, não relacionada à pluralidade de partes. Na cumulação de pretensões, o credor pode pedir a satisfação de seu interesse, múltiplas vezes, uma após a outra. Todavia, pode acontecer que as pretensões sejam alternativas. Tome-se aqui o exemplo do inadimplemento contratual. Ao credor cumpre exercer uma escolha:

razão do art. 266, CC/2002, e defende expressamente a teoria da pluralidade (*idem*, p. 183). Para Orlando Gomes, o Código Civil albergou a teoria unitária (GOMES, 2007a, p. 79 e 82-84).

⁵⁸⁹ Carpenter traz o seguinte exemplo ao comentar o art. 171 do Código Civil de 1916: "A, B e C obtêm de D uma escritura (Código, art. 135), na qual este confessa dever-lhes, solidariamente, a quantia de nove contos de réis. Vencida a dívida e não paga, nascem para A, B, C as ações pessoais de cobrança contra D, cada ação para cobrança do débito integral de nove contos (Código, arts. 898, 899, 900), e nasce ao mesmo tempo a prescrição daquelas ações, prescrição que começa a correr e que ficará consumada ao cabo de trinta anos. (LXXIV). Sucede, porém, que mobilizado o exército nacional, em tempo de guerra, vai A nele servir por dez anos (Código, art. 169, n. III). Portanto, A poderá exercitar sua ação enquanto não estiver completo o prazo de quarenta anos, porque a prescrição da sua ação esteve suspensa por dez anos, ao passo que B e C somente poderão exercitar as suas ações enquanto não estiver completo o prazo de trinta anos, porque o favor da suspensão concedido a não lhes aproveita (LXXV)" (CARPENTER, 1958b, p. 348-349).

- i) resolver o contrato mediante o exercício de um direito potestativo e exercitar a pretensão para ver-se indenizado, ou, alternativamente,
- ii) exercitar a pretensão e exigir cumprimento forçado da obrigação.

Conquanto a jurisprudência tenha discutido a unificação do prazo prescricional para a reparação de danos contratuais e extracontratuais sob a regra do art. 206, § 3º, V, CC/2002,⁵⁹⁰ é certo que a pretensão de exigir o cumprimento do contrato não se confunde com a pretensão de haver perdas e danos após a sua resolução. Como resultado, pode haver um prazo para a reparação contratual e, de outro lado, quinquenal ou decenal para exigir o cumprimento do contrato.⁵⁹¹ Essa parece ser uma situação em que, legitimamente, pode haver pretensões diversas, surgindo de uma mesma relação jurídica, sujeitando-se ela, ou não, a termos finais diversos, seja pela própria disparidade de prazos, seja pelas intercorrências específicas a cada uma delas, como suspensões e interrupções.

Tendo delimitado o tema da concorrência de pretensões, subjetivas ou objetivas, voltaremos os olhos para as situações em que, havendo um só crédito, reconhece-se mais de uma pretensão para sua satisfação, não raro, com disparidade de prazos. Larenz, além de reconhecer essa realidade, tentando traçar algumas das distinções acima, indica que nessas situações, poderia ser aplicado: i) apenas o prazo mais curto, entendendo-se que de outra forma haveria fraude à lei; ii) apenas o prazo mais longo, considerando que se trata da interpretação mais favorável ao credor; ou, simplesmente, iii) quaisquer dos prazos, sendo o uso de qualquer deles uma faculdade do sujeito ativo. Segundo sua percepção, esta última era a solução predominante na Alemanha de sua época.⁵⁹²

Não se deve admitir, no entanto, que o legislador e o intérprete criem pretensões cumulativas de modo disfuncional, pois, ao assim proceder, acresce-se complexidade e incerteza no sistema jurídico, de modo simplesmente burocrático. Não se pode imaginar, por exemplo, que um único crédito tenha uma pretensão para a cobrança por meio de mandado de segurança, outra para cobrança por meios ordinários e uma terceira por meio de ações coletivas. Nesse ponto, é correta a crítica de Larenz, para quem os defensores da teoria da

⁵⁹⁰ Vide § 33.

⁵⁹¹ Nesse sentido, vide MARTINS-COSTA, J.; ZANETTI, C. S. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, v. 979/2017, p. 215-241, maio 2017.

⁵⁹² “En todos estos casos, según el criterio hoy predominante, no existe una concurrencia que origine desplazamiento de normas; antes bien, el titular puede invocar todas las normas relativas a la pretensión pertinentes al caso em particular y por ello combinar entre sí, por lo regular, las diferentes ventajas que aquéllas le conceden” (LARENZ, 1978, p. 345). “Normalmente, el acreedor que se encuentra con dos créditos concurrentes puede elegir para darle la preferencia, en su ejercicio, el que más le convenga” (TUHR, 1934, p. 39).

concorrência de pretensões parecem não ter se desvencilhado completamente do antigo processo por ações, quando hoje não se exige que a demanda tenha um determinado fundamento, para poder ser formulada, bastando que tenha uma exigência clara.⁵⁹³

Dentre as situações até aqui mencionadas, vale destacar, em particular, que é assistemática a interpretação que estabelece prazos distintos para a pretensão de execução específica de contrato e de haver perdas e danos em razão da resolução. A disparidade de prazos só se justificaria se a execução específica tivesse um valor intrínseco superior ao da resolução, o que não se vê quando ambas as situações versam sobre situações eminentemente patrimoniais e nas quais cabia ao credor o direito potestativo de resolver ou, alternativamente, haver a execução específica.⁵⁹⁴ Dito de uma forma mais específica, se imaginarmos que, resolvido o contrato, o credor tem três anos para haver perdas e danos, mas, de modo contrário, tem dez anos para haver seu cumprimento específico, naturalmente tais regras prestigiam a perpetuação dos litígios dessa última espécie. O prazo mais curto tem escassa eficácia de pacificação social quando uma possibilidade bem mais ampla está à disposição do credor.

É preciso, ainda, observar o tema das contas. A exigência de contas e de pagamento correspondem, em princípio, a prestações diversas. A jurisprudência vem reconhecendo que o prazo para haver prestação de contas é decenal.⁵⁹⁵ Contudo, se o prazo para haver o pagamento é inferior, naturalmente está estabelecido o incentivo para que o credor, após vencido o prazo da primeira pretensão, valha-se da segunda, mesmo quando tem condições de saber quanto lhe é devido. Nessa situação, embora estejamos diante de prestações diversas (correspondendo a pretensões diversas) também se percebe que seu tratamento legal e jurisprudencial deveria ser harmonioso.

Não tem qualquer significado de pacificação social o prazo prescricional mais curto se, vencido este, admite-se, subsidiariamente, o exercício de prestação de contas, para que esta, ao final, seja revertida na cobrança. Se os danos advindos de um contrato podem ser ressarcidos em prazos curtos, uma prestação de contas só poderia existir para além disso,

⁵⁹³ LARENZ, 1978, p. 348.

⁵⁹⁴ Athos Gusmão Carneiro afirma que a obrigação indenizatória tem caráter acessório frente a pretensão de execução específica. Não se pode concordar com esse argumento, pois o credor tem direito potestativo de resolver e haver perdas e danos ou, alternativamente, obter execução específica. Trata-se, portanto, de obrigações alternativas e não subsidiárias (CARNEIRO, A. G. Prescrição trienal e "reparação civil". *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 13, n. 49, p. 15-21, jul./set. 2010).

⁵⁹⁵ A jurisprudência vem reconhecendo que “a ação de prestação de contas tem por base obrigação de natureza pessoal, a ela se aplicando, na vigência do antigo Código Civil de 1916, a prescrição vintenária prevista no art. 177 e a prescrição decenal prevista no art. 205 do atual Código Civil de 2002” (STJ, AgInt no AREsp 725.813/PR, Rel. Min. Raúl Araújo, 4ª Turma, j. 23/08/2016, DJe 09/09/2016).

para efetivamente esclarecer o que se passou, mas não para cobrar o saldo devido. Com isso, não se poderia admitir que a prestação de contas tivesse prazo mais amplo que a própria pretensão de cobrança que lhe é inerente.

Algumas legislações procuram esclarecer esse dilema, ao contrário da legislação brasileira, que é silente. O Código Civil Argentino (CCA/2015) estabeleceu que o prazo para exigir as contas inicia-se desde que elas são devidas, mas o prazo para cobrar o saldo positivo apurado inicia-se desde o trânsito em julgado da sentença.⁵⁹⁶ Assim, ao contrário do que propugnamos aqui, há ali um incentivo para que as contas sejam exigidas sempre que possível.

De tudo o que foi aqui dito, pode-se reconhecer que, o legislador por vezes atribui prazos para pretensões específicas, mas também é comum que o faça para todas as pretensões correlacionadas a uma mesma prestação ou para todas as pretensões relacionadas a um mesmo direito subjetivo. Como em qualquer esforço classificatório, daí sempre resultam situações dúbias, zonas cinzentas, nas quais se discute se há concorrência de prestações, de pretensões ou apenas uma pretensão com fundamentos diversos. Essa ordem de coisas cria litígios desnecessários e, se ela não pode ser totalmente evitada, seus efeitos seriam minimizados com a simplificação de regras, adoção de menos categorias e uniformização de prazos.⁵⁹⁷

Essas observações reforçam a conclusão (XVI) acima: a doutrina e a jurisprudência devem harmonizar os efeitos do tempo sobre as pretensões, evitando, salvo justificativa racional específica, que se multipliquem os direitos materiais e pretensões, para a mesma troca econômica. Mas é possível acrescentar duas novas conclusões para fins do presente estudo: (XVIII) a pretensão de execução específica do contrato deve ter prazo prescricional compatível com a pretensão de haver perdas e danos em razão de sua resolução; (XIX) não se pode admitir que a prestação de contas tenha prazo mais amplo que a própria pretensão de cobrança que lhe é inerente.

Com essas observações, é importante avançar sobre outros desdobramentos do problema, para tratar de duas questões específicas. A primeira delas diz respeito à inclusão do nome dos devedores em cadastros de inadimplentes. A segunda está relacionada ao prazo

⁵⁹⁶ Art. 2555, CCA/2015. *Rendición de cuentas. El transcurso del plazo de prescripción para reclamar la rendición de cuentas comienza el día que el obligado debe rendirlas o, en su defecto, cuando cesa en la función respectiva. Para demandar el cobro del resultado líquido de la cuenta, el plazo comienza el día que hubo conformidad de parte o decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.*

⁵⁹⁷ Sem tantas distinções, vide ZIMMERMANN, 2010, p. 130.

para a execução de uma sentença condenatória. Do exame de situações concretas, espera-se testar a coerência da premissa de limitação das pretensões.

§24. Protesto e Cadastros de Inadimplentes

A prescritibilidade da pretensão traz desdobramentos relevantes para o tema dos bancos de dados e cadastros de consumidores.

O art. 43, § 1º, CDC, estabelece que “os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”. O art. 43, § 5º, CDC, por sua vez, indica que “consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”.

A interpretação conjunta dessas duas regras indica, de modo razoável, que o cadastro de dívidas de consumidores só pode ser feito enquanto estas não prescreverem e, necessariamente, por prazo nunca superior a cinco anos. A norma é sistemática se considerarmos que o prazo prescricional, nas relações de consumo, é quinquenal (art. 27, CDC).

No entanto, por razões diversas, mas que envolvem a ausência de outras normas para regular a formação de cadastros de crédito, as regras do Código de Defesa do Consumidor têm amparado a solução de controvérsias puramente civis ou empresariais. Nesse cenário, deve-se perguntar o que ocorre com dívidas que prescrevem em prazo superior a cinco anos. As seguintes hipóteses se apresentam:

- i) independência de esferas.* Há pretensão mesmo após o quinquênio, razão pela qual pode haver protesto, cobrança judicial e extrajudicial, mas não pode haver inclusão dessas informações em banco de dados porque há aí um regime jurídico específico para o tema;
- ii) prevalência do quinquênio.* Após o prazo de 5 (cinco) anos, já não subsiste qualquer pretensão ou ação material; e
- iii) prevalência do prazo prescricional.* Após os cinco anos, ainda há pretensão e ação e, por isso, deveria ser admitida a inclusão do nome do devedor em banco de dados.

Para equacionar esse problema, deve-se ter em mente qual o conteúdo da pretensão e avaliar como ela é de fato exercida.

A pretensão, como poder de exigir, desdobra-se no mundo fático com a exigência propriamente dita. A exigência pode ser veiculada ao devedor, direta ou indiretamente, por meio de manifestação de vontade, mas também por atos práticos quaisquer que busquem a satisfação do direito material. A pretensão autoriza, portanto, a cobrança, a interpelação, o desforço imediato (quando permitido pelo ordenamento), a compensação,⁵⁹⁸ dentre inúmeros outros atos.

Mais especificamente, é importante frisar que aquele que envia um título a protesto exerce sua pretensão. Embora esse desdobramento nem sempre seja destacado pela doutrina, deve-se desenvolver esse raciocínio de maneira mais pormenorizada.

A circulação dos títulos de crédito dá-se de maneira relativamente informal, sendo que o portador do título deve provar, em determinadas circunstâncias, sua apresentação para aceite ou para pagamento. Essa regra exige um sistema público de evidência, tarefa que historicamente foi atribuída aos tabelionatos de protesto.

Sem o protesto, pode restar prejudicada a prova do inadimplemento ou direito de regresso. Na lição de Rubens Requião, “o protesto constituiu precisamente um ato oficial e público que comprova a exigência do cumprimento daquelas obrigações cambiárias, constituindo-se prova plena”.⁵⁹⁹

O Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, ao tratar da letra de câmbio, indica que “a falta ou recusa, total ou parcial, de pagamento, prova-se pelo protesto” (art. 27). Dentre outros elementos, o instrumento de protesto deve conter “a certidão da intimação ao sacado ou ao aceitante ou aos outros sacados, nomeados na letra para aceitar ou pagar, a resposta dada ou a declaração da falta da resposta” (art. 29, III). Dessa forma, o “portador que não tira, em tempo útil e forma regular, o instrumento do protesto da letra, perde o direito de regresso contra o sacador, endossadores e avalistas” (art. 32).

A Lei Uniforme de Genebra, sobre letras de câmbio e promissórias, destaca que a “recusa de aceite ou de pagamento deve ser comprovada por um ato formal (protesto por falta de aceite ou falta de pagamento)” (art. 44). O direito de regresso, de igual modo, pressupõe que anteriormente tenha sido feita a “apresentação da mesma [letra] ao sacado para pagamento e depois de feito o protesto” (art. 44). De modo semelhante, “à falta de data,

⁵⁹⁸ Se prescrita a pretensão, já também não é possível a exceção, deve-se concluir que a compensação não depende do crédito, mas da própria pretensão.

⁵⁹⁹ REQUIÃO, 1995, p. 354.

o portador, para conservar os seus direitos de recurso contra os endossantes e contra o sacador, deve fazer constar essa omissão por um protesto, feito em tempo útil”.

Sob o regime da Lei de Cheques (Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985), o protesto não é obrigatório para realizar a cobrança contra o sacador. Assim, pode o portador promover a execução do cheque: “I - contra o emitente e seu avalista; II - contra os endossantes e seus avalistas, se o cheque apresentado em tempo hábil e a recusa de pagamento é comprovada pelo protesto ou por declaração do sacado, escrita e datada sobre o cheque, com indicação do dia de apresentação, ou, ainda, por declaração escrita e datada por câmara de compensação” (art. 47). Por outro lado, se o portador não apresenta o cheque no prazo em que o sacador tinha fundos, só poderá cobrar do sacador se realizar o protesto (art. 47, § 3º). De qualquer forma, o instrumento de protesto deve conter a transcrição literal do cheque e “a certidão da intimação do emitente, de seu mandatário especial ou representante legal, e as demais pessoas obrigadas no cheque” (art. 48, § 2º, b) ou, na sua falta, certidão de não terem sido encontrados.

Dessa sistemática, observa-se que o protesto é o ato pelo qual o credor formaliza a cobrança contra o seu devedor.⁶⁰⁰ A existência de necessidade de intimação dos devedores revela que, pelo protesto, o credor exerce sua pretensão, cobrando aceite ou pagamento. Trata-se, portanto, de prática essencialmente lícita, muitas vezes necessária, sob pena da perda de certos direitos cambiários.

Quem protesta, está, como o verbo sugere, protestando por haver a prestação, exigindo pagamento por meio de estrutura paraestatal, ao mesmo passo que prova a inadimplência.⁶⁰¹ Exerce a pretensão quem protesta o título da dívida e, não por outro motivo, a prescrição se vê interrompida nos termos do art. 202, CC/2002.⁶⁰² Há aí verdadeira interrupção interpelativa, na classificação de Carpenter.⁶⁰³ Dito de outra forma, a pretensão passou a ser exercida e, por isso, não se pode considerar omissa o credor para fins de prescrição.

⁶⁰⁰ Essa percepção é antiga entre nós. Confira-se: “O negociante que, sem relevante razão de direito, não pagar, na época do vencimento, obrigação líquida e certa, deve, dentro de trinta dias, requerer a sua própria falência. Se o não fizer, estará impossibilitado de propor concordata a seus credores. Não há esperar seja protestado o título. O protesto é já ato de cobrança. É uma reclamação contra a impontualidade. O devedor honesto não aguarda o protesto do título. Resgata-o sem mais delongas. É a sua obrigação” (STF, RE 25434, Rel. Min. Mário Guimarães, Primeira Turma, j. 28/10/1954, DJ 07.04.1955).

⁶⁰¹ Art. 1º, Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

⁶⁰² Art. 202, Código Civil. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...) III - por protesto cambial”.

⁶⁰³ CARPENTER, 1958b, p. 358.

Essa associação entre protesto e exercício da pretensão não é comum na doutrina e há mesmo quem a negue. Carlos Henrique Abrão vê no protesto finalidade meramente probatória. Para ele, o protesto “não gera direitos, não produz obrigações, somente instrumentaliza o inadimplemento”,⁶⁰⁴ razão pela qual louvava a solução que, antes da vigência do atual Código Civil, via-se no enunciado nº 153 da Súmula do STF (“Simple protesto cambiário não interrompe a prescrição”).⁶⁰⁵

A solução preconizada por Carlos Henrique Abrão não pode ser aceita. O enunciado nº 153 da Súmula do STF tomou por base um único julgado.⁶⁰⁶ Naquela ocasião, de forma lacônica, fez-se referência à discussão anterior, na qual a questão teria sido pacificada. A pesquisa no sistema de jurisprudência daquela Corte leva a concluir que, de fato, ainda em 1953, o Pleno do Tribunal assentou que “o protesto cambiário não se equipara ao protesto comum para o efeito de interromper a prescrição contra o aceitante e seu avalista. Destinase a assegurar o direito regressivo dos embargados entre si”.⁶⁰⁷

Viu-se, então, na discussão conduzida pelos ministros Mário Guimarães, Luiz Galotti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa, Lafayette de Andrada, Edgard Costa, Orosimbo Nonato e Nelson Hungria, sendo este último vencido, o embate entre a posição funcionalista, segundo a qual o protesto cambial cumpre a mesma finalidade do judicial, e a posição formal, segundo a qual apenas o protesto judicial havia sido previsto nos Códigos Comercial e Civil como causa interruptiva da prescrição. Como se percebe, prevaleceu na ocasião o argumento formal, que perde sua razão de ser com as leis que se seguiram e, em especial, com advento do Código Civil de 2002.

Quando da tramitação do projeto atual do Código Civil no Congresso Nacional, foi proposta emenda que visava a suprimir a regra que hoje se vê no referido art. 202. A Comissão Revisora afirmou, então, que “o protesto foi admitido como causa de interrupção porque indica, inequivocamente, que o titular do direito violado não está inerte”. Na ocasião, destacou-se que a Súmula de Jurisprudência “existe em face do direito vigente, e nada impede que haja mudança na legislação”.⁶⁰⁸ Por isso, Claudio Luiz Bueno de Godoy com razão afirma que hoje está superado o enunciado nº 153, da Súmula do STF.⁶⁰⁹

⁶⁰⁴ ABRÃO, C. H. *Protesto: caracterização da mora – inadimplemento obrigacional*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5.

⁶⁰⁵ Aprovado em Sessão Plenária aos 13/12/1963.

⁶⁰⁶ Recurso Extraordinário n. 45.378, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 2.5.1961.

⁶⁰⁷ STF, RE 18189 EI, Rel. Min. Mário Guimarães, Tribunal Pleno, j. 18/05/1953, DJ 15.10.1953.

⁶⁰⁸ MOREIRA ALVES, 2003, p. 160.

⁶⁰⁹ GODOY, 2005, p. 24.

Assim, nos protestos por falta de pagamento, o devedor é intimado a entregar a prestação, o que representa clara exigência do crédito e exercício da pretensão. A prova se faz porque o tabelião, terceiro desinteressado, goza de boa-fé para atestar o exercício da pretensão e a ausência de pagamento. Naturalmente, o protesto não renova o prazo para pagamento e não afasta a mora anteriormente existente. Se no passado havia alguma razão para esse entendimento, resta evidente que seus fundamentos deixaram de existir com o Código Civil.

No protesto, a um só tempo, o credor exerce o seu direito e pretensão a ele inerente, comunicando ao devedor a exigência de pagamento. Toda exigência é, portanto, uma comunicação declarativa. O credor declara ao devedor que exige o pagamento. Na arguta percepção de Pontes de Miranda, o “(...) titular de direito que o expõe, que o revela, que o postula, que o alega, exerce poder que faz parte do direito (...) esse poder é o primeiro elemento de todo direito, pretensão, ação ou exceção; porque é o poder de revelar (exprimir, enunciar) a própria existência (...)”.⁶¹⁰

Com isso, a pretensão é a exigência do pagamento endereçada contra quem o credor declarar ser o devedor. Essa declaração pode ser publicamente veiculada num sistema de registro público de protestos, como acima destacado, para fazer prova. O protesto formaliza o regular exercício da pretensão.

Note-se, dessa forma, que a declaração pública da dívida, no caso do protesto, tem como subproduto a cognoscibilidade desse fato por quaisquer terceiros interessados, uma externalidade positiva que impõe transparência para o sistema de crédito, conquanto possa ser deletéria para o devedor que pretenda haver empréstimos de credores desavisados.

Essa divulgação a terceiros tem sido considerada lícita ao longo das décadas, pois, além de funcional, está de acordo com a premissa de liberdade de informação própria das sociedades democráticas.⁶¹¹ A liberdade de informação e comunicação possibilita que uma dívida seja comunicada, não só ao devedor, mas a terceiros e, nesse sentido, venha a compor as anotações públicas de protestos. De um modo bastante sintético, pode-se dizer que não há abuso no direito de informar quando se veicula dado verdadeiro e publicamente relevante. De modo contrário, o protesto é abusivo, e a comunicação a terceiros também, quando a dívida não existe de fato. Sob essa perspectiva, as regras legais que instituem o sistema de

⁶¹⁰ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 106.

⁶¹¹ O art. 5º, XIV, CF assegura “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. O art. 220, CF, estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

protestos não deixam margem a dúvidas de que há interesse público no conhecimento das dívidas individuais.⁶¹²

Como é fácil perceber, existe alguma tensão entre este princípio de liberdade de informação com a premissa de salvaguarda da privacidade e, mais especificamente, com a proteção de dados pessoais. Hoje consolidou-se o entendimento de que “a proteção de dados pessoais pode ser compreendida como uma dimensão do direito à privacidade, que, por consequência, partilha dos mesmos fundamentos: a tutela da personalidade e da dignidade do indivíduo”.⁶¹³ Como desdobramento dos direitos da personalidade, cada pessoa natural detém autodeterminação informativa, sendo que só podemos coletar e tratar dados alheios na medida em que haja seu consentimento. Se não houvesse qualquer exceção a essa premissa, ninguém poderia informar à coletividade sobre o crédito que detém contra o devedor, salvo com o consentimento deste. Ocorre que o art. 7º, X, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018,⁶¹⁴ que trata da proteção de dados pessoais no âmbito nacional, expressamente excepciona as regras de proteção ao crédito, não exigindo, em tal situação, anuência do devedor.

A relevância econômica do sistema de proteção ao crédito – que não existiria se a inserção de dados negativos dependesse da anuência do devedor – faz que seja legítima, de

⁶¹² Antônio Carlos Morato analisa detalhadamente a situação, em tudo semelhante a esta, dos cadastros positivos e externa preocupação de que não haja aí verdadeiros tribunais de exceção. Confira-se: “Resta ainda a crítica de que as empresas que oferecem o sistema de proteção ao crédito equilibram-se entre o direito de oferecer informações sobre o consumidor (amparado pelo art. 43, CDC) para a análise da concessão do crédito e a frequente crítica de que constituiriam um “tribunal de exceção”, na medida em que tais órgãos atribuiriam a um consumidor o rótulo de inadimplente sem que existisse um pronunciamento judicial definitivo, o que constitui uma preocupação que está longe de ser considerada recente. Tais dilemas ilustram com exatidão as dificuldades quanto ao respeito às restrições para o cadastro positivo decorrentes da Lei 12.414/2011” (MORATO, A. C. O cadastro positivo de consumidores e seu impacto nas relações de consumo. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 14, n. 53, p. 13-26, jul./set. 2011). Não cabe a discussão pormenorizada do tema aqui, mas o pressuposto de nossa análise é que a divulgação é lícita enquanto a dívida (*rectius*, a pretensão) de fato existir.

⁶¹³ MENDES, L. S. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

⁶¹⁴ Art. 7º “O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente”.

modo mais amplo, a divulgação a terceiros da existência de quaisquer dívidas, não apenas daquelas sujeitas a protesto. Naturalmente, não se toleram nesse campo cobranças vexatórias e exposição indevida do devedor, mas sem exageros, é possível comunicar a terceiros que alguém lhe deve, surgindo aí a base legal para que surjam os cadastros de inadimplentes.

Dessa forma, é possível destacar que o credor pode exercer a pretensão, protestar e informar a terceiros sobre a existência da dívida, incluindo o nome do devedor em cadastros de inadimplentes, independentemente do consentimento do devedor.

A partir dessa constatação, de modo mais próximo do problema inicialmente apresentado, devemos nos questionar no que consiste essa possibilidade de divulgar a existência da dívida, se ela é a própria pretensão ou se é algo diverso.

Duas soluções são possíveis. Em primeiro lugar, pode-se sustentar que a pretensão se volta essencialmente contra o devedor, sendo exercitada independentemente de qualquer publicidade para terceiros. Ter-se-ia aí uma situação jurídica, no âmago da relação jurídica entre credor e devedor, que sujeita este último à publicidade. Como verdadeiro direito potestativo sujeito a prazo, sua natureza seria decadencial. O credor poderia publicizar a dívida por cinco anos, independentemente da anuência ou qualquer ação do credor e, ao fim, sem suspensões ou interrupções, este direito haveria de estar extinto. Com uma visão diversa, pode-se argumentar que esse *potestas* depende da pretensão ou representa o seu exercício propriamente dito.

Ao reconhecer a independência, o sistema seria disfuncional, com um credor que não pode cobrar (e que, caso cobre, pratica ilícito). Entretanto, em razão do seu direito potestativo que pode publicizar a existência da dívida em protestos ou cadastros de inadimplentes. Isto é, a prescrição da dívida não poderia produzir efeitos sobre a possibilidade de publicização.

Temos que a possibilidade de comunicar uma inadimplência não é algo diverso da própria pretensão. Assim, o direito de manter o nome de terceiro em cadastro de inadimplentes só existe se e enquanto houver pretensão, considerando para tanto as suspensões e interrupções aplicáveis. Se prescrita a dívida, não há razão para que sejam mantidos registros públicos de protestos ou de dívidas como um todo. A prescrição funciona, sob esse prisma, como o termo legal a partir do qual o devedor ganha direito ao esquecimento de sua situação de devedor. Se o crédito já não tem força para ensejar o exercício da pretensão e justificar a cobrança, tampouco pode fundar um sistema de proteção ao crédito.

Não há interesse público a justificar cadastros de dívidas prescritas.⁶¹⁵ Mais que isso, a informação de que alguém deve é sempre incompleta, e por isso incorreta, se não estiver claro que a dívida está prescrita. Não há liberdade de informar algo que não corresponda com a verdade. Com a prescrição, não é possível revelar a terceiros que determinado sujeito deve e, se isso ocorre, há prática de ilícito.⁶¹⁶

Defendemos, portanto, que os cadastros negativos sejam excluídos ao final do prazo prescricional mesmo antes do termo previsto no art. 43, §1º, CDC. A aplicabilidade dessa conclusão a relações de consumo depende essencialmente de que sejam aplicados nessas relações prazos inferiores ao quinquênio, o que pode eventualmente ocorrer.⁶¹⁷ Fora das relações de consumo, por maior motivo, não haveria de prevalecer solução diversa.

Para a situação em que os prazos prescricionais aplicáveis são maiores que o quinquênio do art. 43, §1º, CDC, defendemos, de modo análogo, que seja respeitado o prazo estipulado para exigir o pagamento. Se o crédito existe e pode ser exigido, a liberdade de informação assegura ao credor a faculdade de informar tal fato a terceiros, notadamente a um sistema de proteção de crédito.

O STJ não se manifestou sobre o problema nos termos aqui propostos, mas nota-se ali a tendência de independência entre os prazos. Ao publicar o enunciado n. 323 de sua Súmula, aquela Corte superou entendimento anterior⁶¹⁸ e estabeleceu que “a inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução”.⁶¹⁹ Cinco foram os precedentes considerados na formulação desta regra. Neles, os julgadores estavam diante de ações cambiais, com prazo prescricional de três anos, tendo observado que, ainda que estas estivessem prescritas, o crédito ainda poderia ser cobrado por outros meios.⁶²⁰

⁶¹⁵ Pode ser que, em situações específicas, por características concretas especiais, possa permanecer a liberdade de informação quanto a dívida prescrita de um terceiro. Imagine-se, por exemplo, a situação em que personalidades históricas ou políticas que tenham tido suas condutas pautadas por essa circunstância de serem devedores. Nesse caso, não seria possível falar de direito ao esquecimento com a prescrição.

⁶¹⁶ Conforme § 24 abaixo.

⁶¹⁷ Como ocorre, por exemplo, no confronto do prazo anual para haver reparação do segurador. O Superior Tribunal de Justiça vem concluindo que “a pretensão de indenização securitária sujeita-se à prescrição anual prevista no Código Civil, não sendo aplicável o prazo quinquenal preconizado no art. 27 do CDC” (EDcl no REsp 1286743/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 24/11/2015, DJe 01/12/2015).

⁶¹⁸ “Nominata de devedores. SPC. O nome de alguém em rol de devedores não pode nele perdurar, quando quem lhe promoveu a inclusão já não tem título executivo contra o nomeado. Recurso especial não conhecido. Unanime” (STJ. REsp 3.087/RS, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª. T., j. em 15/06/1992, DJ 03/08/1992, p. 11318).

⁶¹⁹ Súmula 323, Segunda Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009, DJ 05/12/2005, p. 410.

⁶²⁰ “A prescrição a que se refere o Art. 43, § 5º do Código de Defesa do Consumidor é o da ação de cobrança e não o da ação executiva. Em homenagem ao § 1º do Art. 43 as informações restritivas de crédito devem

De modo análogo, este mesmo problema surgiu quando se tratou do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos, criado pela Resolução nº 1.631, de 24 de agosto de 1989, do Conselho Monetário Nacional (CMN). As normas permitem a formação de referido banco de dados, cujas anotações serão excluídas “automaticamente, após decorridos 5 (cinco) anos da última inclusão” (art. 19, a). A jurisprudência, nesse ponto igualmente destacou que mesmo após a prescrição da cambial, admite-se a permanência do cadastro.⁶²¹ Essa solução conta com o aplauso da doutrina, que vê no prazo de forma autônoma.⁶²²

A solução aqui proposta permite o aperfeiçoamento do sistema e maior clareza na aplicação da regra: (XX) ao indicar o protesto ou a inclusão em banco de dados, o credor deveria igualmente informar o lapso temporal de permanência da dívida, respondendo por danos relacionados ao excesso de prazo.

§25. Prescrição intercorrente e execução

Como procuramos demonstrar na análise histórica com a qual iniciamos o presente estudo, a prescrição sempre esteve ligada, de forma mais ou menos direta, ao tema da duração do processo. Se prescrição e *mors litis* não surgem como institutos equivalentes, visavam claramente ao mesmo fim, o de evitar a perpetuação dos conflitos sociais, razão pela qual, ao longo dos séculos, acabam sendo unificados.

Na fase do processo formulário, a *actio* deveria ser exercida no prazo prescricional estipulado, caso não fosse perpétua. A fase *in iure* haveria de terminar em um ano e, quando obtida, a decisão do pretor e a *litis contestatio*, entendia-se que a ação perpetuava-se. A *litis contestatio* era compreendida como o acordo das partes para submeter-se ao *iudicium*,⁶²³ representando uma *novatio necessaria* assim como o encerramento da *actio* até então exercida, para criar outra *apud iudicem*. Tratando-se de nova *actio*, nada mais natural que ela se submetesse à perpetuidade.

No período da *cognitio extra ordinem*, desapareceu a fase *apud iudicem*, razão pela qual se passou a entender que a *litis contestatio*, já transfigurada, ocorria com a apresentação

cessar após o quinto ano do registro” (STJ, REsp 472.203/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2ª Seção, j. 23/06/2004, DJ 29/11/2004, p. 220).

⁶²¹ “I. Desinfluyente a prescrição semestral da ação executiva do cheque para efeito de cancelamento do registro desfavorável ao devedor nos órgãos de cadastro de crédito, se a dívida pode ainda ser exigida por outra via processual que admite prazo igual ou superior a cinco anos, caso em que a prescrição a ser considerada é a quinquenal, de conformidade com o art. 43, parágrafo 1º, da Lei n. 8.078/90” (STJ, REsp 752.135/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª. T., j. 16/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 433)

⁶²² KRAUSE, 2011, p. 613-628 (originalmente publicado em Revista dos Tribunais, n. 815/109, set. 2003).

⁶²³ Ver § 4 acima.

da defesa, ou após esta, perpetuando-se a lide a partir de então.⁶²⁴ Isso significava que, qualquer que fosse o prazo prescricional anteriormente aplicável, só haveria prescrição após trinta anos.⁶²⁵ Já não se fala em *mors litis*, mas não se admitia que o processo ficasse parado, pois a instância ou demanda se perimia se ficasse parada por três anos, podendo ser reproposta enquanto perdurasse a ação.⁶²⁶

Sob clara influência bizantina, no Brasil sob as Ordenações do Reino, admitiam-se os efeitos da *litis contestatio*, com a perpetuação da lide.⁶²⁷ A Consolidação das Leis Processuais Civis seguia a mesma linha.⁶²⁸ Dizia-se, então, que as ações [pretensões] que durassem trinta anos ou mais fossem chamadas perpétuas em contraposição aos prazos mais curtos que indicavam as “ações temporais”.⁶²⁹ A perpetuação da lide significava, mais precisamente, a transformação de um prazo curto no prazo mais longo admitido. Clóvis Bevilacqua narra que, no período, uma vez interrompida a prescrição, esta só voltava a correr quando o processo era paralisado, ou seja, “a contar-se, desde que fora sustado o processo, e somente depois de trinta anos se considerava ultimada”.⁶³⁰

Nesse período, sob os influxos do direito canônico, desapareceu entre nós a perempção trienal de instância (e tampouco era possível falar de *mors litis*). Iniciada a instância, esta se reputava sempre viva enquanto viva estivesse a ação.⁶³¹ Paralisado o processo, a prescrição era retomada pelo maior prazo admissível.

⁶²⁴ D, 27, 7, 8, 1. Conf. CARPENTER, 1958a, p. 128-129. Soares de Faria afirmava, no entanto, que o instituto da *litis contestatio* não sobreviveu no período, salvo de forma meramente idealizada, já que a figura aí não guardava as principais características que a caracterizaram no período anterior (FARIA, S. S. Da prescrição da sentença e sua execução. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade De São Paulo, v. 36, n. 1-2, p. 106-116, 1941. Disponível em: <<https://bit.ly/2RKjGuj>>. Acesso em: 9 nov. 2019).

⁶²⁵ CARPENTER, 1958a, p. 128-129.

⁶²⁶ C, 3, 1, 13, 1.

⁶²⁷ Ordenações Filipinas, Livro III, Tit. 18, §12, com o seguinte teor: “E acordando-se o autor e réo de proseguirem seu feito, sem embargo das fêrias, que são ordenadas para colhimento do pão e vinho, podel-o-hão fazer, se o Julgador os quizer ouvir, e valerá tudo o que fôr feito no tempo das taes fêrias. Porém, se algum quisesse demandar outro, e a aução fosse tal, que pereceria, se em o tempo das ditas fêrias não fosse intentada, bem poderá mover tal demanda, eo Juiz será obrigado de o ouvir como réo, até a aução ser perpetuada per contestação da lide. E tanto que assi fôr perpetuada, não irá o Juiz mais pelo feito em diante sem consentimento de ambas as partes, mas assinar-lhes-há termo a que o venham seguir, passadas as fêrias” (BRASIL. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14. ed. Candido Mendes de Almeida (Org.). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870).

⁶²⁸ Art. 260. São effeitos da verdadeira contestação da lide: §1. perpetuar as acções que, sem ella. Pereceriam (382-c. CLXXIII). §2º Produzir um quasi contracto, pelo qual os litigantes se obrigam a estar pelo julgado, devendo este retrahir-se ao estado de causas existente no momento da contestação da lide (383) (Conf. RIBAS, A. J. *Consolidação do Processo Civil Comentada*. v. I. Rio de Janeiro: Dias da Silva Jr, 1879, p. 2010-211).

⁶²⁹ CORREA TELLES, 1880, p. 12. No direito italiano, a expressão “*azioni perpetue*” adquire o mesmo significado (PUGLIESE, 1924, p. 6).

⁶³⁰ BEVILACQUA, 2001, p. 412.

⁶³¹ CARPENTER, 1958a., p. 130 e 135.

Esse cenário começa a mudar com a proclamação da República, quando os autores começam a reconhecer que a *litis contestatio* era uma noção obsoleta, bastando que se atribuíssem os efeitos de perpetuação da lide diretamente ao processo civil.⁶³² Nos dizeres de Luiz Carpenter, “o que perpetua[va] a ação não é a *litis contestatio*, é [era] sim a propositura da demanda”.⁶³³ Essa percepção trazia alguma confusão. Se já não havia *litis contestatio*, se não se poderia pressupor a formação de quase-contrato a novar as relações anteriores, também não havia razão para que as regras processuais estendessem o prazo prescricional, perpetuando as ações.

Como o Código Civil de 1916 não fazia referência alguma à *litis contestatio*, discutia-se ainda se havia perpetuação da ação e qual o seu prazo.⁶³⁴ Clóvis Bevilacqua considerava que havia desaparecido “a perpetuação da ação, como consequência desse instituto”.⁶³⁵ Defendia ele que toda a legislação anterior havia sido revogada e o efeito da contestação da lide era meramente interruptivo. É nesse sentido que o art. 173, CC/1916, dizia que “a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper”.⁶³⁶ Sem perpetuação da lide e com mera interrupção, a prescrição continuava a ser regida pelo seu prazo específico, fosse ele anual, quinquenal, decenal ou vintenário e, conforme esta regra, ela era retomada.

Esse é o cenário que, posteriormente, dará ensejo à prescrição intercorrente. Se o processo viesse a ficar parado, por inércia de seu autor, por prazo superior ao prescricional, a pretensão estaria fulminada.⁶³⁷ O exercício da ação interrompe a prescrição, mas esta volta a correr do último ato do processo, ainda que antes de seu fim propriamente dito.

⁶³² *Idem*, p. 135-138.

⁶³³ *Idem*, p. 139.

⁶³⁴ A síntese das diversas opiniões, decisões, pode se vista em CARPENTER, 1958a, p. 135-150.

⁶³⁵ BEVILACQUA, 2001, p. 412. Para Ary Azevedo Franco “a tese era pacífica no direito anterior ao Código Civil” (FRANCO, A. A. *A prescrição extintiva no Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 142).

⁶³⁶ Ao comentar este artigo, Clóvis Bevilacqua assevera que este artigo não tinha correspondência no projeto, sendo introduzida por emenda do Conselheiro Andrade Figueira, mas assevera que “*delle infere-se, também, que deixou de haver, em nosso direito civil, a perpetuação da acção que, aliás, resulta do silêncio da lei a respeito*” (BEVILACQUA, 1959, p. 443).

⁶³⁷ Na doutrina, a admitir a prescrição intercorrente nesses termos, vide GODOY, 2005, p. 26; MARCATO, A. C. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do Novo Código Civil. In: CIANCI, M. *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14-25; ARRUDA ALVIM. Da prescrição Intercorrente. In: CIANCI, M. *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26-44; AURELLI, A. I. A prescrição intercorrente no âmbito do Processo Civil. Revista de processo, v. 33, n. 165, p. 327-343, nov. 2008. Na jurisprudência: “A paralisação do processo por prazo superior ao do prazo prescricional, por inércia do credor, resulta na prescrição intercorrente” (TJDFT, 20100110038807APC, Relator José Divino de Oliveira, 6ª Turma Cível, j. 12/05/2010, DJ 20/05/2010 p. 143). “A desídia do exequente, que não demonstra a prática de qualquer ato tendente à satisfação de seu crédito, permitindo que o processo permaneça paralisado por longo lapso temporal, acarreta a prescrição intercorrente do título executivo, ainda que procedida a regular citação do executado passados 11 (onze) anos da propositura

Com isso, o ajuizamento da ação judicial é fato que, por si só, não satisfaz as regras de prescrição. O demandar em juízo é indicativo do exercício fático da pretensão, mas o direito não se contenta, nesse caso, com simples formalismo, e exigirá continuidade no esforço de haver a satisfação do direito em disputa. Ao longo dos anos, para aplicar o rigor dessa regra, o STJ estabeleceu, no enunciado nº 106 de sua Súmula, que “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Essas constatações, levam-nos ao problema correlato, sobre o prazo para que se cumpra uma sentença judicial. Em situações ordinárias, o autor mantém o impulso processual e os atos são praticados sem interrupção ou sem intervalos relevantes de tempo, obtendo-se a sentença, que passa a ser cumprida até a satisfação do direito subjetivo. Pode ocorrer, porém, que obtida a sentença condenatória, o autor quede-se inerte. Ele obtém o título judicial, mas não o pagamento espontâneo e, não obstante, permanece sem o executar.

A moderna doutrina do Direito Civil pouco tem analisado o problema da pretensão relacionada à execução, mas a questão também remonta à recepção do direito romano pelo direito brasileiro contemporâneo.

Sob a égide do Código Civil de 1916, Clóvis Bevilacqua indicava que, aquele que tiver obtido sentença definitiva a seu favor, pode requerer sua execução no prazo máximo então vigente, de trinta anos.⁶³⁸ Isso indicava, precisamente, que a execução não prescrevia no mesmo prazo da ação, mas independentemente no prazo trintenário. E justifica sua opinião, assegurando que a execução é coisa distinta da ação. Em suas lições, “a sentença não cria uma ação, senão declara o direito provido da ação, mas o direito de executar a sentença não é o direito, que a sentença declarou, e sim o de efetivar o julgado, segundo as normas do processo”.⁶³⁹

da ação” (TJDFT, 20090020161732AGI, Relator Alfeu Machado, 4ª Turma Cível, julgado em 10/02/2010, DJ 18/02/2010 p. 93). Caso tenha havido suspensão do processo, essa também afeta a prescrição até o prazo máximo de 1 ano, após o que ela volta a correr. Confira-se: “1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. 1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980). 1.3 O termo inicial do art. 1.056 CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual). (...)” (STJ, REsp 1604412/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 2ª Seção, j. 27/06/2018, DJe 22/08/2018).

⁶³⁸ BEVILACQUA, 2001, p. 412.

⁶³⁹ *Idem*, p. 413; no mesmo sentido, *vide* CARPENTER, 1958a, p. 190.

Ary Azevedo Franco, após analisar acórdão do STF de 20 de novembro de 1933, sendo Rel. Min. Costa Manso, que afastava os efeitos da *litis constetatio* sob a vigência do Código Civil de 1916, destacava que o direito reconhecido pela sentença tinha uma qualidade diversa, afastadas as incertezas próprias do processo de conhecimento, razão pela qual “em todos os países civilizados se tem entendido que a coisa julgada tem força de transmutar a lei da prescrição”, sendo que “o que faz com que a ação, consagrada por sentença definitiva, não mais tenha a prescrição breve que antes tinha, sim tenha a prescrição ordinária, não é que da sentença definitiva decorra novação, sim é que dela resulta a coisa julgada”.⁶⁴⁰

De modo contrário e precursor, Aureliano Guimarães que, em tese de 1926, afirmava que “o Código Civil não cogitando de prescrição de sentenças, induz à conclusão de que o prazo prescricional destas é o mesmo que a da relação de direito originária, por elas declarada”.⁶⁴¹

O Supremo Tribunal Federal superou essas divergências. Em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, estabeleceu o enunciado nº 150 de sua Súmula, com o seguinte preceito: “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Naquela ocasião, a Suprema Corte teve como referência o art. 75, CC/1916, segundo o qual “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”, e ainda três precedentes distintos.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 34.944, em 22 de agosto de 1957, interposto por José Daval contra Companhia Paulista de Papéis e Artes Gráficas, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Min. Luiz Galotti, tinha em perspectiva ação revocatória julgada procedente e que começou a ser executada. Na época, o art. 60, §4º, do Decreto nº 5746, de 9 de dezembro de 1929, estabelecia que a ação revocatória prescrevia em um ano após a eleição do liquidante. A sentença julgou extinta a execução, que ficou paralisada por seis anos, sob a consideração de que a *litis contestatio* já não perpetuava a ação. O Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar embargos infringentes, manteve a

⁶⁴⁰ FRANCO, 1956, p. 152.

⁶⁴¹ *Apud* FRANCO, *op. cit.*, p. 147. No mesmo sentido, “si ação e execução se confundem, esta como mera fase daquela, si a sentença não forja um novo direito, mas apenas consagra o direito preexistente, é desarrazoado pretender tratamentos diversos, no que tange à prescrição: um para o direito anterior á sentença, outro para o mesmo direito, que esta reconheceu e afirmou. Si a relação jurídica permanece íntegra, apenas revestida da força que lhe advém da sentença, não transmuda nem se metamorfoseia. A sentença não a modifica na substância, embora lhe conceda a força coativa do Estado para a sua efetivação. É idêntica a si mesma, antes e depois de reconhecida. Assim, não é possível cogitar de uma prescrição especial para a sentença, que a nossa lei civil não admitiu. A prescrição da sentença é a mesma da ação, em que ela foi proferida. Nem falar-se de prescrição diversa para a execução, por não ser esta, com já se demonstrou, senão a mesma ação no seu final desenvolvimento” (*sic*) (FARIA, 1941, p. 106-116).

sentença, tendo em consideração que se tratava de prazo prescricional, e não decadencial, que a ação de conhecimento e execução faziam parte da mesma relação processual e que a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal já apontava para o acerto da decisão. Quando da análise do recurso extraordinário, considerou-se que, de fato, a jurisprudência era pacífica, negando-se-lhe provimento.

Em 17 de abril de 1962, a Segunda Turma do STF analisou a matéria por oportunidade do julgamento do Recurso Extraordinário n. 49.434, Rel. Min. Victor Nunes Leal, para dar-lhe provimento e reformar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por contrariedade à jurisprudência ali consolidada. A decisão recorrida havia considerado que a execução sob a sistemática então vigente exigia nova citação do devedor, concluindo a partir dessa premissa que sentença transitada em julgado fazia nascer um novo direito, que se sujeitava não mais ao prazo especial, mas ao prazo geral de prescrição. Para reformar essa decisão, asseverou-se que a sentença não opera novação nem cria direitos, mas interrompia a prescrição até então em curso, fazendo com que o prazo recomeçasse a correr.

Ao julgar, em 4 de junho de 1963, o Recurso Extraordinário nº 52.902, interposto por Cia Progresso Industrial do Brasil contra Waldemar de Castro, a Segunda Turma do STF, o Rel. Min. Victor Nunes Leal esteve diante de execução de obrigação de fazer ou não fazer, reconhecida por sentença transitada em julgado na Justiça do Trabalho. Mais especificamente, a sentença determinava a reintegração do trabalhador no seu emprego. Naquela situação, conclui-se que “prescreve em dois anos o direito de executar decisão trabalhista”.

Com esse panorama da discussão, é possível fazer ponderações de ordem doutrinária. O enunciado da Súmula nº 150 do STF pacifica as controvérsias havidas até então, mas não transmite claramente os fundamentos das decisões que levaram a sua conclusão.

Ao asseverar que a execução prescreve no mesmo prazo da ação, este enunciado pode levar equivocadamente à ideia de que a prescrição está vinculada à ação processual, como direito de haver prestação jurisdicional, e que, além disso, há dois prazos diversos e independentes, um para a busca da jurisdição de conhecimento e outro para a de execução, tal como se a sentença produzisse efeito de novação própria da *litis contestatio* do processo formulário.

Ainda que a linguagem da Súmula fosse atualizada, para contemplar a figura da pretensão, daí não advém o reconhecimento de que existe uma pretensão para cada processo

possível. Caso tivesse sido essa a interpretação de nossa Corte Constitucional, ela haveria de ser mudada, pois a Lei nº 11.232, de 2005 abraçou a noção de sincretismo das fases processuais e dispensou a realização de nova citação para o início da execução,⁶⁴² bastando, na sistemática do Código de Processo Civil de 2015, intimação para pagar, sob pena de multa.⁶⁴³

A sentença condenatória não nova, não cria novo direito subjetivo, nova pretensão e sequer nova ação. Não se pode reconhecer que a sentença tenha efeitos novatórios, porque desde 1916, já não se admite a existência da *litis contestatio*. Não se pode admitir que a coisa julgada crie, no plano do direito material, nova pretensão, sem ferir a independência dessas esferas.⁶⁴⁴

É a interrupção que justifica o reinício da contagem do prazo para a execução, detalhe que a Súmula não deixa transparecer, mas que se extrai dos julgados que a fundamentaram. Tanto no Código Civil de 1916 quanto no de 2002, o início de um processo judicial contra o devedor tem a força de interromper a prescrição, prazo que só volta a fluir ao final do processo. Há diferenças pontuais nas regras vigentes quando da elaboração do enunciado e hoje. Anteriormente, a citação pessoal do devedor interrompia a prescrição;⁶⁴⁵ hoje, de forma mais simples, o despacho do juiz que ordena a citação tem força

⁶⁴² Para José Ignácio Botelho de Mesquita, “não estranhe o leitor se ainda falamos em ‘execução’, em vez de ‘cumprimento’ de sentença. A expressão ‘execução’ ainda cabe, não só porque a nova lei continuou a empregá-la, como também porque sempre soaria como uma *contractio in terminis* vir o executado a impugnar o ‘cumprimento’, que é ato seu e que só por ele pode ser praticado, em vez de impugnar a ordem de execução, que é ato do Estado” (MESQUITA, J. I. B. Metamorfose dos Embargos. *Revista do Advogado* n. 85, AASP, maio de 2006, p. 57-62).

⁶⁴³ Art. 523, CPC. “No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver”. O parágrafo primeiro acresce a seguinte sanção: “não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento”.

⁶⁴⁴ “Perdidos os efeitos novatórios, inadmissível o caráter contratual ou de quasi contrato, que só poderiam ser compreendidos e justificados na contextura do primitivo processo romano, perdida para a citação outras valiosas conseqüências, a l.c., teria desaparecido inteiramente, si não fora o efeito processual que lhe sobrou, qual o de não permitir que a posição das partes se altere ou se modifique, de forma a produzir-se inovação no feito. Mas, si não existe mais a *consumptio actionis*, si a novação, necessária ou não, simples ou dúplice, não mais existe, por incompatível com o direito atual, também se não justifica a doutrina do efeito novatório da sentença. Do mesmo modo que não há novação, com o início da lide, também tal fenômeno se não opera com a sentença” (FARIA, 1941, p. 106-116).

⁶⁴⁵ Art. 172, CC/1916. “A prescrição interrompe-se: I. Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente (...)”.

interruptiva.⁶⁴⁶ De qualquer forma, a prescrição interrompida volta a correr do último ato do processo.⁶⁴⁷

A jurisprudência sumulada está a reconhecer, portanto, que a decisão final é o último ato do processo que interrompeu a prescrição e desde então, o prazo volta a correr.

Conquanto essa solução pareça-nos necessária após rígido escrutínio da questão, é importante reconhecer que ela não é unanimemente aceita. Na doutrina, José Carlos Moreira Alves defende que o processo executivo dá margem a uma nova pretensão.⁶⁴⁸ Essa também é a visão de Claudio Luiz Bueno de Godoy.⁶⁴⁹ Afastamo-nos dessa lição pelos motivos acima explicitados.

Os esforços de direito comparado realizados pelo DCFR e pelo PECL indicam que a solução alcançada pela Súmula do STF não é comum em outros países. A doutrina, ao realizar esses esforços comparatísticos, sugere que a legislação europeia vindoura tome em consideração que, encerrado o processo, deve haver novo prazo específico para a execução.⁶⁵⁰ Como o direito positivo em consideração é diverso do nosso, talvez aí seja necessário reconhecer um efeito de novação para a sentença, o que implica na permanência

⁶⁴⁶ Art. 202, CC/2002. “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”.

⁶⁴⁷ Art. 173, CC/1916. “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper”.

Art. 202, parágrafo único, CC/2002. “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”.

⁶⁴⁸ Em parecer que me foi gentilmente cedido pelos consulentes: MOREIRA ALVES, J. C. *Opinião Jurídica*. Parecer solicitado por Luiz Carlos Sturzenegger e Fábio Lima Quintas. Brasília, não publicado, 3 de janeiro de 2011, p. 9. Com raciocínio semelhante, Daniel Gomes de Miranda interpreta o referido Enunciado n. 150, STF, como se houvesse duas pretensões distintas, uma para certificar o direito e outra para obter satisfação (MIRANDA, D. G. Prescrição e ação monitória em título executivo extrajudicial prescrito. In: MIRANDA, D. G.; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. *Prescrição e Decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 105-112). Von Tuhr afirma que “*este derecho ejecutivo del acreedor no constitui ‘pretension’, sino que es una facultad, derivada del crédito, que le autoriza para intervenir en el patrimonio del deudor*” (TUHR, 1934, p. 8).

⁶⁴⁹ “Em execução, vale o acréscimo, o que se articula não é mais a mesma prescrição. Como trânsito começa novo prazo prescricional, que é o mesmo da ação (v. Súmula 150 do STF), mas para satisfação do julgado. É a prescrição da sentença, no dizer de Humberto Theodoro Júnior. Já exaurida a questão da prescrição da ação com o julgamento, que assim não encerra causa interruptiva, mas, antes, traduz o fim da controvérsia posta e o nascimento de uma nova pretensão” (GODOY, 2005, p. 15).

⁶⁵⁰ O art. 7:202, 1 e 2, do DCFR, estabelece que “*the period of prescription for a right established by judgment is ten years*” e que “*the same applies to a right established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment*”. De modo bastante semelhante, vê-se que o artigo 14:202, dos PECL, estabelece o seguinte: “(1) *The period of prescription for a claim established by judgment is ten years. (2) The same applies to a claim established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment*”. Para essa última proposta, vale destacar que o prazo ordinário da pretensão fica suspenso desde o momento em que os procedimentos judiciais se iniciam até a sua decisão final (art. 14:302). No direito alemão, esse prazo é trintenar, considerado demasiadamente longo por Zimmermann (ZIMMERMANN, 2010, p. 133). O §197, do BGB, ao cuidar da “*Dreißigjährige Verjährungsfrist*”, estabelece o seguinte: “(1) *In 30 Jahren verjähren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, (...) 3. rechtskräftig festgestellte Ansprüche (...)*”.

da *litis contestatio*, ou explicar como o direito processual pode fazer com que surja, no campo do direito material, nova pretensão.

Nesse ponto, resta uma última questão, relacionada à execução das sentenças condenatórias proferidas em ações coletivas. Como procuramos destacar anteriormente, essas sentenças, se estão a impor uma condenação própria de um direito transindividual, revelam pretensão que pode sujeitar-se a prazo prescricional. Como consequência, o prazo prescricional da ação de conhecimento, interrompe-se e volta a correr do trânsito em julgado. No entanto, se estão em disputa direitos individuais homogêneos, a pretensão a eles vinculada deve indicar a prescrição aplicável, que se interrompe e volta a correr do último ato do processo. A aplicação do prazo quinquenal da ação popular para regular a pretensão de direitos individuais homogêneos é absolutamente imprópria. Esse prazo não pode regular a prescrição na fase de conhecimento e, tampouco, pode ser estendido à execução. Com isso, se pudermos imaginar que um determinado cidadão tinha pretensão decenal para haver determinada indenização, que, ao final, foi tutelada por ação coletiva, ele poderá executar esse título também no decênio. A sentença coletiva não induz novação no direito individual homogêneo, não alterando o prazo prescricional próprio de sua pretensão.⁶⁵¹ Para além disso, nenhum indício histórico poderia ser tomado para uma perpetuação que, em vez de alongar, transforma o prazo de decenal em quinquenal. A jurisprudência pátria encontra-se claramente equivocada nesse ponto.⁶⁵²

Com essas observações, conclui-se que, (XXI) não há uma nova pretensão que nasça com a sentença condenatória. A pretensão exercida no cumprimento de sentença é a mesma que se manifestou quando do pedido condenatório. Se o credor não inicia a execução, considera-se como último ato do processo, para fins de interrupção da prescrição, a sentença condenatória transitada em julgado, não havendo nova pretensão a surgir da decisão judicial definitiva. O prazo para o cumprimento da sentença, que se conta após a interrupção, é o mesmo aplicável ao processo de conhecimento

⁶⁵¹ Nesse mesmo sentido, é a conclusão de Julio Gonzaga Andrade Neves: “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” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 254).

⁶⁵² “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” (STJ, REsp 1273643/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, j. 27/02/2013, DJe 04/04/2013).

§26. O problema das diversas interrupções

Faz-se necessário abrir um parêntese para brevemente tratar do que dispõe o art. 202, *caput*, CC/2002. A aludida regra determina que a interrupção da prescrição só ocorre uma vez. Na ocasião, o legislador quis colocar fim à disputa então existente na doutrina. Havia quem se insurgisse contra contínuas interrupções, pois, ao admitir essa possibilidade, o credor teria o poder de impor aos devedores tantas renovações quanto quisessem, levando de fato à imprescritibilidade.⁶⁵³

Aquilo que parecia ser o fim de uma polêmica, deu azo a novas disputas. A doutrina passou a se perguntar sobre o acerto da solução, notadamente quando, após a primeira interrupção, sobrevém o ajuizamento de ação.⁶⁵⁴ Arruda Alvim entendia que “a interrupção feita fora do processo é que pode ser feita somente uma vez”.⁶⁵⁵ Como anotam Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes, a aplicação literal da regra leva a situações paradoxais, como aquela em que, após o protesto cambial, a citação para a execução já não tem força interruptiva, vindo o direito a perecer no curso do processo. Admitir a prescrição, apesar do esforço do credor em ver satisfeita sua pretensão, “além de contrariar a essência desse instituto, estabeleceria o caos e a insegurança dos créditos”.⁶⁵⁶ Pelo mesmo motivo, a prescrição intercorrente “pode ser interrompida ilimitadamente”, e recomeça a ser contada a cada ato do processo até que seja o último.⁶⁵⁷ Claudio Luiz Bueno de Godoy,⁶⁵⁸ Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald,⁶⁵⁹ após sopesar os argumentos, defendem essa mesma solução.

Em posição oposta, coloca-se Humberto Theodoro Junior. O professor mineiro, apesar de não admitir nova interrupção com a citação, aduz que não se pode cogitar de prescrição no curso do processo. O ajuizamento da demanda corresponde ao exercício da pretensão, o que, por si, só afasta a possibilidade da prescrição.⁶⁶⁰ Basta, portanto, que a ação seja ajuizada dentro do prazo prescricional, já considerando sua interrupção anterior. Com

⁶⁵³ A reverberar essa crítica, *vide* THEODORO JUNIOR, 2018, p. 140. A admitir interrupções consecutivas na vigência do CC/1916, *vide* SILVA PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011b, p. 584.

⁶⁵⁴ MARCATO, 2005, p. 17.

⁶⁵⁵ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 36.

⁶⁵⁶ TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 380.

⁶⁵⁷ *Idem*. Também nesse sentido, *vide* ARRUDA ALVIM, 2005, p. 27; AURELLI, 2008, p. 327-343.

⁶⁵⁸ GODOY, 2005, p. 28.

⁶⁵⁹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. v. I. São Paulo: Atlas, 2015, p. 818.

⁶⁶⁰ THEODORO JUNIOR, 2018, p. 141.

isso, a citação no processo não renova o prazo para que o titular do direito exerça aquela pretensão ou “outras ações que a mesma relação jurídica autorizaria e que não foram ajuizadas dentro do prazo reaberto (...)”.⁶⁶¹

As duas soluções têm efeitos práticos semelhantes, pois não admitem que haja prescrição enquanto o autor é diligente no exercício da pretensão em processo judicial. Humberto Theodoro Junior parece pretender dar à interrupção efeito maior do que efetivamente possui, como se a interrupção com relação a uma pretensão pudesse produzir efeitos com relação a outras advindas da mesma relação jurídica, situação que não é indene de dúvidas dado o regime de concorrência de pretensões.

De qualquer modo, a solução propugnada pelo professor mineiro não dá explicação razoável para o que se passa após a sentença condenatória. Se o processo tramitou por diversos anos, em prazo superior ao prescricional, isso significa que o credor não poderia descansar nem mesmo um dia, após a condenação, sob pena de ver sua pretensão prescrita. Solução diversa, a pretexto de impedir nova interrupção pelo processo, poderia lhe dar um efeito suspensivo sem qualquer amparo legal.

Assim, alinhamo-nos à primeira solução, flexibilizando a unicidade da interrupção para admiti-la tão somente nas situações extraprocessuais.

§27. Conclusões Parciais

É possível haver concorrência de créditos e de pretensões. Se há mais de uma prestação, a cada uma delas deve corresponder ao menos uma pretensão. Por outro lado, havendo uma só prestação, dela podem surgir pretensões diversas, sujeitas ou não a prazos específicos. No que pertine à concorrência de pretensões, pode haver concorrência própria e imprópria. Na primeira, tem-se única exigência sendo tratada pela legislação de diversas formas. A concorrência imprópria, por sua vez, representa a situação em que uma única exigência pode ter fundamentos jurídicos diversos. A concorrência própria pode ser subjetiva, quando várias pretensões surgem contra obrigados diversos; e objetiva, na qual se veem pretensões diversas contra um mesmo sujeito obrigado. A cumulação objetiva pode ser cumulativa ou alternativa.

Às pretensões cumuladas devem ser observados prazos harmônicos entre si, salvo justificativa concreta e plausível a impor tratamento diferenciado. Assim, (XVI) doutrina e

⁶⁶¹ *Idem*, p. 142.

jurisprudência devem harmonizar os efeitos do tempo sobre as pretensões, evitando, salvo justificativa racional específica, que se multipliquem os direitos materiais e pretensões, para a mesma troca econômica.

Em particular, *(XVIII)* a pretensão de execução específica do contrato deve ter prazo prescricional compatível com a pretensão de haver perdas e danos em razão de sua resolução; *(XIX)* não se pode admitir que a prestação de contas tenha prazo mais amplo que a própria pretensão de cobrança que lhe é inerente.

A possibilidade de inscrição do nome de devedores em cadastros de inadimplentes existe em decorrência da permanência da pretensão. Assim, os cadastros negativos devem ser excluídos ao final do prazo prescricional, seja ele maior ou menor que o quinquênio previsto no art. 43, §1º, CDC, cuja existência é disfuncional. Dessa forma, para que haja aperfeiçoamento do sistema e maior clareza, *(XX)* ao indicar o protesto ou a inclusão em banco de dados, o credor deveria igualmente informar o lapso temporal de permanência da dívida, respondendo por danos relacionados ao excesso de prazo. Por fim, se o credor não inicia a execução, considera-se como último ato do processo, para fins de interrupção da prescrição, a sentença condenatória transitada em julgado, não havendo nova pretensão a surgir da decisão judicial definitiva.

CAPÍTULO 7

RAZOABILIDADE DOS PRAZOS

A análise que ora se propõe diz respeito à avaliação da razoabilidade dos prazos prescricionais. Eventualmente a lei pode impor um lapso temporal demasiadamente curto. Outras vezes pode ser que o prazo seja demasiadamente longo. A evolução histórica demonstra que as soluções acabam variando entre prazos anuais e eventualmente prazos quadridécenais. Zimmermann sugere que as legislações contemporâneas evitem prazos muito curtos, como o de seis meses, ou muito longos, como o de trinta anos.⁶⁶² Esse estado de coisas faz com que, frequentemente, haja críticas sobre o acerto da escolha legislativa.

A evolução da legislação permite visualizar de forma clara que os prazos prescricionais tendem a diminuir e a se uniformizar.⁶⁶³ A rapidez com que as coisas fluem nos dias atuais torna injustificáveis longos prazos prescricionais, mais adequados para sociedades essencialmente agrícolas. Se antes, no começo do século XX, era comum nos diversos países a adoção de prazos longos, de vinte ou trinta anos, hoje não só no direito brasileiro como nos demais países é mais comum que as pretensões deixem de existir num prazo que varia entre três e cinco anos.⁶⁶⁴

Sob a vigência do Código Civil de 2002, tornou-se irrelevante conhecer a natureza do direito, se real ou pessoal, para conhecer o prazo prescricional aplicável. O Código Civil de 2002 já não diferencia os prazos prescricionais aplicáveis aos direitos reais e aos direitos obrigacionais. Na parte geral veem-se prazos específicos que são anuais, bianuais, trienais, quadrienais ou quinquenais. Se a pretensão não está regulada por qualquer dessas hipóteses normativas, deve-se aplicar o prazo decenal, que funciona como regra geral subsidiária.⁶⁶⁵

⁶⁶² ZIMMERMANN, 2010, p. 128.

⁶⁶³ A apontar essa tendência no plano internacional, *vide* BORGHETTI, 2016, p. 167-182; no mesmo sentido, ZIMMERMANN, *op.cit.*, p. 128.

⁶⁶⁴ “*Thus, in practice, the standard prescription delay, except for property rights, appears to be nearly always either three or five years*” (BORGHETTI, *op.cit.*, p. 175). “*Such uniform period must neither be particularly short (six months), nor excessively long (thirty years); it has to be fixed somewhere between two and five years. A period of three years appears to be regarded as reasonable internationally*” (ZIMMERMANN, *op.cit.*, p. 128). Apontando para o prazo quinquenal como mais comum entre nós, *vide* TOMASEVICIUS FILHO, 2011, p. 31-58.

⁶⁶⁵ Art. 205, CC/2002: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Já não se aplica entre nós, como regra geral, o prazo vintenário que se via no Código Civil de 1916.⁶⁶⁶

Sob esse cenário surgem controvérsias diversas, para entender se uma determinada situação se enquadra em uma regra específica ou se submeterá ao prazo geral.⁶⁶⁷ É importante distinguir, portanto, quais são as categorias que conclamam prazos específicos, como elas se diferenciam entre si. Não se pretende aqui realizar uma investigação casuística, própria a manuais e comentários legislativos, mas apenas chamar atenção para problemas pontuais dos quais se possam extrair observações mais genéricas quanto à razoabilidade dos prazos.

Para além disso, ao tratar da justiça de um prazo, é importante que não se faça uma análise isolada de algumas regras, sendo necessário investigar como o conjunto delas produz consequências práticas. Um prazo curto pode se revelar adequado se o seu termo inicial for flexível ou se houver possibilidades diversas de interrupção e suspensão. De modo contrário, não há iniquidades se os prazos longos contam com termos iniciais rígidos, não se lhes aplicando suspensões e interrupções.

Posta a questão sobre outra perspectiva, um prazo curto atrelado a uma pretensão relevante pode significar que esse direito é meramente enunciativo e que, se não observado, não há meios para lhes impor o respeito. Um prazo demasiadamente extenso, por sua vez, joga por terra a segurança jurídica e a própria noção de pacificação social.

Mais que isso, é necessário que se faça algum juízo de comparação entre prazos diversos, para que se possa fazer um juízo sobre isonomia. Não é razoável que situações equivalentes contem com prazos amplamente distintos. Conquanto não seja possível construir um sistema ideal, a doutrina não se deve furtar ao esforço de coerência.

São essas as preocupações que desenvolveremos nas linhas abaixo. Não trataremos do problema da justiça dos prazos decadenciais, pois eles inserem-se em contexto diverso, mas algumas das considerações aqui realizadas podem ser estendidas a situações equivalentes que se vejam regidas por prazo dessa natureza.

⁶⁶⁶ Art. 177, CC/1916. “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” (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 1955).

⁶⁶⁷ Veja o que se passa no campo dos direitos autorais, conforme procuramos demonstrar no § 43 abaixo.

§28. Termo inicial dos prazos prescricionais: teorias objetiva e subjetiva

Para avaliar de maneira adequada o termo inicial da prescrição, faz-se necessário separar, em um primeiro momento, questões mais gerais das mais específicas. Com isso, propusemo-nos aqui a discutir a adoção das teorias objetiva e subjetiva num primeiro momento. Posteriormente, é feita a discussão de algumas situações mais específicas segundo o critério de relevância, sem pretensão de esgotar todas as discussões possíveis.⁶⁶⁸

Não basta discutir o prazo prescricional aplicável sem que se reflita sobre seu termo inicial. Como é lógico e natural, um prazo mais curto pode ser, de fato, suficiente, desde que seu termo inicial não seja rígido. Prazos mais longos se coadunam bem com termos iniciais certos.

Desde antes da formulação dos códigos modernos se discutia qual haveria de ser o termo inicial da prescrição. A polêmica da *actio nata* remonta, como muitas outras, ao direito romano e, mais precisamente, surge a partir da interpretação das lições de Ulpiano,⁶⁶⁹ que tratava das causas que afetam o curso dos prazos para exercício da *actio*. Como mencionado anteriormente, a partir do início do século III, sob o processo formulário, não detinha o poder de exercer a ação, o *potestas experiundi*, quem estivesse preso em mãos inimigas, distante a serviço da República, retido em um lugar remoto por causa do mau tempo ou de qualquer outra forma impedido de fazer valer sua *actio*, pessoalmente ou por procurador.

Essa regra, como se vê, cuida essencialmente daquelas circunstâncias que hoje constituem causas suspensivas e impeditivas da prescrição. Ela não identifica precisamente o que seja o *potestas experiundi* e não trata da ignorância do lesado quanto ao dano sofrido. A partir de sua interpretação surge a controvérsia de saber se o aspecto subjetivo do lesado é importante para definir o início da influência do prazo.

Annalisa Triggiano destaca a multiplicidade de soluções casuísticas próprias do direito romano, mas, ao interpretar o trecho em questão, não considera relevante a ausência de menção expressa ao elemento subjetivo “conhecimento do dano”, razão pela qual propõe

⁶⁶⁸ Como, ainda exemplificadamente, o termo inicial da ação pignoratícia e do depositante para reaver o bem, havendo quem defenda que o prazo se conte desde a celebração do contrato e não do dia da lesão, isto é, desde que a coisa deveria ser restituída. A primeira solução foi defendida ao longo do tempo sob o argumento de que frequentemente prescreve a ação não-nata sempre que o nascimento está no poder do credor (*toties praescribitur actioni nondum nate, quoties nativitas est in potestate creditore*). (Conf. TRIGGIANO, A. ‘Nascita’ dell’azione e problemi di tutela processuale: diritto romano e tradizione romanística. In: GAROFALO, L. ‘Actio in rem’ e ‘actio in personam’ in ricordo di Mario Talamanca. Tomo I. Milano, CEDAM, 2011, p. 437-439).

⁶⁶⁹ D. 44.3.1. Em C, 7, 39, 3, diz-se que o prazo trintenal conta-se *ex quo competere iure coeperunt*, mas aí também não está claro “quando cabe o exercício do direito”.

uma solução de caráter essencialmente subjetivo. Dá-se a *potestas experiundi* desde quando o lesado pode agir por conhecer o dano e seu autor. Conquanto a regra romana não fizesse referência expressa a esses elementos, no seu entender, se o autor deixou transcorrer o prazo anual por não ter ciência do dano, caberia a ele a *restitutio in integrum* em caso de expiração do exíguo prazo de um ano presente no processo formulário.⁶⁷⁰ No instituto de evidenciar que essa consideração não era estranha à prática romana, a referida autora ainda exemplifica com a situação da ação *quod metus causa*, ou seja, manejada contra aquele que subtrai um bem com violência moral, contando-se o prazo desde o momento em que cessa a atividade violenta.⁶⁷¹

Esse argumento é contraditório, pois se cabia a *restitutio in integrum* após o decurso do prazo, é porque esse flui independentemente da ciência do lesado. A razão parece estar, portanto, com a longa linha de juristas que, como Mario Amelotti, estabelece como *dies a quo* da *actio* a lesão ao direito, independentemente da ignorância do lesado.⁶⁷²

É essencialmente nesses termos que o debate percorre a idade média e a contemporânea.⁶⁷³ Pothier, sem optar claramente por uma solução objetiva ou subjetiva, destacava que “o prazo da prescrição não pode começar a correr enquanto o credor não puder intentar sua demanda, porque não se pode dizer que ele tardou em intentá-la enquanto não lhe foi possível fazê-lo”,⁶⁷⁴ razão pela qual indicava que não há prescrição enquanto não vencida a dívida ou enquanto a mulher se encontrasse sob poder marital. *Contra non valentem agere, nulla currit praescriptio*.

De modo mais incisivo, Savigny afirmava que a prescrição começa desde a *actio nata*, sendo esta entendida como o momento em que há violação do direito, independentemente de seu titular conhecer ou não este fato. Para ele, este começo tem

⁶⁷⁰ “*La restitutio in integrum si pone, in relazione all’annualità delle azioni pretorie, come forma di tutela a carattere generale per tutti i casi, non contemplati letteralmente dal testo edittale, in cui si riscontrassero impedimenti di mero fatto all’esercizio dei diritti idonei a integrare, a discrezione dell’arbitrium magistratuale, iustae causae restitutionis; tanto può desumersi dalla previsione di una sorta di clausula generalis in tal senso*” (TRIGGIANO, 2011, p. 397).

⁶⁷¹ *Idem*, p. 450.

⁶⁷² “*Irrilevante como impedimento è anche l’ignoranza, sia iuris che facti. Há luogo la prima quanto l’attore ignori il suo diritto dia gire in conseguenza di uma situazione a lui nota, oppure ignori il pericolo che il suo diritto no esercitato si prescriva; ha luogo la seconda quando non conosca addirittura la situazione che giustifica l’azione. Se nel primo caso l’irrelevanza appare ovvia, nel secondo può sollevare qualche perplessità ed apparire sancita solo in vista di um prevalecente interesse alla certeza dei diritti. Ma le porche eccezioni in cui l’ignorantia facti è considerata relevante non permettono di affermare la regola generale che simile ignoranza sai scusata*” (AMELOTTI, 1958, p. 56).

⁶⁷³ Quando dissemos que esses são os termos em que a discussão evoluiu, há alguma generalização. Annalisa Triggiano aponta a existência de termos iniciais específicos no período justianeu, assim como na idade média (TRIGGIANO, *op.cit.*).

⁶⁷⁴ POTHIER, 2001, p. 609.

natureza puramente objetiva, pouco importando se o titular tem ou não conhecimento dos fatos.⁶⁷⁵ *Actioni nodum natae no preacribitur*, isto é, não há prescrição contra ação não nascida.⁶⁷⁶ Do mesmo modo, na Itália, Giorgio Giorgi destacava que o obstáculo de fato e a ignorância do credor, se não provocada pelo próprio devedor, não impedem a prescrição.⁶⁷⁷

Entre nós, Câmara Leal defendeu solução oposta, pois, tratando-se de sanção à inércia, não lhe parecia adequado admitir que a prescrição começasse sem que o titular da pretensão tivesse ciência da violação. Em suas palavras, “não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação”.⁶⁷⁸

A jurisprudência brasileira ecoa essa divergência sobre o princípio da *actio nata*. Há, de um lado, quem afirme que “pela teoria da *actio nata*, o nascimento da pretensão de restituição na hipótese ocorreu quando a recorrida efetivamente teve conhecimento do equívoco que gerou o levantamento indevido pela recorrente da quantia cuja devolução se requer”.⁶⁷⁹ Por outro lado, afirma-se que o “(...) o Código Civil de 2002, assim como o fazia o de 1916, adota orientação de cunho objetivo, estabelecendo a data da lesão de direito, a partir de quando a ação pode ser ajuizada, como regra geral para o início da prescrição, excepcionando os demais casos em dispositivos especiais. Assim, não se deve adotar a ciência do dano como o termo inicial do prazo se a hipótese concreta não se enquadra nas exceções”.⁶⁸⁰

Há, assim, duas principais correntes sobre o tema: objetiva e subjetiva, eventualmente chamadas teorias da violação e da realização.⁶⁸¹ A corrente subjetiva vê a prescrição como sanção à inércia do autor, pressupõe que este deva estar ciente da violação de seu direito e que também identifique a figura do causador da lesão. Aqui vale a máxima do *agere non valenti non currit praescriptio*. Essa posição facilita a adoção legal de prazos gerais, cujos termos iniciais podem, por isso, ser verificados em concreto, mas existem dois inconvenientes relevantes: *i*) prestigia a inércia do credor, não criando incentivos para que ele zele por seus direitos e identifique as lesões sofridas; *ii*) cria insegurança, pois o requerido

⁶⁷⁵ “Si se subordina el principio de ésta al hecho de la violacion que la accion es llamada a combatir, este comienzo tiene una naturaleza puramente objetiva, por lo qual, importa poco que el titular tenga o no de él conocimiento” (SAVIGNY, 1879b, p. 184). No mesmo sentido, vide WINDSCHEID e MUTHER, 1974, p. 5.

⁶⁷⁶ Conf. MARTINS-COSTA, 2013, p. 291-304, em particular p. 297.

⁶⁷⁷ GIORGI, 1927, p. 224.

⁶⁷⁸ CÂMARA LEAL, 1978, p. 23.

⁶⁷⁹ STJ, REsp 1657428/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 15/05/2018, DJe 18/05/2018.

⁶⁸⁰ STJ, REsp 1280825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 21/06/2016, DJe 29/08/2016.

⁶⁸¹ Em italiano, “*violazione*” e “*realizzazione*” (conf. CIMMA, 1993b, p. 244)

em demanda judicial raramente detém meios de demonstrar a data em que o credor tomou conhecimento da lesão, o que só pode ser feito por inferências, presunções ou critério genérico de razoabilidade.⁶⁸²

Esses inconvenientes ocorrem em casos diversos, notadamente naqueles em que se pode imaginar alguma distância física entre o titular e o objeto que lhe é resguardado pelo direito, como pode ocorrer com propriedades rurais longínquas. Há também dificuldades quando há distância temporal entre o ato ilícito e a lesão, como nos casos de doenças que demoram para se desenvolver.

Tome-se, por exemplo, o que se passa com relação ao Código de Defesa do Consumidor. A regra do art. 27, CDC, estabelece que o prazo quinquenal conta-se desde a ciência do dano e sua autoria. A doutrina eventualmente indica que, ao não colocar um prazo máximo, para que essa pretensão seja exercida, prolonga-se “excessivamente” a possibilidade do consumidor acionar o fornecedor por danos decorrentes de produtos defeituosos.⁶⁸³ Com razão, se o produto é novo e apresenta falha de segurança ou de utilidade, é mais razoável admitir que se trate de defeito. Se o produto conta com longo uso, é de se presumir que se trate de desgaste natural. Assim, Silvio Luiz Ferreira da Rocha sugere que a jurisprudência corrija essa situação e considere, nos casos práticos, a vida útil do produto.⁶⁸⁴

A regra objetiva, por sua vez, prestigia a segurança. Ocorrida a violação, surge a pretensão e, independentemente de outros fatores subjetivos, pode ser ela atingida pela prescrição. Tem, no entanto, o inconveniente de impor ao credor o ônus de identificar o causador da lesão e, não sendo esta tarefa possível em curto espaço de tempo, essa solução revela injustiças patentes. Além disso, o legislador precisa construir regras específicas para cada tipo de situação, assinalando o seu prazo e seu termo inicial, o que dificulta a uniformização da lei em torno de prazos gerais.

A preocupação com a adoção dessa regra objetiva está, portanto, relacionada ao problema da quantidade de tempo associada ao prazo prescricional. Em outras palavras, o

⁶⁸² “Proponents of the subjective system accept, from the outset, a certain degree of uncertainty, for a period based on the discovery criterion. On the other hand, however, a uniform prescription period can only be established in terms of a subjective system” (ZIMMERMANN, 2010, p. 130). Jean-Sébastien Borghetti sugere que essa dificuldade pode ser contornada com um termo objetivo, mas que se suspende pela ignorância da lesão, mas o próprio autor reconhece que não é simples para o credor provar um fato negativo, qual seja, a sua ignorância (BORGHETTI, 2016, p. 176-177).

⁶⁸³ ROCHA, S. L. F. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 114.

⁶⁸⁴ *Idem*, p. 115.

critério objetivo de aferição do termo inicial se compatibiliza melhor com prazos mais longos. Prazos mais curtos sugerem a adoção de critérios subjetivos para a aferição do termo inicial.⁶⁸⁵

Deixando de lado essas considerações puramente teóricas, é necessário avaliar as soluções alcançadas pela legislação. O Código Civil de 2002 estabeleceu que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição” (art. 189, CC). A leitura desse dispositivo, apesar das críticas que sofre e das interpretações elásticas propostas pela doutrina,⁶⁸⁶ indica que o legislador pátrio não considerou a ciência da lesão como fator relevante para a contagem inicial do termo.⁶⁸⁷ Fosse subjetivo o termo inicial, estaria estabelecido que “ciente da violação do direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição”. Não se pode, contudo, extrair esse significado do texto legal. Por isso, na teoria ponteana, a prescrição é ato-fato jurídico,⁶⁸⁸ ou seja, seu suporte fático prescinde da omissão voluntária.

A adoção do critério objetivo é reforçada no nosso sistema, sob uma perspectiva sistemática. Sabe-se que “os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das

⁶⁸⁵ Nesse sentido, *vide* ZIMMERMANN, 2010, p. 128; MARTINS-COSTA, 2013, p. 298; BORGHETTI, 2016, p. 176.

⁶⁸⁶ Enunciado n. 14, I Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 189: 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”. Judith Martins-Costa, com razão, destaca ser importante a interpretação funcional do direito, de modo que não se pode estar preso a qualquer tipo de interpretação transcendental *nonsense*. Dai observar que “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” (MARTINS-COSTA, 2013, p. 302). Nossa divergência com esse posicionamento é pontual, pois, como ficará claro, acreditamos que, de *lege ferenda*, os prazos curtos devem estar atrelados termos iniciais subjetivos. No entanto, a avaliação histórica e gramatical do problema, sem qualquer tipo de retorno à jurisprudência dos conceitos, aponta, com segurança, que de *lege lata*, está-se diante de termo inicial objetivo.

⁶⁸⁷ “A regra geral, traduzida no art. 189, filia o Código brasileiro ao sistema objetivo, já que é a partir da violação do direito que ‘nasce a pretensão’, a qual irá prescrever pelo simples decurso do prazo estatuído nos arts. 205 e 206” (THEODORO JUNIOR, H. *Comentários ao Novo Código Civil: Dos Atos Ilícitos, Da Prescrição e da decadência, da prova*. v. III. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 365). Annalisa Triggiano entende que a regra presta homenagem à solução pandectista (*op. cit.*, p. 444).

⁶⁸⁸ Seus elementos fáticos seriam apenas o decurso do tempo e a omissão, abstraindo-se sua voluntariedade. (PONTES DE MIRANDA, 2013c, p. 238, §665.3) “Vê-se, portanto, que o suporte fático é integrado tanto por um elemento fático (tempo) quanto por um ato humano (a inércia). É a essencialidade do elemento voluntário que determinará sua natureza jurídica. Parte da doutrina, especialmente aquela ligada à teoria ponteana, considera que elemento subjetivo existente, ainda que haja voluntariedade, pode ser abstraído. Justamente por isso, e dentro da teoria dos fatos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello classifica a prescrição como ato-fato, abstraindo o elemento subjetivo de seu suporte fático. A opção, com efeito, tem relevância ímpar na discussão ora proposta. Quer-se dizer que, em que pese a existência e exigência de um ato humano, a voluntariedade desta resta desconsiderada, sendo irrelevante para a configuração da prescrição. Tanto assim que, ao classificá-la como ato-fato, afirma Pontes de Miranda que ‘havemos de considerar ato-fato jurídico, devido ao ato humano negativo, talvez involuntário, que é de mister ao suporte fático’ (PONTES DE MIRANDA, 2013c, § 665, p. 112)” (STEINER, R. C. A ciência do lesado e o início da contagem do prazo prescricional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 73-92, abr./jun. 2012).

partes” (art. 192, CC/2002)⁶⁸⁹ e que “a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor” (art. 196, CC/2002).⁶⁹⁰ Se a prescrição dependesse da ciência do autor e o sistema fosse íntegro em suas premissas, as regras para essas duas situações deveriam ser diversas. De fato, se o credor omite-se deliberadamente e evita tomar conhecimento do dano ou de seu autor, ele acaba dilatando seu prazo. Do mesmo modo, os sucessores haveriam de ter ciência da lesão e de seus causadores.

Assim, diante desse cenário legislativo, é razoável admitir que a regra, para o termo inicial em nosso sistema, é a adoção de um critério objetivo, podendo ser admitidos critérios subjetivos em situações pontuais,⁶⁹¹ como o já mencionado art. 27, CDC. Dentro do Código Civil, o art. 206, § 1º, II, ‘b’, estabelece a prescrição anual para a pretensão do segurado “da ciência do fato gerador da pretensão”, situação em que se optou claramente por um critério subjetivo.⁶⁹²

Deve-se reconhecer que essa situação pode se revelar injusta em muitas situações concretas, quando no intervalo de três anos, a parte lesada não pode descobrir a existência do dano, a sua extensão e o responsável. A situação é particularmente delicada quando não há causas de interrupção e de suspensão aplicáveis.

Por isso, a jurisprudência, segundo critério de razoabilidade,⁶⁹³ tem se afastado dos critérios objetivos para aplicar a teoria subjetiva notadamente quando a lesão tem feições extracontratuais específicas, como no caso de danos ambientais,⁶⁹⁴ danos que se manifestam

⁶⁸⁹ Jean-Sébastien Borghetti aponta a tendência internacinal de flexibilização dessa regra (BORGHETTI, 2016, p. 178).

⁶⁹⁰ A prescrição não corre contra absolutamente incapazes (art. 198, CC/2002), mas isso não indica que a regra considera a dificuldade de cognição que lhes é característica. Pothier destaca que “a prescrição não corre contra os menores, mesmo que eles tenham tutor. Não pela regra contra *non valentem agere non currit praescriptio*, porque tento um tutor esse pode intentar a ação por eles; mas porque a proteção particular que os que estão nessa idade merecem, isso fez com que os menores fossem excetuados da Lei de Prescrição” (POTHIER, 2001, p. 610).

⁶⁹¹ “13. Pelo viés objetivo da teoria da *actio nata*, a prescrição começa a correr com a violação do direito, assim que a prestação se tornar exigível. 14. Por outro lado, segundo a vertente subjetiva da *actio nata*, a contagem do prazo prescricional exige a efetiva inércia do titular do direito, a qual somente se verifica diante da inexistência de óbices ao exercício da pretensão e a partir do momento em que o titular tem ciência inequívoca do dano, de sua extensão, e da autoria da lesão. 15. Segundo a jurisprudência desta Corte, a aplicação da *actio nata* sob a vertente subjetiva é excepcional, somente cabível nos ilícitos extracontratuais. Precedentes” (STJ, REsp 1736091/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019).

⁶⁹² Nesse sentido, *vide* GODOY, 2012, p. 159-173.

⁶⁹³ Para uma defesa de soluções pontuais, *vide* LONGOBUCCO, 2012, p. 947-955; SAAB LIMA, R. M.. *Análise Funcional do termo inicial da prescrição: violação do direito ou possibilidade de exercício da pretensão?* Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

⁶⁹⁴ Com a pretensão de dar escopo mais amplo à norma, para incluir lesões ambientais, *vide* o seguinte precedente: “2. Na responsabilidade contratual, em regra, o termo inicial da contagem dos prazos de prescrição encontra-se na lesão ao direito, da qual decorre o nascimento da pretensão, que traz em seu bojo a possibilidade de exigência do direito subjetivo violado, nos termos do disposto no art. 189 do Código Civil, consagrando a tese da *actio nata* no ordenamento jurídico pátrio. 3. Contudo, na responsabilidade extracontratual, a aludida

ao longo do tempo (*danni lungolatenti* da doutrina italiana).⁶⁹⁵ Dentre essas situações, são especialmente significativas aquelas relativas a doenças que decorrem de contaminação paulatina e que, por isso, só se manifestam muitos anos após, como o caso do amianto⁶⁹⁶ ou, em geral, das incapacidades para o trabalho.^{697, 698} Vê-se, de modo geral, na Itália a mesma evolução para uma aceitação mais ampla de teorias subjetivas, que consideram o conhecimento do dano ou do agente causador.⁶⁹⁹

A jurisprudência não tem concedido esse beneplácito em situações muito mais corriqueiras. Na violação de direitos autorais, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não se valem de critério subjetivo. Já se decidiu, por exemplo, que “o art. 189 do CC/2002 consagrou o princípio da *actio nata*, fixando como ‘dies a quo’ para contagem do prazo

regra assume viés mais humanizado e voltado aos interesses sociais, admitindo-se como marco inicial não mais o momento da ocorrência da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de se punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano. Inteligência da Súmula 278 do STJ. 4. Constata-se aqui a subsunção da situação fática à norma constante do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o recorrido alega que foi vítima de contaminação ambiental decorrente dos produtos venenosos utilizados no tratamento dos postes de luz destinados à distribuição de energia elétrica aos consumidores. Incidência do prazo prescricional quinquenal (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor), iniciando-se sua contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. 5. No caso, tendo o recorrido tomado ciência da contaminação do solo e do lençol freático de sua localidade - momento em que lhe foi possível dessumir a desvalorização imobiliária (dano material) - no ano de 2005, ressoa inequívoca a não ocorrência da prescrição, haja vista que a demanda foi ajuizada em 2009. 6. Quanto aos danos morais, é certo que, da mera publicização do acidente ambiental, não ocorreu imediatamente o prejuízo à saúde, fazendo-se mister, para o nascimento da pretensão, fosse primeiro diagnosticada a doença e constatado que ela se desenvolvera em decorrência da poluição da área atingida. Assim, parece certa a não ocorrência da prescrição, porquanto não transcorrido o prazo de 5 anos nem mesmo da notícia do acidente ambiental, sendo óbvio que o diagnóstico da doença e sua causa somente se deram em momento posterior. 7. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1354348/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 26/08/2014, DJe 16/09/2014).

⁶⁹⁵ Vide a Sentenza 24 Marzo 1979, n. 1716, da Corte de Cassazione Italiana, Sezione III Civile, Pres. V. Sgroi, Est. Schermi, P. M. Raja (Concl. Conf.); Cirielli (Avv. Cianfrocca, Malattia) c. Bisaro e Sirianni (Avv. Di Lauro) e De Marchi; De Marchi (Avv. Manzi, Pitter) c. Cirielli; Ospedale Civile Pordenone (Avv. Negroni, Spadotto) c. Bisaro, Sirianni e Cirielli, Trieste, 14 Gennaio, 1976. Sentença publicada no *Il Foro Italiano*, v. 103, 1980, p. 1115/1116–1119/1120. Disponível em: <www.jstor.org/stable/23172092>. Acesso em: 15 nov. 2019.

⁶⁹⁶ “ACIDENTE NO TRABALHO. Prescrição. Termo inicial. Asbestose. Amianto. O termo inicial da prescrição da pretensão indenizatória não flui da data do desligamento da empresa, mas de quando o operário teve conhecimento da sua incapacidade, origem, natureza e extensão, que no caso corresponde à data do laudo. O fato do decurso de 34 anos da despedida do empregado impressiona, mas deve ser examinado em conjunto com as características da doença provocada pelo contato com o amianto (asbestose), que pode levar muitos anos para se manifestar. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 291.157/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 01/03/2001, DJ 03/09/2001, p. 227).

⁶⁹⁷ Enunciado n. 579, VII Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Nas pretensões decorrentes de doenças profissionais ou de caráter progressivo, o cômputo da prescrição iniciar-se-á somente a partir da ciência inequívoca da incapacidade do indivíduo, da origem e da natureza dos danos causados”.

⁶⁹⁸ “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez. Exceto nos casos de invalidez permanente notória, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico, sendo relativa a presunção de ciência. Caso concreto: Inocorrência de prescrição, não obstante a apresentação de laudo elaborado quatro anos após o acidente” (STJ, REsp 1388030/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 11/06/2014, DJe 01/08/2014).

⁶⁹⁹ TRIGGIANO, 2011, p. 447-448. No mesmo sentido, Cass. Sez. Un. 11. Gennaio 2008, n. 583.

prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima”.⁷⁰⁰ Se mantida essa premissa, certamente haverá injustiças concretas bem caracterizadas. Nesse campo, é comum que o titular de direitos autorais só venha a tomar ciência do dano, que sua obra foi plagiada nos rincões do país, depois de muito tempo em que o dano efetivamente ocorreu.

§29. Os recentes exemplos dados pelo direito europeu: BGB, Code Civil, DCFR e PECL

Diante dessas incertezas em torno do termo inicial para a prescrição, alguns Códigos procuraram dar uma solução geral para o tema. O Código Civil espanhol de 1889, ainda em vigor, estabelece, em seu art. 1969, que o tempo para a prescrição de todos os tipos de ações, quando não há disposição especial em contrário, se contará desde o dia em que poderiam ser exercitadas.⁷⁰¹ O Código Civil italiano de 1942 estabeleceu que a prescrição começa a correr do dia em que o direito pode se fazer valer.⁷⁰² A lei inglesa de prescrição de 1980, por sua vez, estabelece que um ação fundada em responsabilidade civil não pode ser ajuizada após seis anos, desde a data dos fatos que lhe ensejaram.⁷⁰³

Apesar do mérito de tentar obter uma resposta para o problema, essas fórmulas legais não precisam exatamente quando o direito pode se fazer valer, se há aí apenas elementos objetivos ou subjetivos também. Trata-se de solução circular, a indicar que a pretensão corre desde o seu surgimento, sem precisar quando isso ocorre.

De modo semelhante, as regras do BGB em termos de prescrição sofriram críticas diversas, não só pelo longo prazo prescricional de trinta anos, mas porque uma série de interpretações e sutilezas foram criadas ao longo das décadas. Havia, além disso, uma

⁷⁰⁰ STJ, REsp 1168336/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 22/03/2011, DJe 16/09/2011. Mais recentemente, vê-se decisão em sentido oposto: “2. O surgimento da pretensão ressarcitória nos casos de plágio se dá quando o autor originário tem comprovada ciência da lesão a seu direito subjetivo e de sua extensão. A data da publicação da obra não serve, por si só, como presunção de conhecimento do dano. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em casos envolvendo o termo inicial da prescrição das demandas indenizatórias por dano extracontratual, tem prestigiado o acesso à justiça em detrimento da segurança jurídica, ao afastar a data do dano como marco temporal. Precedentes” (STJ, REsp 1645746/BA, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma, j. 06/06/2017, DJe 10/08/2017).

⁷⁰¹ Art. 1969, CCE. *El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.*

⁷⁰² Art. 2935, CCI/1942. *La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.*

⁷⁰³ 2, Limitation Act 1980. *Time limit for actions founded on tort. An action founded on tort shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued.*

multiplicidade de prazos aplicáveis a situações específicas.⁷⁰⁴ Ao ensejo da reforma das obrigações de 2002, optou-se, também, por reformular o regime de prescrição. Para permitir a redução do prazo geral de trinta anos para meros três anos, os alemães deixaram de lado a regra geral do sistema objetivo, adotando o sistema subjetivo.⁷⁰⁵

Diz-nos o §195 do BGB que o prazo geral de prescrição é de três anos.⁷⁰⁶ O §199, por sua vez, estabelece que, salvo estipulação em contrário, o termo inicial do prazo geral começa ao final do ano em que o credor toma conhecimento tanto das circunstâncias que geraram a pretensão quanto da identidade do devedor (ou em que poderia ter tido esse conhecimento sem culpa grave).

Adotou-se, portanto, um prazo geral trienal, com o termo inicial subjetivo. De forma diversa, os prazos específicos contam com o termo inicial objetivo.⁷⁰⁷ Na regra geral subjetiva nota-se certa flexibilidade, porquanto o curso do prazo não se inicia exatamente no momento em que o lesado conhece a pretensão e sabe contra quem a endereçar. A referência ao final do ano em que houve o conhecimento é peculiaridade do sistema alemão do qual se afastam os demais países europeus que buscaram a solução subjetiva.⁷⁰⁸

De todo modo, para que se tenha melhor visão daquele sistema, é importante notar que as pretensões relativas às lesões à vida, ao corpo, à saúde ou à liberdade, independentemente da forma em que surjam, do conhecimento ou de culpa grave no conhecimento, estão sujeitas ao prazo prescricional de trinta anos desde a data em que o ato ou infração ocorreu (§199, 2).

No que é mais relevante, estabelece-se que, independentemente de conhecimento ou de culpa grave relativa ao conhecimento, a pretensão prescreve em dez anos, contados do seu surgimento (§199, 3, 1). De modo subsidiário, independentemente de quando a pretensão surge, do conhecimento a seu respeito ou da culpa grave a ela relativa, a pretensão prescreve em trinta anos, desde o ato ilícito ou outro evento que tenha causado o dano (§199, 3, 2).

⁷⁰⁴ Assim como ocorria no sistema inglês, no francês e no suíço, conforme relato de BORGHETTI, 2016, p. 170. No mesmo sentido, *vide* ZIMMERMANN, 2010, p. 123; NORDMEIER, C. F. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002. *In*: MARQUES, C. L. (Coord.). *A nova crise do contrato: sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007, p. 157.

⁷⁰⁵ Sobre as dificuldades de se alcançar essa solução durante a tramitação da reforma no Parlamento alemão, *vide* ZIMMERMANN, *op.cit.*, p. 130.

⁷⁰⁶ O §196 estipula prazo prescricional decenal relativo à propriedade imobiliária. Assim, prescrevem em 10 anos a pretensão de transferência da propriedade e o cancelamento do direito a adquirir a propriedade. O §197 mantém o prazo de trinta anos para a pretensão de reparação de lesões intencionais à vida, à saúde, à liberdade, às partes do corpo, ou autodeterminação sexual, pretensões reintegratórias baseadas na propriedade ou outro direito real, entre outros.

⁷⁰⁷ ZIMMERMANN, *op.cit.*, p. 138.

⁷⁰⁸ *Idem*, p. 142.

Dessa forma, o legislador alemão não se rendeu ao dilema de optar por soluções objetivas ou subjetivas e, de forma absolutamente prática e coerente, implementou um sistema duplo ou misto, no qual prazos curtos estão associados ao critério subjetivo e, para garantir a segurança, as pretensões que não se extinguam por essa regra podem ser extintas, posteriormente, por um prazo prescricional mais amplo, ligado a critério objetivo (data em que surge a pretensão ou data da prática do ilícito).⁷⁰⁹ Dito de um modo um pouco mais claro, há três anos para o exercício da pretensão, desde o conhecimento do dano; de dez anos desde o dano; e, na pior das hipóteses, trinta anos desde o ato ilícito. Generalizou-se a duplicidade de prazos que antes só existia para as hipóteses de responsabilidade civil.⁷¹⁰

Para que a justiça seja feita à doutrina pátria, é importante notar que Câmara Leal preconizava essa associação de prazos curtos com o critério subjetivo de aferição do termo inicial. Para ele, “é bem de se ver que essa doutrina da contagem do prazo da prescrição da

⁷⁰⁹ Leciona Humberto Theodoro Júnior que “o sistema objetivo não foi uma invenção do Código Brasileiro, pois a ele também se filiava, entretanto, o BGB, que lhe foi fiel até a recente reforma aprovada em 2002. Desde então, a lei alemã passou a observar um sistema misto, capaz de conciliar o subjetivo com o objetivo. Determinado que a prescrição deveria ser contada apenas a partir da tomada de conhecimento do fato gerador do direito de pleitear, o Código alemão pôde reduzir a velha prescrição ordinária de trinta anos para apenas três anos (§195)” (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 365). “o fato de o início ser somente no fim do ano recebe o nome de "Ultimo-Verjährung". Desta maneira, limitam-se os efeitos fortes que um prazo de prescrição curto (três anos) traz para o credor; por outro lado, o sistema subjetivo precisa de uma limitação objetiva para que o credor não possa alegar seu desconhecimento da pretensão anos mais tarde. Portanto, o § 199 BGB/2002 estabelece no seu inc. IV que a pretensão prescreve dez anos depois do seu vencimento, independentemente do conhecimento do credor” (NORDMEIER, 2007, p. 159). No mesmo sentido, *vide* STEINER, 2012, p. 73-92).

⁷¹⁰ “O legislador encontrou essa solução introduzindo o chamado 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 do 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 contar quando o credor toma conhecimento ou deveria tomar conhecimento, com exceção dos casos de negligência grosseira, das circunstâncias que constituem a reclamação e a identidade do devedor (§199, I do CCA). Isso permite uma redução drástica da duração do prazo – especificamente, para um período de três anos (§195 do CCA). 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 como 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 dez anos (§199, III, CCA). Logo, de modo geral, o pleito prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que 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. Essa solução é uma combinação dos sistemas objetivo e subjetivo, não representando nenhuma novidade na legislação alemã, pois, na realidade, já vigorava de forma praticamente idêntica na área de responsabilidade civil (em consonância com o §852 da antiga versão do CCA). Portanto, o que constituía uma exceção tornou-se a regra” (CANARIS, C-W. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 111, 2004). “*Para las pretensiones por actos ilícitos rige un doble plazo; prescriben a los tres años desde el momento em que el perjudicado adquiere conocimiento del daño y de la persona del obligado a resarcir, esto es, cuando puede ejercitar la pretension, y, sin hacer consideración de esto, a los 30 años desde la comisión del acto*” (LARENZ, 1978, p. 331-332).

data da ciência da violação deve ser limitada às prescrições de curto prazo”. Nas prescrições de prazo longo, a simples ignorância da lesão denotaria “negligência, indicando o abandono em que deixou a coisa, objeto da violação, a ponto de ter sido violada e ele o ignorar por longo período”.⁷¹¹

Os alemães tiveram, dessa forma, a primazia de sugerir que dois prazos prescricionais corresse paralelamente, para que qualquer deles que ocorresse primeiro venha a barrar a pretensão. A engenhosidade dessa solução permite superar os dilemas trazidos pela dicotomia subjetivo-objetivo, razão pela qual vem sendo elogiada pela doutrina,⁷¹² mas, em que pese seus méritos, se afastou pontualmente daquilo que preconizava o PECL,⁷¹³ daquilo que foi adotado posteriormente no DCFR⁷¹⁴ e também da solução encontrada pelo *Code Civil* em 2008.

Nos PECL, dá-se em três anos a limitação temporal do direito de exigir o cumprimento de uma obrigação.⁷¹⁵ O prazo corre desde quando o devedor deve cumprir a obrigação ou, no caso de danos, desde o ato que deu causa à ação.⁷¹⁶ Entretanto, o prazo não corre, suspende-se, enquanto o credor não sabe, nem poderia razoavelmente conhecer, a identidade do devedor ou os atos lesivos.⁷¹⁷ De todo modo, a prescrição não pode ser suspensão nem estendida por mais de dez anos e, no caso de danos pessoais, por mais de trinta anos.⁷¹⁸

⁷¹¹ CÂMARA LEAL, 1978, p. 24.

⁷¹² “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” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 254).

⁷¹³ Para ser mais exato, Zimmermann foi responsável pela elaboração do capítulo 14 do PECL e atesta que uma primeira minuta desses estudos foi apresentada ao legislador alemão. Posteriormente, o governo daquele Estado reconheceu que acolheu amplamente as propostas da Comissão Lando (ZIMMERMANN, 2010, p. 123).

⁷¹⁴ Conf. POZZATO, 2010, p. 139. Jean-Sébastien Borgetti menciona reformas anteriores no Código Holandês (1992), no Código Civil do Québec (1994) e na Lei de Prescrição Catalã (2002), do direito Belga (1998) (BORGHETTI, 2016, p. 172).

⁷¹⁵ Art. 14:101, DCFR. “*A right to performance of an obligation (“claim”) is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with these Principles*”. Art. 14:201: *The general period of prescription is three years*.

⁷¹⁶ Art. 14:203, DCFR. “*(1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim*”.

⁷¹⁷ Art. 14:301, DCFR. “*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*”.

⁷¹⁸ Art. 14:307, DCFR. “*Maximum Length of Period. The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under these Principles, to more than ten years or, in case of claims for personal injuries, to more than thirty years. This does not apply to suspension under Art. 14:302*”.

Zimmermann considera este modelo superior àquele adotado em seu país e aponta quatro motivos relevantes para isso. Em primeiro lugar, o BGB, ao adotar a prescrição trienal com termo inicial subjetivo faz com que o devedor, a quem cabe alegar a prescrição, deva demonstrar exatamente quando o credor teve conhecimento de sua pretensão, sendo este ônus probatório do qual dificilmente pode se desvencilhar. No sistema do PECL, o termo inicial é objetivo, razão pela qual o devedor tem facilidade de prova nesse ponto. No entanto, pode o credor provar a suspensão do prazo, evidenciando que não sabia nem poderia saber de sua pretensão, cabendo a ele o ônus de provar sua ignorância. Em segundo lugar, não há uma multiplicidade de prazos correndo ao mesmo tempo, mas apenas um prazo máximo para além do qual a suspensão não opera efeitos. Em terceiro lugar, no BGB os prazos de três, dez e trinta anos tem natureza prescricional ordinária, e nada impede que as causas suspensivas e interruptivas produzam efeitos sobre todos os prazos em curso, o que, na prática, pode fazer com que as disputas sejam adjudicadas muitas décadas após o seu surgimento, com acréscimos de incertezas sobre o seu termo final. Em quarto lugar, o sistema do PECL não deixa de prestigiar as razões de justiça pelas quais o legislador alemão adotou o termo inicial subjetivo, mas elas são aplicadas para regras que formam as hipóteses de suspensão dos prazos que correm de termos iniciais objetivos.⁷¹⁹

O DCFR trilha o mesmo caminho, com aprimoramentos pontuais. Esse sistema de regras-modelo cuida das obrigações em seu livro III e, dentro deste, dedica o capítulo VII, para o tema que nos preocupa. Ali, estabeleceu que o direito de exigir uma prestação está sujeito à prescrição ao fim de certo período de tempo.⁷²⁰ O prazo geral de prescrição é de três anos, que corre do momento em que o devedor deve entregar a prestação ou, em caso de danos, desde o ato que lhe causou.⁷²¹ De qualquer forma, o prazo não corre enquanto o credor não souber (e não poderia razoavelmente saber) a identidade do devedor ou os fatos que

⁷¹⁹ ZIMMERMANN, 2010, p. 138-139.

⁷²⁰ Art. 7:101, PECL. *Rights subject to prescription. A right to performance of an obligation is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with the rules in this Chapter.*

⁷²¹ Art. 7:201, PECL. *General period. The general period of prescription is three years.*

Art.7:202, PECL. *Period for a right established by legal proceedings (1) The period of prescription for a right established by judgment is ten years. (2) The same applies to a right established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment.*

Art. 7:203, PECL. *Commencement (1) . The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right. (2) Where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation. (3) The period of prescription set out in III. – 7:202 (Period for a right established by legal proceedings) begins to run from the time when the judgment or arbitral award obtains the effect of res judicata, or the other instrument becomes enforceable, though not before the debtor has to effect performance.*

deram origem a seu direito.⁷²² Para que o lapso não se estenda indefinidamente, o prazo de prescrição não pode ser superior, em razão da suspensão ou prorrogação, a mais de dez anos (ou trinta anos em caso de lesões pessoais).⁷²³

O sistema francês tradicionalmente trata a prescrição como o modo de extinção do direito resultante da inação de seu titular durante certo lapso de tempo⁷²⁴ e, mesmo após a reforma introduzida pela Lei nº 2008-561, de 17 de junho de 2008, não trata da pretensão. Hoje, ali se veem prazos específicos de dez ou trinta anos, mas, no que é relevante e de modo geral, o art. 2224, CCF, estabelece que “as ações pessoais ou mobiliárias prescrevem em cinco anos a contar do dia em que o titular do direito conhece ou poderia ter conhecido os fatos que possibilitam o exercício”.⁷²⁵ Tomou-se em consideração o modelo alemão, de termo inicial subjetivo, o qual, como vimos, faz com que o devedor prove o conhecimento do credor sobre as características de sua pretensão ou que, ao menos, tenha que se valer de presunções de fato possíveis. Não se adotou ali, contudo, um sistema de prazos prescricionais correndo em paralelo, mas a solução preconizada pelo PECL e pelo DCFR, estipulando-se que o termo inicial, a suspensão e a interrupção não podem ter o efeito de prorrogar o prazo de prescrição para além de vinte anos a contar do dia em que surgiu o direito.⁷²⁶

Com as peculiaridades próprias de cada sistema, o direito estrangeiro mostra o caminho que deveria ser trilhado entre nós. O Código Civil de 2002, como se sabe, foi fruto de excelente trabalho acadêmico realizado na década de 1970 e que, quando de sua aprovação, anos após não foi submetido à discussão acadêmica que lhe pudesse impor aprimoramentos à luz do estado da arte em ciência jurídica. Vê-se ali, portanto, a redução drástica do prazo geral de prescrição, para três anos, sem uma opção expressa por termo

⁷²² Art. 7:301, PECL. *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 be expected to know of: (a) the identity of the debtor; or (b) the facts giving rise to the right including, in the case of a right to damages, the type of damage.*

⁷²³ Art. 7:307, PECL. *Maximum length of period. The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under this Chapter, to more than ten years or, in case of rights to damages for personal injuries, to more than thirty years. This does not apply to suspension under III. – 7:302 (Suspension in case of judicial and other proceedings).*

⁷²⁴ Art. 2219, CCF. “*La prescription extinctive est un mode d’extinction d’un droit résultant de l’inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps*”.

⁷²⁵ No original: “*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*”.

⁷²⁶ Art. 2232, CCF. “*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. Le premier alinéa n’est pas applicable dans les cas mentionnés aux articles 2226, 2226-1, 2227, 2233 et 2236, au premier alinéa de l’article 2241 et à l’article 2244. Il ne s’applique pas non plus aux actions relatives à l’état des personnes*”.

inicial objetivo ou subjetivo. Conquanto a sistematicidade daquele estatuto leve-nos muito claramente a uma solução objetiva, a jurisprudência tem optado, sem critérios claros, por soluções pontuais em que prestigia um termo inicial subjetivo, descurando-se das incertezas que isso provoca no longo prazo.

A combinação de dois prazos a fluir simultaneamente, um mais curto, com termo inicial subjetivo, e outro mais longo, com termo inicial objetivo, possibilitaria a convergência dos vários princípios que regem a prescrição. Sanciona-se o credor omissivo que, sabendo da lesão, deixa de tomar providências no curto prazo. Ao mesmo tempo, o ordenamento possibilita que os litígios não se eternizem, prevendo que, ciente ou não, o termo prescricional máximo conta-se desde um termo inicial fixo.

De modo ainda mais avançado, a adoção de um termo inicial objetivo, mesmo em situações de curto prazo, não revelam grande injustiça se forem associados a uma causa ampla de suspensão do prazo diante da ignorância dos fatos que possibilitam o exercício da pretensão. Para que não haja suspensão em definitivo, é aconselhável que haja um termo final máximo para além do qual a suspensão não produza efeitos. O modelo adotado pelo PECL e pelo DCFR apresenta esse conjunto de vantagens.

Essa sugestão não é imune de críticas. Pode-se imaginar que o lesado só venha a ter ciência perfeita de suas lesões, de sua extensão e do causador do dano após o esgotamento do prazo geral, para além do qual não é possível a suspensão por ignorância. Nessa situação, a pretensão estaria prescrita sem que o lesado tenha podido, na prática, agir. Esse risco é razoavelmente mitigado, mas não extinto, na solução francesa, que estabelece um amplo prazo vintenário. De qualquer forma, como já mencionamos anteriormente, a imposição de um prazo prescricional também representa certo compromisso com premissas relevantes de justiça e de segurança, o que impede a adoção de soluções tópicas e, para além disso, faz com que imprescritibilidades sejam tratadas como excepcionais (o que exploraremos melhor no capítulo seguinte).

Com isso, é possível desenhar a seguinte tese: (XXII) o sistema legal pátrio deveria adotar, nos moldes do que já ocorre no PECL, no DFCF e na legislação francesa, um prazo prescricional geral, sujeito a termo inicial objetivo, mas que pode ser suspenso mediante prova da ignorância do credor sob as circunstâncias fáticas de sua pretensão, até o advento de um termo mais longo, para além do qual a referida suspensão não produz efeito.

§30. Pagamento com sub-rogação

Superadas as observações gerais sobre o termo inicial e uma vez proposta a conjugação de prazos objetivos e subjetivos, poder-se-á dedicar alguma atenção às discussões mais específicas, também relevantes para essa perspectiva. A primeira delas diz respeito ao pagamento com sub-rogação.

Nos termos do art. 349, CC/2002, “a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, as ações, os privilégios e as garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”. O pagamento com sub-rogação regula situações fáticas muito distintas. Opera-se a sub-rogação quando devedores co-obrigados, como os solidários, pagam a integralidade da dívida; quando há responsabilidade subsidiária, como a dos fiadores e das seguradoras.

A interpretação mais literal desse dispositivo indica que, ao pagar a dívida, o *solvens* recebe do *accipiens* as “ações” que este detinha contra o devedor principal. É de se concluir, portanto, que ele recebe a pretensão, para exercê-la no prazo que a lei assegura à situação original. Pergunta-se, contudo, se o termo inicial conta-se desde o pagamento ou se remonta ao nascimento da pretensão para o próprio *accipiens*.

A doutrina e jurisprudência divergem. Recentemente, o STJ prestigiou a vertente objetiva da solução, ao concluir que “o fiador que paga integralmente o débito objeto de contrato de locação fica sub-rogado nos direitos do credor originário (locador), mantendo-se todos os elementos da obrigação primitiva, inclusive o prazo prescricional”.⁷²⁷ Mas é tradicional entre nós e em outros países⁷²⁸ o entendimento diverso, que prestigia a vertente subjetiva do termo inicial, ao destacar que o prazo da prescrição, embora seja o mesmo, conta-se do pagamento,⁷²⁹ pois só então o *solvens* pode agir.

⁷²⁷ STJ, REsp 1432999/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 16/05/2017, DJe 25/05/2017.

⁷²⁸ No direito italiano, *vide* TRIGGIANO, 2011, p. 447.

⁷²⁹ “1. Segundo a jurisprudência do STJ, o termo inicial do prazo prescricional do direito de a seguradora pleitear a indenização do dano causado por terceiro ao segurado é a data em foi efetuado o pagamento da indenização securitária. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento” (STJ, AgInt no AREsp 1013889/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 09/03/2017, DJe 22/03/2017).

“1. Aplica-se o prazo prescricional de 3 anos estabelecido pelo artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil à ação de regresso proposta por seguradora visando a reparação civil do terceiro causador do dano, visto que fundado na sub-rogação dos direitos e ações do segurado. 2. O prazo prescricional trienal inicia-se da data do efetivo pagamento integral da indenização securitária pela seguradora, visto ser o momento em que se opera a efetiva transferência dos direitos e ações do segurado em seu favor, conforme inteligência do artigo 786 do Código Civil” (TJDFT, Acórdão n. 1064211, 07147033020178070000, Rel. Ana Cantarino, 8ª Turma, Cível, j. 30/11/2017, Publicado no DJE: 06/12/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.).

Essas soluções são incompatíveis entre si. Se há um prazo novo após o pagamento ao credor, é de se admitir que é nova a pretensão que surge do *solves* contra o devedor. Se assim é, não se pode admitir que o pagamento lhe transfira direitos e ações [*rectius*, pretensões] anteriormente existentes.

Percebe-se, assim, que as soluções pontuais dadas pela jurisprudência não são de fácil sistematização, abrindo campo para verdadeira discricionariedade judicial, a aplicar um ou outro critério, sem que o intérprete possa precisamente identificar quais fatores levaram à decisão, de modo que esses precedentes possam se estender a situações análogas.

Caberia à doutrina, pela crítica racional à jurisprudência, reunificar o sistema, buscando-lhe imprimir coesão e integridade. Essa solução, segundo pensamos, não poderia desconsiderar a regra expressa do art. 349, CC/2002. Se o *solvens* pagar uma dívida, qualquer que seja o motivo, em sub-rogação, adquire a situação jurídica que era próprio do credor originário e, assim, o prazo prescricional já corrido não deixa de existir. Essa situação leva a injustiças, sobretudo quando o credor original exerceu a pretensão nos últimos dias do prazo prescricional. Ao *solvens* restaria voltar-se contra o devedor original em pouquíssimo prazo.

Assim, a solução justa, do ponto de vista doutrinário, não é compatível com o quadro legal ora em vigor, razão pela qual propõe-se, em conclusão, a seguinte tese: (XXIII) é necessário inovar a legislação para deixar claro que o pagamento em sub-rogação interrompe o prazo prescricional ou, de modo análogo, que aí surge nova pretensão para o *solvens* exercer o crédito que recebeu.

§31. Pagamento dos juros e prestações acessórias

Com a generalização da prescritibilidade das ações no direito romano, Justiniano passou a tratar de casos diversos que surgiam. Alguma discussão surge quanto à prescritibilidade dos juros. De um lado, foi estabelecido que a prescrição de trinta ou quarenta anos para contratos de juros começa a correr desde o momento em que o devedor tornou-se inadimplente.⁷³⁰ Não estava claro, no entanto, se a referida norma aplica-se apenas aos juros ou apenas ao principal, se a prescrição se conta desde o último pagamento ou desde o último inadimplemento.⁷³¹ De outro lado, em outra regra, via-se a prescrição aplicável à prestação principal, também afetava os juros e frutos, prestigiando-se a regra de gravitação,

⁷³⁰ C, 7, 39, 8, 4.

⁷³¹ TRIGGIANO, 2011, p. 435-436.

segundo a qual o principal segue o acessório.⁷³² Com essas duas regras em aparente confronto, já não estava claro se haveria um prazo específico para a prescrição dos juros ou se, de todo modo, a cobrança de juros prescrevia com o principal.

Por isso, a doutrina e a legislação subsequente procuraram debater o tema e apresentar respostas mais claras do que aquelas que nos foram legadas pelas fontes bizantinas. O problema pode ser equacionado de forma simples, esclarecendo se os juros seguem um prazo específico ou se prescrevem com o principal. O Código Civil francês, antes da reforma de 2008, estabelecia um prazo de cinco anos para a prescrição dos juros.⁷³³ Posteriormente, silenciou-se sobre o tema. De modo análogo, o Código Vaz Serra, em seu art. 310, d, destaca que prescrevem em cinco anos “os juros convencionais ou legais, ainda que ilíquidos, e os dividendos das sociedades”. O *Codice Civile* de 1942 estabelece prazo quinquenário para prescrição dos interesses e, em geral, tudo que se deve pagar periodicamente ao ano ou periodicidade inferior (art. 2948, 4). O BGB, por sua vez, afirma que com a pretensão principal prescrevem as acessórias que dela dependem,⁷³⁴ ainda quando estas têm prazo autônomo não consumado.

A legislação brasileira manteve, sob a vigência do Código Civil de 1916, alguma confusão quanto ao tema. Foi estabelecido que prescrevem em cinco anos “os juros, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos” (art. 178, §10, III, CC/1916). O art. 167, CC/1916, estabeleceu, no entanto, que “com o principal prescrevem os direitos acessórios”.

Ao interpretar essas regras, Carpenter propunha que se considerasse a forma em que foi estipulado o pagamento de juros. Se as partes estipularam que, após o decurso do prazo, o mutuário deve restituir o principal e todos os juros, a prescrição é una e, assim, o acessório segue o principal. Se, no entanto, os juros fossem pagos em prestações periódicas, haveria prazo autônomo para a sua cobrança (quinquenal quando estipulado pagamento anual ou inferior; trintenar quando ajustada periodicidade maior). Dessa forma, poderia

⁷³² C, 4, 32, 26.

⁷³³ Art. 2277, CCF. *Se prescrivent par cinq ans les actions en paiement: Des salaires; Des arrérages des rentes perpétuelles et viagères et de ceux des pensions alimentaires; Des loyers, des fermages et des charges locatives; Des intérêts des sommes prêtées, et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts. Se prescrivent également par cinq ans les actions en répétition des loyers, des fermages et des charges locatives.*

⁷³⁴ § 217, BGB. *Verjährung von Nebenleistungen. Mit dem Hauptanspruch verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht eingetreten ist. Na tradução em espanhol: “§217. Prescripción de prestaciones accesorias. Con la pretensión principal prescribe la pretensión a las prestaciones accesorias que de ella dependen, también para el caso en que la prescripción especial que rige esta pretensión todavía no se ha consumado.*

haver situação em que, prescrito o principal, ainda houvesse prazo para a cobrança dos juros.⁷³⁵

Esse conjunto de regras, por sua complexidade, fez com que surgissem decisões díspares nos tribunais pátrios, o que persiste até hoje. De modo geral, a jurisprudência procurou dar aplicação restritiva ao disposto no art. 178, § 10, III, do CC/1916, aplicando-o somente no que “diz respeito à prescrição de juros e outras verbas acessórias cobradas autonomamente, e não conjuntamente com o principal e sobre ele incidentes”.⁷³⁶ Assim, prescrevem no mesmo prazo da prestação principal os juros remuneratórios capitalizados⁷³⁷ e também os juros moratórios legais.⁷³⁸

O Código Civil de 2002 manteve a diretriz de prescrição autônoma dos juros e prestações acessórias, reduzindo o prazo para três anos. Não foi reproduzida a norma que se via no art. 167, CC/1916. De modo sintético, foi estabelecido: “a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela” (art. 205, §3º, II, CC/2002).

Com isso, manteve-se a distinção em razão da periodicidade, fazendo com que juros a vencer em periodicidade superior à anual submetam-se a prazo prescricional diverso, mas, de modo contrário à tendência geral que se viu no legislador de 2002, o Código Civil rejeitou as soluções que vinham sendo construídas pela jurisprudência, para estabelecer que mesmo os juros capitalizados prescrevem em prazo próprio e específico.

Apesar da literalidade da regra, a doutrina tenta mitigá-la, diferenciando juros capitalizados, que passariam a integrar o principal dos juros capitalizáveis, que se sujeitariam à pretensão autônoma.⁷³⁹

Não se devem diferenciar juros capitalizados de capitalizáveis para os fins da norma, porque na praxe diuturna simplesmente não se veem juros que vençam numa

⁷³⁵ CARPENTER, 1958b, p. 672-673.

⁷³⁶ STJ, REsp 1166564/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 22/08/2017, DJe 31/08/2017.

⁷³⁷ “Os juros remuneratórios de conta de poupança, incidentes mensalmente e capitalizados, agregam-se ao capital, assim como a correção monetária, perdendo, pois, a natureza de acessórios, fazendo concluir, em consequência, que a prescrição não é a de cinco anos, prevista no art. 178, § 10, III, do Código Civil de 1916, mas a vintenária. Precedentes da Terceira e Quarta Turmas” (STJ, AgRg no Ag 1009466/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 16/03/2010, DJe 12/04/2010).

⁷³⁸ “Os juros moratórios legais, em razão de sua acessoriedade, não estão sujeitos ao prazo prescricional quinquenal de que tratava o art. 178, § 10, inciso III, do Código Civil de 1916, estando atrelados, ao prazo prescricional do débito principal que, no presente caso, é vintenário” (STJ, AgInt no REsp 1545967/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 06/04/2017, DJe 11/04/2017). Destaque-se que a fundamentação dessa decisão causa alguma perplexidade ao intérprete, pois, em havendo reconhecimento da acessoriedade, haveria de ser aplicado o prazo quinquenal. Com a mesma conclusão, mas sem essa fundamentação, *vide* STJ, AgRg no AREsp 6.256/MS, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 04/08/2011, DJe 16/08/2011.

⁷³⁹ TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2004, p. 405-406.

periodicidade e sejam capitalizados em outra. Ao realizar essa diferenciação, a doutrina reduziu a hipótese de incidência da norma à situação de singular raridade, que seria mais adequado considerá-la não escrita. Contudo, deve-se reconhecer que as diferenciações propostas no art. 205, §3º, II, CC/2002, agregam dificuldades ao sistema prescricional, sendo mais razoável, de *lege ferenda*, excluí-la, para adotar a regra da gravitação, nos moldes suíços, fazendo com que as prestações acessórias prescrevam com o principal.

Nossa conclusão indica, portanto, que (XXIV) o legislador deveria simplificar a regra sobre prescrição de juros, estabelecendo que estes prescrevam com o principal.

§32. Pagamento em parcelas

De igual modo, vem de longa data a discussão sobre o termo inicial da prescrição para a cobrança de dívidas que se vencem em parcelas. Espantoso que não tenha havido entre nós uma solução legislativa para tal disputa.

O *Codex Justiniano* continha regra, da lavra de Justino, segundo a qual promessas, legados e outras obrigações que exigem pagamentos anuais, mensais ou de qualquer modo em períodos, sujeitam-se a prazo prescricional que não se conta desde o nascimento da obrigação, mas do início do ano, mês ou outro prazo estabelecido.⁷⁴⁰

Dentre os ordenamentos modernos, as soluções variam. No Código Civil Argentino de 2015, o transcurso do prazo de prescrição para reclamar a contraprestação por serviços ou subvenções periódicas começa a partir da exigibilidade de cada retribuição.⁷⁴¹ O Código Vaz Serra, em situação mais específica, procurou-se de esclarecer o termo inicial ao determinar 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” (art. 307). Como dito, na Itália, prescreve em cinco anos tudo que se deve pagar periodicamente ao ano ou em período inferior,⁷⁴² sem estabelecer um termo inicial preciso, que a doutrina entende ser a data de vencimento de cada parcela.⁷⁴³ Na antiga doutrina francesa, Pothier frisava que o pagamento em parcelas deve ser exigido a partir do vencimento de cada parcela.⁷⁴⁴

⁷⁴⁰ C, 7, 39, 7, 6.

⁷⁴¹ Art. 2556, CCA/2015. *El transcurso del plazo de prescripción para reclamar la contraprestación por servicios o suministros periódicos comienza a partir de que cada retribución se torna exigible.*

⁷⁴² Art. 2948. *Precrizione di cinque anni. Si prescrivono incinque anni: (...) 4) gli interessi e, in generale, tutto cio' che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini piu' brevi.*

⁷⁴³ TRIGGIANO, 2011, p. 446.

⁷⁴⁴ POTHIER, 2001, p. 609.

Os Códigos brasileiros, de 1916 e de 2002, não estabeleceram regras específicas. A doutrina frisava, no entanto, que, não se tratando de prestações acessórias, mas partes do principal, “não há uma prescrição única para toda a dívida, sim tantas prescrições distintas quantas as prestações”.⁷⁴⁵

A jurisprudência vem indicando que “o vencimento antecipado da dívida não altera o início da fluência do prazo prescricional, o qual deve observar o termo final indicado no contrato, que é o dia do vencimento da última parcela”.⁷⁴⁶ Para fundamentar essa solução, o STJ considera que “é possível aos contratantes, com amparo no princípio da autonomia da vontade, estipular o vencimento antecipado, como costuma ocorrer nos mútuos feneratícios, em que o inadimplemento de determinado número de parcelas acarretará o vencimento extraordinário de todas as subsequentes, ou seja, a integralidade da dívida poderá ser exigida antes de seu termo” e que “o vencimento antecipado da dívida, ao possibilitar ao credor a cobrança de seu crédito antes do vencimento normalmente contratado, objetiva protegê-lo de maiores prejuízos que poderão advir da mora do devedor, sendo um instrumento garantidor das boas relações creditórias, revestindo-se de uma finalidade social”. Desse modo, conclui-se que “o vencimento antecipado da dívida livremente pactuado entre as partes, por não ser uma imposição, mas apenas uma garantia renunciável, não modifica o início da fluência do prazo prescricional, prevalecendo, para tal fim, o termo indicado no contrato (arts. 192 e 199, II, CC/2002)”. Nessa ocasião, considerou-se tratar de obrigação “única (pagamento do valor emprestado), que somente se desdobrou em prestações repetidas para facilitar o adimplemento do devedor”.⁷⁴⁷

A solução não nos parece acertada, pois, a rigor, ao controlar o prazo das prestações, as partes definem o termo inicial e, conseqüentemente, o próprio prazo prescricional, corroendo a premissa de não sujeição do prazo à vontade das partes. Por outro lado, em contratos de longa duração, como os financiamentos imobiliários, a prescrição da primeira parcela só começaria a contar após décadas, mesmo se tornando exigível muito antes disso. Se o credor tem o direito potestativo de resolver o contrato, não parece correto que aufira, ao mesmo tempo, os benefícios daí advindos, com a possibilidade de cobrança antecipada

⁷⁴⁵ CARPENTER, 1958b, p. 670. No cenário atual, afirma-se que “*as pretensões surgem, nas obrigações periódicas ou de trato sucessivo, para as prestações avencadas, a cada novo ciclo, mantida a independência das pretensões nada obstante sua origem comum*” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 251).

⁷⁴⁶ TJDFT, Acórdão n.1107985, 20150110705813APC, Rel. Sérgio Rocha, 4ª Turma Cível, j. 04/07/2018, DJE: 17/07/2018, Pág.: 428/437.

⁷⁴⁷ STJ, REsp 1523661/SE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 26/06/2018, DJe 06/09/2018.

das parcelas vincendas, mas não assumam os ônus daí advindos. Se quisesse, poderia aguardar o vencimento de cada parcela e cobrá-las uma a uma. Esse é, essencialmente, o argumento de Paulo de Tarso Sanseverino, que restou vencido no mencionado precedente. Para ele, “sem que a lei assim o preveja, não se pode corroborar uma pretensão de cumprimento de prestação de pagar quantia exercitável décadas após o início do inadimplemento, isso em face do diferimento do termo inicial da contagem da prescrição para a data do vencimento da última das parcelas acordadas”.⁷⁴⁸

Assim, temos a seguinte conclusão relevante: (XXV): quando há financiamento e as prestações devem ser pagas em determinada periodicidade, aí há uma pretensão para cada parcela. A prescrição pode, conseqüentemente, atingir uma única pretensão, de haver pagamento a uma prestação, mas não as outras que venceram em momento posterior.

§33. Pretensões de reparação por responsabilidade aquiliana e contratual

Logo após a vigência do Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir qual o significado da regra contida no art. 206, §3º, V, CC/2002, que estabelecia prazo trienal para as pretensões de reparação civil. Youssef Said Cahali destacava que “o Código não faz qualquer distinção quanto à origem ou natureza da pretensão reparatória, compreendendo, portanto, qualquer dano a ser indenizado, por ofensa à pessoa ou aos seus bens”.⁷⁴⁹

O STJ, em decisões pontuais, entendia que a regra aplicava-se apenas à responsabilidade extracontratual, tomando a expressão “reparação civil” em seu sentido

⁷⁴⁸ No mesmo sentido, *vide* os precedentes a seguir. “Na vigência do Código Civil de 2002, é quinquenal o prazo prescricional para que o Condomínio geral ou edilício (vertical ou horizontal) exercite a pretensão de cobrança de taxa condominial ordinária ou extraordinária, constante em instrumento público ou particular, a contar do dia seguinte ao vencimento da prestação” (STJ, REsp 1483930/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 23/11/2016, DJe 01/02/2017). “A prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291 [a ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos] incide não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, na pretensão a diferenças de correção monetária incidentes sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário” (STJ, REsp 1110561/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª seção, j. 09/09/2009, DJe 06/11/2009).

⁷⁴⁹ CAHALI, 2009, p. 172-173; no mesmo sentido, *vide* BANDEIRA, P. G. A Prescrição na Responsabilidade Civil Contratual em Debate. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, n. 70, p. 84-97, jan./fev. 2016; TEPEDINO, G. A prescrição trienal para a reparação civil. *Jornal Carta Forense*, 1 jun. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2PUZUtx>> Acesso em: 13 jun. 2019.

estrito.⁷⁵⁰ Sem uniformização clara, em outras decisões adotava uma interpretação ampla, para aí também incluir as pretensões contratuais.⁷⁵¹

No entanto, a partir de 2016, a Corte mudou sua posição original e passou a entender que o prazo trienal aplica-se independentemente de se estar diante de responsabilidade contratual ou extracontratual,⁷⁵² encampando, portanto, a solução que já era preconizada no Enunciado nº 419, da V Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

A solução de dar a essas pretensões prazo único tinha a inegável vantagem de simplificar o sistema em torno de um prazo curto, o que é mais próprio à dinâmica social contemporânea, em que grandes mudanças sociais ocorrem em poucos anos. Essa corrente era tida por assistemática por Judith Martins-Costa e Cristiano Zanetti.⁷⁵³ Eles destacavam que de uma relação contratual exsurge a pretensão de cumprimento específico da obrigação,

⁷⁵⁰ STJ, REsp 822914/RS, 3ª Turma, julgado em 01/06/2006, DJ 19/06/2006, p. 139; AgRg no Ag 1085156/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 03/03/2009, DJe 30/03/2009. “Aplica-se o prazo de prescrição decenal (artigo 205 do CC/2002) quando o pedido de reparação civil tem por fundamento contrato celebrado entre as partes. O prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 alcança a pretensão de reparação civil por danos decorrentes de responsabilidade extracontratual. Precedente” (AgRg no AREsp 477.387/DF, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 21/10/2014, DJe 13/11/2014).

⁷⁵¹ *Vide*, por exemplo, STJ, AgRg no Ag 1401863/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 12/11/2013, DJe 19/11/2013.

⁷⁵² “O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais” (STJ, REsp 1281594/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 22/11/2016, DJe 28/11/2016). Em conclusões específicas, aplicáveis a responsabilidade contratual, veja: “Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002” (STJ, REsp 1360969/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, 2ª Seção, j. 10/08/2016, DJe 19/09/2016). “Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC)” (STJ, REsp 1551956/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 24/08/2016, DJe 06/09/2016). “A pretensão de repetição de indébito de contrato de cédula de crédito rural prescreve no prazo de vinte anos, sob a égide do art. 177 do Código Civil de 1916, e de três anos, sob o amparo do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, observada a norma de transição do art. 2.028 desse último Diploma Legal” (STJ, REsp 1361730/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, 2ª Seção, j. 10/08/2016, DJe 28/10/2016). “A pretensão de cobrança de indenização decorrente de dividendos relativos à subscrição complementar das ações da CRT/Celular CRT prescreve em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso III, do Código Civil de 2002, somente começando a correr tal prazo após o reconhecimento do direito à complementação acionária” (STJ, REsp 1112474/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 28/04/2010, DJe 11/05/2010).

⁷⁵³ MARTINS-COSTA; ZANETTI, 2017, p. 215-241. No mesmo sentido, *vide* CARNEIRO, 2010, p. 15-21; FIGUEIREDO, G. S. L. Pretensão Indenizatória fundada em responsabilidade contratual: inaplicabilidade do prazo prescricional de três anos. *In*: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. (Org.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 174-185.

estando sujeita a prazo decenal. Entretanto, caso o credor opte por resolver o contrato e haver perdas e danos, a pretensão reparatória estaria sujeita a prazo trienal.

Com efeito, há assistemáticas nesse ponto, como já pudemos destacar quando tratamos da concorrência de pretensões.⁷⁵⁴ O ideal é que haja um prazo uniforme para pretensões contratuais, sejam elas reparatórias ou não. Entretanto, não parece que esta situação seja mais incongruente do que atribuir à pretensão contratual de reparação prazo bastante superior àquele visto para as pretensões aquilianas. Dentre esses dois casos, se há um deles que merece prazo mais largo, trata-se da pretensão de responsabilidade extracontratual, pois o lesado, muitas vezes, deve diligenciar para descobrir o causador do dano. Na responsabilidade contratual, como é evidente, já se sabem, de antemão, os dados da contraparte e não é justo que essa situação seja premiada com prazo tão amplo quanto o decenal.

Apesar das distinções, essas posições poderiam ser melhor conciliadas se houvesse termo inicial subjetivo para todas as pretensões extracontratuais e prazo objetivo para as pretensões contratuais. Ocorre que, como destacamos oportunamente, doutrina e jurisprudência tratam do *dies a quo* de modo pontual e não sistemático. A generalização de um termo inicial subjetivo também tem inconvenientes, pois assegura grande prestígio à posição do lesado sem limitações claras a sua atuação.

De qualquer modo, mais recentemente, em 2018, a posição que parecia estar consolidada sofreu reviravolta. Quando do julgamento dos embargos de divergência no recurso especial n. REsp 1.280.825, a segunda seção do STJ estava diante de associação de investidores que reclamava a indenização por danos sofridos em suas aplicações financeiras. Conquanto tenha reconhecido que “há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia”, conclui-se que havia amparo para dar à responsabilidade contratual prazo prescricional mais amplo que aquele vigente para os danos

⁷⁵⁴ Veja capítulo 6 acima. É interessante notar que o §218, 1, BGB, determina que “*la resolución por incumplimiento de la prestación o por una falta de cumplimiento según contrato es ineficaz si la pretensión al cumplimiento de la prestación o a la corrección del cumplimiento está prescrita y el deudor la alega. Ello también rige si el deudor, de acuerdo con el §275, apartados 1 a 3, §439, apartado 3, o §635, apartado 3, no debe cumplir la prestación y la pretensión al cumplimiento o a la corrección del cumplimiento estuviera prescrita. El §216, apartado 2, inciso 2, no resulta afectado*”. No original, “(1) Der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung ist unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Dies gilt auch, wenn der Schuldner nach § 275 Absatz 1 bis 3, § 439 Absatz 4 oder § 635 Absatz 3 nicht zu leisten braucht und der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt wäre. § 216 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt”.

extracontratuais. Nas palavras da Rel. Min. Nancy Andrighi, “nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205, CC/2002) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, CC/2002, com prazo de três anos”. Para chegar a essa conclusão, defendeu-se que a expressão “reparação civil” tem conotação aquiliana e que, além disso, de modo sistemático, as pretensões contratuais diversas, de execução específica e de reparação, devem ter tratamento igualitário quanto a seus prazos, seguindo expressamente a argumentação de Judith Martins-Costa e Cristiano Zanetti quanto à prevalência do prazo decenal. No entender da 2ª seção do STJ, “não parece haver sentido jurídico nem lógica a afirmação segundo a qual o credor tem um prazo para exigir o cumprimento da obrigação e outro para reclamar o pagamento das perdas e danos”.⁷⁵⁵

Posteriormente, esse mesmo entendimento foi ratificado pela Corte Especial do STJ, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.281.594 – SP, tendo a maioria dos julgadores concluído que a expressão “reparação civil” do art. 206, §3º, V, CC/2002, refere-se apenas a ilícitos extracontratuais.⁷⁵⁶

⁷⁵⁵ “4. O instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança. 5. Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos. 6. Para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo "reparação civil" não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito. 7. Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados. 8. Há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia. 9. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos” (STJ, EREsp 1280825/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 27/06/2018, DJe 02/08/2018).

⁷⁵⁶ “II - A prescrição, enquanto corolário da segurança jurídica, constitui, de certo modo, regra restritiva de direitos, não podendo assim comportar interpretação ampliativa das balizas fixadas pelo legislador. III - A unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão "reparação civil" empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual. IV - Corrobora com tal conclusão a bipartição existente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, advinda da distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, que obsta o tratamento isonômico. V - O caráter secundário assumido pelas perdas e danos advindas do inadimplemento contratual, impõe seguir a sorte do principal (obrigação anteriormente assumida). Dessa forma, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução da obrigação contratual, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista previsão de prazo diferenciado), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo à responsabilidade civil atrelada ao descumprimento do pactuado. VI - Versando o presente caso sobre responsabilidade civil decorrente de possível descumprimento de contrato de compra e venda e prestação de serviço entre empresas, está sujeito à prescrição decenal (art. 205, do Código Civil). Embargos de divergência providos” (STJ, EREsp 1281594/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 15/05/2019, DJe 23/05/2019).

Chegou-se a discutir, ainda, se o pedido de repetição de indébito nas relações contratuais, também seguiria o prazo decenal. Durante o julgamento do REsp nº 1.602.681/ES,⁷⁵⁷ de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a Terceira Turma do STJ concluiu que, “em se tratando de pedido de devolução de valores pagos de forma indevida, fundamentado na impossibilidade do enriquecimento indevido, o prazo prescricional a ser adotado é o trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, CC/2002”. Entretanto, os precedentes mais relevantes apontam para o prazo decenal,⁷⁵⁸ apontando, corretamente que, com causa contratual, não há que se cogitar da aplicação das regras de enriquecimento sem causa, cuja aplicação é subsidiária.⁷⁵⁹

Esses precedentes indicam, com clareza, que os Tribunais pátrios começam a olhar com mais vagar para o problema da concorrência de pretensões, mas o enfrentam de maneira casuística.⁷⁶⁰ Tome-se, por exemplo, a situação em que o cumprimento do contrato, dá-se

⁷⁵⁷ STJ, REsp 1602681/ES, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 23/05/2017, DJe 02/06/2017.

⁷⁵⁸ Contra entendimento já afirmado pela Corte Especial. Confira-se: “2. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (DJe 15/9/2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposição específica acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a incidência das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, o prazo é vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Diante da mesma conjuntura, não há razões para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia. 3. A tese adotada no âmbito do acórdão recorrido (reformado pela decisão monocrática, ora agravada) de que a pretensão de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, configuraria enriquecimento sem causa e, portanto, estaria abrangida pelo prazo fixado no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil não parece ser a melhor. A pretensão de enriquecimento sem causa (ação in rem verso) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; ausência de causa jurídica; inexistência de ação específica. Trata-se, assim, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica. Doutrina. 4. Agravo interno a que se nega provimento” (STJ, AgInt nos EREsp 1585124/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 15/03/2017, DJe 21/03/2017).

⁷⁵⁹ “4. Para a configuração da pretensão de enriquecimento sem causa, exige-se: i) enriquecimento de alguém; ii) empobrecimento correspondente de outrem; iii) relação de causalidade entre ambos; iv) ausência de causa jurídica; v) inexistência de ação específica. 5. A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil/2002, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica. 6. Considerando que a existência de um contrato afasta a ausência de causa, requisito necessário à configuração do enriquecimento sem causa e, conseqüentemente, da aplicação do prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC/02, deve-se aplicar a prescrição decenal, prevista no art. 205 do CC/02” (STJ, REsp 1708326/SP, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, 3ª T., j. 06/08/2019, DJe 08/08/2019).

⁷⁶⁰ O STJ, em uma situação que enfrentou o problema da concorrência das pretensões, asseverou que haveria de prevalecer o prazo mais amplo, solução que reforça a imprecisão e oportunismo. “Civil. Pretensão à subscrição de ações. Prescrição. Havendo pluralidade de pedidos, o prazo de prescrição deve ser definido à luz da pretensão mais favorecida pelo tempo. A pretensão ao cumprimento de obrigação contratual está sujeita à regra geral do art. 205 do Código Civil, que fixa o prazo de prescrição em dez anos. Recurso especial não

por meio da exigência de uma prestação pecuniária líquida, constante de instrumento público ou particular, chamando a aplicação do art. 206, §5º, I, CC/2002. Se há dano outro, estando ele ilíquido, qual deveria ser o prazo aplicável? Não parece ser razoável tratar dívidas líquidas e ilíquidas, sujeitando-as ao mesmo prazo decenal, em franca contrariedade ao texto da lei. Se o legislador estabeleceu prazos diversos para as pretensões contratuais, estabelecendo um decênio para as pretensões ilíquidas e um lustro para as líquidas, resta o inequívoco que doutrina e o judiciário agiram movidos pela premissa de unificação dos prazos, que, se é de algum modo ideal, não reflete as escolhas concretas do legislador de 2002. Assim, a unificação de todos os prazos para as pretensões contratuais só poderia ser alcançada com alteração legislativa.

Deve-se destacar, ainda, que ao longo de décadas a doutrina e a jurisprudência procuraram atenuar diferenças existentes entre os regimes de responsabilidade contratual e extracontratual.⁷⁶¹ Nunca houve uma unificação total, sendo possível identificar ao menos

conhecido” (STJ, REsp 976.968/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª seção, j. 10/10/2007, DJ 20/11/2007, p. 214). Mais recentemente, fez-se diferença entre a situação em que se mantém o contrato e aquela outra em que ele é resolvido, quando em ambas está-se diante de responsabilidade contratual: “1. Controvérsia acerca da prescrição das pretensões restitutorias decorrentes da resolução de promessa de compra e venda por atraso na entrega do imóvel. 2. Nos termos da Súmula 543/STJ: ‘Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento’. 3. Caso concreto em que a resolução foi pleiteada com base na culpa da incorporadora, sendo cabível, portanto, a restituição integral das parcelas pagas, nos termos da referida súmula. 4. No julgamento do Tema 938/STJ, esta Corte Superior concluiu pela Incidência da “prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênera (art. 206, § 3º, IV, CC)’. 5. Distinção entre a pretensão restitutória abordada no Tema 938/STJ (fundada na abusividade de cláusula contratual) e a pretensão restitutória do caso dos autos (fundada na resolução do contrato por inadimplemento da incorporadora). Doutrina sobre o tema da pretensão restitutória decorrente da resolução do contrato. 6. Inaplicabilidade do Tema 938/STJ aos casos em que a pretensão de restituição da comissão de corretagem e da SATI tem por fundamento a resolução do contrato por culpa da incorporadora” (STJ, REsp 1737992/RO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T, j. 20/08/2019, DJe 23/08/2019).

⁷⁶¹ O tema é polêmico do ponto de vista teórico. Nossa observação é apenas sobre similitudes práticas. No Brasil, Caio Mário da Silva Pereira defende a unicidade de culpa (SILVA PEREIRA, C. M. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 247). Sérgio Cavalieri Filho aduz que “em oposição à responsabilidade bipartida, avulta cada vez mais a teoria que sustenta a unificação das responsabilidades delitual e contratual. Hoje até já traz uma tendência das legislações modernas. Proclama essa teoria que a responsabilidade é sempre e necessariamente delitual e que a expressão responsabilidade contratual não passa de uma forma viciosa e errônea de linguagem, posto que os mesmos princípios que regulam a responsabilidade extracontratual regulam também a responsabilidade contratual” (CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 373). Bruno Miragem acentua as diferenças existentes entre os regimes, mas esclarece que, no seu entender, “a adoção, como critério de classificação do dever violado, conduz a uma visão mais unitária da responsabilidade civil, em contraposição à tradicional distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, conforme a existência ou não de contrato prévio entre as partes” (MIRAGEM, B. R. B. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97-98). Em sentido análogo, postulando a superação da dicotomia em favor de uma responsabilidade por quebra da confiança, vide FARIAS, C. C.; BRAGA NETTO, F.; ROSENVALD, N. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 89 e seguintes.

as seguintes discrepâncias:⁷⁶² i) presença de culpa presumida nas obrigações contratuais de resultado; ii) limitação de danos;⁷⁶³ iii) responsabilidade por dolo nas obrigações gratuitas;⁷⁶⁴ iv) diferenças no regime da mora;⁷⁶⁵ v) ônus da prova;⁷⁶⁶ vi) possibilidade de eleição de foro; vii) nexo causal direto e imediato;⁷⁶⁷ viii) efeitos com relação a terceiros, pois na responsabilidade contratual, em princípio, apenas as partes contratantes podem ser responsabilizadas.⁷⁶⁸

Ainda que se reconheça que há dualidade nesse campo, a complexidade da realidade subjacente deixa, com frequência, julgadores e intérpretes diante de situações duvidosas, sobretudo em casos de responsabilidade pré e pós-contratual, lesões a terceiros que não intervieram nas negociações e naquelas hipóteses em que direitos de personalidade ou de

Na França, Phillipe Remy postulou o fim da responsabilidade contratual (RÉMY, P. La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept. *R.T.D. civ.*, 1997, p. 323). Contra essa solução, vide TALLON, D. L'inexécution du contrat: pour une autre presentation. *RTD Civ.* 1994, p. 223; JOBIN, P-G. Amputer la responsabilité contractuelle? Une tourmente inutile et néfaste. *Les Cahiers de droit*, v. 50, n. 1, mars 2009, p. 3-36. Disponível em: <<https://bit.ly/34xw43z>>.

Na Alemanha, há acentuadas diferenças entre os dois regimes, conf. DARI-MATTIACCI, G.; SCHAEFER, H-B. The Core of Pure Economic Loss. *International Review of Law and Economics*, v. 27, n. 1, March 2007; *George Mason Law & Economics Research Paper Series*, n. 5-22; *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, Universiteit van Amsterdam, n. 2005-03. Disponível em: <<https://bit.ly/35AOZMc>>. Acesso em: 9 abr. 2019; e ainda SCHMIDT, J. P. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In: JUNIOR, O. L. R.; MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. (Org.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 731-739. Para superar as dificuldades de um regime restrito de responsabilidade civil aquiliana, a responsabilidade contratual foi ampliada. O problema não é, evidentemente, o mesmo no Brasil.

⁷⁶² Há autores que, em rol diverso, falam de oito diferenças, incluindo os prazos prescricionais. Conf. FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD, 2017, p. 84-86.

⁷⁶³ A limitação de danos é possível com cláusulas de limitação nos contratos paritários.

⁷⁶⁴ Art. 392, CC/2002. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

⁷⁶⁵ O enunciado n. 54 da Súmula do STJ destaca que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade contratual”.

⁷⁶⁶ Nos termos do enunciado nº 548, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, “Caracterizada a violação de dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado”. De modo contrário, na responsabilidade aquiliana, o lesado deverá comprovar o dano e a culpa. *Vide*, por exemplo, STJ, REsp 1386399/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 21/08/2014, DJe 08/09/2014.

⁷⁶⁷ O que nem sempre é aceito pela doutrina, mas que deflui do art. 403, CC/2002, segundo o qual “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁷⁶⁸ Veja, no entanto, que essa diferenciação se dissipa na responsabilidade regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Naquela seara, pouco importa a discussão da responsabilidade contratual ou extracontratual, pois o legislador tratou ambas com um regime unívoco. Com isso, um terceiro, que não tenha participado da compra de um produto defeituoso, é tratada como consumidor quando é vítima de um acidente do consumo e, com isso, terá legitimidade para pleitear reparação por perdas e danos diretamente do fornecedor (art. 17, CDC). A bem da verdade, o fabricante e importador raramente contratam com o consumidor final, sendo clara, também sob essa perspectiva, a inoperância dessas categorias de responsabilidade naquele campo. No campo do direito civil propriamente dito, a adoção da teoria do terceiro cúmplice também mitiga essa característica (*vide*, nesse sentido, RODRIGUES JÚNIOR, O. L. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio ‘res inter alios acta’, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004.

propriedade acabam por serem atingidos sem terem sido expressamente negociados. Assim, mesmo o mais árduo defensor teórico da dualidade, deveria ser obrigado a indicar quais questões práticas justificam a razoabilidade de tratamentos amplamente diversos.

Retomemos, para fins exemplificativos, a situação da carona. Grassa entre nós a controvérsia relativa à qualificação jurídica dessa situação. Há quem veja a hipótese de contrato de transporte, aplicando-se-lhe a regra do art. 392, CC/2002, segundo a qual, nos contratos benéficos, responde por dolo aquele a quem o contrato não favoreça. O enunciado nº 145 da Súmula do STJ dá força a esta conclusão, ao estabelecer que “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

A solução, de modo paradoxal, impede que o carona seja ressarcido dos prejuízos, mas, ao aplicar a responsabilidade extracontratual para transeuntes eventualmente lesados, lhes faculta a reparação. Fernando Noronha⁷⁶⁹ discorda dessa conclusão. Para ele, obrigação pode ser sinônimo de simples dever social, imposto pelas regras de convivência, incluindo as *relações sociais de mera cortesia*, como a hospedagem a pessoa amiga e a carona. Ao analisar o art. 736, CC/2002, segundo o qual o transporte feito de forma clandestina ou gratuitamente, por amizade ou cortesia, não se subordina às normas do contrato de transporte,⁷⁷⁰ conclui que a carona é um contrato social, não jurídico, e, por isso, não há como tratá-lo como contrato jurídico gratuito. Não sendo contrato, basta a culpa leve, aplicando-se ao tema as regras da responsabilidade civil extracontratual. Assim, para Fernando Noronha está revogada o enunciado nº 145 da súmula do STJ.

Outro exemplo a ser explorado envolve a situação de um consumidor que, após pagar o que devia em razão de um contrato de compra de livros, vê o seu nome incluído indevidamente em cadastro de inadimplentes. O dano extrapatrimonial daí advindo é contratual ou extracontratual? A jurisprudência vinha destacando que, por aplicar regras aquilianas, os juros devem ser contados desde a data de cadastro indevido,⁷⁷¹ e não desde a citação.

⁷⁶⁹ NORONHA, F. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-27.

⁷⁷⁰ Art. 736, CC/2002. “Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia”.

⁷⁷¹ “Ausente prévia notificação para a inscrição do nome da recorrida, deverá haver indenização pelos danos daí decorrentes. O tribunal estadual fixou o valor indenizatório de maneira equitativa, conforme o caso, com base no conjunto probatório dos autos. Estando ausentes as hipóteses autorizadoras de sua reapreciação, descabida a redução do ‘quantum’ arbitrado a esse título. Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, fluem da data do evento danoso, conforme estabelecido na Súmula nº 54 do STJ” (STJ, AgRg no REsp 1435413/SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 21/05/2015, DJe 28/05/2015).

Karina Nunes Fritz faz defesa enfática da separação de prazos, elogiando a solução adotada pelo STJ. Para tanto, apoia-se da diferença de regimes para a responsabilização contratual e extracontratual.⁷⁷² A autora argumenta que a redução dos prazos no direito alemão não é uma tendência inconteste. Segundo ela, “uma prova de que a redução dos prazos prescricionais não foi uma orientação absoluta – como parece crer o STJ em relação ao legislador brasileiro – é que os danos causados à pessoa, principalmente ao corpo, à saúde, à liberdade ou à autodeterminação sexual, decorrentes de ato ilícito doloso, só prescrevem em trinta anos, nos expressos termos do § 197, I, 1, BGB, devido à relevância dos bens afetados”. De fato, o prazo manteve-se tritenário para essas situações, mas reduziu-se no geral.

Seu argumento é, não obstante, contraditório e aumenta o contraste que se vê no direito brasileiro. Assim, diferentemente do que ocorre na Alemanha, no Brasil a família da vítima de homicídio tem três anos para haver compensação caso se considere que, ao pedir carona, não havia contrato de transporte gratuito, aplicando-se a responsabilidade aquiliana. Nesse caso, os juros de mora seriam computados desde a data do acidente. Caso contrário, as vítimas sequer teriam indenização na modalidade de homicídio culposo. No caso de homicídio doloso, a responsabilidade seria decenal, mas os juros muito possivelmente seriam contados da data da citação. Até que houvesse uniformização da jurisprudência, direitos diversos seriam atribuídos às vítimas de fatalidades equivalentes.

Feitas essas observações, cabe a nós expressar um posicionamento. Defendemos (XXVI) a equiparação de prazos prescricionais para a responsabilidade contratual e extracontratual. Essa solução permite que ambos os regimes de responsabilização tragam resultados semelhantes, sem discrepâncias que dependam de variáveis de difícil controle. Prestigia-se a operabilidade dos institutos jurídicos; (XXVII) alternativamente, seja em razão do termo inicial seja em razão da duração do lapso, a pretensão aquiliana deveria ser mais flexível do que a contratual. Se há questões de política a exigir que a responsabilidade contratual e a aquiliana permaneçam submetendo-se a regras distintas e se fosse o caso de estender essa distinção para o prazo prescricional, seria imperioso reconhecer que a responsabilidade aquiliana exige maior elasticidade, desde o mesmo termo inicial objetivo, pois é, no mínimo necessário, identificar o causador do dano.

⁷⁷² A autora faz abrangente cotejo da discussão na Alemanha, França e Portugal. (FRITZ, K. N. Comentário ao EREsp. 1.280.825/RJ: prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contratual? *Revista de Direito da Responsabilidade*, n. 1, p. 731-760, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/35zgbcd>>. Acesso em: 12 set. 2019).

E, como ficará claro no § 46, defendemos que os lesados em sua integridade física tenham prazo mais largo que o trienal, independentemente de estarmos diante de responsabilidade contratual ou aquiliana.

Dito isso, deve-se indagar se o prazo trienal é suficiente para que as pessoas possam razoavelmente lidar com litígios contratuais. Nossa opinião é a de que o prazo trienal não é demasiadamente curto, para tratar das reparações em geral, aquilianas e contratuais, sobretudo se ele tomar por consideração um termo inicial subjetivo. Dada a premissa de simplificação, uniformização e operabilidade próprias de um sistema codificado, seria razoável também que todas as pretensões contratuais estivessem submetidas aos mesmos prazos, para haver reparação ou exigir a entrega da prestação.

Consideramos, no entanto, que essas posições não respondem a todas as questões que podem surgir e a situação deve ser tomada de uma perspectiva ainda mais ampla, que enxergue as limitações temporais como um sistema orgânico e funcional. Mais importante do que os critérios formais na avaliação da justiça dos prazos, é perceber que há certos bens jurídicos que estão a merecer maior proteção e, dessa forma, não poderiam estar sujeitos a prazos mais ou menos longos a depender do meio pelo qual foram lesados, se contratuais ou extracontratuais.

§34. *Causas de Suspensão e Interrupção da Prescrição*

Tendo adotado ao longo deste trabalho abordagem de cunho mais problematizador, pudemos tratar de diversos pontos relacionados às causas de suspensão e de interrupção dos prazos prescricionais. É necessário, contudo, apresentar visão melhor articulada sobre essa questão, o que ora empreendemos.

Na elegante definição de Carpenter, a suspensão se manifesta por circunstâncias duradouras, que têm o efeito de fazer parar “o curso da prescrição (*praescriptio dormit, quiescit*), porém não inutilizam “o prazo decorrido antes do acontecimento da suspensão, se é que antes desse acontecimento já havia decorrido qualquer fração desse prazo de prescrição”. Por outro lado, a interrupção ordinariamente se caracteriza por eventos pontuais, mas cuja relevância “inutiliza, destrói qualquer prazo decorrido antes dela”.⁷⁷³

Do ponto de vista histórico, pudemos indicar que o sistema de suspensões e interrupções surge com clareza por volta do século III d.C. no contexto de aplicação da *longi*

⁷⁷³ CARPENTER, 1958a, p. 358.

temporis praescriptio, cuja preocupação prática essencial era evitar que a prescrição corresse contra o credor que não pudesse exercer a *actio*. As regras, de construção pretoriana e eventualmente legislativa, impediam o início do prazo, que sequer começava a correr, ou, se iniciado este, impunham a sua suspensão.

Vê-se, portanto, que as causas que impedem o início da fluência do prazo também justificam que se suspenda a sua contagem caso esta já tenha se iniciado anteriormente. Essa proximidade entre suspensão e impedimento permite ampliar as observações que fizemos no parágrafo anterior. Prazos curtos coadunam-se bem com hipóteses mais amplas de suspensão. Prazo longos convivem bem com hipóteses mais restritas de suspensão. Dessa forma, o extremo rigor de um prazo curto não impõe a perda da pretensão a quem não teve oportunidade de exercê-la. Os prazos longos, por sua vez, trazem implícita a assunção de que o titular da pretensão pode ter tido algumas dificuldades pontuais, mas também teve ampla oportunidade de exercê-la, justificando-se seu caráter peremptório.

As situações mais comuns de suspensão favoreciam, na origem do instituto, o credor que, sem poder agir por si próprio ou procurador, estava preso, capturado por inimigos, a serviço do Estado em região longínqua, retido em lugar remoto em razão do mau tempo, dentre outras situações análogas.⁷⁷⁴ Por força da tradição, esses fatos, próprios da realidade romana, foram mantidos nas diversas legislações ocidentais como justificativa para que se prolongue o prazo prescricional.

O Código Civil de 1916 recepciona essas regras e as organiza em dois grandes blocos. De um lado, estão as causas que ensejam impedimento e suspensão, dispostas em três artigos. O primeiro trata das condições pessoais do credor com relação ao devedor, notadamente em razão de afeição e confiança, como é comum em direito de família. São as suspensões subjetivas bilaterais.⁷⁷⁵ Não corre a prescrição, por exemplo, entre cônjuges na constância do matrimônio e, mais especificamente, na constância da sociedade conjugal.⁷⁷⁶ O segundo artigo cuida da situação pessoal do credor, o que envolve a guerra, o serviço

⁷⁷⁴ D, 44, 3,1. C, 2, 18 (19), 8 (9); C, 7, 35, 1; C, 7, 35, 2; C, 7, 35, 3; C, 7, 35, 4;

⁷⁷⁵ Art. 168, CC/1916. Não corre a prescrição: I. Entre cônjuges, na constância do matrimônio. II. Entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder. III. Entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. IV. Em do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados à sua guarda.

⁷⁷⁶ Esse é o entendimento de Pontes de Miranda, com amparo em decisão do STF de 1932 (PONTES DE MIRANDA, 2013c, p. 326. A mudança ocorrida em 2002 consolida esse entendimento, para que, com a separação, mesmo de fato, também cesse a suspensão da prescrição. A regra que vem sendo estendida também para a união estável (nesse sentido, CAHALI, 2008, p. 84-85; GODOY, 2005, p. 17-28). O Enunciado nº 296, IV Jornada, CJP, estabelece que “a prescrição não corre contra companheiros na constância da união estável”.

público e a incapacidade absoluta. São ditas suspensões subjetivas unilaterais.⁷⁷⁷ O terceiro artigo tem em consideração as características do crédito, se pende condição suspensiva ou termo, por exemplo. São as suspensões objetivas ou materiais.⁷⁷⁸ De outro lado, estão as hipóteses de interrupção, que, em regra, exteriorizam-se por um fato superveniente, instantâneo, com efeitos imediatos. Essas podem ser interpelativas, quando o credor promove a cobrança, ou recognitivas, quando o devedor reconhece a dívida.⁷⁷⁹

Apesar de ter reduzido de forma ampla os prazos prescricionais, o Código Civil de 2002 inovou pouco no cenário nas suspensões e interrupções.⁷⁸⁰ Manteve-se a mesma estrutura anterior, com algumas modificações pontuais, dentre as quais destacamos as seguintes: *i*) excluiu-se dentre as causas suspensivas aquela relativa ao “credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas” (art. 168, IV, CC/1916);⁷⁸¹ *ii*) há suspensão enquanto perdurar a apuração criminal dos fatos;⁷⁸² *iii*) a interrupção só pode ocorrer uma vez;⁷⁸³ *iv*) a interrupção pode se dar em razão de protesto cambial; *v*) a interrupção ocorre quando o credor apresenta título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores. As demais hipóteses permaneceram inalteradas.⁷⁸⁴

⁷⁷⁷ Art. 169, CC/1916. Também não corre a prescrição: I. Contra os incapazes de que trata o art. 5. II. Contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados, ou dos Municípios. III. Contra os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais, em tempo de guerra.

⁷⁷⁸ Art. 170, CC/1916. Não corre igualmente: I. Pendendo condição suspensiva. II. Não estando vencido o prazo. III. Pendendo ação de evicção.

⁷⁷⁹ Art. 172, CC/1916. A prescrição interrompe-se: I. Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente. II. Pelo protesto, nas condições do número anterior. III. Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores. IV. Por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor. V. Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

⁷⁸⁰ Uma visão detalhada das inovações pode ser vista em GODOY, 2005, p. 17-28.

⁷⁸¹ Havia amplo debate sobre a correção desta regra. Conf. CARPENTER, 1958a, p. 327; PONTES DE MIRANDA, Tratado, v. VI, p. 329-333.

⁷⁸² Art. 200, CC/2002. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

⁷⁸³ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

⁷⁸⁴ Art. 197, CC/2002 Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198, CC/2002. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3 o ; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199, CC/2002. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção.

Pontualmente, por construção jurisprudencial ou legislação especial, outras causas de interrupção e suspensão vem sendo reconhecidas. O enunciado nº 229 da Súmula do STJ reconhece que “o pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão”. O enunciado n. 156, das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, propõe que “desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente”. No que concerne à arbitragem, art. 19, §2º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em sua redação atual, estabelece que “a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”. O Código de Processo Civil de 2015 indicou que, suspensa a execução, igual efeito atinge o prazo prescricional.⁷⁸⁵ Por fim, o procedimento de mediação também suspende a prescrição.⁷⁸⁶

Ao longo deste trabalho, pudemos dedicar atenção a três das inovações mais importantes introduzidas pelo Código Civil de 2002. O § 26 acima dedicou-se a tratar do problema da existência de uma ou diversas interrupções. O protesto cambial foi objeto de análise no § 24 acima. A suspensão por razão de investigação criminal (art. 200, CC/2002) foi avaliada no § 46 abaixo. Também pudemos dar alguma atenção aos efeitos da suspensão e interrupção nas obrigações solidárias no Capítulo 6. Não se faz necessário, para os fins aqui propostos, abordar todos os problemas que podem surgir a partir da interpretação das regras de suspensão e interrupção, sobretudo quando sua análise não corrobora para as discussões aqui propostas.

Para nós, importa frisar a desconexão de pressupostos e também avaliar o que é razoável, justo e de boa operabilidade. Do que aqui dissemos, fica claro que, com prazos prescricionais bem mais curtos, era de se esperar que o legislador, em 2002, fosse mais generoso com as hipóteses de suspensão e interrupção, ampliando-as, para contrabalançar a rigidez do lapso temporal.

A doutrina está atenta a esse ponto. Rodrigo Xavier Leonardo assevera que o legislador de 2002 “perdeu a oportunidade de estabelecer causas de impedimento ao curso prescricional em moldes mais abertos para determinadas situações de grave vulnerabilidade, e de difícil verificação do surgimento da pretensão e do polo passivo contra a qual ela se

⁷⁸⁵ Art. 921, CPC/2015. “Suspende-se a execução: (...) § 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição”.

⁷⁸⁶ Art. 17, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

dirige”.⁷⁸⁷ De fato, como visto ao tratar do termo inicial, a jurisprudência vem apontando situações em que o prazo sequer começa a contar enquanto o credor não tem conhecimento pleno dos fatos que lhe causam lesão, da lesão em si e sua extensão, o que equivale a admitir a ignorância como causa de impedimento ao prazo.

Situação mais específica, envolve a Convenção de Nova York e a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência ou EPD). Nesse ponto, o legislador reconheceu de capacidade plena aos deficientes mentais, excluindo-os das hipóteses de incapacidade absoluta e relativa.⁷⁸⁸ Com essa inovação, a prescrição deveria correr contra pessoas que apresentem severas dificuldades cognitivas e mesmo contra aqueles que se encontrem em coma. Considerando aí haver patente injustiça, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald propõem que as causas de suspensão sejam vistas como um rol como meramente exemplificativo. Argumentam que *contra non valet agere non currit praescriptio*, i.e., que de modo amplo, não corre a prescrição contra quem não pode agir.⁷⁸⁹

Um olhar sobre o direito estrangeiro pode auxiliar a melhor compreensão dessas críticas. Não é possível abranger todos os detalhes de cada legislação estrangeira mencionada, razão pela qual teremos em consideração apenas o texto legal e a dinâmica própria de cada sistema. Para não tornar cansativa a exposição, tomamos em consideração o

⁷⁸⁷ LEONARDO, 2010, p. 116.

⁷⁸⁸ “1. A enfermidade ou deficiência mental deixaram de ser consideradas como causa de incapacidade absoluta com a vigência da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) em 2 de janeiro de 2016. 2. A alteração legal afeta diretamente a prescrição contra o incapaz, uma vez que o artigo 198 do Código Civil impede o curso da prescrição somente contra os absolutamente incapazes. 3. Não é possível o reconhecimento retroativo da prescrição, a atingir períodos em que a situação da agravada se encaixava nas hipóteses de incapacidade absoluta e, conseqüentemente, contra ela não corria prescrição. 4. Contra a agravada não correu o prazo prescricional, porquanto até a modificação do artigo 3º do CC pela vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, incidia, indubitavelmente, o previsto no artigo 198, inciso I, do Código Civil sobre o caso. 5. Carece de amparo legal a tese quanto ao (re)começo do curso do prazo de prescrição a contar da nomeação de curador. Com efeito, a norma civil possui finalidade protetiva do incapaz e em nenhum ponto excepcionou hipótese em que a prescrição recomençaria a correr havendo nomeação de curador” (TJDFT, Acórdão 1090271, 07102075520178070000, Rel. Robson Barbosa de Azevedo, 5ª Turma Cível, j. 19/4/2018)

“Consabido que a Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) alterou o Código Civil, assentando, dentre outras determinações, que apenas os menores de 16 (dezesesseis) anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Foram excluídos do rol, portanto, os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos. A norma modificativa passou a vigor em 02/01/2016. Assim, em se tratando de pessoa que deixou de ser considerada absolutamente incapaz perante a lei, apenas a partir da vigência da mudança legislativa é que a prescrição passou a correr contra si, em interpretação do art. 198, I, do Código Civil. Inexiste disposição legal que excepcione a supracitada regra impeditiva da prescrição. Ademais, a tese de que a nomeação de curador poria fim à incapacidade, fazendo correr a prescrição contra o curatelado, encontra óbice no próprio STJ, tendo sido afastada em recentes julgados da Primeira e da Segunda Turmas. No caso concreto, porquanto a ação foi ajuizada em 09/04/2018, não se tem por implementada a prescrição – quer se cogite da aplicação dos prazos do diploma revogado, quer dos do CC/02” (TJRS, Agravo, Nº 70080612963, 9ª Câmara Cível, Rel. Eduardo Kraemer, Julgado em: 24-04-2019)

⁷⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2019, p. 812-813

exemplo de alguns países apenas, e não de todos aqueles que têm sido objeto de nossa atenção nesse trabalho.

O Código Civil chileno tratou conjuntamente das prescrições aquisitivas e extintivas.⁷⁹⁰ No que concerne à usucapião, há interrupções naturais (quando existe perda da posse por força humana ou natural)⁷⁹¹ e civis (o exercício da pretensão em juízo).⁷⁹² Há prazos de usucapião ordinários extraordinários. A prescrição ordinária se dá em cinco anos, sem interrupção, para bens de raiz. Esse lapso se suspende por causas subjetivas: em favor de menores e deficientes mentais, quando estes não têm representante, em favor da mulher casada e da herança jacente.⁷⁹³ A prescrição extraordinária, que dispensa justo título, exige dez anos, sem interrupções e, ademais, não se admitem se suspensões subjetivas.⁷⁹⁴ Naquele país, a prescrição extintiva atinge os direitos por não exercício das ações, seu prazo geral é de cinco anos para ações ordinárias e três, para executivas,⁷⁹⁵ contados desde o momento em que a obrigação se tornou exigível. A interrupção natural opera seus efeitos quando o

⁷⁹⁰ Art. 2492, CCC/1856. *La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.*

⁷⁹¹ Art. 2502, CCC/1856. *La interrupción es natural: 1°. Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada; 2°. Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona. La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título De las acciones posesorias, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.*

⁷⁹² Art. 2503, CCC/1856. *Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes: 1°. Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal; 2°. Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia; 3°. Si el demandado obtuvo sentencia de absolución. En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.*

⁷⁹³ Art. 2509. *La prescripción ordinaria puede suspenderse, sin extinguirse: en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo. Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes: 1°. Los menores; los dementes; los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente; y todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría; 2°. La mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta; 3°. La herencia yacente. No se suspende la prescripción en favor de la mujer separada judicialmente de su marido, ni de la sujeta al régimen de separación de bienes, respecto de aquellos que administra. La prescripción se suspende siempre entre cónyuges.*

⁷⁹⁴ Art. 2511, CCC/1856. *El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de diez años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2509.*

⁷⁹⁵ Art. 2515, CCC/1856. *Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos.*

devedor reconhece a dívida; a interrupção civil se dá com o ajuizamento da ação.⁷⁹⁶ Há suspensão da prescrição extintiva nos mesmos casos adotados para a usucapião ordinária.⁷⁹⁷

O Código Civil Italiano de 1942 prevê o prazo prescricional geral e máximo de dez anos,⁷⁹⁸ com hipóteses de suspensão e interrupção similares àquelas que vemos no Brasil,⁷⁹⁹ em rol taxativo,⁸⁰⁰ mas incluiu, de modo relevante para a presente discussão, a suspensão contra o devedor que oculta dolosamente o crédito⁸⁰¹ e contra os interditos por enfermidade mental.⁸⁰²

O Código Vaz Serra (CCP/1966) instituiu a prescrição vintenária como regra geral, que começa a correr quando o direito pode ser exercido. A codificação também segue a tradição romana, não se afastando muito das regras brasileiras no que concerne a suspensões e interrupções. Porém o prazo se suspende: *i*) “entre as pessoas cujos bens estejam sujeitos, por lei ou por determinação judicial ou de terceiro, à administração de outrem e aquelas que exercem a administração, até serem aprovadas as contas finais”;⁸⁰³ *ii*) em favor de quem

⁷⁹⁶ Art. 2518, CCC/1856. *La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvos los casos enumerados en el artículo 2503.*

⁷⁹⁷ Art. 2520, CCC/1856. *La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1.º y 2.º del artículo 2509. Transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente.*

⁷⁹⁸ Art. 2946, CCI/1942. *Prescrizione ordinaria. Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizioni con il decorso di dieci anni (att. 248 e seguenti).*

⁷⁹⁹ As interrupções envolvem o reconhecimento da dívida pelo credor, a efetiva cobrança pelo credor, o que inclui o procedimento arbitral, conf. arts. 2343 e 2344, CCI/1942.

⁸⁰⁰ CIMMA, *Prescrizione e Decadenza*, 1993, p. 245.

⁸⁰¹ Art. 2941, CCI/1942. *Sospensione per rapporti tra le parti. La prescrizione rimane sospesa: 1) tra i coniugi; 2) tra chi esercita la responsabilità genitoriale di cui all'articolo 316 o i poteri a essa inerenti e le persone che vi sono sottoposte; 3) tra il tutore e il minore o l'interdetto soggetti alla tutela, finché non sia stato reso e approvato il conto finale, salvo quanto è disposto dall'art. 387 per le azioni relative alla tutela; 4) tra il curatore e il minore emancipato o l'inabilitato; 5) tra l'eredità e l'eredità accettata con beneficio d'inventario; 6) tra le persone i cui beni sono sottoposti per legge o per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui e quelle da cui l'amministrazione è esercitata, finché non sia stato reso e approvato definitivamente il conto; 7) tra le persone giuridiche e i loro amministratori, finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi; 8) tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto.* Vale destacar que o art. 2941, 7, CCI/1942, foi declarado inconstitucional em duas ocasiões por não suspender a prescrição entre sociedades e administradores (Corte Costituzionale, sentenza 14, 24 luglio 1998, n. 322 e sentenza 2, 11 dicembre 2015, n. 262).

⁸⁰² Art. 2942, CCI/1942. *Sospensione per la condizione del titolare. La prescrizione rimane sospesa: 1) contro i minori non emancipati e gli interdetti per infermità di mente, per il tempo in cui non hanno rappresentante legale e per sei mesi successivi alla nomina del medesimo o alla cessazione dell'incapacità; 2) in tempo di guerra, contro i militari in servizio e gli appartenenti alle forze armate dello Stato e contro coloro che si trovano per ragioni di servizio al seguito delle forze stesse, per il tempo indicato dalle disposizioni delle leggi di guerra.*

⁸⁰³ Art. 318, CCP/1966. *Causas bilaterais da suspensão. A prescrição não começa nem corre: a) Entre os cônjuges, ainda que separados judicialmente de pessoas e bens; b) Entre quem exerça o poder paternal e as pessoas a ele sujeitas, entre o tutor e o tutelado ou entre o curador e o curatelado; c) Entre as pessoas cujos bens estejam sujeitos, por lei ou por determinação judicial ou de terceiro, à administração de outrem e aquelas que exercem a administração, até serem aprovadas as contas finais; d) Entre as pessoas colectivas e os*

atuou com dolo; *iii*) em razão de força maior que se tenha manifestado nos três últimos meses do prazo prescricional;⁸⁰⁴ *iv*) em favor da herança;⁸⁰⁵ e *v*) em favor de menores e, após a supressão da interdição, em favor dos maiores acompanhados “que não tenham capacidade para exercer o seu direito”.⁸⁰⁶

Na França, como já mencionado, após a reforma de 2008, adotou-se o prazo geral quinquenal, com termo inicial subjetivo.⁸⁰⁷ Há hipóteses amplas de suspensão, objetivas e subjetivas. Dentre as objetivas, vê-se a condição suspensiva, o termo inicial e a evicção.⁸⁰⁸ Dentre as subjetivas, vemos as seguintes situações: *i*) em favor daquele que não pode agir por força de impedimento legal, convencional ou por força maior,⁸⁰⁹ *ii*) de menores não emancipados e de maiores sob tutela,⁸¹⁰ *iii*) entre cônjuges,⁸¹¹ em favor de credores do espólio e do herdeiro aceitante da herança⁸¹², quando há mediação,⁸¹³ quando há medidas

respectivos administradores, relativamente à responsabilidade destes pelo exercício dos seus cargos, enquanto neles se mantiverem; e) Entre quem presta o trabalho doméstico e o respectivo patrão, enquanto o contrato durar; f) Enquanto o devedor for usufrutuário do crédito ou tiver direito de penhor sobre ele.

⁸⁰⁴ Art. 321, CCP/2016.º 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. 2. Se o titular não tiver exercido o seu direito em consequência de dolo do obrigado, é aplicável o disposto no número anterior.

⁸⁰⁵ Art. 322, CCP/1966.º Prescrição dos direitos da herança ou contra ela. A prescrição de direitos da herança ou contra ela não se completa antes de decorridos seis meses depois de haver pessoa por quem ou contra quem os direitos possam ser invocados.

⁸⁰⁶ Art. 320, CCP/1966. Suspensão a favor de menores, interditos ou inabilitados. 1. A prescrição não começa nem corre contra menores enquanto não tiverem quem os represente ou administre seus bens, salvo se respeitar a actos para os quais o menor tenha capacidade; e, ainda que o menor tenha representante legal ou quem administre os seus bens, a prescrição contra ele não se completa sem ter decorrido um ano a partir do termo da incapacidade. 2. Tratando-se de prescrições presuntivas, a prescrição não se suspende, mas não se completa sem ter decorrido um ano sobre a data em que o menor passou a ter representante legal ou administrador dos seus bens ou adquiriu plena capacidade. 3 - O disposto nos números anteriores é aplicável aos maiores acompanhados que não tenham capacidade para exercer o seu direito, com a diferença de que a incapacidade se considera finda, caso não tenha cessado antes, passados três anos sobre o termo do prazo que seria aplicável se a suspensão se não houvesse verificado. (item 3 com a redação dada pela Lei n. 49/2018)

⁸⁰⁷ Art. 2224, CCF. “ 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”.

⁸⁰⁸ Art. 2233, CCF. *La prescription ne court pas : 1° A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ; 2° A l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu; 3° A l'égard d'une créance à terme, jusqu'à ce que ce terme soit arrivé.*

⁸⁰⁹ Art. 2234, CCF. *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.*

⁸¹⁰ Art. 2235, CCF. *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.*

⁸¹¹ Art. 2236, CCF. *Elle ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité.*

⁸¹² Art. 2237, CCF. *Elle ne court pas ou est suspendue contre l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net, à l'égard des créances qu'il a contre la succession.*

⁸¹³ Art. 2238, CCF. *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur*

cautelares⁸¹⁴. A interrupção pode ocorrer por reconhecimento da dívida⁸¹⁵ ou por exercício da ação,⁸¹⁶ o que envolve cautelares de conservação e atos de execução forçada⁸¹⁷. O legislador deu, contudo, grande atenção a uma limitação geral das disputas. Os impedimentos, suspensões e interrupções não podem estender os prazos prescricionais por mais de vinte anos desde o nascimento do direito.⁸¹⁸ Há exceções específicas a esta última regra, de modo que a limitação vintenária não se aplica a danos pessoais, a violência sexual, a danos ambientais, às ações reais imobiliárias, que de resto tem prazos de prescrição mais amplos que o quinquenal,⁸¹⁹ nos casos de suspensão suspensiva, evicção e termo inicial, entre cônjuges e em caso de ajuizamento de ação e de medidas cautelares de conservação e às ações relativas ao estado das pessoas.

A referência ao PECL e ao DCFR é oportuna porque, como já mencionado, esses modelos apresentam o resultado de cuidadoso estudo comparatístico. O PECL adota um prazo geral trienal, com termo inicial objetivo, mas admite uma ampla causa de suspensão,

constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec de la procédure prévue au même article, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

⁸¹⁴ Art. 2239, CCF. *La prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour où la mesure a été exécutée.*

⁸¹⁵ Art. 2240, CCF. *La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription.*

⁸¹⁶ Art. 2241, CCF. *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure.*

⁸¹⁷ Art. 2244, CCF. *Le délai de prescription ou le délai de forclusion est également interrompu par une mesure conservatoire prise en application du code des procédures civiles d'exécution ou un acte d'exécution forcée.*

⁸¹⁸ Art. 2232, CCF. *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. Le premier alinéa n'est pas applicable dans les cas mentionnés aux articles 2226, 2226-1, 2227, 2233 et 2236, au premier alinéa de l'article 2241 et à l'article 2244. Il ne s'applique pas non plus aux actions relatives à l'état des personnes.*

⁸¹⁹ Art. 2226, CCF. *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. 2226-1, CCF. *L'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice écologique réparable en application du chapitre III du sous-titre II du titre III du présent livre se prescrit par dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique.*

Art. 2227, CCF. *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.*

qual seja, a ignorância do credor (ignorância efetiva ou negligente)⁸²⁰, porém, de todo o modo, a suspensão não pode durar mais que 10 anos.⁸²¹ Também se admite a suspensão quando do início de procedimento judicial ou arbitral,⁸²² quando há impedimento imprevisível,⁸²³ quando as partes negociam transação,⁸²⁴ em favor de incapaz sem representante⁸²⁵ e do espólio.⁸²⁶ As causas de interrupção aplicam-se ao prazo decenal sempre que o devedor reconheça a dívida e que o credor pratique atos de execução da dívida.⁸²⁷

No DCFR, como já destacado, em três anos prescrevem as pretensões, o que corre desde um termo inicial objetivo (do momento em que o devedor deve entregar a prestação ou, em caso de danos, desde o ato que lhe causou). Vemos ali suspensão da prescrição em caso de: i) ignorância da identidade do devedor, dos fatos que dão origem a seu direito, o

⁸²⁰ Art. 14:301, PECL. 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.*

⁸²¹ Art. 14:307, PECL. Maximum Length of Period. *The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under these Principles, to more than ten years or, in case of claims for personal injuries, to more than thirty years. This does not apply to suspension under Article 14:302.*

⁸²² Art. 14:302, PECL. Suspension in Case of Judicial and Other Proceedings. (1) *The running of the period of prescription is suspended from the time when judicial proceedings on the claim are begun. (2) Suspension lasts until a decision has been made which has the effect of res judicata, or until the case has been otherwise disposed of. (3) These provisions apply, with appropriate adaptations, to arbitration proceedings and to all other proceedings initiated with the aim of obtaining an instrument which is enforceable as if it were a judgment.*

⁸²³ Art. 14:303, PECL. Suspension in Case of Impediment beyond Creditor's Control. (1) *The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor is prevented from pursuing the claim by an impediment which is beyond the creditor's control and which the creditor could not reasonably have been expected to avoid or overcome. (2) Paragraph (1) applies only if the impediment arises, or subsists, within the last six months of the prescription period.*

⁸²⁴ Art. 14:304, PECL. Postponement of Expiry in Case of Negotiations. *If the parties negotiate about the claim, or about circumstances from which a claim might arise, the period of prescription does not expire before one year has passed since the last communication made in the negotiations.*

⁸²⁵ Art. 14:305, PECL. Postponement of Expiry in Case of Incapacity. (1) *If a person subject to an incapacity is without a representative, the period of prescription of a claim held by or against that person does not expire before one year has passed after either the incapacity has ended or a representative has been appointed. (2) The period of prescription of claims between a person subject to an incapacity and that person's representative does not expire before one year has passed after either the incapacity has ended or a new representative has been appointed.*

⁸²⁶ Art. 14:306, PECL. Postponement of Expiry: Deceased's Estate. *Where the creditor or debtor has died, the period of prescription of a claim held by or against the deceased's estate does not expire before one year has passed after the claim can be enforced by or against an heir, or by or against a representative of the estate.*

⁸²⁷ Art. 14:401, PECL. Renewal by Acknowledgement. (1) *If the debtor acknowledges the claim, vis-à-vis the creditor, by part payment, payment of interest, giving of security, or in any other manner, a new period of prescription begins to run. (2) The new period is the general period of prescription, regardless of whether the claim was originally subject to the general period of prescription or the ten year period under Article 14:202. In the latter case, however, this Article does not operate so as to shorten the ten year period.*

Art. 14:402, PECL. Renewal by Attempted Execution. The ten year period of prescription laid down in Article 14:202 begins to run again with each reasonable attempt at execution undertaken by the creditor.

que inclui o tipo de dano sofrido;⁸²⁸ ii) exercício judicial da pretensão, o que inclui arbitragem e mediação;⁸²⁹ impedimento para além do controle do credor, por fato que não poderia ter sido previsto, inclusive psicológico, e desde que o impedimento surja nos últimos 6 meses do prazo.⁸³⁰ Há interrupção do prazo decenal tanto por reconhecimento do devedor quanto por cobrança judicial.⁸³¹ O DCFR inova ao propor causas de prorrogação (*postponement*) em caso de negociações entre as partes,⁸³² de incapacidade do credor sem representante⁸³³ e em favor do espólio.⁸³⁴ Nessas situações, os interessados ganham até um ano adicional de prazo. De qualquer modo, a suspensão e prorrogação não podem estender

⁸²⁸ Art. 7:301, DCFR. *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 be expected to know of: (a) the identity of the debtor; or (b) the facts giving rise to the right including, in the case of a right to damages, the type of damage.

⁸²⁹ Art. 7:302, DCFR. *Suspension in case of judicial and other proceedings* (1) The running of the period of prescription is suspended from the time when judicial proceedings to assert the right are begun. (2) Suspension lasts until a decision has been made which has the effect of *res judicata*, or until the case has been otherwise disposed of. Where the proceedings end within the last six months of the prescription period without a decision on the merits, the period of prescription does not expire before six months have passed after the time when the proceedings ended. (3) These provisions apply, with appropriate adaptations, to arbitration proceedings, to mediation proceedings, to proceedings whereby an issue between two parties is referred to a third party for a binding decision and to all other proceedings initiated with the aim of obtaining a decision relating to the right. (4) Mediation proceedings mean structured proceedings whereby two or more parties to a dispute attempt to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator.

⁸³⁰ Art. 7:303, DCFR. *Suspension in case of impediment beyond creditor's control* (1) The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor is prevented from pursuing proceedings to assert the right by an impediment which is beyond the creditor's control and which the creditor could not reasonably have been expected to avoid or overcome. (2) Paragraph (1) applies only if the impediment arises, or subsists, within the last six months of the prescription period. (3) Where the duration or nature of the impediment is such that it would be unreasonable to expect the creditor to take proceedings to assert the right within the part of the period of prescription which has still to run after the suspension comes to an end, the period of prescription does not expire before six months have passed after the time when the impediment was removed. (4) In this Article an impediment includes a psychological impediment.

⁸³¹ Art. 7:401, DCFR. *Renewal by acknowledgement* (1) If the debtor acknowledges the right, vis-à-vis the creditor, by part payment, payment of interest, giving of security, or in any other manner, a new period of prescription begins to run. (2) The new period is the general period of prescription, regardless of whether the right was originally subject to the general period of prescription or the ten year period under III. – 7:202 (Period for a right established by legal proceedings). In the latter case, however, this Article does not operate so as to shorten the ten year period.

Art. 7:402, DCFR. *Renewal by attempted execution* The ten year period of prescription laid down in III. – 7:202 (Period for a right established by legal proceedings) begins to run again with each reasonable attempt at execution undertaken by the creditor.

⁸³² Art. 7:304, DCFR. *Postponement of expiry in case of negotiations* If the parties negotiate about the right, or about circumstances from which a claim relating to the right might arise, the period of prescription does not expire before one year has passed since the last communication made in the negotiations.

⁸³³ Art. 7:305, DCFR. *Postponement of expiry in case of incapacity* (1) If a person subject to an incapacity is without a representative, the period of prescription of a right held by or against that person does not expire before one year has passed after either the incapacity has ended or a representative has been appointed. (2) The period of prescription of rights between a person subject to an incapacity and that person's representative does not expire before one year has passed after either the incapacity has ended or a new representative has been appointed.

⁸³⁴ Art. 7:306, DCFR. *Postponement of expiry: deceased's estate* Where the creditor or debtor has died, the period of prescription of a right held by or against the deceased's estate does not expire before one year has passed after the right can be enforced by or against an heir, or by or against a representative of the estate.

o prazo para além de dez anos (ou trinta anos em caso de lesões pessoais), admitindo-se, no entanto, que esses prazos sejam atingidos pela interrupção.⁸³⁵

Feito esse panorama, é possível constatar que as causas de suspensão e interrupção devem ser articuladas, de modo harmonioso, com a duração do intervalo temporal e com o problema do *dies a quo*. No Chile, Itália e Portugal não se vê, com clareza, se o termo inicial é subjetivo ou objetivo. Se a natureza do *dies a quo* não está clara, cabe à doutrina indicar a solução aplicável. Ocorre que, se não há unanimidade doutrinária, os tribunais acabam utilizando-se de maior discricionariedade, conforme o caso que lhes é apresentado. O Código Civil chileno tem prazo quinquenal geral, mas são poucas as hipóteses de suspensão, que não abrange sequer a de um credor que esteja em guerra. O Código Civil português evidencia como um prazo vintenário ser extremamente generoso. Para além de sua longa duração, qualquer das inúmeras hipóteses de suspensão pode prorrogá-lo por muito mais tempo. A situação italiana parece ser, nesse ponto, bastante similar à nossa: prazo geral decenal com praticamente as mesmas hipóteses de suspensão e interrupção. Os modelos do *Code*, do PECL e do DCFR apresentam soluções melhor equilibradas, com prazos curtos gerais, suspensões mais amplas, porém limitadas a um prazo mais longo, salvo exceções específicas. Acreditamos que esses três últimos podem servir de modelo de aprimoramento para o direito pátrio.

Quanto ao Código Civil de 2002, pensamos que apenas uma reforma legislativa poderia fazer as adequações necessárias no sistema prescricional, para torná-lo mais equilibrado. Enquanto isso não ocorre, o triênio para a pretensão de reparação civil seja contado desde um termo inicial objetivo, admitindo-se hipóteses mais largas de suspensão, inclusive a própria ignorância da lesão. Conquanto o legislador tenha não tenha sido sensível nesse ponto, a proposta formulada pela doutrina é absolutamente razoável. O prazo decenal do art. 205, CC/2002, por ser mais amplo, é próprio de um termo inicial objetivo, com causas de suspensão mais restritas.

Assim, Rodrigo Xavier Leonardo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald têm razão quando afirmam que o legislador perdeu, em 2002, a oportunidade de melhor articular essas premissas. A favor do legislador, vale destacar que, na época, os esforços representados pelo PECL ainda eram incipientes (assim como a própria reforma do BGB).

⁸³⁵ Art. 7:307: *Maximum length of period. The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under this Chapter, to more than ten years or, in case of rights to damages for personal injuries, to more than thirty years. This does not apply to suspension under III. – 7:302 (Suspension in case of judicial and other proceedings).*

A crítica que eles endereçam ao Código deve ser, no entanto, tomada em termos, porque não se vê em suas observações uma proposta melhor articulada em termos gerais. Não poderíamos concordar com eles, se, por exemplo, estiverem a postular termo inicial subjetivo para prazo longo e interpretação ampliativa das hipóteses de suspensão.

Sobre a proposição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, pensamos que ela deva ser tomada com cuidado redobrado. Há, de fato, uma situação de injustiça quando os portadores de deficiência grave se veem cerceados de seus direitos, conquanto não possam exercitá-los por si próprios. São indicadores dessa injustiça alguns fatores importantes. Em primeiro lugar, o art. 320, 3, CCP/1966, foi mais feliz no ponto que o modelo brasileiro de proteção aos deficientes mentais e intelectuais. Em segundo lugar, sob a vigência da legislação anterior, a doutrina defendia a suspensão da prescrição mesmo ante a ausência de interdição.⁸³⁶ No cenário atual, Humberto Theodoro Júnior defende equiparação do curatelado, sem discernimento, ao menor absolutamente incapaz.⁸³⁷ Por fim, a jurisprudência vem procurando estender a imprescritibilidade.⁸³⁸

Assim, uma correção pontual nesse cenário é bem-vinda, sendo ideal que fosse feita pelo próprio legislador. Está-se diante de regra injusta e a adoção de sua correção judicial envolve a discussão que trouxemos no § 8 acima. No campo da prescrição, isso se expressa na divergência sobre a natureza do elenco de causas de suspensão e interrupção. Entre nós, a visão mais tradicional postula que as hipóteses são taxativas, contudo autores contemporâneos postulam o caráter exemplificativo.⁸³⁹

A solução preconizada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald tem o mérito de apontar uma regra injusta, mas acolhe a ampliação do elenco de hipóteses,

⁸³⁶ CAHALI, 2002, p. 87; PONTES DE MIRANDA, 2013c, p. 333

⁸³⁷ THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 125.

⁸³⁸ “(...) De mais a mais, não se ignora, efetivamente, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) inovou o ordenamento positivo nacional ao alterar o artigo 3º do Código Civil, de modo a prever como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos. A despeito disso, entende-se que persiste a imprescritibilidade com relação às pessoas com deficiência, tendo em vista que a exegese do supracitado estatuto não pode ensejar um tratamento mais rigoroso ou prejudicial àqueles que constituem o objeto principal de tutela do novel diploma normativo. Precedentes jurisprudenciais. (TJRS, Apelação Cível, Nº 70082330739, 9ª Câmara Cível, Rel. Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 23-10-2019)

⁸³⁹ Pontes de Miranda é enfático ao afirmar que “não se podem, a pretexto de decorrerem da natureza das coisas, ou da equidade, criar espécies de interrupção, ou de suspensão, que não constem do Código Civil, ou de textos de lei”, exemplificando com a suspensão de funcionamento do judiciário (PONTES DE MIRANDA, 2013c, p. 317, §676). Do mesmo modo, CARPENTER, 1958a, p. 305-310. Em sentido mais flexível, Humberto Theodoro Júnior afirma que “(...) doutrina e jurisprudência estão acordes em que as causas pessoais de suspensão da prescrição são taxativas, ou seja, restringem-se apenas às hipóteses enumeradas na lei. Já as objetivas podem ser ampliadas, analogicamente, para compreender, também, aquele que se encontre absolutamente impedido de exercer a pretensão por fato não pessoal, como, por exemplo, a força maior capaz de inibi-lo de agir” (THEODORO JÚNIOR, H. Prescrição e decadência. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 114)

conforme o sentimento de justiça do julgador, o que, no mais das vezes, redundava no extravasamento da correção judicial para outras esferas, mesmo contra a sistematicidade das regras adotadas pelo legislador. É a história que nos socorre novamente, para bem ilustrar as consequências daí advindas. Carpenter menciona que a jurisprudência criou tantas hipóteses de aplicação da máxima *contra non valetem agere non currit praescriptio*, a abranger ignorância, pobreza, insolvência, força maior, guerra, “fraquezas do sexo”, pestes, dentre outros, a tal ponto que o instituto da prescrição parecia anulado.⁸⁴⁰ Esta foi a razão do seu abandono.

§35. *Negócios Jurídicos Destinados a Alterar Prazos*

O Código Civil de 1916 não tratava expressamente sobre o efeito da vontade sobre os prazos prescricionais. Tanto como hoje, o Código Bevilacqua dispunha sobre a renúncia da prescrição, admitindo-a depois de consumado o prazo.⁸⁴¹ Não obstante, a prescrição poderia ser alegada em qualquer grau de jurisdição, não se sujeitando, portanto, a preclusões processuais.⁸⁴² O legislador de 2002 preferiu ser expresso, estabelecendo, no art. 192, que “os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.

A doutrina não tem visto exceções a inegociabilidade de prazos prescricionais, embora admita, como é evidente, a negociação de termo final para as prestações, condições suspensivas e outras cláusulas que acabam por interferir indiretamente no momento de nascimento da pretensão.⁸⁴³ A jurisprudência também ressalva que não há entre nós uma proibição rígida de que, em contratos estrangeiros, apliquem-se leis de outros países, situação em que é possível ganhar alguma flexibilidade no ponto.⁸⁴⁴ A questão ultrapassa, entretanto, os limites do presente trabalho, pois concerne ao Direito Internacional Privado.

⁸⁴⁰ CARPENTER, 1958a, p. 305-310.

⁸⁴¹ Art. 161, CC/1916. A renúncia da prescrição pode ser expressa, ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir. Tácita é a renúncia, quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

Art. 191, CC/2002. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

⁸⁴² Art. 162, CC/1916. A prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita.

Art. 193, CC/2002. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

⁸⁴³ Conf. GODOY, 2005, p. 14. Ainda nesse sentido: “é vedada a modificação de prazos prescricionais por negocio 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” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 259).

⁸⁴⁴ “2. Em contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável, inclusive no que tange à regulação do prazo prescricional aplicável. Prescrição afastada, in casu, diante da aplicação do prazo previsto na lei contratualmente adotada (lei do Estado de Nova Iorque - Estados Unidos da América)” (STJ, REsp

A legislação lusitana passou por evolução semelhante. O Código Seabra não tratava do tema. A doutrina, então, ponderava que o interesse geral impunha a imutabilidade dos prazos, para que uma das partes não estivesse sobre pressão da outra quanto à duração de seus direitos. Admitia-se que pudesse haver cláusulas restritivas, mas não extensivas.⁸⁴⁵

Vaz Serra convenceu-se da injustiça que devedores em posição negocial privilegiada acabavam impondo a seus credores, no que elogiava a imutabilidade imposta pela Lei de Seguros, de 13 de julho de 1930.⁸⁴⁶ Assim, se a redução convencional favorece a certeza e a estabilidade das relações, poderia haver abusos nesse tipo de ajuste, que dificilmente seriam corrigidos com prova de vício do consentimento. Sua sugestão foi aceita e o art. 300, do Código Civil português de 1966, passou a estabelecer que “são nulos os negócios jurídicos destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitar ou dificultar por outro modo as condições em que a prescrição opera os seus efeitos”.

Na Alemanha, antes da reforma de 2002, o BGB estabelecia, de forma geral, que eram nulas as convenções sobre o prazo prescricional (§225), admitindo-se, entretanto, alargamento (§447) ou redução em situações pontuais (§225, 2ª parte). A regra geral era de pouco efeito prático, pois os Tribunais Alemães consideravam que, ao pactuar a alteração do prazo, a parte interessada não poderia se eximir do pacto, por agir em contradição (*venire contra factum proprium*).⁸⁴⁷ Vaz Serra, ao analisar esse problema, via com ressalvas a solução tedesca, ponderando que, ao pactuar a modificação do prazo prescricional, a parte sabe da nulidade da convenção. Isso não o impedia de reconhecer que, em certas circunstâncias, a própria conduta das partes levasse à flexibilização, para mais, dos prazos.⁸⁴⁸ De todo modo, na Alemanha, após a reforma, passou-se a admitir de modo mais amplo a modificabilidade dos prazos, que podem ser reduzidos ou estendidos, mas neste caso não além do prazo máximo trintenar⁸⁴⁹ (§202).

1280218/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T, j. em 21/06/2016, DJe 12/08/2016).

⁸⁴⁵ VAZ SERRA, 1961, p. 120-130.

⁸⁴⁶ *Idem*.

⁸⁴⁷ Trataremos com mais vagar das mútuas interferências entre prescrição, decadência e boa-fé objetiva no item § 50 abaixo.

⁸⁴⁸ “O que pode acontecer é que existam outros factos do devedor que legitimem a convicção do credor, em concordância ou conexão com a referida convenção, e então afigure-se efetivamente aceitável que o credor oponha, à prescrição alegada pelo devedor, que a dedução dela é contrária à boa-fé. Mas esta defesa do credor contra a exceção de prescrição não teria o efeito de excluir a prescrição, mas só o de se prolongar, por um prazo razoável na medida imposta pela boa-fé, o prazo prescricional, dando, assim, ao credor a possibilidade de fazer valer o seu crédito dentro desse prazo” (*Idem*, p. 123).

⁸⁴⁹ § 202, BGB. *Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung. (1) Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. (2) Die Verjährung kann durch*

O modelo alemão é claramente inspirador do DCFR,⁸⁵⁰ do PECL⁸⁵¹ e do *Code Civil* após a reforma de 2008,⁸⁵² pois estes modelos também admitem a negociabilidade de prazos prescricionais, para os aumentar ou os diminuir. De qualquer forma, com exceção dos exemplos Alemão, Francês, do DCFR e do PECL, a tendência geral é de imutabilidade dos prazos, assim como se vê na Argentina,⁸⁵³ Itália⁸⁵⁴ e Portugal.⁸⁵⁵

Diante desse quadro, torna-se relevante questionar se as partes, sem alterar o prazo prescricional, podem sujeitar o direito em si a um prazo de caducidade qualquer e, por meio indireto, alterarem o prazo prescricional.

Tecnicamente, se a prescrição atinge somente a pretensão, nada obsta que as partes sujeitem o próprio direito subjetivo a prazo. Conquanto seja nula a convenção sobre prazos decadenciais fixados em lei,⁸⁵⁶ devendo dela conhecer de ofício juiz,⁸⁵⁷ “se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação” (art. 211, CC/2002). Isto é, os prazos decadenciais podem ser alterados.

As situações concretas devem ser analisadas com o devido cuidado. Pode haver situações que justifiquem uma duplicidade de prazos, prescricionais e decadenciais. Não se

Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.

“ §202. *Inadmisibilidad de pactos sobre la prescripción. (1) Mediante negocio jurídico no puede atenuarse anticipadamente la prescripción para la responsabilidad por dolo. (2) Mediante negocio jurídico no puede agravarse la prescripción con un plazo de prescripción superior en treinta años a partir del inicio legal de su cómputo.*”

⁸⁵⁰ Art. 7:601, PECL. “*Agreements concerning prescription (1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription. (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in III. – 7:203 (Commencement)*”.

⁸⁵¹ Art. 14:601, DCFR. *Agreements Concerning Prescription. (1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription. (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in Article 14:203.*

⁸⁵² Art. 2254, CCF. *1. 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. 2. Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi. 3. 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. O artigo não encontrava correspondência antes de 2008.*

⁸⁵³ Art. 2533, CCA/2015. “*Carácter imperativo. Las normas relativas a la prescripción no pueden ser modificadas por convención.*”

⁸⁵⁴ Art. 2936, CCI/1942. “*È nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione.*”

⁸⁵⁵ Art. 300, CCP/1966. *Inderrogabilidade do regime da prescrição São nulos os negócios jurídicos destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitar ou dificultar por outro modo as condições em que a prescrição opera os seus efeitos.*

⁸⁵⁶ Art. 209, CC/2002. “*É nula a renúncia à decadência fixada em lei.*”

⁸⁵⁷ Art. 210, CC/2002. “*Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.*”

deve admitir, no entanto, que as partes, em fraude à lei, furtem-se à regra que impede o ajuste de prazos prescricionais, manipulando estes por meio de caducidades.⁸⁵⁸ A legislação portuguesa é clara a esse respeito, destacando que “são válidos os negócios pelos quais se criem casos especiais de caducidade, se modifique o regime legal desta ou se renuncie a ela, contanto que não se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes ou de fraude às regras legais da prescrição” (art. 330, 1, CCP/1966). Em nossa jurisprudência, o STJ impede que a data ajustada para a apresentação do cheque, praxe conhecida como pré ou pós-datar, tenha efeitos sobre a prescrição, justamente sobre a alegação de que a prática viola a regra do art. 192, CC/2002.⁸⁵⁹

No Brasil, o tema passou a ser discutido em sede de arbitragens, notadamente quando autorizado o uso de equidade, com opiniões distintas.⁸⁶⁰ A verdade, no entanto, é que as regras processuais de solução de litígios não podem alterar o direito material aplicável ao caso concreto e, se prevalece a lei brasileira, não pode haver negociação de prazos.⁸⁶¹

Há, portanto, dois modelos legislativos, um de rigidez dos prazos e outro de flexibilidade negocial. Não parece haver uma solução mais acertada ou de excelência. Cumpro, para fins deste trabalho, apenas destacar que as opções dogmáticas nesse campo devem ser interpretadas sistematicamente, de modo coerente. Como veremos adiante,⁸⁶² com um sistema de ampla negociabilidade de prazos prescricionais, é razoável que a boa-fé objetiva exerça, no que diz respeito aos prazos prescricionais, aí um papel corretor de maior relevância. Quando o legislador subtraiu das partes o poder de negociar prazos, a boa-fé objetiva tem papel restrito.

⁸⁵⁸ VAZ SERRA, 1961, p. 130.

⁸⁵⁹ “O termo inicial de contagem do prazo prescricional da ação de execução do cheque pelo beneficiário é de 6 (seis) meses, prevalecendo, para fins de contagem do prazo prescricional de cheque pós-datado, a data nele regularmente consignada, ou seja, aquela oposta no espaço reservado para a data de emissão” (REsp 1068513/DF, Rel. Min Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 14/09/2011, DJe 17/05/2012). Com opinião diversa, postulando a ampliação convencional do prazo, *vide* KRAUSE, 2011, p. 613-628 (originalmente publicado em Revista dos Tribunais, n. 815/109, set. 2003).

⁸⁶⁰ BERALDO, L. F. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24-26.

⁸⁶¹ Art. 192, CC/2002. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.

Art. 209, CC/2002. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.

⁸⁶² *Vide* § 50 abaixo.

CAPÍTULO 8

IMPRESCRITIBILIDADES

O problema da imprescritibilidade varia no tempo e no espaço. A tradição brasileira, desde o Código Civil de 1916, é não tratar de imprescritibilidades. Ao contrário, aplicar-se-ia, de modo geral, o prazo máximo de prescrição. Coube à doutrina criticar esse estado de coisas e tentar construir exceções, muitas vezes sob inspiração do direito estrangeiro.⁸⁶³

Para que se tenha uma breve visão do quadro legal estrangeiro, vale destacar que, em Portugal, o Código Seabra estabelecia, em seu art. 537, que “não são prescritíveis as obrigações que correspondem a defeitos inalienáveis ou que não estão sujeitas à limitação do tempo”. O Código Vaz Serra, de forma similar, aduz que “estão sujeitos à 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” (art. 298, 1), destacando, ainda, que os direitos reais não prescrevem, embora em casos específicos possam estar sujeitos ao não uso (art. 298, 3).

Na Itália, o Código de 1865, estabelecia que a prescrição não se dá com relação as coisas que não estão em comércio (art. 2113).⁸⁶⁴ No Código Civil de 1942, as imprescritibilidades são melhor articuladas. Se todos os direitos se extinguem por prescrição quando o titular não o exercita, no tempo determinado pela lei, de outro lado, não estão sujeitos à prescrição os direitos indisponíveis e outros indicados pela lei.⁸⁶⁵

O Código Civil Francês originalmente destacava que as coisas fora do comércio não prescrevem.⁸⁶⁶ Após as reformas deste início de século, destaca que a propriedade é imprescritível, mas não as ações reais imobiliárias.⁸⁶⁷

⁸⁶³ “Código Civil não apresentou qualquer orientação sobre a imprescritibilidade. Ainda que esta seja uma situação excepcional, a falta de um tratamento unificado (tal como se espera de um Código) deixa ao intérprete a difícil tarefa de garimpar as situações de imprescritibilidade” (LEONARDO, 2010, p. 101-120).

⁸⁶⁴ Art. 2113, CCI/1865. *La prescrizione non ha luogo riguardo alle cose che non sono in commercio.*

⁸⁶⁵ Art. 2934, CCI/1942. *1. Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. 2. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge.* Ainda antes da vigência do CCI/1942, Giuseppe Pugliese avaliava o melhor critério para apontar a imprescritibilidade e defende que esse seja a disponibilidade. Se o direito é indisponível, não se pode sancionar seu não-uso, o que seria, autorizar sua transferência indireta (PUGLIESE, 1924, p. 66-68).

⁸⁶⁶ Art. 2226, CCF. *On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce.*

⁸⁶⁷ Art. 2227, CCF. *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.*

Para o Código Civil espanhol⁸⁶⁸ e para o chileno⁸⁶⁹ só prescrevem os bens admitidos ao comércio. O antigo Código Civil argentino acresce a esta outras hipóteses. Sob sua égide, todas as ações eram prescritíveis, mas trazia rol em que incluía: *i)* ações reivindicatórias de coisas que estão fora do comércio; *ii)* ações de estado exercidas pelo filho; *iii)* ações divisórias enquanto dura a indivisão; *iv)* ação negatória de servidão; *v)* partilha de bens; *vi)* ação para obter servidão de passagem, própria do titular de um imóvel encrustrado entre outros.⁸⁷⁰ No atual *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, são imprescritíveis as ações civis derivadas de delitos de lesa humanidade.⁸⁷¹

Entre nós, como procuramos demonstrar anteriormente, conforme lição amplamente aceita, seriam imprescritíveis as ações declaratórias e as ações constitutivas que não têm prazo fixado em lei. Há, no entanto, alguma divergência sobre o que é ação meramente declaratória sem pretensão.

Para além dessas situações específicas, há inúmeras outras que parecem estar ao largo das conclusões de Agnelo Amorim Filho e que, se não as infirmam, exigem, ao menos, que as hipóteses de imprescritibilidade sejam tratadas de forma mais sistemática. Agnelo Amorim Filho não via na doutrina critério seguro, científico, que permitisse afirmar que uma ação fosse imprescritível. Sua proposta visava impor certa lógica ao tema e, por isso, ele conclui que “são perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações declaratórias, e também aquelas constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício”.⁸⁷² Sua tentativa de delimitação talvez possa ser vista como adequada ao seu tempo ou como uma proposta a ser encampada pela lei, mas não explica diversas situações hoje existentes. Nossa visão é menos cientificista nesse ponto. Muitas perpetuidades decorrem do sistema legal adotado. Nada impede que o legislador preveja certas imprescritibilidades em consideração à importância que atribua a certos direitos, embora seja função da doutrina apontar que,

⁸⁶⁸ Art. 1936, CCE. *Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres.*

⁸⁶⁹ Art. 2498, CCC/1856. *Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.*

⁸⁷⁰ Art. 4.019, CCA/1869. *Todas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes: 1° La acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera de comercio. 2° La acción relativa a la reclamación de estado, ejercida por el hijo mismo. 3° La acción de división, mientras dura la indivisión de los comuneros. 4° La acción negatoria que tenga por objeto una servidumbre, que no ha sido adquirida por prescripción. 5° La acción de separación de patrimonios, mientras que los muebles de la sucesión se encuentran en poder del heredero. 6° La acción del propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas a la vía pública.*

⁸⁷¹ Art. 2561, CCA/2015. *Plazos especiales. (...) Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.*

⁸⁷² AMORIM FILHO, 1961, p. 128.

quando assim procede, o legislador dá azo a efeitos negativos, muitos dos quais exploramos neste trabalho.

Ademais, desde há muito, diz-se que há direitos imprescritíveis, tal como ocorre com o direito de alimentos, direitos de personalidade, direitos de autor, dentre outros.⁸⁷³ Youssef Said Cahali, em sua obra sobre o tema, cuidava especificamente dos direitos de personalidade, das nulidades, dos bens públicos, das ações declaratórias, dentre outros.⁸⁷⁴ Sem dúvida, após 1988, a Constituição Federal passou a estabelecer a perpetuidade do dever de ressarcir danos ao erário.

Interessa-nos de perto avaliar essas situações, na tentativa de construir um panorama geral sobre elas. Pode-se adiantar que as conclusões aqui extraídas tomam como premissa as observações feitas no capítulo 2. Se há interesse legítimo em evitar que o injusto se transforme em justo, é inarredável a constatação que o tempo obnubila a memória e, com isso, põe em xeque a capacidade de fazer justiça décadas após os fatos que fazem eclodir um litígio. Com isso, a ausência de limitação temporal das situações jurídicas deve ser tratada como exceção.⁸⁷⁵

§36. *Ações declaratórias*

É necessário investigar com mais vagar o tema das ações declaratórias. Para tanto, e considerando as peculiaridades existentes, procuraremos aqui investigar apenas a situação das ações com essa natureza, para, após, enfrentar com mais profundidade o tema das nulidades. Essa separação entre os temas faz-se necessária não só para fins didáticos, mas também porquanto diversos são os problemas envolvidos.

⁸⁷³ “A prescrição tem por objeto, então, pretensões que nascem de direitos subjetivos patrimoniais e disponíveis, basicamente as obrigações. Não afeta por isso os direitos de personalidade, os direitos de estado e os de família, que são irrenunciáveis e indisponíveis. São imprescritíveis as pretensões decorrentes de relações jurídicas de família, as pretensões de extinção de coisa comum, as oriundas de relações de vizinhança (CC, arts. 1.289, 1.293, 1.298, 1.404), as de retificação de registro públicos, as de decretação de nulidade de negócio jurídico (CC, art. 169), as oriundas de direitos de personalidade, as decorrentes do estado de pessoa, as de anulação de inscrição de nome comercial (CC, art. 1.167)” (AMARAL, 2014, p. 623). Com observações análogas, *vide* CHAVES, A. *Tratado de Direito Civil*. v. I. Tomo II. São Paulo: RT, p. 1618-1619, 1982. No direito Alemão, Larenz trata como imprescritíveis certas pretensões de direito de família, de registro imobiliário, assim como direitos de personalidade, de propriedade, direitos de cooperação e direitos potestativos (LARENZ, 1978, p. 328).

⁸⁷⁴ CAHALI, 2009, p. 67-82.

⁸⁷⁵ Em sentido análogo, ao tratar das imprescritibilidades, *vide* NOBRE JÚNIOR, E. P. Prescrição e a Pretensão de Ressarcimento por Dano ao Erário. *Revista Trimestral de Direito Público*. Belo Horizonte, n. 59, p. 60-73, out./dez. 2014.

Desde muito cedo se reconheceu que havia ações sem força condenatória, denominadas no direito romano, *praedjudiciales*, que visavam constatar uma situação de fato, como a condição de liberto (ingenuidade) ou de filiação.⁸⁷⁶ Não só no sistema brasileiro, mas também no alemão, admitem-se ações de cunho meramente declaratório.⁸⁷⁷

Sua função essencial é debelar uma crise de certeza, eventualmente sobre um fato, como a falsidade documental, mas em regra sobre uma relação jurídica. As partes contendem sobre a existência ou não de certas situações jurídicas e precisam do julgamento de um terceiro imparcial. Na lição de Pontes de Miranda, “a ação declarativa é a ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica”, “a prestação jurisdicional consiste em simples clarificação”.⁸⁷⁸ Como se sabe, ao lado das ações declaratórias, põem-se as constitutivas e as condenatórias, na classificação trinária. Na classificação quinária ponteana, há ainda as mandamentais e executivas.

Quanto a estas ações, Agnelo Amorim Filho, como já tivemos oportunidade de destacar, não via ação material (ou pretensão) nas ações de conteúdo declaratório e, conseqüentemente, indicou que elas não poderiam estar sujeitas à prescrição. Não há, no seu entender, uma pretensão material antecedente à ação declaratória.⁸⁷⁹

Pontes de Miranda não compartilhava exatamente desta mesma visão. Apesar de reconhecer que “ação declarativa típica é imprescritível”,⁸⁸⁰ também afirmava que “algumas ações declarativas especiais prescrevem”.⁸⁸¹ No cotejo dessas afirmações, vê-se que o autor separa as ações declaratórias típicas das especiais, mas o faz pela especialidade do que se tem a declarar.⁸⁸² Por isso, essa distinção era por ele atribuída mais pelos próprios termos da lei do que em razão da eficácia do provimento jurisdicional.

⁸⁷⁶ Institutas de Justiniano, 4, 6, 13 (JUSTINIANUS, 2000, p. 304). Para uma visão geral do tema, *vide* ORTOLAN, 1847, p. 443, 529/530.

⁸⁷⁷ Estudo pioneiro, entre nós, é de ESTELLITA, G. *Da ação declaratória no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Of. Graf. Livro Vermelho, 1933. Para o cenário alemão, *vide* ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, 1981, p. 980. Sobre o tema, no Brasil, *vide* LOPES, J. B. *Ação declaratória*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 48-60.

⁸⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 160.

⁸⁷⁹ “pode-se dizer que as sentenças declaratórias não dão, não tiram, não proíbem, não permitem, não extinguem e nem modificam nada. Em resumo: não impõem prestações, nem sujeições, nem alteram, por qualquer forma, o mundo jurídico. Por força de uma sentença declaratória, no mundo jurídico nada entra, nada se altera, e dele nada sai. As sentenças desta natureza, pura e simplesmente, proclamam a “certeza” a respeito do que já existe, ou não existe, no mundo jurídico” (AMORIM FILHO, 1961, p. 119).

⁸⁸⁰ (PONTES DE MIRANDA, 2016b, p. 125).

⁸⁸¹ Com exemplo próprio ao período em que escreveu sua obra, afirmava que “a ação do marido que estava presente, para negar a legitimidade do filho da sua mulher, preceve em breve prazo, que a lei fixa (assim, o direito francês, o argentino, o espanhol, o alemão, o brasileiro)” (*Idem*, p. 125).

⁸⁸² “A ação declarativa típica diferencia-se das outras, menos por sua eficácia, em composição, do que em sua finalidade e na generalidade do que se tem a declarar” (*Idem*, p. 198).

O renomado autor estava, então, reconhecendo que as ações declaratórias têm pretensão? O professor alagoano, de fato, destaca que “existe pretensão à declaração”.⁸⁸³ No entanto, esse ponto, parece-nos, deve ser visto com algum cuidado. Poder-se-ia imaginar que esta alusão à pretensão dissesse respeito ao poder de exigir de outrem uma declaração a respeito de sua situação jurídica. Mas não é isso que se depreende com clareza das lições ponteanas, pois ele também afirma “a sentença declarativa é a prestação jurisdicional que se entrega a quem pediu tutela sem querer ‘exigir’”.⁸⁸⁴ Temos, portanto, que está claro para ele que o autor da ação declaratória não exerce a pretensão como poder-exigir. O autor está a referir-se à noção de pretensão processual, como exigência de uma prestação jurisdicional. Com efeito, ao tratar desse tema, destaca que “é o caso típico da pretensão à sentença - à sentença declarativa, sem outra eficácia relevante que a de coisa julgada material”.⁸⁸⁵

Com isso, temos que ambos autores Agnelo Amorim Filho e Pontes de Miranda não vêem a declaração como o exercício de um poder exigir.⁸⁸⁶ A situação das ações declaratórias negativas é bastante exemplificativa. O autor, ao veicular esta ação, afirma não ter direito e, conseqüentemente, não pode ter pretensão como poder-exigir dele uma conduta qualquer. No entanto, detém ação no sentido processual, podendo obter uma declaração judicial que ateste a sua situação jurídica de ausência de vínculos.

Ora, se é assim, como poderia Pontes de Miranda reconhecer que a prescrição atinge algumas ações declaratórias? A explicação parece estar no fato de que para Pontes de Miranda não há lugar para as ações puramente declaratórias. Em suas lições, ele destacava que “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva”.⁸⁸⁷ Dito de outro modo, toda sentença declaratória minimamente constitui a coisa julgada.⁸⁸⁸ Fala-se, por isso, em preponderância de elementos declarativos, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executivos, mas não em pureza da situação em si.

⁸⁸³ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 141; 2016b, p. 57.

⁸⁸⁴ *Idem*, 2016a, p. 241.

⁸⁸⁵ *Idem*, p. 241.

⁸⁸⁶ Para Pontes de Miranda, isto parece estar bastante claro no seguinte trecho: “A ação típica de declaração, positiva ou negativa, não prescreve. Se alguma pretensão, ou algumas pretensões, ou todas pretensões irradiadas da relação jurídica, cuja existência se quer declarada prescreveram, não é isso óbice a que se declare a relação jurídica” (PONTES DE MIRANDA, 2016b, p. 189).

⁸⁸⁷ *Idem*, p. 165.

⁸⁸⁸ *Idem*, p. 182.

Se assim é, não se poderia mesmo extrair dessa classificação das ações segundo a sua eficácia preponderante um critério seguro indicativo para balizar o tema prescricional. Em todos os casos haveria situações mistas. Esta é a visão, por exemplo, de Antônio Carlos Vieira Santos, para quem mesmo as ações declaratórias deveriam estar sujeitas a prazo prescricional.⁸⁸⁹

Alguns exemplos podem nos ajudar a esclarecer a situação. Sem adentrarmos na discussão própria das nulidades, é interessante notar como se comportou a jurisprudência a respeito desse tema, que hoje é amplamente visto como um problema de declaração. Tradicionalmente, dizia-se que as nulidades prescrevem em 20 anos, prazo máximo admitido no Código Civil de 1916.⁸⁹⁰ Todavia, os pedidos de nulidade ordinariamente vêm acompanhados de uma consequência patrimonial inerente ao retorno das partes ao “status quo ante”. Quem pagou por contrato nulo, há de reaver o preço. Por isso, a partir da difusão

⁸⁸⁹ “Daí a crítica ao trabalho, se bem que este foi escrito na vigência do Código de Processo Civil de 1939; portanto, poderá ocorrer a prescrição de ações declaratórias, desde que haja ocorrido a violação do direito, e se proponha, tão-só, ação declaratória” (VIANA SANTOS, A. C. Prescrição e decadência - Teorias existentes. Sua crítica. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 113-144).

⁸⁹⁰ “RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. NULIDADE. PRECEDENTE DA CORTE. (...) 2. Prescreve em vinte anos a ação para anular venda de ascendente para descendente sem o consentimento dos demais (Súmula num. 494/STF)” (STJ, REsp 50.828/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 03/09/1996, DJ 14/10/1996, p. 39001). “É de vinte anos o prazo de prescrição para que demande a nulidade da partilha o herdeiro que dela não participou” (STJ, REsp 68.644/BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 11/03/1997, DJ 22/04/1997, p. 14423). “Venda de Ascendente a Descendente. Nulidade. Prescrição. Quotas de sociedade comercial. A venda de ascendente a descendente, sem interposta pessoa, é nula; a pretensão prescreve em vinte anos, contado o prazo da data do ato. Inclui-se entre os atos proibidos a transferência de quotas sociais. Precedentes. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 208.521/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T, j. 06/12/1999, DJ 21/02/2000, p. 132) “É vintenária a prescrição da ação que pretende desconstituir doação inoficiosa, sem reserva para subsistência do doador, ainda que efetuada mediante simulação” (STJ, REsp 591.401/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T, j. 23/03/2004, DJ 13/09/2004, p. 259). “3. O Tribunal estadual manteve-se nos exatos limites da questão da prescribibilidade, ou não, da pretensão de reconhecimento da nulidade do negócio jurídico entabulado, mantendo-se silente sobre qualquer outra matéria. Não obstante, ainda que se trate de questão chamada de “ordem pública”, isto é, nulidade absoluta - passível, segundo respeitável doutrina, de conhecimento a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição -, este Tribunal Superior já cristalizou seu entendimento pela impossibilidade de se conhecer da matéria de ofício, quando inexistente o necessário questionamento. 4. Ocorrendo nulidade, a prescrição a ser aplicada é a vintenária. Precedentes das 3ª e 4ª Turmas da 2ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 297.117/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª T., j. em 28/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 282). “AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO IMOBILIÁRIO E REIVINDICATÓRIA - Prescribibilidade - Prazo de 20 anos - Transcrição com mais de 60 anos - Efeitos no mundo jurídico - Loteamentos urbanizados sobre a área existentes há mais de 20 anos - Prescrição argüida pelo Ministério Público - Reconhecimento - Recurso não provido” (TJSP; Apelação Sem Revisão 0080668-66.1997.8.26.0000; Rel. Cunha Cintra; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 23/04/1999). Do inteiro teor deste julgado, lê-se: “Como bem constou das decisões deste E. Tribunal transcritas na decisão apelada, ‘embora sejam em princípio insanáveis os atos nulos, a fluência do tempo exerce sobre eles uma inelutável ação saneadora ou restauradora, por meio da prescrição da ação’ (Apel. Cível 178.538-1. JTJ -Lex 147/171), e, ‘entre o interesse social do resguardo à ordem legal e a paz social, sobreleva esta última e deve dar-se como suscetível de prescrição a faculdade de agir contra ato nulo’ (Apel. Cível 239.459-1 - RT586/205)”.

das ideias de Agnelo Amorim Filho e da aceitação da nulidade como um problema declaratório, os autores⁸⁹¹ passaram a propor, no que foram seguidos pela jurisprudência,⁸⁹² a conciliação dessas duas premissas. Assim, a pura declaração de nulidade não estaria sujeita a prazo prescricional, mas suas consequências patrimoniais, sim. Vê-se, portanto, uma cumulação de pretensões, declaratórias e condenatórias, sendo estas prescritíveis.

É possível asseverar que há prescrição das pretensões condenatórias associadas ao pedido declaratório. Isso explica parcialmente a possibilidade antevista por Pontes de Miranda sobre a prescritibilidade de algumas ações declaratórias especiais.

De todo modo, as ações puramente declaratórias permanecem imprescritíveis. Em assim sendo, subjaz sem clareza de propósitos a função de uma simples declaração de nulidade, da qual não possa se extrair quaisquer efeitos patrimoniais. A invalidade de contrato de compra-e-venda ocorrido 80 anos atrás não poderia rever as consequências patrimoniais do acordo, na linha do que vem reconhecendo a jurisprudência, e sequer poderia prestar-se a alterar a cadeia dominial de um imóvel, fato que encontra óbice na usucapião.⁸⁹³

Se olharmos, no entanto, para as situações existenciais, a doutrina e a jurisprudência apontam de modo firme ao menos a hipótese de se declarar a paternidade aparentemente sem quaisquer limitações temporais.⁸⁹⁴ Nos termos do enunciado n. 149 do STF, “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

⁸⁹¹ TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2004, v. 1, p. 316.

⁸⁹² “Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (artigo 177 do CC/1916) ou em 3 anos (artigo 206, parágrafo 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do artigo 2.028 do CC/2002” (STJ, REsp 1360969/RS e REsp 1361182/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, Maioria, Data de publicação: 19/9/2016).

⁸⁹³ Nos termos do art. 214, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos ou LRP), “as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta. Entretanto, “a nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel” (art. 214, §5º, LRP).

⁸⁹⁴ Agnelo Amorim Filho tinha opinião distinta nesse ponto. Ele via as ações de estado como constitutivas ou desconstitutivas, não estando sujeitas a prazo, o que as tornava imprescritíveis. Confira-se: “A brevidade do presente estudo não permite uma análise detalhada de todas as ações de estado, mas não resistimos à tentação de assinalar algumas particularidades observadas com relação a um dos tipos mais característico da classe - a ação investigatória de filiação. Tais particularidades também acentuam a incompatibilidade que existe entre as ações de estado e as ações declaratórias. Assim (e devendo-se levar em conta que a sentença proferida na ação investigatória tem os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário - art. 1.616): o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento (art. 1.614); mesmo que exista escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente, e mesmo que todos os interessados (inclusive os herdeiros do suposto pai), estejam de acordo com o conteúdo de tal escrito (o que, obviamente, dispensa a ação declaratória para se obter a “certeza jurídica”), ainda assim não se dispensa a propositura da ação investigatória; algumas legislações estrangeiras fixam prazo (de decadência) para ser proposta a investigatória de paternidade (PLANIOL, *Tratado Práctico de Derecho Civil*, vol. 2º, pág. 729 da trad. cast., e DE RUGGIERO, *Instituições*, vol. 1º, pág. 335), o que equivale a dizer que, decorrido o prazo, já não é mais possível obter o reconhecimento judicial do estado, nem os efeitos dele decorrentes; há legislações que, embora reconhecendo efeitos jurídicos ao estado de filho natural, e permitindo o reconhecimento voluntário, não admitem a ação investigatória. Era

Essa imprescritibilidade deve ser vista em termos. O art. 1.606, CC/2002, destaca que “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”. Entretanto, “se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo” (art. 1.606, par. Único, CC/2002). De modo análogo, nos termos do art. 1.601, CC/2002, “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. E, “contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação” (art. 1.601, parágrafo único, CC/2002). Trata-se de direito personalíssimo.⁸⁹⁵

A jurisprudência e doutrina vêm diferenciando a ação negatória de paternidade (art. 1.601, CC/2002) e a ação declaratória de nulidade do registro (art. 1.604, CC/2002),⁸⁹⁶ para admitir, neste último caso, a impugnação por terceiros a qualquer tempo.⁸⁹⁷ A solução abre azo a perigosa interferência alheia no núcleo familiar e revela desconexão com as premissas globais do Código, o que não deve ser admitido. A prevalecer essa solução, melhor seria admitir que o legislador não poderia impor a restrição de legitimação que se vê no art. 1.601, par. único, CC/2002.

O olhar atento a essa construção legal revela que as ações negatórias e de reconhecimento de paternidade não são perenes. Muito ao contrário, seu caráter pessoal indica que o filho e o marido, conforme for o caso, têm toda a vida para postular a declaração correspondente, mas esta ação não passa, via de regra, aos herdeiros. Dito de um modo mais direto, essas ações são imprescritíveis durante a vida dos interessados, mas não estão completamente despidas de limitações temporais. Na hipótese excepcional de que o filho

o caso da França, antes da Lei de 1912 (COLIN et CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil*, tomo 1º, págs. 620 e segs.)” (AMORIM FILHO, 1961, p. 123-124).

⁸⁹⁵ Silmara Juny de Abreu Chinellato assevera: “Não sou contra o conteúdo do art. 1.601 e apenas lhe dou interpretação restrita, penso que o legislador andou bem ao estabelece como personalíssimo o direito de ingressar com a ação negatória de paternidade, quando cabível. Resta aos herdeiros apenas prosseguir, como autores, se falecer o impugnante no curso da ação. Não têm, no entanto, legitimidade para interpô-la em nome próprio e por direito próprio” (CHINELLATO, S. J. A. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família*. v. 18. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68; sobre o art. 1.606, com conclusão equivalente, *vide* p. 84).

⁸⁹⁶ Art. 1.604, CC/2002. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

⁸⁹⁷ “Cuida-se de ação anulatória de registro de nascimento fundada em vício de consentimento, com amparo no art. 1.604 do CC, a qual é suscetível de ser intentada não apenas por parentes próximos do falecido, mas também por outros legítimos interessados, seja por interesse moral ou econômico. Precedentes ” (STJ, REsp 1497676/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 09/05/2017, DJe 31/05/2017). No mesmo sentido, *vide* TJDF, Acórdão 1217248, 07033300720198070008, Rel. Romeu Gonzaga Neiva, 7ª Turma Cível, j. 13/11/2019). Na doutrina, *vide* CARVALHO FILHO, M. P. *Comentários ao art. 1.604*. PELUSO, C. (Org.). *Código Civil Comentado*. 13. Baueri: Manole, p. 1748, 2019.

venha a falecer incapaz, a ação pode ser ajuizada por seus herdeiros, mas nada indica que, falecendo estes, a hipótese persista para além.

Essa observação joga alguma luz sobre o problema. Apesar das ações declaratórias permanecerem imprescritíveis, elas podem estar relacionadas a direitos pessoais, que não se transmitem e que, assim, findam com a vida. A lei não reconhece, portanto, interesse irrestrito dos herdeiros para corrigir a sua origem ancestral.

O interesse de agir exerce papel importante no controle sobre a possibilidade das ações declaratórias.⁸⁹⁸ Não é possível exigir uma declaração de como a lei, em abstrato, é interpretada;⁸⁹⁹ “a ação declarativa não cabe para se enunciar que se deu algum fato que não entrou, ou não entra no mundo jurídico, desde já, nem é inevitável que entre”.⁹⁰⁰ Mais que isso, o exemplo da paternidade evidencia que o interesse em obter certa declaração fenece ao longo dos anos e que, assim, esta particular condição da ação é transfigurada para, longe de sua pura função original, possibilitar controle temporal sobre o exercício da jurisdição. Passados muitos anos de um fato que teve, a seu tempo relevância jurídica, pode haver falta de interesse de agir a eximir o julgador de declarações cujo papel passou a ser meramente histórico e não jurídico.⁹⁰¹

Esse estado de coisas permite, ainda, que se esclareça um outro problema. Ao longo do tempo, a jurisprudência deixou de lado a separação rígida entre a natureza dos provimentos jurisdicionais e passou a admitir que uma sentença meramente declaratória, que não analisou pedido condenatório, tenha força executiva, prestigiando, assim, alguma informalidade e pragmatismo nesse tema, sob crítica da doutrina.⁹⁰² Essa conclusão assenta-

⁸⁹⁸ “O interesse jurídico pode consistir em haver incerteza ou insegurança, devido à conduta do demandado, ou dos demandados. Porém, pode haver outro motivo que crie o perigo, ou possa criar o perigo, para a esfera jurídica do demandante, ou apenas haver necessidade ou conveniência em que eu se apresente a alguma autoridade, ou a terceiro, ou a terceiros, ou ao público, a declaração. Mais: o motivo pode ser de servir a decisão para que o demandante planeje ou oriente a sua conduta” (PONTES DE MIRANDA, 2016b, p. 96). “O interesse que autoriza a propositura de ação declaratória é o interesse jurídico, objetivo e atual. O interesse é jurídico quando, de alguma forma, a conduta de alguém possa ofender ou ofenda a esfera jurídica do demandante, apanhando direito, pretensão ou exceção, gerando incerteza ou insegurança. Objetivo, no sentido de que deve ter matriz em alguma conduta (ou no fato exterior) de alguém capaz de inculcar, no homem médio, incerteza ou insegurança” (MARINONI e MITIDIERO, 2012). Sobre o papel do interesse de agir nas ações declaratórias, *vide* ainda LOPES, 2010, p. 71-75.

⁸⁹⁹ Sobre o tormentoso tema das ações diretas declaratórias de constitucionalidade, *vide* as observações de Nelson Nery Junior e Georges Abboud em PONTES DE MIRANDA, 2016b, p. 60-65.

⁹⁰⁰ *Idem*, p. 73-74.

⁹⁰¹ De modo mais específico, tem-se que “o interesse jurídico há de existir no momento em que se profere a sentença, ou ainda existir. Se o interesse jurídico deixou de existir, não se pode proferir a sentença de declaração, seja positiva seja negativa” (PONTES DE MIRANDA, 2016b, p. 97).

⁹⁰² Em termos de execução, Pontes de Miranda apresenta uma separação rígida. “O efeito executivo é emanção da sentença de condenação e faz nascer a ação de execução, que se vai exercer na execução da sentença, outra relação jurídica a instaurar-se” (PONTES DE MIRANDA, 2016b, p. 110). Sem admitir a executibilidade da sentença meramente declaratória, *vide* as anotações de Nelson Nery Junior e Georges Abboud ao referido

se hoje na regra do art. 515, I, CPC, segundo a qual são títulos executivos judiciais “as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”,⁹⁰³ e onde não se vê restrição aos preceitos cominatórios.⁹⁰⁴

Não cabe nesta sede discutir o acerto dessa solução, que diz respeito ao Processo Civil, mas apenas sua harmonização com o tema da prescrição. No entanto, a prevalecer essa visão, seria mais razoável admitir que toda sentença declaratória de crédito traz em si a pretensão de cobrança e, portanto, estaria sujeita à prescrição. Essa é a opinião de João Batista Lopes, para quem “(...) se a declaratória tiver por objeto pretensão de um direito material, a prescrição ocorrerá no prazo previsto para esta última (ex. declaratória objetivando fixar a latitude de obrigação cambiária”.⁹⁰⁵ Consequentemente, deve-se extrair daí que o ajuizamento desta ação teria o efeito de interromper a prescrição.

Caso assim não seja, a sentença que declara um crédito, necessariamente, haveria de declarar se há, ou não, pretensão prescrita. Assim, se a declaração do crédito em si não estiver sujeita à prescrição, tampouco daí poderia advir qualquer efeito executivo. Não se pode

Tratado. No mesmo sentido, é a opinião de ASSIS, A. *Manual da Execução*. 14. ed. São Paulo: RT, p. 173-174, 2012; de BARBOSA MOREIRA, J. C. A nova definição de sentença. *Revista de Processo*, v. 31, n. 136, p. 268-276, jun. 2006; e de LOPES, 2010, p. 139. Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de execução da sentença declaratória, vide ZAVASCKI, T. A. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de processo*, v. 28, n. 109, p. 45-56, jan./mar. 2003; LUNARDI, F. C. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 705, 2016. De modo mais avançado ainda, Zavaski dá o mesmo efeito executivo à sentença que julga improcedente a ação que visava declarar a inexistência de dívida: ZAVASCKI, T. A. Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas. *Revista de processo*, v. 37, n. 208, p. 13-21, jun. 2012.

⁹⁰³ O art. 475-N, do Código de Processo Civil de 1973, com a redação dada pela Lei nº 11.232, suprimiu a expressão “sentença condenatória” que essa regra continha e, a partir de então até a revogação daquele Código, passou a dispor que “são títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”

⁹⁰⁴ “1. As sentenças que, mesmo não qualificadas como condenatórias, ao declararem um direito, atestem, de forma exauriente, a existência de obrigação certa, líquida e exigível são dotadas de força executiva, constituindo título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, I, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.232/2005. 2. Referido artigo processual aplica-se também às sentenças declaratórias que, julgando improcedente, parcial ou totalmente, o pedido do demandante, reconhecem a existência de obrigação do autor em relação ao réu da demanda, independentemente de constar na contestação pedido de satisfação de crédito, legitimando o réu a propor o cumprimento de sentença. 3. A *ratio* desse entendimento está na ausência de necessidade lógica ou jurídica de se submeter a sentença que já tenha feito um juízo completo a respeito da relação jurídica concreta a uma nova certificação antes de ser executada. Isso porque a nova sentença nem sequer poderia chegar a resultado diferente do anterior, sob pena de violação da coisa julgada. 4. *In casu*, a sentença de parcial improcedência proferida nos autos da ação revisional de contrato de mútuo habitacional, transitada em julgado e objeto de liquidação proposta pela instituição financeira, que apresentou memória de cálculos do valor do *quantum debeatur*, definiu todos os critérios a serem observados para a satisfação do crédito da instituição financeira. Consectariamente, reconhecida a certeza, a exigibilidade e a liquidez da obrigação contratual, deve-se dar prosseguimento ao pedido de cumprimento de sentença formulado pelo demandado, ante a aplicação do disposto no art. 475-N, I, do CPC à espécie. 5. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1359200/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 03/05/2016, DJe 10/05/2016).

⁹⁰⁵ LOPES, 2010, p. 141.

admitir que uma pretensão já extinta ganhe vida com a declaração de existência do crédito que lhe dá origem. Dito de outro modo, o credor que se omitiu e deixou prescrever a pretensão não pode obter uma sentença declaratória, para então executá-la.

Na melhor das hipóteses, o titular do direito pode obter uma declaração, mas só pode executá-la dentro do prazo prescricional próprio. Assim, há limitação temporal para a possibilidade de execução da sentença declaratória. Se admitirmos que a sentença declaratória autoriza o início da execução, esta representa o exercício de uma pretensão anteriormente declarada e, assim, deve ser aplicado o prazo prescricional correspondente. A obtenção de uma sentença declaratória pura, a qual não se sujeita a prazo, não pode servir de burla à limitação temporal da pretensão.

Situação levemente diversa reside na sentença que busca negar a existência do crédito. Se há aí juízo de improcedência, há logicamente o reconhecimento da existência de um crédito e, se admitida a sua execução, isso também só seria possível dentro do prazo prescricional aplicável.

Dessa forma, ao concluir este ponto de análise, deve-se reconhecer, em conclusão, que (XXVIII): *i*) as ações declaratórias são, entre nós, imprescritíveis, mas não os seus efeitos patrimoniais; *ii*) não há perene possibilidade de retificar o registro de nascimento, porque tem-se aí direito pessoal, limitado ao tempo de vida do interessado juridicamente; *iii*) as ações declaratórias perdem seu cunho jurídico, passando a ter propósito meramente histórico e fático, razão pela qual podem ser afastadas em razão da falta ou perda de interesse de agir, o que viabiliza algum controle temporal sobre seu exercício; *iv*) as sentenças declaratórias só podem ensejar execução (cumprimento de sentença) se elas atestarem a existência de crédito ainda dotado de pretensão.

§37. Nulidades

O tema da prescritibilidade das nulidades, sem dúvida, é dos mais tormentosos. Para que não se estenda demasiadamente sobre ele, deixaremos de lado a revisão histórica do tema.⁹⁰⁶ Propomos sua abordagem em três etapas distintas. Em primeiro lugar, há de se

⁹⁰⁶ Uma boa referência sobre o tema está em RENARD, G. L'idee d'annulabilité chez les interpretes du droit romain au moyen-age. *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, ano 27, p. 214-249, 1903. Disponível em: <<https://bit.ly/2F6aQzp>>. Acesso em: 8 nov. 2019; e em MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil*. v. II. Parte Geral. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2000, p. 911-924. O professor lusitano ressalta que vícios específicos e independentes entre si foram sendo agrupados em categorias mais gerais, com crescente simplificação. A *restitutio in integrum* teve papel importante no reconhecimento desses vícios, sempre pontualmente, para posterior reunião em categorias mais gerais. Para a evolução no direito brasileiro, *vide*

apresentar, de modo breve, com propósito de contextualização, um panorama sobre a atual teoria das invalidades, para discutir se há nulidades que se convalidam. Em segundo lugar, é preciso definir a natureza do ato judicial que reconhece a invalidade. Por fim, nos parágrafos subsequentes, debruçar-nos-emos sobre situações específicas de nulidades, exemplificativas da discussão aqui desenvolvida.

Sob vigência do Código Civil de 1916, não havia tratamento claro para a teoria das invalidades, razão pela qual a doutrina se valia, sem critérios claros das expressões nulidade, absoluta ou relativa, e anulabilidade.⁹⁰⁷ Sem uniformidade semântica, praticamente não havia acordo possível.

Hoje há maior uniformidade semântica, falando-se de invalidade como categoria que envolve ao menos nulidade e anulabilidade como suas duas espécies. Permanece, contudo, a falta de uniformidade de entendimentos sobre a natureza das invalidades. Há quem veja na invalidade a simples frustração de efeitos a atos jurídicos que não preenchem seus elementos essenciais, isto é, cujo suporte fático seja incompleto. Há quem as trate como uma sanção, falando em ilícito invalidante, para punir construções negociais cujo conteúdo é contrário à lei.⁹⁰⁸

A simples perspectiva pela qual se tomam as invalidades já é capaz de dificuldades, que se espraiam quando se passa a avaliar situações peculiares e, como veremos, trazem também transtornos para o tema da prescrição. Esta é a razão pela qual a melhor doutrina aponta que a teoria das nulidades “ressente-se hoje da impossibilidade de uma perfeita sistematização”.⁹⁰⁹

De qualquer forma, é bastante difundida a noção geral de que há duas invalidades possíveis: a nulidade, antes dita absoluta, e a anulabilidade, anteriormente designada nulidade relativa. Cada figura típica teria características bem estabelecidas.⁹¹⁰

BULHÕES CARVALHO, F. P. *Sistemas de Nulidades dos Atos Jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981; MATIETTO, L. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, G. (Coord.) *A Parte geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 325-360; VALLE FERREIRA, J. Subsídio para o Estudo das Nulidades. In: *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 4. São Paulo: RT, 2011, p. 73-80 (originalmente publicado em RT 341/26, mar. 1964).

⁹⁰⁷ SILVA PEREIRA, 2011b, p. 527; MONTEIRO e FRANÇA PINTO, 2010, p. 330.

⁹⁰⁸ Para discussão desse ponto, vide MELLO, M. B. de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 310-318. Também a tratar as invalidades como sanção, vide AMARAL, 2014, p. 554.

⁹⁰⁹ AMARAL, 2014, p. 554. Com o mesmo sentido, mas visão mais esperançosa sobre o futuro das invalidades, vide JUNQUEIRA AZEVEDO, A. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁹¹⁰ Leonardo Matietto bem demonstra que a nulidade e as anulabilidades, uma vez reconhecidas, tem efeitos práticos equivalentes e que, portanto, a diferença está muito mais nos vícios que as ensejam (MATIETTO, 2007, p. 345).

A anulabilidade “não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício”, “só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade” (art. 177, CC/2002).⁹¹¹ Assim, como destaca José de Oliveira Ascensão, a anulabilidade não dá ensejo à exceção, devendo ser reconhecida em ação judicial específica.⁹¹² A natureza desta decisão é desconstitutiva,⁹¹³ sujeitando-se a prazo decadencial.

O nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos e não se convalida, razão pela qual pode ser conhecido de ofício pelo juízo e pode ser alegado por qualquer terceiro interessado.⁹¹⁴ Manteve-se, entre nós, a máxima segundo a qual *quod initio vitiosum est non potest tractu tempus convallescere*.⁹¹⁵ Conquanto o Código Civil de 1916 fosse lacunoso a respeito dessa perpetuidade, o art. 169, CC/2002, estabeleceu que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. Dessa forma, ganha foros majoritários a noção de que a nulidade não está sujeita à prescrição ou à decadência.⁹¹⁶ Muitos autores, dizem-na, ainda, de pleno direito, o que significa que a nulidade prescinde de atuação estatal. Essa característica é, contudo, frequentemente contestada.⁹¹⁷

Caio Mário da Silva Pereira questiona-se sobre o acerto da solução legal quando trata as nulidades como insuscetíveis de convalidação, pois vê aí indiscutível conflito entre, de

⁹¹¹ O art. 152, CC/1916, ao referir-se às nulidades relativas, ou anulabilidades, destacava que “as nulidades do art. 147 não têm efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício. Só os interessados as podem alegar, e aproveitam exclusivamente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade, ou indivisibilidade”.

⁹¹² ASCENSÃO, 2010b, p. 314-319.

⁹¹³ BARBOSA MOREIRA, J. C. Invalidez e Ineficácia do Negócio Jurídico. In Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral. v. 4. São Paulo: RT, 2011b, p. 367-383 (originalmente publicado em Revista de Direito Privado 15/217, jul./set. 2003).

⁹¹⁴ Nas palavras de Antônio Menezes Cordeiro, “a nulidade equivale, como se disse, a um *status rei*, o qual permite, a qualquer interessado, invocar decorrente ineficácia. Corresponde a uma valoração negativa extrínseca, que põe em crise o negócio, perante os valores da ordem jurídica. Deriva daí, uma permissão genérica de impugnação: qualquer interessado o pode fazer; a todo o tempo; o tribunal pode declará-lo *ex officio*” (MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 942).

⁹¹⁵ D, 50, 17, 29. Renard comenta que essa regra sofria interrogações na idade média, justamente nos casos de anulação, cujo vício pode ser convalidado, nas situações de nulidade de ordem pública e de ordem privada (RENARD, 1903, p. 223-225).

⁹¹⁶ Em tese de doutorado, Hamid Charaf Bdine Júnior afirma que “negócios nulos e anuláveis distinguem-se em razão do seguinte: proteção do interesse público nos nulos e particulares nos anuláveis; a anulabilidade pode ser suprida pelo juiz, ou sanada pela confirmação, o que, em regra, não é autorizado aos nulos; as anulabilidades não podem ser pronunciadas de ofício; os efeitos das anulabilidades dependem de sentença, o que é desnecessário para os negócios nulos; as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado e pelo Ministério Público, mas as anulabilidades e os negócios nulos não se sujeitam a prescrição ou decadência” (BDINE JÚNIOR, H. C. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 224).

⁹¹⁷ MATIETTO, 2007, p. 360; VALLE FERREIRA, 2011, p. 74; DICKSTEIN, M. *Nulidades Prescrevem? Uma perspectiva funcional da invalidez*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, 26-27.

um lado, o interesse público que prestigia o reconhecimento da nulidade a qualquer tempo e, de outro, a segurança jurídica e pacificação social. Diante desse conflito, o autor, mesmo na vigência do Código Civil de 2002, continuava “sustentando que não há direitos imprescritíveis” e que “a declaração de nulidade prescreve em dez anos”.⁹¹⁸

Essa controvérsia poderia ser exposta em termos levemente diversos, para fins de melhor compreensão. Há quem veja no art. 169, CC/2002, uma afirmação geral: toda nulidade não se convalida, não se sujeitando a prazo decadencial ou prescricional. Com isso, toda hipótese de nulidade haveria de ser reconhecida a qualquer tempo. Sob essa ótica, a crítica de Caio Mário da Silva Pereira só poderia significar que a lei, tal como está, deveria ser objeto de alteração.

Ocorre que, para além dessa perspectiva generalista, há outra mais casuísta. Como destaca Francisco Amaral “o direito civil contemporâneo, fragmentado em sua matéria e pluralista nas suas fontes, revela, assim, fraturas crescentes na sua sistematicidade, permitindo o surgimento de regimes especiais de nulidades”,⁹¹⁹ como o do casamento, dos atos da administração, da incorporação imobiliária, da nulidade, dos testamentos, dentre outros. Sob essa visão, as características previstas na parte geral do Código Civil seriam próprias de nulidades que não tivessem regime mais específico. Antônio Junqueira de Azevedo, de modo semelhante, ressalta que “o Código não adotou, para a divisão “atos nulos – atos anuláveis”, nenhum critério definido” e que, “depois de muita reflexão”, concluiu que “na verdade a distinção é meramente de ordem prática e não científica”.⁹²⁰ O professor paulista imagina que a nulidade tenha efeitos típicos (A, B, C, D, etc) e que a anulabilidade, também (a, b, c, d, etc). No entanto, “como não há critério objetivo, como nulo e anulável são somente ‘nomes’, a lei pode se dar à liberdade de, ora num passo, ora noutro, determinar que tal ou qual ato é nulo, mas que, ali, no conteúdo de ‘nulo’, A seja substituído por a, ou A² por a², ou C por c, etc”.⁹²¹

Deve-se admitir, portanto, que o Código Civil traz apenas consequências gerais da invalidade, que podem ser derogadas em hipóteses especiais.⁹²² Francisco Amaral, por

⁹¹⁸ SILVA PEREIRA, 2011b, p. 532.

⁹¹⁹ AMARAL, 2014, p. 555.

⁹²⁰ JUNQUEIRA AZEVEDO, 1986, p. 111.

⁹²¹ *Idem*, p. 112.

⁹²² Conf. ASCENSÃO, J. O. *Direito Civil: Teoria Geral: ações e fatos jurídicos*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a, p. 314-315. Em particular, o professor destaca que “a nulidade e anulabilidade são institutos gerais, que se manifestam nas invalidades particulares. O seu regime aplica-se a estas, sempre que não houver razão para o afastar, pela índole da particular invalidade em causa” (*idem*, p. 325). Para uma crítica a teoria das nulidades, *vide* DICKSTEIN, 2016.

exemplo, fala-nos de diversas espécies de nulidade: absolutas (podem ser algadas por quaisquer interessados) e relativas (que não se confundem com a anulabilidade, e só podem ser aventadas pelas partes), totais (atingem todo o negócio) e parciais (afetam parte do negócio apenas), textuais (declaradas na lei) e virtuais (ou tácitas, dedutíveis das normas e princípios do sistema).⁹²³ De modo similar, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior tratam como simplista a solução que procura reunir todas as hipóteses de invalidade nas categorias de nulidade e anulabilidade, destacando que essas duas figuras não esgotam o fenômeno. Daí a razão pela qual diferenciam nulidades absolutas (que podem ser apontadas por qualquer interessado), relativas (que só podem ser aventadas pelas partes),⁹²⁴ nulidade total e parcial, nulidade de pleno direito e dependente de alegação, assim como das anulabilidades (que podem ser convalidadas).⁹²⁵

Admitir esse pluralismo de invalidades, para além das hipóteses gerais de nulidade e anulabilidade, está mais de acordo com a natureza do direito e com o caráter da atividade legiferante, em que o legislador tem razoável discricionariedade para retirar do negócio inválido todos ou alguns efeitos. Essa perspectiva também é capaz de justificar e explicar as diversas situações em que o nulo produz algum efeito tolerado pela ordem jurídica, sendo a mais notória delas o casamento putativo⁹²⁶. Em regra, nesses casos, o ordenamento jurídico

⁹²³ AMARAL, 2014, p. 560. No mesmo sentido, *vide* JUNQUEIRA AZEVEDO, A. Ação de nulidade de testamento - *falta de legitimatio ad causam* de quem não é herdeiro nem legatário - os atos nulos podem, ou não, ser atos nulos de pleno direito - cânones hermenêuticos e interpretação das exigências de formalidades essenciais no testamento público [Parecer]. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 95, p. 175-182, n. jan./mar., 1999.

⁹²⁴ Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão complementa, afirmando que “a nulidade relativa é assim aquela em que há prioritariamente um sujeito que é tutelado; na nulidade absoluta pode pelo contrário haver vários interessados particulares, mas a tutela é em primeiralinha de um interesse geral” (ASCENSÃO, 2010a, p. 319).

⁹²⁵ NERY JUNIOR, N.; e NERY, R. M. B. B. A. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Tomo II. São Paulo: RT, 2015, p. 221 e ss.

⁹²⁶ Sobre efeitos do nulo, *vide* JUNQUEIRA AZEVEDO, 2002, p. 64; BULHÕES CARVALHO, *op.cit.*, p. 142 e ss. As exceções estão todas ligadas à tutela da confiança e da boa-fé. O casamento putativo, como se sabe, é nulo, só produzindo efeitos em relação ao cônjuge de boa-fé. O segundo grande exemplo, aplicável ao direito público ou privado, está relacionado a contratos de trato continuado. Nesses casos, a invalidação do negócio jurídico leva, em regra, ao restabelecimento das partes a sua situação patrimonial anterior. Entretanto, há situações em que o retorno ao *status quo ante* é, de fato, impossível. Tome-se, por exemplo, o prestador de serviço, o trabalhador ou o funcionário público que agiram de boa-fé com base em um contrato nulo. O retorno ao *status quo ante* obrigaria essas pessoas a devolverem a remuneração percebida e o tomador do serviço, o empregador ou estado deveriam restituir o trabalho do qual se beneficiaram. Nesses casos, impõe-se a salvaguarda da confiança, da boa-fé e da segurança jurídica, fazendo com que se reconheçam certos efeitos do ato nulo. Em outras palavras, enquanto durar a boa-fé e até a declaração de nulidade, perduram esses efeitos (conf. MELLO, M. B. de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 228 e ss.). Sobre a possibilidade de ver-se efeitos do contrato administrativo nulo, *vide* em particular o que foi decidido pela Corte Especial do STJ, no EREsp 575.551/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01/04/2009, DJe 30/04/2009, e pelo Tribunal do Trabalho de Coimbra, Apelação nº 435/09.3TTCBR.C1, de 15.12.2010, assim como a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 440). Há ainda que mencionar a situação das leis inconstitucionais. Se mesmo as leis inconstitucionais podem produzir efeitos, dada a modulação da inconstitucionalidade, em prol

toma um negócio existente e lhe juridifica em razão da tutela da confiança, assegurando a produção de efeitos por força desta, e não por força da autonomia privada.⁹²⁷

Nesse sentido, podemos admitir nulidades pontuais que convalidam com o tempo, como regras especiais que, nesse ponto, excepcionam a regra geral. Antônio Junqueira de Azevedo, ao tratar do princípio da conservação do negócio jurídico e seus efeitos sobre as invalidades, reconhecia que “a *sanação do nulo*, cabível em casos excepcionais (...), é também resultante do desejo do legislador de evitar que, por excessiva severidade, percam-se negócios úteis econômica ou socialmente”.⁹²⁸ Talvez por esse mesmo motivo, ao tratar da nulidade, Washington de Barros Monteiro apontasse soluções que oscilavam entre perpetuidade e prescritibilidade das invalidades.⁹²⁹

Dito isso, podemos retomar o raciocínio desde um ponto anteriormente mencionado. Há quem veja nas invalidades uma sanção jurídica e quem as tome como simples imperfeição dos requisitos exigidos para que se produza a validade.

Apesar de José de Oliveira Ascensão não ver razão para diferenciar uma situação de outra, sendo que em ambas a conclusão é unívoca pela nulidade,⁹³⁰ a teoria da invalidade

da segurança jurídica, por que não se poderia reconhecer os efeitos do nulo na esfera do direito privado? Ora, se a inconstitucionalidade é uma nulidade qualificada e merece esse tratamento, a simples nulidade excepcionalmente também poderá produzir certos efeitos. Francisco Amaral procura destacar que “o negócio jurídico não produz os efeitos próprios da sua espécie” (*op.cit.*, p. 572), o que significa dizer que, tendo entrado no plano da existência, admite-se a ele algum efeito dado pela lei. O inexistente não é apto para produzir efeitos jurídicos. O nulo é suscetível de feitos provisórios até sua declaração.

⁹²⁷ Conf. MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil*. v. II. Parte Geral. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2000, p. 944. O autor identifica também em Portugal situações em que a nulidade plena levaria a soluções injustas, admitindo que ali possa haver nulo com eficácia perante terceiros e nulidades sanáveis. Essas nulidades, trata-as como relativas. No seu entender, as nulidades relativas “derivam de um concurso: - entre permissão genérica de as invocar; e o direito potestativo de, *ex bona fide*, ou conservar os efeitos do negócio ou, saneado o negócio, fazer surgir, *ex novo*, as posições jurídicas equivalentes ao negócio novo” (*Idem*, p. 945).

⁹²⁸ JUNQUEIRA AZEVEDO, 2002, p. 68. Em outra obra, lê-se: “há nulos que são sanáveis por decurso do tempo (art. 208 do Código Civil [de 1916]” (JUNQUEIRA AZEVEDO, 1986, p. 113). No mesmo sentido, SIMÃO, 2013, p. 166.

⁹²⁹ Para Washington de Barros Monteiro, por exemplo, “a anulabilidade é prescritível, em prazos mais ou menos exíguos; a nulidade não prescreve (*quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalidescere*), ou, se prescreve, será no maior prazo previsto em lei (MONTEIRO, W. B.; FRANÇA PINTO, A. C. B. M. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. v. I. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329).

⁹³⁰ ASCENSÃO, 2010a, p. 321. No entanto, para que sejamos fiéis ao pensamento do autor, confira-se suas lições: “(...) o ato inválido não é por si ilícito. A invalidade é uma qualificação menos intrínseca, por estar ligada a uma avaliação do ato enquanto suscetível de produzir efeitos, independentemente de qualquer reprovação. A esta conclusão teríamos aliás que chegar depois do que dissemos sobre a caracterização da nulidade. Se esta abrange, não apenas o ato em contradição, mas também o ato incompleto; e se o ato incompleto pode ser o ato que está em processo regular de formação; seguramente que seria contraditório qualificar depois a invalidade como uma sanção” (*idem*, p. 341). Essa visão contrasta com a de Antonio Junqueira de Azevedo, para quem os negócios incompletos resumem-se ao problema de declarações incompletas e, assim, enquadram-se no plano da existência jurídica, e não da validade. De modo consentâneo, para ele as invalidades assumem natureza de sanção à ilicitude, isto é, declarações irregulares, em desconformidade com a lei (JUNQUEIRA AZEVEDO, 1986, p. 96-103).

como sanção é consentânea com a característica constitutiva negativa que alguns autores veem nas nulidades e anulabilidades. Como consequência direta, em se tratando de direitos potestativos, os prazos que eventualmente lhe sejam aplicados seriam decadenciais.

A teoria de má-formação dá melhor suporte para aqueles que veem efeito declaratório na sentença que reconhece a nulidade. Sob essa vertente, como já procuramos expor, a sentença meramente declaratória de nulidade seria imprescritível, mas não as pretensões ressarcitórias e patrimoniais que possam estar a ela atreladas.

Esse tema é central para a discussão ora proposta. A primeira teoria tem grande aceitação entre nós, notadamente para explicar o que se passa na nulidade. A nulidade, insanável que é, deve ser simplesmente declarada por sentença. É comum ver a doutrina⁹³¹ e a jurisprudência⁹³² afirmarem que as sentenças que cuidam da nulidade são declaratórias, têm efeito retroativo e não se sujeitam a prazo prescricional.

No lado oposto desta disputa, há autores de peso. Pontes de Miranda trata as nulidades como sanções, ao atingir o plano de validade dos negócios jurídicos, mas não a sua existência jurídica. Coerentemente, afirma que “as ações de nulidade e de anulação, de rescisão, de resolução e de resilição são constitutivas negativas”.⁹³³ O professor alagoano não poupa críticas à concepção diversa, de Guilherme Estellita, afirmando que “erros houve, e há, no tocante a espécies de declaração. Um deles é o que confunde existência e validade,

⁹³¹ Vide, ESTELLITA, 1933, p. 11; SILVA PEREIRA, 2011b, p. 528; e TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2004, v. 1. p. 315. “De modo que, comparando as duas espécies, vê-se que a nulidade é automática, pois ele emana da vontade do legislador, enquanto a anulabilidade depende de sentença e emana da vontade do juiz, a pedido do prejudicado. De uma certa maneira poder-se-ia dizer que a sentença que proclama a nulidade absoluta é declaratória, enquanto o julgado que afirma a nulidade relativa é constitutivo” (RODRIGUES, S. *Direito Civil: Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997a, p. 286). Francisco Amaral, apesar de tratar as invalidades como sanção, segue aquela que é, para ele, “opinião comum na doutrina” de que “a sentença é de natureza declaratória porque se limita a declarar a invalidade do ato, sem criação de um novo estado jurídico, com eficácia retroativa ao momento em que o ato foi praticado, *ex tunc*, portanto” (AMARAL, 2014, p. 570-571).

⁹³² “Recurso extraordinário. Arguição de relevancia. Ação declaratoria de nulidade. Alteração de contrato social. Assinatura falsificada. Nulidade absoluta. (...) 2. Os atos juridicos nulos não prescrevem, podendo ser declarados nulos a qualquer tempo. Precedentes da turma. 3. recursos especiais não conhecidos” (STJ, REsp 7.364/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 18/02/1997, DJ 10/11/1997, p. 57741). “A ausência de consentimento ou outorga uxória em declaração de transferência de imóvel pertencente ao patrimônio do casal é ato jurídico absolutamente nulo e, por isso, imprescritível, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, além de não produzir qualquer efeito jurídico” (STJ, REsp 38.549/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, j. 08/06/2000, DJ 28/08/2000, p. 70).

⁹³³ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 161; no mesmo sentido, vide COMPARATO, F. K. Natureza do prazo extintivo da ação de nulidade do registro de marcas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 24, n. 77, jan-mar, p. 57-63, 1990. Leonardo Matietto afirma que “nem se argumente que, no primeiro caso [nulidade], o provimento jurisdicional seria meramente declaratório, enquanto que, no segundo [anulabilidade], a decisão seria constitutiva. Toda sentença constitutiva possui um conteúdo declaratório: para decretar a anulação, o juiz precisa primeiro reconhecer e declarara a causa de anulabilidade” (MATIETTO, 2007, p. 345).

e chegou ao ponto de ter como declarativo o julgado que decreta a nulidade ou a anulação”.⁹³⁴

Em um campo de grande complexidade como esse, temos que não pode ser acolhida uma das teorias em detrimento da outra. Do ponto de vista lógico, o que nunca se completou, não pode ser desconstituído. No entanto, do ponto de vista do direito positivo, as anulabilidades assinalam justamente a invalidade do negócio jurídico que não alcançou todos os seus pressupostos formativos.

Dessa forma, podemos afirmar que, em regra, as nulidades refletem a incompletude e, portanto, são declaradas por sentença. As anulabilidades, por sua vez, exigem o exercício do direito potestativo do interessado e a consequente atuação do Estado-juiz, sendo mais condizentes com a visão sancionadora. Nesse último caso, o direito potestativo frequentemente está restrito no tempo, sujeito a prazo decadencial.

Essa distinção não abrange as nulidades convalidáveis, cuja existência apontamos acima. Dito isto, é necessário reformular a ideia, para ganhar em precisão. A afirmação mais correta indica que as invalidades insanáveis são passíveis de simples declaração judicial, pois o ato jurídico nunca se aperfeiçoou completamente e nunca chegará à validade. As anulabilidades e as nulidades sanáveis sujeitam-se a sanção, podendo ser decretadas judicialmente, quando estarão impedidas de vir a alcançar a validade plena. Também há em ambas hipóteses direito potestativo da parte interessada, que se extingue com o tempo.

Note-se que, em termos ligeiramente diversos, a doutrina nacional reconheceu as dificuldades relacionadas a esse tema, sem propor soluções compreensivas. Youssef Said Cahali reconhecia que há nulidades imprescritíveis e prescritíveis,⁹³⁵ perguntando-se para onde a doutrina deveria ir, como haveria de identificar as situações do primeiro e do segundo grupo. Ele, então, considerava que “o critério simplesmente fundado no caráter patrimonial do objeto litigioso, frequentemente invocado, conquanto proveitoso e aparentemente válido, não se mostra satisfatório o suficiente, quando se considera que existiriam ações de conteúdo patrimonial que reconhecidamente não prescrevem (ação envolvendo bem público, venda a

⁹³⁴ PONTES DE MIRANDA, 2016b, p. 36.

⁹³⁵ “Quando a jurisprudência afirma que ‘a nulidade ou é imprescritível, ou prescreve no maior prazo previsto na lei civil’, deve-se entender este enunciado no sentido de que: 1) existem ações de nulidade que são imprescritíveis; 2) existem ações de nulidade que prescrevem no maior prazo previsto na lei civil (*longissimus tempus*)” (CAHALI, 2009, p. 69).

non domino[⁹³⁶], ação divisória)”.⁹³⁷ No entanto, em sua obra o professor paulista não logrou apontar uma solução para o problema.

Marcelo Dickstein, em monografia sobre o tema, aduz que as nulidades são prescritíveis quanto aos seus efeitos patrimoniais, mas não quanto aos efeitos extrapatrimoniais.⁹³⁸ O autor carioca acertadamente traz à baila três exemplos de nulidades prescritíveis, a saber: *i*) art. 48, CC/2002;⁹³⁹ *ii*) art. 206, §3º, VII, CC/2002;⁹⁴⁰ *iii*) art. 1.859, CC/2002,⁹⁴¹ além de precedentes sobre o tema.⁹⁴² Conquanto o art. 48, CC/2002, diga

⁹³⁶ Assim, aquele que aliena propriedade alheia, celebra contro nulo que se convalida se houver posterior da propriedade. Com a mesma opinião, *vide* MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 969.

Art. 1.268, CC/2002. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigure dono. § 1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição. § 2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo.

⁹³⁷ CAHALI, *op. cit.*, p. 69. Também a apontar imprescritibilidade, *vide* PONTES DE MIRANDA, 2013c, p. 329. As ações divisórias refletem o exercício de um direito potestativo, sem prazo. Não há, por isso, prescrição. Para interessante perspectiva história desse tema, *vide* MORATO, 1944. Francisco Morato critica a doutrina que aponta imprescritibilidade da ação divisória: “Não é verdade que as ações divisórias nascem da lesão do direito, do facto e do momento da contestação da comunhão. As ações divisorias nascem com a comunhão e com ella vivem em todas as épocas, em todos os momentos, em todos os instantes. (...) O que se dá é que, existindo a acção sempre, desde o inicio da comunhão, a sua prescrição começa a correr do facto de se contestarem os consortes os direitos de condomínio; de sorte que a dicta contestação é o marco que assignala, não o nascimento da acção, senão só e só o início da prescrição” (MORATO, *op. cit.*, p. 78-79).

⁹³⁸ DICKSTEIN, 2016, p. 138.

⁹³⁹ Art. 48, CC/2002. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.

⁹⁴⁰ Art. 206, CC/2002. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: *a*) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima; *b*) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento; *c*) para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação.

⁹⁴¹ Art. 1.859, CC/2002. Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro.

⁹⁴² Destaca-se o seguinte: “Ato administrativo. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc” (STF, ACO 79, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 15/03/2012).

respeito expressamente a anulabilidade, concordamos essencialmente com as conclusões e com os exemplos apresentados por este autor, mas não acolhemos seus fundamentos. Como bem apontado por Cahali, não é apenas a natureza patrimonial dos direitos envolvidos que será decisiva para a conclusão de restrição temporal. Para nós, os efeitos patrimoniais prescrevem em qualquer nulidade em razão de haver pretensão derivada relativa ao retorno das partes ao seu 'status quo ante'. No entanto, a possibilidade de convalidação temporal das nulidades traz um significado maior, a evidenciar que o próprio negócio jurídico permanece, circunstância que não é precisamente destacada naquele estudo.

O art. 206, §3º, VII, CC/2002, trata da invalidade própria de atos societários. A vida social não pode conviver com a perpétua insegurança sobre a prática de atos sociais. Imagine-se um administrado que, uma vez eleito, começa a celebrar diversos atos em nome da empresa. Quinze anos após, tem-se sua eleição por nula de pleno direito. A atribuição de efeitos prospectivos a esta nulidade, o levaria à exclusão da função e, para além disso, exigiria a revisão de todos os negócios jurídicos que, sem terem sido validamente assinados, seriam nulos. A convalidação temporal é fator de grande estabilidade nessa seara, a prestigiar a boa-fé de terceiros que negociaram com a pessoa jurídica, tanto assim que a Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro 1916) preferiu tratar desta figura como anulabilidade.⁹⁴³

De modo semelhante, o art. 1.859, CC/2002, estipula que se extingue, em cinco anos, o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro. Para a parte considerável da doutrina, tem-se aí o prazo decadencial a envolver hipóteses de anulabilidade e também de nulidade, como exceção à regra do art. 169, CC/2002.⁹⁴⁴ Ora, se isto assim ocorre, é porque nem toda nulidade é insanável. Como bem reconhece Zeno

⁹⁴³ Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos.

Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembléia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

⁹⁴⁴ SILVA PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil: direito das sucessões*. 17. ed. v. 6. Atualização. Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 335-336; no mesmo sentido, com defesa enfática da solução, vide VENOSA, 2010, p. 1687-1688; AMORIM, S. L. *Código Civil Comentado*. v. 19. In: AZEVEDO, A. V. (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 42; LEITE, E. O. *Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Sucessões*. In: TEIXEIRA, S. F. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 319; VELOSO, Z. *Comentários ao Código Civil*. AZEVEDO, A. J. (Coord.). Parte Especial. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22. Os professores Tepedino, Barboza e Moraes expõem a tese que foi seguida por Marcelo Dickstein, postulando uma separação entre efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo estes sujeitos à regra do art. 169, CC/2002, e aqueles ao prazo, cuja não natureza não deixam transparecer precisamente, se decadencial ou prescricional (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2014, p. 675-676).

Veloso, “trata-se de hipótese de sanção, pelo decurso do tempo, de negócio jurídico nulo”.⁹⁴⁵ Cabe à teoria geral do direito privado deixar essa situação clara.

O art. 169, CC/2002, é regra geral, que pode ser excepcionada e não explica as situações específicas em que há nulidades que se convalidam com o tempo. Cahali, Washington de Barros Monteiro e Marcelo Dickstein, ao lado de tantos outros, tinham razão ao mencionar nulidades “prescritíveis” e “imprescritíveis”. Porém procuramos dar solução sistemática ao problema, identificando as nulidades insanáveis com as sentenças declaratórias, o que permite perceber que não estão em disputas as pretensões nem os direitos potestativos. Portanto, as nulidades insanáveis são declaradas, sem prescrição ou decadência aplicável.⁹⁴⁶

Tomemos o exemplo de uma nulidade contratual. Sem regra específica, trata-se de vício insanável. A declaração em si não está sujeita a prazo. Contudo, se há efeitos patrimoniais daí advindos, há alguma pretensão associada. Ao postular uma nulidade de um contrato, o autor da ação não quer somente a declaração de uma nulidade insanável, mas pretende, isto é, faz valer um poder de exigir, para reaver o que pagou, fazendo com que as coisas retornem ao *‘status quo ante’*. Conquanto a declaração pura não prescreva e não esteja sujeita a prazo, porque não tem pretensão associada, não se pode dizer o mesmo de seus efeitos patrimoniais, que estão sujeitos aos prazos prescricionais próprios. Essa é a aplicação prática, no campo das nulidades, do qual dissemos no parágrafo anterior ao tratar das sentenças declaratórias.

No que diz respeito às nulidades sanáveis, pode-se reconhecê-las onde a lei assim dispuser. Quando a lei estabelece um prazo, para além do qual a nulidade não pode ser reconhecida, qualquer interessado pode requerer que, por meio de sentença desconstitutiva, aquele negócio esteja impedido de se convalidar. O prazo associado a esta nulidade, a exemplo do que ocorre com as anulabilidades, é decadencial.

Em síntese, propomos as seguintes teses (XXIX): *i*) nulidades insanáveis podem ser declaradas por sentença a qualquer tempo e, na linha do que foi anteriormente proposto, seus efeitos patrimoniais estão atrelados à pretensão prescritível; *ii*) nulidades sanáveis são

⁹⁴⁵ VELOSO, *op.cit.*, p. 22.

⁹⁴⁶ É essa essencialmente a opinião de Júlio Gonzaga Andrade Neves: “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 declara-las. Coisa diversa sucede com pretensões surgidas de forma periférica a 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” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 250).

aquelas que se convalidam com o tempo, razão pela qual o negócio pode ser desconstituído por sentença judicial se o interessado exerce seu direito potestativo no prazo decadencial que lhe é atribuído.

§38. *Nulidade de marca*

Em razão da linha de raciocínio proposta, analisaremos neste ponto sobre o tema da nulidade de marca e sua limitação temporal. O direito de marca faz jus a outras pretensões, como a de abstenção de uso⁹⁴⁷ e a reparatória,⁹⁴⁸ que não serão objeto de nossa atenção.

Diante disso, o problema das nulidades sanáveis é bem conhecido fora do direito privado. Esses ramos nem sempre separam com clareza as nulidades das anulabilidades. Como não cabe aqui discorrer sobre os problemas alheios ao escopo proposto, parece oportuno apenas mencionar que a jurisprudência concluiu, quanto à ação que busca declarar uma nulidade contida no auto de infração, que não há puramente uma declaração, mas também efeitos outros, desconstitutivos da multa, o que impede o reconhecimento da imprescritibilidade. Por esse motivo, ter concluído o STJ que “o prazo prescricional adotado em sede de ação declaratória de nulidade de lançamentos tributários é quinquenal, nos moldes do art. 1º do Decreto 20.910/32 (...)”. E “isto porque o escopo da demanda é a anulação total ou parcial de um crédito tributário constituído pela autoridade fiscal, mediante lançamento de ofício, em que o direito de ação contra a Fazenda Pública decorre da notificação desse lançamento”.⁹⁴⁹ Assim, a ação que visa reconhecer a nulidade de

⁹⁴⁷ O enunciado nº 142, da Súmula do STJ, chegou a asseverar que “prescreve em vinte anos a ação para exigir a abstenção do uso de marca comercial” (STJ, Súmula 142, 2ª Seção, j. 12/05/1999, DJ 10/06/1999, p. 49, DJ 23/06/1995, p. 19648). Esse entendimento foi posteriormente revogado quando do julgamento da Ação Rescisória n. 512/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 2ª Seção, j. em 12/05/1999, DJ 19/02/2001, p. 129). Do inteiro teor, depreende-se que o STJ entendeu ser aplicável ao caso o prazo então em vigor para as pretensões de direito real: “Tocante à pretendida revisão do verbete sumular nº 142-STJ, penso ser esta a oportunidade para fazê-lo, pois realmente o referido enunciado não corresponde aos julgados que lhe deram origem. Tratando-se de ação proposta para exigir a abstenção do uso de marca comercial, o prazo da prescrição, a rigor, não é o vintenário, como consta da súmula em foco, mas sim, nos termos do disposto no art. 177 do Código Civil, o de dez anos entre presentes e quinze entre ausentes, visto que, na forma do que assentou a C. Segunda Seção, o prazo prescricional será aí o das ações reais”. O prazo das ações reais, a perpetuidade da propriedade e a difícil harmonização de prazos prescricionais como os de usucapião são melhor analisados no § 40 abaixo. Assim, para nós, a pretensão de abstenção existe enquanto a marca existir, pois, sem ela, o direito de marca foi reduzido a nada. Com essa mesma conclusão, mas postulando a reforma legislativa, para introduzir um prazo quinquenal, *vide* TINOCO SOARES, J. C. Marcas e nomes empresariais – Decadência e prescrição à luz do novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*, v. 22, jan/abril, 2002, p. 95-105.

⁹⁴⁸ O art. 225, LPI, estabelece que “prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial”. Do mesmo modo, o enunciado nº 143 da Súmula do STJ estabelece que “Prescreve em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial”.

⁹⁴⁹ STJ, REsp 947.206/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. 13/10/2010, DJe 26/10/2010. No mesmo sentido, confira-se: “Afasta-se a tese do acórdão recorrido acerca da imprescritibilidade da presente demanda, posto

determinada relação jurídico-tributária, impedindo a cobrança dos créditos consubstanciados em auto de infração, não é tratada como meramente declaratória, sujeitando-se a prazo.⁹⁵⁰

Para que não haja uma fuga do escopo próprio deste estudo, vale destacar, dentre os diversos regimes específicos sobre a nulidade, a situação das marcas. Reside aí um bom exemplo do que dissemos anteriormente.

O art. 174, da Lei nº 9.279, de 14 maio 1996 (LPI), estabelece que “prescreve em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão”. Essa regra fala-nos de prescrição, ação declaratória e, ademais, de nulidade. Como procuramos destacar, a noção de prescrição é incompatível com situações jurídicas em que não haja pretensão. Com isso, três alternativas são possíveis: *i)* não há propriamente nulidade; *ii)* não se trata propriamente de ação declaratória; *iii)* não há prazo prescricional, mas de outra natureza.

Façamos, inicialmente, uma revisão da principal doutrina sobre o tema. Há nesse campo grande divergência sobre a natureza do registro, havendo quem propugne seu caráter atributivo e quem advogue seu efeito meramente declaratório.⁹⁵¹ Para o primeiro grupo, a propriedade industrial nasce do seu registro. A outorga administrativa assegura o privilégio de uso exclusivo sobre determinada inovação. Consequentemente, não deveria haver invalidade até a prolação da decisão que a reconhece, cujo efeito haveria de ser a desconstituição do registro. O regime de invalidade deveria ter efeitos ‘*ex nunc*’. Para o segundo grupo, a marca adquire-se por sua ocupação, ou uso propriamente dito. O registro tem a função de dar segurança, reduzindo o número de litígios. Quem se apropria de marca alheia, não faz jus ao registro. Em decorrência, o regime de invalidades haveria de ser o da nulidade, produzindo efeitos desde sempre.

Conquanto tenha as características gerais de um sistema atributivo, a Lei nº 9.279/1996, é particularmente dúbia a este respeito. Ao tratar das marcas, que mais de perto nos interessam, diz-se que “a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente

que, conforme evidenciado, trata-se da hipótese cuja sentença é constitutiva negativa. Assim, na ausência de norma específica a regular a matéria, o prazo prescricional a ser observado é quinquenal, nos moldes do art. 1º do Decreto 20.910/32” (EDcl no REsp 894.981/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 6.11.2008, DJE 27.11.2008).

⁹⁵⁰ Em situações específicas, quando há ações puramente declaratórias, a jurisprudência reconhece a imprescritibilidade. Confira-se: “O Tribunal bandeirante consignou que “com o advento do prazo prescricional quinquenal, a cobrança judicial do crédito se torna inoperável para os exercícios financeiros de 1992, 1993, 1997 e 1998”. Dessarte, a demanda proposta possui natureza eminentemente declaratória da prescrição dos créditos tributários, devendo ser considerada imprescritível” (STJ, REsp 1689950/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 05/10/2017, DJe 16/10/2017).

⁹⁵¹ GAMA CERQUEIRA, J. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 935-966.

expedido” (art. 129). Se esta regra aponta para um sistema atributivo, o seu parágrafo primeiro contradiz essa premissa, ao assegurar que uma marca simplesmente utilizada no mercado possa gozar de alguma prioridade registral. Assim, “toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no país, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro”.⁹⁵²

Se o sistema legal não adota uma posição clara, daí não se pode extrair a premissa para resolver o debate que se estabeleceu em torno da prescrição. O legislador, ao tratar das patentes, estabeleceu a possibilidade de nulidade cognoscível de ofício, a qualquer tempo.⁹⁵³ Com isso, enquanto viger a patente, qualquer interessado pode postular sua nulidade.

A respeito das marcas, veem-se regras essencialmente similares a estas. Diz-nos o art. 165, LPI, que “é nulo o registro que for concedido em desacordo com as disposições desta Lei”. Mais que isso, “a declaração de nulidade produzirá efeito a partir da data do depósito do pedido” (art. 167) e “a ação de nulidade poderá ser proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse” (art. 173).⁹⁵⁴ Quanto às marcas há, no entanto, a peculiaridade de estar a ação de nulidade sujeita ao prazo quinquenal.

A situação é singular porque não estão perfeitamente presentes quaisquer das invalidades típicas, nulidade ou anulabilidade. A nulidade das marcas não se confunde com a situação tratada pelas regras gerais de anulabilidade. Ela é cognoscível de ofício, pode ser alegada por qualquer interessado e produz efeitos ‘*ex tunc*’. A lei diz que a nulidade deve ser “declarada”. No entanto, como é comum às anulabilidades, a invalidade das marcas sujeita-se a prazo.

Felipe Barros Oquendo advoga que a lei traz termos equivocados e que existe ação desconstitutiva, que há nulidade absoluta, cognoscível de ofício, e não sujeita à convalidação ou a prazo decadencial.⁹⁵⁵ Em termos semelhantes, Mario Augusto Soerensen Garcia

⁹⁵² E, como veremos, não se pode registrar marcas notoriamente conhecidas. Detentores de marcas já registradas no exterior podem adjudicar uma marca brasileira.

⁹⁵³ Art. 56, LPI. A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse”.

§ 1º A nulidade da patente poderá ser argüida, a qualquer tempo, como matéria de defesa.

§ 2º O juiz poderá, preventiva ou incidentalmente, determinar a suspensão dos efeitos da patente, atendidos os requisitos processuais próprios.

⁹⁵⁴ Na doutrina, *vide* GAMA CERQUEIRA, 1982, p. 1073.

⁹⁵⁵ OQUENDO, F. B. Nulidade de registros de marca concedidos em violação do princípio da distintividade intrínseca: apontamentos e aspectos de direito processual. *Revista Eletrônica do IBPI*, Instituto Brasileiro de Propriedade Industrial, n. 6, p. 345-405, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2RXynu5>>. Acesso em: 9 out. 2019.

defende que, passado o prazo, ainda assim, pode haver o reconhecimento da nulidade de marca.⁹⁵⁶

A solução apresentada por estes autores é equivocada. Não é legítimo presumir que o prazo quinquenal não existe, apesar da clara dicção legal. O STJ vem afirmando, ao tratar especificamente da situação, que o legislador estabeleceu um lustro para obter-se a invalidade. No entender do voto vencedor, conduzido pela Ministra Nancy Andrighi, “mesmo tratando-se de ato administrativo contaminado por nulidade, os efeitos dele decorrentes não podem ser afastados se entre a data de sua prática e o ajuizamento da ação já houve o transcurso do prazo prescricional previsto para incidência na correspondente hipótese fática, salvo flagrante inconstitucionalidade”. Mais que isso, propor que a ação de nulidade de marca seja imprescritível “equivale a esvaziar o conteúdo normativo do dispositivo precitado, fazendo letra morta da opção legislativa e gerando instabilidade, não somente aos titulares de registro, mas também a todo o sistema de defesa da propriedade industrial”.⁹⁵⁷

A doutrina mais abalizada trata da situação como prazo decadencial, sem possibilidade de suspensão ou interrupção.⁹⁵⁸ Passado o prazo, o tema não poderia ser aventado sequer em defesa. Fábio Konder Comparato indica que, apesar do emprego do termo “prescrever”, a situação é de decadência, estando em jogo direito formador, não sujeito a causas de suspensão ou interrupção.⁹⁵⁹ De modo mais específico, José Carlos Tinoco Soares qualifica a situação como anulabilidade, sujeita a prazo decadencial, também destacando que, findo o prazo, não mais se poderá questionar o registro de marca.⁹⁶⁰

Essa solução conta com o antigo precedente do STF em seu favor. Em setembro de 1940, o STF tinha competência para julgar matéria infraconstitucional e, assim, avaliou a ação de nulidade de marca proposta por agricultor paulista, titular da marca “Pastoril”, contra a marca registrada por Schilling Hillier & Cia., que havia registrado, dez anos antes, a marca “Neo-pastoril”, para designar produto idêntico. Ao solucionar este caso, o STF tomou por

⁹⁵⁶ GARCIA, M. A. S.; ALVES, C. Há prazo para se anular decisões “desviadas” proferidas por entes públicos, incluindo o INPI? *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 25-26, set.-out, 1998.

⁹⁵⁷ STJ, REsp 1782024/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 07/05/2019, DJe 09/05/2019).

⁹⁵⁸ GAMA CERQUEIRA, 1982, p. 1081-1082.

⁹⁵⁹ O comentário era feito sobre o art. 98, par. único, do Código de Propriedade Industrial, que apresentava a mesma regra sob discussão (conf. COMPARATO, 1990, p. 57-63). Ainda a defender o prazo decadencial de forma geral, vide SCHMIDT, L. D. A Invalidação das marcas constituídas por expressões de uso genérico, vulgar, comum ou necessário. *Revista da ABPI*, n. 38, p. 11-19, jan./fev. 1999.

⁹⁶⁰ TINOCO SOARES, J. C. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*. São Paulo: RT, 1997, p. 266. Mencione-se, ainda, que Leonardo Gomes de Aquino, sem discussão mais aprofundada, trata do tema como nulidade sujeita a prazo prescricional (GOMES DE AQUINO, L. *Propriedade Industrial*. Belo Horizonte: Plácido, 2017, p. 498).

base a legislação de propriedade intelectual então em vigor, mas que, no essencial, estabelecia a mesma regra sob análise e concluiu que não haveria que se falar em interrupção deste prazo, cuja natureza é decadencial.⁹⁶¹

Tem-se aqui excelente exemplo de invalidade atípica e, mais especificamente, da excepcional nulidade sanável. Não se trata de anulabilidade em razão das diversas características que, como anteriormente destacado, aproximam-na da nulidade, salvo no que diz respeito ao prazo. Por convalescer, a sentença que reconhece a nulidade tem efeito constitutivo negativo. Sem razão, portanto, João da Gama Cerqueira quando aponta o caráter declaratório da sentença.⁹⁶² O exercício do direito potestativo impede que o decurso do prazo tenha efeito de convalidação. Assim, sem pretensão em disputa, mas apenas em direito potestativo, o prazo tem claramente natureza decadencial.

Também em consequência dessas observações, se ninguém pleiteia a invalidade no prazo assinalado, a partir de então, o direito potestativo deixa de existir e tampouco a nulidade pode ser apresentada em defesa. Após os cinco anos, o contrafator não tem em seu favor a defesa de nulidade de marca.

A tese aqui proposta é, portanto, a seguinte: (XXX) O art. 174, LPI, estabelece que a nulidade no registro de marca é vício sanável, que se convalida caso não haja sentença que o deconstitua em cinco anos. Vê-se, nesta regra, uso equivocado das expressões “prescrever” e “declarar”. Tem-se aí prazo decadencial e sentença deconstitutiva, que tem efeitos retroativos e que pode ser postulada por qualquer terceiro que tenha legítimo interesse.

Deve-se apenas chamar atenção para a situação das marcas notoriamente conhecidas e, eventualmente, de outras situações específicas que não possam ser enquadradas no art. 174, LPI.⁹⁶³ Nos termos do art. 126, LPI, “a marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º bis (1) da Convenção da União de Paris para Proteção da

⁹⁶¹ STF, 1ª. Turma, Agravo de petição nº 9.229, do Distrito Federal. Agravante: João Pires de Azevedo Pimentel. Agravadas: Sociedade Mercantil Schilling, Hilier & Cia. Ltda. e União Federal. Brasília, 19 de setembro de 1940. *Revista dos Tribunais*, v. 135, n. 500, p. 242-244, jan. 1942.

⁹⁶² GAMA CERQUEIRA, 1982, p. 1081-1083.

⁹⁶³ Lélío Schimidt defende que as palavras de uso geral pertencem ao domínio público e, assim, ao se apropriar indevidamente delas, não há registro de marca que possa ser convalidado com o tempo: “Estas peculiaridades fazem com que o lapso decadencial de que cuida o artigo 174 da LPI seja inaplicável à hipótese de nulidade contida no artigo 124, VI, do mesmo diploma legal. Portanto, a ação de nulidade para declarar a invalidade *extunc* de registro de marca concedido com ofensa a esta norma é imprescritível e pode ser exercida a qualquer tempo. Esta matéria também pode ser suscitada por meio de ação civil pública e a título de defesa, mesmo após o transcurso do lapso quinquenal contido no artigo 174 da LPI” (*op.cit.*). No mesmo sentido, *vide* LEONARDOS, G. F. O reconhecimento incidental de nulidade de registro de marca. *Revista da ABPI*, n. 35, p. 27-35, jul./ago. 1998.

Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil”, não havendo, nesse particular qualquer traço constitutivo do registro. Para além disso, o art. 6º, *bis*, 3, da Convenção União de Paris, ao tratar da marca notoriamente conhecida, estabelece que “não será fixado prazo para requerer o cancelamento ou a proibição de uso de marcas registradas ou utilizadas de má-fé”. O legislador remeteu o caso das marcas notoriamente conhecidas, registradas de má-fé, ao regime geral de nulidade, que não convalesce e é declarada por sentença.⁹⁶⁴

Cumulativamente à pretensão de nulidade, “o titular de uma marca registrada em país signatário da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial poderá, alternativamente, reivindicar, por meio de ação judicial, a adjudicação do registro, nos termos previstos no art. 6º septies (1) daquela Convenção” (art. 166). Esta ação de adjudicação tem os efeitos de uma reivindicação da propriedade intelectual, razão pela qual consideramos imprescritível, sendo aplicável a ela as considerações que fizemos no § 40 abaixo.

§39. *Nulidades Especiais da Doação*

A doação torna-se inválida por quaisquer das causas comuns previstas na parte geral.⁹⁶⁵ Entretanto, dada a gratuidade desse negócio, o legislador cuidou de estabelecer hipóteses particulares de nulidade, a saber: doação de todos os bens e a doação inoficiosa.

Não foram estabelecidos prazos específicos para que se postule a nulidade, razão pela qual surge divergência na jurisprudência sobre o tratamento adequado da questão. Tomemos, em primeiro lugar, os conceitos básicos, para após enfrentar o tema da limitação temporal da pretensão.

Nos termos do art. 548, CC/2002, “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”. Tal preceito visa a resguardar o doador das consequências de sua generosidade excessiva.⁹⁶⁶ Admite-se que a

⁹⁶⁴ Nesse sentido, *vide* RORIZ DE ALMEIDA, L. E. S. Imprescritibilidade da ação anulatória de registro de marca obtido de má-fé. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal*. Cadernos Temáticos - Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região, fev. 2007, p. 39-55.

⁹⁶⁵ Nos termos do art. 166, CC, “é nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

⁹⁶⁶ LÓBO, P. L. N. *Comentários ao Código Civil*: Parte Especial: Das Várias Espécies de Contratos. Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 327.

nulidade pode ser ilidida quando há reserva de bens, de usufruto ou de renda.⁹⁶⁷ Silvio Rodrigues afirmava que a nulidade é total e atinge todos os bens entregues ao donatário. Não se admite, segundo sua visão, a redução para atribuir eficácia à transferência da metade disponível.⁹⁶⁸ Porém, é comum que a solução dada pelos Tribunais seja a simples redução da doação.⁹⁶⁹

O art. 549, CC/2002, por sua vez, regula a doação inoficiosa, ou seja, aquela que é feita para além da porção disponível do patrimônio e que, dessa forma, viola a legítima. Diz-nos esta regra que “nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. A finalidade da norma é proteger os herdeiros necessários do doador. A proteção dos herdeiros necessários seria inócua, se, apesar de estar proibido de testar para além da porção disponível, o sujeito pudesse doá-la em vida.⁹⁷⁰ A nulidade é parcial. Como o próprio texto do art. 549, CC/2002, deixa claro, a nulidade só atinge a porção inoficiosa.

Quanto a essas duas nulidades, o que importa aqui, é avaliar o seu regime jurídico e a sua limitação temporal. Diferentemente do que ocorre no caso da nulidade de marca, não há aqui regra especial em admitir a convalidação desta nulidade. A peculiaridade, ao menos certamente no caso da doação inoficiosa, é que se trata de nulidade parcial, que impõe a redução da doação e não a sua invalidade integral. O tema sujeita-se, portanto, às regras gerais próprias da nulidade estabelecidas na parte geral do Código Civil de 2002.

Diante daquilo que dissemos até este ponto, tem-se ação declaratória de nulidade imprescritível para a doação inoficiosa e para a doação universal. Deve-se questionar, entretanto, o que se passa com os desdobramentos patrimoniais dessa invalidade. Como tivemos oportunidade anteriormente de realçar, defendemos que, das nulidades negociais, decorre pretensão específica para que as partes sejam restituídas ao *status quo ante*, com as atribuições patrimoniais respectivas. A imprescritibilidade da declaração de nulidade não se estende para suas consequências econômicas.⁹⁷¹ A situação da doação, mas

⁹⁶⁷ “Doação do único bem imóvel da doadora com reserva de usufruto. Não incidência do art-1.175 do código civil. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE 102135, Rel. Min. Soares Munhoz, 1ª T, j. 27/04/1984; no mesmo sentido, vide STJ, REsp 285.421-SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 4/5/2010).

⁹⁶⁸ RODRIGUES, S. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. v. 3. Saraiva: 1999, p. 193.

⁹⁶⁹ Veja, por exemplo, o que ocorreu no STJ, REsp 450.951/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T, j. 23/03/2010, cuja discussão central não é esta.

⁹⁷⁰ RODRIGUES, 1999, p. 194.

⁹⁷¹ Nesse sentido, vide o seguinte precedente do TJSP: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Perda de uma chance. Autoras filhas-herdeiras do fundador da sociedade empresária Sadia, da qual a ré BRF é sucessora. Descumprimento, pela ré, de ordem judicial que a condenou a apresentar os livros de registro de ações e de presença de acionistas da sociedade relativos ao período em que se deram supostas doações inoficiosas da

não só dela, permite vislumbrar peculiaridade que se estende a todos os contratos translativos da propriedade.

Entre nós, o negócio jurídico não transfere a propriedade, o que é feito, ordinariamente, por meio da tradição ou do registro imobiliário. O negócio jurídico traslativo constitui o *título*, é a causa da aquisição, mas não a opera; cria apenas a obrigação de transferir, mas é o *modo* que propriamente transfere a propriedade. Na lição de Orlando Gomes, “o *modus* é, em suma, o fato jurídico *lato sensu* a que a lei atribui o efeito de produzir a aquisição da propriedade. Pressupõe título conforme o direito e só existe se reconhecido na lei”.⁹⁷² Consequentemente, sendo nulo o título, não se pode reconhecer a força traslativa da propriedade ao *modo*. O *modus* é condicionado pelo *titulus*.⁹⁷³

Assim, com o reconhecimento da nulidade, o adquirente já não pode ser considerado proprietário. A *contrario sensu*, o vendedor retoma a propriedade e, dessa forma, é possível imaginar concorrência de duas pretensões. Em primeiro lugar, o reconhecimento da invalidade produz um efeito essencialmente obrigacional correlato, qual

participação social de Attilio Fontana a seus filhos, irmãos unilaterais das autoras. Alegação das requerentes de perda da chance de aferir a ocorrência de doação inoficiosa em benefício dos irmãos unilaterais, ou de ação de sonegados em razão das ações não terem sido trazidas à colação. Pedido de indenização por danos materiais e morais. Improcedência. Ausência de probabilidade da existência de dano, pressuposto da perda de uma chance indenizável. Impossibilidade de se aferir, em razão da ausência de elementos concretos, a probabilidade de êxito das autoras em eventual ação de nulidade de doação, ou de sonegados. Segundo laudo pericial, que se acolhe, não concluiu no sentido da ocorrência de doações do acionista pai aos filhos. Redução da participação social do suposto doador e genitor das autoras não seria automaticamente inválida. Doações não importam necessariamente em inoficiosidade, mercê de maiores informações acerca do patrimônio total do doador ao tempo da liberalidade. Doações ocorridas há cerca de 60/70 anos. Imprescritibilidade da ação declaratória de nulidade de doação inoficiosa que não se estende à pretensão restituitória da participação social. Supostas doações feitas há décadas, alcançada a pretensão restituitória pela prescrição. Pretensão de sonegados pela ausência de colação também alcançada pela prescrição. Ausência de probabilidade segura do sucesso de eventual ação anulatória e dos efeitos patrimoniais dela decorrentes. Nem toda chance perdida é indenizável, mas somente aquela plausível e provável, à luz das circunstâncias do caso concreto. Sentença de improcedência mantida. Majoração dos honorários de sucumbência. Fixação por equidade, nos termos do §8º do art. 85, do CPC. Recurso da ré parcialmente provido e recurso das autoras improvido” (TJSP; Apelação Cível 1076382-57.2013.8.26.0100; Rel. Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; j.03/12/2019; Data de Registro: 04/12/2019).

⁹⁷² GOMES, O. *Direitos Reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 235.

⁹⁷³ “CIVIL - COMPRA E VENDA - IMÓVEL - TRANSCRIÇÃO - MATERIA DE PROVA. I - Ensina a doutrina que na compra e venda de imóvel a transcrição no registro imobiliário do título traslativo da propriedade apenas completa, ainda que necessariamente, a operação iniciada com o contrato, ou qualquer outro negócio traslativo. o ‘modus’ é condicionado pelo ‘titulus’. O registro e ato automático, independente de providências do transmitente. II - Em sede do especial, inviável qualquer intento no sentido de reexame de matéria que envolva reavaliação de provas. III - Recurso não conhecido. (STJ, REsp 5.801/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, j. 10/12/1990, DJ 04/02/1991). “(...) 4. A nulidade absoluta do negócio jurídico não é passível de ratificação e nem se convalesce pelo decurso do tempo, de forma que não há como ser reconhecida a prescrição da pretensão anulatória. 5. Tratando-se de instrumento público de procuração lavrado em razão de falsidade ideológica, por figurar como mandante/outorgante pessoa já falecida, tem-se por configurada a inexistência do ato jurídico e, cujo vício contamina a todos os negócios jurídicos posteriormente celebrados com base na procuração eivada de nulidade absoluta (...)” (TJDFT, 20010111050770APC, Rel. Nídia Corrêa Lima, 3ª Turma Cível, j. 08/09/2010).

seja de repetir o indébito. A repetição está sujeita ao prazo prescricional de dez anos.⁹⁷⁴ Ao mesmo tempo, sem transferência, o alienante continua a ser considerado proprietário e, como trataremos adiante, pode reivindicar o bem de quem injustamente o detenha, sem prazo prescricional aplicável.⁹⁷⁵

Na linha do que temos aqui defendido, essa concorrência deve ser resolvida com harmonização dos efeitos do tempo sobre as situações jurídicas e em favor da aplicação dos prazos de usucapião, para que não haja propriedade *sine re* e para que não seja possível reaver bem alheio.⁹⁷⁶ Ao menos no que diz respeito à propriedade imobiliária, essa parece ser a solução legal. Nos termos do art. 214, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (“Lei de Registros Públicos” ou “LRP”), “as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta”, contudo “a nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel” (§5º).

Essas observações levam-nos às seguintes conclusões: (XXXI) as doações inoficiosas e universais são nulas, podendo ser assim declaradas a qualquer tempo e, quando isso ocorrer, as partes não retornam a seu *status quo ante* quando presentes os requisitos da usucapião. Não se aplicam nessa situação as regras da prescrição, decenal ou em outro prazo.

§40. Direitos de propriedade

Diz-se absoluto do direito oponível a um número indeterminado de pessoas, *erga omnes*,⁹⁷⁷ ou seja, que surge no seio de relação jurídica com polo passivo genérico. Os

⁹⁷⁴ Essa afirmação está em linha com aquilo que vinha entendendo a jurisprudência antes do advento do Código Civil, com a diferença de que, então, o prazo máximo de prescrição era vintenário e hoje é decenal. Confira-se: “Prazo prescricional. Sob a égide do CC/1916, o prazo para pleitear a anulação de doações inoficiosas era de 20 anos (STJ, REsp 254.894/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, j. 09/08/2005, DJ 12/09/2005 p. 314). “(...) É vintenária a prescrição da ação que pretende desconstituir doação inoficiosa, sem reserva para subsistência do doador, ainda que efetuada mediante simulação (...)” (STJ, REsp 591.401/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T, j. 23/03/2004, DJ 13/09/2004 p. 259). Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reiterou a aplicação desse prazo, destacando que “no caso de ação anulatória de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular” (STJ, REsp 1755379/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 24/09/2019, DJe 10/10/2019). A conclusão só não é mais acertada porque, no nosso sentir, a ação tem cunho declaratório, e não de anulação. Se houvesse natureza desconstitutiva, estar-se-ia diante de direito potestativo, sem pretensão, não podendo falar-se propriamente de prescrição.

⁹⁷⁵ Vide § 40.

⁹⁷⁶ Para visualizar uma situação prática com essa disputa, vide a opinião de NERY, R. M. B. B. A. Declaração de nulidade de escritura. Usucapião. Matéria de Defesa. *Revista de Processo*, ano 19, n. 75, p. 241-243, jul./set. 1994.

⁹⁷⁷ Vide, a título exemplificativo, San Tiago Dantas: “Quando o dever jurídico toca exclusivamente a certas pessoas que interferem na relação, quer seja a uma, a duas, ou a mais pessoas, tem-se o direito relativo, porém, quando o dever jurídico toca a todas as pessoas que se encontram na sociedade, tem-se o direito subjetivo

exemplos mais comuns são os direitos de propriedade e de personalidade. São posições jurídicas que asseguram a seus titulares o direito, *grosso modo*, de não serem incomodados no exercício das faculdades a eles inerentes.

A expressão “direito absoluto” é polissêmica e isso traz algum desconforto na utilização da expressão. Eventualmente também se diz absoluto o direito que se pode usar sem limitações, o que não seria possível.⁹⁷⁸ Por isso, autores diversos já não empregam a expressão para designar os direitos dotados de eficácia *erga omnes*. Silmara Juny de Abreu Chinellato, ao tratar de direitos de personalidade, não se vale da expressão “absolutos” e destaca que “a característica *erga homines*, comum a todos os direitos da personalidade significa o alcance, mas não importa ser ilimitado, pois nenhum direito o é”.⁹⁷⁹

Também nós, neste trabalho, não nos filiamos à ideia de que haja direitos absolutos, sem limites. No entanto, por questão meramente estilística, mantivemos a utilização da expressão no seu sentido clássico, para significar que há certos direitos com eficácia *erga omnes*, evitando também a demasiada repetição desta expressão.

Dito isso, tomaremos por ora em consideração os direitos de propriedade. A propriedade envolve as faculdades de usar, gozar, dispor e reaver os bens.⁹⁸⁰ As duas primeiras faculdades expressam a relação interna de senhorio, isto é, a relação do proprietário com a coisa enquanto seu objeto. Ao usar e gozar da coisa, o proprietário lida com o conteúdo interno de seu direito, sem relacionar-se com terceiros. As faculdades de dispor e reaver estão mais relacionadas com as relações externas e com o sentido de exclusividade.⁹⁸¹ A propriedade é exclusiva, pois na oposição dos interesses do titular e de

absoluto” (DANTAS, 1977, p. 159-160). No mesmo sentido, *vide* WINDSCHEID, 1925, p. 117; CHIOVENDA, 1935, p. 9; LARENZ, 1978, p. 293.

⁹⁷⁸ “Diz-se absoluto na acepção de ser pleno. De ser, a despeito de limitações, o mais amplo dos direitos reais” (LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 437). No mesmo sentido, *vide* RODRIGUES, S. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1997b, p. 75. Sequer na concepção inicial do Código Civil Francês, o direito de propriedade se considerou ilimitado. O art. 554, CCF, assim dispõe: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”. Os Códigos Cíveis de 1916 e 2002 não se utilizam da expressão. O art. 1.231, CC/2002, apenas dispõe que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Essa característica pouco nos interessa aqui.

⁹⁷⁹ CHINELLATO, S. J. A. *Biografias não autorizadas: liberdade de expressão, outros direitos da personalidade e direito de autor. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, v. 30, p. 18-37, 2014.

⁹⁸⁰ Art. 1.228, CC/2002. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁹⁸¹ A distinção entre senhorio e exclusividade, vê-se em San Tiago Dantas nos seguintes termos: “Costuma-se dizer que esses aspectos podem ser encarados de dois modos: aspecto interno e aspecto externo. O aspecto interno é a senhoria; é justamente esta dominação da coisa, que o titular tem; o direito de fazer o que lhe aprouver, usar, gozar, enfim praticar em relação a ela todos os atos úteis ou inúteis que sua vontade determinar. O aspecto externo considera, particularmente, a relação entre o proprietário e os não proprietários” (DANTAS,

um conjunto indeterminado de pessoas, prestigia-se aquele. Terceiros não podem se apropriar da coisa sem o seu consentimento e, dito de outro modo, só podem obtê-la com anuência prévia.

Essa natureza peculiar da propriedade traz alguns desafios para a teoria geral do direito privado. Imaginou-se tradicionalmente que os direitos reais caracterizam-se pela existência de relações jurídicas entre pessoas e seus bens.⁹⁸² Aos autores realistas, contrapõem-se os personalistas. Para estes, se a propriedade é um direito, isso necessariamente deve corresponder a um dever alheio.⁹⁸³ Essa teoria inicialmente apresenta a dificuldade de identificar quem seria esse sujeito alheio, mas ao longo dos anos passou-se a aceitar que possa haver sujeito passivo indeterminado, ou seja, formado pela coletividade de pessoas.⁹⁸⁴ No intuito de superar as dificuldades das teorias realistas e personalistas, há autores, como José Oliveira Ascensão⁹⁸⁵ e Luciano de Camargo Penteado,⁹⁸⁶ que abandonam a ideia de relação jurídica para explicar essa realidade, adotando o conceito de situação jurídica unipessoal ou de posição jurídica. Para aquilo que nos interessa, tem-se que na relação interna de senhorio há apenas faculdades e, no velho brocardo, *in facultativis non datur praescriptio*.⁹⁸⁷ Nas relações externas, aceita-se a noção de relação jurídica com o

F. C. S. T. *Programa de direito civil: Direito das coisas*. Rev. do texto e anotações de José Gomes de Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 93).

⁹⁸² Nesse sentido, vide GOMES, 1998. Essa concepção é tradicional entre nós. Lafayette Rodrigues, ao tratar dos direitos reais, destacava as seguintes características: “põe a coisa que é seu objeto em relação imediata com o sujeito do direito, sem dependência de ato ou prestação de pessoa determinada, isto é: a existência e o exercício do direito real pressupõe tão somente o sujeito ativo do direito e a coisa sobre que recai; por parte de terceiros corresponde-lhe, não a obrigação positiva de dar ou fazer, mas a obrigação negativa e geral de lhe respeitar o exercício, — obrigação comum a todos os direitos e que se traduz na inviolabilidade que os reveste” (RODRIGUES PEREIRA, L. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal; STF, 2004, p. 22). Silvio Rodrigues, de modo misto, assevera que “todo direito subjetivo representa um vínculo jurídico” e que, assim, “o liame que se estabelece entre o proprietário e a coisa que se encontra em seu domínio vincula, de um certo modo, todas as pessoas do universo, que estão presas a uma obrigação passiva de não turbar o exercício do direito pelo seu titular” (RODRIGUES, 1997b, p. 74).

⁹⁸³ “*Diritti reali sono quelli in forza dei quali la volontà del titolare è decisiva per una cosa. Questo non si deve intendere nel senso, che sia la cosa quella cui l’ordinamento giuridico, concedendo un diritto reale, impone la soggezione. Ciò non avrebbe senso. Tutti i diritti sussistono fra persona e persona, no fra persona e cosa. Ma com ciò si viene a dire, che la volontà del titolare di un diritto reale è norma al comportamento rispetto alla cosa, cioè al comportamento d’ognuno e nono di questo o di quello. Mai l contenuto del potere volitivo, che costituisce il diritto reale, è negativo: quelli che si trovano di fronte al titolare del diritto devono astenersi da qualsiasi azione, o da una determinata azione sulla cosa*” (WINDSCHEID, 1925, p. 111).

⁹⁸⁴ Para um panorama sobre essa discussão, vide GOMES, 1998; PENTEADO, L. C. *Direito das Coisas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. No direito alemão, vide LARENZ, 1978, p. 247-248.

⁹⁸⁵ ASCENSÃO, 2010b, p. 34.

⁹⁸⁶ PENTEADO, 2012, *op.cit.*, p. 79.

⁹⁸⁷ LEVI, A. *Teoria Generale del Diritto*. Padova: CEDAM, 1967, p. 289. Giuseppe Pugliesi faz análise aprofundada dessa máxima, criticando-a pela amplitude do significado que lhe é atribuído. A expressão poderia abranger num sentido amplo todos os direitos, pois o titular detém a faculdade dele não se valer, sendo que a prescrição não se funda sobre o não-uso propriamente dito, mas sobre a permanência de um estado de fato contrário à titularidade dos direitos. De modo mais específico, a *res facultativis* pode abranger as faculdades inerentes à propriedade, que se perdem por usucapião; ou os direitos potestativos, o que considera

sujeito passivo indeterminado, e, pode-se reconhecer que também há uma pretensão absoluta, contra sujeitos igualmente indeterminados.⁹⁸⁸ Orlando Gomes denomina-a pretensão defensiva, a que corresponde a ação negatória.⁹⁸⁹ Luciano de Camargo Penteado fala-nos em “pretensão geral à exclusão”.⁹⁹⁰

Se, no entanto, forem tomadas quaisquer das outras soluções, será impositivo reconhecer que o direito sobre a coisa existe sem pretensões e que estas só se formam com a violação. E, a bem da verdade, mesmo entre aqueles que reconhecem a existência de uma relação jurídica para as situações de direito absoluto, com sujeito passivo indeterminado, há aqueles que defendem que esse direito nasce sem pretensão e esta só passa a existir com a violação, tendo um sujeito passivo determinado. Em outras palavras, seria a violação que daria origem ao poder-exigir de um sujeito passivo determinado, o violador, para que este reponha as coisas ao estado anterior.

Essa era exatamente a lição de Augusto Thon, para quem, como vimos, só existe pretensão com a violação ao direito o que leva, necessariamente, a reconhecer que os direitos reais nascem sem pretensão.⁹⁹¹ Karl Larenz, nessa mesma linha, afirmava que a relação jurídica latente com todos se concretiza com a pretensão, isto é, quando um sujeito viola o direito absoluto.⁹⁹² Enneccerus, Kipp e Wolff,⁹⁹³ no que são seguidos por André Fontes,⁹⁹⁴ defendem que a ideia de uma pretensão real e geral, contra um número incerto de pessoas ficou superada. Para eles, só há pretensões relativas, voltadas especificamente contra as pessoas que lesaram o direito.

A primeira coisa a definir, portanto, é que, na linha do que já defendemos anteriormente, há pretensões antes da violação ao direito.⁹⁹⁵ Antes mesmo da violação, o proprietário pode exigir que cessem ameaças injustas, com uma pretensão inibitória, de

ser uma aproximação infeliz. No seu sentir, prescrito o direito, prescrevem-se as faculdades que lhe são inerentes e que lhe integram sem autonomia (PUGLIESE, 1924, p. 80-95)

⁹⁸⁸ “(...) *il diritto reale vien costituito da una multipluucità illimitata di ragioni [pretensa]*” (WINDSCHEID, 1925, p. 122).

⁹⁸⁹ GOMES, 1998, p. 255.

⁹⁹⁰ PENTEADO, 2012, p. 70.

⁹⁹¹ THON, A. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*: indagini di teoria generale del diritto. Trad. Alessandro Levi. 2. ed. Padova: Cedam, p. 243-44, 1951.

⁹⁹² LARENZ, 1978, p. 248 e 318.

⁹⁹³ ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, 1981, p. 957. Em particular, os autores afirmam que “*llamamos real a la pretensión derivada de um derecho real o de cosas. No viene ya dada por el derecho absoluto de la que deriva, sino que sólo nace en virtud de la conducta de otra persona, que contradice el contenido de aquel derecho, o sea, en virtud de una violación del derecho absoluto*” (*Idem*, p. 969).

⁹⁹⁴ FONTES, A. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 27-28.

⁹⁹⁵ *Vide* § 9 acima.

modo a salvaguardar seu uso e gozo exclusivo da coisa. Como reconhece Ponte de Miranda, “a pretensão à prestação contínua (proibição) vem desde o início”.⁹⁹⁶

Ora, se há pretensões anteriores à violação, nada impede que também haja uma pretensão geral de abstenção antes da violação do direito de propriedade. No campo prático, tal como ocorre com os litígios possessórios, é comum que o proprietário sequer saiba quem são os sujeitos que violam seu direito, razão pela qual admite-se que, em processo civil, deduza sua pretensão contra todos aqueles que se encontrem no seu imóvel, identificando-se estes no momento da citação.⁹⁹⁷

Essa abordagem exige explicações adicionais. É comum a lição segundo a qual as faculdades inerentes à propriedade não se esgotam no tempo. A propriedade não se perde pela falta de uso. Por isso, diz-se que a propriedade é perpétua.⁹⁹⁸ Se a propriedade é perpétua, pode-se imaginar que também o sejam as pretensões dela advindas.

Ocorre que há inegável generalização quando se afirma que a propriedade é perpétua. Note-se que, com acerto, o art. 1.231, CC/2002, evitou repetir a redação que se via no art. 527, CC/1916. Onde se lia “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário”, passou-se a dizer “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. O art. 1.359, CC/2002, estabelece, por exemplo, que “resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou a detinha”. Dito de outra forma, o titular da propriedade resolúvel perde todos os direitos que detém sobre ela, devendo restituí-la. Com isso, na propriedade sujeita a termo, os direitos inerentes ao domínio encontram seu fim e, com eles, encerra-se a pretensão geral de abstenção.

De todo o modo, é inequívoco que haja direitos de propriedade não sujeitos a prazo. Estes perduram por toda a vida e, quando da morte, são automaticamente transmitidos aos herdeiros. Como conciliar, então, a ideia de pretensão nata, inerente ao direito de propriedade, com a imprescritibilidade?

Há que se distinguir as situações possíveis. Com o direito de propriedade, nasce a pretensão geral de abstenção. Enquanto a propriedade permanece com o seu titular, a

⁹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 88.

⁹⁹⁷ Veja, por exemplo, a situação descrita em STJ, REsp 1442440/AC, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. 07/12/2017, DJe 15/02/2018, quando o proprietário teve seu imóvel invadido por milhares de pessoas e, ao valer-se da proteção possessória, teve seu pedido convertido em desapropriação indireta.

⁹⁹⁸ LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 438; RODRIGUES, 1997b, p. 76.

pretensão à abstenção está sempre sendo satisfeita, até que haja a ação turbadora por sujeito específico.⁹⁹⁹ Então, a pretensão geral de abstenção não prescreve.

Com a violação da propriedade surgem outras pretensões, diversas da primeira. Como destaca a doutrina, “a pretensão real consistente em proibição de perturbar-se o direito não pode ser identificada com o crédito que nasça da perturbação”.¹⁰⁰⁰ Assim, o direito de propriedade pode ser violado em dois sentidos. No primeiro, um agente externo impõe dano à coisa. Essa lesão envolve a perda de valor do bem, tanto no seu aspecto de troca quanto no seu aspecto de utilidade. O proprietário de um veículo automotor abalroado perde a oportunidade de o utilizar. Desse modo, exsurtem pretensões reparatórias. No segundo, a propriedade é subtraída de seu titular, quando nasce uma pretensão reivindicatória,¹⁰⁰¹ que é, por excelência, a “proteção da propriedade”¹⁰⁰² e decorre do direito de seqüela.

As pretensões reparatórias, sem dúvida, sujeitam-se aos prazos ordinários previstos em lei e, que no cenário contemporâneo do Brasil é trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, CC/2002. Com isso, de modo bastante singelo, se o meu automóvel é objetivo de dano, em três anos devo buscar o ressarcimento.

A prescritebilidade da pretensão reivindicatória enfrenta um desafio diverso. Caso ela se sujeite ao prazo decenal,¹⁰⁰³ pode ocorrer que antes mesmo da usucapião de 15 anos,¹⁰⁰⁴ o titular encontre-se sem meios para proteger o seu direito. Para a situação da propriedade pública, não sujeita à usucapião,¹⁰⁰⁵ a constatação seria ainda mais dramática.

Se na formulação originária da *praescriptio longi temporis* no século II, o proprietário mantinha a titularidade do domínio, mas não podia reaver a coisa, tal como a prescrição extintiva contemporânea, a situação perdeu este sentido com a unificação dos institutos promovida por Teodosio no século V. Com a unificação da prescrição aquisitiva e extintiva, com prazos uniformes, o proprietário perdia a propriedade ao mesmo passo em que já não poderia reivindicá-la. O direito contemporâneo, ao voltar a separar a usucapião da prescrição, não cuidou de harmonizar as situações, surgindo daí perplexidades.

⁹⁹⁹ “Uma coisa é a pretensão e outra a não-satisfação dela” (PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 88).

¹⁰⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, 2016a.

¹⁰⁰¹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

¹⁰⁰² MOREIRA ALVES, 2012, p. 329.

¹⁰⁰³ Art. 205, CC/2002. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

¹⁰⁰⁴ Art. 1.238, CC/2002. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

¹⁰⁰⁵ 183, § 3º, CF. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Alguns Estados nacionais procuraram solucionar expressamente o problema. O Código Civil Italiano, de 1942, estabelece que a ação de reivindicação não prescreve,¹⁰⁰⁶ solução que já contava com anterior apoio da doutrina.¹⁰⁰⁷

O art. 1963, Código Civil Espanhol, teve o cuidado de estabelecer que as ações reais sobre bens imóveis prescrevem em trinta anos, sem prejuízo do estabelecido para aquisição dos direitos reais por prescrição (usucapião).¹⁰⁰⁸ Ao assim proceder, entende-se que as ações reais, quaisquer que sejam, incluindo-se a reivindicatória, sujeitam-se à prescrição.

O Código Civil Francês, após a forma de 2008, segue razoavelmente a mesma lógica, ao estabelecer em seu artigo 2227, que o direito de propriedade é imprescritível, mas as ações reais imobiliárias prescrevem em trinta anos,¹⁰⁰⁹ mesmo prazo necessário para a aquisição por usucapião.¹⁰¹⁰ Entretanto, como há possibilidade de adquirir por usucapião em prazos menores, é possível que o titular venha a perder a propriedade antes de ver sua ação reivindicatória prescrita. De qualquer forma, a situação não apresenta grandes dilemas, porque, assim como na Espanha, sem propriedade, não pode persistir a pretensão.

Entre nós, a confusão é antiga¹⁰¹¹ e foi fomentada pelo Código Civil de 1916, que em seu art. 177, estabelecia que “as ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contando da data em que poderiam ser propostas”. O art. 550, CC/1916, afirmava, contudo, que “aquele que, por trinta anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé, que, em tal caso, se presumem”.

Diante da divergência de prazos para a usucapião e para a prescrição das ações reais, a doutrina desenvolveu esforços para tentar esclarecer a situação. Majoritariamente,

¹⁰⁰⁶ Art. 948, 3, CCI/1942, “*L'azione di rivendicazione non si prescrive, salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione (1158 e seguenti)*”. Nesse sentido, vide CIMMA, 1993b, p. 243.

¹⁰⁰⁷ “*I diritti prescrivibili sarebbero i patrimoniali, ad eccezione della proprietà (azione rivendicatória e negatória), imprescrittibili i iura status salvi i termini espressamente stabiliti dalla legge al loro esercizio e inducenti non prescrizione ma decadenza*” (PUGLIESE, 1924, p. 66).

¹⁰⁰⁸ Art. 1963, CCE. *Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años. Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción.*

¹⁰⁰⁹ Art. 2227, CCF. *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.*

¹⁰¹⁰ Art. 2272, CCF. *Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans.*

¹⁰¹¹ Candido Mendes de Almeida, ao anotar o Código Philippino faz alusão à controvérsia e opina pela inaplicabilidade da prescrição extintiva para as ações reais, que seriam barradas apenas pela usucapião (BRASIL, 1870, p. 896). Manoel Antonio Coelho da Rocha, “fácil é de entender que as [ações] reais, quando não partem de contracto, seguem os termos da [prescrição] aquisitiva; pois se um terceiro adquire por meio da posse a propriedade do objecto prescripto, claro é que extinguiu o direito e acção do antigo proprietário para a repetir” (COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de Direito Civil Portuguez*. Tomo II. 8. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1917, p. 324).

entendia-se que, “se não tiver diante de si um adversário com usucapião completado ou consumado (...), o sujeito ativo da ação de reivindicação não verá prescrita a sua ação que protege o seu direito real de propriedade plena”.¹⁰¹² Ou, dito de outro modo, “as ações reais são as que se fundam em direito real [e] extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usucapião, porque o direito do adquirente elimina o do antigo titular”.¹⁰¹³ Francisco Morato, igualmente, esclarecia que os prazos das “ações reais” estabelecidos no art. 177, CC/1916, referem-se aos casos de “prescrição aquisitiva, de usucapião de imóveis” e acrescentava:

A prescrição liberatória tem por objecto as acções pessoais; a aquisitiva, as acções reais. Não são as acções reais susceptíveis de prescrição extinctiva; subsistem enquanto subsiste o direito a que são inherentes, posto não tenham sido exercidas durante trinta ou mais annos: nascem e fenecem com o direito.¹⁰¹⁴

Ora, se era assim, não havia razão para que houvesse prazos prescricionais especialmente assinalados para as ações reais e, por conta disso, não havia motivo para reproduzir a regra no Código Civil de 2002.

Na Alemanha, mesmo após a reforma de 2002, esta confusão permanece. O §197, 2, BGB, estabelece um prazo específico de trinta anos para a ação reivindicatória e outras ações reais, notadamente a petição de herança.¹⁰¹⁵ Zimmermann é crítico ácido dessa solução justamente por considerar que a ação reivindicatória deve permanecer possível até que a propriedade se extinga, senão haveria de se reconhecer *dominium sine re* e suas consequências indesejáveis. Assim, no seu entender, se o direito pondera que uma pessoa na posse de um bem deve com ele permanecer, esse é o tema que deve ser tratado exclusivamente pela prescrição aquisitiva.¹⁰¹⁶

Entre nós, atualmente, a doutrina e a jurisprudência tratam, majoritariamente, a ação reivindicatória como perpétua, ou imprescritível, para indicar que o dono pode, a qualquer tempo, reaver a coisa de quem a injustamente detenha e enquanto não deixar de ser proprietário, por força de usucapião. Orlando Gomes destaca que “a ação reivindicatória é

¹⁰¹² CARPENTER, 1958b, p. 456; no mesmo sentido, *vide* FRANCO, 1956, p. 139.

¹⁰¹³ BEVILACQUA, 1959, p. 368.

¹⁰¹⁴ MORATO, F. 1944, p. 61.

¹⁰¹⁵ O §197, BGB, ao cuidar da “*Dreißigjährige Verjährungsfrist*”, estabelece o seguinte: “(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, (...)”. Em tradução livre: “Prescrevem em trinta anos, desde que outro prazo não seja especificado, (...) 2. As pretensões reivindicatórias fundadas na propriedade, em outros direitos reais, nas §§2018, 2130 e 2362, assim como as pretensões que se prestem a fazer valer as pretensões reivindicatórias”.

¹⁰¹⁶ ZIMMERMANN, 2010, p. 132.

imprescritível, mas, evidentemente, se a coisa foi usucapida pelo possuidor, não mais pode ser proposta pelo antigo proprietário, por ter perdido a propriedade da coisa que o outro adquiriu por usucapião”.¹⁰¹⁷ O STF chegou a asseverar que “enquanto não se consumir a usucapião não se verificará a prescrição extintiva da reivindicação”¹⁰¹⁸ e que “sem a usucapião não ocorre, contra o proprietário, a prescrição extintiva, visto que a propriedade não se perde pelo não uso”.¹⁰¹⁹

Em perspectiva diversa, há autores que consideram prescritível a pretensão reivindicatória. No direito pátrio, Júlio Gonzaga Andrade Neves afirma que “as pretensões reais, no direito brasileiro, prescrevem no prazo geral decenal”, sendo este “o caso das pretensões reivindicatórias e da petição de herança”.¹⁰²⁰ No direito alemão, Larenz trata da situação em que o proprietário encontra seu bem com aquele que lhe roubou passados mais de trinta anos. O detentor da coisa não poderia alegar usucapião, no seu entender, por lhe faltar boa-fé.¹⁰²¹ Não obstante, o detentor poderia apontar a prescrição trintenária em seu favor. Entre nós, Santiago Dantas, tratando de situação fática diversa, também defende a prescribibilidade da pretensão reivindicatória.¹⁰²²

Esses problemas só encontram solução adequada se pudermos perceber que estamos lidando com os problemas de insegurança jurídica, que levaram os ordenamentos jurídicos a reconhecer, ao longo dos séculos, os institutos da usucapião e da prescrição, ora tratando-os de forma conjunta, ora de forma separada. A usucapião visa, em essência, suprir as eventuais deficiências de um sistema formal de transmissão da propriedade, para que não haja nulidades e incorreções que geram incertezas mesmo após a longa posse de um bem por seu adquirente de boa-fé. Em casos mais excepcionais, dispensa-se até mesmo a boa-fé, para prestigiar a ocupação que há muito tempo dá ao bem destinação socialmente adequada.¹⁰²³

A usucapião combate a insegurança, extinguindo a propriedade para um e reconhecendo-a para outrem. Não há razão, nesse contexto, para que também incidam regras

¹⁰¹⁷ GOMES, 1998, p. 257.

¹⁰¹⁸ STF, AI 31031, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, 2ª Turma, j. 16/08/1966, DJ 12-10-1966.

¹⁰¹⁹ STF, RE 73423, Rel. Min. Bilac Pinto, 2ª Turma, j. em 15/09/1972, DJ 10-11-1972.

¹⁰²⁰ ANDRADE NEVES, 2019, p. 250.

¹⁰²¹ Embora haja quem considere possível a usucapião nessas circunstâncias, a jurisprudência reconhece, por exemplo, que “não se adquire por usucapião ordinário veículo furtado” (STJ, Resp 247.345/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04/12/2001, DJ 25/03/2002).

¹⁰²² Em sentido minoritário, *vide*: “Alguém é o proprietário de um imóvel que se acha nas mãos de um terceiro. O direito de propriedade é perpétuo. Passam em vão os anos em que o titular será sempre seu o dominus daquela res, mas a ação por meio da qual se pode reclamar - a *restitutio* - esta é que só pode ser usada dentro de um prazo determinado” (DANTAS, 1977, p. 397).

¹⁰²³ GORDLEY, J. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford Press, 2007, p. 139-145. Na análise econômica do direito, com fundamentos equivalentes, *vide* COOTER, R.; ULEN, T. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 169.

prescricionais, a atingir apenas as pretensões, mas não a propriedade. Se há dupla incidência de regras para usucapião e prescrição, é possível que vejamos proprietários sem uso e sem meios de reaver seus bens.

Quando os prazos de usucapião são mais curtos que os da pretensão de reaver coisa, estes não desnecessários. Se, de modo contrário, os prazos de usucapião são longos, a curta prescritibilidade da pretensão reivindicatória não é adequada, cria proprietários sem os poderes jurídicos que lhe são próprios. Não há sentido qualquer em atribuir propriedade a quem a teve furtada e já não pode reavê-la, tal como propugna Larenz. Se há alguma injustiça que, para ser corrigida, exija atribuir ao ladrão a exceção de prescrição contra a pretensão reivindicatória, a situação seria melhor resolvida com a atribuição da propriedade em si por usucapião. Se, no direito justianeu, o proprietário com reivindicação prescrita só poderia legitimamente reaver a coisa se ela fosse abandonada pelo possuidor favorecido pela prescrição, essa situação hoje é de tão remota possibilidade que não justifica a manutenção de propriedade sem direito de seqüela.

Desse modo, para sintetizar o que dissemos aqui, temos o seguinte: (XXXII), com a propriedade, nasce uma pretensão geral de abstenção, não sujeita a prazo porque continuamente cumprida. Se há usurpação da coisa, com a violação ao direito, surge o direito a reivindicar a propriedade, o que implica exigir conduta alheia. Tem-se aí dois direitos prestacionais com pretensão imprescritível: abstenção e reivindicação. A pretensão de reparar os danos causados à coisa, sujeita-se ao prazo prescricional próprio.

§41. *Petição de Herança*

A petição de herança é a ação de que dispõe o herdeiro, excluído da sucessão, para reconhecer seu título hereditário e haver o quinhão que não lhe foi entregue prontamente.

Para a maioria da doutrina, trata-se de ação petitória.¹⁰²⁴ Há quem a diferencie da reivindicação, porque não visa à coisa certa, além disso, pode abranger a obtenção de direitos creditórios que compõem a herança, buscando tutelar a fração que lhe é própria.¹⁰²⁵

¹⁰²⁴ VIEIRA DE CARVALHO, L. P. *Direito Civil*. Niterói: Impetus, 2010, p. 509. Na lição de Orlando Gomes, é uma ação especial, “destinando-se ao reconhecimento da qualidade sucessória de quem intenta, visa precipuamente, à positivação de um *status*, do qual deriva a aquisição da herança”, ressalvando, no entanto, que “entre nós prepondera a opinião de que a *petitio hereditatis* é ação real, tendo, pois, natureza condenatória” (GOMES, 2015, p. 274-275).

¹⁰²⁵ Conquanto reconheça a natureza real da petição de herança, há que afirme que a petição de herança “distingue-se substancialmente da reivindicatória, em vista de que, nesta, procura o titular do direito o recebimento do próprio bem, enquanto na petição de herança persegue-se o quinhão, às vezes sem especificar os bens” (RIZZARDO, A. *Direito das Sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 133). Em sentido

De fato, trata-se de ação universal, pois “a ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários”,¹⁰²⁶ mas sua natureza real é inegável, pois “o herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros”.¹⁰²⁷

Sobre o prazo aplicável a esta pretensão, é largamente aceito o enunciado nº 149 do STF, segundo o qual “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. O referido enunciado foi aprovado pelo STF em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, tendo como referências legislativas os arts. 177,¹⁰²⁸ 179¹⁰²⁹ e 363¹⁰³⁰ do Código Civil de 1916, assim como o art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.¹⁰³¹ Os precedentes considerados na formulação do enunciado, em síntese, frisavam a circunstância de serem imprescritíveis as ações de estado, eventualmente ressaltando o seu caráter declaratório, mas não enfrentavam, essencialmente, a razão pela qual a petição de herança haveria de ser prescritível, aplicando o prazo geral sem maiores considerações.¹⁰³²

Deve-se questionar, no entanto, a correção dessa solução. Em se tratando de ação real, ao se impor o prazo prescricional de dez anos, inegavelmente está-se a admitir que haja herdeiros proprietários despidos do direito de sequela antes mesmo do decurso do prazo da usucapião. Por outro lado, se o prazo de usucapião é curto, a *petitio hereditatis* é despida de sentido.¹⁰³³ Assim, na linha do que defendemos até o momento, consideramos equivocada a

semelhante, *vide* GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144; FREITAS, D. P. Prescrição da petição de herança. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, n. 26, p. 67-69, set./out. 2008.

¹⁰²⁶ Art. 1.825, CC/2002.

¹⁰²⁷ Art. 1.827, CC/2002.

¹⁰²⁸ Art. 177, CC/1916. 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.

¹⁰²⁹ Art. 179, CC/1916. Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177.

¹⁰³⁰ Art. 363, CC/1916. “Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação”.

¹⁰³¹ Art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.

¹⁰³² STF, RE 54099, publicado no DJ de 14/11/1963, RE 48551 EI, publicado no DJ de 19/07/1963 e em RTJ 29/293, RE 49526 EI, publicado no DJ de 29/11/1962 e em RTJ 24/331, RE 47445 EI, publicado no DJ de 20/09/1962 e RE 47859, publicado no DJ de 02/04/1962 e em RTJ 21/129.

¹⁰³³ Como bem reconhece Carlos Roberto Gonçalves: “Assim como sucede na reivindicatória (v. Súmula 237 do STF), a usucapião pode ser alegada como defesa na ação de petição de herança, sempre que transcorrido o lapso temporal previsto na lei. Extingue-se tal ação se o possuidor dos bens pleiteados pelo filho-herdeiro arguir e provar que usucapiu os bens objeto da demanda (CC, art. 1.238)). Nessa hipótese, a *petitio hereditatis* torna-se inútil, em vista de não produzir sua consequência natural que é a restituição dos mesmos bens” (GONÇALVES, 2011, p. 153).

prescritibilidade da ação de petição de herança. Há vezes que, por igual motivo, levantam-se contra o referido enunciado, no que estão corretos.¹⁰³⁴

Melhor solução, vê-se na maior parte das legislações de origem romana. O Código Civil Português, que, após cuidar do teor da ação de petição de herança, destaca que “a acção pode ser intentada a todo o tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas (...)”.¹⁰³⁵ Na Itália, o art. 533, do *Codice Civile*, de 1942, define a petição de herança¹⁰³⁶ e, destaca que a ação é imprescritível, salvo efeitos da usucapião sobre os bens individualizados. O Código Civil Argentino de 2015, em seu art. 2311, do mesmo modo, estabelece que a petição de herança é imprescritível, sem prejuízo da prescrição aquisitiva que pode operar com relação às coisas singulares.¹⁰³⁷

A Alemanha reconhece a prescritibilidade trintenária da petição de herança, o que está em conformidade com a premissa ali adotada de prescrição das ações reivindicatórias,¹⁰³⁸ mas é expresso ao indicar que, até que esta ocorra, não é possível que corra o prazo de usucapião.¹⁰³⁹ No nosso sentir, a solução alemã apenas agrava o problema aqui apontado, pois impede que, uma vez vencido o prazo, o detentor dos bens que compõem

¹⁰³⁴ “No rigor dos princípios, a ação é imprescritível. Ainda que tivesse natureza real, não prescreveria, como não prescreve a ação de reivindicação, a que se equipararia. Fosse ação pessoal, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da qualidade hereditária de alguém, não se perde esta pelo não uso. Busca-se um título de aquisição. Seu reconhecimento não pode ser trancado pelo decurso do tempo. Há de ser declarado, passem ou não os anos” (GOMES, 2015, p. 279). “A petição de herança não prescreve” (HIRONAKA, G. M. F. N. *Comentários ao Código Civil*. v. 20. In: JUNQUEIRA AZEVEDO, A. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202) “em nosso sentir, as ações de petição de herança são imprescritíveis, podendo o réu alegar em sede de defesa apenas a exceção de usucapião” (VIEIRA DE CARVALHO, 2010, p. 509).

¹⁰³⁵ Art. 2075, CCP/1966. (Acção de petição) 1. O herdeiro pode pedir judicialmente o reconhecimento da sua qualidade sucessória, e a conseqüente restituição de todos os bens da herança ou de parte deles, contra quem os possua como herdeiro, ou por outro título, ou mesmo sem título. 2. A acção pode ser intentada a todo o tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas, e do disposto no artigo 2059.

¹⁰³⁶ Art. 533, CCI/1942. *L'erede può (2652, 2690) chiedere il riconoscimento della qualità ereditaria contro chiunque possiede tutti o parte dei beni ereditari a titolo di erede o senza titolo alcuno, allo scopo di ottenere la restituzione dei beni medesimi. L'azione è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singoli beni (1158 e seguenti).*

¹⁰³⁷ Art. 2311, CCA/2015. *Imprescriptibilidad. La petición de herencia es imprescriptible, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que puede operar con relación a cosas singulares.*

¹⁰³⁸ O §197, BGB, ao cuidar da “Dreißigjährige Verjährungsfrist”, estabelece o seguinte: “(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, (...)”. Em tradução livre, “Prescrevem em trinta anos, desde que outro prazo não seja especificado, (...) 2. As pretensões reivindicatórias fundadas na propriedade, em outros direitos reais, nas §§2018, 2130 e 2362, assim como as pretensões que se prestem a fazer valer as pretensões reivindicatórias”.

¹⁰³⁹ § 2026, BGB. *Keine Berufung auf Ersitzung. Der Erbschaftsbesitzer kann sich dem Erben gegenüber, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, nicht auf die Ersitzung einer Sache berufen, die er als zur Erbschaft gehörend im Besitz hat.* Na tradução em espanhol, tem-se: “Imposibilidad de oponer la usucapión. El poseedor de la herencia no puede oponer frente al heredero la usucapión de una cosa cuya posesión ostenta en calidad de perteniente a la herencia en tanto la pretensión de herencia no está prescrita”.

a herança seja obrigado a restituí-los. Há, portanto, proprietário sem direito de haver seus bens.

Na França, o art. 789, do *Code* estabelecia originalmente a faculdade de aceitar ou repudiar a herança, estabelecendo prazo prescricional para o exercício dessa escolha, a saber, o mais amplo prazo prescricional aplicável aos imóveis,¹⁰⁴⁰ ou seja, em trinta anos, prazo sujeito a suspensão e interrupção.¹⁰⁴¹ A petição de herança é articulada a partir dessa premissa, pois, se já não pode aceitar, também não poder reivindicá-la. Nesse cenário original, não havia distinção entre prescrição aquisitiva e extintiva, razão pela qual a questão tinha efeitos práticos limitados. Após a vigência da Lei nº 728, de 23 de junho de 2006, a situação passou a ser regulada de modo diverso. Os herdeiros têm dez anos para aceitar a herança, desde a abertura da sucessão, não se computando o prazo contra quem tenha motivo legítimo de ignorar o surgimento de seu direito e abertura da sucessão.¹⁰⁴²

O contexto francês é, portanto, parecido com aquilo que se vê no Brasil. O herdeiro proprietário pode perder o direito de haver seus bens antes de propriamente perder a propriedade.¹⁰⁴³

Entre nós, a existência de prazo para a petição da herança ainda revela uma dificuldade adicional para além dessas dificuldades de harmonização. Se a ação do real herdeiro está a desconstituir os efeitos da partilha, tal como uma ação de anulação, seu prazo haveria de ser decadencial, e não prescricional. Se houver aí uma nulidade, o tema seria reconduzido àquela discussão, sem possibilidade, em regra, de convalescer. Se não se está a propriamente invalidar a partilha, o real herdeiro, ao pretender reaver a propriedade que lhe pertence, exerce uma espécie particular de reivindicação, não havendo razão para que esta, distintamente das demais, esteja sujeita a prazo.

¹⁰⁴⁰ Art. 789, CCF. *La faculté d'accepter ou de répudier une succession.*

¹⁰⁴¹ “Il en doit être de même aujourd'hui, en vertu de l'art. 2262, qui, en édictant la prescription de toutes actions, tant réelles que personnelles, s'applique à la pétit. d'hérédité, et s'y appliquerait même si elle était mixte. Cette notion acquise, il en résultera que la prescription de la pétition d'hérédité est, comme toute autre prescription, soumise aux causes générales d'interruption et de suspension (art. 2242, 2260)” (SAINT-MARC, H. *De la pétition d'hérédité dans le droit romain et dans le droit civil français*. Bordeaux: Tese, 1880, p. 272. Disponível em: <<https://bit.ly/34sNGh6>>. Acesso em: 15 jun. 2019). *Vide* ainda Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 avril 2015, 14-11.937. Disponível em: <<https://bit.ly/2to9I7D>>. Acesso em: 15 nov. 2019).

¹⁰⁴² Art. 780, CCF. *La faculté d'option se prescrit par dix ans à compter de l'ouverture de la succession. L'héritier qui n'a pas pris parti dans ce délai est réputé renonçant. La prescription ne court contre l'héritier qui a laissé le conjoint survivant en jouissance des biens héréditaires qu'à compter de l'ouverture de la succession de ce dernier. La prescription ne court contre l'héritier subséquent d'un héritier dont l'acceptation est annulée qu'à compter de la décision définitive constatant cette nullité. La prescription ne court pas tant que le successible a des motifs légitimes d'ignorer la naissance de son droit, notamment l'ouverture de la succession.*

¹⁰⁴³ Art. 2272, CCF. *Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans.*

Com isso, da experiência estrangeira pode-se, na maioria dos casos, observar uma preocupação com a harmonia e operacionalidade dos institutos, coordenando as regras para que não haja conflitos entre regras de prescrição e usucapião. Por tudo o que dissemos até aqui, temos que o direito brasileiro deveria seguir o exemplo lusitano.¹⁰⁴⁴

Dessa forma, na linha do que temos defendido neste trabalho, conclui-se que (XXXIII) não deveria haver prazo prescricional para a petição da herança. Corre prazo de usucapião em favor daquele que ostenta a posse com *animus domini*.

Deve ser dito, ainda, que a doutrina e jurisprudência divergem sobre o termo inicial para o cômputo do prazo decenal. A posição majoritária sustenta que o *dies a quo* coincide com a data da abertura da sucessão.¹⁰⁴⁵ Eventualmente, considera-se que não há prescrição em curso contra quem não é filho até o seu reconhecimento judicial.¹⁰⁴⁶ O problema tem natureza tangencial a este trabalho, pois aqui se postulou a imprescritibilidade desta pretensão, não se justificando adentrar a discussão, que resta prejudicada por nossa conclusão. De qualquer forma, vê-se que a jurisprudência vem ampliando de tal forma o termo inicial que está à beira de reconhecer uma imprescritibilidade por vias transversas.¹⁰⁴⁷ Se oitenta anos depois de uma partilha, o indivíduo pode iniciar uma investigação de paternidade e, só após a sua procedência, é que se passará a fluir a prescrição da ação de petição de herança, na prática temos uma situação muito próxima à imprescritibilidade.

¹⁰⁴⁴ De igual modo, defendendo que a herança está sujeita a usucapião, apesar da imprescritibilidade da petição de herança e com iguais elogios à legislação portuguesa, *vide* GOMES, 2015, p. 279-280.

¹⁰⁴⁵ GONÇALVES, 2011, p. 152; STJ, Resp 17566/MG, Rel. Waldemar Zveiter, DJ 17/12/1992. SILVA PEREIRA, 2010, p. 61.

¹⁰⁴⁶ “1. A petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou. 2. A teor do art. 189 do Código Civil, o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro” (REsp 1475759/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. em 17/05/2016, DJe 20/05/2016). “(...) 1. 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.”. 2. 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. 3. 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 herdeiro. Precedentes específicos desta Terceira do STJ. 4. Superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado quando ainda detinha competência para o julgamento de matérias infraconstitucionais, no sentido de que o prazo prescricional da ação de petição de herança corria da abertura da sucessão do pretendido pai, seguindo a exegese do art. 1.572 do Código Civil de 1916. 5. Aplicação da teoria da 'actio nata'. Precedentes (...)” (STJ, REsp 1368677/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T, j. 05/12/2017, DJe 15/02/2018).

¹⁰⁴⁷ Com crítica semelhante e a propor que o termo inicial se dá com a partilha, *vide* ELIAS DE OLIVEIRA, C. E. Decênio prescricional da ação de petição de herança começa com o fim da partilha. *Consultor Jurídico*, 5 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2Z000CI>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

Naturalmente, faria sentido discutir se há usucapião e qual o termo inicial, mas o tema escapa ao objeto de nossa análise.

§42. *Direitos de personalidade e de autor*

Situação análoga se vê nos direitos de personalidade e de autor. Em comum com os direitos de propriedade, eles têm a característica de serem absolutos ou oponíveis contra todos independentemente de uma relação contratual prévia. Essa aproximação dá-se para fins de melhor compreensão sobre o modo como operam os efeitos da prescrição, mas são evidentes as diferenças entre direitos de autor e propriedade. Assim, para fins de exatidão, compartilhamos a visão de Silmara Juny de Abreu Chinellato de que os direitos autorais pouco têm em comum com direito de propriedade.¹⁰⁴⁸

Diz o art. 11, CC/2002, que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Conquanto não faça menção expressa à imprescritibilidade, a doutrina comumente acresce essa característica àquelas outras previstas em lei. Silmara Juny de Abreu Chinellato destaca que “além das características mencionadas no artigo, os direitos de personalidade são, ainda, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis”.¹⁰⁴⁹ Carlos Alberto Bittar indica que esses são direitos “inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e

¹⁰⁴⁸ De modo sintético, vale lembrar as lições da professora, que aponta as seguintes diferenças (i) a propriedade é exercida sobre bens materiais corpóreos; (ii) usucapião, ocupação, achado de tesouro, tradição, especificação, confusão, comissão e adjunção são formas ordinárias de aquisição da propriedade, que, quando muito, se aplicam ao corpo mecânico; (iii) a propriedade é perpétua, os direitos patrimoniais se encontram limitados no tempo, os direitos morais de autor “têm caráter duradouro, ultrapassam a morte do autor” (p. 81); (iii) há diferenças quando a forma pela qual se extinguem esses direitos, sendo que o direito patrimonial de autor cai no domínio público, os direitos morais são inextinguíveis; (iv) a propriedade é alienável, o direito moral de autor é inalienável; (v) a propriedade é individualizável e não-ubíqua, mas a criação intelectual é acessível a mais de um usuário ao mesmo tempo; e (v) há diferenças quanto a comunicação dos direitos de autor quando do casamento (CHINELLATO, S. J. A. *Direito de Autor e Direitos de Personalidade: Reflexões à Luz do Código Civil*. São Paulo: Tese (de Titularidade) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008a, p. 64 e seguintes, especialmente p. 79-85).

¹⁰⁴⁹ COSTA MACHADO, A. C. (Org.); CHINELLATO, S. J. (Coord.). *Código Civil Interpretado*. 12. ed. Baureri: Manole, 2019, p. 122. Ao tratar do art. 20, CC/2002, Silmara Juny de Abreu Chinellato destaca que “optou o Código por consagrar duas características dos direitos da personalidade, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, compreendendo nelas as demais. Acreditamos que melhor seria ter enfatizado a inalienabilidade da qual decorrem a inextinguibilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade, lembrando-se que, quanto à cláusula testamentária o Código vigente colocou fim à dúvida acerca da abrangência da inalienabilidade, que alcança, agora de modo expresse, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade (art. 1911)” (CHINELLATO, 2014, p. 18-37).

oponíveis *erga omnes*, como tem assentado a melhor doutrina”.¹⁰⁵⁰ A solução é idêntica para o direito lusitano, Rabindranath Capelo de Sousa menciona que os poderes emergentes da tutela geral da personalidade são vitalícios e não sujeitos à prescrição extintiva, ou seja, “não são susceptíveis de extinção pelo não uso”.¹⁰⁵¹

No que concerne a esses direitos cabe distinguir entre seus aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais. A pessoa pode valer-se de aspectos inerentes a sua existência para fins patrimoniais, em caráter limitado, como é comum ocorrer na cessão temporária, por licença de uso, da voz e da imagem. No entanto, ela não pode abandonar sua imagem e voz de forma definitiva. O artista pode licenciar o uso de certas imagens suas, com limitações temporais e territoriais, porém não pode abrir mão de seu direito de imagem.

A perpetuidade da proteção dos direitos de personalidade é tão acentuada que – nos termos do art. 12, parágrafo único, CC/2002 –, estende-se mesmo após a morte, quando o cônjuge supérstite, parente em linha reta ou colateral até quarto grau poderá postular sua tutela. Silmara Juny de Abreu Chinellato, ao comentar essa regra, lembra-nos que “o brocardo *mors omnia solvit* não se aplica aos direitos de personalidade que se estendem desde a concepção e para além da vida da pessoa natural”.¹⁰⁵²

De forma ligeiramente diversa, os direitos patrimoniais de autor, relacionados à fruição econômica da obra, sujeitam-se a prazo legal e caem em domínio público cerca de setenta anos após o falecimento do autor.¹⁰⁵³ Os direitos morais de autor não estão sujeitos

¹⁰⁵⁰ BITTAR, C. A. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 11. Orlando Gomes destaca que os direitos de personalidade são “absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. 19 ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007b, p. 137). San Tiago Dantas assim expõe seu pensamento: “E os direitos da personalidade? Os direitos da personalidade são mui naturalmente incompatíveis, porque sendo indispensáveis, não se poderia admitir que a lesão do direito a respeito deles convalescesse. Jamais se poderia admitir que a lesão de um direito da personalidade convalescesse pelo decurso do tempo, porque isso importaria na disponibilidade desse direito em favor de quem o estivesse ofendendo. Imagine-se que se alguém tolhe a liberdade de outrem, deixa-se de reclamar e então se estabelece isto: o seu direito à liberdade prescreveu. Quer dizer: dispõe ele da sua liberdade em favor do ofensor, o que contraria tudo que se sabe a respeito da dogmática desse direito. Portanto, para os direitos da personalidade, o problema é simplíssimo: a lesão de direito jamais convalesce” (DANTAS, 1977, p. 403). Mais recentemente, também a defender que os direitos de personalidade são imprescritíveis, *vide* FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD (2017, p. 440); TEPEDINO, BARBOZA e MORAES (2004, v. 1, p. 33).

¹⁰⁵¹ CAPELO DE SOUSA, R. V. A. *O direito geral de personalidade*. 1. ed. Reimpressao. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 413.

¹⁰⁵² COSTA MACHADO e CHINELLATO, 2019, p. 122. *Vide*, nesse sentido, MIGLIORI, A. D. B. *Direito Além da Vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTr, 2009.

¹⁰⁵³ Procuraremos demonstrar que se trata aí de termo legal. *Vide* § 48.

a qualquer prazo.¹⁰⁵⁴ Após a morte do autor, seus herdeiros podem buscar judicialmente a salvaguarda desses direitos (art. 24, §1º, Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998).

Esses direitos de personalidade, em seus diversos aspectos, comportam-se como direitos absolutos, pois são dotados de pretensão geral de abstenção.¹⁰⁵⁵ Seus titulares podem exigir, *erga omnes*, que as faculdades correlacionadas não sejam ameaçadas ou lesadas. Essa pretensão, tal como ocorre no direito de propriedade, não está sujeita a prazo.¹⁰⁵⁶ De modo mais preciso, a extinção da pretensão geral de abstenção, quando ocorre, é motivada por força do término do próprio direito. Isso se dá na oportunidade em que os direitos patrimoniais de autor caem em domínio público.

A existência de uma pretensão perpétua dá-se, como ressaltado anteriormente, porque reconhecemos nos direitos absolutos uma relação jurídica com sujeito passivo universal, contra quem há poder de exigir abstenção *perene*. Mais que isso, no mundo dos fatos, essa pretensão é ordinariamente atendida e só há inadimplência quando situações concretas revelam ameaças a esses direitos.

Independentemente das considerações acima, é certo que os direitos de personalidade e os direitos de autor podem ser violados por terceiros. Da violação desses direitos podem surgir inúmeras pretensões. Tomemos, mais uma vez, como exemplo a situação dos direitos autorais. Quanto a eles, surgem, em regra, as seguintes pretensões:

- i) *pretensões de manutenção da integridade*: envolve direito de exigir que cesse a infração – com eventual recolhimento e destruição de obras ilegalmente copiadas –, manutenção de inédito, correta indicação da autoria, manutenção da integridade da obra, dentre outros;

¹⁰⁵⁴ Sob a vigência do Código Civil de 1916, José de Oliveira Ascensão afirmava que “não há prescrição ou não uso de direito de autor”, mas “a lei refere-se apenas à ação civil, e dentro desta à ação civil relativa à ofensa de direitos patrimoniais de autor ou conexos. A ação civil respeitante a direitos pessoais de autora caduca assim no prazo geral de vinte anos, estabelecido para as ações pessoais no art. 177 do Código Civil” (ASCENSÃO, 2007, p. 554). Bittar trata dos direitos morais de autor como pessoais, perpétuos, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, mas ressalva a prescritibilidade dos direitos materiais de autor, em conformidade como prazo geral do Código Civil (BITTAR, C. A. *Direito de Autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 48-50).

¹⁰⁵⁵ Nestor Duarte afirma que “os direitos de personalidade são absolutos, extrapatrimoniais e perpétuos” (DUARTE, N. Dos direitos de personalidade. In: PELUSO, C. (Org.). *Código Civil Comentado*. 13 ed. Baueri: Manole, 2019, p. 30, comentários ao art. 11). Pontes de Miranda também destacar o caráter absoluto dos direitos de personalidade (PONTES DE MIRANDA, 2016a, p. 189).

¹⁰⁵⁶ Julio Gonzaga Andrade Neves trata da sujeição de direitos de personalidade à *suppressio* com conclusões análogas, ou seja, que certos aspectos desses direitos podem ter sua eficácia limitada por aquele instituto, mas não outros (ANDRADE NEVES, J. G. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016., p. 162-163). Trataremos da *suppressio* com mais vagar no § 50.

- ii) *pretensões reparatorias*: para haver indenização ou compensação pelos prejuízos experimentados,¹⁰⁵⁷ sejam eles materiais ou morais;
- iii) *pretensões acautelatórias*: como exigir que todos os exemplares de uma edição sejam numerados ou, ainda, fiscalizar espetáculos,¹⁰⁵⁸ exigir contas;¹⁰⁵⁹ e
- iv) *pretensões creditórias*: visam a resguardar o direito de crédito sobre os *royalties*.

Diante desse cenário, é legítimo perquirir se todas as pretensões que surgem da violação do direito prescrevem e estão sujeitas aos mesmos prazos.¹⁰⁶⁰ Para bem exemplificar o problema, tome-se a situação de um autor que teve sua obra usurpada, ou seja, que foi reproduzida e republicada por outrem, com atribuição falsa de autoria. Nessa situação, além de poder pleitear a reparação de danos materiais e morais, ele pode também pleitear que seja corrigida a falsidade, com atribuição correta da autoria. Havendo inércia de sua parte, sua pretensão haveria de se extinguir? Em outras palavras, mantendo-se as obras em público, com falsa atribuição de autoria, esse ilícito haveria de se perpetuar no tempo?

A situação se passa aqui de modo semelhante àquela que vimos quando tratamos do direito de propriedade. Domínio sem seqüela, propriedade não é. Direito de autor sem certo poder-exigir, de igual modo, não é direito. Dito de outra maneira, o autor não perde sua propriedade intelectual pelo não-uso. Os direitos de autor não se extinguem por usucapião. O autor pode, mesmo após muitos anos da divulgação de uma obra, exigir que ela passe a ser identificada como sua. Em outras palavras, deve-se reconhecer a imprescritibilidade de certas pretensões de direito de autor, notadamente daquelas que salvagam o direito de haver como suas as obras artísticas. Solução idêntica deve dar-se

¹⁰⁵⁷ ASCENSÃO, 2007, p. 132-133.

¹⁰⁵⁸ Art. 5º, XXVIII, CF: “São assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

Art. 30, Lei nº 9.610/1998: “No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito. (...) § 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração”;

Art. 70, Lei nº 9.610/1998: “Ao autor assiste o direito de opor-se à representação ou execução que não seja suficientemente ensaiada, bem como fiscalizá-la, tendo, para isso, livre acesso durante as representações ou execuções, no local onde se realizam”. No mesmo sentido, *vide* ASCENSÃO (2007, p. 535).

¹⁰⁵⁹ Art. 61, Lei nº 9.610/1998: “O editor será obrigado a prestar contas mensais ao autor sempre que a retribuição deste estiver condicionada à venda da obra, salvo se prazo diferente houver sido convencionado”.

¹⁰⁶⁰ Sem razão, portanto José de Oliveira Ascensão que dá a esse prazo natureza decadencial (ASCENSÃO, 2007, p. 555).

para o direito de exigir o respeito à integridade da obra, pois nesse caso também está em jogo o cerne do direito moral de autor.¹⁰⁶¹

Fora do campo do direito de autor, mas no que concerne a direito da personalidade, se uma pessoa teve sua liberdade cerceada por anos a fio, em cárcere privado, poderá reavê-la a qualquer tempo. A liberdade não se perde com o passar do tempo, a pretensão de reavê-la não se extingue. Na jurisprudência recente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais asseverou que é personalíssimo o direito do paciente de haver seu prontuário médico, mesmo após décadas de seu nascimento, com vistas a esclarecer suposta troca de bebês na maternidade.¹⁰⁶²

Essa solução não deve se estender para aquelas violações dos aspectos morais ou patrimoniais das quais resultam simples direito de reparação, por danos materiais ou morais. A pretensão reparatória pode extinguir-se sem que os direitos de personalidade e de autor percam sua razão de ser. Dito de outra forma, se o autor sofreu dano moral porque sua obra foi deturpada ou se a paternidade não foi respeitada, a pretensão de haver danos morais prescreve.

No que diz respeito aos direitos de personalidade, caso haja submissão a cárcere privado, cessado este, começa a correr o prazo prescricional relativo à pretensão de haver compensação por danos extrapatrimoniais. Tome-se exemplo distinto, agora tirado da jurisprudência. Quando do julgamento do REsp 1014624/RJ, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, j.10/03/2009, Dje 20/03/2009, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça estava diante de uma autora que teve sua foto divulgada, sem autorização ou oposição expressa, pela primeira vez em 1969. Em 2002, houve nova divulgação da mesma imagem no encarte de um disco musical (Compact Disc). Ela pretendeu haver reparação pela lesão ao seu direito de imagem. Concluiu-se, naquela oportunidade, que do silêncio não haveria de se presumir autorização e que o prazo prescricional contava-se desde 2002.¹⁰⁶³

¹⁰⁶¹ No mesmo sentido, *vide* COSTA NETTO, J. C. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Item 14.5.2.3.

¹⁰⁶² “1. Segundo dispõe o art. 310 do Novo Código de Processo Civil, a prescrição ou a decadência só podem ser acolhidas em procedimento cautelar quando transcorrido o prazo da ação principal, isto é, do direito material propriamente dito. 2 - Se a pretensão do autor for investigatória de paternidade, deve ser cassada a sentença que acolheu a prejudicial de prescrição, porque as ações de estado familiar são imprescritíveis. 3 - Ajuizada a ação cautelar sob a égide do CPC/1973, de acordo com a sistemática processual vigente, deverá ocorrer a adequação do procedimento às regras do CPC/2015, face ao princípio do isolamento dos atos. 4 - Havendo fundado receio de que houve troca de bebê na maternidade, defere-se a exibição dos prontuários da parturiente e do nascituro” (TJMG - Apelação Cível n. 1.0000.16.010825-4/002, Rel. Des. Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, j. 08/08/2018, DJ 08/08/2018).

¹⁰⁶³ “CIVIL. PRESCRIÇÃO. DIREITO DE IMAGEM. Violação continuada. Para fins prescricionais, o termo 'a quo', envolvendo violação continuada ao direito de imagem, conta-se a partir do último ato praticado. Ausência de elementos probatórios quanto à autorização anterior para a publicação da fotografia. Exploração

Essa não é, entretanto, a solução que defende Antonio Carlos Morato, que sustentou a imprescritibilidade de todas as pretensões resultantes dos direitos de personalidade dada a perpetuidade dos direitos em questão.¹⁰⁶⁴ Em sentido semelhante, Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes consideram que a violação de direitos de personalidade jamais convalesce, mesmo quanto a pretensões patrimoniais. Vale dizer: a cada momento em que falta a compensação, reitera-se o atentado à dignidade humana. “Se a dignidade humana foi atingida, a cada dia se renova e intensifica a violação à ordem pública representada pelo ato danoso”.¹⁰⁶⁵

A tese dos professores, se considerada no seu rigor lógico, levaria à imprescritibilidade de todos os danos extrapatrimoniais, que não só resultam da violação da integridade física, mas também da moral e da psicológica, perpetuando a grande maioria dos litígios que hoje se vê no Poder Judiciário brasileiro, com os grandes custos de manutenção que lhe são inerentes. Não se vê, no direito comparado, qualquer país que admita a livre ampliação dos danos extrapatrimoniais, o amplo acesso ao poder judiciário e, ao mesmo tempo, a imprescritibilidade de suas pretensões.

Com esse panorama, deve-se reconhecer que as pretensões diversas advindas da violação dos direitos de personalidade e propriedade podem ou não estar sujeitas a prazo prescricional. O ideal, portanto, seria que os esforços doutrinários e legislativos indicassem de forma clara quais pretensões estão sujeitas à prescrição.

Em conclusão, temos que (XXXIV) a afirmação genérica de que os direitos de personalidade e de autor são imprescritíveis não é exata. Em primeiro lugar, os direitos materiais de autor estão sujeitos a prazo. Para além disso, a pretensão geral de abstenção de violação de direitos absolutos efetivamente não prescreve, o que abrange direitos de personalidade e direitos de autor. Aquelas que denominamos *pretensões de manutenção da integridade* são permanentes – pois, sem elas, esvai-se o próprio conteúdo do direito absoluto

de imagem sem contrato escrito, se limita ao prazo máximo de cinco anos. Art. 49, III da Lei 9610/98. Valor moral arbitrado em consonância com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO IMPROVIDO” (STJ, REsp 1014624/RJ, Rel. Min. Vasco della Giustina, 3ª Turma, j. 10/03/2009, DJe 20/03/2009).

¹⁰⁶⁴ “Se fossem seguidos os ensinamentos dos doutrinadores quanto à imprescritibilidade, a violação – por exemplo – do direito à honra, possibilitaria que, a qualquer tempo, fosse exercida a pretensão que visa o ressarcimento do dano, o que já não ocorria no Código Civil anterior (com prazo de vinte anos para o exercício da pretensão) e, menos ainda, no Código Civil em vigor (no qual houve drástica redução do prazo para três anos)”. (MORATO, A. C. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 106/107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012).

¹⁰⁶⁵ TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2004, v. 1, p. 361.

em questão – e não podem estar sujeitas à prescrição. Por outro lado, as *pretensões reparatorias, acautelatórias e meramente creditórias* estão sujeitas a limitações temporais.

Resta, assim, discutir qual o prazo aplicável às pretensões prescritíveis de direito de autor.

§43. Prazos aplicáveis às pretensões prescritíveis de direito de autor

O tema da prescrição dos direitos autorais, para além das considerações anteriormente trazidas, vem, quanto ao prazo, passando por alterações diversas e exige atenção específica. Procuramos assentar anteriormente que há pretensões imprescritíveis de direito de autor. Nesse ponto, procuraremos abrir um intervalo na discussão das imprescritibilidades, para tratar do prazo prescricional das *pretensões reparatorias, acautelatórias e meramente creditórias* advindas do direito de autor.

Com esse desiderato, pode-se afirmar, que há uma longa tradição entre nós, desde o Código Civil de 1916, de dar a essas pretensões de direito de autor um limite quinquenal. O art. 178, §10, VII, CC/1916, estabelecia a prescrição num lustro “a ação civil por ofensa a direitos de autor; contado o prazo da data da contrafacção”. Com isso, percebe-se a imposição de um termo inicial objetivo. A regra ainda não deixa claro qual o exato alcence de expressão “contrafacção”.

A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, manteve a prescribibilidade quinquenal da “ação civil”, de modo geral “por ofensa a direitos patrimoniais do autor ou conexos”. Foi mantida a opção de um termo inicial objetivo.¹⁰⁶⁶ Nada foi dito quanto à violação aos direitos morais de autor. Cabia ao intérprete esclarecer se as pretensões relativas prescreviam ou não e, se prescreviam, em qual prazo e com qual termo inicial.

Posteriormente, o art. 111 da Lei nº 9.610/1998, tal como foi vetado, seguiu o exemplo da redação original do Código Civil de 1916. Assim, foi previsto, *tout court*, que “prescreve em cinco anos a ação por ofensa a direitos autorais, contado o prazo da ciência da infração”. Superaram-se as dificuldades anteriores, pois a regra abrange os direitos morais e, para além disso, apontou a escolha clara pelo termo inicial subjetivo.

Ao impor seu veto, Fernando Henrique Cardoso destacou que “o dispositivo modifica o art. 178, § 10, do Código Civil, já alterado anteriormente, pelo art. 131 da Lei 5.988/73”. Essa afirmativa era, senão falsa, ao menos imprecisa. A regra de 1973 regulou

¹⁰⁶⁶ Art. 131, Lei nº 5.988/1973. Prescreve em cinco anos a ação civil por ofensa a direitos patrimoniais do autor ou conexos, contado o prazo da data em que se deu a violação.

integralmente o tema da prescrição para direitos patrimoniais de autor. Como nada falava sobre os direitos morais de autor, poder-se-ia argumentar que a legislação de 1916 ainda era aplicada no ponto. De qualquer forma, melhor seria que se estabelecesse um regime jurídico claro para as duas situações.

O veto prosseguia em suas razões, para também destacar que “a perda do direito de ação por ofensa a direitos de autor, por decurso de prazo, está melhor disciplinada na legislação vigente. O prazo prescricional de cinco anos deve ser contado da data em que se deu a violação, não da data do conhecimento da infração, como previsto na norma projetada”. Nesse ponto, há problemas mais graves de lógica jurídica. Como o art. 115, da Lei nº 9.610/1998, não foi vetado, era de se entender que a integralidade da lei anterior foi ab-rogada. Assim, o veto não poderia ter a força de manter em vigor ou repriminar o art. 131, Lei nº 5.988/1973,¹⁰⁶⁷ e, ainda que o fizesse, só estaria a regular o tema dos direitos patrimoniais, e não dos direitos morais.

De *lege ferenda*, o tema não encontrou proposta adequada. Durante a primeira década deste século XXI, ganhou corpo o discurso de que a Lei nº 9.610/1998 já não corresponde aos anseios sociais – seja por anteceder à grande evolução tecnológica relacionada à massificação e acesso à internet, seja por não prever forma de controle estatal. Apesar desta visão não ser uniforme na doutrina especializada, é fato que, desde 1998, já não existe o antigo Conselho Nacional de Direito Autoral. Argumentou-se que os direitos autorais precisam ser melhor equilibrados com a necessidade de acesso à informação e à cultura.¹⁰⁶⁸

Nesse cenário, o Ministério da Cultura, quando dirigido por João Luiz Silva Ferreira, mais conhecido como Juca Ferreira, liderou esse debate, promovendo uma série de eventos acadêmicos correlacionados. Abriu-se consulta popular para ouvir sugestões de mudanças no campo legislativo. O Ministério da Cultura apresentou à consulta pública o seguinte texto:

Art. 111-A. A ação civil por violação a direitos autorais prescreve em cinco anos, contados da data da violação do direito.

Parágrafo único. Em caso de prática continuada de violação a direitos de determinado autor pelo mesmo contrafator ou grupo de contrafatores, conta-se a prescrição do último ato de violação.

¹⁰⁶⁷ A apontar a impossibilidade de repriminação, *vide* COSTA NETTO, 2019, item 14.5.2.1.

¹⁰⁶⁸ Com essa perspectiva e argumentos, além da própria justificativa da consulta, *vide* LEAL DA SILVA, R.; LA RUE, L. A. A reforma da Lei de Direitos Autorais: adaptações ao contexto da sociedade informacional. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2016, Edição Comemorativa 17 anos, p. 257-278. Disponível em: <<https://bit.ly/2rIANCb>>. Acesso em 15 nov. 2019.

Após ouvir diversas sugestões, quando o Ministério já se encontrava sob o comando de Anna Maria Buarque de Hollanda, o seguinte texto passou a constar do anteprojeto de lei:

Art. 111-A. A ação civil por violação a direitos autorais prescreve em cinco anos, contados da data da violação do direito.

Parágrafo único. Em caso de prática continuada de violação de direitos autorais de determinado autor ou titular de direitos, pelo mesmo infrator ou grupo de infratores, conta-se a prescrição do último ato de violação.

Como se vê, não houve, nesse passo da discussão, alterações significativas de conteúdo, mas apenas ajustes de sua redação. No parágrafo único, optou-se por ampliar o significado da norma, para deixar claro que ela abrange não só os direitos de autor, mas também de direitos conexos.¹⁰⁶⁹ Daí a utilização de expressão mais ampla: “direitos autorais”. Excluiu-se, com razão, o termo contrafator, que tem significado específico e não abrange as hipóteses de plágio e usurpação.¹⁰⁷⁰

O problema da continuidade das lesões levou o Ministério da Cultura a acatar uma das sugestões feitas ao anteprojeto. Vê-se, na última versão daquele documento, que o parágrafo único do art. 111A passaria a estabelecer que “em caso de prática continuada de violação de direitos autorais de determinado autor ou titular de direitos, pelo mesmo infrator ou grupo de infratores, conta-se a prescrição do último ato de violação”. A ressalva é desnecessária no que diz respeito às pretensões não sujeitas a prazo, pois ela está de acordo com a natureza das coisas e outra solução não poderia ser esperada. Todavia, tratando-se de pretensões sujeitas a prazo, a ressalva poderia ser bem vinda. Neste último caso, não se pode descartar alguma insegurança quanto a infrações reiteradas em intervalos longos, mas que poderiam ensejar a aplicação de prazos prescricionais autônomos.

De qualquer forma, essas iniciativas foram interrompidas e só retomadas em junho de 2019, quando o Ministério da Cidadania voltou a colocar em discussão pública esse

¹⁰⁶⁹ Sobre a utilização das expressões “direito de autor” e “direito autoral”, *vide* CHINELLATO, 2008.

¹⁰⁷⁰ “É de costume distinguir, como modalidades de violação, a contrafação e a usurpação de obra alheia. Usurpar será tomar como própria obra alheia. O plágio será, neste sentido, a figura padrão da usurpação (...) Quanto à contrafação, já tem o aspecto de uma atuação sobre obra alheia que continua a não se reclamar como própria. O termo é normalmente usado a propósito do direito de reprodução” (ASCENSÃO, 2007, p. 535). Bittar, de modo diverso, afirma que “no plágio, a obra alheia é simplesmente, apresentada pelo imitador como própria, ou sob graus diferentes de dissimulação (...) Na contrafação, há representação ou reprodução de obra alheia sem autorização autoral, podendo ser total ou parcial”. Ainda considera possíveis outras infrações, como a usurpação de nome, tradução abusiva, entre outras (BITTAR, 2000, p. 150). Para uma visão ampla do tema, *vide* CHINELLATO, S. J. A. Notas sobre plágio e autoplágio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 15, p. 305-328, 2012.

debate.¹⁰⁷¹ Por oportunidade de encerramento deste trabalho, as conclusões dessa consulta ainda não haviam sido publicadas.

Assim, no quadro legislativo atual, a Lei nº 9.610/1998, não trata do tema da prescrição, tampouco há regra a esse respeito no Código Civil de 2002. Com isso, a jurisprudência passou a entender que o prazo aplicável era o vintenário, nos termos do art. 177, CC/1916.

Com a vigência do Código Civil de 2002, a prescrição foi reduzida para o prazo decenal, entretanto foi previsto prazo bem mais curto, de três anos, para a pretensão relativa “a pretensão de reparação civil” (art. 206, §3º, V, CC/2002).¹⁰⁷² Com isso, surgiu ampla divergência sobre o prazo prescricional aplicável à pretensão que decorre da violação de direitos de autor, ora aplicando-se o prazo trienal, ora aplicando-se o prazo decenal.

Em certo momento, prevaleceu uma distinção de prazo conforme se tratasse de violação a deveres contratuais, como em uma licença ou cessão de direitos autorais, ou em violação extracontratual, aplicando-se à primeira hipótese o maior prazo.¹⁰⁷³

¹⁰⁷¹ Para mais informações, consultar: <<https://bit.ly/2PAElhI>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁰⁷² A Terceira Turma do STJ identificou bem o problema no seguinte acórdão: “1. O art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da *actio nata*, fixando como *dies a quo* para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima. 2. O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste. 3. Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98 e como o art. 111 da lei revogadora (que dispunha sobre prazo prescricional) foi vetado, a matéria atinente à prescrição das ações relacionadas a direitos autorais patrimoniais passou a ser regida pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos, visto que não houve previsão expressa de repristinação do art. 178, § 10, VII, do CC/16, conforme exige o art. 2º, § 3º, da LICC. 4. O CC/02 não prevê um prazo prescricional específico para a violação de direitos do autor, de sorte que, com o seu advento, a matéria passou a ser regulada pelo art. 206, § 3º, V, que fixa um prazo prescricional de 03 anos para a pretensão de reparação civil, dispositivo de caráter amplo, em que se inclui a reparação de danos patrimoniais suportados pelo autor de obra intelectual. 5. Se, pela regra de transição do art. 2.028 do CC/02, há de ser aplicado o novo prazo de prescrição, o marco inicial de contagem é o dia 11.01.2003, data de entrada em vigor do novo Código Civil, e não a data do fato gerador do direito. Precedentes. 6. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1168336/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 22/03/2011, DJe 16/09/2011).

¹⁰⁷³ Confira-se: “1. ‘O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese.” (STJ, REsp 1159317/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 11/03/2014, DJe 18/03/2014) (...)” (STJ, REsp 1313786/MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 28/04/2015, DJe 08/05/2015). E ainda: “1.- O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, que fixava prazo prescricional de 05 anos por ofensa a direitos do autor, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste. 2.- Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98, que não dispôs sobre prazo prescricional e nem determinou a repristinação do 178, § 10, VII, do CC/16, a matéria passou a ser regulada pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos. 3.- O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 1159317/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 11/03/2014, DJe 18/03/2014).

Com a submissão das pretensões de reparação contratual e extracontratual ao mesmo prazo trienal, situação também temporária, o STJ acabou revendo a solução que aplicava ao direito autoral, concluindo que o prazo prescricional único, também para violação de direitos autorais, haveria de ser o trienal.¹⁰⁷⁴

Por fim, esse quadro foi novamente alterado, com a decisão geral de aplicar às situações contratuais prazo amplo e às pretensões aquilianas um prazo curto. Como mencionamos anteriormente,¹⁰⁷⁵ a Corte Especial do STJ, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.281.594 – SP, concluiu que a expressão “reparação civil” do art. 206, §3º, V, CC/2002, refere-se apenas a ilícitos extracontratuais.¹⁰⁷⁶ Conquanto não tivesse em vista ali o tema dos direitos autorais, essa conclusão deve reverberar no tema dos direitos autorais, retomando-se a distinção entre prescrição para pretensões contratuais e não contratuais.

¹⁰⁷⁴ Confira-se: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. ECAD. PRETENSÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. 1. A cobrança em juízo dos direitos decorrentes da execução de obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor envolve pretensão de reparação civil, a atrair a aplicação do prazo de prescrição de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, observadas as regras de transição previstas no art. 2.028 do mesmo diploma legal, não importando se proveniente de relações contratuais ou extracontratuais. 2. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1474832/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma, j. 13/12/2016, DJe 03/03/2017). O curioso é que a virada da jurisprudência deu-se dentro de uma mesma sessão de julgamento, na qual é possível encontrar casos semelhantes com soluções distintas. Causa alguma perplexidade o fato de que, na mesma sessão, mas momentos antes o Superior Tribunal de Justiça tomou decisão oposta, sem razão aparente para a distinção. Confira-se: “1. Pretensão do ECAD de receber retribuição referente aos direitos autorais de músicas executadas pela Televisão Capixaba em sua grade de programação. 2. Obrigação da emissora de televisão afiliada de pagar direitos autorais não apenas em razão das obras musicais transmitidas em sua programação local, mas também em razão daquelas retransmitidas da programação nacional. (...) 6. Não havendo prazo específico para cobrança de valores decorrentes da ofensa a direito patrimonial de autor, aplica-se a regra geral do art. 205 do CC, sendo de dez anos o prazo, não sendo possível a aplicação do art. 206, § 3º, V, do CC, por não se tratar de reparação de danos. 7. Deve ser autorizada a suspensão da utilização de obras musicais caso haja nova violação de direitos autorais, nos termos do que determina o art. 105 da Lei n. 9.610/98. (...)” (STJ, REsp 1.556.118/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

¹⁰⁷⁵ Vide, § 33 acima.

¹⁰⁷⁶ “II - A prescrição, enquanto corolário da segurança jurídica, constitui, de certo modo, regra restritiva de direitos, não podendo assim comportar interpretação ampliativa das balizas fixadas pelo legislador. III - A unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão "reparação civil" empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual. IV - Corrobora com tal conclusão a bipartição existente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, advinda da distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, que obsta o tratamento isonômico. V - O caráter secundário assumido pelas perdas e danos advindas do inadimplemento contratual, impõe seguir a sorte do principal (obrigação anteriormente assumida). Dessa forma, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução da obrigação contratual, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista previsão de prazo diferenciado), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo à responsabilidade civil atrelada ao descumprimento do pactuado. VI - Versando o presente caso sobre responsabilidade civil decorrente de possível descumprimento de contrato de compra e venda e prestação de serviço entre empresas, está sujeito à prescrição decenal (art. 205, do Código Civil). Embargos de divergência providos” (STJ, EREsp 1281594/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 15/05/2019, DJe 23/05/2019).

Qual haveria de ser a solução justa? Diante desse conturbado quadro, José Carlos Costa Netto é dos poucos autores que enfrenta a questão com redobrada atenção. O desembargador paulista propõe quatro soluções diversas. Para ele, em primeiro lugar, “os direitos morais de autor, em si, especialmente de paternidade (autoria) e integridade da obra intelectual, não são afetados por regras prescricionais”. Em segundo lugar, “reivindicações relativas aos demais direitos de natureza pessoal ou cominatória” gozam de dez anos para serem exercidas. Em terceiro lugar, cobrança de créditos líquidos prescreve em cinco anos. Por fim, as pretensões de reparação civil se sujeitam ao triênio.¹⁰⁷⁷

Não estamos distantes dessa opinião. Dissemos, de modo ligeiramente diverso, ao tratar do ponto anterior, que os direitos morais de autor são perpétuos, não sofrem limitação temporal. Dissemos, mais que isso, que as pretensões de abstenção próprias do caráter absoluto de direito de personalidade tampouco se sujeitam a prazo. As violações, tanto aos direitos materiais quanto aos morais, ensejam reparação prescritível.

Na linha do que temos defendido, o direito não deveria diferenciar a pretensão com base na natureza da relação obrigacional em disputa. Se há uma violação a um direito moral de autor, ele não se torna mais grave se feito por meio de contrato, a ponto de merecer um prazo prescricional mais de três vezes superior a uma violação equivalente feita sem base contratual. Também não vemos justificativa para que direitos morais e patrimoniais estejam sujeitos a prazos diversos, porque ambos surgem, no mais das vezes, com uma violação única. Então, postulamos regras indistintas para as pretensões prescritíveis de direito de autor.

No que concerne ao termo inicial, é necessário reconhecer que, em inúmeros casos, os direitos de autor são violados sem o conhecimento de seu titular. Se um cantor viu seu disco irregularmente copiado e distribuído no outro extremo do país, não pode agir para haver reparação, salvo quando toma conhecimento do ocorrido. No entanto, a adoção de *dies a quo* subjetivo teria o efeito prático de eliminar a prescrição, pois dificilmente o devedor tem condições de evidenciar em que momento o credor soube da violação. Seria bem-vinda a adoção de um sistema misto, conforme o modelo alemão ou conforme as propostas do DCFR e o PECL. Em termos de política legislativa, as reformas desejadas para a lei de direitos autorais poderiam se valer dessa técnica, testando-a para avaliação e posterior ampliação para os demais ramos do direito.

¹⁰⁷⁷ COSTA NETTO, 2019, item 14.5.2.3.

Assim, em conclusão, temos que (XXXV) as regras de prescrição de direito de autor devem sejam revistas, com uniformização dos prazos aplicáveis; (XXXVI) as pretensões *reparatórias, acautelatórias e meramente creditórias* advindas do direito de autor devem adotar, nos moldes do que já ocorre no PECL, no DFCF e na legislação francesa, um prazo prescricional geral, sujeito a termo inicial objetivo, mas que pode ser suspenso mediante prova da ignorância do credor sob as circunstâncias fáticas de sua pretensão, até o advento de um termo mais longo, para além do qual a referida suspensão não produz efeito.

§44. Alimentos

Algo semelhante se passa com o direito de haver alimentos entre familiares. A doutrina aponta com firmeza que o direito de pleitear alimentos não prescreve. No entanto, uma vez fixados estes, o credor detém dois anos, “a partir da data em que se vencerem”, para cobrá-los nos termos do art. 206, § 2º, CC/2002. A prescrição não corre, entretanto, para absolutamente incapazes (ou seja, até que o alimentando complete dezesseis anos) nem entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar.¹⁰⁷⁸

Contudo, aqui também não há que se falar em imprescritibilidade *tout court*. Ao tratar da imprescritibilidade dos alimentos, a doutrina indica que esse direito não se sujeita a prazo e, enquanto ele existir, pode ser exercido. O mais correto seria, portanto, falar que o direito de alimentos não se sujeita à decadência, mas a pretensão daí advinda sujeita-se à prescrição.

§45. Imprescritibilidade quanto à relevância do direito violado

Mais recentemente, a esse rol de imprescritibilidades, vêm sendo acrescentadas novas hipóteses de maior relevo. Diz-se que há direitos de tamanha importância que as pretensões deles advindas não deveriam estar sujeitas à prescrição. Há, em primeiro lugar, os danos causados ao tesouro público. Para além disso, há direitos que, por sua centralidade, são

¹⁰⁷⁸ “Direito Civil. Direito de Família. Alimentos. Menor incapaz. Prescrição. A prescrição é a regra (art. 189, CC/2002), inclusive nos casos de prestações alimentares; porém apresenta exceções e dentre estas encontram-se os casos em que prejudica o absolutamente incapaz. O art. 198, inciso I, do CC impede o curso da prescrição para certas ações, excepcionando, assim, a regra geral do art. 206, parágrafos e incisos, da mesma norma, os quais estipulam regras gerais para a prescrição das ações. Não há necessidade de utilização do princípio da especialidade neste caso porque não se verifica antinomia entre tais normas. Ademais, não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (art. 197, inciso II, e art. 198, inciso I - ambos do Código Civil). Recurso conhecido e provido. Unânime” (TJDFT, 20081010044126APC, Relator Waldir Leôncio Júnior, 2ª Turma Cível, j. 04/02/2009, DJ 16/02/2009 p. 99).

considerados fundamentais no plano interno e, no plano internacional, verdadeiros direitos humanos. Regras de prescrição muito rígidas dificultam, eventualmente impedem, a realização desses direitos.¹⁰⁷⁹ Assim, faz-se necessário questionar se há imprescritibilidade das ações decorrentes da violação de direitos fundamentais e humanos.

A pergunta é particularmente relevante para a escola brasileira de Direito Civil-Constitucional. Essa linha de pensamento busca superar aquilo que considera ser um direito civil patrimonialista e formalista, ressignificando seus institutos a partir de princípios da Constituição Federal, notadamente a dignidade da pessoa humana e o solidarismo.¹⁰⁸⁰

O problema não deixa de ser relevante, contudo, para outras correntes de pensamento. Isso porque há problemas estritamente relativos ao controle de constitucionalidade das leis que apresentam-se a qualquer jurista. No estado democrático de direito, a ninguém é lícito afirmar que haja um ramo qualquer do direito imune ao controle de constitucionalidade. Em diversos países faz-se controle de constitucionalidade das regras

¹⁰⁷⁹ BODIN DE MORAES, M. C. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. *Civilistica.com*, ano 6, n. 1, p. 2, 2017.

¹⁰⁸⁰ TEPEDINO, G. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 5, p. 23–59, 1997. Disponível em: <<https://bit.ly/2F92jMj>>. Acesso em 15 nov. 2019; SARMENTO, D. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2QHM91A>>. Acesso em 15 nov. 2019. Um bom panorama nos é apresentado por Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder: “O direito civil-constitucional é uma corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição, não apenas para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também para reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, de maneira a obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas. (...) A premissa fundamental dessa metodologia é a superioridade normativa da Constituição. Opõe-se, nesse sentido, à orientação mais tradicional da doutrina civilista brasileira, que ainda enxerga a Constituição como “carta política”, ou como norma de conteúdo meramente “programático”, que, como adverte Gustavo Tepedino, configura “verdadeira subversão hermenêutica”, que acaba por “relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e da regra consuetudinária”. (...) Dessa superioridade constitucional decorre a unidade e complexidade do ordenamento jurídico: ainda que se diversifiquem suas fontes, se multipliquem suas normas e se especializem os seus setores, o ordenamento permanece unitário, pois centrado sobre os valores constitucionais. Com tal abordagem, a metodologia civil-constitucional opõe-se à clássica *summa divisio* do ordenamento, cindido em direito público e direito privado, sobre a qual se constroem, na sociedade moderna, as rígidas separações entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, e, dentro do direito, a dicotomia entre direito público e direito privado.⁸ Com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento e o reconhecimento de que tanto o chamado direito público como o dito privado devem servir à realização dos preceitos constitucionais, a distinção passa a atender a uma finalidade mais didática do que ontológica, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e apontam para uma mesma finalidade” (SCHREIBER, A.; KONDER, C. N. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, p. 9-27, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/35frBCT>>. Acesso em> 15 nov. 2019.

de prescrição,¹⁰⁸¹ o que é feito para reforçar a harmonia do sistema privatista.¹⁰⁸² E, sendo assim é importante avaliar as relevantes questões que surgem nesse campo, para que tenham algum encaminhamento.

Colocado dessa forma o problema, a análise será desdobrada em seis subtópicos. O primeiro deles procura avaliar o tema da imprescritibilidade dos danos ao erário. Em segundo lugar, tem-se em mente o modo pelo qual a Corte Europeia de Direitos Humanos vem enfrentando a prescrição. Após, toma em consideração o cenário da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seguida, dedica-se atenção aos temas da tortura, dos danos ambientais e a outras questões pontuais. Ao final, procurar-se-á extrair as lições e conclusões parciais.

i) Imprescritibilidade dos danos ao erário

Como oportunamente frisado, na origem do direito romano, a imprescritibilidade era a regra. Há notícia, no entanto, de que no período da *cognitio extra ordinem*, as ações propostas pelo e contra o Fisco prescreviam, em regra, no prazo de vinte anos.¹⁰⁸³ Como procuramos destacar ao analisar a evolução histórica dos institutos sob análise, a situação alterou-se no direito romano tardio, quando do reinado de Justiniano. Nesse período,

¹⁰⁸¹ O controle de constitucionalidade é mais atingo que a escola de direito civil-constitucional, como aponta RODRIGUES JUNIOR, 2019, p. 182-187, §32. De qualquer forma, essa não é uma tendência brasileira apenas. Jean-Sébastien Borghetti relata que a Corte Constitucional Belga considerou que fere a regra de isonomia estabelecer prazo quinquenal para a prescrição dos ilícitos extracontratuais que também sejam punidos como crime, mantendo-se um prazo trintenar para os demais casos de responsabilidade aquiliana (BORGHETTI, 2016, p. 171-172). Zimmermann também considera que pode haver verdadeira expropriação e inconstitucionalidade quando associam-se prazos curtos e termos iniciais objetivos (ZIMMERMANN, 2010, p. 130).

¹⁰⁸² Bem representadas por RODRIGUES JUNIOR, 2019; LEAL, F. A. R. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015; REIS, 2007, p. 213-238. O problema, para nós, está associado a exageros que surgem a partir das vertentes doutrinárias que se revelam não-positivistas, assistemáticas e sem rigor metodológico. Nesse campo, a Constituição surge como simples pretexto e meio para a discussão moral invada o centro do direito privado. Com isso, a razão única totalizante da moral exige, sem um bom método de controle, a desconsideração das leis e dos acordos privados. Ao final, é o próprio texto constitucional que sucumbe. A supremacia moral leva, de forma mais ou menos ampla, a desconsideração do texto constitucional tido como injusto. Nesse ponto, não é demais lembrar que logo após superar o seu regime de exceção, a Alemanha do pós-guerra, em diversos dos seus tribunais, chegou a acolher a tese da existência de direito suprapositivo, obrigando também o legislador constituinte. Poderia haver, nesse sentido, normas constitucionais inconstitucionais. Como destaca Otto Bachof ao apresentar a tradução de seu livro ao público português, “também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça”, medida cuja excepcionalidade deveria ser aceita apenas excepcionalmente (BACHOF, O. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, p. 3; *vide* ainda p. 40-48). Para uma visão contextualizada do tema da suprapositividade, *vide* MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1141-1143.

¹⁰⁸³ D, 48, 17, 3. *Vide*, ainda, Amelotti, 1958, p. 138.

procurou-se estabelecer prazos mais amplos para a prescrição aplicável à Igreja e às Cidades.¹⁰⁸⁴ Como um contraponto à regra geral, Justiniano abriu exceção à coisa pública e à Igreja, cuja importância parecia justificar um prazo prescricional maior.

Conquanto o prazo tenha sido reduzido entre os anos 530 e 545, passando a ser quadrinental, passou-se a discutir se essa redução teria atingido apenas a Igreja Oriental ou também a Igreja Ocidental e as Cidades. Por esse motivo, persiste ao longo do tempo a noção de que o interesse público, em medida maior ou menor, estaria a justificar a existência de prazo prescricional bastante largo¹⁰⁸⁵ e contra o qual pouca ou nenhuma defesa era possível.¹⁰⁸⁶

Na França, a partir da *Ordonnance* de 1566, dada por Carlos IX em Moulins, restou em bases sólidas a regra de inalienabilidade e imprescritibilidade dos bens públicos,¹⁰⁸⁷ situação que persistiu inalterada até o *Code Civil*, o qual, na redação original do art. 2227, estabeleceu que ao Estado se aplicam os mesmos prazos prescricionais a que se submetem os particulares.¹⁰⁸⁸ Também contêm disposições expressas a esse respeito o Código Civil italiano de 1865¹⁰⁸⁹ e o Código Civil chileno.¹⁰⁹⁰

Entre nós, ao menos a partir do século XIX, as ações da Igreja e do Fisco prescreviam em quarenta anos. O Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851 estabeleceu a prescrição de dívidas ativas e passivas do Fisco, em quarenta e cinco anos respectivamente.¹⁰⁹¹

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a imprescritibilidade dos direitos sobre terras indígenas (art. 231, §4º), assim como excluiu a usucapião sobre imóveis públicos (art. 183, §3º, e art. 191, par. único).

¹⁰⁸⁴ C 1, 2, 23.

¹⁰⁸⁵ LOSCHIAVO, 2007, p. 533-553.

¹⁰⁸⁶ Idem, p. 551.

¹⁰⁸⁷ TROPLONG, R. T. *De la Prescription ou Commentaire du titre XX du livre III du Code Napoléon*. 4. ed. Tomo I. Paris: Charles Hingray Ed., 1857, p. 304.

¹⁰⁸⁸ Art. 2227, CCF. *L'État, les établissements publics e les communes sont soumis aux memes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer*. Após a reforma de 2008, este artigo recebeu nova redação, para estabelecer que 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.

¹⁰⁸⁹ Art. 2114, CCI/1865. *Lo stato dei suoi beni patrimonial e tutti i corpi morali sono soggetti alla prescrizione e possono opporla come i privati*.

¹⁰⁹⁰ Art. 2497, CCC/1856. *Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo*.

¹⁰⁹¹ BRASIL, 1870, p. 896. De modo semelhante, apontando a prescritebilidade, vide CORREA TELLES, 1880, p. 8; RIBAS, 1880, p. 196.

No que mais de perto concerne ao presente trabalho, o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, determinou que “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”.

A norma, em sua interpretação mais literal, indica que as sanções impostas a agentes públicos que causem prejuízos ao erário são prescritíveis, salvo no que diz respeito à pretensão de ressarcimento.¹⁰⁹² Isso significa que, em outras palavras, a qualquer tempo, o Estado pode pretender haver indenização dos agentes públicos que lhe causem prejuízos.

No entanto, sem maiores considerações, a doutrina e jurisprudência vinham estabelecendo imprescritibilidade de modo amplo e geral para qualquer pretensão indenizatória formulada pelo Estado contra agentes públicos ou particulares. Assim, tanto aquele que praticou ato de improbidade administrativa,¹⁰⁹³ quanto aquele particular que

¹⁰⁹² Note-se que a norma nada dispõe sobre as sanções administrativas impostas a particulares no exercício do poder de polícia, como multas diversas, cuja cobrança deve ser considerada prescritível. O art. 1º, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, estabelece que “prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. Nessa hipótese, “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal” (art. 1º, §2º). A jurisprudência vem destacando que “em se tratando da prescrição do direito de a Fazenda Pública executar valor de multa referente a crédito não-tributário, ante a inexistência de regra própria e específica, deve-se aplicar o prazo quinquenal estabelecido no artigo 1º do Decreto 20.910/32” (STJ, REsp 905.932/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 28/06/2007, p. 884; no mesmo sentido, STJ, AgRg no AG 842.096/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 25/06/2007, p. 227).

¹⁰⁹³ “(...) 3. O STJ possui o entendimento consolidado de que o prazo prescricional para as ações de improbidade administrativa é, em regra, de cinco anos, ressalvando-se a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Assim, no caso de agente político detentor de mandato eletivo ou de ocupantes de cargos em comissão e de confiança inseridos no polo passivo da ação, inicia-se a contagem do prazo com o fim do mandato, nos termos do art. 23, I, da Lei 8.429/1992. A propósito: AgRg no REsp 1.411.699/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.2.2015. (...) 5. Ressalte-se que o STJ possui jurisprudência segundo a qual, “à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*” (STJ, REsp 909.446/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.4.2010)” (STJ, REsp 1660385/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 05/10/2017, DJe 16/10/2017). “A imprescritibilidade de que trata o artigo 37, §5º da Constituição Federal refere-se apenas às demandas fundadas em ato de improbidade administrativa, mas não alcança as demais ações de ressarcimento, como é o caso dos autos, que envolve responsabilidade civil extracontratual. O Decreto 20.910/32 intenta conferir tratamento diferenciado à Fazenda Pública, o que apenas se justifica, diante do princípio constitucional da isonomia, quando se está na seara do regime jurídico de direito público, sediado na tutela do interesse público, o que não ocorre quando se busca o ressarcimento experimentado pelo erário em virtude de acidente automobilístico ocasionado supostamente por particular. Sob a regra do art. 206, § 3º, V, do CC, verifica-se que a pretensão reparatória foi fulminada pela prescrição, tendo em vista que a ação foi proposta após o decurso de três anos, contados a partir do evento danoso” (TJDFT, Acórdão n.673994, 20120110480010APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/04/2013, Publicado no DJE: 06/05/2013. Pág.: 169)

causou dano a um automóvel de propriedade do Estado¹⁰⁹⁴ deveriam responder a qualquer tempo.

Celso Antônio Bandeira de Mello interpreta o referido dispositivo, destacando que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário”.¹⁰⁹⁵ José Afonso da Silva recebeu a regra com críticas. Para ele, “é uma ressalva constitucional – e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*)”.¹⁰⁹⁶ Fábio Medina Osório, contrariamente à perpetuidade, destaca que, se até os crimes de homicídio prescrevem, não há justificativa para que o Constituinte tenha previsto essa solução.¹⁰⁹⁷ Nobre Júnior, por interpretação lógico-sistemática, concluiu que não deve ser lida imprescritibilidade na regra do art. 37, § 5º, da CF/1988, pois, durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte, não foi mantida a expressão “imprescritível” que originalmente constava da proposta.¹⁰⁹⁸

O STF foi chamado a interpretar a regra e acabou por entender que a imprescritibilidade estabelecida no art. 37, § 5º, CF/1988, tem um escopo delimitado e não alcança a pretensão de reparação por ilícito civil, seja ele de origem contratual ou

¹⁰⁹⁴ “REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE COM AUTOMÓVEL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. I - São inaplicáveis os prazos prescricionais estabelecidos na lei civil para as ações de ressarcimento de danos ao Erário, haja vista a imprescritibilidade, prevista no art. 37, § 5º, da CF. Precedentes do e. STJ. II - Apelação desprovida” (TJDFT, Acórdão n.632487, 20010111077420APC, Rel. Vera Andrighi, 6ª Turma Cível, j. 03/10/2012, DJE 08/11/2012, p. 137).

¹⁰⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1025.

¹⁰⁹⁶ SILVA, 2014, p. 354.

¹⁰⁹⁷ OSORIO, F. M. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 439. Em sentido similar, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery afirmam que “as pretensões civis de ressarcimento do erário, que favorecem o Poder Público, sejam exercitáveis por ele próprio, pelo MP ou por qualquer outro colegitimado à defesa dos direitos metaindividuais em juízo (v.g. ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa), regem-se pelas regras ordinárias de prescrição previstas nas leis respectivas e, na sua falta, pelo CC. A leitura da parte final da norma comentada pode sugerir tratar-se de pretensão imprescritível. Todavia, os princípios da segurança jurídica e da proibição de excesso indicam a necessidade de haver prazo de extinção da pretensão do estado para o ressarcimento do erário pelos danos causados por ato de improbidade administrativa, porquanto se trata de pretensão civil [não penal] que se exerce mediante ação condenatória, a qual, por sua natureza, de acordo com o sistema do Direito, é sempre prescritível. O que o sistema admite como imprescritível são as pretensões que se exercem mediante ações constitutivas e declaratórias, preenchidos os requisitos para tanto. Quando a CF quis dar o regime jurídico da imprescritibilidade a alguma situação jurídica, fez menção expressa a essa exceção em apenas duas ocasiões: CF 5º XLII e XLIV, que tratam como imprescritíveis os crimes de racismo e de grupo armado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (NERY JR. e NERY, 2017, p. 579). No mesmo sentido, *vide* ainda ANDRADE, M. S. P. Prescrição da pretensão de ressarcimento de dano causado ao erário. *Revista de Processo*, v. 36, n. 197, p. 145-166, jul. 2011. CRUZ, L. P. F.; GOMES JUNIOR, L. M. Questões relevantes sobre a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário com fundamento em ato de improbidade administrativa. *Revista de processo*, v. 43, n. 277, p. 463-485, mar. 2018. Para um panorama mais amplo sobre as opiniões doutrinárias a respeito da interpretação dessa regra, *vide* NOBRE JÚNIOR, 2014, p. 60-73.

¹⁰⁹⁸ NOBRE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 60-73.

extracontratual. Daí ter concluído que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.¹⁰⁹⁹ Por isso, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos às demandas que envolvem o ressarcimento de danos causados pelo particular ao erário quando decorrentes de ilícitos indenizatórios, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Nesse caso, conta-se o prazo desde “o término do procedimento administrativo de Tomada de Constas Especial”.¹¹⁰⁰ Isso porque “se o Estado dispõe do prazo de cinco anos para ser acionado por seus débitos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, a mercê do princípio da isonomia, tal lustro prescricional deve ser aplicado no caso de cobrança do Estado contra o Administrado”.¹¹⁰¹

Essa decisão não havia pacificado completamente a controvérsia e, no segundo semestre de 2018, o Supremo Tribunal Federal voltou a discutir a abrangência da referida regra, para concluir que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.¹¹⁰² *A contrario sensu*, são prescritíveis: *i*) as sanções de direito administrativo ao improbo;¹¹⁰³ *ii*) os danos causados por servidores ao erário e que se encontrem fora do escopo da Lei de Improbidade Administrativa e, ainda que dentro deste, *iii*) sejam causados de forma culposa.

Essa conclusão foi encaminhada após amplo debate em plenário. Prevaleceu a tese exposta pelo Min. Edson Fachin, para quem a ressalva contida no art. 37 §5º, CF/1988, tem

¹⁰⁹⁹ STF, RE 669069, Rel. Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, j. em 03/02/2016, DJe divulg. 27-04-2016, public. 28-04-2016.

¹¹⁰⁰ TJDFT, Acórdão n.1045666, 20150111090426APC, Rel. Alvaro Ciarlini, 3ª Turma Cível, j. 06/09/2017, DJE em 14/09/2017, p. 192/198.

¹¹⁰¹ TJDFT, 20050110265337APC, Rel. Flávio Rostirola, 1ª Turma Cível, j. 28/10/2010, DJ 09/11/2010, p. 98.

¹¹⁰² “DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento” (STF, RE 852475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 08/08/2018, public. 25.03.2019; Tema 897).

¹¹⁰³ Art. 23, Lei nº 8.492/92. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

por objetivo decotar do comando contido na primeira parte da regra as ações cíveis de ressarcimento. Aduziu, então, que a ressalva diz respeito a dois regramentos distintos relacionados à prescrição, um para os ilícitos praticados por agentes, sejam eles servidores ou não, e outro para as ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade, dotadas de uma especialidade ainda maior. Considerou-se que a imprescritibilidade é o biombo sob o qual se encobrem a corrupção e o dano ao interesse público. No seu entender, a premissa de segurança jurídica não autoriza que seja esquecido o locupletamento indevido de quem lesou o erário.

Na ocasião, restaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que negaram provimento ao recurso, sustentando a tese de que não existe a aludida previsão de imprescritibilidade nos §4º e 5º do art. 37, CF/1988. A sanção de ressarcimento ao erário deveria seguir os mesmos prazos estabelecidos no art. 23 da Lei nº 8.429/1992, com a ressalva de que, se o ato também for considerado crime, dever-se-ia aplicar a prescrição penal.

Vê-se, portanto, que nesse campo há, de forma mais ou menos ampla, direito subjetivo prestacional de caráter perpétuo.

ii) Prescritibilidade na Corte Europeia de Direitos Humanos

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) vê-se constantemente chamada a avaliar se uma limitação temporal viola o princípio de amplo acesso ao Poder Judiciário e, com isso, a própria salvaguardada dos direitos humanos.

No caso que talvez seja o mais emblemático deles, aquela Corte, em 22 de outubro de 1996, analisou a reclamação formulada pela Sra. Stubbins, que sofreu abuso sexual de seu pai adotivo (Sr. Webb). Os traumas psicológicos duradouros, segundo afirmou, impediram-lhe de tomar as medidas legais cabíveis.¹¹⁰⁴ As Cortes do Reino Unido, ao final do procedimento nacional, julgaram improcedentes os pedidos por ela formulados, sob o argumento de que sua pretensão estava barrada pelo prazo prescricional de seis anos, contados de sua maioridade. Ao reanalisar essa decisão, a CEDH ponderou, de um lado, que os prazos prescricionais servem a propósitos importantes, como o de prover segurança jurídica; e, por outro lado, que o crime de abuso sexual é hediondo, com efeitos debilitantes, sendo certo o direito das vítimas contra quaisquer interferências indevidas em suas vidas

¹¹⁰⁴ Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58079>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

privadas. Observou-se que a proteção às vítimas havia sido assegurada por meio da persecução penal e que tudo recomenda que também haja proteção civil, desde que observado o prazo prescricional razoável e proporcional. Ocorre que a proteção aos direitos humanos ali envolvidos não impõe a existência de ações civis imprescritíveis. Assim, concluiu-se que não houve violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A conclusão que daí se pode extrair é que não são perenes as pretensões relativas à violação de direitos humanos.

O julgado proferido pela CEDH, em 11 de março de 2014, revela outra faceta desse problema (*Affaire Howald Moor e outros vs. Suíça*).¹¹⁰⁵ A Sra. Renate Anita Howald Moor viu seu marido, Hans Moor, falecer em novembro de 2005, supostamente por contaminação de amianto. A exposição ao produto tóxico se deu entre 1965 e 1978, enquanto empregado em fábrica localizada na Suíça. Chegou-se ao diagnóstico de câncer apenas em maio de 2004. No ano seguinte, após o falecimento, a autora postulou o pagamento do seguro correlacionado, assim como o ressarcimento por danos extrapatrimoniais com base em responsabilidade civil. Após tramitar por diversas instâncias, a mais alta Corte daquele país julgou improcedentes os pedidos porque 27 anos haviam se passado desde a exposição ao produto químico. De fato, o art. 60 do Código Civil suíço (CCS) prevê que a ação por lucros cessantes ou danos extrapatrimoniais prescreve em um ano desde o dia em que a parte lesada tem conhecimento do dano e de seu autor e, em todo o caso, em dez anos desde o dia em que o fato lesivo se deu.¹¹⁰⁶

Sem afastar-se dos precedentes que levaram à conclusão de que as regras de prescrição não cerceiam o direito fundamental a julgamento justo de um tribunal, a CEDH destacou a complexidade do caso. Se aplicada a regra nacional, a pretensão reparatória estaria prescrita antes mesmo de que a vítima soubesse de seu dano. Em particular, a legislação suíça não prevê solução justa, nem mesmo a título transitório, ao problema posto. Mesmo diante da finalidade legítima das regras de prescrição, não se constatou proporcionalidade na sua aplicação em relação a seu termo inicial subjetivo ou objetivo, razão pela qual a Corte conclui, naquele caso, que tais regras violavam o direito de acesso à Justiça.

¹¹⁰⁵ Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141567>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹¹⁰⁶ *Article 60, CCS. Prescription. L'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit*".

Isso significa, colocada a questão sob outra perspectiva, que estruturas demasiadamente rígidas para a limitação temporal das pretensões, seja em razão de seu prazo, seja em razão de seu termo inicial, podem ser consideradas violadoras de direitos humanos.

As lições extraídas desses julgados revelam que mesmo um sistema de prazos duplos, como o suíço ou o alemão, ou de limitações máximas para a suspensão, como aquele que se vê no PECL e no DCFR poderiam ser considerados inconstitucionais. A solução que procura combinar, de um lado, prazos curtos de prescrição com termo inicial subjetivo e, de outro, com prazos mais longos, contados desde o termo inicial objetivo, apresenta esta última regra como limite máximo de tolerância. Com isso, em situações concretas, pode ser que mesmo o prazo decenal, a ser contado da data do fato lesivo, pode ser violador de direitos fundamentais quando os danos só se revelam posteriormente.

O modelo alemão apresenta uma vantagem diante desse tipo de decisão, porque valora de forma mais atenta certos bens, como a integridade física, atribui-lhe um prazo de prescrição mais largo que o decenal. Com isso, ainda há razões para que subsista um prazo longuíssimo, de trinta anos, a contar desde as condutas que causam lesão pessoal, como se vê na legislação alemã e no DCFR.

Jean-Sébastien Borghetti pondera se mesmo um prazo trintenar não poderia ser questionado nas mesmas bases e, para isso, a solução seria a decisão de um prazo subjetivo curto, a jogar insegurança em todo o sistema.¹¹⁰⁷ Outras alternativas, para além desta cogitada por referido autor, seriam submeter tais lesões a prazos longuíssimos, quiçá com o retorno da *praescriptio centum annorum*, ou considerar tais lesões imprescritíveis. Elas seriam, contudo, ainda mais inseguras e, sem respaldo jurisprudencial, já que não se reconheceu, no âmbito da CEDH, a necessidade de imprescritibilidades como ferramentas necessárias à salvaguarda de direitos humanos.

Como pudemos destacar oportunamente, a prescrição centenária trouxe problemas a Justiniano, fazendo com que seu testemunho ressoasse pelo tempo, apesar de cotidianamente ignorado. Após cem anos, já não há prova que resista de forma fidedigna e, com isso, as chances de consolidar injustiças são sensivelmente maiores.

¹¹⁰⁷ BORGHETTI, 2016, p. 181.

iii) Prescritibilidade na Corte Interamericana de Derechos Humanos

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, os signatários do Pacto obrigaram-se também a ratificar a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, de 26 de novembro de 1968.¹¹⁰⁸ Para além dos crimes de guerra, são imprescritíveis “a expulsão por ataque armado ou ocupação, os atos desumanos praticados em política de *apartheid*, o delito de genocídio, ainda que estes atos não signifiquem violação ao direito interno do país em que foram cometidos” (art. 1, b).¹¹⁰⁹

O art. 2561, 3, do *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, em sintonia com essa regra, estabeleceu que não estão sujeitas à prescrição as ações civis derivadas de crimes de lesa humanidade.¹¹¹⁰

Tenhamos atenção a alguns precedentes da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre o tema, para que possamos verificar como essas regras têm sido implementadas na prática. Não se pretende realizar um cotejo da jurisprudência daquela ordem, mas apenas trazer a lume precedentes relevantes para ilustrar a discussão central deste estudo. Também é importante destacar que não pretendemos discutir a correção moral, no sentido de fazer justiça ou não, a cada uma das situações analisadas, muitas das quais

¹¹⁰⁸ Disponível em: <<https://bit.ly/2sE2I6K>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

¹¹⁰⁹ Sobre esse tema, vide JORGE SANTOS, C. *Prescrição Penal e Imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 121 e seguintes. Quando do julgamento do caso Herzog e Outros vs. Brasil, a Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH nos dá um panorama atualizado sobre o tema, destacando que o reconhecimento desses crimes advém do costume internacional. Sua aplicação independe de assinatura de tratado específico e de tipificação no direito interno. Confira-se. “222. Os crimes contra a humanidade são um dos delitos reconhecidos pelo Direito Internacional, juntamente com os crimes de guerra, o genocídio, a escravidão e o crime de agressão. Isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidos pelo Direito Internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno dos Estados. A característica fundamental de um delito de Direito Internacional é que ameaça à paz e a segurança da humanidade porque choca a consciência da humanidade. Tratam-se de crimes de Estado planejados e que fazem parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas. Aqueles que os cometem, tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada. 223. A Corte observa que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional cristalizou a definição dessa figura jurídica ao dispor, em seu artigo 7, que se entenderá por “crime contra a humanidade” qualquer dos atos detalhados nesse artigo 174 quando se cometa como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque. Por outro lado, a Corte observa que a Comissão de Direito Internacional e outros tribunais internacionais e nacionais estabeleceram os elementos dos crimes contra a humanidade de maneira similar ao Estatuto de Roma. 224. Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional, no Projeto de Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade, considerou crime contra a humanidade a prática sistemática, ou em grande escala e instigada ou dirigida por um governo ou por uma organização política ou grupo, de determinados atos específicos. Nesse sentido, reconhece três requisitos gerais: que o(os) ato(s) seja(m) cometidos como parte de um ataque “generalizado ou sistemático”, contra uma população civil, e que o(os) autor(es) aja(m) “com conhecimento desse ataque”, ou seja, como parte de uma política ou plano de ação determinado e estabelecido pelo Estado”. Disponível em: <<https://bit.ly/2MNU7Fs>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹¹¹⁰ Artículo 2561, CCA/2015.- *Plazos especiales. (...) Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.*

suscitam amplo debate ainda hoje no contexto social. Nossa análise visa tão apenas demonstrar como o tema das imprescritibilidades vem sendo tratado nesse âmbito internacional.

No caso *Barrio Alto vs. Peru*, com sentença de 14 de março de 2001, a CIDH avaliou a responsabilidade internacional do Estado requerido diante de lesões a um grupo de pessoas por agentes militares, assim como a falta de investigação e falta de sanção aos responsáveis. Em 3 de novembro de 1991, seis membros do exército adentraram imóvel localizado no Barrio Alto, em Lima, onde obrigaram as vítimas a ajoelhar-se e contra elas dispararam. Quinze pessoas faleceram. O Congresso Peruano concedeu anistia a militares e civis por violações a direitos humanos entre 1980 e 1995. Não se realizaram investigações nem houve punição aos responsáveis. Com base no direito de acesso ao Judiciário, a CIDH considerou inadmissível a anistia e a exclusão de responsabilidade em questão em casos de violação grave a direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, desaparecimentos forçados, práticas proibidas por direitos inderrogáveis. Em resumo, as regras de direito interno excluíram o direito das vítimas e seus familiares do direito a um recurso simples e eficaz, de conhecer a verdade e receber reparação, deixando-as indefesas com perpetuação da impunidade.

No caso *Albán Cornejo vs. Equador*, a CIDH indicou que “a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quando se trata de violações muito graves aos direitos humanos nos termos do Direito Internacional”. Em 13 de dezembro de 1987, Laura Susana Albán Cornejo ingressou no Hospital Metropolitano de Quito com quadro de meningite. Apesar de permanecer sob tratamento hospitalar, faleceu em 18 de dezembro de 1987. Seus pais iniciaram um procedimento investigativo por negligência médica. O Poder Judiciário daquele país demorou demasiadamente a esclarecer os fatos e, quando o fez, declarou parcialmente prescrita a pretensão punitiva. A CIDH, embora reconheça que a prescrição penal representa uma garantia contra o poder punitivo do Estado, considerou o caso grave o suficiente para afastar essa limitação temporal.¹¹¹¹

Naquilo que concerne ao Brasil, diversos casos na jurisprudência da CIDH poderiam ser analisados. Dada a relevância para a presente discussão, tomaremos dois casos

¹¹¹¹ A CIDH reiterou, nesse ponto, a sua jurisprudência anterior (Caso *Barrios Altos Vs. Perú*, com sentença de 14.3.2001, par. 41; Caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, sentença de 26.9.2006, par. 110; e Caso do *Massacre de La Rochela*, par. 294). A decisão está disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf> .Acesso em: 15 jun. 2018.

expressivos para o tema da prescrição: *i*) Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil; e *ii*) Vladimir Herzog vs. Brasil

a) Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 4 de março de 2015, submeteu à CIDH o caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde no Pará, apontando suposta prática de trabalho escravo, servidão por dívidas, ameaças de morte em caso de abandono do local e falta de salário. Essas práticas seriam atribuíveis ao Estado Brasileiro que, ciente da situação desde 1989, não adotou medidas razoáveis de proteção e resposta, nem proveu às vítimas um mecanismo judicial efetivo, para punição aos responsáveis, proteção de seus direitos e obtenção de reparação.¹¹¹²

A característica específica dessa situação é que a escravidão configura ilícito de direito internacional, sendo vedada em inúmeros tratados, mas não se enquadra, por si só, no conceito mais estrito de crimes de lesa humanidade. Estes são praticados por agentes do Estado em política de segregação ou discriminação ou, de modo mais amplo, são cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil,¹¹¹³ características que não estavam presentes na situação analisada. De qualquer modo, combater a escravidão é obrigação imposta pelo direito internacional aos Estados, sendo passível de punição pela CIDH.

Dentre os direitos em discussão, preocupa-nos o art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (“PSJCR”), segundo o qual “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Para avaliar a duração razoável do processo, a CIDH vem considerando o tempo transcorrido desde o seu início até sua sentença final. A demora no provimento final é fato que por si só viola essa garantia. O caso sob análise durou cerca de 11 anos. Inicialmente, houve inspeção na fazenda em abril de 1997. Logo após, em junho, o Ministério Público

¹¹¹² Decisão disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹¹¹³ Sobre a definição de crimes contra a humanidade, *vide* JORGE SANTOS, Christiano. *Prescrição Penal e Imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 102-103.

Federal iniciou o processo judicial por ação penal incondicionada contra Raimundo Alves de Rocha, Antônio Alves Vieira e João Luiz Quagliato Neto. A prescrição foi reconhecida em 2008.

Como não há um prazo médio razoável estipulado, a duração foi cotejada pela CIDH à luz de quatro critérios: *i*) complexidade do assunto; *ii*) atividade processual do interessado; *iii*) conduta das autoridades interessadas; e *iv*) impactos na situação jurídica da pessoa interessada no processo. Tomando em perspectiva as características da prova e dos recursos, a quantidade de vítimas e sujeitos processuais, assim como o contexto da violação, a CIDH considerou o caso de alta complexidade, mas não a ponto de justificar uma duração superior a uma década. Não foram identificados elementos que pudessem apontar inércia dos interessados. As vítimas sequer tomaram parte no processo. Quanto à conduta das autoridades judiciais, houve inúmeros incidentes de competência e, ainda, períodos em que o processo não recebeu movimentação, o que foi interpretado como “falta de atuação diligente das autoridades judiciais”. A situação permaneceu assim até que o Ministério Público Federal postulasse a prescrição. Como o atraso que provocou a prescrição é atribuível ao próprio Estado – a quem cabia tomar providências para investigar, julgar e sancionar os responsáveis –, considerou-se que tal fato impactou a outorga de reparação aos trabalhadores submetidos a condições de escravidão. Como, ao final, eles não receberam nenhum tipo de indenização pelas condições a que foram submetidos, concluiu-se pela violação à garantia de duração razoável do processo.

Por outro lado, o art. 25, PSJCR, assegura “proteção judicial”, garantia que é interpretada do ponto de vista material, e não de mero acesso formal ao Poder Judiciário.¹¹¹⁴

Ao julgar o caso sobre a perspectiva da “proteção judicial”, a CIDH observou que, além da ação penal, houve uma medida trabalhista perante a Delegacia Regional do Trabalho, que meramente apresentou orientação ao empregador para que ajustasse sua conduta, sem assegurar reparações. De igual modo, a ação civil pública ajuizada terminou em acordo para que João Luiz Quagliato Neto não permitisse trabalho escravo em sua propriedade. Dito de outra forma, nenhuma medida judicial foi adotada para determinar a responsabilidade nem para obter reparação em favor das vítimas. Essa situação representou, segundo a CIDH, negação de justiça em prejuízo das vítimas, pois, em concreto, não lhes foi assegurada proteção judicial.

¹¹¹⁴ Art. 25, PSJCR.

Com isso, embora a prescrição seja um instrumento apto a não perpetuar a pretensão punitiva, a CIDH considerou não ser admissível o uso de figuras processuais, como a prescrição, para se esquivar da obrigação de investigar delitos que, mesmo não sendo propriamente considerados de lesa humanidade, configuraram graves violações aos direitos humanos previstos na Convenção Americana. A escravidão e suas formas análogas constituem delito internacional de *jus cogens*, sendo a prescrição desses delitos incompatível com as obrigações internacionais do Estado Brasileiro. A CIDH concluiu, em concreto, que a aplicação da prescrição constituiu um obstáculo para a investigação dos fatos em questão e determinação da sanção aos responsáveis.¹¹¹⁵

No que mais se aproxima à presente análise, o Brasil aventou a prescrição dos danos extrapatrimoniais postulados, o que foi rejeitado pela CIDH sob argumento de preliminar aventada extemporaneamente. O Brasil ainda indicou que não poderia ser responsável pelos danos sofridos pelos trabalhadores, já que não foi diretamente causador da situação de escravidão. No entanto, considerou-se que houve violação às garantias de duração razoável e proteção judicial, fixando-se indenizações individuais que variaram entre US\$30.000 e

¹¹¹⁵ “(...) 452. Os representantes afirmaram que, considerando que se trata de graves violações aos direitos humanos, a prescrição do delito de trabalho escravo é incompatível com a Convenção Americana. Em consequência, solicitaram que o Estado estabeleça a imprescritibilidade deste delito e, adicionalmente, adote todas as medidas necessárias para que a prescrição não seja um obstáculo para a investigação e eventual punição dos responsáveis pelos fatos deste caso. 453. O Estado considerou improcedente o pedido de declarar a imprescritibilidade do delito de trabalho escravo por várias razões. Em primeiro lugar, considerou que a imprescritibilidade dos delitos contra a humanidade se refere unicamente ao exercício da jurisdição penal internacional e não é uma obrigação dos Estados estabelecê-la no plano doméstico. Em segundo lugar, argumentou que, no caso concreto, não é possível falar de um delito contra a humanidade, pois não se trata de ‘um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil’, tampouco se ‘trata de uma prática aplicada ou tolerada pelo Estado brasileiro’. Finalmente, o Estado afirmou que o artigo 149 do Código Penal brasileiro é particularmente amplo e tipifica uma série de condutas de variada gravidade que não podem ser qualificadas todas como delitos contra a humanidade. 454. Quanto à imprescritibilidade do delito de escravidão, a Corte concluiu no capítulo VIII-1 que a aplicação da figura da prescrição no presente caso representou uma violação ao artigo 2 da Convenção Americana, pois foi um elemento decisivo para manter a impunidade dos fatos constatados em 1997. Além disso, a Corte constatou o caráter imprescritível do delito de escravidão e de suas formas análogas no Direito Internacional, como consequência de seu caráter de delitos de Direito Internacional, cuja proibição alcançou o status de *jus cogens* (par. 249 supra). Ademais, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, 531 os delitos que representem graves violações de direitos humanos não podem ser objeto de prescrição. Consequentemente, o Brasil não pode aplicar a prescrição a este caso e a outros similares. 455. A Corte considera que a alegada amplitude do tipo penal previsto no artigo 149 do Código Penal brasileiro não modifica a conclusão anterior como pretende o Estado (pars. 307 a 314 supra). Neste caso, a Corte não declara imprescritível, de maneira geral, um delito previsto no ordenamento jurídico brasileiro (o citado artigo 149), 532 mas unicamente as condutas que constituam escravidão ou uma de suas formas análogas, em conformidade com o disposto nesta Sentença. A decisão da Corte possui, obviamente, o efeito de declarar que a escravidão e suas formas análogas são imprescritíveis, independentemente de estas corresponderem a um ou mais tipos penais de acordo com o ordenamento interno brasileiro. Portanto, cabe a este Tribunal ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente Sentença, adote as medidas legislativas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada à redução de pessoas à escravidão e a suas formas análogas, no sentido disposto nos parágrafos 269 a 314 da presente Sentença” (Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019).

US\$40.000 a cada pessoa lesada. Ao fixar o valor, a CIDH expressamente asseverou que esses montantes, fixados em juízo de equidade, “compensam e formam parte da reparação integral às vítimas, levando em consideração os sofrimentos e aflições de que padeceram em seu estado de condição análoga à de escravo”.

b) Herzog e Outros vs. Brasil

Na mais recente condenação ao Brasil na CIDH, analisou-se o caso da morte de Vladimir Herzog em 25 de outubro de 1975 no Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI).¹¹¹⁶

De modo bastante sucinto, cabe lembrar que, no âmbito da operação Radar, que visava deter e neutralizar dirigentes do Partido Comunista do Brasil, o jornalista Vladimir Herzog foi intimado para depor, supostamente após ter sido delatado por companheiros. Houve comparecimento espontâneo, seguindo-se a prática de tortura, conforme relatado por Rodolfo Osvaldo Konder e por George Duque Estrada, e morte. Foi divulgada a versão oficial de suicídio, posteriormente desmentida por elementos diversos (os detentos não usavam cinto, tal como aquele usado no enforcamento, os peritos assinaram o laudo cadavérico sem analisar o corpo). Após grande comoção social, um inquérito policial foi iniciado, sem conclusões sobre o caso (IPM 1173-75). Seus familiares ajuizaram uma ação declaratória (n. 136-76), na qual se reconheceu, com trânsito em julgado, a responsabilidade da União Federal pela detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista. Em 1992, Pedro Antonio Mira Crancieri declarou ter sido o único responsável pelo interrogatório do jornalista, conforme declaração em revista semanal. Foi aberto contra ele inquérito policial (n. 487/92), mas a investigação foi arquivada por força da Lei de Anistia (Lei nº 6683, de 28 de agosto de 1979). A Lei nº 9.140, de 1995, reconheceu a responsabilidade da União pela morte e desaparecimento de presos no período de exceção, assegurando-se reparação pecuniária. Foi deferida à viúva Herzog a reparação de R\$100.000,00 em 1997. Em 2007, os trabalhos desenvolvidos pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos concluíram pela falsidade da versão oficial de suicídio, destacando o teor dos depoimentos, as falhas dos laudos cadavéricos oficiais, bem como a recusa da comunidade judaica que, após analisar o corpo e as marcas de tortura, negou o sepultamento na ala destinada a

¹¹¹⁶ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

suicidas. Em 2011, a Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei nº 12.528/2011, realizou perícias indiretas e concluiu pela morte por estrangulamento.

A CIDH concluiu “que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados crime contra a humanidade, conforme a definição do Direito Internacional desde, pelo menos, 1945”, circunstância que “impunha ao Estado do Brasil e, com efeito, a toda a comunidade internacional a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que constituem uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional”. Os juízes daquela Corte chegaram a esta decisão por considerar que os atos foram praticados “por agentes estatais pertencentes ao DOI/CODI do II Exército de São Paulo, como parte de um plano de ataque sistemático e generalizado contra a população civil considerada ‘opositora’ à ditadura, em especial, no que diz respeito ao presente caso, jornalistas e supostos membros do Partido Comunista Brasileiro”.

No que é mais relevante, a CIDH considerou que, nessas situações, é fundamental que os Estados realizem investigação com vista à determinação da verdade, persecução, captura, julgamento e eventual punição dos crimes, independentemente de tipificação pela legislação interna. A falta de investigação favorece os crimes e viola as responsabilidades internacionais do Estado. Em particular, considera-se que a Lei de Anistia é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, não podendo representar impedimento à investigação e punição. Em suma, o Estado Brasileiro está “impedido de utilizar figuras que permitam a impunidade de crimes contra a humanidade, tais como a prescrição,¹¹¹⁷ o

¹¹¹⁷ “Especificamente com respeito aos crimes contra a humanidade, nem os Estatutos de Nuremberg ou Tóquio, nem os instrumentos constitutivos do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, do Tribunal Penal Internacional para Ruanda ou do Tribunal Especial para Serra Leoa estabeleceram regras sobre prescrição em relação aos delitos internacionais, inclusive os crimes contra a humanidade. Por outro lado, na Lei No. 10 do Conselho de Controle, aprovada em dezembro de 1945 pelo Conselho de Controle Interaliado da Alemanha para o julgamento de supostos infratores, se estabelecia que nos julgamentos ou processos por crimes contra a humanidade (assim como crimes de guerra e crimes contra a paz) “o acusado não tem o direito de se amparar em prescrição alguma quanto ao período compreendido entre 30 de janeiro de 1933 e 1o de julho de 1945”. Do mesmo modo, em 1967, a Assembleia Geral das Nações Unidas destacou que “a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade das normas de direito interno relativas à prescrição dos delitos ordinários suscita grave preocupação na opinião pública mundial, pois impede o julgamento e a punição das pessoas responsáveis por esses crimes”. No ano seguinte, os Estados aprovaram a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que reconhece o desenvolvimento do direito internacional na matéria até esse ponto e determina que a prescrição da ação penal ou da pena não deve aplicar-se a crimes contra a humanidade. Por outro lado, o Estatuto de Roma expressamente declara que os crimes de sua competência não prescreverão (par. 217 supra). Do mesmo modo, recentes desdobramentos internacionais, como o Estabelecimento das Salas Especiais no Camboja e o Estatuto do Tribunal para Timor Leste definem expressamente os crimes contra a humanidade como delitos que não prescrevem”.

princípio ‘ne bis in idem’¹¹¹⁸ e as leis de anistia, além de qualquer disposição análoga ou excludente de responsabilidade”.

No que concerne aos aspectos cíveis mais relevantes para a presente discussão, não se vê extensão expressa da imprescritibilidade penal. No entanto, a Corte considerou que a omissão prolongada no tempo sobre a disponibilização de documentos do caso, a manutenção de uma versão falsa e prolongado impedimento para a apuração das responsabilidades criminais causaram danos à integridade psíquica de seus familiares, impondo uma condenação do Estado brasileiro de US\$ 40.000.¹¹¹⁹ O raciocínio implícito é, no entanto, de fácil visualização: as lesões aos direitos assegurados na Convenção Americana são perenes até serem efetivamente reparadas.

Feito breve relato desses precedentes, vê-se que a CIDH não tem centrado o seu juízo de imprescritibilidades, aos casos de Lesa Humanidade, nos termos da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, de 26 de novembro de 1968. Conquanto os precedentes não digam respeito a crimes de guerra, a expulsão por ataque armado e a genocídio, estão relacionados a atos desumanos praticados em política de *apartheid*. As violações a direitos humanos de uma só pessoa foram consideradas imprescritíveis nesse contexto, abrangendo não só seus aspectos penais, mas também civis. Assim, a CIDH vem considerando imprescritível a grave violação aos direitos

¹¹¹⁸ “271. A exceção a esse princípio, assim como no caso da prescrição, decorre do carácter absoluto da proibição dos crimes contra a humanidade e da expectativa de justiça da comunidade internacional. Isso se explica, como especificou a Comissão de Direito Internacional, pelo fato de que ‘um indivíduo pode ser julgado por um tribunal penal internacional por um crime contra a paz e a segurança da humanidade resultante da mesma ação que foi objeto do processo anterior em um tribunal nacional, caso o indivíduo tenha sido julgado pelo tribunal nacional por um crime ‘ordinário’, em vez de sê-lo por um crime mais grave previsto no código’. Nesse caso, o indivíduo não foi julgado ou punido pelo mesmo crime, mas por um ‘crime mais leve’ que não compreende em toda a sua dimensão sua conduta criminosa. Assim, ‘um indivíduo poderia ser julgado por um tribunal nacional por homicídio com agravantes e julgado uma segunda vez por um tribunal penal internacional pelo crime de genocídio baseado no mesmo fato’. Nas situações em que o indivíduo não foi devidamente julgado ou punido pela mesma ação ou pelo mesmo crime, em função do abuso de poder ou da incorreta administração de justiça pelas autoridades nacionais na ação do caso ou na instrução da causa, a comunidade internacional não deve ser obrigada a reconhecer uma decisão decorrente de uma transgressão tão grave do procedimento de justiça penal”

¹¹¹⁹ “353. Sem prejuízo do exposto, a Corte constata que não tem competência temporal para decidir sobre a alegada violação à integridade pessoal dos familiares próximos de Vladimir Herzog, por motivo direto de sua tortura e assassinato. Assim, a citada presunção *juris tantum* não pode ser reconhecida no presente caso, razão pela qual a Corte terá de analisar a prova testemunhal e pericial apresentada no presente litígio para confirmar o dano alegado. 354. O Tribunal constata, a partir do acervo probatório, que a existência e a divulgação de uma versão falsa da detenção, tortura e execução de Vladimir Herzog geraram um dano à integridade de todo o seu núcleo familiar. Além disso, os esforços infrutíferos dos familiares por conseguir reivindicar judicialmente seus direitos lhes causou angústia e insegurança, além de frustração e sofrimento. Isso, a juízo do Tribunal, também constitui dano à sua integridade psíquica e moral”.

humanos previstos no Pacto de São José da Costa Rica, visto que a prescrição não poderia afastar a garantia dos direitos humanos em situações tão marcantes.

iv) Tortura

No âmbito do direito interno, o Brasil vem, aos poucos, reconhecendo hipóteses de imprescritibilidade com base em razões semelhantes. A hipótese que talvez seja mais emblemática envolve a discussão da reparação de torturas praticadas durante o regime militar, que vigorou de 1964 a 1985. A crônica judicial dá notícia de ações ajuizadas exclusivamente com o fim de declarar a ocorrência de torturas sob a responsabilidade de determinado agente público e, mais recentemente, com finalidade de obter compensação dos danos morais. Tenhamos essas situações em consideração.

De maneira bastante breve, é necessário destacar que o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assegurou anistia àqueles que, “no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares”. A regra assegura aos anistiados compensações econômicas por perda de cargos, empregos e promoções a que fariam jus. A Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, regulamentou o tema, assegurando reintegração aos cargos, cursos e, mais especificamente, reparações econômicas às custas do erário.

Este é um sistema engenhoso que busca pacificação social, sem prejudicar a aferição da verdade em situações concretas. A referida regra assegura aos lesados alguma reparação, reconhecendo a responsabilidade do Estado sobre o que ocorreu no período. A anistia criminal assegurou que não fosse possível procurar responsabilização direta dos agentes públicos envolvidos nas práticas de tortura. Do mesmo modo, não há punição para aqueles que eram considerados revoltosos ou condutores de atos de terrorismo. Sob esse sistema, há uma verdade geral reconhecida, sem culpabilização individual. Naturalmente, sempre foi livre o debate histórico e político sobre as responsabilidades individuais, mas elas não levam à responsabilização desses agentes.

O Constituinte não previu, contudo, o que se passaria com as ações individuais em busca de reparação civil por danos extrapatrimoniais. Haveria de se perguntar se a reparação paga pelo Estado também envolvia os danos não patrimoniais. A lacuna é razoável, pois a ampla reparação de danos dessa natureza só se consolidou após 1988. Diante dessa brecha, diversas ações judiciais passaram a ser ajuizadas.

O STJ vem admitindo esse tipo de ação, possibilitando que novas ações fossem ajuizadas para haver danos morais.¹¹²⁰ Tome-se, por exemplo, a situação do oficial do Exército, Carlos Alberto Brilhante Ustra, que comandou o Destacamento de Operações de Informação - Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), na cidade de São Paulo, entre 1969 e 1974, e a quem é atribuída a responsabilidade por mortes e torturas ali ocorridas, apesar das negativas por ele externadas.

Nesse contexto, em 2010, os familiares do jornalista Luiz Eduardo da Rocha Merlino, sua irmã e sua companheira, ajuizaram contra o oficial do Exército ação na qual postulavam compensação dos danos morais sofridos em razão de sua morte, ocorrida em 1971.

Naquilo que é central para o presente estudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) discutiu a existência da prescrição e acolheu a tese da defesa, contando o prazo vintenário desde a promulgação da Constituição Federal. A decisão valeu-se da segurança jurídica.¹¹²¹ Para chegar a essa conclusão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não acatou a teoria de imprescritibilidade dos direitos fundamentais, compreendendo que, a partir de sua violação, nasce uma pretensão prescritível. Também considerou que as imprescritibilidades estabelecidas na Constituição Federal aplicam-se ao âmbito penal e, em qualquer hipótese, não abrangem a tortura.

De modo contrário, o STJ vem asseverando, tanto nas turmas de direito público quanto nas de direito privado, que esse conjunto de situações a envolver tortura, ainda que anistiadas na esfera penal, podem ser discutidas no âmbito cível, não se sujeitando à prescrição. A Terceira Turma, julgando caso também ajuizado contra Carlos Alberto Brilhante Ustra, destacou que não há “prescrição de pretensão meramente declaratória da existência de atos ilícitos e de relação jurídica de responsabilidade do réu por danos morais

¹¹²⁰ No enunciado de n. 624, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que “é possível cumular a indenização do dano moral com a reparação econômica da Lei n. 10.559/2002” (STJ, Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018).

¹¹²¹ “RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Demanda ajuizada por companheira e irmã de preso político do DOI-CODI, falecido em 19 de julho de 1971 – Inicial que atribui ao demandado, na qualidade de Comandante daquele departamento à época dos fatos, a prática de atos de tortura que teriam resultado no óbito daquele preso político – Decreto de procedência – Inadmissibilidade – Operada a prescrição – Descabida a tese da imprescritibilidade retroativa – Art. 8º, 1º, dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias posterga ao futuro, os efeitos financeiros da anistia (raciocínio que também deve ser adotado no âmbito da pretensão indenizatória calcada em danos morais para fixar o marco inicial a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988) – Demanda ajuizada no ano de 2010, portanto, quando já operada a prescrição, na forma do art. 177 do Código Civil de 1916, vigente àquela época – Precedentes Prescrição que põe fim à ação, na forma do art. 487, II, do Novo CPC – Invertida a sucumbência - Sentença reformada – Recurso provido” (TJSP, Ap. Cível n. 0175507-20.2010.8.26.0100, Rel. Des. Salles Rossi, 13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 17/10/2018, DJ 19/10/2018).

decorrentes da prática de tortura” e que “mesmo as pretensões reparatórias por violações a direitos humanos, como as decorrentes de tortura, não se revelam prescritíveis”.¹¹²² A Segunda Turma, em situação análoga, asseverou que “a afronta aos direitos básicos da pessoa humana, como a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação *ex delicto* imprescritível e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.¹¹²³ Vem-se asseverando, nesse sentido, que há “direito fundamental à reparação por danos morais (CF/88, art. 5º, V e X; CC/1916, art. 159; CC/2002, art. 186), que não pode ser suprimido nem cerceado por ato normativo infraconstitucional, tampouco pela interpretação da regra jurídica, sob pena de inconstitucionalidade”.¹¹²⁴

v) Danos ambientais e benefício previdenciário

De modo semelhante, vem sendo reconhecida a imprescritibilidade do dano ambiental e do direito fundamental ao benefício previdenciário.¹¹²⁵

¹¹²² STJ, REsp 1.434.498/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 09/12/2014, DJe 05/02/2015. Em voto vencido, a Min. Nancy Andrighi não reconhecia sequer o direito de ajuizar ação declaratória, destacando “a eternização de conflitos entre particulares, como o de que ora se cuida, traz em si mesmo um efeito pernicioso àquele ideal de reconciliação e pacificação nacional pretendido com o fim do regime militar; é a própria jurisdicionalização da vendeta, que não deve ser chancelada pelo Poder Judiciário, sobretudo passados mais de 40 anos dos acontecimentos”.

¹¹²³ STJ, REsp 1.680.492/MG, Rel. Min. Hermam Benjamim, 2ª Turma, j. em 19/09/2017, DJe 09/10/2017. No mesmo sentido, *vide* STJ, AgRg no AREsp 266.082/RS, Rel. Min. Herman Benjamim, 2ª Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 24/06/2013; STJ, AgRg no Ag 1392493/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011; STJ, AgRg no REsp 828.178/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 08/09/2009.

¹¹²⁴ STJ, REsp 890.930/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 17/05/2007, DJ 14/06/2007, p. 267. No mesmo sentido, *vide* STJ, REsp 475.625/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 20/03/2006, p. 233.

¹¹²⁵ “(...) 3. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, com repercussão geral reconhecida, firmou entendimento de que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário, reconhecendo que inexistente prazo decadencial para a concessão inicial de benefício previdenciário. 4. De fato, os benefícios previdenciários constituem direitos fundamentais, razão pela qual são regidos por um diferenciado regime de proteção jurídica. Não sendo admissível considerar extinto o direito à concessão do benefício pelo seu não exercício em tempo que se julga oportuno. 5. Não se pode desconsiderar que nas ações em que se discute o direito de trabalhadora rural ou doméstica ao salário maternidade não está em discussão apenas o direito da segurada, mas, igualmente, o direito do infante nascituro, o que reforça a necessidade de afastamento de qualquer prazo decadencial ou prescricional que lhe retire a proteção social devida. 6. Nestes termos, faz-se necessária a superação da jurisprudência firmada pela Terceira Seção, para se reconhecer a inaplicabilidade do prazo decadencial previsto no revogado pará. único do art. 71 da Lei 8.213/1991 na concessão de salário maternidade, ainda que o nascimento do filho da segurada tenha ocorrido no prazo de vigência do dispositivo. 7. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento” (STJ, REsp 1418109/CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 30/11/2017, DJe 06/12/2017).

No que se refere ao dano ambiental, a doutrina ordinariamente o toma sob duas perspectivas. A primeira delas considera a lesão ao meio ambiente propriamente dito, cuja salvaguarda só pode ser feita de modo coletivo, tal como a despoluição de um rio. A segunda trata dos danos reflexos que os seres humanos individualmente sofrem como decorrência da lesão ao ambiente, assim como os lucros cessantes que o pescador ribeirinho deixa de auferir. Quanto aos danos coletivos, eles devem ser tutelados por ações coletivas, para as quais não há um prazo específico.

Além disso, a doutrina afirma impróprio que se transplante à tutela dos direitos coletivos os prazos prescricionais próprios dos direitos individuais, para concluir que “as pretensões veiculadas na ação civil pública se relacionam com a defesa de um direito fundamental, indisponível, do ser humano; logo, inatingível pela prescrição”.¹¹²⁶ Dessa forma, para Édis Milaré, os danos coletivos seriam imprescritíveis, mas não os danos individuais.¹¹²⁷

Nelson Nery Jrnior e Rosa Maria Nery afirmam que não se aplicam às pretensões relativas ao dano ambiental as regras de prescrição, porque *i*) estas foram concebidas para sancionar a inércia do titular; *ii*) não se trata de direito de propriedade; e *iii*) não raro, o dano se perpetua no tempo, sem solução de continuidade, quando não se inicia o curso do prazo.¹¹²⁸

Com esses argumentos, a jurisprudência vem solucionando diversos casos concretos, apontando a perpetuidade da reparação dos danos ambientais coletivos,¹¹²⁹ mas a prescricibilidade dos danos individuais.¹¹³⁰

¹¹²⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 2004, p. 881. Também a apontar a imprescricibilidade nesse sentido, *vide* LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 202-205.

¹¹²⁷ *Idem*, p. 882.

¹¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org.) *Dano Ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993, p. 278-307, em particular, p. 291-292.

¹¹²⁹ STJ, REsp 1644195/SC, Rel. Min. Herman Benjamim, 2ª Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 08/05/2017.

¹¹³⁰ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES. (...) 4. O dano ambiental pode ocorrer na de forma difusa, coletiva e individual homogêneo este, na verdade, trata-se do dano ambiental particular ou dano por intermédio do meio ambiente ou dano em ricochete. 5. Prescrição: perda da pretensão de exigibilidade atribuída a um direito, em consequência de sua não utilização por um determinado período. 6. O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização por dano ambiental suportado por particular conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. Precedentes. 7. O ajuizamento de ação versando interesse difuso tem o condão de interromper o prazo prescricional para a apresentação de demanda judicial que verse interesse individual homogêneo. 8. Necessidade, na hipótese dos autos, da completa instrução processual. 9. Recurso especial conhecido e não provido” (STJ, REsp 1641167/RS, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. em 13/03/2018, DJe 20/03/2018).

vi) Considerações Críticas

Com esse panorama, é possível tecer considerações críticas. De modo geral, pode-se dizer que a CEDH, a CIDH e os Tribunais Superiores em nosso país vêm reconhecendo a imprescritibilidade de certos direitos, dado seu caráter fundamental, ou, ao menos, flexibilizando os prazos prescricionais a eles relacionados.¹¹³¹

Se tomamos as situações fáticas analisadas pela CEDH sob a consideração da legislação pátria, veremos que o nosso sistema, embora tenha previsto prazos demasiadamente curtos para a reparação das lesões que recaiam sobre a vida ou a integridade física, montou um sistema flexível de termos iniciais, impedimentos ou suspensões, que trazem respostas interessantes a esses problemas.

A junção de um prazo trienal para haver reparação civil, com termo inicial objetivo, poderia ser rígido demais para solucionar o caso *Stubbins*. O que socorre as vítimas brasileiras de estupro e de outros crimes contra a pessoa é a existência de causa suspensiva da prescrição prevista no art. 200, do CC/2002, o qual assegura que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

Apesar da inovação introduzida pelo Código Civil de 2002, é razoavelmente comum entre nós esse tipo de regra, que impõe alguma dependência entre as esferas para fins de prescrição. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Estatuto do Servidor Público Federal e impõe certo regime disciplinar ao funcionalismo, estabelece que a ação disciplinar prescreve em cinco anos, no seu prazo mais longo (art. 142, I), ressaltando, entretanto, que “os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime” (art. 142, §2º). A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011,¹¹³² que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estabelece, por exemplo, que “prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica”, prazo que deve ser contado “da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito” (art. 46, *caput*). Para além das causas interruptivas e suspensivas ali indicadas, a referida norma

¹¹³¹ Esse tipo de imprescritibilidade é reconhecido por SIMÃO, 2013, p. 230. No entanto, referidos autores não propõem uma ressystematização da teoria de Agnelo Amorim Filho.

¹¹³² O tema já tinha tratamento no art. 28 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

determina que “quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal” (art. 46, §4º).¹¹³³ De modo mais amplo, a Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, que cuida da prescrição para o exercício da pretensão punitiva pela Administração Pública em geral, também estabelece o mesmo prazo quinquenal e os mesmos termos iniciais (art. 1º),¹¹³⁴ ressaltando que “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal” (art. 1º, §2º).

Assim, essas regras, apesar de suas peculiaridades, propõem algum esforço de harmonização entre os prazos, conquanto a esfera penal se desenvolva autonomamente das demais. Com isso, pode-se questionar o seguinte: *i*) o prazo da legislação penal aplica-se mesmo quando inferior à prescrição cível? *ii*) o prazo penal aplica-se ainda quando não se

¹¹³³ *Vide*, em particular, SILVA BORGES, Daniela. A prescrição na Lei n. 12.529/2011. *Publicações da Escola da AGU*, v. 10, n. 4, p. 107-133, Brasília, out/dez, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2tyfZxW>. Acesso em: 4 jan. 2019.

¹¹³⁴ Art. 1º “Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”.

tenha iniciado uma investigação criminal¹¹³⁵ ou, de modo contrário, só se aplica quando houver processo penal?¹¹³⁶

Como o esforço aqui empreendido volta-se ao direito privado, concentrar-nos-emos na segunda das indagações, a qual reflete mais precisamente o conflito que pode surgir sob a égide do art. 200, CC/2002, sem perder de vista a jurisprudência que se forma em situações análogas. Note-se que, nos termos da legislação civil, há mera suspensão da prescrição civil até o trânsito em julgado da ação penal, e não substituição do prazo civil pelo prazo penal, diferentemente do que se viu nas referidas leis sancionadoras administrativas. Ademais, atualmente não há hipótese de haver um prazo de prescrição penal inferior aos três anos.¹¹³⁷

¹¹³⁵ “I. Processo administrativo disciplinar: renovação. Anulado integralmente o processo anterior dada a composição ilegal da comissão que o conduziu - e não, apenas, a sanção disciplinar nele aplicado -, não está a instauração do novo processo administrativo vinculado aos termos da portaria inaugural do primitivo. II. Infração disciplinar: irrelevância, para o cálculo da prescrição, da capitulação da infração disciplinar imputada no art. 132, XIII - conforme a portaria de instauração do processo administrativo anulado -, ou no art. 132, I - conforme a do que, em consequência se veio a renovar -, se, em ambos, o fato imputado ao servidor público - recebimento, em razão da função de vultosa importância em moeda estrangeira -, caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão de cuja cominação penal se há de calcular a prescrição da sanção disciplinar administrativa, independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito” (STF, MS 24013, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 01-07-2005; no mesmo sentido, *vide* RMS 31506 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T, j. em 03/03/2015, DJe Public. 26-03-2015).). “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO PENAL. PENA EM ABSTRATO. OBSERVÂNCIA. 1. A contagem prescricional da ação de improbidade administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990. 2. Se a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, II), para fins de avaliação do prazo prescricional, faz remissão ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 142, § 2º) que, por sua vez, no caso de infrações disciplinares também capituladas como crime, submete-se à disciplina da lei penal, não há dúvida de que “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...] regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”, conforme expressa disposição do art. 109, *caput*, do Estatuto Repressor. 3. Deve ser considerada a pena in abstracto para o cálculo do prazo prescricional, “a um porque o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto... A dois (e levando em consideração a assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.” (REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/09/2010). 4. Embargos de divergência desprovidos” (STJ, EDv nos EREsp 1656383/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Seção, j. 27/06/2018, DJe 05/09/2018).

¹¹³⁶ “(...) A pretensão punitiva da Administração Pública em relação a infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal. Precedentes (...)” (STJ, REsp 1116477/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, 1ª T, j. 16/08/2012, DJe 22/08/2012).

¹¹³⁷ O art. 109, do Código Penal, a partir da redação que lhe deu a Lei n. 12.234, de 2010, estabelece que “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano”. Os prazos prescricionais na esfera penal têm, entre nós, termos iniciais objetivos. O art

Se a suspensão depende da mera possibilidade de enquadramento do fato como crime, sem que se exija a adoção efetiva de qualquer medida na esfera penal, as situações de suspensão são amplas e, em razão da longa duração dos prazos penais, pode fazer com que uma definição da questão fique em aberto por décadas. Se, de outro lado, houver exigência de uma efetiva medida penal, pode ser que o credor se veja surpreendido de algum modo. Tome-se, como exemplo, um fato qualquer, que possa ser enquadrado como crime, permanece passível de investigação por até vinte anos, mas, se a esfera penal não for movimentada, prescreve na esfera cível em três anos. O credor diligente não esperará a adoção de medidas criminais, precipitando a disputa sobre fatos que estariam melhor elucidados após uma investigação criminal. Se a legislação processual civil dá executoriedade à sentença penal, não haveria de exigir que o lesado ajuizasse pretensão reparatória desde a data do dano.¹¹³⁸ Por outro lado, o credor que confia na diligência estatal pode ficar sem os esclarecimentos criminais e, ademais, sem a possibilidade de ele mesmo valer-se de uma medida cível. A situação só não traz dilemas relevantes quando logo se inicia uma investigação criminal.¹¹³⁹

A doutrina vem tecendo críticas relevantes a essa sistemática, tentando tornar a regra melhor articulada. Claudio Luiz Bueno de Godoy anota que há duas visões sobre esta

111, CP, estabelece que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou; II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal”.

¹¹³⁸ “O recorrido foi ferido por policial militar. Ao invés de ajuizar, desde logo, ação cível (CC, art. 1.525), preferiu aguardar, por 15 anos, a sentença penal condenatória transitada em julgado. O Código Civil faz parte de um sistema. Assim, duas normas e princípios devem ser interpretados de modo coerente, harmônico, com resultado útil. Dessarte, não se pode invocar, como faz o recorrente, a prescrição do fundo de direito. Tal interpretação levaria ao absurdo e a iniquidade: se o próprio CPC confere executoriedade à sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 548, II), não se poderia, coerentemente, obrigar a vítima a aforar a ação civil dentro dos cinco anos do fato criminoso (...)” (STJ, REsp 80.197/RS, Rel. Min. Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Adhemar Maciel, 2ª Turma, julgado em 20/10/1997, DJ 02/03/1998, p. 54).

¹¹³⁹ “Dispõe o art. 200 do CC/02 que quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. A aplicação do mencionado dispositivo legal tem campo, justamente, quando existe uma relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal. A suspensão da prescrição relacionada na previsão normativa em comento aplica-se às vítimas do delito a ser apurado na esfera penal, de forma a serem favorecidas, uma vez que terão a faculdade de aguardar o desfecho do processo criminal para promover a pretensão indenizatória na esfera cível (ação ex delicto)” (STJ, REsp 1660182/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018; no mesmo sentido, *vide* STJ, REsp 1.135.988/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013; e ainda: STJ, AgRg no AREsp 268.847/RJ, 4ª Turma, DJe de 24.06.2013; AgRg no Ag 1.300.492/RJ, 3ª Turma, DJe de 16.08.2010; STJ, REsp 1.148.469/SP, 2ª Turma, DJe de 17.05.2010; STJ, REsp 1180237/MT, 3ª Turma, j. 19/06/2012, DJe 22/06/2012; STJ, REsp 665.783/RJ, 4ª Turma, j. 03/09/2009, DJe 13/10/2009; STJ, REsp 920582/RJ, 5ª Turma, j. 18/09/2008, DJe 24/11/2008; e STJ, REsp 1354350/MS, 3ª Turma, j. 18/02/2014, DJe 06/03/2014).

regra. A primeira delas postula que o prazo só corre após a decisão criminal. A segunda advoga que o prazo inicia-se normalmente, mas se suspende com a discussão penal. O professor propõe, então, que “havido o fato ilícito, tem início normal o curso da prescrição, suspensa se recebida a denúncia penal, e não simples instauração de inquérito, o que se alongará até a superveniência de sentença”. Esta sentença, se for condenatória, dá ensejo ao cumprimento, mas, se absolutória e sem impactos na esfera cível, dá azo à fluência do prazo prescricional restante.¹¹⁴⁰ Proposta semelhante é articulada por Júlio Gonzaga Andrade Neves.¹¹⁴¹

A jurisprudência tampouco traz soluções firmes ou plenamente satisfatórias. Em caso de estupro de vulnerável, o STJ já chegou a asseverar que “o prazo em curso da prescrição da pretensão reparatória se suspende apenas no momento em que o mesmo fato é apurado na esfera criminal”, sendo que, “se o procedimento criminal não for iniciado no lapso temporal de três anos, não há falar em suspensão da prescrição da pretensão reparatória no juízo cível”. Nessa situação, o STJ não hesitou em concluir que “a inércia da parte em propor a ação de conhecimento naquele prazo [três anos] será punida com a extinção daquela pretensão, restando-lhe apenas a possibilidade de executar a sentença definitivamente proferida pelo juízo criminal”.¹¹⁴²

Em outras situações, o STJ afastou a regra de suspensão sob a consideração de que a ação foi ajuizada contra o empregador do causador do dano, se não foi ajuizada a ação penal¹¹⁴³ ou se não há prejudicialidade entre a esfera cível e criminal.¹¹⁴⁴

¹¹⁴⁰ GODOY, 2005, p. 21.

¹¹⁴¹ “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 aquele. Se poderia haver apuração criminal, mas concretamente não houve, o prazo flui não afetado” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 253).

¹¹⁴² STJ, REsp 1.393.699/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 19/11/2013, DJe 24/02/2014.

¹¹⁴³ “A apuração da responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito independe da responsabilidade a ser apurada na esfera penal. No caso, não houve propositura da ação penal e a ação cível foi ajuizada contra terceiro, empregador do autor do fato e proprietário do veículo causador do dano sustentando sua responsabilidade objetiva. Inaplicabilidade do art. 200 do CC/2002” (STJ, AgRg no REsp 1.139.896/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 18/06/2013).

¹¹⁴⁴ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PENAL. ART. 200 DO CC/2002. INCIDÊNCIA. PRAZOS PRESCRICIONAIS DO CC/2002. ART. 2.028 DO CC/2002. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. INEXISTÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o art. 200 do CC/2002 somente é afastado quando, nas instâncias ordinárias, ficou consignada a inexistência de relação de prejudicialidade entre as searas cível e criminal ou quando não houve a instauração de inquérito policial ou de ação penal. 2. Em se tratando de responsabilidade civil ex delicto, o exercício do direito subjetivo da vítima à reparação dos danos sofridos somente se torna plenamente viável quando não pairam dúvidas acerca do contexto em que foi praticado o ato ilícito, sobretudo no que diz respeito

Esses critérios doutrinários e precedentes jurisprudenciais jogam alguma luz sobre o problema, mas não dão solução satisfatória para a insegurança, pois ela pressupõe a existência de inquérito ou ação penal, o que não é certo, até que se esgote o prazo. Assim, a solução não apresenta alívio para a vítima diante da omissão do Estado no seu dever de investigar.

Diante desse quadro, nos casos de estupro, a prescrição está impedida ou suspensa até que se apure a materialidade e autoria em processo penal.¹¹⁴⁵ Se não houver investigação penal, o que era particularmente comum nas situações em que a vítima não fez representação criminal,¹¹⁴⁶ a prescrição em vigor é de apenas três anos.

Com isso, a situação vivenciada pela Sra. Stubbins e a decisão proferida pela CEDH exigem que façamos reflexões sobre o nosso sistema prescricional. O prazo trienal parece ser demasiadamente curto e nem todas as vítimas de estupro poderão, nesse intervalo de tempo, recuperar-se do trauma e ajuizar ações indenizatórias. Conquanto a suspensão prevista no art. 200, CC/2002 traga algum alívio para o rigor dessa regra, sua aplicação está cercada de incertezas, notadamente quando não há investigação criminal. Os traumas inerentes à violência sexual fazem com que o prazo trienal, contado desde a data do dano, frustre de forma desarrazoada o acesso à ordem jurídica. Tampouco traz alívio a adoção de um termo inicial subjetivo, que considere a superação do trauma e o efetivo reconhecimento do autor do crime, pois isso pode demorar décadas, deixando a controvérsia em aberto por muito tempo.

No direito alemão, em 2002, foi introduzida uma regra para lidar com essa situação. O §208, BGB, estabelece a suspensão da prescrição no caso de ações por violação da liberdade sexual. O prazo prescricional é suspenso até que a vítima ou complete 21 anos, ou

à definição cabal da autoria, que é objeto de apuração concomitante no âmbito criminal. 3. Desde que haja a efetiva instauração do inquérito penal ou da ação penal, o lesado pode optar por ajuizar a ação reparatória cível antecipadamente, ante o princípio da independência das instâncias (art. 935 do CC/2002), ou por aguardar a resolução da questão no âmbito criminal, hipótese em que o início do prazo prescricional é postergado, nos termos do art. 200 do CC/2002 (...)" (STJ, REsp 1631870/SE, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 24/10/2017). Nesse sentido, também *vide*: "(...) não há por que se aguardar qualquer tramitação penal se "[...] basta ao prejudicado demonstrar a existência do fato e do dano dele decorrente para ver reconhecido o seu direito à justa reparação, sem necessidade, portanto, de se perquirir sobre eventual culpa dos agentes ou existência do fato." (Voto-vista no REsp 1.164.110/SC)" (STJ, REsp 1306441/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015).

¹¹⁴⁵ A situação ainda é mais complexa, porque tanto no caso do estupro quanto de inúmeros outros crimes a autoria pode ser desde logo conhecida pela vítima e, assim, o processo penal não teria o condão propriamente de esclarecer esse ponto.

¹¹⁴⁶ A Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, alterou a redação do art. 225 do Código Penal, para tratar as ações relacionadas a crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulneráveis os costumes, todos por meio de ação penal pública incondicionada.

até que deixe de conviver com o agressor sob o mesmo teto.¹¹⁴⁷ Terminada a suspensão, aplica-se ao caso, o prazo trintenual específico para ações reparatórias baseadas em violação dolosa da vida, saúde, liberdade e liberdade sexual.¹¹⁴⁸ O *Code Civil*, após a reforma de 2008, passou a estabelecer que, em caso de dano causado por torturas, ou atos bárbaros, ou por violências ou agressões sexuais cometidas contra um menor, a ação de responsabilidade civil prescreve em vinte anos.¹¹⁴⁹

O art. 2561, 1, *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, foi sensível à situação e estabeleceu que a reparação de danos por agressões sexuais contra pessoas incapazes prescreve em dez anos, desde que cesse a incapacidade. Como a regra não trata de pessoas capazes, aplica-se a elas o prazo geral de três anos para responsabilidade civil.¹¹⁵⁰

Entre nós, o caso Moor receberia da legislação solução draconiana. Com um prazo trienal fundado em termo inicial objetivo, a prescrição alcançaria a pretensão antes que o dano e seu autor fossem conhecidos. O problema só não é mais grave porque, como destacado anteriormente, a jurisprudência, nesses casos adota, sem uma base legal clara, o termo inicial subjetivo para os danos *lungolatenti*.¹¹⁵¹ Note-se, portanto, que quando não se aplicar uma causa de suspensão nem um termo inicial subjetivo, o prazo trienal do art. 206, §3º, V, CC/2002, pode revelar-se insuficiente.

Mesmo o prazo quinquenal do Código de Defesa do Consumidor recebe críticas nesse sentido. Zelmo Denari, por exemplo, defende que os prazos em caso de morte do

¹¹⁴⁷ § 208, BGB “*Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung. Die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung ist bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs des Gläubigers gehemmt. Lebt der Gläubiger von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bei Beginn der Verjährung mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft, so ist die Verjährung auch bis zur Beendigung der häuslichen Gemeinschaft gehemmt*”. Na tradução em inglês: *Suspension of limitation in the case of claims for infringement of the right to sexual self-determination. The limitation period of claims for infringement of the right to sexual self-determination is suspended until the obligee reaches the age of twenty-one. If, when the limitation period commences, the obligee in respect of claims for infringement of the right to sexual self-determination is living with the obligor in a common household, limitation is suspended until this common household ends.*

¹¹⁴⁸ § 197, BGB. “*Dreißigjährige Verjährungsfrist. (1) In 30 Jahren verjähren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, 1. Schadensersatzansprüche, die auf der vorsätzlichen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung beruhen (...)*”. Na tradução em inglês: *Thirty-year limitation period. (1) Unless otherwise provided, the following are statute-barred after thirty years: 1. damage claims based on intentional injury to life, limb, health, liberty or sexual self-determination, (...)*

¹¹⁴⁹ Art. 2226, CCF (...) *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.*

¹¹⁵⁰ Art. 2561, CCA/2015. *Plazos especiales. El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad. El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años. Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.*

¹¹⁵¹ *Vide* § 696 acima.

consumidor sejam maiores do que o quinquênio.¹¹⁵² A situação era particularmente relevante quando vigorava o Código Civil de 1916. No entrechoque do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, a jurisprudência buscava aplicar o prazo vintenário para situações a envolver lesões a direitos mais relevantes, como a integridade física.¹¹⁵³

De todo o modo, é importante perceber que estão melhor adaptados a essa realidade os sistemas legais que estabelecem prazos mais amplos para haver reparação por violação de direitos fundamentais. O *Draft Common Frame of Reference*, assim como se passou na legislação alemã, impõe às lesões pessoais o prazo trintenário. Há claramente aí uma preocupação de evitar a associação de prazos demasiadamente curtos para a salvaguarda de interesses com maior grau de relevância. Prazos maiores, termos iniciais subjetivos e causas amplas de suspensão atendem melhor ao objetivo de amplo acesso ao Poder Judiciário quando se trata de violação a direitos existenciais e de danos à saúde que só se manifestam após muito tempo.

Passando-se agora à análise feita pela CIDH, vê-se que ela tem sido bastante rígida quando aponta a imprescritibilidade da persecução criminal para crimes de lesa humanidade e graves violações de direitos humanos. A bem da verdade, aquelas não são as únicas perpetuidades persecutórias em direito penal, pois a Constituição Federal estabeleceu a imprescritibilidade dos crimes de racismo,¹¹⁵⁴ de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.¹¹⁵⁵ O tema vem tendo escassa atenção da

¹¹⁵² GRINOVER, A. P. *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 242.

¹¹⁵³ “Por defeito de serviço, na previsão do art. 14, parágrafo 1º, incisos I a III, do CDC, há que se entender, no caso do transporte de passageiros, aquele inerente ao curso comum da atividade comercial, em tal situação não se compreendendo acidente que vitima fatalmente passageiros de coletivo, uma vez que constitui circunstância extraordinária, alheia à expectativa dos contratantes, inserindo-se no campo da responsabilidade civil e, assim, sujeita à prescrição vintenária do art. 177 do Código Substantivo, e não à quinquenal do art. 27 da Lei n. 8.078/90” (STJ, REsp 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 27/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 230; no mesmo sentido, *vide* STJ, REsp 280.473/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 06/03/2001, DJ 04/02/2002, p. 377).

“I - Na linha da orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção, a prescrição quinquenal prevista no Código de Defesa do Consumidor não se aplica às ações de indenização decorrente de acidente de trânsito, no qual o passageiro sofre danos físicos pela culpa de preposto da transportadora. II- Segundo os precedentes, "o prazo prescricional é o vintenário contemplado no Código Civil, eis que não foi o exercício da atividade de transportadora que determinou o dano, mas o ato culposo de seu preposto". II – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, diante de suas circunstâncias e dos precedentes da Turma, o valor fixado mostrou-se razoável, não reclamando alteração” (STJ, REsp 327.718/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 21/05/2002, DJ 12/08/2002, p. 216).

¹¹⁵⁴ Art. 5º, XLII, CF/1988. “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

¹¹⁵⁵ Art. 5º, XLIV, CF/1988. “Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

doutrina,¹¹⁵⁶ mas é certo que o STF vem reconhecendo o caráter imprescritível de certos crimes.¹¹⁵⁷

A questão não está absolutamente clara quando se busca saber se, da imprescritibilidade criminal, também se pode extrair a perpetuidade da reparação cível. Como visto, o Código Civil argentino foi expresso ao responder positivamente a esta indagação, transferindo a imprescritibilidade penal para a esfera cível.¹¹⁵⁸

Contra essa extensão, pode-se dizer, em primeiro lugar, que a pretensão criminal é de titularidade do Estado, e não do particular. Em segundo lugar, a imprescritibilidade, sendo exceção, não deveria advir de interpretação extensiva. Para além disso, a perpetuidade de certas ações criminais, no direito internacional, existe em função da especial gravidade e reprovabilidade dos crimes de lesa humanidade, que não podem encontrar resposta justa nos ordenamentos internos e que, não raro, eventualmente legitima essas práticas. Com a extensão, os herdeiros passam a responder, indefinidamente, até as forças da herança, pelos prejuízos causados por seus ancestrais. Por fim, o direito civil guarda diferenças importantes para com o direito penal. Conquanto haja especial interesse na doutrina atual pelas penas civis, notadamente no campo da responsabilidade civil com a postulação do dano moral punitivo, a estrutura das regras formuladas no direito civil têm em consideração um resultado injusto, independentemente da gravidade da culpa e reprovabilidade da conduta. E, como a doutrina costuma apontar, mesmo condutas justas podem levar à responsabilização.

A favor da extensão pesam outros argumentos. Em estando o causador do dano sujeito à persecução criminal indeterminadamente, com muito mais razão haveria de ser obrigado a responder, sem limite temporal, pelos danos que causou. Na perspectiva interna, se tomarmos o já mencionado art. 200, CC/2002, veremos que os danos advindos do crime de racismo, sendo este fato a ser apurado no juízo criminal, contam com pretensão cujo prazo encontra-se suspenso. Ora, se a ação penal é imprescritível, enquanto essa não for exercida, não há prescrição em curso contra o credor de reparação civil. Ademais, os direitos humanos previstos no Pacto de San José da Costa Rica têm sido tomados numa perspectiva material,

¹¹⁵⁶ Com a exceção de Christiano Jorge Santos, que defende possa o rol de imprescritibilidades ser aumentado pelo legislador ordinário (JORGE SANTOS, 2010, p. 102-103).

¹¹⁵⁷ O caso Ellwager, o STF concluiu que “escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII)” (STF, HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p. Acórdão, Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 17/09/2003).

¹¹⁵⁸ Artículo 2561, CCA/2015. *Plazos especiales. (...) Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.*

de modo que não basta assegurar o acesso ao Poder Judiciário, devendo-se zelar para que haja medidas efetivas de salvaguarda, notadamente na esfera cível, com as indenizações cabíveis.¹¹⁵⁹

A interpretação que o STJ vem dando aos crimes de tortura deixa claro o caráter de grave lesão a direito fundamental, fato determinante para que não se reconheça nessa situação a prescrição dos danos morais, apesar de respeitada no âmbito interno a anistia. Embora não haja precedentes, parece razoável esperar que essa conclusão será estendida para o crime em que se reduz o indivíduo à condição análoga de escravo, situação em que teríamos, no direito interno, a mesma solução que a CIDH preconizou para o caso Fazenda Brasil Verde.

Dessa forma, na intenção de fazer um panorama sobre o tema, viu-se que o direito internacional preocupou-se em estabelecer a imprescritibilidade penal para os crimes de lesa humanidade, assim entendidas as graves violações de direitos humanos praticadas pelo Estado contra grupos específicos. A CIDH vem claramente estendendo essa imprescritibilidade para situações diversas, como as graves violações de direitos humanos que não configuram crime de lesa humanidade (como no caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil) e para as reparações civis respectivas. No âmbito interno, a imprescritibilidade vem avançando para alcançar não só graves lesões, como tortura e homicídios promovidos pelo Estado, mas também danos ambientais de toda ordem e mesmo questões previdenciárias. E, se vier a prevalecer a lição de Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes, seria perpétua qualquer pretensão advinda da lesão a direito de personalidade.¹¹⁶⁰

Há certo exagero nessa expansão da imprescritibilidade. Embora os direitos humanos (no cenário internacional), os direitos fundamentais (no âmbito constitucional) e os direitos de personalidade (na esfera cível) ocupem lugar central no sistema jurídico, é certo que, entre eles, estão a vida, a honra, a imagem e tantos outros direitos com relação aos

¹¹⁵⁹ Os julgados da CIDH eventualmente responsabilizam os Estados condenados a reparar os danos materiais e morais sofridos pelos cidadãos reclamantes. Esse tema escapa ao presente estudo, por estar mais associado ao direito internacional. A prescrição que aqui nos preocupa é da pretensão da vítima contra o causador do direito dano.

¹¹⁶⁰ “Assim, sendo, se a lesão à imagem, à privacidade ou à honra jamais se convesce: a antijuridicidade atua de maneira contínua contra a dignidade da pessoa humana. Daí dizer-se que a violação se preserva enquanto a personalidade estiver atingida, seguindo-se pretensões ressarcitórias sempre atuais. Configure-se a hipótese da perda de um ente querido. Não se deve ter em mente o momento (inicial) da lesão, isto é, a morte, para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento dos danos morais, pois este mecanismo reduziria o atentado à dignidade humana ao resultado patrimonial dele imediatamente produzido. Se a dignidade humana foi atingida, a cada dia se renova e intensifica a violação à ordem jurídica representada pelo ato danoso, daí resultando a atualidade escancarada da pretensão, e em consequência, da imprescritibilidade” (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2004, v. 1, p. 361).

quais sempre se reconheceu a prescrição em alguns de seus aspectos. O direito de propriedade, não é demasiado lembrar, encontra-se entre os direitos humanos e fundamentais.

A adoção de critério meramente formal que estabeleça, *tout court*, a imprescritibilidade da lesão a direitos fundamentais, a direitos humanos ou direitos de personalidade levaria, no rigor da lógica, à perpetuidade de praticamente todas as pretensões possíveis, considerando-se a grande amplitude do elenco desses direitos. Se não é assim, o intérprete deve apresentar as razões pelas quais considera que apenas alguns direitos fundamentais devem ser prestigiados com a perpetuidade de suas pretensões. Não é isso o que se vê. A tentativa de estabelecer direitos imprescritíveis tem sido feita sem método e, como resultado, não está em debate público critério qualquer que possa cumprir tal mister, salvo o puro e simples voluntarismo refratário a controles racionais.

Por outro lado, há argumentos relevantes para reconhecer a necessidade de limitação temporal das situações jurídicas, todos eles expostos ao longo do presente trabalho. José Fernando Simão insurge-se contra a tese de imprescritibilidade sob o argumento que subscrevemos: “a perenização fere de morte a segurança em prol de uma suposta justiça”.¹¹⁶¹ De modo mais específico, a tratar dos crimes de tortura, antes ou depois do regime de exceção, Julio Gonzaga Andrade Neves afirma que aí impera a finitude das pretensões.¹¹⁶²

A perpetuação generalizada das pretensões forçará a doutrina e a jurisprudência a, no futuro próximo, explicar os motivos pelos quais negligenciaram a falibilidade da capacidade cognitiva humana no tempo, o custo econômico e prático da eternização de todas as pretensões relacionadas a esses direitos. As contingências diversas que levaram os romanos a abandonar a perenidade e abraçar a prescrição são fatos históricos que servem de exemplo eloquente sobre o que se pode esperar desta tendência.

O direito, como ciência social aplicada, tem compromisso com a prática, por mais que se inspire em nobres ideais. Não é razoável exigir que venhamos a discutir e reparar quaisquer violações a direitos fundamentais, humanos e de personalidade ocorridas há mais de cem anos, por exemplo. O ideal de justiça nos leva, constantemente, a rever o que se passou na Revolta de Canudos, ao final da qual milhares de famílias pobres, mulheres e crianças, foram mortas, como minuciosamente descreveu Euclides da Cunha em sua obra

¹¹⁶¹ SIMÃO, 2013, p. 230-231.

¹¹⁶² “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, e conforme a Constituição” (ANDRADE NEVES, 2019, p. 261).

mais conhecida. Todavia, não é legítimo que venhamos a despender recursos atuais para discutir o tema no Poder Judiciário, enquanto milhares de outras vidas acabam sendo perdidas diariamente por falta de recursos públicos na saúde ou na educação, por exemplo.

O custo de revirar o passado, o tempo necessário a essa tarefa, o peso de necessidades mais prementes, os grandes riscos de conceder reparação a quem dela já não necessita fazem-nos lembrar que o fluir da vida exige certo compromisso com o presente, o que nos impõe a deixar o passado para a história.

Essas considerações abrangem, portanto, mesmo as ações de cunho simplesmente declaratório, e aí com maior razão. Não há que se falar em prescrição, como defendemos oportunamente (conf. § 36 supra). É a falta de interesse jurídico que obsta a revisão desse tema. Para além dos aspectos práticos frisados aqui, ao demonstrar a falibilidade da memória e da reconstrução de fatos passados, a epistemologia bem confirma as dificuldades que cercam a busca pelo verdadeiro.¹¹⁶³ Se há uma verdade histórica, ela não pode ser obtida com mais qualidade por meio de procedimento judicial, que sofre de limitações próprias, a envolver custo, tempo e diferença de poder econômico das partes.¹¹⁶⁴

As limitações temporais aos direitos se impõem em razão das limitações da memória. Dito de outra forma, a imprescritibilidade não garante a preservação da memória.¹¹⁶⁵ Para além disso, a verdade judicialmente dita não goza de autoridade, para o

¹¹⁶³ DUTRA, L. H. A. *Introdução à epistemologia*. São Paulo: Fundação Unesp, 2010.

¹¹⁶⁴ No caso Herzog e Outros vs. Brasil, a CIDH faz interessantes considerações sobre o direito a verdade. O Brasil foi codenado, em decisão acertada, por haver deliberadamente alterado a verdade dos fatos, vedado acesso da família a informações relevantes, mesmo após a redemocratização. No entanto, aquela Corte parece passar ao largo das limitações epistemológicas da cognição sobre fatos passados, considerando insuficientes as iniciativas brasileiras no estabelecimento não-judicial da verdade, e, ao final, prestigiando, de forma francamente contraditória, o estabelecimento judicial da verdade. Confira-se: “329. No presente caso, o Tribunal observa que as alegações relativas à suposta violação do direito à verdade teriam duas vertentes principais: i) a alegada violação desse direito em razão da impunidade em que se encontra a detenção, tortura e execução de Vladimir Herzog, bem como pela divulgação de uma versão falsa dos fatos; e ii) a suposta falta de acesso aos arquivos do DOI-CODI/SP. 330. O Tribunal constata que, com efeito, o Brasil envidou diversos esforços para atender ao direito à verdade das vítimas do presente caso e da sociedade em geral. A Corte avalia positivamente a criação e os respectivos relatórios da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, bem como da Comissão Nacional da Verdade. Este Tribunal considerou, anteriormente, que esse tipo de esforço contribui para a construção e preservação da memória histórica, para o esclarecimento de fatos e para a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. Sem prejuízo do exposto, em conformidade com a jurisprudência constante deste Tribunal, a ‘verdade histórica’ que possa resultar desse tipo de esforço, de nenhuma forma, substitui ou dá por atendida a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, por meio dos processos judiciais penais” (Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019).

¹¹⁶⁵ A conclusão apresentada pelo STF quando do julgamento do caso Ellwanger não é perfeitamente íntegra. Confira-se: “(...) 15. “Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam

bem e para o mal, na medida que é ampla a liberdade de expressão e pode ser livremente desdita.¹¹⁶⁶ Por fim, e no que é mais importante, o Estado, por quaisquer de seus órgãos (judiciário inclusive), não é senhor da verdade. O mais autoritário dos Estados é aquele que toma para si o monopólio de dizer o verdadeiro.

Não estamos com isso a defender o puro relativismo. O que estamos a dizer é que os meios jurídicos processuais, nos quais estão em jogo os direitos subjetivos e as pretensões, sofrem grandes restrições como ferramenta de busca da verdade e de aplicação da justiça atemporal. Se há pretensão de justiça quanto a fatos passados, cuja existência histórica não se pode negar, a sociedade, mediante seus representantes, pode legitimamente criar mecanismos gerais de reparação, assim como políticas afirmativas, dentre outros.

Para prosseguir no exemplo da Guerra de Canudos, os fatos ali vividos estão bem documentados, embora haja dúvida razoável sobre quem eram exatamente os personagens envolvidos, os milhares de vítimas e os poucos sobreviventes. Pouca ou nenhuma justiça pode ser encontrada em investigações individuais, contra os herdeiros ainda vivos. Se necessário for, um mecanismo de reparação estará melhor estruturado sobre políticas públicas específicas para a população afetada direta ou indiretamente.

No que diz respeito ao meio ambiente, algumas considerações adicionais devem ser feitas. Os direitos de personalidade, o direito de propriedade e todos os demais direitos absolutos não estão sujeitos à decadência, porque vigoram *erga omnes* e, em regra, sem termo final. Isso não significa, no entanto, que, havendo uma violação a eles, surja pretensão perpétua. O direito ao meio ambiente é, nesse sentido, absoluto, havendo uma constante pretensão geral de abstenção a nos lembrar que não podemos poluir.

Ocorre que, em havendo a poluição, a pretensão de reparação ao dano ambiental, coletivo ou individual, deveria estar sujeita a algum prazo prescricional. Se o triênio do art.

justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada” (STF, HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 17/09/2003). O que favorece a verdade é o pluralismo e ampla circulação de idéias. O discurso falseado, de ódio, naturalmente não está em favor da verdade, lhe é antagônico. O combate à falsidade é premissa coerente com a verdade. De modo mais exato, a imprescritibilidade está estabelecida pela Constituição Federal em atenção à repulsividade dos crimes de racismo e do sentido de justiça como reparação e punição a graves lesões. A imprescritibilidade favorece a ampla revisão de atos passados, sejam eles ilícitos ou não. Então, a imprescritibilidade só favorece a verdade se imarginarmos que todas as ações ajuizadas, o serão com bom fundamento e que, ademais, todos os julgamentos proferidos não serão falhos, não se afastarão da justiça e da verdade.

¹¹⁶⁶ De forma coerente, o art. 504, CPC/2015, afirma que “não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

206, § 3º, V, CC/2002, revela-se curtíssimo, o problema aí é legislativo, razão pela qual o correto seria majorá-lo.

A prevalecer a interpretação atual, podemos imaginar que, em algumas décadas, haverá um acúmulo de lesões ambientais não reparadas e não investigadas. Mais alguns anos, esse estoque de causas não judicializadas continuará aumentando, sem que se possa exigir do Ministério Público e dos agentes legitimado compromisso efetivo de que, no tempo apropriado, tomem alguma medida em favor da recomposição ambiental. No fundo, portanto, a regra da imprescritibilidade dá ampla discricionariedade aos agentes legitimados, que podem escolher se e quando iniciarão um pedido reparatório. A imprescritibilidade, ao longo do tempo, apenas escusa a incúria e desídia daqueles que deveriam zelar pela proteção ambiental.

Há diferenças relevantes entre os direitos individuais e coletivos, mas não parece que deva estar entre elas a imprescritibilidade das pretensões indenizatórias correlatas. Vale destacar, nesse sentido, que no direito comparado não há uma opção clara pela imprescritibilidade. A Lei alemã de Proteção ao Meio Ambiente determina, por exemplo, que a pretensão reparatória dos danos ambientais seja regulada pelos prazos do BGB.¹¹⁶⁷ O art. 2226-1, do *Code Civil*, na redação da Lei nº 1087, de 8 de outubro de 2014, estabelece que os danos ambientais prescrevem em dez anos desde a data em que se tornaram conhecidos.¹¹⁶⁸ A Convenção de Lugano, de 21 de junho de 1993,¹¹⁶⁹ acolhida no âmbito da União Europeia para reparação de danos ambientais, estabeleceu em seu artigo 17 a prescrição trienal para a reparação ambiental, contado o prazo da ciência da lesão e de sua autoria.¹¹⁷⁰ De todo modo, neste último sistema, as ações não podem ser ajuizadas após 30 anos, contados desde o último ato de lesão.

¹¹⁶⁷ §17, Umwelthaftungsgesetz (UmweltHG). *Verjährung. Auf die Verjährung finden die für unerlaubte Handlungen geltenden Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.* (em tradução livre: Prescrição. Os prazos prescricionais aplicáveis aos atos ilícitos regem-se pelas regras do BGB).

¹¹⁶⁸ Art. 2226-1, CCF. *L'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice écologique réparable en application du chapitre III du sous-titre II du titre III du présent livre se prescrit par dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique.*

¹¹⁶⁹ Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007c084>>. Acesso em 18 jun. 2018.

¹¹⁷⁰ *Article 17 – Délais I L'action en réparation du dommage, sur la base de la présente Convention, se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu connaissance, ou aurait raisonnablement dû avoir connaissance, du dommage ainsi que de l'identité de l'exploitant. Le droit des Parties régissant la suspension ou l'interruption des délais s'applique au délai prescrit dans le présent paragraphe. 2 Néanmoins, aucune action en réparation ne peut être intentée après un délai de trente ans à compter de la date à laquelle s'est produit l'événement qui a causé le dommage. Lorsque l'événement consiste en un fait continu, le délai de trente ans court à partir de la fin de ce fait. Lorsque l'événement consiste en une succession de faits ayant la même origine, le délai de trente ans court à partir du dernier de ces faits. S'agissant d'un site de*

Se os titulares de ações coletivas, por força do sistema de representatividade adequada, não podem ser considerados omissos da mesma forma que uma pessoa natural, também é certo que deveriam ser estimulados a agir no menor prazo possível. Isso pode ser obtido, por exemplo, com a aplicação de prazos prescricionais com termo inicial subjetivo, o que parece ser adequado.

A situação relativa à pensão previdenciária é semelhante àquela que se vê nos alimentos. O trabalhador que reúne os requisitos de aposentadoria não perde esse direito pelo desuso porque preferiu trabalhar anos a mais. Fixado, no entanto, seu crédito previdenciário, se deixa de receber o pagamento e não o exige, há aí prescrição, contrariamente ao que vem sendo afirmado pela jurisprudência.

§46. Conclusões Parciais

Com tudo o que desenvolvemos até aqui, é possível asseverar, com segurança, que as lições de Agnelo Amorim Filho são insuficientes para explicar o tema das imprescritibilidades.

Há imprescritibilidades lógicas. Nesse grupo incluem-se as sentenças meramente declaratórias e as constitutivas sem prazo assinalado. Corrobora-se, portanto, a lição do professor paraibano no ponto. Entretanto, é necessário esclarecer que as pretensões condenatórias que decorrem da procedência de uma ação declaratória sujeitam-se a prazo prescricional. Isso explica, em grande parte, o que se passa nas ações de nulidade, que consideramos ser declaratórias na maioria dos casos, e não desconstitutivas. Excepcionalmente, como bem demonstra a nulidade de marca, há nulidades sanáveis pelo tempo, quando o provimento tem natureza desconstitutiva, decorre do exercício de direito potestativo e assim está sujeito a prazo decadencial.

Em uma segunda camada de pretensões perenes, não abrangidas pela teoria de Agnelo Amorim Filho, veem-se as imprescritibilidades lógicas derivadas de direitos absolutos. As ações reivindicatórias de propriedade, incluindo a petição de herança, não se sujeitam a prazo prescricional propriamente dito, mas apenas à usucapião. A perpetuidade dos direitos reais exige essa solução, para que não haja *dominium sine re*. De modo análogo, as pretensões de abstenção que decorrem de outros direitos absolutos, nos quais se incluem

stockage permanent des déchets, le délai de trente ans court au plus tard à compter de la date à laquelle le site a été fermé conformément aux dispositions du droit interne.

os direitos de personalidade e os direitos de autor, não se sujeitam a prazo prescricional e perduram enquanto o direito material viger.

De outro lado, há imprescritibilidades substanciais. O direito, tal como praticado entre nós, assegura perpetuidade para reparação de danos ao erário, quando advindos de condutas improbas; de danos relacionados a crimes de guerra, crimes de lesa humanidade, graves violações de direitos humanos, tortura, racismo; de danos ambientais; e, até mesmo, de questões previdenciárias.

Essas situações de imprescritibilidade não deveriam existir ou, ao menos, deveriam estar melhor delimitadas, para que haja maior clareza sobre quais direitos fundamentais e em que situações gozam dessa prerrogativa, independentemente do voluntarismo judicial. A criação de novas hipóteses de imprescritibilidade vem ocorrendo de forma assistemática, sem base legal clara, sob juízo subjetivo de importância. Mais que isso, ignoram-se solenemente as limitações próprias da memória, os riscos de julgamentos tardios e as reiteradas lições históricas que levaram nossos antepassados a abandonar a imprescritibilidade.

Daí não se extrai, contudo, que todas essas situações devam estar sujeitas aos mesmos prazos nem que devam se submeter a prazos exíguos. O rol de imprescritibilidades certamente diminuirá quando o legislador estabelecer prazos mais longos para situações relevantes. O prazo vintenário anteriormente adotado entre nós e, mais que isso, o trintenário adotado pelo BGB talvez se revelem mais apropriados para muitas dessas situações.

O sistema brasileiro ressentiu-se, assim, de melhor harmonização quanto aos prazos prescricionais. A diminuição de diversos prazos para o triênio revelou-se exagerada para direitos de grande primazia. Com razão, Silmara J. A. Chinellato já criticava a generalizada redução do prazo para haver reparação civil, que com o Código Civil de 2002, passou a ser de três anos. Após analisar a tendência geral de expansão dos danos indenizáveis, a professora aduz que a redução do prazo, de vintenário para trienal, “representa retrocesso por restringir o tempo que o lesado teria para pleitear a reparação respectiva”.¹¹⁷¹

Deve haver prazos maiores para direitos de maior relevância. Quando se estipulam prazos adequados, enfraquece-se a necessidade de perpetuidades. Em particular, a suspensão do prazo prescricional do art. 200, CC/2002, tem trazido dúvidas inadmissíveis em face das exigências de segurança jurídica. Faz-se necessário que se aperfeiçoe essa suspensão. Com

¹¹⁷¹ CHINELLATO, S. J. A. Da responsabilidade civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Coords.). *O Direito e o Tempo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b, p. 939-968 (v. em particular, p. 956).

isso, para nós, as situações hoje substancialmente imprescritíveis estariam melhor tratadas se submetidas a prazo prescricional vintenário ou trintenário.

Em conclusão, temos as seguintes teses: *(XXXVII)* há imprescritibilidades lógicas, entre as quais se incluem as sentenças meramente declaratórias e as constitutivas sem prazo assinalado, porque ambas não são dotadas de pretensão; *(XXXVIII)* Há imprescritibilidades lógicas derivadas de direitos absolutos. Nessas situações há pretensão não sujeita a prazo; *(XXXIX)* O direito admite imprescritibilidades substanciais dada a relevância de certos direitos que busca salvaguardar. O direito, tal como praticado entre nós, assegura perpetuidade para reparação de danos ao erário, quando advindos de condutas ímprobas; de danos relacionados a crimes de guerra, crimes de lesa humanidade, graves violações de direitos humanos, tortura, racismo; de danos ambientais; e, até mesmo, de questões previdenciárias. Há inconvenientes diversos na ampliação do rol de imprescritibilidades substanciais. Essas situações de imprescritibilidade não deveriam existir ou, ao menos, deveriam estar melhor delimitadas; *(XL)* o sistema brasileiro ressenete-se, assim, de melhor harmonização quanto aos prazos prescricionais. A diminuição de diversos prazos para o triênio revelou-se exagerada para direitos de grande primazia. Deve haver prazos maiores para direitos de maior relevância; *(XLI)* a suspensão do prazo prescricional do art. 200, CC/2002, tem trazido dúvidas inadmissíveis em face das exigências de segurança jurídica. Faz-se necessário que se aperfeiçoe essa suspensão; *(XLII)* a perpétua salvaguarda dos direitos absolutos e dos direitos substancialmente imprescritíveis é constatação a revelar que há direitos prestacionais dotados de pretensão atemporal. Com isso, o prazo decenal do art. 205, CC/2002, é a solução geral, porém não se aplica a absolutamente todas as pretensões, como as imprescritibilidades que aqui vimos.

PARTE III

DECADÊNCIA

Nas duas partes anteriores, foi dada atenção à evolução histórica e fundamentos dos institutos da prescrição e da decadência, assim como aos desafios contemporâneos da prescrição. Era necessário, pela afinidade das questões envolvidas que houvesse um desdobramento para tratar das questões próprias da decadência. A isso se dedica esta terceira parte.

Desenvolveremos alguns problemas próprios da decadência, sem pretensão de esgotar tão vasto campo de investigação. O Capítulo 9 dedica-se a apresentar a opinião comumente aceita sobre a decadência e a investigar pontos de fricção entre a teoria e as regras do direito positivo. Após, dedicar-nos-emos ao tema dos vícios redibitórios e das ações edilícias, dada a necessidade de se externar o que ali se passa de modo crítico. Com isso, teremos por encerrado o trabalho que aqui nos propusemos.

CAPÍTULO 9

CARACTERÍSTICAS GERAIS DA DECADÊNCIA

§47. Visão geral

Muito já foi dito sobre a decadência. O cenário histórico traçado permitiu colher elementos de diferenciação, para que esse prazo extintivo fosse separado da prescrição. Pudemos discutir a situação da decadência nos países que não vinculam a prescrição à noção de pretensão. Cuidamos da caducidade de direitos materiais com finalidades processuais, como o mandado de segurança e a ação rescisória. Demonstramos como as nulidades sujeitas a prazo revelam a existência da decadência, cuidando, em particular, da nulidade de marca.

Não se trata de assistemática. A boa identificação das características da prescrição exigiu, a cada passo da discussão, que se fizesse o seu confronto com outros institutos, para a diferenciação por contraste. A natureza do ser explica-se, no mais das vezes, pelo não-ser. Prescrição não é decadência, e isso procuramos demonstrar.

É necessário, contudo, acrescentar novas notas ao debate, para tratar de situações específicas relativas a este tipo de preclusão temporal. A tentativa que ora empreendemos visa a apresentar de modo mais sistemático este instituto.

Ainda à guisa de introdução, vale destacar que o legislador em 2002 mencionou apenas 17 vezes o termo decadência, destinando um capítulo, com apenas 5 artigos, para regular-lhe os efeitos. No capítulo II, do título IV, da Parte Geral, vemos as seguintes regras: *i)* “salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição” (art. 207), exceção feita ao art. 198, I, (absolutamente incapazes) (art. 208); *ii)* aplica-se a diretriz traçada pelo art. 195, segundo a qual os prejudicados pela decadência podem voltar-se contra aqueles que ensejaram a sua ocorrência ou não a alegaram;¹¹⁷² *iii)* é nula a renúncia à decadência fixada em lei (art. 209); *iv)* deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei (art. 210); *v)* “se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação” (art. 211).

¹¹⁷² Art. 195, CC/2002. “Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente”.

Fora desse capítulo, é possível extrair de regras esparsas a conclusão de que os prazos de anulação são decadenciais¹¹⁷³ e que também têm essa natureza os prazos próprios da resolução dos contratos por direito potestativo, como é o caso dos vícios redibitórios¹¹⁷⁴, da diferença de área na venda *ad mensuram*,¹¹⁷⁵ da observância da preferência na venda de co-propriedade¹¹⁷⁶ e no direito de laje,¹¹⁷⁷ da retrovenda.¹¹⁷⁸ Incontáveis exemplos análogos poderiam ser observados na legislação em geral.¹¹⁷⁹

Não há só uma decadência, mas várias. A caducidade organiza-se a partir da teorização de inúmeras situações pontuais de reflexos do tempo sobre algumas situações jurídicas.¹¹⁸⁰ Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro procurou reunir em sua parte

¹¹⁷³ Art. 119, CC/2002. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

Art. 178, CC/2002. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

¹¹⁷⁴ Art. 446, CC/2002. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

¹¹⁷⁵ Art. 501, CC/2002. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título.

Parágrafo único. Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência.

¹¹⁷⁶ Art. 504, CC/2002. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

¹¹⁷⁷ Art. 1.510-D, CC/2002. Em caso de alienação de qualquer das unidades sobrepostas, terão direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, os titulares da construção-base e da laje, nessa ordem, que serão cientificados por escrito para que se manifestem no prazo de trinta dias, salvo se o contrato dispuser de modo diverso.

§ 1º O titular da construção-base ou da laje a quem não se der conhecimento da alienação poderá, mediante depósito do respectivo preço, haver para si a parte alienada a terceiros, se o requerer no prazo decadencial de cento e oitenta dias, contado da data de alienação.

¹¹⁷⁸ Art. 505, CC/2002. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

¹¹⁷⁹ As três últimas menções que o Código faz à decadência parecem ser impróprias ou não correlacionadas com a presente discussão. Ao tratar do transporte de coisas, o Código Civil de 2002 aparentemente usa decadência para tratar do direito de haver reparação, ao qual se atribui logicamente prazo decadencial. O art. 745, CC/2002, estabelece que “em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência”. O art. 754, CC/2002, destaca que “as mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos”. O art. 1.194, CC/2002, afirma que “o empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados”.

¹¹⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 246.

geral regras sobre caducidade, mas não afastou a possibilidade de que haja decadência *sui generis*, com derrogações parciais das regras genéricas. Dessa forma, conquanto o fluxo do prazo decadencial não esteja sujeito a impedimentos, a legislação excepcionalmente os admite. A teoria deve ser vista desde sua perspectiva generalista, e não com pretensão de esgotamento da infinitude e da complexidade da realidade. Quando não se formula uma teoria com essa perspectiva, a realidade com frequência torna-se um estorvo a ser esquecido.

Voltemos os olhos ao problema semântico. Os autores, em geral, tratam como sinônimas as expressões decadência e caducidade. Eventualmente, o termo caducidade adquire um sentido mais amplo, para designar não só a decadência, mas todo tipo de preclusão temporal a situações jurídicas. Nesse sentido, Francisco Amaral destaca que “a figura técnica que exprime a extinção dos direitos e suas pretensões pela inércia do respectivo titular no tempo devido é a chamada caducidade”.¹¹⁸¹

De modo diverso, há situações em que a caducidade tem significado específico, para marcar a sanção imposta ao não uso de um direito, após prévia provocação dos interessados, como a caducidade da propriedade intelectual.¹¹⁸² Também se fala da caducidade do legado¹¹⁸³ e do testamento.¹¹⁸⁴ Nesse contexto, caducidade significa a perda de direito, não só pelo decurso do tempo, mas por qualquer motivo. É nesse sentido que Paulo Torminn Borges prefere usar a expressão caducidade, como perda da eficácia do ato jurídico, separando-a da decadência.¹¹⁸⁵

A doutrina fala de ilícitos com eficácia indenizativa, invalidante e caducificante,¹¹⁸⁶ para acentuar o caráter sancionatório da caducidade. Há quem denomine estas situações

¹¹⁸¹ AMARAL, 2014, p. 622.

¹¹⁸² Art. 80, LPI. Caducará a patente, de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, se, decorridos 2 (dois) anos da concessão da primeira licença compulsória, esse prazo não tiver sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso ou desuso, salvo motivos justificáveis.

¹¹⁸³ Art. 1.939, CC/2002. “Caducará o legado: I - se, depois do testamento, o testador modificar a coisa legada, ao ponto de já não ter a forma nem lhe caber a denominação que possuía; II - se o testador, por qualquer título, alienar no todo ou em parte a coisa legada; nesse caso, caducará até onde ela deixou de pertencer ao testador; III - se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador, sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento; IV - se o legatário for excluído da sucessão, nos termos do art. 1.815 ; V - se o legatário falecer antes do testador.

¹¹⁸⁴ Art. 1.891, CC/2002. Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subseqüentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

¹¹⁸⁵ TORMINN BORGES, 1980, p. 25.

¹¹⁸⁶ “Os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções são ditos caducificantes, espécie de fato precludente. Quer dizer: a sua eficácia consiste em que direitos, pretensões, ações, ou exceções caíam. A preclusão ou caducidade é só efeito” (PONTES DE MIRANDA, 2013a, p. 291, §167). Marcos Bernades de Mello considera que há atos-fatos indenizativos e caducificantes, mas não os trata como ilícitos. Os ilícitos, sob sua visão, são atos contrários ao direito e imputáveis ao sujeito (MELLO, M. B. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 283). Dai dizer que “o ato ilícito caducificante, em essência, constitui um ato ilícito absoluto

como decadência por comissão, para as distinguir daquelas que se dão por simples omissão no tempo e em que o caráter sancionatório não é tão acentuado.¹¹⁸⁷

Ao tratar do direito português, António Menezes Cordeiro¹¹⁸⁸ propõe algumas distinções que não só relevam a pluralidade semântica, mas também de empregos práticos que o instituto acaba ganhando. Fala-nos o professor lusitano de caducidade geral, para designar as hipóteses de cessão de situações jurídicas, em oposição a caducidade em sentido estrito, para revelar o simples efeito do tempo nas situações jurídicas. Por outro lado, há caducidades punitivas, que visam sancionar a omissão volutária do titular, e caducidades simples, que defluem com o simples transcorrer objetivo do tempo. Há, ainda, caducidades processuais e substanciais, legais e convencionais, de direito disponível ou indisponível, de direito obrigacional, real, de família e de sucessões.

Existem aqueles que evitam a expressão decadência, que estaria a indicar uma perda constante de qualidades, preferindo caducidade, para com ela expressar a perda, num só momento, da eficácia das situações jurídicas.¹¹⁸⁹ Pontes de Miranda prefere falar de preclusão.¹¹⁹⁰

Temos seguido aqui a tendência geral de indistinção no uso dessas palavras (decadência e caducidade). Utilizamos decadência porque o Código Civil de 2002 consagrou o uso da expressão. Pontualmente, o legislador utilizou caducidade com o mesmo significado. Ao tratar do pacto de preempção na compra e venda, o art. 516, CC/02, estabelece que “inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subseqüentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor”. Impõe-se reconhecer que existe um campo de intercambiabilidade entre as expressões. Quando se fez necessário

(civil ou criminal) ou relativo, culposo, cuja eficácia consiste na perda (caducidade) de um direito. A caducidade quando ocorre sem culpa (sem ser decorrência de ato ilícito) do titular do direito que caduca é resultante de ato-fato jurídico caducificante, no qual não há ilicitude (...)” (*idem*, p. 309). José Fernando Simão relata que na França essa situação é denominada decadência por comissão, como a sanção a um ilícito, independente da passagem do tempo, noção bastante distante daquela que tomamos no direito pátrio (decadência como omissão ao longo do tempo). Daí dizer que “o conceito de decadência por omissão não pode ser importado para o direito brasileiro” (SIMÃO, 2013, p. 167).

¹¹⁸⁷ NAZO, 1959, p. 95.

¹¹⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 109, 256-257.

¹¹⁸⁹ ALVES, V. R. *Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*. 3. ed. Campinas: Ed. Servanda, 2006, p. 44-45.

¹¹⁹⁰ “Preclui o que deixa de estar incluído no mundo jurídico. Preclusão é extinção de efeito, — de efeito dos fatos jurídicos, de efeitos *jurídicos* (direito, pretensão, ação, exceção, “ação”, em sentido de direito processual). Prescrição é encobrimento de eficácia, não extinção dela. Tem-se dado largo uso à expressão *decadência*, em vez de preclusão. A cada momento fala-se de prazo de decadência, para se nomear prazo de preclusão. O *terminus technicus* é prazo preclusivo, *Präklusivfrist* [...]. O direito cai, não decai” (PONTES DE MIRANDA, 2013c, p. 269, §668).

usar caducidade com significado mais específico, fizemos anotações esclarecedoras a esse respeito.

De qualquer modo, a caducidade que nos interessa não é a simples perda de um direito como sanção jurídica. O que temos em consideração é a omissão reiterada no tempo como causa a perda de eficácia de um direito. A situação jurídica existe, é válida, mas, caso não exercida, extingue-se.

É conhecida a posição de Antonio Junqueira de Azevedo que inclui como elementos do negócio jurídico, para além de partes capazes, objeto lícito e forma prescrita em lei, aspectos temporais e espaciais. Assim, um casamento feito fora do local apropriado seria inválido. Para ele, a decadência atende ao requisito temporal de validade do negócio.¹¹⁹¹ Vemos o problema sobre outro ângulo. Se um negócio jurídico qualquer formou-se, entrando no plano de existência, mas contém um vício qualquer, nasce para a parte interessada um direito potestativo de o desconstituir. O prazo decadencial atinge este poder de desconstituir, que existe validamente, mas perde sua eficácia após certo tempo.

Superado o problema da nomenclatura, é preciso recapitular algumas premissas. Conforme um juízo de conveniência política, o direito impõe prazos para a realidade que lhe é própria, ou seja, para situações que gozam de existência jurídica. A passagem do tempo pode ganhar relevância, impondo um termo final à situação que um dia nasceu e cuja permanência perdeu a razão de ser. Como sistema normativo, e não puramente ideal, o direito pode impor prazos de maneira justa ou injusta, no que pode sofrer críticas de cunho ético. Também pode impor prazos úteis e inúteis, quando as críticas passam a vir de perspectiva científica em sentido mais particular.

Com isso, no plano das situações jurídicas pode haver ou não a imposição de prazos, redundando em situações perpétuas ou temporárias. Questões diversas levaram o direito pátrio a tratar como prescrição a limitação temporal das pretensões. E o que se passa quanto às demais limitações temporais que atingem situações diversas da pretensão?

A doutrina separa ao menos dois institutos distintos para explicar o que se passa nesse caso. Para Câmara Leal a decadência tem por objeto a limitação dos direitos, afetando, por consequência, a ação. No entanto, a “decadência é a extinção da ação [sic], pela inércia continuada de seu titular, que deixa de exercitá-lo, durante o termo prefixado ao seu

¹¹⁹¹ A decadência “encontra sua explicação na idéia de que há negócios jurídicos que devem ser feitos dentro de certo prazo; ou seja, considerando que a decadência é a situação dos direitos não exercidos durante determinado tempo e que o exercício desses direitos (direitos potestativos ou formativos) se faz através de declaração negocial, o prazo de decadência nada mais é que um requisito de tempo, para que determinadas declarações tenham validade” (JUNQUEIRA AZEVEDO, 1986, p. 106).

exercício”,¹¹⁹² o que terminava por associar a decadência com o sancionamento da inércia do titular de um direito, que não o exercita. Perceba-se que esta definição não abrange os direitos prestacionais a termo, que se extinguem apesar do uso.

Agnelo Amorim Filho coloca-se contra essa concepção, porque ela define pela consequência,¹¹⁹³ mas, ao final propõe definição indiretamente relacionada à noção de omissão no exercício de um direito. Para ele, “estão sujeitas à decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): as ações constitutivas que têm prazo especial fixado na lei”.¹¹⁹⁴ Essa teoria, hoje amplamente aceita, exclui do seu campo de análise a situação dos direitos prestacionais sujeitos a termo.

Luiz F. Carpenter lida de forma peculiar com as situações que ora temos em consideração, embora chegue a conclusões distintas em razão do conceito por ele adotado para prescrição, como meio de extinção do direito em razão da preclusão da ação. De qualquer forma, no que nos interessa mais de perto, o autor carioca afirmava que “desde que a extinção do direito se dê independentemente da violação dele, ou independentemente do fato de ter atingido a sua época de exigibilidade, o caso não é de prescrição liberatória, mas sim de prazo extintivo”,¹¹⁹⁵ eventualmente chamado caducidade. Esses prazos, no seu entender, podem ser simplesmente resolutórios e de não-uso. Na primeira hipótese, o direito se extingue, não obstante seu uso contínuo. Na segunda, sanciona-se o não-uso continuado.¹¹⁹⁶

José Fernando Simão é bastante claro ao separar essas situações, destacando que “a existência de um termo final não se confunde com o instituto da decadência”,¹¹⁹⁷ porque o termo põe fim à toda a relação jurídica, mas na decadência o sentido de sanção ao não uso do direito potestativo é mais forte. A inércia é a razão de ser da decadência.

Por isso, podem ser extremadas três espécies distintas: prazos prescricionais que afetam as pretensões, decadenciais para extinguir os direitos potestativos e demais termos preclusivos. Interessa-nos os dois últimos prazos. Entre eles, a tônica diferenciadora está na limitação temporal apesar do uso (termo) ou do não-uso (decadência). Consequentemente,

¹¹⁹² CÂMARA LEAL, 1978, p. 400.

¹¹⁹³ No mesmo sentido, *vide* SIMÃO, 2013, p. 165.

¹¹⁹⁴ AMORIM FILHO, 1961, *op. cit.*, p. 131. “A decadência encerra então a perda deste direito potestativo, para alguns, porque o tempo é um seu elemento estrutural ou porque, para outros, há uma limitação temporal a seu exercício, de modo que, ultrapassado, extingue-se o estado de sujeição da parte passiva” (GODOY, 2005, p. 7-33).

¹¹⁹⁵ CARPENTER, 1958a, p. 98.

¹¹⁹⁶ *Idem*, p. 102-103.

¹¹⁹⁷ SIMÃO, 2013, p. 173.

as regras que regem os termos finais, forma comum de limitação dos direitos subjetivos, podem ser diversas daquelas relativas à decadência.

Com isso é possível asseverar que a decadência não está marcada apenas pela passagem do tempo e pela extinção das situações jurídicas. A noção de inércia prolongada é essencial para a construção da noção de decadência.

Assim, acompanhamos Nicolau Nazo, quando este afirma que a decadência depende de dois fatores: “o não exercício de um direito e o decurso de determinado prazo com caráter peremptório”,¹¹⁹⁸ valendo acrescentar que pode ter origem legal ou negocial. É a mesma lição de Carlos Alberto Dabus Maluf, segundo a qual “em se tratando de decadência, o direito é outorgado para ser exercido dentro em determinado lapso de tempo; se não exercido, extingue-se”.¹¹⁹⁹

Fixadas essas premissas, é necessário aprofundar a discussão, o que faremos a seguir.

§48. Propriedade a termo, propriedade industrial e direito de autor

Há direitos de propriedade que se sujeitam a termo;¹²⁰⁰ a propriedade resolúvel é o exemplo mais evidente. A partir de 2002, ficou claro entre nós que a propriedade pode estar sujeita a termo, o que ocorre essencialmente para fins de alienação fiduciária em garantia. Diz o art. 1.359, CC/2002, que “resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou detinha”.

De modo semelhante, no campo da propriedade industrial, há o direito de marcas e o direito de patentes. O art. 40, LPI, estabelece que “a patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito”. Já o “registro da marca vigorará pelo prazo de dez anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos” (art. 133, LPI). Tanto

¹¹⁹⁸ NAZO, 1959, p. 122.

¹¹⁹⁹ DABUS MALUF, 2009, p. 128.

¹²⁰⁰ Maria Vital da Rocha e Bruno de Sousa Saraiva tratam da multipropriedade como “propriedade espaço-temporal”, para enfatizar que cada um dos co-proprietários detém o direito de usar o imóvel no tempo que lhe foi delimitado. Não consideramos essa situação dentre nossos exemplos porque a fração ideal em si atribuída ao co-proprietário não se perde com o tempo (SARAIVA, B. S.; ROCHA, M. V. Notas a respeito da propriedade espaço-temporal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 3, p. 8469, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/368DUIK>>. Acesso em: 15 nov. 2019).

a patente quanto a marca extinguem-se pela expiração de seu prazo de vigência.¹²⁰¹ Essas hipóteses demonstram a existência de direitos de propriedade intelectual a termo.

Por sua vez, os direitos de autor,¹²⁰² no que diz respeito a seus aspectos patrimoniais, estão sujeitos a prazo – após o qual, caem em domínio público. O art. 5º, XXVII, da Constituição Federal, assegura que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. O trecho final dessa regra determina que a exclusividade dos autores sobre os frutos econômicos de seu trabalho deve estar sujeita a termo final. Para cumprir essa determinação constitucional, o art. 41, da Lei nº 9.610/1998 assevera, como regra geral, que “os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”.

Embora não haja discussão mais aprofundada na doutrina sobre a natureza desses prazos, é certo que se trata de termo legal, e não de decadência propriamente dita. Isso porque não se está a sancionar a falta de exercício desses direitos, que para além disso, não têm natureza potestativa. O prazo começa a ser contado do termo inicial definido em lei e nasce com o próprio direito. Não há suspensão nem interrupção. Ao final do termo, extinguem-se todas as faculdades materiais do direito e, com elas, todas as pretensões possíveis. Seus efeitos operam efeitos de pleno direito.

A lei assegura aos titulares em questão o interesse de utilização exclusiva da coisa, da propriedade industrial ou da obra autoral. Além disso, esses direitos têm natureza absoluta, o que significa dizer, mais precisamente, que os seus titulares podem exigir uma prestação negativa da generalidade de pessoas. Sua eficácia é *erga omnes*.

De modo contrário ao que se observa nos casos decadenciais (conf. art. 211, CC/2002), não se admite que os prazos de duração desses direitos sejam estendidos por convenção das partes e, na propriedade intelectual, em atenção à difusão da cultura.¹²⁰³ Essas particularidades afastam esses prazos dos decadenciais.

¹²⁰¹ Art. 78, LPI. A patente extingue-se: I - pela expiração do prazo de vigência; II - pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros; III - pela caducidade; IV - pela falta de pagamento da retribuição anual, nos prazos previstos no § 2º do art. 84 e no art. 87; e V - pela inobservância do disposto no art. 217. Parágrafo único. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público. Art. 142, LPI. O registro da marca extingue-se: I - pela expiração do prazo de vigência; II - pela renúncia, que poderá ser total ou parcial em relação aos produtos ou serviços assinalados pela marca; III - pela caducidade; ou IV - pela inobservância do disposto no art. 217.

¹²⁰² ASCENSÃO, 2007, p. 538. Para bem diferenciar os direitos de autor da propriedade, *vide* CHINELLATO, 2008a, p. 64 e seguintes.

¹²⁰³ Nesse sentido, *vide* MORAES, R. Direito Fundamental à temporalidade (razoável) dos direitos patrimoniais de autor. In: SANTOS, M. J. P. (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254-290.

§49. Não-uso

Como destacamos anteriormente, em Portugal, o Código Vaz Serra tratou de três preclusões temporais: prescrições, caducidades e não-uso. O não-uso refere-se à limitação temporal dos direitos reais.¹²⁰⁴ Diferem-se dos prazos prescricionais e das caducidades porque não são sujeitos à suspensão ou interrupção, sequer em razão da incapacidade.¹²⁰⁵ O principal exemplo de não-uso naquele país está na extinção da servidão por decurso de tempo sem uso efetivo pelo prédio dominante. Vê-se divisão análoga no Código Civil do estado da Louisiana,¹²⁰⁶ nos Estados Unidos da América, que mantém um sistema legal fiel às suas origens franco-espanholas.¹²⁰⁷

Giuseppe Pugliese¹²⁰⁸ esclarece que o direito romano conhecia a limitação temporal das servidões, que pereciam por não-uso.¹²⁰⁹ Conquanto essa noção seja anterior à formação da *longi temporis praescriptio*, ela não desaparece ao longo dos séculos e ainda existe como reminiscência histórica. Ocorre que, no seu entender, o conceito já não é necessário e a legislação italiana fez bem em tratar esse prazo como prescricional.¹²¹⁰

Entre nós, também se vê a mesma influência romana. O art. 1.389, CC/2002, estabelece que “também se extingue a servidão, ficando ao dono do prédio serviente a faculdade de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção: (...) III - pelo não uso, durante

¹²⁰⁴ Artigo 298, 3, CCP/1966. “Os direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta de disposição em contrário, as regras da caducidade”.

¹²⁰⁵ VAZ SERRA, 1961, p. 34-43.

¹²⁰⁶ Art. 3445. *There are three kinds of prescription: acquisitive prescription, liberative prescription, and prescription of nonuse.*

Art. 3446. *Acquisitive prescription is a mode of acquiring ownership or other real rights by possession for a period of time.*

Art. 3447. *Liberative prescription is a mode of barring of actions as a result of inaction for a period of time.*

Art. 3448. *Prescription of nonuse is a mode of extinction of a real right other than ownership as a result of failure to exercise the right for a period of time.*

¹²⁰⁷ Sobre as peculiaridades das leis civis deste estado e sobre as razões pelas quais permaneceu ele vinculado ao sistema de direito civil continental, vide FRIEDMAN, L. M. *A history of american law*. 3. ed. New York: Touchstone, 2005, p. 116-119.

¹²⁰⁸ “*Nessun dubbio pertanto che secondo queste esplicite dichiarazioni prescrizione estintiva e non uso sono unum et idem, e che questo è indistintamente soggetto alle norme che governano quella*” (PUGLIESE, 1924, p 29).

¹²⁰⁹ D, 8, 2, 6.

¹²¹⁰ Art. 1014, CCI/1942. *Estinzione dell'usufrutto. Oltre quanto è stabilito dall'art. 979 (328), l'usufrutto si estingue: l) per prescrizione per effetto del non uso durato per venti anni (2934 e seguenti) (...)*

Art. 1073 *Estinzione per prescrizione. La servitù si estingue per prescrizione quando non se ne usa per venti anni (2934 e seguenti).*

dez anos contínuos”.¹²¹¹ Como ressalta Carlos Frederico Barbosa Bentivegna, “a inutilização da servidão pelo período de 10 anos prova sua inutilidade e desinteresse”, sendo que “o preço a ser pago pelo prédio dominante é seu exercício”.¹²¹²

A natureza do prazo tem chamado pouca atenção da doutrina contemporânea.¹²¹³ Sob o Código Civil de 1916, Lafayette defendia o caráter prescricional.¹²¹⁴ Carpenter refutava essa ideia, ao afirmar que “as servidões se extinguem por não-uso só porque o respectivo titular não usa delas, embora nunca tenham sofrido violação alguma”.¹²¹⁵ Do mesmo modo, Pontes de Miranda nega o caráter prescricional, destacando que não há suspensão ou interrupção aplicável.¹²¹⁶

Eventualmente, vê-se aí uma hipótese especial, denominada *usucapio libertatis*, em que o proprietário extingue a servidão diante de seu reiterado não-uso.¹²¹⁷ Não é correta a aproximação com a usucapião, que entre nós tem função claramente aquisitiva de direitos reais. Está-se diante da extinção da servidão, com o fim do dever do proprietário do prédio serviente de respeitá-la. Retoma-se o domínio pleno, mas não se adquire a propriedade. No que é mais relevante, o não-uso é infenso a causas suspensivas ou interruptivas, o que também o afasta da usucapião.¹²¹⁸ A bem da verdade, a *usucapio libertatis* tem origem histórica distinta do não-uso¹²¹⁹ e, para além disso, assentam-se sobre a premissa da boa-fé,

¹²¹¹ Ao tratar da extinção das servidões prediais, o art. 710, III, CC/1916, literalmente albergava a hipótese de “não uso, durante dez anos contínuos”.

¹²¹² BENTIVEGNA, C. F. B. *Comentários ao Código Civil*: artigo por artigo. 3. ed. In: FUGITA, J. S. et al. (Orgs.). São Paulo: RT, 2014, p. 1311.

¹²¹³ Orlando Gomes trata do prazo como não-uso, porém não tece considerações mais aprofundadas sobre o tema (GOMES, 1998, p. 290). Sílvio de Salvo Venosa destaca igual natureza, ressaltando, tal como se vê no art. 1.596, CCP/1966, que, para a consumação do não-uso, “é irrelevante a causa que o motivou”, regra que não constou expressamente no CC/02 (VENOSA, 2010, p. 1.252). De modo análogo, tratando a situação como não-uso, vide PENTEADO, 2012, *op. cit.*, p. 501. Aparentemente Rosa Maria B. B. de Andrade Nery entende que há prescrição da ação possessória de quem abandona o usufruto (vide NERY, R. M. B. B. A. O não uso da coisa como forma de extinção do usufruto. *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 3, p. 202-213, 2000).

¹²¹⁴ RODRIGUES PEREIRA, 2004, §134, n. 5, p. 439.

¹²¹⁵ CARPENTER, 1958a, p. 112.

¹²¹⁶ “O não-uso acarreta a preclusão do direito: extingue-se a servidão como direito real limitado, O prazo nada tem com os prazos prescricionais. Não se pode pensar em interrupção do prazo do art. 710, III, por ato de reconhecimento do direito, judicial ou extrajudicial (art. 172, V) do dono do prédio serviente ou outro sujeito passivo do direito de servidão, tanto mais quanto o sujeito passivo é total. O ato de reconhecimento interrompe a prescrição das pretensões petitorias e possessórias; não o curso do prazo preclusivo do art. 710, III” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*: Parte Geral. Tomo XVIII. Atualizado por Nelson Nery Junior e Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012b, p. 610, §2229, 8).

¹²¹⁷ Sobre a discussão nesse ponto, vide WALD, A. Da extinção de servidão por decurso do tempo e do usucapião em favor do titular da propriedade do prédio serviente. Regime legal dos bens do concessionário de serviço público. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 12, n. 45, p. 174-188, São Paulo, jul./set. 1988.

¹²¹⁸ Art. 1.244, CC/2002. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

¹²¹⁹ PUGLIESE, 1924, p. 33-34.

outro elemento que não se vê entre nós. Na doutrina, rechaçam a equiparação à usucapião Laffayette Rodrigues¹²²⁰ e Pontes de Miranda.¹²²¹

De modo análogo, nos termos da legislação brasileira em vigor, o usufruto extingue-se “pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai” (art. 1.410, VIII, CC/2002). Esta regra tem redação deficiente, não esclarecendo qual o prazo aplicável nem sua natureza. Talvez seja significativo que o art. 739, VI, CC/1916, estipulava a extinção do usufruto pela prescrição, mas a expressão não foi repetida na nova legislação. Sob o Código Civil de 1916, à doutrina se associava o prazo àquele próprio da prescrição geral, inicialmente trintenária e posteriormente vintenária.¹²²²

A mudança da redação deixa claro que não se trata de prescrição, mas tampouco soluciona a questão do termo aplicável. O Enunciado nº 252, das III Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, propugnou que a solução dar-se-ia caso a caso: “a extinção do usufruto pelo não-uso, de que trata o CC 1410 VIII, independe do prazo previsto no CC 1389 III”, o que vem sendo aceito pela jurisprudência.¹²²³

A discussão sobre a natureza desses prazos de extinção da servidão e do usufruto tem relevância teórica e prática. Em princípio, poderíamos estar diante de particular modalidade de preclusão temporal, para além do termo aplicável a direitos subjetivos, da

¹²²⁰ “Entendem alguns intérpretes do D. Romano que o não-uso é insuficiente para operar a extinção do usufruto, se com ele não coincide a aquisição da coisa. Por terceiro prescribente ou da liberdade da coisa pelo proprietário (*usucapio libertatis*). Esta opinião é infundada à vista da cit. C 13, em harmonia com a qual deve ser entendida a C. 16, § 1º, C.” (RODRIGUES PEREIRA, 2004, p. 352).

¹²²¹ “No sistema jurídico brasileiro, tem-se de afastar, energeticamente, toda a possibilidade de *usucapio libertatis*. O não-uso determina a extinção da servidão. Quem usucape o fundo serviente pode usucapi-lo livre, ou com a servidão, como quem usucape o prédio dominante pode usucapi-lo com ou sem a servidão. Não há, aí, qualquer *usucapio libertatis*. Quem usucape o prédio, sem a servidão que havia, usucape prédio livre, não liberdade. Quem assiste à extinção da servidão, que havia em seu prédio, assiste à consolidação da propriedade, não a usucapião de liberdade” (PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 613, §2229, 8).

¹²²² De modo dissonante, Pontes de Miranda então já indicava que “no tocante às servidões, ainda se constam do registro de imóveis, extinguem-se elas pelo não-uso durante dez anos contínuos (art. 710, III). O legislador, a respeito de servidões, foi mais feliz do que a propósito do usufruto, do uso, da habitação (arts. 739, VI, 745 e 748) e da hipoteca (art. 84, VI): nenhuma alusão fez à prescrição; o prazo do art. 710, III, é preclusivo, e nenhuma referência se há de fazer à prescrição. Precluído o direito, nasce ao dono do prédio serviente a pretensão ao cancelamento do registro (art. 711)” (PONTES DE MIRANDA, 2013, p. 230, § 663).

¹²²³ O STJ, ao analisar o tema, inclinou-se nesse sentido. A Ministra Nancy Andrighi destacou que “no intuito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade gravada, o Código Civil, sem prever prazo determinado, autoriza a extinção do usufruto pelo não uso ou pela não fruição do bem sobre o qual ele recai. A aplicação de prazos de natureza prescricional não é cabível quando a demanda não tem por objetivo compelir a parte adversa ao cumprimento de uma prestação. Tratando-se de usufruto, tampouco é admissível a incidência, por analogia, do prazo extintivo das servidões, pois a circunstância que é comum a ambos os institutos - extinção pelo não uso - não decorre, em cada hipótese, dos mesmos fundamentos. A extinção do usufruto pelo não uso pode ser levada a efeito sempre que, diante das circunstâncias da hipótese concreta, se constatar o não atendimento da finalidade social do bem gravado. No particular, as premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido revelam, de forma cristalina, que a finalidade social do imóvel gravado pelo usufruto não estava sendo atendida pela usufrutuária, que tinha o dever de adotar uma postura ativa de exercício de seu direito” (STJ, REsp 1179259/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 14/05/2013, DJe 24/05/2013).

decadência a que se sujeitam direitos potestativos, da prescrição que afeta as pretensões e da usucapião. Essa foi a solução encontrada em Portugal e Louisiana. Poderíamos estar, no entanto, diante de prescrição, tal como se vê na Itália, na África do Sul¹²²⁴ e na Alemanha.¹²²⁵ A relevância teórica reside, assim, mais precisamente na conceituação dos institutos em questão. A depender da solução encontrada, o conceito de prescrição deve ser revisto. A relevância prática de identificar o prazo de não-uso reside na peculiaridade de que, conforme a doutrina portuguesa, está em conhecer os prazos que não estão sujeitos a quaisquer interrupções e suspensões. O tema, como tantos outros, não é de solução lógica necessária, devendo reconhecer a autonomia das legislações pátrias.

A situação não pode ser tratada como termo. Os direitos reais em questão persistem em vigor *sine die*. Tampouco há aí qualquer pretensão em disputa, o que afasta o enquadramento, entre nós, como prescrição. É o não-uso contínuo que justifica sua extinção, como é próprio das situações que dão ensejo à decadência. Entretanto, não se vê nessas situações direito potestativo, mas direito real com uma prestação específica de abstenção para o prédio serviente.¹²²⁶ Os termos e o não-uso são infensos a qualquer suspensão e interrupção. Contudo, as caducidades e o não-uso sancionam a omissão contínua do titular.

Diante desse quadro, duas alternativas se apresentam: *i*) Agnelo Amorim Filho, na esteira de grande parte da doutrina, está equivocado e a decadência também diz respeito à omissão no exercício de direitos subjetivos; *ii*) a decadência é uma situação própria dos

¹²²⁴ Na África do Sul, vê-se igualmente o tratamento próprio da prescrição. O art. 6, do Prescription Act n 68 of 1969, assim dispõe: *Acquisition of servitudes by prescription. Subject to the provisions of this Chapter and of Chapter IV, a person shall acquire a servitude by prescription if he has openly and as though he were entitled to do so, exercised the rights and powers which a person who has a right to such servitude is entitled to exercise, for an uninterrupted period of thirty years or, in the case of a praedial servitude, for a period which, together with any periods for which such rights and powers were so exercised by his predecessors in title, constitutes an uninterrupted period of thirty years.* O artigo 7, por sua vez, complementa a regra da seguinte forma: *Extinction of servitudes by prescription. (1) A servitude shall be extinguished by prescription if it has not been exercised for an uninterrupted period of thirty years. (2) For the purposes of subsection (1) a negative servitude shall be deemed to be exercised as long as nothing which impairs the enjoyment of the servitude, has been done on the servient tenement.*

¹²²⁵ Ao tratar do direito alemão, Vaz Serra destaca: “Temos, pois, que, segundo o Código alemão, os direitos reais não se extinguem por não-uso, que a prescrição é aplicável às pretensões reais (salvo se derivadas de direitos inscritos no registro predial, o que, aliás, admite exceções indicadas), que as servidões se extinguem por prescrição nos termos dos §§1028 e 901, que o usufruto se extingue também por prescrição nos termos do §901 (...)” (*op. cit.*, p. 42). Se a prescrição se extingue por prescrição naquele país, o sistema da prescrição como instituto voltado para a pretensão não foi puramente acolhido naquele país. Com aviso de que o sistema alemão não é puro na premissa segundo a qual a prescrição atinge a pretensão, *vide* TORMINN BORGES, 1980, p. 46.

¹²²⁶ Seguindo as lições de Chiovenda, Agnelo Amorim Filho toma os direitos reais e pessoais como inseridos no conjunto dos direitos subjetivos prestacionais, para afirmar que “nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade” (AMORIM FILHO, 1961, p. 99).

direitos potestativos e é necessário explicar, de outro modo, o que se passa nessa situação, admitindo aí a existência de uma outra figura preclusiva.

A questão é ainda mais instigante porque a doutrina deve questionar qual a razão de ser das teorizações que faz. Naturalmente, não se está a defender que essas diversas situações sejam equivalentes. Conquanto reflitam o passar dos dias, usucapião, decadência, prescrição e termo são fenômenos que têm coloração peculiar. Então, a investigação não é sobre as diferenças estruturais, mas sobre sua funcionalidade e operabilidade, para indicar se essas diferenciações são relevantes.

A posição de Agnelo Amorim Filho parece-nos por isso falaciosa.¹²²⁷ Não se pode definir a decadência como figura adstrita aos direitos potestativos, sem justificar seu afastamento de situações análogas nos direitos reais. Existe inegável escolha subjetiva ao definir prazos decadenciais como aqueles próprios dos direitos potestativos e, sob esse argumento, negar sua aplicação para situações outras que apresentem as mesmas características.

Para nós, o não-uso está absolutamente próximo da decadência. Ambos representam a perda de um direito, subjetivo ou potestativo, em razão da omissão contínua de seu titular. Uma única característica os separa qual seja, o não-uso tradicionalmente corre até contra menores incapazes. Pensamos que esta é uma característica acidental, não essencial, que não pode ser utilizada para separar as figuras. Se, em regra, as prescrições suspendem-se e interrompem-se e a decadência corre diretamente, isso não impediu o legislador de 2002 de estabelecer que não há caducidade contra absolutamente incapazes (art. 208, CC/2002). Também não impediu que houvesse um prazo de decadência, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que pudesse ser obstado (art. 26, §2º, CDC). Assim, do ponto de vista prático, nada impede que também haja decadência sem qualquer tipo de

¹²²⁷ Agnelo Amorim Filho parece estar alheio ao problema do não-uso: “O mesmo fato não é observado com referência à outra categoria de direitos (os ‘direitos a uma prestação’): a lei não fixa – e nem tem motivos para fixar – prazo para o exercício de nenhum deles. Com relação a esses direitos, os prazos que existem, fixados em lei, são tão somente para o exercício das pretensões que deles se irradiam. Assim, o decurso do prazo sem exercício da pretensão, implica no encobrimento da eficácia dessa (desde que o interessado ofereça a exceção de prescrição) e não na extinção do direito que ela protege, pois - repita-se - em face dos denominados “direitos a uma prestação”, a pretensão e a ação funcionam como meios de proteção e não como meios de exercício. Por conseguinte, também se impõe, necessariamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não-exercício. Dai se infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito dessa é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados. A conclusão imediata é, igualmente, inevitável: as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois - insista-se - a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias (art. 205)” (AMORIM FILHO, 1961, p. 115).

interrupção e, nesse caso, as diferenças entre o não-uso e da caducidade seriam meramente teóricas. Por outro lado, nada impede que, ao tratar o não-uso como decadência, este também se sujeite ao impedimento quando envolver menores absolutamente incapazes.

Somos de opinião que não se faz necessária a separação proposta por Vaz Serra e acolhida na legislação portuguesa (e na da Louisiana). Os prazos decadenciais representam o amálgama de uma série de situações concretas peculiares e de origem diversa, podendo haver suspensão ou não, conforme as necessidades legislativas. A situação é semelhante, portanto, àquela das invalidades. A parte geral do Código Civil preocupou-se em estabelecer regras gerais aplicáveis quando não houver norma específica em sentido contrário.

Torna-se desnecessária a criação de uma terceira categoria de prazos, o não-uso, para que ela se comporte como uma decadência pura, a qual sequer se aplica o art. 208, CC/2002. Como se depreende do art. 207, CC/2002, “salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”. O art. 207, CC/2002, deve ser articulado com aquela regra que se vê no art. 208, CC/2002, de modo que a lei pode afastar em situações específicas a incapacidade absoluta como causa de impedimento e suspensão dos prazos decadenciais.

Defendemos, portanto, a natureza decadencial do não-uso ao menos para a servidão.¹²²⁸ Como dito, essa não é a opinião corrente. Entretanto, sem ter natureza de usucapião, de termo e de prescrição, e sem necessidade de nova categoria jurídica, aplicam-se as regras da decadência.

A situação do usufruto é particular diante da inexistência de prazo legal. Em um sentido bastante amplo, há aí um ilícito caducificante. O reiterado não-uso causa a perda do direito ao usufruto. Entretanto, a ausência de prazo legal afasta essa situação radicalmente do regime da decadência existente no Brasil. A situação está mais próxima da decadência judicial, eventualmente reconhecida na Itália, ou da *suppressio*. A discussão de sua natureza escapa, no entanto, ao escopo aqui proposto. Em decorrência dessa observação, será necessário propor uma definição mais ampla de decadência, que pensamos ser a extinção dos direitos, obrigacionais ou reais, prestacionais ou potestativos, em razão de reiterado não-uso ao longo do tempo fixado na lei ou previamente pelas partes.

Assim, em conclusão (*XLIII*), decadência é a sanção legal que impõe a extinção dos direitos, obrigacionais ou reais, prestacionais ou potestativos, em razão de reiterado não-uso

¹²²⁸ No mesmo sentido, mas sem justificativa mais aprofundada, tratam o prazo do art. 1.410, VIII, CC/2002, como decadencial: FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil: Reais*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 952.

ao longo do tempo fixado na lei ou previamente pelas partes; (XLIV) é decadencial o prazo de não-uso do arts. 1.389, III, CC/2002.

§50. *Suppressio*

Para além dessas situações em que direitos subjetivos estão sujeitos a prazo, deve-se destacar a situação da *suppressio*.¹²²⁹

A doutrina pátria passou a admitir que a boa-fé objetiva possa limitar o exercício de direitos quando, após algum tempo de inação do credor, é razoável esperar que estejam extintas as faculdades do titular da posição ativa. Dito de outro modo, a confiança que advém de longa inação limita o exercício de posições jurídicas e marca o abuso de direito. Na lição de Menezes Cordeiro, “diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido em certas circunstâncias, exercido durante determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”.¹²³⁰ Judith Martins-Costa indica que a *suppressio* pressupõe a inatividade do titular de um direito, “quando essa inatividade, tendo perdurado por um período de tempo não determinado *a priori*, apresenta-se em face de circunstâncias idôneas a determinar, na contraparte, um investimento de confiança merecedor de proteção com base no princípio da boa-fé”.¹²³¹

Em comum com a prescrição e a decadência, a *suppressio* revela o decurso do tempo sobre as posições jurídicas. Na *suppressio* deve haver minimamente o surgimento de uma expectativa legítima de inação por parte do devedor. O tempo necessário para sua configuração é dado em cada situação concreta, não havendo um prazo uniforme para que se reconheça sua aplicação.¹²³² A prescrição e a decadência operam a partir do simples decurso do prazo legal, não se exigindo prova da confiança, que, segundo a doutrina, está nela pressuposta.¹²³³

¹²²⁹ Sobre a grafia da expressão pela qual a doutrina luso-brasileira traduziu a expressão germânica *verwirkung*, vide SIMÃO, 2013, p. 194. Optamos pela grafia de quem introduziu a expressão entre nós: MENEZES CORDEIRO, A. M. R. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

¹²³⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 797.

¹²³¹ MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 710.

¹²³² “O tempo da *suppressio* é o período de gestação da confiança pela inércia do titular, confiança esta cuja violação tornará ilícito o extemporâneo ato de exercício” (ANDRADE NEVES, 2016, p. 44).

¹²³³ *Lapse of time suggests a certain indifference on the part of the creditor towards his claim which, in turn, engenders a reasonable reliance in the debtor that no claim will be brought against him* (ZIMMERMANN, 2002, p. 64). De modo semelhante, a lembrar que a boa-fé também inspira o estabelecimento legal de prazos, vide AMELOTTI, 1958, p. 1.

Como o reconhecimento dessa figura parcelar entre nós se deu essencialmente após o Código Civil de 2002, é natural concluir que as lições originais de Agnelo Amorim Filho não pudessem compreender o fenômeno. Subsistem, no entanto, dificuldades lógicas e práticas que exigem detalhamento. Preocupam-nos, mais de perto, os impactos que podem existir sobre as regras da prescrição e da decadência.

Ao abordar esse problema, José Fernando Simão, em sua tese de livre docência, pondera que havendo prazo prescricional estabelecido, não se deve aplicar a *suppressio*, pois a lei pretendeu dar segurança formal ao exercício das pretensões e, se assim não fosse, prazos específicos não seriam previstos. Como a *suppressio* é reconhecida caso a caso e a prescrição dá-se conforme o prazo legal, subentende-se que onde o legislador estabeleceu prazo certo, o fez para afastar soluções pontuais. Daí a conclusão de que “diferentemente da prescrição e da decadência, a *suppressio* tem aplicação subsidiária, ou seja, só se aplica quando não há prazo expresso em lei para a prescrição ou para a decadência”.¹²³⁴

De modo diverso, reconhecendo o caráter multiforme do instituto, Judith Martins-Costa considera possível que, conforme juízos de concreção específicos, a *suppressio* mostre sua utilidade quando há prazos prescricionais longos, podendo produzir efeitos para proteger a confiança investida, “legitimada por fatores objetivos e sedimentada pelo transcurso do tempo” em situações concretas. Isso, todavia, não poderia ocorrer como regra. Trata-se de *ultima ratio*.¹²³⁵

Uma visão sobre as origens do instituto na Alemanha pode esclarecer a controvérsia. Karl Larenz destaca que a *verwirkung* aplica-se a amplo leque de situações, pois pode extinguir as pretensões, os direitos potestativos e as exceções. O instituto goza, no entanto, de especial importância para a extinção dos direitos potestativos, pois estes não se sujeitam a prazo prescricional. Quanto à extinção das pretensões pela *verwirkung*, a situação era claramente justificável ante o longuíssimo prazo geral trintenário, que vigorava amplamente antes da reforma de 2002.¹²³⁶ De todo modo, os tribunais vinham reconhecendo,

¹²³⁴ SIMÃO, 2013, p. 196.

¹²³⁵ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 712-713. Humberto Ávila reconhece a possibilidade em casos excepcionais: “Em geral, todo credor pode, para fazer valer a sua pretensão, esgotar, até o último dia, o prazo que lhe é oferecido pelo Direito Prescricional, e todo devedor deve preparar-se para que o credor utilize, em toda a sua extensão, o prazo prescricional legal ou contratual. O instituto da limitação de direito por exercício tardio (*Verwirkung*) só pode intervir em casos excepcionais, para não condenar os prazos de prescrição à perda de sentido prático (BGH NJW 1980, 880) e para que a segurança do tráfego jurídico, que é garantia pela clareza e calculabilidade dos prazos prescricionais não seja substituída pela insegura de decisões equitativas dependentes do caso concreto e difíceis de serem prevista” (ÁVILA, H. *Supressio*. Limitação de direito por exercício tardio: definição e requisitos de aplicação. 2016. Inédito, *apud* MARTINS-COSTA, *idem*, p. 712-713).

¹²³⁶ ANDRADE NEVES, 2016, *op. cit.*, p. 44.

“em circunstâncias muitíssimo especiais”, a *suppressio*, mesmo diante do prazo quadrienal para cobrança de aluguéis.¹²³⁷

Nessa mesma linha, Jürgen Schmidt também vislumbra na *verwirkung* função de regulamentar a influência do tempo nas relações jurídicas, de modo que o sentido da regra jurídica esteja de acordo com sua efetividade social.¹²³⁸

Ao confrontar esse problema diante da realidade lusitana, Menezes Cordeiro entende que cabe ao direito contrastar as práticas sociais, limitando-as, e não o contrário. Ademais, diferentemente do que se passou em terras teutônicas, o Código Civil de Portugal estabeleceu regime harmonioso para efeitos do tempo sobre os direitos, não estando a prescrição adstrita às pretensões, razão pela qual pode ser aplicada a todos os direitos. Diz-nos Menezes Cordeiro que “o Direito português codificou a influência do tempo nas situações jurídicas em termos conclusivos; todos os direitos subjetivos estão sujeitos ao tempo, de acordo com regras precisas”.¹²³⁹ Desse modo, para justificar a utilidade do instituto em seu país, o professor da Faculdade de Lisboa não só advoga a vinculação da *suppressio* à coibição do *venire contra factum proprium*, mas também às ideias de confiança e de *surrectio*, elementos que são estranhos às regras de prescrição e decadência.¹²⁴⁰

O sistema legal brasileiro tem mais pontos semelhantes com a realidade alemã do que diferenças. Assim como lá se vê, aqui a prescrição atinge exclusivamente a pretensão e a decadência tradicionalmente é vista como regra concernente aos direitos potestativos. A usucapião diz respeito a direitos reais. Entre nós, muito se caminhou ao longo do século XX em termos de aprimoramento dos regimes da prescrição e da decadência. Entretanto, mesmo assim, não há regras claras para regular a vigência temporal de todas as posições jurídicas subjetivas.

Como procuramos demonstrar, há um conjunto de situações que não se sujeitam a prazo, como os direitos potestativos sem termo e as pretensões permanentes. Se isso ocorre, é devido à perenidade configurar medida de justiça, conforme o juízo apriorístico e geral estabelecido pelo legislador. Ocorre que, em contextos específicos bem limitados, podem surgir desequilíbrios e inequidades.

Sob esse cenário, a *suppressio* surge como alternativa viável. Seus efeitos são amplos e podem afetar todo o espectro de posições jurídicas subjetivas, como os direitos

¹²³⁷ LARENZ, 1978, p. 302-303.

¹²³⁸ *Apud* MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 816.

¹²³⁹ *Idem*, p. 819.

¹²⁴⁰ *Ibidem*, p. 821

prestacionais,¹²⁴¹ as exceções,¹²⁴² os direitos reais,¹²⁴³ os direitos de família¹²⁴⁴ e, como procuraremos demonstrar, a própria pretensão. Não é precisa, dessa forma, a afirmação de que a *suppressio* acarreta “a extinção do direito subjetivo”.¹²⁴⁵

Quando se trata de admitir que a *suppressio* atinja a própria pretensão, surge mais fortemente o problema de harmonia com relação a esses institutos. Uma ampla aceitação da possibilidade de que a pretensão seja assolada pela *suppressio* faria com que os prazos prescricionais fossem desnecessários ou tivessem caráter meramente sugestivo. Por isso, essa possibilidade é, às vezes, simplesmente negada ou admitida com precauções diversas.

Assumimos uma posição particular no contexto desse debate, porquanto é possível que a *suppressio* venha afetar pretensões, mas refutamos soluções tópicas. Não consideramos possível que a *suppressio* venha a atingir pretensões e direitos potestativos para os quais já há termo legal pré-estabelecido. Se o juiz pudesse controlar topicamente a injustiça dos prazos a que se sujeitam as pretensões, diminuindo-os quando estiverem

¹²⁴¹ “1. Como de sabença, a *supressio* inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício. Por outro lado, e em direção oposta à *supressio*, mas com ela intimamente ligada, tem-se a teoria da *surrectio*, cujo desdobramento é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada por ação ou comportamento. 2. Sob essa ótica, o longo transcurso de tempo (quase seis anos), sem a cobrança da obrigação de compra de quantidades mínimas mensais de combustível, suprimiu, de um lado, a faculdade jurídica da distribuidora (promitente vendedora) de exigir a prestação e, de outro, criou uma situação de vantagem para o posto varejista (promissário comprador), cujo inadimplemento não poderá implicar a incidência da cláusula penal compensatória contratada. 3. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1338432/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 24/10/2017, DJe 29/11/2017).

¹²⁴² Julio Gonzaga Andrade Neves defende que a *verwirkung* seja tratada de maneira distinta da prescrição e da decadência, podendo afetar até prazos curtos. O autor aponta que mesmo as exceções poderiam ser flexibilizadas, como na situação em que o devedor comportar-se de forma a indicar que não se valerá da exceção de prescrição. Nessa situação, se houve a *suppressio* da exceção, a pretensão poderia ser exercida para além do seu prazo (ANDRADE NEVES, 2016, p. 84-91).

¹²⁴³ “- O exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. Assim, o condômino não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar seu vizinho. Mais especificamente não se pode impor ao vizinho uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada no condomínio. - A '*suppressio*', regra que se desdobra do princípio da boa-fé objetiva, reconhece a perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado. - Não age no exercício regular de direito a sociedade empresária que se estabelece em edifício cuja destinação mista é aceita, de fato, pela coletividade dos condôminos e pelo próprio Condomínio, pretendendo justificar o excesso de ruído por si causado com a imposição de regra constante da convenção condominial, que impõe o uso exclusivamente comercial, mas que é letra morta desde sua origem. - A modificação do quantum fixado a título de compensação por danos morais só deve ser feita em recurso especial quando aquele seja irrisório ou exagerado. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 1096639/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 09/12/2008, DJe 12/02/2009). “CONDOMÍNIO. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o statu quo. Aplicação do princípio da boa-fé (*suppressio*). Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 214.680/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 10/08/1999, DJ 16/11/1999, p. 214).

¹²⁴⁴ Nesse sentido, vide LARENZ, 1978, p. 197.

¹²⁴⁵ MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 710.

presentes requisitos de confiança e expectativa legítima, seria razoável admitir que também pudesse aumentá-los, quando boa-fé assim indicasse. Nesse ponto estamos a concordar, portanto, com a posição de José Fernando Simão, afastando-nos da solução que admite, de forma mais ou menos ampla, a aplicação da *suppressio* para extinguir posições jurídicas antes dos prazos que lhes foi assinalado.

Onde os prazos prescricionais ou decadenciais foram estabelecidos aprioristicamente, por lei ou por vontade das partes (quando isso é possível), não se deve admitir o reconhecimento da *suppressio*. A questão deve ser resolvida a partir da premissa de redução de incertezas no sistema, tomando os institutos como complementares e não concorrentes entre si. Se o titular da situação jurídica se manteve pura e simplesmente omissa, não é possível admitir que o sujeito passivo nutra legítima expectativa *contra legem* (ou contra sua manifestação anterior de vontade). Sob essas circunstâncias, antes do decurso do prazo legal ou convencional, não se pode esperar que o silêncio e inação signifiquem renúncia da pretensão ou do direito potestativo.¹²⁴⁶

A adoção dessa premissa exige uma pequena observação. Em contextos diversos, pode ocorrer que o titular da situação jurídica sujeita a prazo, decadencial ou prescricional, venha por conduta ativa contribuir para que nasça a expectativa de que renunciou ao prazo

¹²⁴⁶ Roberto Senise Lisboa afirma que “(...) afigura-se inconcebível o reconhecimento da renúncia do exercício da pretensão pelo simples silêncio, enquanto não expirar o prazo legal estabelecido a título de prescrição” (LISBOA, 2014, p. 338). Na jurisprudência, tem-se: “1. As modernas teorias da *surrectio* e da *supressio*, utilizadas para designar o fenômeno jurídico da supressão de situações jurídicas pelo simples decurso do tempo, alcançando os titulares passivo e ativo da obrigação e tornando inviável o exercício dos direitos que irradia, sob pena de caracterização de abuso, não são passíveis de aplicação como forma de elisão da obrigação do pai de fomentar alimentos ao filho menor. 2. Se a *supressio* encerra o fenômeno da perda ou supressão de determinada faculdade jurídica provocada pelo simples decurso do tempo, e a *surrectio* encerra fenômeno inverso, determinando a germinação de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício do direito pelo seu titular, é juridicamente inviável se invocá-las como aptas a ilidir a obrigação alimentar titularizada por alimentando incapaz, notadamente porque não flui a prescrição em seu desfavor. 3. Diante da natureza da obrigação alimentar originária do dever de assistência inerente ao vínculo de parentesco e ao poder familiar, inviável se cogitar que a inércia da alimentanda, que depende, ademais, da iniciativa do detentor da sua guarda, irradiara ao genitor inadimplente justa e legítima expectativa de que jamais lhe seria exigida a contrapartida que a paternidade irradia de concorrer materialmente para o fomento das necessidades da filha menor, e, outrossim, que o pai desidiioso restaria legitimamente alforriado pela simples inércia do filho em lhe exigir os alimentos aos quais estão obrigados (...)” (TJDFT, Acórdão n.1096806, 07133721320178070000, Rel. Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, j. 16/05/2018, DJe 23/05/2018). “A cobrança pelo fornecimento de energia elétrica, desde que realizada dentro do prazo de prescrição, não pode ser considerada abusiva nem atrair a incidência da teoria da *supressio*. A *supressio*, a *surrectio*, o *tu quoque* e o *venire contra factum proprium* são teorias que podem subsumidas aos princípios da probidade e da boa-fé objetiva expressamente consagrados no art. 422 do Código Civil. Respeitadas suas peculiaridades, todas invocam padrões éticos e miram a retidão negocial para descortinar eventual abuso no exercício das faculdades legais pelos contratantes. Se a concessionária exerceu o direito de ação dentro dos quadrantes temporais próprios e não expressou nenhuma atitude que pudesse ser legitimamente interpretada como abdicação ao crédito oriundo do fornecimento de energia elétrica, raiaria pelo despropósito reconhecer o fencimento do seu direito subjetivo. (...)” (TJDFT, Acórdão n.715256, 20100112163517APC, Rel. James Eduardo Oliveira, Ver. Cruz Macedo, 4ª Turma Cível, j. 18/09/2013, DJe 30/09/2013).

legal. Para nós, essa situação não se encaixa propriamente na moldura da *suppressio*, pois não resulta da simples inação. Nessa situação, o titular comporta-se ativamente como quem não exerceria a situação jurídica subjetiva.

Então, a pergunta que se apresenta é diversa: poderia o juiz, em circunstâncias concretas, reconhecer a ocorrência do *venire contra factum proprium* para extinguir situações jurídicas antes do decurso do prazo estabelecido em lei?

Pensamos que a resposta a essa indagação deva ser, em geral, negativa. Caso se esteja diante de pretensão, sua renúncia expressa não pode ocorrer antes do fim do prazo, como se depreende do art. 191, CC/2002.¹²⁴⁷ Se estiver diante de direito subjetivo sujeito a prazo, “é nula a renúncia à decadência fixada em lei” (art. 209, CC/2002). Ora, se o legislador quis suprimir a possibilidade de renúncia expressa nessas situações, não pode o julgador reconhecer legítima expectativa de renúncia. Com isso, o campo do *venire contra factum proprium* está adstrito à decadência negocial.

Problema ligeiramente diverso diz respeito à extensibilidade dos prazos prescricionais. Como anteriormente pudemos destacar, ao tratar do efeito da vontade sobre as pretensões, consumado o prazo, o devedor pode renunciá-lo por completo, de forma expressa ou tácita.¹²⁴⁸ Há, no entanto, quem admita o alongamento de prazos prescricionais por força da boa-fé objetiva.¹²⁴⁹

Embora sejam figuras bastante próximas, pensamos que a renúncia tácita é subjetiva. O juiz está autorizado a juridicizar comportamentos do devedor que envolvam a intenção de renúncia. Quando utiliza a cláusula geral de boa-fé objetiva, o juiz toma em consideração a legítima expectativa e confiança que os credores razoavelmente podem depositar no comportamento do devedor. Pode-se imaginar ao menos duas figuras parcelares

¹²⁴⁷ Art. 191, CC/2002. “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

¹²⁴⁸ § 35 acima.

¹²⁴⁹ Larenz destaca que, sendo direito ou posição jurídica específica, a exceção de prescrição pressupõe exercício regular, isto é, considera-se abusiva a exceção quando contrária à boa-fé. Isso é possível quando o devedor conduziu o credor a acreditar que dela não se valeria ou quando levou o credor a acreditar que pagaria mesmo após o prazo prescricional, situações em que se configura o seu exercício abusivo (LARENZ, 1978, p. 340). Ao tratar do direito alemão, Vaz Serra assim leciona: “o que pode acontecer é que existam outros factos do devedor que legitimem a convicção do credor, em concordância ou conexão com a referida convenção, e então afigure-se efetivamente aceitável que o credor oponha, à prescrição alegada pelo devedor, que a dedução dela é contrária à boa-fé. Mas esta defesa do credor contra a exceção de prescrição não teria o efeito de excluir a prescrição, mas só o de se prolongar, por um prazo razoável na medida imposta pela boa-fé, o prazo prescricional, dando, assim, ao credor a possibilidade de fazer valer o seu crédito dentro desse prazo” (VAZ SERRA, 1961, p. 123). Entre nós, é a favor desta solução ANDRADE NEVES, 2016, p. 84-91.

que possam ter lugar nessa situação: comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) ou *suppressio* da exceção de prescrição.

A diferença é relevante porque a renúncia tácita do prazo já consumado é expressamente admitida pelo art. 191, CC/2002. Quanto à possibilidade de limitar a própria exceção de prescrição por força da boa-fé objetiva, vale indagar se podemos aplicar aqui a solução alemã. Para nós, os cenários são diversos entre esses dois países. Não se admite no Brasil a majoração dos prazos prescricionais pela vontade expressa das partes. Não se pode imaginar que o credor tenha confiança e legítima expectativa contrária à regra expressa do Código Civil ou à regra contratualmente ajustada. Com isso, se a parte não pode expressamente estender o prazo, esse poder tampouco deve ser conferido ao julgador.

Se formos colocar tudo isso em síntese, temos que os prazos legais e convencionais não podem ser abreviados ou estendidos com base na cláusula geral de boa-fé objetiva. Ora, podemos extrair essa conclusão do que foi dito, resta demonstrar que espaço restou para que a *suppressio* seja utilizada. A resposta aqui é simples e intuitiva. A *suppressio* afeta posições jurídicas subjetivas, inclusive pretensões,¹²⁵⁰ para as quais não haja prazo legal ou convencional. Não se incluem aqui aquelas situações onde a lei afastou expressa ou logicamente a limitação temporal.¹²⁵¹ Nesse campo, a permanência das posições subjetivas, ao longo do tempo, deve ser admitida como regra geral, sujeita a modificações em razão do próprio comportamento dos sujeitos de direito. Nesse campo, o prestígio à confiança encontra amplo espaço para atuação.

As circunstâncias concretas podem justificar que a longa inação do titular da propriedade quanto ao desrespeito de sua exclusividade, se presentes os requisitos relativos à boa-fé objetiva, façam com que a pretensão daí advinda seja atingida pela *suppressio*, permanecendo intacto o próprio direito subjetivo de uso da coisa. Tome-se por hipótese a situação em que o proprietário já não tem remédios para impedir a constante passagem de transeuntes sobre seu terreno. Não obstante, a perda dessa pretensão pela *suppressio* mantém-se como titular, em geral da propriedade, e em particular do direito de uso que deixa de ser exclusivo. De modo análogo, o direito potestativo permanente poderia ser limitado se o contexto fático demonstrasse a legítima expectativa de inação do sujeito passivo.

¹²⁵⁰ No capítulo 8, defendemos a existência de pretensões permanentes não sujeitas ao prazo geral do art. 205, CC.

¹²⁵¹ Julio Gonzaga Andrade Neves reconhece a não aplicação para o núcleo dos direitos de personalidade (ANDRADE NEVES, 2016, p. 160-163).

Por tudo isso, existe um campo em que, não havendo que se falar de prescrição ou decadência, a cláusula geral de boa-fé objetiva tem papel a exercer para controlar a justiça da eficácia temporal das posições jurídicas. Conquanto a *suppressio* tenha requisitos e consequências bem mais específicas do que a prescrição e a decadência, não parece correto tratar os institutos como absolutamente distintos, pois, desde o ponto de vista funcional, acabam por regular a eficácia do tempo sobre as posições jurídicas. Assim, a *suppressio* exerce um papel corretivo, subsidiário e pontual, de eventuais injustiças relacionadas à ausência de prazo para o exercício dos direitos.¹²⁵²

Numa tentativa de sistematização, pode-se dizer que (*XLV*) o tempo lança seus efeitos sobre as situações jurídicas subjetivas nos termos da lei, ora extinguindo os direitos a termo, ora impondo decadência (muito comumente a direitos potestativos e excepcionalmente a prestacionais), ora limitando a pretensão pela prescrição. Paralelamente, com função judicial corretiva, a *suppressio* encontra seu campo de atuação.

§51. Conclusões Parciais

Nesse capítulo apresentamos a definição tradicional da decadência, confrontando-a com a realidade dos direitos a termo, com o não-uso e com a *suppressio*. Está claro que decadência não se confunde com direitos a termo e tampouco com *suppressio*. A particular situação do não-uso em nossa doutrina permitiu-nos questionar a definição tradicional de decadência, propondo sua ampliação, para significar as omissões prolongadas que levam à extinção de situações mais abrangentes que o simples direito potestativo.

A análise sobre o papel da *suppressio* permitiu perceber que a doutrina e a jurisprudência admitem que o julgador estabeleça limites temporais a posições jurídicas diversas, para além das pretensões e dos direitos potestativos, com base na cláusula geral de boa-fé objetiva.

Mais relevante ainda, admite-se que todas essas extinções estejam sob o manto de um único instituto, que afeta igualmente direitos subjetivos, direitos postestativos, pretensões e até exceções. Isso reforça a percepção de que nada impede o legislador de

¹²⁵² “O âmbito da *suppressio* levantou dúvidas, num momento inicial. A sua aplicação em áreas específicas do Direito do Comércio, onde a lei omitira a consagração de prazos específicos, requeridos pelas conjunções de interesses aí verificadas ou no domínio da revalorização, ela própria uma concretização jurisprudencial da boa fé, estava, de algum modo, facilitada. Não assim noutros sectores jurídicos onde a *suppressio* teria de concorrer com outras formas clássicas de repercussão do tempo nas situações jurídicas, como a caducidade e a prescrição” (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 802).

aceitar a decadência como uma categoria um pouco mais ampla, para abranger as omissões extintivas de direitos, tal como propusemos. Assim, a discussão sobre a *suppressio* reforça a conclusão relativa ao não-uso.

Com isso, as teses ora propostas são as seguintes: (XLIII) decadência é a sanção legal que impõe a extinção dos direitos, obrigacionais ou reais, prestacionais ou potestativos, em razão de reiterado não-uso ao longo do tempo; (XLIV) é decadencial o prazo de não-uso do arts. 1.389, III, CC/2002; (XLV) o tempo lança seus efeitos sobre as situações jurídicas subjetivas nos termos da lei, ora extinguindo os direitos a termo, ora impondo decadência, muito comumente a direitos potestativos e excepcionalmente a prestacionais, ora limitando a duração da pretensão pela prescrição. Paralelamente, com função judicial corretiva, a *suppressio* encontra seu campo de atuação.

CAPÍTULO 10

DECADÊNCIA DAS AÇÕES EDILÍCIAS

§52. Ações Edilícias: O regime do Código Civil

Diz-se que a troca dá origem à venda.¹²⁵³ Com o advento da moeda, admite-se a venda. No período arcaico do Direito Romano, não havia uma garantia implícita para a coisa comprada.¹²⁵⁴ Prevalencia o *caveat emptor* e cabia ao comprador cercar-se de cuidados ao examinar a coisa adquirida.¹²⁵⁵ Estima-se que, por influência dos *nuda pacta* admitidos no *ius gentium*,¹²⁵⁶ entre os séculos II e III a.C, a *emptio vendita* tenha assumido a natureza de um contrato consensual, com base na *fides*, possibilitando que a troca de coisa por dinheiro fosse diferida no tempo.¹²⁵⁷ Mesmo então, o vendedor só assumia responsabilidade se houvesse *dolus malus*, ou seja, omissão propositada de um defeito dele conhecido, ou se houvesse expressamente prometido certa qualidade ou ausência de defeitos.¹²⁵⁸ A violação das obrigações contratuais dava ensejo a *actio empti*, pelo comprador, ou *actio venditi*, pelo vendedor.

Diante dessa situação e no intuito de simplificar o comércio, os magistrados responsáveis pelos mercados (*aediles curules*) passaram a presumir garantia, estabelecendo que o vendedor de escravos e animais responderia por vícios ocultos, originando-se, assim, as ações edilícias, de redibição¹²⁵⁹ e estimação.¹²⁶⁰ Esta poderia ser exercida em um ano; aquela, em seis meses.¹²⁶¹ Como a venda em geral e a de seres vivos em particular dava-se sobre coisa certa, os romanos não tinham razão para cogitar da troca do bem comprado por outro ou da reparação dos vícios em questão. O objetivo da regra era prevenir fraudes e proteger os adquirentes de serem enganados, não se exigindo conhecimento do vendedor

¹²⁵³ D, 18, 1. ROCHA, M. V.; MENDES, D. G. A fixação do *pretium* na *emptio venditio*: exegese das fontes romanas e comparação com o direito civil contemporâneo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, p. 61-86, 2018.

¹²⁵⁴ KASER, 2011, p. 247-248; ROISIN, C. A. *Vícios Redibitórios*. São Paulo: YK, 2018, p. 19-45.

¹²⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, A. M. R. *Tratado de Direito Civil*. Livro XI. Contratos em Especial. 1ª Parte. Coimbra: Almedina, 2018b, p. 236.

¹²⁵⁶ D, 18, 1, 2.

¹²⁵⁷ Conf. KASER, 2011, p. 239; NACATA JUNIOR, E. K. A responsabilidade por custódia no direito romano: análise do problema da compra e venda (*emptio venditio*). São Paulo: Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 77.

¹²⁵⁸ D, 21, 2, 31. Conf. KASER, 2011, p. 246-247; ZIMMERMANN, 2010, p. 82.

¹²⁵⁹ D, 21,1, 1, 1. Nesse sentido, vide ainda GÉLIO, A. *Noites Áticas*. Trad. José R. Seabra F. Londrina: Eduel, 2010, Livro IV, v. 2, p. 173.

¹²⁶⁰ D, 44, 2, 25, 1.

¹²⁶¹ D, 21.1, 38.

sobre os defeitos em questão, assegurando-lhe remédios eficazes. António Menezes Cordeiro lembra-nos, nesse sentido, que o contrato de compra e venda é mais antigo que o próprio direito das obrigações, razão pela qual compreende-se que “os diversos vícios capazes de afligir um contrato de compra e venda tenham vindo, historicamente, a surgir sem uma prévia coerência dogmática: antes obedecendo às imediatas necessidades do tempo que as viu nascer”.¹²⁶²

Assim, a *emptio vendita* permaneceu ao longo dos séculos como um instituto do *ius civile*, sem garantia por vícios redibitórios, que só se aplicavam, conforme o direito honorário, para a venda de escravos e de animais. Com Justiniano, posteriormente, estendeu-se a responsabilidade edilícia para além dessas hipóteses,¹²⁶³ e toda compra passou a envolver a garantia por vícios ocultos.

Com isso, deixou de haver razão para a separação das *actio empti* das ações edilícias. Não houve, entretanto, uma unificação da *actio empti* e das ações edilícias, que por tradição permaneceram sendo tratadas como institutos separados, e com prazos distintos com as dificuldades advindas.¹²⁶⁴

Com essas características do direito romano tardio, a compra e venda é legada às gerações futuras. Entre nós, as Ordenações Filipinas, em seu livro 4º, título 17, §1º, estabelecia, tal como a regra romana, que “qualquer pessoa, que comprar algum scravo doente de tal enfermidade, que lhe tolha servir-se delle, o poderá engeitar a quem lho vendeu, provando que já era doente em seu poder da tal enfermidade, com tanto que cite ao vendedor dentro de seis mezes do dia, que o scravo lhe fôr entregue”.¹²⁶⁵

O art. 210, do Código Comercial de 1850, estabelecia que o vendedor, mesmo após da entrega da mercadoria, deveria ficar responsável pelos vícios e defeitos ocultos, que o comprador não pudesse descobrir antes de a receber. Eram assim considerados os vícios que tornassem a coisa imprópria ao uso a que era destinada ou que diminuíssem o seu valor a tal ponto que o comprador, se os conhecesse, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço.¹²⁶⁶

¹²⁶² MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 179-180.

¹²⁶³ D, 21, 1, 1pr. e 63 itp. Conf. ainda, CORREIA e SCIASCIA, S/D, p. 200.

¹²⁶⁴ KASER, *op. cit.*, p. 248; ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 83

¹²⁶⁵ BRASIL. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14. ed. In: ALMEIDA, C. M. (Org.). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 798.

¹²⁶⁶ Art. 210, CCom/1850. O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço.

O Código Civil de 1916 estabelecia, em seu artigo 1.101, que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.¹²⁶⁷ Alternativamente,¹²⁶⁸ nos termos do art. 1.105, “em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 1.101), pode adquirente reclamar abatimento no preço (art. 178, § 2º e § 5º, n. IV)”.

Nossa legislação, então, estabelecia que “a ação do comprador contra o vendedor, para haver abatimento do preço da coisa móvel vendida com vício redibitório, ou para rescindir a venda e reaver o preço pago, mais perdas e danos” “prescrevia” em quinze dias, “contados da tradição da coisa” (art. 178, §2º).¹²⁶⁹ De modo análogo, em seis meses prescrevia “a ação do comprador contra o vendedor para haver abatimento do preço da coisa imóvel, vendida com vício redibitório, ou para rescindir a venda e haver preço pago, mais perdas e danos; contado o prazo da tradição da coisa” (art. 178, §5º, IV).

O Código Civil de 2002 repetiu essas regras em seus artigos 441 e 442, alterando os prazos e sua forma de contagem. Nos termos do art. 445, CC/2002, “o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade”. Quando, no entanto, “o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis” (§1º).¹²⁷⁰

¹²⁶⁷ O artigo 1641, do Código Civil Francês, estabelece que “*le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus*”, caso em que “*l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix*” (art. 1.644).

¹²⁶⁸ A situação não é uniforme no direito comparado (Conf. TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, v. II, 2012a, p. 67). Cunha Gonçalves admite que haja variação das ações até a sentença (CUNHA GONÇALVES, L. C. *Da Compra e venda no Direito Comercial Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1950, p. 466).

¹²⁶⁹ Pontes de Miranda tratava o prazo como preclusivo (PONTES DE MIRANDA, 2012c, p. 406, §4234, 8). Para além disso, ao longo da vigência do Código Civil de 1916, a jurisprudência passou a considerar que, em se tratando de vício oculto, o prazo se conta desde o momento em que o vício foi descoberto. “Não maltrata o art. 178, par. 5º., inciso IV, do Cod. Civil, acordão que, ao afastar a decadência, dispõe no sentido de contar-se o prazo a partir do momento em que o vício tornou-se conhecido pelo adquirente do imóvel” (STJ, REsp 4.152/MT, Rel. Min. Nilson Naves, 3ª Turma, j. 23/10/1990, DJ 03/12/1990, p. 14318). A esse respeito, vide ainda LENZ, C. E. T. F. Considerações acerca do prazo decadencial nas ações edilícias: análise do art. 445 §§ 1º e 2º, do código civil de 2002. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. 22, p. 43-46, set. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/39grfiO>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹²⁷⁰ O art. 1.648, do Código Civil Francês, estabelece que “*l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice*”.

A voz majoritária na doutrina destaca que o Código Civil de 2002 consagrou a natureza decadencial das ações edilícias.¹²⁷¹ Do ponto de vista minoritário há, no entanto, quem só reconheça a natureza decadencial para o prazo de redibição, pois, nos termos da teoria de Agnelo Amorim Filho, há direito potestativo à desconstituição do contrato. Em consequência, “como a pretensão ao abatimento do preço (ação *quanti minoris*) é de natureza condenatória, o prazo estabelecido pela lei para o seu exercício é de prescrição”.¹²⁷²

A crítica não procede. Em primeiro lugar, é importante notar, nesse passo, que a desconstituição do negócio jurídico, operada pelo exercício do direito potestativo correspondente tem, como consequência ordinária, no mundo jurídico, a obtenção de uma ordem judicial que reponha às partes ao ‘*status quo ante*’. Com isso, resolvido o negócio, o alienante deve ao adquirente um fazer, qual seja, a restituição do preço; enquanto este, de modo inverso, deve restituir a coisa.¹²⁷³ Sem que se opere a resolução no prazo devido, a possibilidade de exigir a restituição das partes ao ‘*status quo ante*’ jamais passa a existir.

Dessa forma, no prazo estipulado em lei, cabe ao adquirente exercer uma opção irrevogável, de redibir ou estimar o abatimento no preço. Entre nós, *electa una via non datur regressus ad alteram*.¹²⁷⁴ Caso não haja o exercício da opção no prazo legal, o adquirente

¹²⁷¹ Nesse sentido, é o Enunciado n. 28, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. É a mesma opinião de Agnelo Amorim Filho: “O primeiro caso que pode oferecer alguma dificuldade na aplicação das duas regras fixadas acima é aquele a que se refere o artigo 475 do Código Civil: “O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade”. Como se verifica do texto indicado, o comprador tem, à sua disposição, dois caminhos representados por ações de natureza diversa (condenatórias e constitutivas), dos quais pode fazer uso alternativamente: a) pode ele propor uma ação para haver abatimento do preço (ação condenatória), ou b) propor uma ação para rescindir o contrato (ação constitutiva), cumulada com uma ação para reaver o preço pago mais perdas e danos (ação condenatória). Como aplicar, na hipótese, o critério distintivo proposto acima, desde que estão presentes os dois tipos de ações que servem de base à distinção? O prazo é de prescrição ou de decadência? Para solucionar o caso, deve-se levar em conta, não a natureza das ações que estão em jogo, e sim que, quando a lei coloca aqueles dois caminhos à disposição do interessado, estabelece em seu favor um poder de opção. A tal poder a outra parte tem que se sujeitar, independentemente da própria vontade, ou mesmo contra sua vontade: conceder abatimento no preço; ou sofrer os efeitos da rescisão do contrato, com a devolução do preço pago, mais perdas e danos, conforme tiver sido a escolha do titular do poder. Vê-se, assim, que estão presentes, naquele poder, os elementos característicos de um legítimo direito potestativo: exercício dependente exclusivamente da vontade do titular, e estado de sujeição que nasce para o outro membro da relação jurídica. Deste modo, os aludidos prazos são fixados para o exercício daquele direito potestativo (o direito de opção) e, conseqüentemente, devem ser classificados como prazos decadenciais” (AMORIM FILHO, 1961, *op. cit.*, p. 117-118).

¹²⁷² NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. B. B. Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 561.

¹²⁷³ *Na vetusta lição de Ulpiano (D, 21, 1, 21, 1), redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, id circo redhibitio est appellata quasi redditio.*

¹²⁷⁴ SILVA PEREIRA, C. M. Instituições de Direito Civil. v. III. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011c, p. 109; RODRIGUES, 1999, p. 109; AMARAL JUNIOR, A. Os vícios dos produtos e o Código de defesa do consumidor. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 209-223, jan./jun. 2004, p. 221.

não tem quaisquer das consequências possíveis. Não pode redibir e obter restituição das partes ao ‘status quo ante’; não podem exigir o abatimento no preço.

Superado esse ponto, no intuito de completar o panorama sobre o regime dos vícios ocultos no Código Civil, restam algumas palavras sobre a forma de contagem dos prazos. O Código Civil de 2002, de modo inovador, estabeleceu que, em caso de vícios ocultos, o prazo conta-se desde a ciência até o prazo máximo de 180 dias em se tratando de bens móveis e de 1 ano, para os imóveis (art. 445, §1º).

A maior parte da doutrina entende que essa regra estabelece o prazo da garantia legal.¹²⁷⁵ No intuito de explicar o encadeamento lógico dos prazos em questão, o Enunciado nº 174, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal afirmou que, “em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do *caput* do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no § 1º, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito”.¹²⁷⁶ Para Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, essa solução “compatibiliza o pretendido reforço da responsabilidade do alienante com um limite temporal que prestigia a segurança das relações”.¹²⁷⁷

No entanto, não correm esses prazos na constância de cláusula de garantia contratual.¹²⁷⁸ Apesar da dicção do art. 446, CC/2002, estabelecer que, quando há garantia contratual, o vício deve ser informado no prazo de trinta dias após o seu conhecimento, a doutrina insurge-se contra essa norma. Caio Mário da Silva Pereira afirma que a interpretação literal desse dispositivo gera retrocesso, pois a jurisprudência, anteriormente ao Código Civil de 2002, tomava o termo inicial desde o fim da garantia. Para ele, estipulação de garantia contratual representa a faculdade das partes de ampliar a garantia

¹²⁷⁵ Mário de Camargo Sobrinho, ao comentar o art. 445, §1º, CC/2002, afirma que “no momento em que o adquirente teve ciência é que se inicia o prazo de 180 dias para propor ação redibitória ou estimatória” (*In*: COSTA MACHADO e CHINELLATO, 2019, p. 453).

¹²⁷⁶ “RECURSO ESPECIAL. VÍCIO REDIBITÓRIO. BEM MÓVEL. PRAZO DECADENCIAL. ART. 445 DO CÓDIGO CIVIL. 1. O prazo decadencial para o exercício da pretensão redibitória ou de abatimento do preço de bem móvel é de 30 dias (art. 445 do CC). Caso o vício, por sua natureza, somente possa ser conhecido mais tarde, o § 1º do art. 445 estabelece, em se tratando de coisa móvel, o prazo máximo de 180 dias para que se revele, correndo o prazo decadencial de 30 dias a partir de sua ciência. 2. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 1095882/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 09/12/2014, DJe 19/12/2014).

¹²⁷⁷ TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2012a, p. 71. No mesmo sentido, *vide* ROSENVALD, 2019, p. 474-475.

¹²⁷⁸ Art. 446, CC/2002. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

legal e, assim, os prazos devem ser contados ao fim do prazo ajustado, e não desde o conhecimento do vício oculto.¹²⁷⁹

§53. *Ações Edilícias: O regime do Código de Defesa do Consumidor*

Sob o regime do Código de Defesa do Consumidor, foi estabelecido um regulamento paralelo para os vícios ocultos, com características diversas daquelas existentes na esfera civil. Isso eventualmente é motivo de crítica, sob o argumento de que teríamos mais segurança se o regime fosse único para todas as classes de compra e venda.¹²⁸⁰

O mais comum, no entanto, é que haja elogios a essa solução, sobretudo por conta do alargamento dos prazos aplicáveis, que eram curtíssimos sob o Código Civil de 1916, mas também porque o regime consumerista envolve toda a cadeia de fornecimento. De modo geral, a doutrina justifica um regime específico, destacando que, sob as relações de consumo: *i)* não se deve aceitar que a garantia dos vícios redibitórios seja afastada por vontade das partes; *ii)* a cadeia de fornecedores deve ser responsabilizada pelos vícios ocultos, e não só o vendedor; *iii)* deve haver garantia para vícios aparentes e os relativos à quantidade; *iv)* deve haver mais opções à disposição dos consumidores, para reclamar conserto e também substituição do bem; *v)* os prazos devem ser mais amplos no regime especial.¹²⁸¹

Assim, os fornecedores, de todas as categorias, respondem solidariamente pelos vícios de qualidade, quantidade e informação nos produtos que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor (art. 18, CDC).

A doutrina trata essa norma, falando em teoria da qualidade.¹²⁸² Não respeitada a qualidade e existindo vício no produto, atribui-se ao consumidor o poder de “exigir a substituição das partes viciadas” (art. 18, *caput*, CDC). E, “não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias,¹²⁸³ pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

¹²⁷⁹ SILVA PEREIRA, 2011c, p. 110.

¹²⁸⁰ VENOSA, 2010, p. 461-462.

¹²⁸¹ TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2012a, p. 65-66; GODOY, C. L. B. Vícios do produto e do serviço. In: LOTUFO, R.; MARTINS, F. R. (Coord.). *20 anos do Código de defesa do consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 331-356. LIMA, C. C. Dos vícios do produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, n. 101, p. 79-95, jan./mar. 2006.

¹²⁸² MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 985.

¹²⁸³ Nos termos do art. 18, §2º, CDC, “poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor”.

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço” (art. 18, § 1º, CDC).

O regime para os vícios dos serviços é análogo. O consumidor pode exigir, alternativamente e à sua escolha, *i*) a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; *ii*) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; *iii*) o abatimento proporcional do preço (art. 20, *caput*, CDC).

Essas regras não estabelecem, no entanto, em que lapso temporal o consumidor pode reclamar dos vícios do produto e do serviço. Por isso, o tema é tratado na Seção IV do Capítulo IV do Título I do Código de Defesa do Consumidor, sob título de “Decadência e Prescrição”. Vê-se nessa seção do Código dois artigos distintos. O art. 27, CDC, não será objeto de nossa análise nesse momento, pois trata da prescrição quinquenal para reclamar dos danos causados por fato do produto ou do serviço.

O art. 26, CDC, indica que “o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca”, ou seja, está sujeito à decadência. Na sequência, essa regra estabelece dois prazos: *i*) trinta dias para reclamações relativas a serviços e produtos não duráveis; *ii*) noventa dias para reclamações concernentes a serviços e produtos duráveis. Diz-nos, ainda, que a contagem do “prazo decadencial” inicia-se “a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços” (§ 1º) ou, em se tratando de vício oculto, “o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito” (§ 3º). Em particular, há dois fatos que “obstam a decadência”, sendo o primeiro deles “a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca”, ainda que verbal¹²⁸⁴ (§ 2º, I) e “a instauração de inquérito civil, até seu encerramento” (§ 2º, III).

Ao interpretar essa regra, a doutrina estabelece ordinariamente dois principais problemas: *a*) trata-se efetivamente de prazo decadencial? *b*) há um termo final para que haja reclamação sobre vício oculto? Poderia ser acrescida uma terceira questão, que está relacionada à eventual dificuldade de separar situações concretas de vício e defeito do

¹²⁸⁴ “A reclamação obstativa da decadência, prevista no art. 26, § 2º, I, do CDC, pode ser feita documentalmente - por meio físico ou eletrônico - ou mesmo verbalmente - pessoalmente ou por telefone - e, conseqüentemente, a sua comprovação pode dar-se por todos os meios admitidos em direito. Admitindo-se que a reclamação ao fornecedor pode dar-se pelas mais amplas formas admitidas, sendo apenas exigível ao consumidor que comprove a sua efetiva realização, inviável o julgamento antecipado da lide, quando este pleiteou a produção de prova oral para tal desiderato. Ocorrência de cerceamento de defesa” (STJ, REsp 1442597/DF, Rel. Min. Nancy Andrihgi, 3ª Turma, j. 24/10/2017, DJe 30/10/2017).

produto, com dúvidas sobre a existência de prazo decadencial.¹²⁸⁵ Esse tema, no entanto, escapa ao objeto do presente estudo na medida em que não está intrinsecamente ligado à questão da prescrição. Dedicaremos a cada uma dessas questões as observações seguintes.

i) A natureza decadencial do prazo

Como o Código de Defesa do Consumidor inovou em pontos importantes, afastando-se do regime de vícios ocultos até então conhecido, surgem algumas dificuldades na exegese dessas regras.

Para equacionar bem essas dúvidas, é necessário inicialmente ressaltar que ao consumidor é atribuído um direito postestativo semelhante àquele que se vê no regime de vícios ocultos do Código Civil. Ao longo dos anos, a doutrina deixou claro que o exercício do direito potestativo previsto no Código Civil expressa-se necessariamente pelo ajuizamento de ação no prazo previsto em lei, e não só pela reclamação administrativa ao fornecedor. Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor é dúbio nesse ponto. O art. 26, CDC, trata do “direito de reclamar”, estipulando um prazo que se conta desde a aquisição do produto ou do momento em que verifica a existência do defeito. Essa regra leva o intérprete a imaginar enganosamente que, uma vez feita a reclamação, não há outras constringências temporais. Tal exegese é, no entanto, desmentida pela regra do art. 26, §3º, CDC, segundo a qual obsta a decadência “a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor”.

Ora, do ponto de vista lógico, não há como o direito a reclamar ser obstado pela própria reclamação. Então, descoberto o vício, o consumidor deve reclamar e, quando o faz, obsta-se o prazo, facultando-se ao fornecedor o conserto. Após a negativa do fornecedor ou a ausência de resposta em trinta dias, o consumidor deve tomar uma providência, sob

¹²⁸⁵ Justifica-se, sob essa perspectiva, a edição do enunciado n. 477 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, “a decadência do art. 26 do CDC não é aplicável à prestação de contas para obter esclarecimentos sobre cobrança de taxas, tarifas e encargos bancários”. Vide ainda: “(...) 2. É de 90 (noventa) dias o prazo para o consumidor reclamar por vícios aparentes ou de fácil constatação no imóvel por si adquirido, contado a partir da efetiva entrega do bem (art. 26, II e § 1º, do CDC). 3. No referido prazo decadencial, pode o consumidor exigir qualquer das alternativas previstas no art. 20 do CDC, a saber: a reexecução dos serviços, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço. Cuida-se de verdadeiro direito potestativo do consumidor, cuja tutela se dá mediante as denominadas ações constitutivas, positivas ou negativas. 4. Quando, porém, a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) não há incidência de prazo decadencial. A ação, tipicamente condenatória, sujeita-se a prazo de prescrição (...)” (STJ, REsp 1717160/DF, Rel. Mini. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 22/03/2018, DJe 26/03/2018).

premência temporal, e esta conduta é necessariamente o ajuizamento de uma ação para obter a redibição, a estimação ou a troca do produto.¹²⁸⁶

Com isso, vê-se que o prazo exige do consumidor que ele expresse uma opção em juízo, o que é feito de modo escalonado. Não é possível formular pedidos alternativos para que o vendedor atenda a um ou outro interesse do comprador.¹²⁸⁷ O art. 18, CDC, estabelece que, em havendo vício do produto, o consumidor pode “exigir a substituição das partes viciadas” (art. 18, *caput*, CDC). E, só então, “não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias”, surgem alternativas para sua escolha.¹²⁸⁸

Parte da doutrina reforça esse escalonamento ao destacar que o fornecedor tem direito de consertar o produto antes que se abram ao consumidor as demais hipóteses.¹²⁸⁹ Apesar desse direito, questiona-se se o consumidor deve suportar os prejuízos eventualmente existentes com a impossibilidade de usufruir o bem, como no caso em que se vê obrigado a deixar um automóvel para conserto e passa a transitar de transporte particular pago. José Fernando Simão não exita em afirmar que, em se tratando de responsabilidade objetiva, o exercício regular de direito pelo fornecedor não o impede de responder pelos prejuízos causados.¹²⁹⁰

Sem que o fornecedor lhe dê resposta satisfatória, são quatro as possibilidades que o consumidor tem diante de si: *i*) obter o reparo;¹²⁹¹ *ii*) redibir; *iii*) estimar; *iv*) exigir a troca. Três desses poderes jurídicos exigem uma prestação do fornecedor: *i*) a de consertar; *ii*) a de pagar um abatimento no preço; e *iii*) a de substituir o produto e, portanto, não refletem claramente um direito potestativo, mas, sim, direitos subjetivos prestacionais.

¹²⁸⁶ “Parece-nos que a regra do art. 26 refere-se à decadência do direito “de reclamar” judicialmente (MARQUES, 2002, p. 1017; no mesmo sentido, SIMÃO, J. F. *Vícios do Produto: Questões Controvertidas*. In: MORATO, A. C.; NERI, P. T. N. (Orgs.). *Vinte Anos do Código de Defesa do Consumidor: Estudos em Homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 395-413, particularmente p. 406); GODOY, 2011, p. 331-356, em particular p. 349. O art. 211, do Código Comercial de 1850, também tratava de reclamação. Sobre a interpretação dessa regra, Cunha Conçalves já destacava que o prazo ali estabelecido exigia que o comprador não só reclamasse administrativamente, mas também instaurasse ação judicial (CUNHA GONÇALVES, 1950, p. 462).

¹²⁸⁷ Ao tratar do Código Civil português, António Menezes Cordeiro admite a possibilidade, quando a escolha passa ao vendedor (MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 272).

¹²⁸⁸ Se os produtos ou serviços não são passíveis de conserto, quando não há de se exigir o respeito ao prazo (GRINOVER, A. P. *et. al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 216; MARQUES, 2002, p. 989). O art. 18, §3º, CDC, de forma ampla afasta essa hipótese de conserto “sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial”.

¹²⁸⁹ AMARAL JUNIOR, 2004, p. 221; KHOURI, P. R. A. *Direito do Consumidor: Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

¹²⁹⁰ SIMÃO, 2010, p. 401.

¹²⁹¹ Embora a doutrina pouco trate da hipótese, é natural que o consumidor pode postular em juízo a reparação do produto em razão da teoria da qualidade.

Tal como destacado anteriormente no que concerne ao regime do Código Civil, este é um falso problema. Constatada a existência do vício, o adquirente não tem qualquer direito prestacional de plano contra o vendedor.¹²⁹² O nascimento desses direitos subjetivos está duplamente condicionado. Em primeiro lugar, é necessário que o alienante, tendo ciência da reclamação, não exerça a faculdade de conserto. Em segundo lugar, é necessário que o adquirente faça uma opção em juízo. Vale dizer que, o reparo, a redibição, a estimacão e a troca são prestações que só surgem e podem ser exigidas com a opção, e não antes dela. Se não é feita a opção, esses direitos não podem ser exercidos.

Fosse outra a interpretação, o único direito realmente sujeito à decadência haveria de ser aquele atrelado à redibição, permanecendo, durante o quinquênio, a possibilidade de exigir quaisquer das outras prestações devidas pelo fornecedor, quais sejam, abatimento no preço, conserto ou a substituição do bem. Essa solução parece-nos assistemática, pois esta reduz o significado prático da existência de um prazo legal para o exercício da opção e, necessariamente, deixa a possibilidade de litígio aberta por muito mais tempo. Dito de outro modo, pouco ou nada perde o consumidor que, tendo deixado esgotar o prazo legal para redibição, ainda pode postular reparo, abatimento no preço e troca do produto.

Com isso, alinhamo-nos à doutrina que vem destacando a natureza decadencial do prazo.¹²⁹³ O direito potestativo nasce com a descoberta do vício oculto e refere-se à concentração da obrigação alternativa que se lhe apresenta e que deve ser expressada pela reclamação judicial no termo legal. Este direito está sujeito à condição resolutiva, quanto a possibilidade e efetivo conserto do bem. Caso, em trinta dias, o fornecedor não repare o produto e não haja o exercício do direito potestivo em questão, não nasce para o titular a possibilidade de redibir nem de exigir abatimento ou substituição do produto.

Para que essa conclusão seja mais firme, é necessário verificar o que se passa quando o Código de Defesa do Consumidor afirma a possibilidade de que o curso do prazo seja obstado. Não é comum que a fluência de prazos decadenciais se veja afetada por fatos supervenientes, mas isso é eventualmente possível e, como se sabe, os prazos decadenciais não correm contra absolutamente incapazes (arts. 198, I, e 208, CC). E, como reconhece

¹²⁹² Sem razão, portanto, quem afirma se o prazo prescricional, como BACOVIS, J. C. Prescrição e decadência no código de defesa do consumidor: análise crítica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 379, p. 89-104, maio 2009.

¹²⁹³ MARQUES, 2002, p. 1017; RIZZATO NUNES, L. A. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 340; AMARAL JUNIOR, A. A originalidade da disciplina dos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso Neri (Orgs.). *Vinte Anos do Código de Defesa do Consumidor: Estudos em Homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 209-224; LIMA, C. C. jan./mar. 2006, p. 79-95.

Alberto do Amaral Santos, “a lei pode, de modo excepcional, suspender o prazo de decadência, estabelecendo as causas que podem motivar a suspensão ou a interrupção”.¹²⁹⁴ Com isso, efetivamente nada obsta que o prazo seja reconhecido como decadencial.

Discute-se como se comporta o prazo decadencial quando é obstado. Há quem veja interrupção,¹²⁹⁵ a indicar que, após a resposta do fornecedor, o prazo volta a ser contado desde o seu início. Outros tratam-na como suspensão,¹²⁹⁶ o que faz com que o prazo seja computado por sua fração restante.

A disputa surge diante da falta de técnica do legislador, que poderia ter sido expresso ao apontar a suspensão ou a interrupção. Diante desse quadro, resta ao intérprete dar encaminhamento prático à regra. Os argumentos mais sólidos em favor de uma ou outra posição envolvem raciocínio analógico com o que se passa na parte geral do Código Civil. À semelhança do que se vê no art. 202, CC, estamos diante do fato que revela o fim da inércia do titular da situação jurídica. Por outro lado, as causas de suspensão revelam eventos com permanência no tempo, como aqueles que se veem nos artigos 197, 198 e 199, do CC (constância da sociedade conjugal, poder familiar, curatela, incapacidade absoluta, ausência, dentre outros).¹²⁹⁷

Não é verdade, no entanto, que os atos interruptivos sejam pontuais. O art. 202, parágrafo único, CC, claramente indica que “a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. As hipóteses do art. 26, §2º, CDC, assemelham-se a processos. A reclamação administrativa do consumidor obsta a decadência até seu ato final, caso seja, “a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca”. Do mesmo modo, obsta a decadência “a instauração de inquérito civil, até seu encerramento”.

Há inconvenientes, por outro lado, em estabelecer que se está diante de ato do titular, pois a regra do art. 26, §2º, CDC, também obsta que o prazo flua quando da instauração de inquérito civil, o que ocorre por iniciativa do Ministério Público, e não do consumidor. A prevalecer o raciocínio analógico, haveria, assim, espaço para que houvesse suspensão ou interrupção a depender do que ocorreu na prática, fazendo que a expressão

¹²⁹⁴ AMARAL JUNIOR, jan./jun. 2004, p. 223. No mesmo sentido, *vide* EHRHARDT JUNIOR, M. Um diálogo entre as normas que disciplinam a prescrição e decadência no CC/02 e no CDC em matéria de vícios redibitórios. *In*: MIRANDA, D. G.; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. *Prescrição e Decadência: Estudos em Homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 353-369 [p. 364].

¹²⁹⁵ KHOURI, 2013, p. 221.

¹²⁹⁶ RIZZATO NUNES, 2000, p. 341; SIMÃO, 2010, p. 405.

¹²⁹⁷ SIMÃO, 2010, p. 395-413.

“obstar” tivesse significado dúplice, conforme os incisos que lhe seguem, o que é impróprio em termos de interpretação jurídica.

Mais determinante é tomar a defesa do consumidor como princípio e adotar a exegese que lhe é mais favorável, tratando ambas as hipóteses do art. 26, §2º, CDC, como interrupção do prazo decadencial.

Há, assim, prazo decadencial sujeito à interrupção, que afeta apenas o direito potestativo de escolha, mas que, à semelhança do que ocorre no regime do Código Civil, não afeta a possibilidade de haver reparação por descumprimento contratual,¹²⁹⁸ pretensão condenatória que se sujeita a prescrição quinquenal.¹²⁹⁹

ii) O prazo final para a reclamação quanto a vícios ocultos

A sistemática para reclamar de vícios ocultos de fácil constatação é relativamente simples, pois seu prazo conta-se, em qualquer hipótese, desde um termo inicial objetivo, “a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços” (art. 26, §1º, CDC).

Quando se trata de vício oculto sem essa característica, ou seja, quando só se pode descobrir sua existência mais tarde, com o uso do produto, o legislador prestigiou um termo inicial subjetivo, qual seja “o momento em que ficar evidenciado o defeito” (art. 26, §3º, CDC). Em outras palavras, o que era oculto precisa ficar aparente para que, então, flua o prazo de reclamação. Como vem destacando a jurisprudência, “o termo inicial do prazo decadencial para reclamar contra vício do produto (art. 26 do CDC) em veículo automotor é a data da sua ciência”.¹³⁰⁰

Se há garantia contratual, esta tem natureza complementar. Com isso, aduz a doutrina que os prazos para reclamar de vícios ocultos ou aparentes só começa a fluir do final do prazo contratual. Na lição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, “se houver um termo final de garantia, o que acontece é que o prazo para reclamar continua o mesmo, mas o *dies a quo* é postergado para o final do tempo da garantia.”¹³⁰¹

¹²⁹⁸ AMARAL JUNIOR, 2004, p. 221.

¹²⁹⁹ Não se aplica o prazo trienal do Código Civil. Conf. SIMÃO, 2010, p. 407.

¹³⁰⁰ STJ, REsp 1264715/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 19/03/2015, DJe 26/03/2015.

¹³⁰¹ RIZZATO NUNES, 2000, p. 340. A jurisprudência também vem acolhendo essa tese, confira-se: “O prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) não corre durante o período de garantia contratual, em cujo curso o veículo foi, desde o primeiro mês da compra, reiteradamente apresentado à concessionária com defeitos” (STJ, REsp 547.794/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 15/02/2011, DJe 22/02/2011).

No entanto, a regra sob análise cria algumas dúvidas sobre o que ocorre se, vencida a garantia contratual, surge vício oculto. Nesse campo, há perplexidades, pois há produtos cuja vida útil é enorme, podendo durar décadas, como imóveis e automóveis. Nesse ponto, o problema, como se percebe, é análogo àquele que foi objeto de nossas preocupações quando tratamos do termo inicial subjetivo para a prescrição, com a diferença evidente de que se está diante de um prazo de natureza diversa. De toda a sorte, pode-se falar, de modo mais geral, de alguma inconveniência na adoção de prazos com termo inicial subjetivo, independentemente de sua natureza.

Como destacamos anteriormente, um termo inicial subjetivo visa a sancionar a inércia do titular do direito, o que pressupõe que ele conheça a lesão e seu causador. Se de um lado há a justiça de prestigiar a situação concreta, essa solução cria certa insegurança, porque o devedor, em regra, não tem como demonstrar a data em que o consumidor efetivamente tomou conhecimento da lesão.¹³⁰² Por outro lado, o termo objetivo exige que o consumidor experimente o produto na medida mais ampla possível. Trata-se de regra que prestigia a segurança jurídica na medida em que, a partir de certo momento, já não são possíveis litígios relacionados a vício do produto. A solução objetiva, entretanto, desconsidera a justiça do caso concreto, sendo certo que os vícios apresentados após determinado prazo restariam sem reparação.

Entre nós, a solução majoritária prestigia a defesa dos consumidores, afirmando que persiste a responsabilidade do fornecedor por vícios do produto e do serviço durante toda a vida do produto. Para chegar a essa conclusão, tais autores consideram irrelevante o prazo contratual de garantia dado pelos fornecedores.¹³⁰³ Isso significa que, findo o prazo contratual, o consumidor ainda pode reclamar de vício oculto no prazo que se segue ao conhecimento de sua existência.¹³⁰⁴ Desse modo, tomando o tempo de vida médio de um produto, caberia ao julgador trabalhar com presunções de fato.¹³⁰⁵ O problema apresentado

¹³⁰² Apesar de reconhecer a dificuldade da situação, Paulo Roque Khouri defende que o ônus de provar a data em que o vício oculto chegou ao conhecimento do consumidor é do fornecedor (KHOURI, 2013, p. 222).

¹³⁰³ Assim, a garantia contratual só pode ter algum significado se for entendida como uma proteção para além da garantia legal, a significar que, no seu prazo, não há desgaste que comprometa o uso e utilidade do produto. Nesse sentido, vide MARQUES, 2002, p. 1019. O STJ decidiu, nesse sentido, que “os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir (STJ, REsp 984.106/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 04/10/2012, DJe 20/11/2012).

¹³⁰⁴ KHOURI, 2013, p. 222.

¹³⁰⁵ Com influência sobre a regra de inversão do ônus da prova, tratando como inversossímil a existência de um vício oculto após anos de uso do produto.

por produto recém adquirido é provavelmente um vício; aquele que aparece ao fim de sua vida útil provavelmente decorre do seu desgaste natural.¹³⁰⁶

De modo minoritário, há autores que procuram colocar um termo final para essa responsabilidade. Zelmo Denari defende que não subsiste a garantia legal “se o vício oculto se manifestar após o término do prazo de garantia contratual, na fase de conservação do produto ou serviço, que corresponde à degradação do consumo”.¹³⁰⁷ Essa solução tem o inconveniente de deixar ao critério do fornecedor a duração da garantia contratual e, para além disso, não traz solução quando essa garantia não existe.

De forma exemplificativa e marcante diante dessa controvérsia, o STJ analisou disputa entre o vendedor de maquinário agrícola e o seu consumidor. Na análise dos fatos, ficou comprovado que se tratava de defeito oculto de fabricação. Concluiu-se, então, que “o prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto – a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal” e que o Código de Defesa do Consumidor “não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto”. Considerou-se que a responsabilidade do fornecedor por vícios não é perpétua, mas “não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio”. Assim, manifestando-se o vício oculto, mesmo após o prazo de garantia contratual e feita a reclamação dentro do prazo de decadência, deve ser avaliado se estão presentes requisitos para responsabilizar o fornecedor. Assim, “o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual”.¹³⁰⁸

Esses inconvenientes poderiam ser evitados se houvesse, nos moldes do que o direito comparado propõe para a prescrição, a adoção de dois prazos, para se computar a prescrição, sendo um objetivo, desde a entrega do produto ou contratação dos serviços e

¹³⁰⁶ MARQUES, 2002, p. 1023; CARVALHO, J. C. M. Garantia legal e garantia contratual: vício oculto e decadência no CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 71-79, out./dez. 2007.

¹³⁰⁷ GRINOVER *et. al.*, 2007, p. 238.

¹³⁰⁸ STJ, REsp 984.106/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 04/10/2012, DJe 20/11/2012. No mesmo sentido, já se decidiu que “o dies a quo do prazo decadencial de que trata o art. 26, §6º, do Código de Defesa do Consumidor é a data em ficar evidenciado o aludido vício, ainda que haja uma garantia contratual, sem abandonar, contudo, o critério da vida útil do bem durável, a fim de que o fornecedor não fique responsável por solucionar o vício eternamente” (STJ, REsp 1123004/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 01/12/2011, DJe 09/12/2011).

outro, mais curto, desde a ciência sobre o vício oculto. Alternativamente, poderia ser adotada fórmula semelhante àquela que se vê no art. 445, §1º, CC/2002, estipulando-se prazos aos finais dos quais já não subsistiria a garantia por vícios ocultos.

Embora as soluções que prestigiem a segurança sejam desejáveis, deve-se reconhecer que a estipulação de prazos gerais, aplicáveis aos mais diversos produtos consumidos, pode ser tentativa fútil de controle da vida social, com prazos demasiadamente longos para bens de rápida fruição e excessivamente curtos para bens duráveis.

§54. Cumulação de posições jurídicas

Superado esse ponto, indaga-se, com alguma frequência, tanto no campo do Direito Civil quanto no Direito do Consumidor, se cumulação de direitos e pretensões são possíveis. Pode-se imaginar a anulação do contrato por dolo quando: *i*) o vendedor sobrestima as qualidades do bem alienado; *ii*) a ação de resolução do contrato por inadimplemento; *iii*) a reparação de danos por cumprimento imperfeito, dentre outras.

A situação é controversa essencialmente porque os autores apresentam fundamentos diversos para o tema dos vícios ocultos, tratando-os, ora como erro, ora como garantia legal, inadimplemento contratual, como um problema de responsabilidade civil, de pressuposição, etc.¹³⁰⁹

Mesmo quando se opta por um desses fundamentos, admite-se, a depender da circunstância fática vivenciada, que haja motivo para postular anulação e, não sendo este o caso, a redibição. Para tanto, é necessário tomar em consideração as esferas diversas do negócio jurídico, a saber, validade e eficácia,¹³¹⁰ articulando os fundamentos sucessivamente. João Calvão da Silva, por exemplo, destaca que a anulação por erro e a reparação por inadimplemento não podem ser cumuladas, porque as premissas daquela ação são logicamente anteriores a esta.¹³¹¹ Entretanto, a impossibilidade de cumulação em sentido estrito não impede a formulação de pretensões sucessivas, para que a segunda seja analisada caso a primeira revele-se infundada.¹³¹²

¹³⁰⁹ Vide CUNHA GONÇALVES, 1950, p. 443-448; RODRIGUES, 1999, p. 102-106; e ROISIN, 2018, p. 85-107.

¹³¹⁰ Vide excelente análise sobre a proximidade conceitual de erro, vício redibitório e inadimplemento em DANTAS, S. T. *Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹³¹¹ CALVÃO DA SILVA, 1999, p. 263-364.

¹³¹² “O exercício da ação de anulação por erro pode ser proposto depois de precluído o prazo preclusivo sobre a redibição ou redução” (PONTES DE MIRANDA, 2012c, p. 427, §4240, 4).

No que é mais central para a presente análise, deve-se questionar se o adquirente pode cumular as ações edilícias com outras indenizações,¹³¹³ aplicando-se o prazo geral pertinente. Como pudemos destacar, o direito romano fundava tradicionalmente a *actio empti* na má-fé do alienante,¹³¹⁴ resquício que se vê de forma clara no art. 443, CC/2002, segundo a qual “se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos”.¹³¹⁵

Essa dicotomia é articulada, no direito contemporâneo, sob o argumento de que as ações edilícias não pressupõem culpa e que, assim, somente uma demonstração de subjetividade faria o vendedor responder. Sob este argumento está implícito o raciocínio de que as ações edilícias excluíram a possibilidade das ações contratuais ordinárias, a *actio empti*, nas quais hoje basta a demonstração de culpa.

A explicação mais profunda para este fenômeno reside na natureza da compra e venda, tida como um contrato no qual a obrigação do vendedor é transferir a propriedade de coisa certa.¹³¹⁶ Ao tratar do direito italiano, Giuseppe Amadio bem explica essa realidade, que é comum ao direito ocidental, destacando que tradicionalmente tomam-se vícios redibitórios como um tema de garantia, que não se confunde com o inadimplemento, por dois motivos essenciais: *i*) a obrigação do vendedor é tradicionalmente tida como pura e simplesmente a de transferir a propriedade, entregando a coisa tal como ela é, ou seja, a venda é essencialmente de coisa certa; *ii*) o inadimplemento pressupõe culpa, mas a responsabilidade por vícios independe desta.¹³¹⁷ Na lição de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, “esse modelo é genericamente denominado de *teoria da garantia*, segundo a qual o vendedor também com a prestação de um objeto viciado cumpre sua obrigação, restando ao comprador acioná-lo para fazer valer seus direitos de garantia”.¹³¹⁸

A quebra de uma promessa está claramente no campo do inadimplemento contratual, reclamando uma ação indenizatória. Todavia, é comum que as partes não

¹³¹³ O art. 213, do Código Comercial de 1850, dizia-o expressamente: “em todos os casos em que o comprador tem direito de resilir o contrato, o vendedor é obrigado não só a restituir o preço, mas também a pagar as despesas que tiver ocasionado, com os juros da lei”.

¹³¹⁴ D, 21,1, 1, 1.

¹³¹⁵ No art. 1.645, do CCF, vê-se que *si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur*.

¹³¹⁶ ZIMMERMANN, 2010, p. 84-86. Havia formas próprias de formalizar a contratação de coisas incertas, *emptio ad mensuram*, mas foi o direito medieval que levou as regras da compra e venda também regular esse contrato.

¹³¹⁷ AMADIO, G. Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche. *Rivista di Diritto Civile*. Ano XLVII, n. 6. Padova: CEDAM, nov./dez., p. 863-909, em particular p. 879-881.

¹³¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Código Civil Comentado*.v. VI. Tomo I. Coordenação: Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 283. Antônio Menezes Cordeiro chama-a teoria do vício em contraposição à teoria do inadimplemento (MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 236).

convencionam uma qualidade pré-determinada. E, quando convencionam, jamais chegam a apresentar um elenco exaustivo de vícios e defeitos que o produto não pode apresentar. As premissas econômicas de racionalidade limitada, necessidade de diminuição dos custos de transação e restrição de tempo impedem isso seja feito.

Como visto no direito romano honorário, desde muito cedo os pretores *aediles curules* perceberam essa realidade e passaram a presumir uma garantia na venda de escravos e animais. Com isso, contornaram o sistema da *actio empti* em que o vendedor apenas se vinculava pelo dolo ou declaração expressa de garantia. No entanto, com a evolução dos remédios contratuais, com admissão da culpa e, posteriormente, sua presunção, essa necessidade de pressuposição de garantia perde um pouco sua razão de ser.

Para além disso, permaneceu latente alguma controvérsia sobre a possibilidade de os vícios redibitórios serem aplicados às vendas de coisa incerta, sobretudo diante da crescente clareza de que a *emptio venditio* não cuidava desses bens. A partir dessa discussão, cresce a percepção que o vendedor promete a entrega de uma coisa de qualidade mediana e que, portanto, a qualidade do bem faz parte da promessa e, sendo quebrada, submete-se à correção por uma ação de inadimplemento. O sistema de garantias legais é redundante.¹³¹⁹

Grandes dificuldades surgem no direito ocidental contemporâneo em razão das rígidas restrições temporais impostas às ações edilícias.¹³²⁰ No direito brasileiro, essa concorrência de ações edilícias com as reparações contratuais comumente causa perplexidades. O STJ, por exemplo, chegou a asseverar que “as pretensões indenizatórias decorrentes de vícios redibitórios não são, necessariamente, vinculadas a ação redibitória, sendo possível a formulação de pedidos com natureza diversa, submetidos a prazo prescricional, e não decadencial”.¹³²¹ E de modo análogo, o enunciado nº 477 da Súmula de jurisprudência do STJ indica que “a decadência do artigo 26 do CDC não é aplicável à prestação de contas para obter esclarecimentos sobre cobrança de taxas, tarifas e encargos bancários”. Com isso, sendo impossível postular ações edilícias por decurso de seu prazo, o lesado tem à disposição pretensões outras, que viabilizam resultado análogo.

¹³¹⁹ ZIMMERMANN, 2010, p. 84-88. Prevaleceu na formulação do BGB a ideia de que a compra e venda de coisas incertas sobre uma especificação no momento da entrega e que, assim, as regras da redibição continuavam sendo aplicadas.

¹³²⁰ Para uma visão sobre as dificuldades em Portugal, *vide* MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 273-274.

¹³²¹ STJ, AgInt no REsp 1677308/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 18/03/2019, DJe 20/03/2019. Na doutrina, tem-se: “a pretensão à redibição ou à redução da contraprestação pode existir ao mesmo tempo que a ação de indenização por inadimplemento ou por adimplemento ruim, que inadimplemento é, pois os objetos são diferentes, ou podem ser diferentes” (PONTES DE MIRANDA, 2012c, p. 425, §4240, 2).

A crescente percepção do papel que a confiança e a boa-fé objetiva exercem nas relações contratuais, com criação de deveres laterais, é fato que mancha, ainda mais, essas fronteiras. A inadequação de um bem a certo padrão de qualidade pode decorrer daquilo que legitimamente se espera em situações análogas.¹³²² Durante séculos a falta de qualidade do produto foi tratada, na ausência da compreensão exata do papel da confiança e da boa-fé, como tema próprio do vício redibitório. Com o desenvolvimento da percepção de que a vontade não esgota a realidade contratual, estando as partes vinculadas também pela boa-fé objetiva, passa-se então a questionar mais fortemente a utilidade da noção histórica de vício oculto.¹³²³

No plano teórico, só é possível separar os conceitos se mantivermos os vícios redibitórios adstritos aos problemas intrínsecos à coisa alienada, na comparação entre bens da mesma espécie,¹³²⁴ atribuindo ao dever de conformidade um significado mais amplo de atendimento de expectativas legítimas sobre a utilidade e funcionalidade do produto. Poder-se-ia, assim, empreender esforço classificatório dos tipos e fontes dos vícios, mas sem diferenças ontológicas ou com diferenças tão sutis quanto controversas, esse esforço

¹³²² “(...) mesmo se tendo já procurado remeter o fundamento dos vício redibitórios à teoria do erro ou do risco, crê-se muito melhor explicá-la, de um lado, a incidência, também aqui, da boa-fé objetiva enquanto exigência de lealdade na relação, a impor a preservação da confiança do adquirente na utilidade do bem adquirido, tanto quanto, de outro, o equilíbrio do contrato, a justa redistribuição, a equitativa proporção entre o preço e a coisa, com sua adequação ao fim esperado” (GODOY, 2011. p. 331-356, em particular p. 337).

¹³²³ Christopher Alexander Roisin, apesar de realizar aprofundada análise sobre o tema, apresenta opinião peculiar. Para ele, a responsabilidade edilícia não tem fundamento no erro, na inexecução do contrato nem de violação positiva do contrato, mas na teoria da pressuposição. “Os vícios ocultos geram uma incongruência entre o fim pretendido pelo adquirente e o meio eleito, incongruência advinda da ausência de correspondência entre a condição do objeto sob o aspecto de sua qualidade subjetiva e sua real situação, com a consequente disparidade entre as prestações recíprocas do contrato comutativo” (ROISIN, 2018, p. 107). Não podemos concordar com essa solução, porque ela prende-se a uma teoria excessivamente subjetiva apesar das evidências diversas de que a vontade deixou de ser o critério exclusivo pelo qual se compreende o contrato. Na teoria do inadimplemento contratual, não bastam as noções clássicas de mora, inadimplemento absoluto e de adimplemento imperfeito, justamente porque há obrigações não expressamente pactuadas que escapam ao campo da vontade. Confiança e boa-fé objetiva trazem para a seara da responsabilidade contratual deveres laterais, que não podem ser apreendidos pela perspectiva extracontratual, própria daqueles que não negociam entre si. Assim, a violação positiva do contrato permanece como substrato teórico e exerce um papel importante, abrangendo a violação dos deveres laterais e a frustração do fim dos contratos (que com os vícios da coisa não se confundem). Sobre importância da noção de violação positiva do contrato, *vide* MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil Português*. Livro II. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 189-197; FERREIRA DA SILVA, J. C. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; LEAL, A. *Violação positiva do contrato*. In: ANDRIGHI, F.N. (Org.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2-14). Otávio Luiz Rodrigues Junior expressamente considera que “com a Reforma de 2002, a nova redação dos §§ 280, 282, 323 e 324 incorporou a lesão positiva ao direito codificado, que foi reconduzido da perturbação das prestações à figura geral da violação do dever (*Pflichtverletzung*)” (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 142).

¹³²⁴ Ao olhar para a doutrina mais antiga, vê-se que até mesmo situações extrínsecas ao estado do bem vendido enquadravam-se como vício redibitório (Conf. LIMONGI FRANÇA, R. Do vício redibitório. *Revista dos Tribunais*, v. 49, n. 292, fev. 1960).

normalmente leva a uma aplicação incoerente das regras pela jurisprudência.¹³²⁵ Nem sempre é fácil distinguir na prática o que é um vício oculto e o que é um inadimplemento.¹³²⁶

Ora, se são possíveis qualificações diversas para um mesmo fato, com concurso alternativo ou cumulativo de direitos e pretensões, parece ser razoável que caiba ao titular da situação jurídica realizar a escolha, suportando os ônus e vantagens daí advindos.¹³²⁷ Isso significa que o adquirente tem alguma discricionariedade para tratar um problema qualquer existente no bem que adquiriu como vício ou como violação à boa-fé objetiva. Em verdade, desde que sejam obedecidos os prazos pertinentes, sequer é necessário ao lesado apontar uma distinção precisa se for aceita a premissa de substanciação,¹³²⁸ segundo a qual cabe ao autor descrever apenas os fatos, devendo o juiz atribuir as consequências jurídicas daí advindas.

Colocando-se o problema sob outra perspectiva, a confluência de dois fatores – sendo o primeiro deles a possibilidade de cumulação de ações edilícias com ações indenizatórias de cunho contratual e o segundo, a proximidade entre os institutos – faz com que os vícios ocultos sejam tratados frequentemente como meros inadimplementos, com a vantagem de que, nesse último caso, não há decadência, mas prescrição sujeita a prazo amplo.¹³²⁹

Deve-se reconhecer, portanto, que os esforços de distinção entre uma situação e outra restaram em grande medida infrutíferos ou de difícil operacionalização. Dessa forma, a melhor solução está na simplificação, colocando-se todas as situações próximas sob prazos uniformes, de modo a evitar que um prazo curto seja sistematicamente ignorado, caindo no desuso. Se existe a possibilidade de ajuizar ação indenizatória como sucedâneo para a perda do prazo decadencial do vício redibitório, já não há sentido em tratar dos vícios ocultos.¹³³⁰

¹³²⁵ AMADIO, *op. cit.*, p. 871.

¹³²⁶ DANTAS, 2004, p. 181.

¹³²⁷ Nesse mesmo sentido, *vide* DANTAS, 2004. O autor reconhece a possibilidade de cumulação de direitos, conforme a escolha da parte que se sinta lesada, mas aponta que, escolhido um caminho, o outro já não se torna possível.

¹³²⁸ ARAÚJO CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 278.

¹³²⁹ Nesse sentido, *vide* MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 238.

¹³³⁰ *Si fa strada, allora, la convinzione, proclamata dalla migliore dottrina della sostanziale impossibilità di rintracciare, sul piano ontológico, i criteri distintivi tra le figure (...) A fronte delle aporie e contraddizioni che connotano questo quadro d'insieme, è ovvio che la previsione dell'unica fattispecie onnicomprensiva del 'difetto di conformità al contratto', designata dalla diretiva, assuma per l'interprete una valenza quasi liberatoria: la nozione di conformità opera, in questo senso, come criterio valutativo sintético del risultato traslativo, atto a verificare, nel bene venduto, tanto le eventuali imperfezioni e difetti inerenti al processo produttivo, quanto gli indici di appartenenza alla specie, o al genere, quanto ancora l'idoneità ad assolvere la propria funzione economico-sociale. Tant'è che, pressoché unanime, si leva dalla dottrina l'invito a rimpiazzare*

§55. Transição para dever de conformidade

A difícil articulação das diversas obrigações da compra e venda com o regime de garantia legal é fato que está no centro daquilo que é eventualmente chamado de revolução coperniquiana¹³³¹ e que, nas últimas décadas, vem alterando o panorama europeu e consolidando-se como tendência geral.¹³³²

O movimento iniciou-se, mais precisamente, com a aprovação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980¹³³³ (Convenção de Viena Sobre Compra e Venda). A referida Convenção não se adstringiu propriamente às inadequações da coisa em si, como é próprio dos vícios ocultos, mas impôs ao vendedor o dever de entrega da coisa tal como ela deve ser (e não meramente como ela é).¹³³⁴

Este é, em síntese, o dever de conformidade. A mercadoria deve apresentar quantidade e qualidade previstas no contrato, assim como deve estar conforme o uso ao qual normalmente se destina,¹³³⁵ devendo o vendedor responder por desconformidades que se apresentem no momento da entrega e também após, quando decorram do inadimplemento de suas obrigações.¹³³⁶ Naturalmente, não há esse direito se o comprador sabia da

la disciplina codicistica della garanzia, con il nuovo modello di regolamentazione (...) (AMADIO, *op. cit.*, p. 871).

¹³³¹ Na expressão de Giuseppe Amadio, *op. cit.*, p. 881.

¹³³² LABANINO BARRERA, C. Maidolis. Cuba: Garantías Legales y Contractuales en sede de Compraventa de Bienes de Consumo. Una Mirada Contrastada a su Actualidad Regulatoria. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, v. 47, n. 2, ago. 2012; maio 2013, p. 457-498. Disponível em: [HeinOnline. <https://bit.ly/39Dg2ZV>](https://bit.ly/39Dg2ZV). Acesso em: 31 mar. 2019.

¹³³³ Internalizada pelo Decreto n. 8.327, de 16.10.2014.

¹³³⁴ AMADIO, *op. cit.*, p. 881.

¹³³⁵ Art. 35. (1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida. (2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se: (a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam; (b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo; (c) possuírem as qualidades das amostras ou modelos de mercadorias que o vendedor tiver apresentado ao comprador; (d) estiverem embaladas ou acondicionadas na forma habitual para tais mercadorias ou, à falta desta, de modo apropriado à sua conservação e proteção. (3) O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas (a) a (d) do parágrafo anterior, se, no momento da conclusão do contrato, o comprador sabia ou não podia ignorar tal desconformidade.

¹³³⁶ Art. 36. (1) O vendedor será responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer desconformidade que existir no momento da transferência do risco ao comprador, ainda que esta desconformidade só venha a se evidenciar posteriormente. (2) O vendedor será igualmente responsável por qualquer desconformidade que ocorrer após o momento referido no parágrafo anterior, que seja imputável ao

desconformidade ou não lhe podia ignorar.¹³³⁷ O comprador deve vistoriar a mercadoria ao recebê-la e perde o direito se não apontar a desconformidade em prazo razoável desde quando a constatar ou no prazo máximo de 2 anos desde o recebimento.¹³³⁸

Com isso, já não subsistem motivos para que os vícios ocultos sejam tratados como algo diverso do inadimplemento. O contrato de venda não envolve mera entrega de uma coisa, mas também de adequação, obrigação esta que, se não cumprida, leva às consequências ordinárias do descumprimento do contrato.¹³³⁹ Entre nós, vem de longe o reconhecimento de responsabilidades contratuais objetivas, não podendo a noção de culpa prestar-se a argumento contrário. Com isso, a entrega de bens adequados e em conformidade constitui o próprio cerne do crédito e, desse modo, a garantia contra vícios ocultos confunde-se com a obrigação contratual de conformidade.¹³⁴⁰

A mudança de paradigma revelou-se próspera, influenciando a legislação posterior. Na ausência de um Código Civil europeu, a principal novidade nesse campo adveio com a Diretiva nº 44, de 25 de maio de 1999, da União Europeia, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e de suas garantias.¹³⁴¹ Essas regras impõem ao fornecedor o dever de entregar bens em conformidade ou adequados, considerando-se: o próprio contrato; a descrição e apresentação dos bens; amostras; o seu uso específico; utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo; qualidades; e o desempenho habituais nos bens do mesmo

descumprimento de qualquer de suas obrigações, inclusive quanto à garantia de que, durante certo período, as mercadorias permanecerão adequadas a seu uso normal ou a determinado uso especial, ou que conservarão as qualidades ou características especificadas.

¹³³⁷ Art. 40. O vendedor não poderá invocar as disposições dos artigos 38 e 39 se a desconformidade referir-se a fatos dos quais sabia, ou que não podia ignorar, e que não tenham sido revelados ao comprador.

¹³³⁸ Art. 39. (1) O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado. (2) Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

¹³³⁹ Quanto ao direito alemão, Zimmermann afirma o seguinte: “*this was very clearly recognized by Ernst Rabel in his great monograph concerning can be regarded as one of many instances of non-performance to which the normal rules on non-performance can very largely be applied. The matter thus requires, in the words of Ernst Rabel, ‘only a moderate degree of explicit statutory attention’*” (2010, p. 96). Em Portugal, antes da internalização da Diretiva europeia, João Calvão da Silva já destacava que se caminha “(...) para a substituição da dispersa gama de recursos jurídicos que o modelo do Código oferece ao comprador insatisfeito pela instauração, de lege ferenda, de um regime global unificado que sancione, na fase executiva da venda, a não conformidade da coisa entregue pelo vendedor. Aspira-se a que essa harmonização suprima distinções arcaicas e escolásticas e ultrapasse dificuldades inúteis advindas do passado, pondo cobro à insegurança jurídica proveniente de divisões jurisprudenciais e querelas doutrinárias (...)” (*op. cit.*, p. 271).

¹³⁴⁰ AMADIO, *op. cit.*, p. 881. “(...) a inserção da garantia edilícia no inadimplemento, negando-lhe caráter excepcional e vendo-a antes como uma especificação e particularização do regime do cumprimento defeituoso, oferece a vantagem de um fundamento unitário e da igual natureza jurídica da garantia por vícios da coisa e por vícios do direito, ponho a nu um instituto cuja regulação se para do incumprimento geral se explica essencialmente por razões históricas e pelo de uma longa tradição” (CALVÃO DA SILVA, 1999, p. 270).

¹³⁴¹ MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 335-336.

tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar. Veja-se, portanto, que o tema não é propriamente de vício oculto, mas de falta de conformidade ou de adequação.¹³⁴² A legislação europeia estabelece o prazo de dois anos, a partir da entrega do bem, para duração desse dever.¹³⁴³ Admite-se, no entanto, que as legislações nacionais imponham aos consumidores o dever de informar o vendedor sobre a falta de conformidade do produto no prazo de dois meses a contar da data em que esta tenha sido detectada.¹³⁴⁴

Dentro da soberania que lhe é própria, cada país europeu goza de alguma margem de discricionariedade na internalização desta Diretiva. A França optou por introduzir alterações apenas na legislação de consumo, mas não no *Code*. A Itália adotou solução mista, pois o *Codice Civile* trata tanto de vícios ocultos quanto de falta de qualidade, mas unificou os prazos aplicáveis a estas hipóteses. Portugal fez alterações pontuais apenas com relação à legislação de consumo. A Alemanha, por sua vez, acolheu modificações globais, criando um sistema único de perturbação das prestações para relações cíveis e de consumo. Para ilustrar o impacto dessas mudanças na América Latina, trouxemos o exemplo Argentino, com críticas que pareceram pertinentes.

No Direito Francês, antes da internalização da referida Diretiva, a Corte de Cassação Francesa havia decidido que a presença de um vício na coisa excluía a possibilidade de ação por inadimplemento. Esse posicionamento recebia críticas de Jean Calais-Auloy e Franck Steinmetz porque, para eles, não havia diferença essencial entre entregar coisa imprópria a seu uso normal e coisa não correspondente às especificações do contrato. Não lhes parecia razoável estabelecer ações distintas, com prazos diversos, para problemas idênticos. Por isso, esses autores viam positivamente a perspectiva de que, com a vigência da Diretiva, o conceito de vício da coisa fosse absorvido pela noção mais ampla de conformidade ao contrato. Para eles, entregar uma coisa viciada é entregar uma coisa em desconformidade ao contrato.¹³⁴⁵

¹³⁴² O art. 3º, 2, da Directiva n. 44/99, estabelece que “em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito a que a conformidade do bem seja repostada sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, nos termos do n.º 3, a uma redução adequada do preço, ou à rescisão do contrato no que respeita a esse bem, nos termos dos n.ºs 5 e 6”. A reparação ou substituição do bem não pode ser exigida quando se revele desproporcional (art. 3º, 3). A reparação ou substituição deve ser realizada dentro de um prazo razoável, e sem grave inconveniente para o consumidor, tendo em conta a natureza do bem e o fim a que o consumidor o destina.

¹³⁴³ Quanto ao prazo, o art. 5º, 1, da Directiva, determina que “o vendedor é responsável, nos termos do artigo 3.º, quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois anos a contar da entrega do bem. Se, por força da legislação nacional, os direitos previstos no nº 2 do artigo 3 estiverem sujeitos a um prazo de caducidade, esse prazo não poderá ser inferior a dois anos a contar da data da entrega” (art. 5º, 1).

¹³⁴⁴ Art. 5º, 2, da Directiva n. 44/99.

¹³⁴⁵ *Livrer un chose viciée, c'est livrer un chose non conforme au contrat* (CALAIS-AULOY, J; STEINMETZ, F. Droit de la consommation. 6. ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 269). De modo análogo, em outra obra, *autrement*

De fato, o *Code de la Consommation*, tal como alterado pelas *Ordonnances* nº 2005-136, de 17 de fevereiro de 2005, e nº 2016-301, de 14 de março de 2016, superou o regime de garantia legal contra vícios ocultos (*vices cachés*), introduzindo naquele país o sistema de conformidade. As regras aplicam-se essencialmente aos contratos de bens móveis corpóreos (art. L217-1), mas também aos líquidos e gases vendidos em recipientes. O vendedor deve entregar um bem em conformidade com o contrato, respondendo por desconformidades existentes quando da entrega.¹³⁴⁶ O bem está de acordo com o contrato se é adequado ao uso atendido por um bem semelhante, se corresponde à descrição dada pelo vendedor, da amostra ou do modelo, se apresenta as qualidades que um adquirente pode legitimamente esperar e se apresenta as características definidas de comum acordo pelas partes.¹³⁴⁷ Presume-se que os defeitos apresentados dentro de 24 meses da entrega existiam desde então, salvo prova em contrário.¹³⁴⁸ A menos que as desconformidades sejam conhecidas do adquirente ou imponham custos desproporcionais ao vendedor,¹³⁴⁹ assiste àquele o direito de escolha entre a reparação e substituição do bem.¹³⁵⁰ Caso essas alternativas sejam impossíveis, não se tratando de pequeno defeito ou que a natureza do bem

*dit, le vice de la chose est absorbé par une notion plus vaste, celle de défaut de conformité au contrat. Cela me paraît aller dans le bon sens. Je ne vois pas de raison valable d'appliquer des règles différentes selon que la chose vendue est viciée ou qu'elle n'est pas conforme aux spécifications du contrat: livrée un chose viciée, c'est livrer une chose qui n'est pas conforme au contrat, du moins aux stipulations tacites du contrat (CALAIS-AULOY, J. Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité. *Revue trimestrielle de droit civil*, n. 4, p. 701-712, oct./déc. 2005, p. 705).*

¹³⁴⁶ Art. L217-4. *Le vendeur livre un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance. Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité.*

¹³⁴⁷ Art. L217-5. *Le bien est conforme au contrat: 1° S'il est propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant: - s'il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle; - s'il présente les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage; 2° Ou s'il présente les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou est propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté.*

¹³⁴⁸ Art. L217-7. *Les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de vingt-quatre mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire. Pour les biens vendus d'occasion, ce délai est fixé à six mois. Le vendeur peut combattre cette présomption si celle-ci n'est pas compatible avec la nature du bien ou le défaut de conformité invoqué.*

¹³⁴⁹ Art. L217-8. *L'acheteur est en droit d'exiger la conformité du bien au contrat. Il ne peut cependant contester la conformité en invoquant un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté. Il en va de même lorsque le défaut a son origine dans les matériaux qu'il a lui-même fournis.*

¹³⁵⁰ Art. L217-9. *En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien. Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur.*

o permita, o adquirente pode postular a restituição ou abatimento do preço.¹³⁵¹ Prescreve em dois anos, desde a entrega, a pretensão para obter a conformidade, conserto, substituição, abatimento ou ressarcimento,¹³⁵² não sendo excluídos os regimes de vícios redibitórios do *Code Civil* nem outras pretensões contratuais ou extracontratuais.¹³⁵³

No *Code Civil* persiste o regime de vícios ocultos, conforme a redação original do art. 1641, sendo estes considerados aqueles que a tornam a coisa imprópria ao uso a que se destina ou que diminuam seu uso, de modo que o comprador não a teria adquirido ou teria, ao menos, oferecido preço menor.¹³⁵⁴ A ação daí advinda, a partir da Lei nº 2009-323, de 25 de março de 2009, deve ser ajuizada em dois anos a partir da descoberta do vício.¹³⁵⁵

Percebe-se, portanto, a manutenção de um sistema misto na França. Permanece a ideia de vícios ocultos no *Code*, mas a legislação de proteção ao consumidor, na linha da Diretiva europeia, adotou o sistema de conformidade do cumprimento, preferindo não abandonar totalmente o sistema de vícios ocultos do Código Civil, que se aplica subsidiariamente do regime civilista.

Manteve-se no Código Civil da Itália o tradicional sistema de vícios redibitórios, acrescentando-se disposição sobre a qualidade dos bens. O art. 1490, CCI/1942, estipula garantia por vícios da coisa vendida, para que ela atenda, de modo amplo, o uso a que se destina,¹³⁵⁶ salvo se no momento da compra o adquirente conhecia o vício da coisa ou se estes eram facilmente constatáveis.¹³⁵⁷ É assegurado ao comprador a opção por resolução ou

¹³⁵¹ Art. L217-10. *Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix. La même faculté lui est ouverte: 1° Si la solution demandée, proposée ou convenue en application de l'article L. 217-9 ne peut être mise en œuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur; 2° Ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche. La résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée si le défaut de conformité est mineur.*

¹³⁵² Art. L217-12. *L'action résultant du défaut de conformité se prescrit par deux ans à compter de la délivrance du bien.* O legislador francês não reproduziu localmente a exigência contida na da Diretiva nº 44/99 de que os vícios sejam informados em até dois meses após a sua descoberta (conf. CALAIS-AULOY, 2005, p. 701-712).

¹³⁵³ Art. L217-13. *Les dispositions de la présente section ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du Code Civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi.*

¹³⁵⁴ Art. 1641. *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.*

¹³⁵⁵ Art. 1648. *L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice.*

¹³⁵⁶ Art. 1.490, CCI. *Garanzia per i vizi della cosa venduta. Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore.*

¹³⁵⁷ Art. 1491, CCI. *Esclusione della garanzia. Non è dovuta la garanzia (1490) se al momento del contratto il compratore conosceva i vizi della cosa; parimenti non è dovuta, se i vizi erano facilmente riconoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi.*

redução de preço.¹³⁵⁸ Com a resolução, as partes devem retornar ao ‘*status quo ante*’,¹³⁵⁹ sendo que o vendedor deve ressarcir os danos adicionais, salvo prova da ausência de culpa.¹³⁶⁰ Caso haja falta da qualidade prometida, a ação é de resolução por inadimplemento.¹³⁶¹ Tanto no caso de vícios ocultos propriamente ditos, quanto no caso de falta de qualidade, o comprador decai da garantia se, em oito dias, não informa ao vendedor sobre a descoberta do vício, possibilidade que permanece existindo até um ano da compra.¹³⁶²

Assim, apesar de ampliar a garantia legal, a regra presente no Código Civil Italiano mantém a diferença entre vícios redibitórios e falta de qualidade. Para evitar o problema da cumulação de ações, aquele sistema estipulou prazos rígidos para a reclamação de quaisquer vícios de qualidade, sendo os mesmos aplicáveis aos vícios ocultos (art. 1.497).

A legislação italiana de proteção ao consumidor trata, à semelhança do que ocorre entre nós, de deveres de segurança, mas interessa-nos mais de perto a questão da garantia legal de conformidade. O vendedor tem a obrigação de entregar bens conforme o ajuste contratual, considerando o uso de bens equivalentes, a descrição feita pelo vendedor, as amostras e modelos, a qualidade e utilidade habituais a bens do mesmo tipo e a publicidade.¹³⁶³ Caso haja defeito de conformidade, o consumidor tem o direito de, sem

¹³⁵⁸ Art. 1492, CCI. *Effetti della garanzia. Nei casi indicati dall'art. 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto (1453 e seguenti) ovvero la riduzione del prezzo, salvo, che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione. La scelta è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale. Se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo.*

¹³⁵⁹ Art. 1493, CCI. *Effetti della risoluzione del contratto. In caso di risoluzione del contratto il venditore deve restituire il prezzo e rimborsare al compratore le spese e i pagamenti legittimamente fatti per la vendita (1475). Il compratore deve restituire la cosa, se questa non è perita in conseguenza dei vizi.*

¹³⁶⁰ Art. 1494, CCI. *Risarcimento del danno. In ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno (1223), se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa. Il venditore deve altresì risarcire al compratore i danni derivati dai vizi della cosa.*

¹³⁶¹ Art. 1497, CCI. *Mancanza di qualità. Quando la cosa venduta non ha le qualità promesse ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata, il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento (1453 e seguenti), purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi. Tuttavia il diritto di ottenere la risoluzione è soggetto alla decadenza e alla prescrizione stabilite dall'art. 1495 (att. 172).*

¹³⁶² Art. 1495, CCI.; *Termini e condizioni per l'azione. Il compratore decade dal diritto alla garanzia, se non denuncia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta (1511), salvo il diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge. La denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del vizio o l'ha occultato. L'azione si prescrive, in ogni caso, in un anno dalla consegna; ma il compratore, che sia convenuto per l'esecuzione del contratto, può sempre far valere la garanzia, purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna (1522; att. 172).*

¹³⁶³ Art. 129, *Codice del Consumatore. Conformità al contratto. 1. Il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita. 2. Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se, ove pertinenti, coesistono le seguenti circostanze: a) sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; b) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; c) presentano la*

despesas, obter reparação ou substituição, a uma redução adequada do preço ou a resolução do contrato.¹³⁶⁴ O vendedor é responsável quando o defeito de conformidade se manifesta em dois anos desde a entrega do bem. O consumidor decai de seu direito se não apresenta denúncia ao vendedor em dois meses, desde quando o tenha descoberto.¹³⁶⁵ Para exigir o atendimento de seu direito, o consumidor deve ajuizar ação no prazo de 26 meses desde a entrega do bem, salvo ocultação dolosa da desconformidade.¹³⁶⁶

Em Portugal, o Código Civil reserva uma seção, dentro do capítulo da compra e venda, para tratar das coisas defeituosas. O regime ali estabelecido é peculiar, porque assenta o regime dos vícios e da evicção sobre o erro.¹³⁶⁷ Como consequência, tem-se a anulação do negócio, e não a redibição como se vê no sistema brasileiro. O sistema lusitano é claramente artificial em sua solução, porque o adquirente, no mais das vezes, manifesta coerentemente sua vontade, comprando aquilo que quis. A solução portuguesa faz supor que o erro possa ser tomado em aceção amplíssima, para abranger a vontade de quem queria comprar um bem útil, o que não ocorreu.¹³⁶⁸

De qualquer modo, o comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se esta tiver natureza fungível, a sua substituição, salvo se o vendedor desconhecia

qualita' e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore puo' ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicita' o sull'etichettatura; d) sono altresì idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti (...).

¹³⁶⁴ Art. 130. (1), *Codice del Consumatore. Diritti del consumatore. 1. Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene. 2. In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, a norma dei commi 3, 4, 5 e 6, ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto, conformemente ai commi 7, 8 e 9. 3. Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro.*

¹³⁶⁵ Art. 132. *Codice del Consumatore. Termini. 1. Il venditore e' responsabile, a norma dell'articolo 130, quando il difetto di conformita' si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene. 2. Il consumatore decade dai diritti previsti dall'articolo 130, comma 2, se non denuncia al venditore il difetto di conformita' entro il termine di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto. La denuncia non e' necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del difetto o lo ha occultato (...).*

¹³⁶⁶ Art. 132. *Codice del Consumatore. Termini (...) 3. Salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformita' che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data, a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformita'. 4. L'azione diretta a far valere i difetti non dolosamente occultati dal venditore si prescrive, in ogni caso, nel termine di ventisei mesi dalla consegna del bene; il consumatore, che sia convenuto per l'esecuzione del contratto, puo' tuttavia far valere sempre i diritti di cui all'articolo 130, comma 2, purché il difetto di conformita' sia stato denunciato entro due mesi dalla scoperta e prima della scadenza del termine di cui al periodo precedente.*

¹³⁶⁷ Considerando equivocado o tratamento dado a evicção (venda de bens onerados), vide MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 226-242.

¹³⁶⁸ Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 262-263.

sem culpa o vício ou a falta de qualidade que a coisa padece.¹³⁶⁹ Para a venda de móveis, a denúncia ao vendedor deve ser feita em até trinta dias após se estar ciente do defeito, e dentro de seis meses após a entrega da coisa; caso se trate de imóveis, os prazos são respectivamente de um e cinco anos.¹³⁷⁰ Se a reclamação não for formulada a tempo, caduca o direito de anulação do negócio por simples erro.¹³⁷¹

Conquanto as regras lusitanas não tenham albergado a teoria da garantia, aceita entre nós, no que são mais rígidas por exigir erro, elas sofrem duas flexibilizações importantes. Em primeiro lugar, admite-se expressa a noção de defeito superveniente, sujeitando-a às regras do inadimplemento.¹³⁷² Para além disso, é possível que as partes estipulem dever de qualidade.¹³⁷³ A doutrina assevera, no entanto, que essas regras são amplamente favoráveis ao devedor e não correspondem ao acolhimento dos deveres de conformidade.¹³⁷⁴

¹³⁶⁹ Art. 913, CCP/1966. 1. Se a coisa vendida sofrer de vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim, observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes. 2. Quando do contrato não resulte o fim a que a coisa vendida se destina, atender-se-á à função normal das coisas da mesma categoria.

Art. 914, CCP/1966. O comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a substituição dela; mas esta obrigação não existe, se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece.

¹³⁷⁰ Art. 916, CCP/1966, conforme alterado pelo DL n. 267/94. “1. O comprador deve denunciar ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa, exceto se este houver usado de dolo. 2. A denúncia será feita até trinta dias depois de conhecido o defeito e dentro de seis meses após a entrega da coisa. 3. Os prazos referidos no número anterior são, respetivamente, de um e de cinco anos, caso a coisa vendida seja um imóvel”.

¹³⁷¹ Art. 917, CCP/1966. A ação de anulação por simples erro caduca, findo qualquer dos prazos fixados no artigo anterior sem o comprador ter feito a denúncia, ou decorridos sobre esta seis meses, sem prejuízo, neste último caso, do disposto no nº 2 do artigo 287. A reforçar a natureza de caducidade do prazo, vide MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 269. O professor lusitano ainda esclarece que não está claro se a caducidade em dois anos apenas abrange a anulação ou se também pode barrar a pretensão de simples reparação civil e abatimento no preço. Ele indica que a maioria da doutrina indica que o prazo é geral, para todas as pretensões, mas colocando-se na corrente minoritária, adverte que o problema é de incumprimento e que, portanto, o prazo deveria ser interpretado restritivamente (*idem*, p. 273-274).

¹³⁷² Art. 918, CCP/1966. Se a coisa, depois de vendida e antes de entregue, se deteriorar, adquirindo vícios ou perdendo qualidades, ou a venda respeitar a coisa futura ou a coisa indeterminada de certo género, são aplicáveis as regras relativas ao não cumprimento das obrigações.

¹³⁷³ Art. 921, CCP/1966. 1. Se o vendedor estiver obrigado, por convenção das partes ou por força dos usos, a garantir o bom funcionamento da coisa vendida, cabe-lhe repará-la, ou substituí-la quando a substituição for necessária e a coisa tiver natureza fungível, independentemente de culpa sua ou de erro do comprador. 2. No silêncio do contrato, o prazo da garantia expira seis meses após a entrega da coisa, se os usos não estabelecerem prazo maior. 3. O defeito de funcionamento deve ser denunciado ao vendedor dentro do prazo da garantia e, salvo estipulação em contrário, até trinta dias depois de conhecido. 4. A acção caduca logo que finde o tempo para a denúncia sem o comprador a ter feito, ou passados seis meses sobre a data em que a denúncia foi efectuada.

¹³⁷⁴ “O art. 406º - 1 do CC estabelece o princípio da pontualidade dos contratos (“o contrato deve ser pontualmente cumprido”, i.e., deve ser cumprido ponto por ponto) e o art. 762º-1 determina que “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”. Alguns autores entendem que a noção de conformidade já se encontra contida nesses preceitos. De facto, das normas citadas, bem interpretadas, poderia retirar-se esta conclusão; no entanto, a prática demonstra que a falta de conformidade não é equiparada ao incumprimento da obrigação, não sendo aplicado o princípio da pontualidade na sua plenitude em muitas

Em 2003, por oportunidade da internalização da Diretiva nº 44, de 1999, havia o ensejo necessário para alterar o Código Civil nos moldes do que fora proposto por Paulo Mota Pinto, com o apoio de António Menezes Cordeiro.¹³⁷⁵ O legislador optou, no entanto, pela internalização em um diploma autónomo, promulgando o Decreto-lei nº 67, de 2003. Assim, as compras celebradas entre profissionais e consumidores fazem exceção, neste ponto, ao que dispõem as regras civis. Tem-se, sob essas hipóteses, o regime de conformidade, e não de erro tampouco o de garantia. Como aponta a doutrina, há grande vantagem nisso, pois a regra de conformidade, em uma forma simples, reúne uma série de situações que tinham tratamento distinto (vício, defeito, falta de qualidade, diferença de identidade e a diferença de quantidade).¹³⁷⁶

O vendedor tem “o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”, considerando a descrição que deles é feita pelo vendedor, as qualidades da amostra ou modelo, o uso específico para o qual o consumidor os destine, as utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo, qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, a publicidade e a rotulagem (art. 2º).

Se não houver conformidade, o consumidor tem direito à reparação ou à substituição, que devem ser feitas em prazo razoável se imóvel e em trinta dias se móvel, ou à diminuição do preço ou à resolução (art. 4º). O dever de conformidade existe não só no momento de entrega, mas após. Presume-se, salvo prova em contrário, que o defeito apresentado em até dois anos, no caso de móvel, e de cinco anos, se imóvel, existia na data da entrega.¹³⁷⁷ Essa presunção só pode ser afastada com a prova de que a deterioração se deu por fato imputável ao consumidor.¹³⁷⁸ Caso a falta de conformidade não se manifeste nesse período, exonerado está o fornecedor. Ademais, se o consumidor não denunciar ao vendedor

situações. Fala-se a este propósito num “mito da adequação das regras tradicionais”. O melhor exemplo é o regime da compra e venda das coisas defeituosas, plasmado nos arts. 913º a 922º do CC, que é claramente protetor do vendedor, permitindo que muitos casos de desconformidade não sejam protegidos pela lei” (CARVALHO, J. M. *Manual de Direito do Consumo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 198-199).

¹³⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, 2018b, p. 336-337.

¹³⁷⁶ CARVALHO SANTOS, J. M., 2016, p. 199. E ainda: “Claramente ultrapassada com o DL 67/2003, que acolheu a noção de desconformidade com o contrato, está a sujeição da invocação de desconformidade à verificação dos requisitos legais do erro, ao contrário do que ainda acontece no regime da compra e venda de coisas defeituosas no CC” (*idem*, p. 200).

¹³⁷⁷ Art. 3º, Decreto-lei nº 67, de 2003. 1 - O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue. 2 - As faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respectivamente, presumem-se existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade.

¹³⁷⁸ CARVALHO SANTOS, J. M., 2016, p. 200.

a falta de conformidade em até dois meses, desde a constatação, caducará de seu direito (art. 5ºA, 2). Por fim, “caso o consumidor tenha efectuado a denúncia da desconformidade, tratando-se de bem móvel, os direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 4º caducam decorridos dois anos a contar da data da denúncia e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar desta mesma data” (art. 5ºA, 3).

Na Alemanha, diferentemente do que ocorreu com outros países europeus, a necessidade de ajuste das regras para o direito do consumidor levou à revisão de todo o regime das vendas.¹³⁷⁹ A doutrina aponta que o regime de vícios redibitórios criava problemas de três ordens.¹³⁸⁰ Antes da reforma de 2002, ao vendedor não era dada a oportunidade de reparo ou de entrega de um bem equivalente em substituição. A situação é particularmente difícil na venda de bens complexos, onde a resolução é, muitas vezes, excessivamente onerosa se comparada ao reparo e ajuste do bem. A aplicação de uma regra própria ao comércio de seres vivos para esses bens fez com que, com alguma frequência, compradores meramente arrependidos tomassem em mãos pequenos defeitos para, sob eles, esconder simples arrependimento. Também não parecia razoável que a propriedade de um comprador, que é destruída por um bem defeituoso (imagine-se a explosão do bem comprado, que causa o incêndio da residência), não pudesse ser indenizada, salvo no caso de dolo do vendedor. Para superar essa dificuldade, as Cortes alemãs aceitavam reparar os danos à propriedade com base na regra de violação positiva do contrato, mas não o valor gasto da compra do bem danificado. Essa diferenciação de danos intrínsecos e extrínsecos nem sempre se mostrava possível, criando dificuldades diversas. Por fim, o prazo aplicável aos vícios redibitórios era exíguo, contando-se o prazo desde a compra. No entanto, a ação por violação positiva do contrato contava com o largo prazo prescricional de trinta anos.

Após a reforma, o §434, BGB¹³⁸¹ tomou em consideração o modelo das regras próprias das vendas de coisas incertas, utilizando-o como base para o tratamento dos vícios ocultos.¹³⁸² Por isso, o bem alienado está livre de defeitos se contiver a qualidade acordada

¹³⁷⁹ “One of the two main features characterizing the reform of the German sales law, therefore, is a determined effort to extend the requirements of the Directive to all types of sale, including commercial sales. The second characteristic trait of the reform is the attempt to integrate liability for latent defects, as far as possible, into the general regime governing breach of contract under the revised German law of obligations which, in turn, has also largely followed the lead provided by GISG” (ZIMMERMANN, 2010, p. 97).

¹³⁸⁰ *Idem*, p. 89-95.

¹³⁸¹ Section 434. Material defects. (1) *The thing is free from material defects if, upon the passing of the risk, the thing has the agreed quality. To the extent that the quality has not been agreed, the thing is free of material defects 1. if it is suitable for the use intended under the contract, 2. if it is suitable for the customary use and its quality is usual in things of the same kind and the buyer may expect this quality in view of the type of the thing (...).*

¹³⁸² ZIMMERMANN, 2010, p. 98-99.

– caso não haja acordo sobre esta –; se foi adequado ao fim a que se destina usualmente; se contiver a qualidade comum aos bens da mesma espécie e conforme esperada. Caso haja defeito, o adquirente pode postular que a situação seja remediada por um adimplemento tardio, com conserto ou entrega de um bem livre de defeito. A possibilidade de correção da prestação inadimplida, com reparo ou entrega de um bem em substituição, revela que a venda de bens indeterminados tornou-se o modelo geral. As condições concretas da venda é que poderão revelar ser a correção da prestação impossível, como pode ocorrer, por exemplo, na entrega de um bem único.

Para a correção do cumprimento, a prescrição é de cinco anos para bens imóveis e de dois anos nos demais casos,¹³⁸³ ambos os prazos contados desde a entrega do bem. Caso o fornecedor mantenha-se inadimplente após esta segunda chance,¹³⁸⁴ cabe a resolução do

¹³⁸³ §438, 1, 1 e 3. *Verjährung der Mängelansprüche. Die in § 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren 1. in 30 Jahren, wenn der Mangel a) in einem dinglichen Recht eines Dritten, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder b) in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist, besteht, 2. in fünf Jahren a) bei einem Bauwerk und b) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, und 3. im Übrigen in zwei Jahren.*

Section 438. Limitation of claims for defects. (1) The claims cited in section 437 nos. 1 and 3 become statute-barred 1. in thirty years, if the defect consists a) a real right of a third party on the basis of which return of the purchased thing may be demanded, or b) some other right registered in the Land Register, 2. in five years a) in relation to a building, and b) in relation to a thing that has been used for a building in accordance with the normal way it is used and has resulted in the defectiveness of the building, and 3. otherwise in two years (...).

¹³⁸⁴ §323. *Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung. (1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.*

Section 323. Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract. (1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.

“Somente se o adimplemento tardio fracassa, o comprador tem três outros direitos obrigacionais estabelecidos pelo § 437 BGB/2002: a rescisão do contrato (Rücktritt), o abatimento do preço (Minderung) e o direito à indenização (Schadensersatz). Esta exigência do fracasso do adimplemento tardio não consta na lei, muito pelo contrário, o § 437 induz o entendimento que os quatro direitos enumerados estão livremente à disposição do comprador. Somente quando se leva em consideração que esta norma se refere à parte geral do direito das obrigações e que nesta a rescisão do contrato, o abatimento do preço e a indenização exigem a colocação de um prazo para um adimplemento tardio, fica claro que a tentativa de um adimplemento tardio é indispensável para abrir o caminho para os outros três direitos. Portanto, não somente o comprador tem o direito de exigir tal adimplemento tardio, mas o vendedor também tem direito a uma "segunda chance" de fornecer antes que o comprador possa exercer todos os outros direitos contratuais." Por causa da sua primazia, o adimplemento tardio tornou-se o direito secundário mais importante no novo direito das obrigações” (NORDMEIER, 2007, p. 163).

acordo, a redução do preço ou perdas e danos,¹³⁸⁵ o que não pode ser feito se já decorreram aqueles prazos prescricionais.¹³⁸⁶

Note-se, portanto, que a pretensão para reparações contratuais reduziu-se sensivelmente, de trinta para dois anos, quando consideramos bens móveis, contando-se desde a data de compra. No entanto, se tomarmos a perspectiva dos vícios redibitórios, este prazo aumentou, de seis meses para dois anos. Não obstante, a doutrina ainda aponta que esse lapso temporal pode se revelar demasiadamente curto para reparar vícios ocultos que surjam após algum tempo.¹³⁸⁷

¹³⁸⁵ §437. *Rechte des Käufers bei Mängeln. Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist, 1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen, 2. nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und 3. nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.*

Section 437. Rights of buyer in the case of defects. If the thing is defective, the buyer may, provided the requirements of the following provisions are met and unless otherwise specified, 1. under section 439, demand cure, 2. revoke the agreement under sections 440, 323 and 326 (5) or reduce the purchase price under section 441, and 3. under sections 440, 280, 281, 283 and 311a, demand damages, or under section 284, demand reimbursement of futile expenditure.

§ 439 *Nacherfüllung. (1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. (2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen (...)*

Section 439. Cure. (1) As cure the buyer may, at his choice, demand that the defect is remedied or a thing free of defects is supplied. (2) The seller must bear all expenses required for the purpose of cure, in particular transport, workmen's travel, work and materials costs (...)

¹³⁸⁶ §438, 4. *Verjährung der Mängelansprüche. (...) (4) Für das in § 437 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. Der Käufer kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten.*

Section 438. Limitation of claims for defects. (...) (4) The right of revocation referred to in section 437 is subject to section 218. Notwithstanding the fact that a revocation is ineffective under section 218 (1), the buyer may refuse to pay the purchase price to the extent he would be so entitled on the basis of revocation. If he makes use of this right, the seller may revoke the agreement.

§218. *Unwirksamkeit des Rücktritts. (1) Der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung ist unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Dies gilt auch, wenn der Schuldner nach § 275 Absatz 1 bis 3, § 439 Absatz 4 oder § 635 Absatz 3 nicht zu leisten braucht und der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt wäre. § 216 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt. (2) § 214 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.*

Section 218. Ineffectiveness of revocation. (1) Revocation for non-performance or for the failure to perform in conformity with the contract is ineffective if the claim for performance or the claim for cure is now statute-barred and the obligor invokes this. This applies even if, in accordance with section 275 (1) to (3), section 439 (3) or section 635 (3), the obligor is not required to perform and the claim for performance or cure would be statute-barred. Section 216 (2), sentence 2, remains unaffected. (2) Section 214 (2) applies with the necessary modifications.

¹³⁸⁷ Veja, por exemplo, a análise realizada por Hans-Bernd Schäfer e Thomas Eger para o caso em que a Volkswagen entregou veículos que não estavam programados para acionar, de modo suficiente, o equipamento capaz de reduzir a emissão de gases poluentes e manter os veículos dentro dos parâmetros regulamentares. Ao avaliar dezenas de casos levados ao tribunais alemães, os autores afirmam que “*a serious problem of many claims based on sales law is the two years limitation period, which starts with delivery of the good. When the use of the manipulated software became known to car owners in 2015, many of the cars were already in use for two years or longer. Under German sales law, the limitation period becomes legally effective only if the*

Na América do Sul, o recente *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* apresenta alguma tentativa de aprimoramento. No título em que regulou as regras aplicáveis a todos os contratos, foi estabelecida uma obrigação de sanear os vícios de direito, evicção ou ocultos.¹³⁸⁸ O adquirente do bem pode optar entre o saneamento do vício, a entrega de bem equivalente ou resolução,¹³⁸⁹ além de poder haver reparação.¹³⁹⁰ Manteve-se, portanto, a noção de vícios redibitórios,¹³⁹¹ que devem ser denunciados em sessenta dias após sua descoberta.¹³⁹² A garantia por vícios ocultos caduca em três anos nas coisas imóveis e em seis meses nas coisas móveis.¹³⁹³ De qualquer forma, prescreve em um ano a ação do lesado.¹³⁹⁴ Adicionalmente, criou-se uma obrigação de adequação dos bens,¹³⁹⁵ sem

seller explicitly insists on it. This was however the case in all known cases, including those where Volkswagen was itself the seller and the defendant. Therefore, sales law leaves a large number of buyers unprotected' (EGER, T.; SCHAEFER, H.-B. *Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal*. 2018).

¹³⁸⁸ Art. 1033, CCA/2015. *Sujetos responsables. Están obligados al saneamiento: a) el transmitente de bienes a título oneroso; b) quien ha dividido bienes con otros; c) sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso.*

Art. 1034, CCA/2015. *Garantías comprendidas en la obligación de saneamiento. El obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos conforme a lo dispuesto en esta Sección, sin perjuicio de las normas especiales.*

¹³⁸⁹ Art. 1039, CCA/2015. *Responsabilidad por saneamiento. El acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho a optar entre: a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios; b) reclamar un bien equivalente, si es fungible; c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057.*

¹³⁹⁰ Art. 1040, CCA/2015. *Responsabilidad por daños. El acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el artículo 1039, excepto: a) si el adquirente conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; b) si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente; d) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa. La exención de responsabilidad por daños prevista en los incisos a) y b) no puede invocarse por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad.*

¹³⁹¹ Artículo 1051, CCA/2015. *Contenido de la responsabilidad por vicios ocultos. La responsabilidad por defectos ocultos se extiende a: a) los defectos no comprendidos en las exclusiones del artículo 1053; b) los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor.*

¹³⁹² Art. 1054, CCA/2015. *Ejercicio de la responsabilidad por defectos ocultos. El adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los sesenta días de haberse manifestado. Si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo. El incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer, la existencia de los defectos.*

¹³⁹³ Art. 1055, CCA/2015. *Caducidad de la garantía por defectos ocultos. La responsabilidad por defectos ocultos caduca: a) si la cosa es inmueble, cuando transcurren tres años desde que la recibió; b) si la cosa es mueble, cuando transcurren seis meses desde que la recibió o puso en funcionamiento. Estos plazos pueden ser aumentados convencionalmente. La prescripción de la acción está sujeta a lo dispuesto en el Libro Sexto. Artículo 1056/1995. Régimen de las acciones. El acreedor de la garantía dispone del derecho a declarar la resolución del contrato: a) si se trata de un vicio redhibitorio; b) si medió una ampliación convencional de la garantía.*

¹³⁹⁴ Art. 2564, CCA/2015. *Plazo de prescripción de un año. Prescriben al año: a) el reclamo por vicios redhibitorios.*

¹³⁹⁵ Art. 1156, CCA/2015. *Adecuación de las cosas muebles a lo convenido. Se considera que las cosas muebles son adecuadas al contrato si: a) son aptas para los fines a que ordinariamente se destinan cosas del mismo*

esclarecer qual o prazo aplicável às pretensões daí advindas, sendo razoável supor que se trata do prazo geral de cinco anos.¹³⁹⁶ Diante do que até aqui foi exposto, perdeu-se ali a oportunidade de simplificação do sistema legal naquele país.

§56. Conclusões parciais

As conclusões deste capítulo poderiam estar adstritas àquilo que é o cerne da discussão corrente na doutrina brasileira: o prazo para reclamar os vícios ocultos é decadencial, tanto no Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor; a legislação civil apresenta um limite máximo claro ao dever de garantia; a legislação consumerista assegura garantia por toda a vida útil do produto.

No entanto, se fossem essas as nossas observações conclusivas, deixaríamos de lado os graves problemas relacionados à falta de harmonia entre os regimes da responsabilidade contratual e o da garantia. A análise do direito estrangeiro permite identificar clara tendência ao abandono da visão tradicional sobre o tema dos vícios ocultos, com migração, mais ou menos ampla, em diversos países para o regime de conformidade. Essa alteração não só equaciona o problema relacionado à cumulação de posições jurídicas (contratuais e de garantias), que redundava na inutilidade prática dos prazos para reclamação, mas abre espaço para uma solução mais equilibrada em termos de duração dos prazos prescricionais.

A tendência majoritária, à semelhança do que se viu na prescrição, aponta para a concomitância e coordenação de prazos. O poder de exigir do vendedor um bem adequado tem certa duração, que, na maior parte dos países, é de dois anos para bens móveis. Essa solução, em termos de defesa do consumidor, é claramente menos generosa que a brasileira, mas dá clareza sobre o horizonte de responsabilidade do fornecedor. Até este limite, o adquirente pode observar vícios ocultos e, caso os descubra, terá que indicá-los ao vendedor, num prazo curto bem estabelecido, exigindo conserto ou, caso este falhe, redibição, estimação ou troca.

tipo; b) son aptas para cualquier fin especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, excepto que de las circunstancias resulte que el comprador no confió o no era razonable que confiara, en la idoneidad y criterio del vendedor; c) están envasadas o embaladas de la manera habitual para tales mercaderías o, si no la hay, de una adecuada para conservarlas y protegerlas; d) responden a lo previsto en el artículo 1153. El vendedor no es responsable, a tenor de lo dispuesto en los incisos a) y c) de este artículo, de la inadecuación de la cosa que el comprador conocía o debía conocer en el momento de la celebración del contrato.

¹³⁹⁶ Art. 2560, CCA/2015. Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local.

Sob um cenário que venha a implementar a mudança, poderia ser discutida a natureza desses prazos. As premissas traçadas ao longo deste trabalho permitem um encaminhamento tranquilo dessa questão. Caso haja prazo para a escolha, tem-se direito potestativo e o prazo só pode ser decadencial, que idealmente não deve ser suspenso, impedido, interrompido nem obstado. Caso se trate de exigir prestação, o cumprimento adequado do contrato, o prazo é prescricional. O importante, nesse campo, é que os prazos sejam articulados com freios e contrapesos, de modo a assegurar que haja real oportunidade de reclamar sobre a falta de conformidade, mas que essa possibilidade não dure para sempre.

Com isso, devemos concluir que *(XLVI)* é de difícil operabilidade a manutenção de sistema de direito positivo que distancie a frustração de expectativas legítimas quanto ao uso da coisa e os problemas relacionados a qualidades intrínsecas das coisas vendidas; e, por isso, *(XLVII)* existe uma tendência de submeter os vícios ocultos ao regime do inadimplemento, com aceitação de que o vendedor tem uma obrigação de conformidade por algum tempo delimitado. Também aqui, é necessário concluir que *(XLVIII)* a obrigação de conformidade deve estar limitada de modo razoável no tempo, sendo que os vícios ocultos descobertos até o seu termo final devem ser reclamados e sanados. Feita a reclamação e não sanada a desconformidade, deve ser assegurado ao comprador prazo razoável para exercer a opção que lhe cabe (redibição, estimação, troca ou conserto) e para exigir a satisfação do direito que lhe é assegurado.

CONCLUSÕES

Ao publicar seu conhecido livro sobre a reforma do BGB, Reinhard Zimmermann apontou, no que diz respeito à prescrição, o panorama geral do que se via então no direito europeu. O professor alemão sintetizou as tendências gerais nesse campo da seguinte forma: *i)* existe uma tendência geral a adoção de prazos uniformes em lugar de uma multiplicidade de prazos e regras particulares; *ii)* esse período geral não é particularmente curto, tampouco excessivamente longo, fixado entre 2 e 5 anos, sendo que o prazo de 3 anos tem sido aceito de forma mais comum; *iii)* o curso de um prazo curto não deve estar associado a um termo inicial objetivo, mas ao momento em que o credor soube, ou poderia razoavelmente saber, a identidade do devedor e os fatos que deram origem a sua pretensão; *iv)* a prescrição não pode ser prorrogada indefinidamente e as partes devem, em algum momento, ter a suas disputas barradas pelos efeitos do tempo, razão pela qual o curso da prescrição, apesar de um termo inicial subjetivo, deve ter um limite temporal máximo; *v)* a prescrição deve ter um efeito fraco, que não extingue automaticamente o direito do credor, mas faz surgir uma exceção, que pode ser oposta ou não.¹³⁹⁷

Como se viu ao longo dessas páginas, no Brasil legislação, doutrina e jurisprudência afastam-se essencialmente dessas tendências globais, sem que haja motivos razoáveis para tanto. As percepções sobre o que é correto e justo em termos de limitação temporal dos direitos têm, em inúmeros pontos, se afastado dos padrões globais geralmente aceitos. O que se viu, ao longo deste trabalho, foi a tendência de utilização dos prazos de prescrição e decadência de forma assistemática e casuística, em detrimento da segurança jurídica.

É urgente que se reflita sobre esse estado de coisas, propósito que procuramos empreender com esse estudo, chegando a duas conclusões gerais. Em primeiro lugar, o conjunto dos problemas hoje vivenciados na doutrina e jurisprudência pátria podem ser reconduzidos à principal constatação: a teoria formada em meados do século XX já não é suficiente para dar resposta adequada aos problemas hoje vivenciados, precisando ser revisitada e atualizada. Em segundo lugar, as regras jurídicas em torno da prescrição e da decadência precisam ser ajustadas em seu conjunto, para que voltem a ganhar organicidade, coerência e, assim, possam cumprir sua função de bem resolver os conflitos.

Saltam aos olhos do jurista contemporâneo fenômenos diversos, que não poderiam ser contemplados há algumas décadas, notadamente as ações coletivas e o surgimento de

¹³⁹⁷ ZIMMERMANN, 2010, p. 128-129.

imprescritibilidades diversas. Essas novidades exigem reformulação da teoria geral da prescrição e da decadência e também geram oportunidade para voltar a refletir sobre o ponto. Duas são nossas principais propostas no campo teórico: reconhecimento de pretensões imprescritíveis em hipóteses reduzidas e, além disso, melhor formulação do conceito de decadência, para que não esteja adstrito exclusivamente a direitos potestativos.

De modo mais específico, os ajustes que propusemos ao longo do trabalho são semelhantes em quase tudo àquilo que vem sendo apontado como o futuro e tendência global. Nossa proposta diferencia-se da tendência geral apenas naquilo que diz respeito ao efeito fraco da prescrição. A sistematicidade das soluções aqui encontradas leva-nos à solução oposta, o que é próprio das particularidades que se veem nos diversos países. Não se trata, portanto, de propor homogeneização irrefletida, mas de evolução crítica e adaptativa.

Como decorrência dessas premissas mais gerais, era necessário propor a sistematização de nosso sistema legal em termos específicos, que não esgotam os problemas possíveis, mas são dignos de destaque. Esse conjunto de propostas visa alterar o sistema de direito positivo (leis e decisões judiciais), para, em síntese, avançar em direção aos padrões mais atuais da ciência jurídica, dando fôlego ao ordenamento para superar as dificuldades hoje vivenciadas.

Assim, apresentamos as seguintes teses:

(I) Há pretensões que surgem sem violação de direito e, desse modo, o ordenamento jurídico nacional (art. 189, CC/2002) deveria ter adotado uma construção menos comprometida com uma das vertentes teóricas do problema;

(II) A pretensão, como poder-exigir, extingue-se automaticamente com o decurso do prazo prescricional;

(III) A exigência de pretensão prescrita configura ato ilícito;

(IV) Ao pagar dívida prescrita, o devedor satisfaz o crédito, não porque haja poder de exigir, mas porque voluntariamente desejou entregar a prestação;

(V) A cognoscibilidade de ofício da prescrição é questão de direito processual, não interferindo em sua natureza jurídica, que é própria de direito material;

(VI) O direito brasileiro vem reconhecendo que, vencido o prazo prescricional, antes mesmo da exceção do devedor, o credor já não pode exigir a prestação, o que é incompatível com a função da *exceptio* de extinguir ou paralisar a pretensão;

(VII) As propostas aqui formuladas não alteram a conclusão consolidada na doutrina de que é constitucional o art. 2.028, CC/2002, quando permite a alteração do prazo prescricional por lei nova.

(VIII) Há inconvenientes diversos na falta de delimitação dos conceitos de prescrição e decadência;

(IX) O Código Civil de 2002 imprimiu segurança e operabilidade ao reconhecer que a prescrição tem efeitos apenas sobre a pretensão, mas não sobre o próprio direito;

(X) Há prazos processuais a limitar o exercício de determinado procedimento, realidade que não se confunde com a prescrição;

(XI) O prazo quinquenal para o exercício de ações coletivas, na tutela de direitos individuais homogêneos, não é prescricional, mas processual;

(XII) Os direitos individuais homogêneos têm sua pretensão regulada pelo prazo que lhes é próprio;

(XIII) Há direitos potestativos cuja função é assegurar situações processuais específicas, notadamente na situação do mandado de segurança e da ação rescisória, razão pela qual o prazo que os limita tem natureza decadencial;

(XIV) Ao se reconhecer direitos transindividuais, de feição subjetiva prestacional, é também evidente que esses direitos estão aparelhados com pretensões correspondentes. Nada impede que estas pretensões estejam sujeitas a prazo prescricional;

(XV) O título de crédito, como relação jurídica de direito material, pode ser cobrado por ação cambial, segundo o rito da execução de título extrajudicial, no prazo prescricional que lhe é assinalado por lei. Vencido este lapso temporal, é possível o manejo de ação de conhecimento, ou de ação monitória, sem força executiva, no prazo prescricional de cinco anos por se tratar de documento com dívida líquida. Alternativamente, vencida a pretensão cambial de cobrança e sem direito subjacente para ensejar uma cobrança, é possível valer-se da pretensão de enriquecimento sem causa, no prazo que lhe é próprio.

(XVI) Doutrina e jurisprudência devem harmonizar os efeitos do tempo sobre as pretensões, evitando, salvo justificativa racional específica, soluções que multipliquem os direitos materiais e pretensões, para a mesma troca econômica;

(XVII) Os direitos individuais, quando homogêneos e tuteláveis em ação coletiva, devem estar sujeitos aos prazos prescricionais próprios da pretensão que lhes é inerente, sejam eles trienais, quinquenais ou decenais, não se lhes aplicando a restrição do prazo quinquenal da ação popular;

(XVIII) A pretensão de execução específica do contrato deve ter prazo prescricional compatível com a pretensão de haver perdas e danos em razão de sua resolução;

(XIX) Não se pode admitir que a prestação de contas tenha prazo mais amplo que a própria pretensão de cobrança que lhe é inerente;

(XX) Ao indicar o protesto ou a inclusão em banco de dados, o credor deveria igualmente informar o lapso temporal de permanência da dívida, respondendo por danos relacionados ao excesso de prazo;

(XXI) Não há uma nova pretensão que nasça com a sentença condenatória. A pretensão exercida no cumprimento de sentença é a mesma que se manifestou quando do pedido condenatório. Assim, se o credor não inicia a execução, considera-se como último ato do processo – para fins de interrupção da prescrição – a sentença condenatória transitada em julgado. O prazo para o cumprimento da sentença, que se conta após a interrupção, é o mesmo aplicável ao processo de conhecimento;

(XXII) O sistema legal pátrio deveria adotar, nos moldes do que já ocorre no PECL, no DCFR e na legislação francesa, um prazo prescricional geral, sujeito a termo inicial objetivo, mas que pode ser suspenso mediante prova da ignorância do credor sob as circunstâncias fáticas de sua pretensão, até o advento de um termo mais longo, para além do qual a referida suspensão não produz efeito;

(XXIII) É necessário inovar a legislação para deixar claro que o pagamento em sub-rogação interrompe o prazo prescricional ou, de modo análogo, que aí surge nova pretensão para o *solvens* exercer o crédito que recebeu;

(XXIV) O legislador deveria simplificar a regra sobre prescrição de juros, estabelecendo que estes prescrevam com o principal;

(XXV) Quando há financiamento e as prestações devem ser pagas em determinada periodicidade, aí há uma pretensão para cada parcela. A prescrição pode, conseqüentemente, atingir uma única pretensão, de haver pagamento a uma prestação, mas não as outras que se venceram em momento posterior;

(XXVI) Deveria haver equiparação de prazos prescricionais para a responsabilidade contratual e extracontratual. Essa solução permite que ambos os regimes de responsabilização tragam resultados semelhantes, sem discrepâncias que dependam de variáveis de difícil controle. Prestigia-se a operabilidade dos institutos jurídicos;

(XXVII) Alternativamente, seja em razão do termo inicial ou em razão da duração do lapso, a pretensão aquiliana deveria ser mais flexível do que a contratual. Se há questões

de política a exigir que a responsabilidade contratual e a aquiliana permaneçam submetendo-se a regras distintas e se fosse o caso de estender essa distinção para o prazo prescricional, seria imperioso reconhecer que a responsabilidade aquiliana exige maior elasticidade, desde o mesmo termo inicial objetivo, pois é, no mínimo necessário, identificar o causador do dano;

(XXVIII) *i*) as ações declaratórias são, entre nós, imprescritíveis, mas não os seus efeitos patrimoniais; *ii*) não há perene possibilidade de retificar o registro de nascimento, porque tem-se aí direito pessoal, limitado ao tempo de vida do interessado juridicamente; *iii*) as ações declaratórias perdem seu cunho jurídico, passando a ter propósito meramente histórico e fático, razão pela qual podem ser afastadas em razão da falta ou perda de interesse de agir, o que viabiliza algum controle temporal sobre seu exercício; *iv*) as sentenças declaratórias só podem ensejar execução (cumprimento de sentença) se elas atestarem a existência de crédito ainda dotado de pretensão;

(XXIX) *i*) nulidades insanáveis podem ser declaradas por sentença a qualquer tempo e, na linha do que foi anteriormente proposto, seus efeitos patrimoniais estão atrelados à pretensão prescritível; *ii*) nulidades sanáveis são aquelas que se convalidam com o tempo, razão pela qual o negócio pode ser desconstituído por sentença judicial se o interessado exerce seu direito potestativo no prazo decadencial que lhe é atribuído;

(XXX) O art. 174, LPI, estabelece que a nulidade no registro de marca é vício sanável, que se convalida caso não haja sentença que o desconstitua em cinco anos. Vê-se, nesta regra, uso equivocado das expressões “prescrever” e “declarar”. Tem-se aí prazo decadencial e sentença desconstitutiva, que tem efeitos retroativos e que pode ser postulada por qualquer terceiro que tenha legítimo interesse;

(XXXI) As doações inoficiosas e universais são nulas, podendo ser assim declaradas a qualquer tempo e, quando isso ocorrer, as partes não retornam a seu *status quo ante* quando presentes os requisitos da usucapião. Não se aplicam nessa situação as regras da prescrição, decenal ou em outro prazo;

(XXXII) Com a propriedade, nasce uma pretensão geral de abstenção, não sujeita a prazo porque é continuamente cumprida. Se há usurpação da coisa, com a violação ao direito, surge o direito a reivindicar a propriedade, o que implica exigir conduta alheia. Tem-se aí dois direitos prestacionais (abstenção e reivindicação) com pretensão imprescritível. A pretensão de reparar os danos causados à coisa, sujeita-se ao prazo prescricional próprio;

(XXXIII) Não deveria haver prazo prescricional para a petição de herança. De modo diverso, corre prazo de usucapião em favor daquele que ostenta a posse com *animus domini*;

(XXXIV) A afirmação genérica de que os direitos de personalidade e de autor são imprescritíveis não é exata. Em primeiro lugar, os direitos materiais de autor estão sujeitos a prazo. Para além disso, a pretensão geral de abstenção de violação de direitos absolutos efetivamente não prescreve, o que abrange direitos de personalidade e direitos de autor. Aquelas que denominamos *pretensões de manutenção da integridade* são permanentes – pois, sem elas, esvai-se o próprio conteúdo do direito absoluto em questão – e não podem estar sujeitas à prescrição. Por outro lado, as *pretensões reparatórias, acautelatórias e meramente creditórias* estão sujeitas a limitações temporais;

(XXXV) As regras de prescrição de direito de autor devem revistas, com uniformização dos prazos aplicáveis;

(XXXVI) As pretensões *reparatórias, acautelatórias e meramente creditórias* advindas do direito de autor devem adotar, nos moldes do que já ocorre no PECL, no DFCF e na legislação francesa, um prazo prescricional geral, sujeito a termo inicial objetivo, mas que pode ser suspenso mediante prova da ignorância do credor sob as circunstâncias fáticas de sua pretensão, até o advento de um termo mais longo, para além do qual a referida suspensão não produz efeito;

(XXXVII) Há imprescritibilidades lógicas, entre as quais se incluem as sentenças meramente declaratórias e as constitutivas sem prazo assinalado, porque ambas não são dotadas de pretensão;

(XXXVIII) Há imprescritibilidades lógicas derivadas de direitos absolutos. Nessas situações há pretensão não sujeita a prazo;

(XXXIX) O direito admite imprescritibilidades substanciais dada a relevância de certos direitos que busca salvaguardar. O direito, tal como praticado entre nós, assegura perpetuidade para reparação de danos ao erário, quando advindos de condutas ímprobas; de danos relacionados a crimes de guerra, crimes de lesa humanidade, graves violações de direitos humanos, tortura, racismo; de danos ambientais; e, até mesmo, de questões previdenciárias. Há inconvenientes diversos na ampliação do rol de imprescritibilidades substanciais. Essas situações de imprescritibilidade não deveriam existir ou, ao menos, deveriam estar melhor delimitadas;

(XL) O sistema brasileiro ressent-se, assim, de melhor harmonização quanto aos prazos prescricionais. A diminuição de diversos prazos para o triênio revelou-se exagerada

para direitos de grande primazia. Deve haver prazos maiores para direitos de maior relevância;

(*XLII*) A suspensão do prazo prescricional do art. 200, CC/2002, tem trazido dúvidas inadmissíveis em face das exigências de segurança jurídica. Faz-se necessário que se aperfeiçoe essa suspensão;

(*XLIII*) A perpétua salvaguarda dos direitos absolutos e dos direitos substancialmente imprescritíveis é constatação a revelar que há direitos prestacionais dotados de pretensão atemporal. Com isso, o prazo decenal do art. 205, CC/2002, é a solução geral, porém não se aplica a absolutamente todas as pretensões, como as imprescritibilidades que aqui vimos;

(*XLIII*) Decadência é a sanção legal que impõe a extinção dos direitos, obrigacionais ou reais, prestacionais ou potestativos, em razão de reiterado não-uso ao longo do tempo;

(*XLIV*) É decadencial o prazo de não-uso do arts. 1.389, III, CC/2002;

(*XLV*) O tempo lança seus efeitos sobre as situações jurídicas subjetivas nos termos da lei, ora extinguindo os direitos a termo, ora impondo decadência, muito comumente a direitos potestativos e excepcionalmente a prestacionais, ora limitando a duração da pretensão pela prescrição. Paralelamente, com função judicial corretiva, a *suppressio* encontra seu campo de atuação;

(*XLVI*) É de difícil operabilidade a manutenção de sistema de direito positivo que distancie a frustração de expectativas legítimas quanto ao uso da coisa e os problemas relacionados a qualidades intrínsecas das coisas vendidas;

(*XLVII*) Existe a tendência de submeter os vícios ocultos ao regime do inadimplemento, com aceitação de que o vendedor tem uma obrigação de conformidade por tempo delimitado; e

(*XLVIII*) A obrigação de conformidade deve estar limitada de modo razoável no tempo, sendo que os vícios ocultos descobertos até o seu termo final devem ser reclamados e sanados. Feita a reclamação e não sanada a desconformidade, deve ser assegurado ao comprador prazo razoável para exercer a opção que lhe cabe (redibição, estimação, troca ou conserto) e para exigir a satisfação do direito que lhe é assegurado.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Protesto: caracterização da mora – inadimplemento obrigacional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Tradução de Alexandre Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2016.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*. 3. ed. Campinas: Ed. Servanda, 2006.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A originalidade da disciplina dos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso Neri (Orgs.). *Vinte Anos do Código de Defesa do Consumidor: Estudos em Homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 209-224.

_____. Os vícios dos produtos e o Código de defesa do consumidor. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 209-223, jan./jun. 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMADIO, Giuseppe. Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche. *Rivista di Diritto Civile*, V. 47, n. 6, nov./dez. 2001.

AMELOTTI, Mario. *La prescrizione delle azioni in Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1958.

AMORIM, Sebastião Luiz. *Código Civil Comentado*. v. XIX. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. (Coord). São Paulo: Atlas, 2004.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 7-37, outubro, 1960.

_____. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, ano II, v. III, p. 95-132, jan./jun. 1961.

ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. Prescrição da pretensão de ressarcimento de dano causado ao erário. *Revista de Processo*, v. 36, n. 197, p. 145-166, jul. 2011.

ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. *A prescrição no Direito Civil brasileiro: natureza jurídica e eficácia*. São Paulo: Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Il Papiro Della ‘Longissimi Temporis Praescriptio’. *Aegyptus*, v. XXI, n. 3/4, 1941, p. 261-275. Disponível em: <www.jstor.org/stable/41214376>. Acesso em: 28 dez. 2018.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. O STJ e o tratamento da prescrição em ações coletivas. In: *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Prescrição e decadência cambial*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Da prescrição Intercorrente. In: CIANCI, Mirna. *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Prescrição e Decadência. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 679-698 (originalmente publicado em *Revista de Processo*, 29/57, jan./mar. 1983).

ASCARELLI, Tulio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Direito Civil: Teoria Geral: Relações e Situações Jurídicas*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. *Direito Civil: Teoria Geral: Relações e Situações Jurídicas*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 14. ed. São Paulo: RT, 2012.

ASSIS, Machado de. *Cinquenta Contos de Machado de Assis*. Seleção de John Glendson. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Prescrição e Decadência: conceitos lógico-jurídicos ou jurídico-positivos. In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *Prescrição e Decadência: Estudos em Homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013.

AURELLI, Arlete Inês. A prescrição intercorrente no âmbito do Processo Civil. *Revista de processo*, v. XXXIII, n. 165, p. 327-343, nov. 2008.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Supressio*. Limitação de direito por exercício tardio: definição e requisitos de aplicação. 2016. Inédito.

BACHIO, Ioanne Augusto. *Disputatio de praescriptione centum annorum in actionibus ecclesiae Rom.* Lipsiae [Leipzig], Exe Officina Langenhemiana, 1750.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, p. 3; *vide* ainda p. 40-48.

BACOVIS, Júlio Cesar. Prescrição e decadência no código de defesa do consumidor: análise crítica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 379, p. 89-104, maio 2009.

BALBUS, Joannes Franciscus. *Tractatus de praescriptionibus*. Spirae Nemetum, Bibliopolae Coloniensis, 1610. Disponível em: <<https://bit.ly/359K16V>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BANDEIRA, Paula Greco. A prescrição na responsabilidade civil contratual em debate. *Revista Magister de direito civil e processual civil*, v. 12, n. 70, p. 84-97, jan./fev. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 99.

_____. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 11, jul./set., 2002a.

_____. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 22, p. 147-158, 2002b. Disponível em: <<https://bit.ly/2SEIXqc>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. A nova definição de sentença. *Revista de Processo*, v. 31, n. 136, p. 268-276, jun. 2006.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. 9. São Paulo: RT, 2011a, p. 107-125.

_____. Invalidez e Ineficácia do Negócio Jurídico. In: *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 4. São Paulo: RT, 2011b, p. 367-383 (originalmente publicado em *Revista de Direito Privado* 15/217, jul.-set. 2003).

BARTLETT, Frederic. *Remembering: A Study in Experimental and Social Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1932, p. 213.

BATISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

BATISTA PEREIRA, Alexandre Pimenta. A chamada prescrição aquisitiva: premissas para desconstrução de uma antiga fórmula. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5, São Paulo: RT, 2011, p. 75-92.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. *In: FUGITA, Jorge Shiguemitsu. et al. (Orgs.). Comentários ao Código Civil: artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.*

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem. São Paulo: Atlas, p. 24-26.*

BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. v. I. 12. ed. Atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1959.*

BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil. Campinas: Red Livros, 2001.*

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. *Direito ao Esquecimento: a justa medida entre a liberdade de informática e os direitos de personalidade. São Paulo: Saraiva, 2018.*

BIANCHI, Paola. Sulla praescriptio constantiniana. P. Col. VII 175: ricostruzione di una vicenda processuale. *In: 17 Convegno internazionale in onore di Giuliano Crifò. Roma: Aracne, 2010, p.707-744.*

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.*

_____. *Direito de Autor. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.*

BOBBIO, Norberto. La certezza Del Diritto é un mito? *Rivista Intenazionale di Filosofia del Diritto. n. 28, p. 150-151, 2006.*

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana, *Civilistica.com*, ano 6, n. 1, 2017, p. 1-7.

BORGES, Jorge Luis. *Cuentos Completos. Buenos Ayres: Lumen, 2011. Ebook.*

BORGHETTI, Jean-Sébastien. Prescription. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. Munique: Beck, n. 24, p. 167-182, 2016.*

BRASIL. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. 14. ed. Candido Mendes de Almeida (Org.). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.*

BUFFONI, Marta. La Decadenza in Generale. In: VIOLA, Luigi. *Prescrizione e Decadenza*. Vizenza: Cedam, 2015.

BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira. *Sistemas de Nulidades dos Atos Jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2009.

CANELLAS, Anselmo Martinez. The Need Of Reform Of The Prescription in Spanish Contract Law (La Necesaria Reforma De La Regulación de la Prescripción Extintiva En El Derecho Contractual Español) (July 30, 2009). Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1464506>>.a

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2003.

_____. Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité. *Revue trimestrielle de droit civil*, n. 4, p. 701-712, oct./déc. 2005.

CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. Atualizada por José de Aguiar Dias. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1978.

CAMPOS, Roberto. *Na virada do milênio: ensaios*. 2. ed. Campinas: Topbooks, 1999.

CANARIS, Claus-Wihelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. O novo direito das obrigações na Alemanha. In: *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, 2004.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *O direito geral de personalidade*. 1ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição trienal e "reparação civil". *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 13, n. 49, p. 15-21, jul./set. 2010.

CARNELUTTI, Francesco. Certezza, autonomia, libertà, diritto. *Diritto della Economia*, n. 2, p. 1885-1997, 1956.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Ambito Cultural, 2006.

CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição*. v. I. Atualizada por Arnold Wald. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958a.

_____. *Da prescrição*. v. II. Atualizada por Arnold Wald. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958b.

CARVALHO, Jorge Morais. *Manual de Direito do Consumo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Garantia legal e garantia contratual: vício oculto e decadência no CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 71-79, out./dez. 2007.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. Comentários ao art. 1.604. Cezar Peluso (Org.). *Código Civil Comentado*. 13. Baueri: Manole, p. 1748, 2019.

CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil Interpretado: Parte Geral*. v. 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

_____. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação Rescisória Comentada*. Curitiba: Juruá, 2009.

CASTRO JUNIOR, Torquato. Influência da Pandectística no Código Civil Brasileiro. *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, v. 473, p. 91-104, jan./mar. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAZZETTA, Giovanni. Código Civil e Nação: do ‘Risorgimento’ ao ocaso do Estado Liberal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. Edição Digital. Porto Alegre, v. 10, ano 1, 2015.

CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. v. I. Tomo II. São Paulo: RT, 1982, p. 1618-1619.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família*. v. 18. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68.

_____. *Direito de Autor e Direitos de Personalidade: Reflexões à Luz do Código Civil*. São Paulo: Tese (de Titularidade) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008a.

_____. Da responsabilidade civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O Direito e o Tempo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.

_____. Notas sobre plágio e autoplágio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 15, p. 305-328, 2012.

_____. Biografias não autorizadas: liberdade de expressão, outros direitos da personalidade e direito de autor. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, v. 30, p. 18-37, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. I. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1935.

CHIRONI, Giampietro. *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*. Turim: Fratello Bocca Ed., 1888.

_____. *Studi e Questioni di Diritto Civile*. v. I. Torino: Fratelli Bocca, 1914, p. 110-111.

CICERO, Marco Túlio. *Dos deferres (de officiis)*. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 26, I, 23.

CIMMA, Maria Rosa. Prescrição e decadência nel diritto romano e intermedio. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. Torino, R. S. (Org.). Unione Tipografico-editrice Torinese, 4. ed., 2. Ristampa, v. 14, 1993b, p. 242-248.

_____. Prescrição e decadência. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. Torino, R. S. (Org.). Unione Tipografico-editrice Torinese, 4. ed., 2. Ristampa, v. 14, 1993b, p. 242-248.

COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Instituições de direito civil portuguez*. Tomo II. 8. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1917.

COMPARATO, Fábio Konder. Natureza do prazo extintivo da ação de nulidade do registro de marcas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 24, n. 77, jan-mar, 1990.

COOTER, Robert.; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. As obrigações solidárias em direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 55, p. 197-240, 1960. Disponível em: < <https://bit.ly/2F9y3ke> >. Acesso em: 3 jun. 2018.

CORRÊA TELLES, José Homem. *Commentario Critico a Lei da Boa Razão*. Lisboa: Tip. Maria da Madre de Deus, 1865.

_____. *Doutrina das Acções: acomodada ao Fôro do Brazil por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano: Institutas de Gaio e de Justiniano Vertidas para o Português, em contraponto com o texto latino*. São Paulo: Saraiva, 1951. v. II.

COSTA, Emilio. *Cicerone Giureconsulto*. v. II. Bologna: Nicola Zanichelli Ed., 1927.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Breves reflexões sobre a prescrição no Código de processo civil de 2015. In: *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: JusPodivm, 2015.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio (Org); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord). *Código Civil Interpretado*. 12. ed. Baureri: Manole, 2019.

COSTA NETTO, José Costa. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Questões relevantes sobre a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário com fundamento em ato de improbidade administrativa. *Revista de processo*, v. 43, n. 277, p. 463-485, mar. 2018.

CUNHA GONÇALVES, Luís. *Da compra e venda no Direito Comercial Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1950.

DABUS MALUF, Carlos Alberto. *Código Civil Comentado: Prescrição, Decadência e Prova*. Coor. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2009.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

_____. *Programa de direito civil: Direito das coisas*. Rev. do texto e anotações de José Gomes de Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 93

_____. *Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DARI-MATTIACCI, Giuseppe.; SCHAEFER, Hans-Bernd. The Core of Pure Economic Loss. *International Review of Law and Economics*, v. 27, n. 1, March 2007; *George Mason Law & Economics Research Paper Series*, n. 5-22;. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, Universiteit van Amsterdam, n. 3, 2005.

DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2011.

DIAS FERREIRA, José. *Código Civil Portuguez Anotado*.v. II. Lisboa: Imprensa Nacional, 1871.

DICKSTEIN, Marcelo. *Nulidades Prescrevem? Uma perspectiva funcional da invalidade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2009a.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2009b.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009c.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Nestor. Dos direitos de personalidade. In: *Código Civil Comentado*. PELUSO, C. (Org.). 13 ed. Baueri: Manole, 2019.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. *Introdução à epistemologia*. São Paulo: Fundação Unesp, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EBBINGHAUS, Has. *Memory: A Contribution to Experimental Psychology*. Trad. Henry A. Ruger and Clara E. Bussenius. New York: Teachers College, Columbia Uni, 1913.

EGER, Thomas; SCHAEFER, Hans-Bernd. *Reflections on the Volkswagen emissions scandal*. 2018.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Um diálogo entre as normas que disciplinam a prescrição e decadência no CC/02 e no CDC em matéria de vícios redibitórios. In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *Prescrição e Decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013.

ELIAS DE OLIVEIRA, Carlos Eduardo. Decênio prescricional da ação de petição de herança começa com o fim da partilha. *Consultor Jurídico*, 5 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2Z000CI>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Segunda Parte. Trad. Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1981.

ESMEIN, Adhémar. *Sur l'histoire de l'usucapion*. Paris: L. Larose et Forcel, 1885.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1938.

_____. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. v. II, Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 279-281, 1944.

ESTELLITA, Guilherme. *Da acção declaratória no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Of. Graf. Livro Vermelho, 1933.

FAGUNDES, Seabra. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-19, out. 1946. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<https://bit.ly/2MGnWrl>>. Acesso em: 17 set. 2019. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9569>>.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959.

FARIA, Soares de. Da prescrição da sentença e sua execução. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade De São Paulo*, v. 36, n. 1-2, p. 106-116, 1941. Disponível em: <<https://bit.ly/2RKjGuj>>. Acesso em: 9 nov. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. v. I. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. v. I. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. *Curso de Direito Civil: Reais*. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERREIRA COELHO, Antônio. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. X. Rio de Janeiro: Off. Graphica do 'O Livro Vermelho dos Telephone', 1933.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Pretensão Indenizatória fundada em responsabilidade contractual: inaplicabilidade do prazo prescricional de três anos. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Gionvanni Ettore. (Orgs.). Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo – Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, p. 174-185, 2012.

FIUZA, César; RIBEIRO, Regina. A prescrição em face da autonomia do direito de agir: abordagem histórico-dogmática. *Campo Jurídico*, v. 1, n. 2, p. 215-234, out. 2013.

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

FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

FRANZEN DE LIMA, João. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FREITAS, Douglas Phillips. Prescrição da petição de herança. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, n. 26, p. 67-69, set./out. 2008.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of american law*. 3. ed. New York: Touchstone, 2005.

FRITZ, Karina Nunes. Comentário ao EREsp. 1.280.825/RJ: prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contratual? *Revista de Direito da Responsabilidade*, n. 1, 2019, p. 731-760. Disponível em: <<https://bit.ly/35zgbcd>>. Acesso em: 12 set. 2019

GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. v. I. 3. ed. Torino: Unione Tipografico, 1891.

GALLO, Paolo. Prescrizione e decadenza in diritto comparato. In: TORINO, R. S. (Org.). *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. 4. ed. 2. Unione Tipografico-editrice Torinese, 1993. v. 14.

GAIO. *Instituições: Direito Privado Romano*. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

GAIUS. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004.

GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GARCIA, Mário Soerensen.; ALVES, Claudia. Há prazo para se anular decisões “desviadas” proferidas por entes públicos, incluindo o INPI? *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 25-26, set./out., 1998.

GÉLIO, Aulo. *Noites Áticas*. Trad. José R. Seabra F. Londrina: Eduel, Livro IV, 2., p. 173, 2010.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano: esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*. v. 9. 7 ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1927, p. 221.

GLANZ, Aida. A Prescrição e a Decadência no Direito Privado Brasileiro e no Direito Comparado. *In: Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. Prescrição e decadência no novo Código Civil. *RDL - Revista de Direito e Legislação*, 2005.

_____. Vícios do produto e do serviço. *In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues. (Orgs.). Vinte anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A prescrição e o contrato de seguro-saúde. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Orgs.). Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Obrigações*. 17. ed. Atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. At. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007b.

_____. *Sucessões*. At. Mário Roberto Carvalho de Faria. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES DE AQUINO, Leonardo. *Propriedade Industrial*. Belo Horizonte: Plácido, 2017.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; NASSER FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Aspectos da Prescrição na Ação Popular e a Regra do art. 37, § 5º, da CF. *In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. 9. São Paulo: RT, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORDLEY, James. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford Press, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução à Ciência do Direito*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

HARKE, Jan Dirk. Pandectística e sua recepção no direito brasileiro. *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, v. 473, p. 31-52, jan./mar. 2017.

HART, Hebert Lionel Adolphus Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, Feb. 1958. DOI: 10.2307/1338225. Disponível em: <<https://bit.ly/39yuKky>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

HEGEL, Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. 9. ed. Trad. Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes e Ed. Universitária São Francisco, 2014.

HERACLITUS. *Fragments*. Trad. Brooks Haxton. New York: Viking Penguin, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. v. 20. In: JUNQUEIRA AZEVEDO, Antonio. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

HUME, David. *Investigações Sobre o Entendimento Humano*. São Paulo: UNESP, 2004.

JOBIN, Pierre-Gabriel. Amputer la responsabilité contractuelle? Une tourmente inutile et néfaste. *Les Cahiers de droit*, v. 50, n. 1, mars 2009, p. 3-36. Disponível em: <<https://bit.ly/34xw43z>>.

JORGE, J. L. de. Retroactividade das leis com referência aos prazos de prescrição. *In: Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 371-373 – originalmente publicado em RT 29/35, mar. 1919.

JORGE SANTOS, Christiano. *Prescrição Penal e Imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

JUNQUEIRA AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese (Doutorado) – São Paulo, Universidade de São Paulo, 1986.

_____. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2000.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KASER, Max; HACKL, Karl. *Das Romische Zivilprozessrecht*. Munchen: Beck, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KHOURI, Paulo Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KRAUSE, Paul Medeiros. Prazo de Manutenção de Anotações no CCF e o Novo Código Civil. *In: Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011, p. 613-628 (originalmente publicado em Revista dos Tribunais, n. 815/109, set. 2003).

LABANINO BARRERA, Maidolis. Cuba: garantías legales y contractuales en sede de compraventa de bienes de consumo. Una mirada contrastada a su actualidad regulativa. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, v. 47, n. 2, Ago.2012/Maio.2013, p. 457-498. Disponível em: <<https://bit.ly/2MJKrMb>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Jaen: Grafica Nova, 1978.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LEAL, Adisson. Violação positiva do contrato. In: ANDRIGHI, Fatima Nancy. (Org.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2013.

LEAL, Fernando. O projeto metodológico do não positivismo de Alexy. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 1, Rio de Janeiro, 2017. p. 258-273. Disponível em: <<https://bit.ly/34YMIJx>>. Acesso em: 15 nov. 2019. DOI: 10.12957/rqi.2017.23693.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

LEAL DA SILVA, Rosane; LA RUE, Letícia Almeida. A reforma da Lei de Direitos Autorais: adaptações ao contexto da sociedade informacional. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2016, Edição Comemorativa 17 anos, p. 257-278. Disponível em: <<https://bit.ly/2rIANCb>>. Acesso em 15 nov. 2019.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Considerações acerca do prazo decadencial nas ações edilícias: análise do art. 445 §§ 1º e 2º, do código civil de 2002. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 22, p. 43-46, set. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2SLkgbN>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Direito Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 2010.

LEONARDOS, Gabriel Francisco. O reconhecimento incidental de nulidade de registro de marca. *Revista da ABPI*, n. 35, p. 27-35, jul./ago. 1998.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LEVI, Alessandro. *Teoria Generale del Diritto*. Padova: CEDAM, 1967.

LIMA, Clarissa Costa de. Dos vícios do produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, n. 101, p. 79-95, jan./mar. 2006.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Do vício redibitório. *Revista dos Tribunais*, v. 49, n. 292, fev. 1960.

_____. O direito adquirido à face do encurtamento de prazos pela lei nova. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, ano 6, n. 20, p. 181-186, abr./jun. 1982.

_____. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988a.

_____. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988b.

LISBOA, Roberto Senise. *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. 3. ed. FUGITA, Jorge Shiguemitsu. et al. (Orgs.). São Paulo: RT, 2014.

_____. *Manual de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial: das várias espécies de contratos*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Civil: Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO DA COSTA, Moacyr. *Revogação da Sentença*. São Paulo: Edusp/Ícone, 1995, p. 25-82.

LOFTUS, Elizabeth Fishman. Unconscious Transference in Eyewitness Identification. *Law and Psychology Review*, v. 2, p. 93-98, 1976. Disponível em HeinOnline: <<http://abre.ai/at6E>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

LOFTUS, Geoffrey R.; LOFTUS, Elizabeth Fishman. *Human Memory: The Processing of Information*. New York: Routledge, 2018.

LONGOBUCCO, Francesco. La prescrizione como ‘rimedio civile’: profile di ragionevolezza dell’istituto. *I Contratti*, Milano, n. 11, 2012.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

LOPES MEIRELLES, Hely. Ação popular e sua lei regulamentar. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. 9. São Paulo: RT, 2011.

LOSCHIAVO, Luca. Intorno al privilegio della praescriptio centum annorum. *Itinerari giuridici*. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo. Milano, 2007, p. 533-553. Disponível em: <<https://bit.ly/35enSGi>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, *ebook*, cap. III, item II, 2016.

LUNARDI, Fabricio Castagna. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 705, 2016.

MACÊDO, Potira Ferreira Brito de. O mandado de segurança e o prazo extintivo. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 375-391, set. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. 9. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Ação Popular*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

MARCATO, Antonio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do Novo Código Civil. In: CIANCI, M. *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARMOR, Andrei. *Philosophy of law*. Princeton, Princeton University, 2011.

MARTINS, J. S. Conflito de Leis no Tempo. A aplicação da Lei Nova às Prescrições em Curso. A Lei nº 2.437 e o Código Civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 66, p. 5-17, abr./jun. 1964.

MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o dies a quo do prazo prescricional. In: MIRANDA, D. G.; CUNHA, L. C.; ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. *Prescrição e Decadência: Estudos em Homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade Contratual: Prazo Prescricional de Dez Anos. *Revista dos Tribunais*, v. 979/2017, p. 215-241, maio 2017.

MATIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *A Parte geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectivo Civil-Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MATOS PEIXOTO, Jose Carlos. *Curso de Direito Romano*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editorial Peixoto, 1943.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos*, n. 58, p. 183-202, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRA, Sílvio A. B. Aquisição da propriedade pelo usucapião. *Revista de informação legislativa*, v. 22, n. 88, p. 195-228, out./dez. 1985. Disponível em: <<https://bit.ly/2QF5j8g>>. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. Delineamentos históricos do processo civil romano. *Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 98, p. 257-286, abr./jun. 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/2NBETnF>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas, prescrição e juros: considerações atuais. In: *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *Manual do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Tratado de Direito Civil*. v. 2. Parte Geral. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

_____. *Tratado de Direito Civil Português*. Livro II. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Tratado de Direito Civil*. v. 5. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Tratado de Direito Civil*. Livro V. Parte Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2018a.

_____. *Tratado de Direito Civil*. Livro XI. Contratos em Especial. 1ª Parte. Coimbra: Almedina, 2018b.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. O Mandado de Segurança: contribuição para o seu estudo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 825, p. 75-89, jul. 2004.

_____. Metamorfose dos Embargos. *Revista do Advogado* n. 85, p. 57-62, AASP, maio de 2006.

METRO, Antonino. Brevi note sulla "mors litis" per inattività. *Fundamina* (Pretoria), 2014, v. 20, n. 2, p. 638-647. Disponível em: <<https://bit.ly/2XuF9bC>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

MIGLIORI, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito Além da Vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTr, 2009.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 2004.

MILLER, David; SARRIS, Peter. *The Novels of Justinian. A Complete Annotated English Translation*. v. 1. Cambridge: Cambridge Uni. Press, 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Daniel Gomes. Prescrição e ação monitória em título executivo extrajudicial prescrito. In: MIRANDA, Daniel Gomes; CUNHA, Leonardo Carneiro; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. *Prescrição e Decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material- "Ação" Processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 33-40, abr./jun. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*. Primeira Parte. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Rodrigo. Direito Fundamental à temporalidade (razoável) dos direitos patrimoniais de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de Autor e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. *Civilistica.com*, ano 6, n. 1, 2017, p. 1-7.

MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. *Direito, Literatura e Cinema: inventário de possibilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MORATO, Francisco. *Da prescrição nas Acções Divisórias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1944.

MORATO, Antonio Carlos. O cadastro positivo de consumidores e seu impacto nas relações de consumo. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 14, n. 53, p. 13-26, jul./set. 2011.

_____. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 106/107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012

MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do Projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9 set./dez. 1999.

_____. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro: Subsídios Históricos para o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Opinião Jurídica*. Parecer solicitado por Luiz Carlos Sturzenegger e Fábio Lima Quintas. Brasília, não publicado, 3 de janeiro de 2011, p. 9.

_____. *Direito Romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. Ed. Atualizadores António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

MOUTA ARAÚJO, José Henrique. A decadência no Mandado de Segurança e Suas Variáveis. In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *Prescrição e Decadência: Estudos em Homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013.

NACATA JUNIOR, Edson Kiyoshi. *A responsabilidade por custódia no direito romano: análise do problema da compra e venda (emptio venditio)*. São Paulo: Tese de doutorado, USP, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NAZO, Nicolau. *A decadência no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, M. Limonad, 1959.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Declaração de nulidade de escritura. Usucapião. Matéria de Defesa. *Revista de Processo*, ano 19, n. 75, p. 241-243, jul./set., 1994.

_____. O não uso da coisa como forma de extinção do usufruto. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, p. 202-213, 2000.

_____. Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito pelos Juízes. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, N; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Processo e*

Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Consulta*. Parecer solicitado por Luis Casanova. São Paulo. 7 de março de 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Pontes de Miranda e o processo civil: a importância do conceito da pretensão para compreensão dos institutos fundamentais do processo civil. *Revista de processo*, v. 39, n. 231, p. 89-107, maio 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org.) *Dano Ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Tomo II. São Paulo: RT, 2015.

NICKERSON, Raymond; ADAMS, Marilyn. Long-term memory for a common object. *Cognitive Psychology*, v. 11, n. 3, p. 287-307, 1979. Disponível em: <<http://abre.ai/at5L>>. Acesso em 5 jul. 2019.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Prescrição e a Pretensão de Ressarcimento por Dano ao Erário. *Revista Trimestral de Direito Público*. Belo Horizonte, n. 59, p. 60-73, out./dez. 2014.

NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord.). *A nova crise do contrato: sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional, com Visão a Partir do Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 29.

OLIVEIRA LIMA, E. Interrupção de Prescrição Considerações sôbre o Usucapião das Servidões. *In: Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011. (o artigo foi originalmente publicado em RT 155/10, maio/1945).

OQUENDO, Felipe Barros. Nulidade de registros de marca concedidos em violação do princípio da distitividade intrínseca: apontamentos e aspectos de direito processual. *Revista Eletrônica do IBPI*, Instituto Brasileiro de Propriedade Industrial, n. 6, p. 345-405, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2RXynu5>>. Acesso em: 9 out. 2019.

ORTOLAN, Justinien. *Explication Historique des Instituts de L'Empereur Justinien*. 4. ed. Tomo II. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1847.

OSORIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PANZA, Giuseppe. Prescrizione. *In: Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. 4. ed. 2. ristampa. (Org.). SACCO, R. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1993-. v. 14.

PAVÃO, Rodrigo. Aprendizagem e Memória. *Revista da Biologia*, v.1, p. 16-20, 2008.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

PEREIRA, Mateus Costa; MACÊDO, Lucas Buriel. Da prescrição e outros equívocos em matéria de processo coletivo: ainda o precedente do STJ em sede de expurgos inflacionários. *In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE PAULINO DE JÚNIOR, Roberto. Prescrição e Decadência: Estudos em Homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodivm, 2013.

PERGHER, G. K.; STEIN, L. M. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. *Psicol. USP*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 129-155, 2003. Disponível em: <<http://abre.ai/at5y>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

_____. *Tratado de direito privado*: Parte Geral. Tomo XVIII. Atualizado por Nelson Nery Junior e Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012b.

_____. *Tratado de direito privado*: Parte Especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012c.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo II, Atualizador Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: RT, 2013a.

_____. *Tratado de direito privado*: Parte Geral. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2013b.

_____. *Tratado de direito privado*: Parte Geral. Tomo VI. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2013c.

_____. *Tratado de direito privado*: Parte Geral. Tomo VI. Atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilmar Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: RT, 2013d.

_____. *Tratado das Ações*. Tomo I. Atualizadores Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: RT, 2016a.

_____. *Tratado das Ações*. Tomo II. Atualizadores Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: RT, 2016b.

POPPER, Karl R. *The Open Society and its Enemies*. Single Volume. Princeton: Princeton University Press, 2013.

PORTUGAL. *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, livro IV, título LXXX, p. 224-225 1797.

_____. *Ordenações Afonsinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Livro IV, Título CVIII, 2 e 3, p. 395, 1984.

POSTMAN, Leo; PHILLIPS, Laura W. Short-term temporal changes in free recall. *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, v. 17, n. 2, p. 132-138, 1965. Disponível em: <<http://abre.ai/at5I>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Trad. Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

POZZATO, Anna. *La prescrizione nella prospettiva storico-comparatistica: radici romanistiche, ordinamenti nazionali, Principles of European Contract Law*. Tese. Padova: Dipartimento di Storia e Filosofia del Diritto e Diritto Canonico. Scuola di dottorato di ricerca in: Giurisprudenza. Università degli Studi di Padova, 2010.

PUGLIESE, Giuseppe. *La prescrizione nel diritto civile: parte seconda: la prescrizione estintiva*. 4 ed. Torino: UTET, 1924.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. Trad. Jacy de Souza Mendonça, p. 30, ebook. 1. Ed. Heildeberg, 1947. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZJ6sQA>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. [s.d.] Disponível em: <<https://bit.ly/39rWGqe>>. Acesso em: 12 maio 2018.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 11. ano 4. p. 213-238, abr.-jun. 2017.

RÉMY, Philippe. La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept. *R.T.D. civ.*, p. 323, 1997.

RENARD, Georges. L'idee d'annulabilité chez les interpretes du droit romain au moyen-age. *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, ano 27, p. 214-249, 1903. Disponível em: <<https://bit.ly/2F6aQzp>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIBAS, Antônio. *Consolidação do Processo Civil Comentada*. v. I. Rio de Janeiro: Dias da Silva Jr, 1879.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. Tomo II. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 133.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Maria Vital.; MENDES, Davi. A fixação do pretium na emptio venditio: exegese das fontes romanas e comparação com o direito civil contemporâneo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997a.

_____. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1997b.

_____. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3. Saraiva: 1999.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio 'res inter alios acta', função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 821, mar. 2004.

_____. *Código Civil Comentado*. vl. VI. Tomo I. Coordenação: Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Exceções no Direito Civil: um tema em busca de um autor?. *In*: MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. (Orgs.). *Prescrição e decadência: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. 1. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal; STF, 2004.

ROISIN, Christopher Alexander. *Vícios Redibitórios*. São Paulo: YK, 2018, p. 85-107.

ROSENVALD, Nelson. Comentários ao art. 2.028, CC/2002. In: *Código Civil Comentado*. PELUSO, C. (Org.). 13. ed. Baueri: Manole, 2019.

ROUBIER, P. *Les conflits de lois dans le temps: theorie dite de la non-rétroactivité des lois*. Tomo I. Paris: Recueil Sirey, 1929.

_____. *Les conflits de lois dans le temps: theorie dite de la non-rétroactivité des lois*. Tomo II. Paris: Recueil Sirey, 1933.

RUSCICA, Serafino. Prescrizione e decadenza nel diritto europeo. In: VIOLA, L. *Prescrizione e Decadenza*. Vizenza: Cedam, 2015.

SAAB LIMA, Rachel Maçalam. Análise Funcional do termo inicial da prescrição: violação do direito ou possibilidade de exercício da pretensão? Dissertação (de Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

SAINT-MARC, H. *De la pétition d'hérédité dans le droit romain et dans le droit civil français*. Bordeaux: Tese, 1880, p. 272. Disponível em: <<https://bit.ly/34sNGh6>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SALDANHA, Nelson. O direito romano e a noção ocidental de 'direito'. *Revista de informação legislativa*, v. 20, n. 80, p. 119-124, out./dez. 1983. Disponível em: <<https://bit.ly/2KcR0p9>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SARAIVA, Bruno de Sousa; ROCHA, Maria Vital. Notas a respeito da propriedade espaço-temporal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 3, p. 8469, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2tliseS>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2QHM91A>>. Acesso em 15 nov. 2019.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Tradução de M. Ch. Guenoux e Jacinto Mesia y Manuel Poley. Tomo III. Madrid: F. Gongora y Comp., 1879a.

_____. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Tradução de M. Ch. Guenoux e Jacinto Mesia y Manuel Poley. Tomo IV. Madrid: F. Gongora y Comp., 1879b.

_____. *A treatise on the conflict of laws: the limits of their operation in respect of place and time*. Trad. William Guthrie. 2. ed. Edinburgh: T&T, 1880.

SCHREIBER, Anderson; e KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, p. 9-27, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/35frBCT>>. Acesso em 15 nov. 2019.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. A Invalidação das marcas constituídas por expressões de uso genérico, vulgar, comum ou necessário. *Revista da ABPI*, n. 38, p. 11-19, jan./fev. 1999.

SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In: JUNIOR, Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladson.; ROCHA, Maria Vital da (Orgs.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 731-739.

SERPA LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e de segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1987. Disponível em: <<https://bit.ly/2tPCj61>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

SILVA, Ariadna Fernandes; ROCHA, Maria Vital da. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v. III, p. 1-22, 2017.

SILVA BORGES, Daniela. A prescrição na Lei n. 12.529/2011. *Publicações da Escola da AGU*, v. 10, n. 4, p. 107-133, Brasília, out/dez, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2tyfZxW>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Instituições de Direito Civil: direito das sucessões*. 17. ed. v. VI. Atualização. Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 24. ed. Atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011a.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011b.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011c.

SIMÃO, José Fernando. Vícios do Produto: questões controvertidas. *In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso Neri (Orgs.). Vinte Anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Prescrição e decadência e início dos prazos: doutrina e jurisprudência em harmonia. *In: SALMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Orgs.). Direito Civil: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

STEINER, Renata Carlos. A ciência do lesado e o início da contagem do prazo prescricional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 13, n. 50 p. 73-92, abr./jun. 2012.

TABOSA, Agerson. *Direito Romano*. 3. ed. Fortaleza: FA7, 2007.

TALLON, D. L'inexécution du contrat: pour une autre presentation. *RTD Civ.* 1994.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 5, p. 23–59, 1997. Disponível em: <<https://bit.ly/2F92jMj>>. Acesso em 15 nov. 2019.

_____. *A Parte geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectivo Civil-Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A prescrição trienal para a reparação civil. *Jornal Carta Forense*, 1 jun. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2PUZUtx>> Acesso em: 13 jun. 2019.

_____. *Relações obrigacionais e contratos*. v. I. São Paulo: RT, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

_____. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012a.

_____. *Relações obrigacionais e contratos*. v. I. São Paulo: RT, 2012b.

_____. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. v. 4. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Da prescrição e da decadência no Novo Código Civil Brasileiro. *In: Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *In: DIDIER JR, F.; MAZZEI, R. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil: Dos Atos Ilícitos, Da Prescrição e da Decadência, Da Prova*. v. III. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Prescrição e Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THON, August. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*: indagini di teoria generale del diritto. Trad. Alessandro Levi. 2. ed. Padova: Cedam, 1951.

TINOCO SOARES, José Carlos. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*. São Paulo: RT, 1997.

_____. Marcas e nomes empresariais – Decadência e prescrição à luz do novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*, v. 22, jan/abril, 2002.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A prescrição quinquenal para cobrança de dívidas no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 907, p. 31-58, maio 2011.

TORMINN BORGES, Paulo. *Decadência e Prescrição*. São Paulo: Pró-livro, 1980.

TRIGGIANO, Annalisa. ‘Nascita’ dell’azione e problemi di tutela processuale: diritto romano e tradizione romanística. In: GAROFALO, Luigi. ‘Actio in rem’ e ‘actio in personam’ in ricordo di Mario Talamanca. Tomo I. Milano: CEDAM, 2011.

TROPLONG, Raymond Théodore. *De la Prescription ou Commentaire du titre XX du livre III du Code Napoléon*. 4 ed. Tomo I. Paris: Charles Hingray Ed., 1857.

TUHR, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. W. Roces (Trad.) Madrid: Reus, 1934.

VALLE FERREIRA, J. Subsídio para o Estudo das Nulidades. In: *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 4. São Paulo: RT, 2011, p. 73-80 (originalmente publicado em RT 341/26, mar. 1964).

VALVERDE SANTANA, Hector. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Prescrição Extintiva e Caducidade*. Lisboa: Separata do ‘Boletim do Ministério da Justiça’, 1961.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. AZEVEDO, A. J. (Coord.). Parte Especial. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANA SANTOS, A. C. Prescrição e decadência – Teorias existentes. Sua crítica. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil - Parte Geral*. v. 5. São Paulo: RT, 2011.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Ministério da Justiça e Ed. UnB, 1979.

VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. *Direito Civil*. Niterói: Impetus, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O mandado de segurança na disciplina da lei 12.016, de 07 de agosto de 2009. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 58, n. 388, p. 25-44, fev. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018.

WALD, Arnoldo. Da extinção de servidão por decurso do tempo e do usucapião em favor do titular da propriedade do predio serviente. Regime legal dos bens do concessionário de serviço público. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 12, n. 45, p. 174-188, São Paulo, jul./set. 1988.

WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito Civil: introdução e parte geral*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WELLS, Gary; LOFTUS, Elizabeth. Eyewitness Memory for People and Events. *Handbook of Psychology*, v. 11, jan. 2013, Forensic Psychology, Chapter 25. In: OTTO, R. K.; WEINER, I. B. (Eds.). Hoboken. *John Wiley & Sons, Inc.; UC Irvine School of Law Research Paper*, n. 88, 2013. Disponível em: <<http://abre.ai/at6q>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele Pandette*. v. I. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925.

WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la 'actio'*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jur. Europa-America, 1974.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de processo*, v. 28, n. 109, p. 45-56, jan./mar. 2003.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*. Cambridge: Cambridge U. Press, 2002.

_____. *The new german law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

APÊNDICE

§. Índice de Fontes Latinas

Remissão	Texto original	Língua Contemporânea
C.Th. 4, 14, 1.	<i>Imp. Theodosius. A. Asclepiodoto Praefecto Praetorio. Sicut in re speciali est, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in eius valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare. Nam petitio finium regundorum in eo scilicet, quo nunc est, iure durabit. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblati speciale quoddam, licet per adnotationem, meruisse responsum vel etiam iudiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta conventio. In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu triginta denuo annorum devoluto curriculo tradita oblivioni et diuturno silentio comprobantur.</i>	Emperor Theodosius Augustus to Asclepiodotus, Praetorian Prefect. Just as actions in rem for specific pieces of property, so actions for an aggregate of things and personal actions shall not be extended beyond the space of thirty years. But if any property or right should be claimed or any person should be sued in any action or prosecution of whatsoever nature, the plaintiff must nevertheless beware of the prescription of thirty years. The same rule is valid also in the case of a person who seeks to vindicate a pledge or hypothecated property, not from his debtor but from another person who is in possession. Suits for the establishment of boundaries shall, of course, remain under the same regulations as at present. Therefore actions previously instituted shall have no possibility of surviving after an unbroken silence of thirty years from the time when they began to be legally available. Nor shall it suffice that any person should offer supplications to the Emperor and should receive some special rescript through the Emperor's annotation, or that he should also file the rescript in court, unless after the filing of the sacred imperial rescript and the registration of the demand in court, a summons should ensue. Actions within a Definite shall be subject to the same method of treatment without any doubt, if it should be proved that, after attestation of the suit and after the action has been brought to trial and issue on the principal question has been joined between the parties to the suit, again a period of thirty years has elapsed and that the action has been consigned to oblivion and a long continued silence
D, 4, 3, 18, 4	<i>Dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur.</i>	Trebácio é de opinião de se dever dar ação ou dolo contra aquele que o praticou fazendo com que a lide permesse por ter-se esgotado o prazo legal, não para a coisa ser restituída a arbítrio do juiz, mas para ser o autor indenizado das perdas e interesses resultantes de se ter realizado esse fato, pois, de outro modo, ficará fraudada a lei”

D, 4, 4, 19	<i>Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte aetas ipsius subveniat: nam post annum vicensimum quintum habebit legitimum tempus</i>	Acontece algumas vezes ao sucessor ter para reclamar a restituição mais do que o ano declarado no edito, se, por ventura, a sua idade o favorecer, porque depois dos vinte e cinco anos, terá ainda o prazo fixado na lei (...)"
D, 4, 6, 1, 1	<i>Si cuius quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset: sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicitur: item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actione qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur: cumve magistratus de ea re appellatus esset sive cui pro magistratu per magistratus sine dolo ipsius actio exempta esse dicitur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit.</i>	se alguém for prejudicado em seus bens, estando ausente por medo ou em serviço público sem dolo, ou estando preso na cadeia, reduzindo à condição de escravo e prisioneiro de inimigos, ou deixando passar o tempo fixado para intentar sua ação; da mesma maneira, se alguém adquirir alguma coisa por usucapião ou pelo não uso daquele a que pertencia, ou se ficar livre da ação por ter passado o prazo para intentá-la, visto que, por ausente, não se defendeu, ou por estar preso ou por embaraço dos meios de ser acionado por não ser permitido citá-lo para comparecer em juízo e por não apresentar-se alguém para defende-lo; ou por ter apelado o magistrado ou se te disser que a alguém sem dolo do mesmo se havia tirado perante o magistrado alguma ação, eu darei ação em todos esses casos dentro de um ano, a contar da data em que se estiver na possibilidade de acionar; e, do mesmo modo, se encontrar qualquer outra causa justa restituirei <i>in integrum</i> tanto quanto o permitirem as leis, os plebiscitos, senatusconsultos, editos e decretos dos imperadores
D, 8, 2, 6	<i>Haec autem iura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiantur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.</i>	Todas estas servidões, bem como a dos prédios rústicos, perdem-se pelo não uso durante certo tempo, com a diferença, entretanto, de que o não uso só não é bastante para fazer perder as servidões dos prédios urbanos, sendo ainda preciso adquirir também a liberdade por usucapião. Por exemplo, se minha casa tiver direito de servidão sobre a tua, pela qual te comprometeste a não levantar mais alta a tua casa para não prejudicar a luz da minha e eu, durante o tempo prescrito, houver tapado as minhas janelas, não perderei o meu direito se, durante o mesmo tempo, não tiveres elevado a sua casa. De outro modo, se de nada houveres feito de novo, conservarei a servidão de meter-se trave e eu houver tirado a trave, somente perderei o meu direito se tapares o buraco donde tirei a trave e o conservares tapado durante o tempo legal. De outro modo, se nada houveres feito de novo, a servidão permanecerá em sua integridade.
D, 21,1, 1, 1:	<i>Aiunt aediles: 'Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi</i>	The Aediles say: "Those who sell slaves should notify the purchasers if they have

	<p><i>vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. item si quod maucipium capitalem fraudem admiserit, mortis cousciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudiciura dabimus'.</i></p>	<p>any diseases or defects, if they have the habit of running away, or wandering, or have not been released from liability for damage which they have committed. All of these things must be publicly stated at the time that the slaves are sold. If a slave should be sold in violation of this provision, or contrary to what has been said and promised at the time the sale took place, on account of which it may be held that the purchaser and all the parties interested should be indemnified, we will grant an action to compel the vendor to take back the said slave. If, however, after the sale and delivery, the value of said slave shall have been diminished by the act of the slaves of the purchaser, or of his agent; or where a female slave has had a child after the sale; or, if any accession has been made to the property growing out of the sale; or if the purchaser has obtained any profit from said property, he must restore the whole of it. Moreover, if he himself made any additions to the property, he can recover the same from the vendor. Again, if the slave has committed an unlawful act punishable with death, if he has been guilty of any act against the life of some one, or if he has been introduced into the arena for the purpose of fighting wild beasts; all these things must be stated at the time of the sale; for in these instances we will grant an action for the return of the slave. Further, we will also grant an action where a party is proved to have knowingly, and in bad faith, sold a slave in violation of these provisions."</p>
D, 21, 1, 21, 1	<p><i>Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, id circo redhibitio est appellata quasi redditio</i></p>	<p>To return property is to cause the vendor to take back what he had in the first place, and because this is effected by giving it up, this is called a surrender, or restitution of the property, so to speak.</p>
D, 21.1, 38.	<p><i>Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.</i></p>	<p>The Aediles say: "Those who sell beasts of burden shall state openly and fairly if they have any disease or defect; and if they have been splendidly caparisoned for the purpose of selling them, they shall be delivered to the purchasers in this condition. If this has not been done, we will grant an action for the return of the ornaments, or for the return of the animals on account of the ornaments, within sixty days; or where the sale should be rescinded by reason of any disease or defect, within six months; or for the return of the purchase-money where the animals were worth less than they were sold for within a year. If a pair of beasts of burden are sold at the time, and one of them is in</p>

		such a condition that he should be returned, we will grant an action to enable both of them to be returned."
D, 21, 2, 31.	<i>Si ita quis stipulanti spondeat "sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. Sed ego puto verius hanc stipulationem "furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse" utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. Sed et si cui horum fuerit adiectum "praestari", multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.</i>	Where anyone makes a promise to the stipulating party "That the slave is sound, is not a thief, is not a violator of graves, etc.," the stipulation seems to some authorities to be void, because if the slave is of this character what is promised is impossible, and if he is not, the promise is without effect. I think that the following stipulation is more correct, namely: "That the slave is not a thief, is not a violator of graves, and is sound," and this is in conformity with law, for it contains what it is for the interest of the purchaser of the slave to have and not to have. But if a guarantee is added to any of these statements the stipulation will be still more valid; otherwise the stipulation introduced by the Aediles will be void, because no rational man would approve of it.
D, 27, 7, 8, 1	<i>Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum. hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.</i>	Paulus is of the opinion that an action of this kind should be brought against the heir of a guardian, just as the deceased would have been subjected to it. This is applicable to the extent that the heir will not be excused if he alleges that he had not found the documents relating to the guardianship; for as the heir in all bona fide actions is liable for the bad faith of the deceased, I think that the same rule should be observed in an action on guardianship. Relief, however, is granted by the Imperial Constitutions on account of the ignorance of heirs. This rule must also be observed when an heir is sued after the death of the guardian, but not where he died after issue had been joined; for by joinder of issue penal actions are transmitted for and against the heirs of both parties, and rights of action ordinarily extinguished by time are perpetuated
D, 40, 14, 4.	<i>Oratio quae prohibet apud consules aut praesides provinciarum post quinquennium à die manumissionis in ingenuitate proclamare, nullam causam aut personam excipit</i>	L'ordonnance qui défend de réclamer l'ingénuité devant les consuls ou les présidents des provinces après les cinq ans du jour de l'affranchissement, s'étend à toutes les clauses de réclamation et à toutes les personnes qui veulent réclamer
D, 40, 16, 2.	<i>Collusionem detegere ingenuitatis post sententiam intra quinquennium posse di vus Marcus constituit</i>	L'empereur Marc-Aurèle a décidé dans une constitution, que cette collusion pour roit être découverte et prouvée dans les cinq ans du jour du jugement qui a prononcé l'ingénuité
D, 44, 2, 25, 1:	<i>Si is, qui heres non erat, hereditatera petierit et postea heres factus eandera hereditatera petet, exceptione rei iudicatae non summovebitur. Est in</i>	If anyone who is not an heir should bring an action for the estate and, after having become an heir, should again sue for the same estate, he will not be barred by an

	<p><i>potestate emptoris intra sex menses, redhibitoria agere mallet an ea quae datur, quanti minoris homo cum veniret fuerit. nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit: quare vere dicetur eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione suraraveri. Si te negotiis meis optuleris et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei iudicatae non obstat: alia enim res facta est interveniente mandatu. idem est, si non in rem, sed in personam actum fuerit</i></p>	<p>exception on the ground of res iudicata. (1) It is in the power of a purchaser to bring an action to compel the property to be returned within six months, where the condition was that if a slave was worth less than he was sold for, the excess paid should be refunded; for this latter action also includes the clause for the return of the money, when the slave had such a defect that, on account of it, the purchaser would not have bought him if he had been aware of it. Wherefore, it is very properly said that if the purchaser who has made use of either one of these actions should afterwards employ the other, he can be barred by an exception on the ground of res iudicata. (2) If you interfere in my business, and bring an action for a tract of land in my name, and I afterwards do not ratify the claim which you have made but direct you to again bring an action to recover the same land, an exception on the ground of res iudicata will not act as a bar when conditions have changed since the mandate was given. The same rule will apply where a personal action, and not a real one, is brought</p>
D, 44, 3,1.	<p><i>Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi. neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiiri. Proinde sive apud hostes sit sive rei publicae causa absit sive in vinculis sit aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem illud utique neminem fugit experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit: proinde hi dies cedunt, quibus ius praetor reddit</i></p>	<p>Comme il est souvent question dans le droit de jours utiles, c'est-à-dire de jours où on peut poursuivre son droit, il faut expliquer ce qu'on entend par ces mots, avoir la faculté de poursuivre son droit. Il est d'abord nécessaire que le demandeur ait la faculté d'intenter action, il ne suffit pas que le défendeur se présente lui-même ou ait quelqu'un à sa place qui soit capable de le défendre, il faut encore que le demandeur n'ait aucun légitime empêchement d'intenter son action. Ainsi s'il est prisonnier chez les ennemis, s'il est absent pour le service de la république, s'il est en prison, s'il est retenu dans un endroit éloigné à cause du mauvais temps, en sorte qu'il ne puisse ni actionner lui-même, ni charger quelqu'un de sa procuration, il est censé n'avoir pas la faculté d'agir. Celui qui seroit malade, mais en état de charger quelqu'un de sa procuration, n'est point censé privé de la faculté d'agir. Tout le monde sait aussi qu'on n'est point censé avoir la faculté d'agir dans les jours où on ne peut pas se présenter devant le préteur. Ainsi on ne doit compter comme utiles que les jours où le préteur rend la justice"</p>
D, 44, 3, 9	<p><i>Rescriptis quisbusdam divi Magni Antonini cavetur, ut in rebus</i></p>	<p>it is provided by certain Rescripts of the Divine Antoninus that there is ground for prescription, where long-continued</p>

	<i>mobilibus locus sit praescriptioni diutinae possessionis</i>	possession of movable property has existed
D, 44, 7, 35.	<i>In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. In duumviros et rem publicam etiam post annum actio datur ex contractu magistratuum municipalium.</i>	Par rapport aux actions prétoriennes, il faut décider, suivant Cassius, que celles qui renferment la poursuite d'une chose ont lieu même après l'année, et que les autres n'ont lieu que dans l'année. Les actions prétoriennes qui n'ont lieu que dans l'année ne sont point données contre l'héritier: de manière cependant qu'il doit faire raison du profit qui lui est parvenu, comme on l'observe dans l'action de la mauvaise foi, dans l'interdit contre la violence et autres actions semblables. On dit qu'une action contient la poursuite d'une chose quand nous de mandons une chose qui est sortie de notre patrimoine par exemple quand nous intentons l'action prétorienne contre celui qui a succédé suivant le droit prétorien à notre débiteur. Telle est encore l'action Publicienne, qui est donnée à l'instar de la revendication. Mais lorsque cette action est donnée sous prétexte que la prescription n'a pas été consommée contre nous, quoiqu'elle l'ait été véritablement, elle ne dure qu'un an, parce qu'elle heurte les principes du droit civil
D, 48, 17, 3.	<i>Quamcumque enim quaestionem apud fiscum, si non alia sit propria praescriptio, viginti annorum silentio praescribi divi principes voluerunt.</i>	Any claim made by the Treasury is prescribed by a silence of twenty years, when there is no other prescription, as was established by the Divine Emperors.
D, 49, 1, 19:	<i>Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. Unde potest causa ab initio agitari.</i>	If a decision has been rendered directly against the strict interpretation of the law, it should not be valid, and therefore the case can be heard again without an appeal. A decision is not legally pronounced, if it is rendered specially against the laws, a Decree of the Senate, or an Imperial Constitution. Therefore, when anyone appeals from such a decision, and is barred by an exception, the decision is by no means confirmed by this procedure, hence the action can be brought again.
C, 1, 2, 23.	<i>Ut inter divinum publicumque ius et privata commoda competens discretio sit, sancimus, si quis aliquam reliquerit hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel donationis titulo aliquid dederit vel vendiderit sive sacrosanctis ecclesiis sive venerabilibus xenonibus vel ptochiis vel monasteriis masculorum vel virginum vel orpahnographiis vel brephotrophiis vel gerontocomiis nec non Iuri civitatum, relictorum vel</i>	“although a proper distinction exists between Divine and public law and private convenience, We decree that where anyone leaves an estate, a legacy, a trust, or anything under the title of a donation, or sells anything, either to the Holy Church, or to houses of charity, hospitals, monasteries of men and women, orphan asylums, insane asylums, old men's homes or cities, a long time shall be granted them to recover what has been donated, sold, or bequeathed, and

	<p><i>donatorum vel venditorum eis sit longaeva exactio nulla temporis solita praescriptione coartanda. 1. Sed et si in redemptione captivorum quaedam pecuniae vel res relictiae vel legitimo modo donatae sunt, et earum exactionem longissimam esse censemus. 2. Et nobis quidem cordi era nullis temporum metis huiusmodi actionem circumcludi. sed ne videamur in infinitum hanc extendere, longissimum vitae hominum tempus eligimus et non aliter eam actionem finiri concedimus, nisi centum annorum curricula excesserint: tunc enim tantummodo huiusmodi exactionem evanescere sinimus. 3. sive itaque memoratis religiosissimis locis vel civitatibus hereditas sive legatum sive fideicommissum fuerit relictum, vel donatio vel venditio processerit in quibuscumque rebus mobilibus vel immobilibus vel se moventibus, sive pro redemptione captivorum quaedam fuerint derelicta vel donata, sit eorum paene perpetua vindictio et ad anos centum secundum quod dictum est extendatur, nulla alia exceptione temporis inhibenda, sive contra primas personas sive contra heredes vel successores earum moveatur. 4. In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostrae tenorem constitutionis, quae legatariis et hypothecariis donavit, et supra dictis omnibus unum tantummodo terminum vitae suae imponimus, id est centum metas annorum. 5. Haec autem omnia observari sancimus in iis casibus, qui vel postea fuerint nati vel iam in iudicium deducti sunt</i></p>	<p>they shall not be barred by ordinary prescription. But where any money or property is bequeathed for the redemption of captives, or for any other lawful object, We decree that a very long time shall be granted for its recovery. And, indeed, according to the dictates of Our heart, actions of this kind should not be barred by the lapse of any length of time; but, in order that it may not be prolonged indefinitely, We have chosen to limit it to the longest period to which the life of man may extend, and have consented that the right to bring this action shall not be barred until after the term of a hundred years shall have elapsed, for only then do We permit the right of recovery of this kind to be extinguished. Therefore, whether an estate, a legacy, or a trust has been left to the above-mentioned most sacred places, or to cities, or whether a donation or a sale of any property movable, immovable, or which can move itself has been negotiated; or whether a bequest has been made for the redemption of captives, or funds donated for that purpose; there shall be an almost perpetual right to recover them, and that right shall be extended for the term of a hundred years (as has already been stated), without any other prescription being allowed, either against the original parties themselves, or their heirs or successors. (1) In all these cases, We not only grant personal actions but also real and hypothecary ones, in accordance with the terms of Our Constitution which concedes the hypothecary action to legatees and the beneficiaries of trusts; and with reference to all the matters above mentioned We only impose the term of human life, that is to say a hundred years. Again, We order all these things to be observed not only in such cases as may hereafter arise, but also in those which are now pending in court. Given under the Consulate of Our Lord Justinian, 528”</p>
<p>C, 2, 18 (19), 8 (9).</p>	<p><i>Adversus eos, qui negotia tua gesserunt, negotiorum gestorum iudicio civiliter consiste: nec tibi oberit, si propter occupationes militares eam litem tardius fuisses exsecutus, cum hoc genus actionis longi temporis praescriptione excludi non possit. ant. a. severo. a 218 pp. vi k. aug. antonino a. et advento cons.</i></p>	<p>The Same, and the Caesars, to Severus. You have a right to bring the civil suit based on voluntary agency against those who have administered your affairs, and your rights will not be prejudiced if you have delayed bringing it because you belong to the army, as this kind of an action is only extinguished by the prescription of long time. Given on the sixth of the Kalends of August, during the Consulship of Antoninus and Aventus, 219</p>

C, 2, 52(53), 7	<p><i>Supervacuum differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra re publica separantes sancimus et in antiqua Roma et in hac alma urbe et in Italia et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune: ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen satis nobis absurdum esse visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in maiorum tempus, in quo rei publicae causa afuerint vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne praecipitur, et sit non absimilis in hac parte minorum et maiorum restitution.</i></p>	<p>We, with the intention of abolishing the unnecessary distinction of the available year, in proceedings for complete restitution, do hereby order that, in ancient Rome, as well as in this Fair City, and in Italy, and all other provinces, the term of four continuous years shall be employed; and that they shall be computed from the day on which the available year began to run, and that this rule shall be adopted everywhere; as it seems to Us perfectly absurd that any distinction should be made with reference to different places. We order that this delay shall not only be granted in the case of the restitution of minors (when the available year began to run from the first day of their twenty-sixth year), but also with reference to persons of full age, so that the above-mentioned continuous time shall, instead of the available years, be observed both for the purpose of instituting proceedings and ending litigation.</p>
C, 2, 57 (58), 1.	<p><i>De formulis et impetratione actionum sublatis. Imperatores Constantius, constans. Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur. * constantius et constans aa. Marcellino praesidi phoenice. * <a 342 d. x k. febr. constantio iii et constante ii aa. cons</i></p>	<p>Concerning the suppression of formulas and claims, or rights of action. 1. The Emperor Constantine to Marcellinus, Governor of Phoenicia. The legal formulas which, by the subtlety of their phraseology, menaced all pleadings, shall be absolutely suppressed. Given on the tenth of the Kalends of February, during the Consulate of Constantius, Consul for the third time, and Constans, Consul for the second time, 342</p>
C, 3, 1, 13, 1	<p><i>Censemus itaque omnes lites super pecuniis quantaecumque quantitatibus, sive super condicionibus sive super iure civitatum seu privato fuerint illatae, super possessione vel dominio vel hypotheca seu servitutibus vel pro aliis quibusdam casibus, pro quibus hominibus contra se litigandum est, exceptis tantummodo causis, quae ad ius fiscale pertinent vel quae ad publicas respiciant functiones, non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas: sed omnes iudices, sive in hac alma urbe sive in provinciis maiorem seu minorem peragunt administrationem, sive in magistratibus positi sunt vel ex aula nostra dati vel a nostris proceribus delegati, non esse eis concedendum ulterius lites quam</i></p>	<p>Therefore, We decree that all suits which are brought for the recovery of any sum of money whatsoever, or with reference to civil conditions, the rights of cities or of private individuals; the possession, ownership, or hypothecation of property, servitudes; or any other questions on account of which litigation occurs between men; with the sole exception of such cases as involve the rights of the Treasury, or the discharge of official duties, shall not, after issue has been joined, be deferred longer than the term of three years. All judges, either in this Fair City or in the provinces, whether they are invested with inferior or superior jurisdiction, or discharge the functions of magistrates, or have been appointed by Us, or by Our nobles, shall not be permitted to protract cases for a longer</p>

	<i>triennii spatio extendere. Hoc etenim iudicialis magis esse potestatis nemo est qui ignoret: nam si ipsi voluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito iudice litem protelare</i>	time than the term of three years, for no one is not aware that this provision is superior to any judicial authority, and if the parties themselves should not acquiesce, no one can be found who will be bold enough to postpone a case against the consent of the judge.
C, 3, 28, 36, 2	<i>Illud praeterea sancimus, ut tempora de inofficiosi querellae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris ilico cursum de inoficioso querellae temporibus dabat, ut non liceat herdei quando voluerit adire, ne per huiusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali</i>	Moreover, We order that the time for filing a complaint on the ground that the will is inofficious, after the estate has been entered upon, shall be in conformity with the decision of Ulpianus; and that the opinion of Herennius Modestinus, who declared that the time for the bringing of such an action should date from the death of the testator, must be rejected; so that an heir shall not be permitted to enter upon an estate whenever he pleases, in order that a son may not, by a device of this kind, be defrauded of that to which he is naturally entitled. Therefore, We order that when a testator dies after having appointed a foreign heir, and it is expected that a suit to declare the will inofficious will be filed, the appointed heir if there is one residing in the same province shall be required within six months, or if he resides in another province, within a year from the time of the death of the testator, to declare his intention of either accepting or rejecting the estate; and that when the said term has elapsed, the son shall have the right to bring the above-mentioned action”
C, 4, 30, 14	<i>In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur no intra quinquenium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel sucessor eius, sed intra solum biennium continuum</i>	In written contracts by which money or any other property is either counted out or given to a person or his successor, who stated in writing that he has received the said money or other property, he cannot within five years plead the exception on the ground that the money was not counted out to him, as was formerly the rule; but he can only do so within the term of two continuous years, and, if this period has elapsed, no complaint based on the assertion that the money was not counted out can be interposed”
C, 4, 32, 26.	<i>Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, sive personali sive hypothecaria, ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex his temporibus eas vele sivi persolvi, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos anos referuntur, et adserendo singulis annis earum actiones nasci: principal enim actione non subsistente satis supervacuum est</i>	We order that those who have been barred in a principal, a personal, or an hypothecary action, by the prescription of thirty or forty years, cannot raise any question with reference to interest, crops, or any time which has expired, under the pretext that they desire interest to be paid to them only for the time not included in the thirty or forty years which have elapsed, on the ground that their rights of action arise each year. For the principal action no longer existing, it is entirely unnecessary for the judge to take

	super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.	cognizance of any question relating either to the interest or the crops
C, 7, 31, 1 e 2. “.	<p><i>De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi. Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritum nomen et substantiam sustulerit et comm unes exceptiones in omni loco valeant, id est decem vel viginti vel triginta annorum vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est usucapionem in italicis quidem solis rebus admittere, in provincialibus autem recludere. sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excluderentur et nullus eis ad eas reservabatur regressus. quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Ideo per praesentem legem et in italicis solis rebus, quae immobiles sunt vel esse intelleguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et hic decem vel viginti annorum vel triginta et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus semotis. Cum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae vel quocumque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant, non in italico solo nexu, sed in omnem orbem terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut, si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacumque terra sive italica sive provinciali bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei adquisitam. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium, quod in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan</i></p>	<p>Concerning the transfer of the right of usucaption and the abolition of the distinction of res Mancipi and res nec Mancipi. 1. The Emperor Justinian to John, Praetorian Prefect. As We, by Our care, have disposed of the name and substance of acquisitions ex iure Quiritium, and have provided that ordinary prescription shall be valid everywhere, whether it arises from possession for ten, twenty, or thirty years, or even for a much longer time, it would be useless to admit the right of usucaption only with reference to property situated in Italy, and to exclude it from application to that situated in the provinces. Where, however, anyone has had in his possession in good faith, for the term of two years, property belonging to another, which is situated in Italy, the unfortunate owner of the same shall lose his right to it, and shall be entitled to no recourse with reference to said property, which was lost without the knowledge of the said owner, for which reason there is nothing more unjust than for him, who is ignorant of the fact, to be deprived of his possession in so short a time. Therefore, We order by the present law, that where property situated in Italy is either immovable, or is understood to be such, the term of usucaption shall be extended (like that for a year), so that it will now run with those of ten, twenty, or thirty years, and others of still longer duration, and that the present limited period shall be abolished. Moreover, as the ancients fixed the time for the acquisition of movable property, or that which was capable of moving itself, or which was, in any way retained (of course when held in good faith), whether situated in Italy or anywhere else in the world, and allowed ownership to vest after possession for a year, We consider that this should be amended, so that where anyone has had possession in good faith of any movable property, or of any which was capable of moving itself, either in Italy, or in any of the provinces, for the continuous term of three years, he can acquire a legal title to the same, just as if it had been acquired by usucaption, it being only observed that in all such cases he must, in the first place, obtain it in good faith, just as is required by a prescription of long time, and that the possession acquired by any preceding lawful possessor shall be included in the</p>

	<i>alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. Ita etenim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia. Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis. iust. a. iohanni pp. a 531 d. xv k. nov. constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. cc.</i>	term of ten, twenty, or thirty years. We decree that, in the case of movable property, the legal retention of the preceding holder under a just right of possession, which he exercised over the said property, shall not be interrupted by the fact that the subsequent holder may have been aware that the property belonged to another, even though it was obtained under a lucrative title. The time has been extended by this law with reference to the usucaption of property which is the subject of the same, and We have limited that of usucaption, productive of such loss and injury to owners, and abolished the ancient practice of dividing property into mancipi, and nec mancipi, which is only in conformity with reason, so that a similar rule may apply to all property and all localities, and useless ambiguities and differences be finally disposed of. Given at Constantinople, on the fifteenth of the Kalends of November, after the Consulate of Lampadius and Orestes, 531”
C, 7, 33, 12, 3-4.	<i>Sit igitur secundum hanc definitionem causa perfectissime composita et nemo posthac dubitet, neque inter praesentes neque inter absentes quid statuendum sit, ut bono initio et possessione tenentis et utriusque partis domicilio requisito sit expedita quaestio pro rebus ubicumque positis, nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes. iust. a. iohanni pp. a 531 d. V k. Dec. Constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. Cc</i>	Therefore, after the promulgation of this law, let no one doubt what should be decided, whether the parties are present or absent; for if the occupant acquired possession in good faith in the beginning, and the domicile of both parties is ascertained, then let the question be determined, no matter where the property may be situated, without taking into consideration either knowledge or ignorance, in order that no other embarrassing occasion for doubt may arise. The same rule must be observed if the property is not attached to the soil, but is incorporeal and consists merely of rights, as, for instance, usufructs and other servitudes
C, 7, 34, 2.	<i>In servorum proprietatis negotio cum usucapio locum habeat, ad questionem longi temporis praescriptionis superfluo pervenitur</i>	It is superfluous to have recourse to the prescription of long time in matters relating to the ownership of slaves
C, 7, 35, 1.	<i>Imperator Alexander Severus. Tempus expeditionis adversus petitiones, si quae competisse iuste probari possunt, praescriptionem non parit. alex. a. venuleio veterano. a 224 pp. Vi non. Iul. Iuliano et crispino cons.</i>	The Emperor Alexander to Venuleius. The time passed in an expedition cannot be included in pleading prescription against a claim for land, if it can be legally established. Given on the sixth of the Nones of July, under the Consulate of Julian and Crispus, 224
C, 7, 35, 2.	<i>Imperatores Diocletianus, Maximianus. Cum per absentiam tuam eos, de quibus quereris, in res iuris tui intruisse adseveres teque ob medendi curam comitatu nostro discedere non posse palam sit, praefectus praetorio nostro accitis his</i>	The Emperors Diocletian and Maximian and the Caesars to Aurelius, Chief Physician. As you assert that, during your absence, those of whom you complain seized your property, and it is clear that you could not leave Our retinue on account of your profession as a physician,

	<i>quos causa contingit inter vos cognoscet. Non necessario autem petis ex longi temporis diurnitate praescriptionem tibi non opponi, quando iustae absentiae ratio et necessitatis publicae obsequium ab huiusmodi praeiudicio te defendat. diocl. et maxim. aa. aurelio archiatro. a 286 pp.Xii k.Mart.Nicomediae maximo ii et aquilino cons</i>	Our Praetorian Prefect, after summoning all the parties interested, will decide between you. It is not necessary for you to request that prescription based on lapse of time shall not be pleaded against you, since the fact that you were lawfully absent, and engaged in the public service, will protect you from damage in this respect. Published at Nicea, on the fifteenth of the Kalends of March, during the Consulate of Maximus, Consul for the fifth time, and Aquilinus, 286
C, 7, 35, 3.	<i>Imperatores Diocletianus, Maximianus. Non est incognitum id temporis, quod in minore aetate transmissum est, in longi temporis praescriptione non computari. ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit. diocl. et maxim. aa. numidio correctori italiae. a 290 pp.Iii id. sept.Ipsis iiii et iii aa. cons.</i>	The Same Emperors and Caesars to Numidius, Governor of Italy. It is well known that time passed in minority cannot be included in prescription, for the latter only begins to run when the owner of the property attains his majority. Published on the fourth of the Ides of September, during the Consulate of Diocletian, Consul for the fourth time, and Maximian, Consul for the third time, 290
C, 7, 35, 4.	<i>Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si possessio inconcussa sine controversia perseveraverit, firmitatem suam teneat obiecta praescriptio: quam contra absentes vel rei publicae causa vel maxime fortuito casu nequaquam valere decernimus. diocl. et maxim. aa. et cc. crispino. a 292 pp.Iiii k.Mart. hannibaliano et asclepiodoto cons</i>	The Same Emperors and Caesars to Crispinus. If uninterrupted possession has continued without dispute, you have a right to plead prescription. We, however, decree that it shall never be valid against persons who are absent on business for the State, and especially where this takes place unexpectedly. Published on the sixth of the Kalends of March, during the Consulate of Ambalians and Asclepiodotus, 292”
C, 7, 39, 1 (3).	<i>Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendatur. sed si qua res vel ius aliquod posteletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in eius valente persona, qui pignos vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem</i>	The right to bring special actions in rem, or general personal actions, cannot be extended beyond the term of thirty years. When any property or right is claimed, or anyone has a suit or a prosecution of any kind brought against him, the prescription of thirty years can be pleaded against the plaintiff. The same law is applicable in the case of a person who endeavors to recover property which has been pledged or hypothecated, not from his debtor, but from another who has had it in his possession for a long time; therefore, where actions have not been brought within thirty year's from the time in which this could be done, they cannot longer be prosecuted
C, 7, 39, 4.	<i>Imperator Anastasius. Omnes nocendi quibuslibet modis artes omnibus amputantes cunctas quidem temporales exceptiones, quae ex vetere iure vel principalibus decretis descendunt, tamquam si per hanc legem specialiter ac nominatim fuissent enumeratae, cum suo robore durare et suum cunctis, quibus</i>	The Emperor Anastasius to Matronianus, Praetorian Prefect. We, desiring to permanently dispose of every opportunity to cause injury, do decree that all prescriptions having reference to time, which are derived from the ancient laws or from Imperial decrees, shall endure in full force, just as if they had been specifically and definitely enumerated in

	<p><i>competunt vel in posterum competere valuerint, pro suo videlicet tenore praesidium in perpetuum deferre decernimus. Quidquid autem praeteritarum praescriptionum vel verbis vel sensibus minus continetur, implentes per hanc in perpetuum valituram legem sancimus, ut, si quis contractus, si qua actio, quae, cum non esset expressim saepe dictis temporalibus praescriptionibus concepta, quorundam tamen vel fortuita vel excogitata interpretatione saepe dictarum exceptionum laqueos evadere posse videatur, huic saluberrimae nostrae sanctioni succumbat et quadraginta annorum annorum procul dubio sopiatur, nullumque ius privatum vel publicum in quacumque causa in quacumque persona, quod praedictorum quadraginta annorum extinctum est iugi silentio, moveatur. Sed quicumque super quolibet iure, quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla re ipsa illata iudiciaria conventionem possedit, superque sua condicione, qua per idem tempus absque ulla iudiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus. anastas. a. matroniano pp. a 491 d. iiii k. aug. constantinopoli olybrius cons.</i></p>	<p>this law; and those who now have a right to avail themselves of them, or may in the future acquire such a right, shall, in accordance with their tenor, be able to do so for all time hereafter. And wishing to supplement what may have been omitted, either in words or meaning in prescriptions formerly in force, We order, by this law (which shall be valid for all time) that if there should be any contract or action which has not been expressly provided for by the rules governing the prescriptions above mentioned which, by means of either an accidental or an intentional interpretation, appears to afford means to evade the restrictions imposed by the prescriptions aforesaid, it shall be included in this Our most salutary law, and it shall, unquestionably, be extinguished after the lapse of forty years, and no private or public action relating to any cause or person which has been extinguished by the silence of the aforesaid forty years shall be brought. Anyone, however, who, under some title which has been undisputed during the above-mentioned period, has had possession of property without any judicial controversy having been raised with reference to it, still holds the same, shall remain secure in its ownership; and any slave who, after the expiration of said term, without having his case submitted to judicial investigation, has obtained an advantage of this kind, shall become free under the provisions of this most salutary law. Given at Constantinople, on the third of the Kalends of .., during the Consulate of Olybrius</p>
C, 7, 39, 7, 6.	<p><i>In his etiam promissionibus vel legatis vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos vel menses aut aliquod singulare tempus continente, tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni vel mensis vel alterius singulares temporis computari manifestum est.</i></p>	<p>With reference to promises, legacies, and other obligations which require the giving or payment of something every year, or every month, or at any other prescribed date, it is clear that the times of the above-mentioned prescription should not be computed from the date of such an obligation, but from the beginning of each year, or each month, or from any other time which may be specified</p>
C, 7, 39, 8.	<p><i>Si quis emptionis vel donationis vel alterius cuicumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti anos possederit et longi temporis exceptionem contra dominus eius vel creditores hypothecam eius preatendentes sibi adquisierit posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdidit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. hoc enim et</i></p>	<p>When anyone has held possession of any property which was obtained in good faith by purchase, agreement, donation, or any other contract, for ten or twenty years, and has acquired for himself the right of prescription based on long time, against the owners of said property, or creditors who claim that they are entitled to it through hypothecation, and he afterwards loses possession of said property by accident, We order that he shall be</p>

	<i>veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.</i>	entitled to an action to recover the same. If anyone carefully examines the ancient laws, he will ascertain that they authorize this
C, 7, 39, 8, 4.	<i>Exceptionem etiam triginta vel quadragita annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvite.</i>	We decree that the prescription of thirty or forty years shall, in the case of contracts in which interest is promised, begin to run from the time when the debtor has failed to pay it
C, 7, 40, 1.	<i>Super annali exceptione, quae ex italicis contractibus oritur, tantae moles altercationum in omnibus iudiciis exortae sunt, quantas et enumerari difficile et explanari impossibile est. Primum etenim naturae eius observatio cum omni scrupulositate et difficultate composita est, cum multa concurrere debent, ut ea nascatur. Deinde illud spatium annale alii quidem ita effuse interpretabantur, ut possit usque ad decennium extendi, alii iudicantes usque ad quinquennium standum esse putaverunt. et in nostris temporibus saepius super huiusmodi calculo a iudicibus variatum est, unde nec facile suum effectum in litigiis ostendere huiusmodi exceptio valuit. Cum itaque nobis aliae temporales exceptiones vel praescriptiones sufficiant, huiusmodi difficultatibus illigari nostro subiectos imperio minime patimur. ideoque memorata annali exceptione penitus quiescente aliae omnes legitimae exceptiones vel praescriptiones in iudiciis suum vigorem ostendant, sive quae super decennio vel viginti vel triginta vel quadraginta annis introductae sunt, sive quae minoribus spatiis concluduntur. iust. a. iuliano pp. a 530 d. xv k. april. constantinopoli lampadio et oreste vv. cc. cons.</i>	The Emperor Justinian to Julian, Praetorian Prefect. With reference to the exception of a year which is applicable to contracts made in Italy, such an enormous mass of controversies has arisen in all the tribunals that it is difficult to enumerate and impossible to explain them; for, in the first place, it has been attended with so many technicalities and difficulties that it is necessary for many things to agree in order for it to take effect. Then some authorities have interpreted the said period in such a liberal way that it can be extended as long as ten years; others have held that it should be limited to five, and in Our time, different constructions have been made by judges with reference to this computation; hence this exception does not readily produce any effect upon litigation. Therefore, as other exceptions of time or prescriptions appear to Us to be sufficient, We are not willing for the subjects of Our Empire to be embarrassed by difficulties of this kind, and therefore the abovementioned exception of a year having been absolutely abolished, all other lawful exceptions and prescriptions shall have full force in the courts, whether they depend upon the lapse of ten, twenty, thirty, or forty years, or whether they run for a shorter time
C, 7, 40, 2, 1.	<i>Ut perfectius omnibus consulamus et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, sancimus: si quando a fuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor suam intencionem proponere et non ei licentia sit, absente suo adversario qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, licentia ei detur adire praesidem vel libellum ei porrigere et hoc in querimoniam</i>	The Same Emperor to John, Praetorian Prefect. In order that We may protect the interests of all persons in a more thorough manner, and that neither absence, superior authority, nor the infamy of an adversary may injure anyone, but that a distinction may be made between the negligent and the vigilant, We decree that if he who has possession of property belonging to another, or which is pledged to a creditor, should be absent, and the owner of the said property or the creditor, desires to exercise his right of action, he shall not be permitted to do so in the absence of his adversary, who has possession of the property, or who labors under the

	<p><i>deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere: et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo poterit modo praesidem adire, saltem ad episcopum locorum eat vel defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. sin autem afuerit vel praeses vel episcopus vel defensor, liceat ei et proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione vel, si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem sive triennii sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit. Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt sive ab antiquis legum conditoribus sive a nostra maiestate, in suo robore duraturis</i></p>	<p>disadvantage of either infancy or insanity, and has no guardian or curator to represent him, or is subject to superior power, and that the owner or creditor aforesaid cannot seize the property by his own authority; but permission is hereby given him to appear before the Governor of the province, or to send him a statement in writing, and file his complaint within the time prescribed by law, and, by so doing, interrupt the prescription, and this shall be amply sufficient for the purpose. If, however, he should be unable to appear before the Governor, he can apply to the bishop of the diocese, or the Defender of the City, and state his wishes in writing without delay. When the Governor, the bishop, or the Defender of the City is absent, he shall be permitted to publish his intention in the place where the possessor has his domicile, by means of a statement signed by a notary, or if there are no notaries in the city, by one signed by three witnesses, and this shall be sufficient for the interruption of any prescription, whether it be of three years, or for a longer time, or even for thirty or forty years. All other prescriptions of long time, whether they are of thirty or forty years, which have been established either by ancient legislators or by Ourselves, shall remain in full force. Given at Constantinople, during the Kalends of October, after the Consulate of Lampadius and Orestes, 531”</p>
<p>C, 8, 3 (40):</p>	<p><i>Cum quidam rei stipulandi certos habebant reos promittendi, vel unus forte creditor. duos vel plures debitores habebat, vel e contrario multi creditores unum debitorem, et alii ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnoverunt, vel per solutionem, vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionis invenimus posifos; et nos ampliavimus, vel forte ad unum creditorem quidam ex debitoribus devotionem suam ostenderunt: vel cum plures essent creditores, debitor, qui solus existeret, ad unum ex his vel quosdam debitum agnovit: et quaerebatur si eis vel ei daretur licentia adversus alios indevotionem suam exercere, et quasi tempore emenso exactionem recusare, vel quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus, vel in iudicio pulsatis, deberent et alii ab omni contradictione repelli: nobis pietate suggerente videtur esse humanum,</i></p>	<p>Diversos credores solidários têm diversos devedores solidários, ou um credor tem dois ou mais devedores solidários ou pelo contrário diversos credores tem o mesmo devedor solidário; alguns dentre os devedores reconhecem a dívida, perante alguns credores, pagando, ou por qualquer outro modo, considerado pelas leis existentes e que confirmamos, capaz de interromper a prescrição. Ou então, alguns devedores reconhecem a dívida perante o credor comum; ou finalmente, o único devedor a reconhece perante um só ou apenas perante alguns credores. Discutia-se, a respeito desses casos, se seria permitido, ao devedor ou aos devedores, que tivessem pago a dívida comum, perseguir os outros, pela parte a eles cabível, sem poderem tais devedores opor aos primeiros a prescrição; ou se tendo alguns devedores reconhecido o débito ou sido chamados a juízo, deviam os outros ser privados de qualquer defesa, fundada em falta de reconhecimento ou de citação. Para nós, de acordo com a</p>

	<i>semel in uno eodemque contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita, omnes simul compelli ad persolvendum debitum, sive plures sint rei, sive unus: sive plures sint creditores, sive non amplius quam unus. Sancimusque in omnibus casibus, quos noster sermo complexus est, aiorum devotionem, vel agnitionem, vel ex libello admonilio - nem aliis debitoribus praejudicare, et aliis prodesse creditoribus. Sit itaque generalis devotio, e nemini liceat alienam indevotionem sequi: cum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit".</i>	equidade, interrompida a prescrição em relação a um ou a alguns dos obrigados pelo mesmo contrato, interrompe-se em relação aos demais, tanto no caso dum só ou vários devedores, como no dum só ou vários credores. Ordenamos, pois: em todos os casos acima, interrompe-se a prescrição contra todos os devedores, quando ela se tiver interrompido expressamente contra u m ou alguns deles, seja por pagamento, reconhecimento ou enfim por execução em juízo. Sejam de modo geral todos os devedores obrigados a pagar, a fim da injustiça dalguns não servir aos outros de pretexto para se arrependem de haver cumprido suas obrigações: pois o contrato nasceu da mesma raiz e fonte e a causa do débito surgiu da mesma ação
C, 8, 40, 28	<i>Idem A. Iohannis pp. Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non libel retur, ita et in fideiussoribus observari. Invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuinae persolvantur vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat</i>	Do Imperador Justiniano a João, Prefeito do Pretório. Ordenamos de modo geral que, como foi estatuído para os mandantes (ou seja, que pelo pedido feito contra um só, o outro não seja liberado apenas por causa disso), assim também se deva observar para os fideiussores. 1. E ordenamos que isso sempre se tenha em vista nas cauções dos fideiussores oriundas de um pacto dessa mesma natureza, e assim por lei geral ordenamos que por nenhum modo a escolha de um dos fideiussores [para ser processado] ou de uma das garantias libere o outro fideiussor ou a outra garantia, nem que mereça liberação o principal réu por causa de escolha de um [para ser processado], enquanto o credor não for satisfeito: mas permanecerá íntegro o direito, até que a ele credor tudo seja solvido em dinheiro, ou até que seja satisfeito de outra maneira. 2. E da mesma forma mandamos quando forem conjuntos os devedores, não permitindo que da escolha de um [para ser processado] decorra prejuízo ao credor com relação ao outro, mas para o credor permanecerão íntegras as ações que tiver, assim pessoais, como hipotecárias, até que seja satisfeito por completo
Nov, 9.1.	<i>Cum enim antiqua iura triginta annorum metis temporales exceptiones circumcludebant et, si hypotheca fuerat, paulo longiora eis apatia condonabant, nos sacrosanctas ecclesias huiusmodi quidem curriculis temporum nullatenus excludi concedimus, et maxime in hia rebus in quibus vel laesionem sustinuerint vel quicquam debeatur. Sed centum tantummodo annorum lapsu temporalem exceptionem eia opponi</i>	Whereas aciente laws circumscribed exceptionees temporales within limites of thirty years, or, if there had been hypothec, allowed them only slightly longer spans, we are granting that mos holy churches are by no means to be barred by such spans of time as these, particularly in cases where that have suffered injury, or are owed some debt. Instead, we enact that the only exception temporalis which may be brought against them is the passage of one hundred years,

	<i>sancimus, ut maneant per totum supradictum tempus integra iura ecclesiastica et non possit eis alia praeter centum annorum obviare exceptio, cum hoc tempus vitae longaevi hominis plerumque finis esse dignoscitur</i>	so that ecclesiastical rights are to remain intact throughout the time aforesaid, and so that no exceptio other than that of one hundred years can oppose then – that being recognized as, in general, the limit of a long-lived person’s lifespan”
Nov. 111.	<i>Dudum siquidem iusseramus ad centum iilia annos exceptionis propagari enricula, per cuina licentiam sanctionis negotia quidem multa commota sunt et velut antiquorum vulnerum obductae patuerunt iterum cicatrices, sed eorum sanitas provenire non potuit probationum scilicet difficinitatibus impedita, quoniam per tantam saeculi magis quam temporis spatium nec documentis integritas nec actia fides nec aetas valet testibus sufragari.</i>	at that time in the past, we had commanded that for venerable places the length of the prescriptive period should be extended to a hundred years. By now, numerous cases have been launched under the licence of such legislation, and it is as if the concealed scars of ancient wounds have been re-opened; the process of healing them has not been able to go forward, evidently because it has been hindered by the difficulties of bringing proofs. At such a distance in time, or rather in epoch, neither flawless proofs nor certainty over past events can support the witness – nor can their age
Nov. 131, 6	<i>Pro temporalibus autem praescriptioibus X et XX et XXX annorum sacrossanctis ecclesiis et allis universis venerabilibus locis solam quadraginta annorum praescriptionem opponi praecipimus; bos ipsum servando et lu exactione legatorum et hereditarium quae ad pias causas relectae suot</i>	“Instead of periods of prescription of ten, twenty and thirty years, we direct that the only period of prescription to be put up against holy churches and all other venerable places is that of forty years. That is to be observed also for the right to claim legacies and inheritances bequeathed for pious purposes”

* Versão inglesa do Código Theodosiano: THEODOSIUS II. *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian*. Trad. ução de Clyde Pharr trans. New Jersey: Princeton Uni. Press, 1952.

** Versão brasileira do Digesto: VASCONCELLOS, M. C. L. *et al. Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. São Paulo: YK, 2017.

*** Versão francesa do Digesto: JUSTINIANUS, F. P. S. *Les cinquante livre du Digeste ou des Pandectes de L’empereur Justinien*. Tradução de M. Hulot. Tomo VI. Paris: Rondenneau, 1804.

**** Versão inglesa do Digesto, na tradução de Samuel P. Scott: www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr

***** Versão inglesa do Codex Justinianus: <<https://bit.ly/33OpHcG>>

***** Versão inglesa das Novelas: MILLER, D. J. D; SARRIS, P. *The Novels of Justinian*. A Complete Annotated English Translation. v. 1. Cambridge: Cambridge Uni. Press, 2018

***** C, 8, 3 (40) com tradução de Alexandre Correia (CORRÊA, A. A. C. As obrigações solidárias em direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1960, vol. 55, p. 197-240. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5382>>. Acesso em: 3 jun. 2018)

***** C, 8, 40, 28 com tradução de Josué Modesto Passos a pedido do autor.

§. Abreviações

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
CC/1916 – Código Civil de 1916
CC/2002 – Código Civil de 2002
CCA – Código Civil argentino
CCC – Código Civil chileno
CCE – Código Civil espanhol
CCF – Código Civil francês
CCI – Código Civil italiano
CCP – Código Civil português
CCS – Código Civil suíço
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos
CF – Constituição Federal
CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC – Código de Processo Civil
DCFR – Draft Common Frame of Reference
LAP – Lei de Ação Popular
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LPI – Lei de Propriedade Industrial
PECL – Principles of European Contract Law
PSJCR – Pacto de San José da Costa Rica
RE – Recurso Extraordinário
Resp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
UNIDROIT – Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado

