

# NOTAS EM TORNO DA ALEGABILIDADE EM JUÍZO DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO NACIONAL ATUAL

Marcos Bernardes de Mello\*

José de Barros Jr.\*\*

Marcos Ehrhardt Jr.\*\*\*

Resumo: Este artigo tem por objetivo estudar questões importantes e controvertidas relacionadas ao instituto da prescrição, tal como tratado no Código Civil Brasileiro de 2002 e analisá-las em face dos conceitos relativos à eficácia jurídica sob a óptica da Teoria Geral do Direito, tomando aqui como paradigmas científicos, principalmente, os fundamentos da doutrina de PONTES DE MIRANDA, expostos, especialmente, no seu Tratado de direito privado.

Palavras-Chave. Eficácia jurídica, direito subjetivo, pretensão, ação, exceção, prescrição, direito substancial e direito formal.

Abstract: This article aims to study important and controversial issues related to the institution of prescription as treated in the Brazilian Civil Code of 2002 and analyze them according to the concepts related to the legal effectiveness from the perspective of the General Theory of Law, considered up to here as

---

\* PhD em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Emérito da Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL. Professor voluntário de Teoria Geral do Direito no Curso de Mestrado em Direito da UFAL e no Curso de Bacharelado. Advogado.

\*\* Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor e Diretor da Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL. Advogado militante.

\*\*\* Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas. Advogado.

scientific paradigms mainly the fundamentals of the doctrine of PONTES DE MIRANDA, exposed, especially in his *Tratado de direito privado*.

Keywords. Legal efficacy, subjective right, claim, action, exception, prescription, substantive law and formal law.

## I. INTRODUÇÃO.



Direito nacional vem sendo objeto de modificações, algumas acentuadas, em geral para melhor. O Código Civil de 2002, que é tão festejado por boa parte da doutrina que lhe reconhece uma proclamada ênfase que teria concedido ao tratamento dispensado às pessoas, e uma correspondente redução do tom patrimonialista que dominaria o *espírito* do Código anterior, em verdade, a nosso ver, deixou muito a desejar, ao omitir-se sobre temas de alta significação, como os da bioética, por exemplo, continuando em muitos pontos com os pés fincados no Século XIX, cuja visão de mundo alicerçara o Código de 1916.

A par disto, certamente em face da pressa com que se procedeu, no Senado Federal, à revisão do texto do Projeto, deixando de corrigir graves incompatibilidades com a inovadora e mesmo revolucionária, em alguns aspectos, Constituição Federal de 1988, e outros erros e omissões que o maculavam, aprovado que fora na Câmara dos Deputados em 1986 (antes, portanto, da nova Carta), e à outra, na Câmara dos Deputados, para onde retornou, para compatibilizá-lo conforme permitiu a Resolução nº 1 de 2000-CN (de duvidosa constitucionalidade, porque implicou modificação casuística no processo legislativo previsto nos arts. 65 e 66 da CF/88).

Em matéria de prescrição e decadência o Código atual incluiu em seu texto normas novas, algumas repetindo preceitos já enunciados pela secular doutrina e aceitas

pela jurisprudência (mesmo não estando contidos no Código de 1916) e outras verdadeiras inovações. São elas: arts. 189, 190 e 200. Afora essas examinar-se-á a norma do art. 193, que reproduz o art. 162 do Código de 1916.

Sobre essas normas e as repercussões que podem ter nas lides forenses versará este artigo.

## II. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Para a análise dos problemas que surgem com a aplicabilidade das normas contidas nesses dispositivos, há necessidade do domínio de alguns conceitos teóricos fundamentais sobre eficácia jurídica, os quais passarão a ser expostos sucintamente, com aplicação dos postulados da doutrina de Pontes de Miranda<sup>1</sup>.

Prescrição e preclusão (=decadência ou caducidade)<sup>2</sup>, são instituições jurídicas<sup>3</sup> que atuam diretamente sobre a vida das situações jurídicas e de seus conteúdos, causando-lhes a extinção ou o encobrimento, portanto, se referem ao plano da eficácia do mundo jurídico.

---

<sup>1</sup> A citação das obras de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, será feita pela indicação do tomo e do parágrafo em que são divididas, considerando as várias edições por editoras diferentes, o que faz mudar a numeração das páginas, mas não dos parágrafos. Com o critério que adotamos, a matéria pode ser consultada em qualquer edição, especialmente do *Tratado*, o qual, a partir da nota nº 2, será referido, apenas, como *Tratado*. Outros tratados serão citados com o seu título na integralidade.

<sup>2</sup> O termo decadência, segundo mostra PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t.VI, § 688, prefere referir-se a *preclusão*, como o vocábulo apropriado. Embora reconheça que em doutrina *tem-se dado largo uso à expressão decadência*, falando-se em *prazo de decadência*, afirma que a correta terminologia técnica é *preclusão e prazo preclusivo*, porque *o direito cai, não decai*, motivo pelo qual ele usa, largamente, a palavra *caducidade*. O Código de 2002, porém, consagrou a denominação *decadência*, definitivamente. O termo preclusão tem hoje uso comum em direito processual.

Neste trabalho usar-se-á mais a palavra *decadência*, em homenagem à preferência do Código Civil, empregando-se também o vocábulo *caducidade*.

<sup>3</sup> *Instituição jurídica*, segundo a boa doutrina, é expressão que nomeia o conjunto de normas jurídicas sobre uma determinada relação jurídica.

Assim, para analisar a natureza de cada uma e distingui-las entre si, bem como a possibilidade de exclusão de suas aplicabilidades, há necessidade do domínio de alguns conceitos que são essenciais para fundamentar nossas conclusões, os quais serão expostos a seguir, segundo a óptica da teoria ponteana do fenômeno jurídico.

## II.1) O FATO JURÍDICO COMO ÚNICA FONTE DE EFICÁCIA JURÍDICA.

Toda norma jurídica é expressada em proposição linguística cuja estrutura lógica se compõe de (a) de um *antecedente*, em que é descrito o fato ou o conjunto de fatos da vida considerados relevantes e merecedores de normatização pela comunidade jurídica (=suporte fático) e de (b) um *consequente* no qual são prescritos os efeitos jurídicos que aquele fato jurídico poderá produzir (=preceito)<sup>4</sup> quando ocorrer no mundo fático<sup>5</sup>.

Quando esses fatos da vida descritos, como hipótese, no suporte fático se concretizam no mundo da realidade, a norma jurídica<sup>6</sup> respectiva *incide* sobre ele (=suporte fático) e o torna

---

<sup>4</sup> Embora a eficácia jurídica constitua o fim prático para o qual a norma jurídica é adotada pela comunidade jurídica, em verdade, não é essencial que, efetivamente, se produza sempre no plano da realidade social. Pode haver fato jurídico ineficaz em seus efeitos finais, como é o caso do testamento antes da morte do testador, e também do ato jurídico nulo, isto sem nos queremos referir ao problema da aplicação *contra legem* ou da não aplicação da norma incidente, por erro do juiz ou outras causas.

<sup>5</sup> Abstraindo, aqui, a discussão sobre o problema de ser correta, ou não, a concepção kelseniana da estrutura *bimembre* da norma jurídica, segundo a qual a norma para ser completa conteria, necessariamente, uma norma primária e uma norma secundária, é preciso ressaltar que a proposição linguística de qualquer norma jurídica, portanto de cada uma delas, necessariamente descreve um antecedente (suporte fático) e prescreve um consequente (preceito).

<sup>6</sup> É preciso ressaltar que não se pode confundir a norma jurídica com os artigos ou outros dispositivos dos textos legais. As normas são, em verdade, o conteúdo dos textos legislativos (sobre o conceito de norma jurídica, ver MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*:plano da eficácia, §3, i, i', 10ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2015, e sobre sua atuação, *Teoria do fato jurídico*:plano da existência, §16, 20ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2014. Por isso, um artigo de lei pode conter mais de um

fato jurídico (=juridiciza)<sup>7</sup>, dotando-o das condições necessárias para que gere as consequências jurídicas que lhe são imputadas no preceito (= categorias de eficácia jurídica), as quais consistem, em regra, na criação, modificação ou extinção de situações jurídicas<sup>8</sup>, das mais simples, como a qualificação de pessoas e coisas, às mais complexas relações jurídicas, e na definição de sanções, prêmios e ônus.

Por isso é possível afirmar com absoluta certeza que o fato jurídico constitui a única fonte geradora de efeitos jurídicos. Nenhum outro fato, por mais importante que seja, se não houver sido qualificado como jurídico por uma norma, produzir qualquer consequência (=efeito) jurídico, seja qual for, por menor que seja.

## II.2) AS CATEGORIAS EFICACIAIS.

A relação jurídica<sup>9</sup>, onde são gerados e se desenvolvem os direitos, pretensões ações e exceções e os correlatos deveres, obrigações, situações de acionado e de exceptuado<sup>10</sup>, constitui a mais importante das categorias de eficácia jurídica

---

norma (ex. o art. 2º do C.Civil Brasileiro contém duas normas, a primeira que defere a personalidade do direito aos seres humanos ao nascer, e a segunda que assegura os direitos do nascituro, desde a concepção), ou ser expressada em mais de um dispositivo legal.

<sup>7</sup> Sobre a fenomenologia da juridicização, *vide* MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*, plano da existência, cit., §16.

<sup>8</sup> As expressões situação jurídica e relação jurídica são empregadas em sentido lato que abrange, não apenas aquelas que resultam de fatos jurídicos lícitos, mas, também, das que são geradas por fatos jurídicos ilícitos.

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA considera relação jurídica conceito fundamental do direito, depois da de fato jurídico. *Tratado*, t.I, Prefácio, 4.

<sup>10</sup> Sobre outras categorias de eficácia jurídicas, *vide* MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, cit. A concepção de que há deveres ínsitos nos direitos e direitos ínsitos no deveres é criação do coautor deste artigo Marcos Bernardes de Mello, que a ele se refere no livro citado, §27, 3.2. Essa concepção tem sido por ele desenvolvida com maior profundidade e apresentada em conferências e em outros trabalhos, devendo integrar a segunda parte de sua *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, em elaboração.

(=espécies de efeitos que as normas jurídicas imputam a fatos jurídicos).

Os efeitos jurídicos são apenas os atribuídos ao fato jurídico pela norma jurídica na sua parte prescritiva (=preceito). Não que a norma jurídica os produza (a eficácia normativa é apenas a incidência que faz jurídico o fato por ela previsto), mas, ela é quem os define. Se a norma jurídica somente atribui certo efeito ao fato jurídico, nenhum outro fator ou circunstância poderá ampliá-lo, reduzi-lo ou eliminá-lo. A fixação da eficácia constitui, assim, uma decorrência daquilo que o sistema jurídico institui como efeito do fato jurídico.

Desse modo, pode a norma jurídica atribuir a certo fato jurídico direito, pretensão, ação e exceção, ou somente direito e pretensão, ou apenas direito<sup>11</sup>, ou pretensão e ação sem direito, ou somente ação<sup>12</sup>, de acordo com o que for considerado conveniente ao sistema. Também nada impede quanto a variarem esses efeitos, como se, *e. g.*, a norma jurídica atribua ação a uma pretensão que não a tinha, ou retire ação a certa pretensão que a tinha, etc.<sup>13</sup>.

Para se dizer quais são os efeitos de certo fato jurídico é mister, por isso, que se conheça e se examine a norma jurídica que a eles se referem, a qual não terá de ser obrigatoriamente a mesma norma jurídica que gerou o fato jurídico.

---

<sup>11</sup> O vocábulo *direito* é aqui empregado para designar toda e qualquer vantagem atribuída a quem seja termo de uma relação jurídica, em geral denominado sujeito ativo ou credor, a que corresponde um *dever* do sujeito passivo, ou devedor. Não se emprega *direito subjetivo* porque entendemos tratar-se tão somente de um dos modos de ser da categoria *direito*: o direito que tem um titular, que *pertence* a certo sujeito de direito. Nem todos os direitos se subjetivam, necessariamente (*v.g.* os direitos transsubjetivos, ditos também difusos).

<sup>12</sup> Exemplos de ação sem direito subjetivo: ação popular, *habeas corpus* em favor de terceiro, ação civil pública, ação de interdição por insanidade física ou mental.

<sup>13</sup> Conforme mostra MELLO, *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit. §14, na adoção de qual deva ser a eficácia jurídica atribuída a um fato jurídico há uma quase arbitrariedade do legislador, cuja atividade somente sofre limitações em razão do respeito à dignidade do ser humano (em que se incluem os chamados direitos humanos fundamentais) e à própria natureza das coisas.

## II.3) DAS RELAÇÕES JURÍDICAS.

### A) CONCEITO

A relação jurídica, que pode ser assim conceituada  
*toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma jurídica incidu, juridicizando-a, bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência de fato jurídico*<sup>14</sup>.

As relações jurídicas podem ser classificadas por vários critérios<sup>15</sup>, mas aqui nos interessam apenas as que resultam da incidência de normas de direito material<sup>16</sup>, portanto, geradoras de fatos jurídicos produtores de direitos que se podem subjetivar, uma vez que somente nessas nascem as pretensões e ações de direito material, espécies que podem ser objeto de prescrição e decadência, que constituem a matéria específica deste estudo.

### B) ESTRUTURA E CONTEÚDO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO MATERIAL

As relações jurídicas são regidas<sup>17</sup> por princípios essenciais (=que não sofrem exceções) e por um princípio não-essencial (=que pode sofrer exceções), a saber: (a) essenciais: (a.a.) princípio da intersubjetividade (as relações jurídicas se formam, necessariamente, entre pelo menos dois sujeitos de direito, não essencialmente entre duas pessoas<sup>18</sup>); (a.b.) princípio da essencialidade do objeto (nenhuma relação jurídica pode existir sem

<sup>14</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, cit., §34

<sup>15</sup> Sobre assunto, vide MELLO, *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, cit., §§ 38 e s.

<sup>16</sup> A distinção entre normas de direito material e normas de direito formal reside em que da incidência daquelas resultam fatos jurídicos geradores de direitos (jurígenos) que podem se subjetivar, enquanto essas apenas criam instrumentos, definem formas, para a realização daquelas.

<sup>17</sup> Sobre isto, vide MELLO, *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, §36. cit.

<sup>18</sup> Sobre sujeito de direito e pessoa, vide MELLO *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, §§ 27 a 29, cit.

um objeto, que tanto pode ser um bem [relação jurídica de direito real], como a promessa de ato humano [relação jurídica de direito pessoal]); e (*a.c.*) princípio da correspectividade de direito e dever (a todo direito corresponde sempre um dever e a todo dever corresponde um direito); (*b*) não-essencial: princípio da coextensão de direito, pretensão e ação (a todo direito são asseguradas uma pretensão que o torna exigível e uma ação que o faz impositivo).

O conteúdo de uma relação jurídica, pode ser assim esquematizado:



Nessa esquematização procura-se demonstrar e identificar, através dos símbolos, o conteúdo e os princípios que regem uma relação jurídica, a saber:

(i) princípio da intersubjetividade: sujeito ativo R sujeito passivo;

(ii) princípio da essencialidade do objeto;



- (iii) princípio da corresponsividade: direito / dever, etc.;
- (iv) princípio da coextensão de direito, pretensão e ação.

## C) DO CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL.

### (I) DO DIREITO (SUBJETIVO)

Em geral, portanto nem sempre, dos fatos jurídicos jurígenos resulta, como fase eficaz primeira e básica, o direito, que se denomina subjetivo quando passa a ter um titular (*Vide*, antes, nota nº 12).

Pontes de Miranda<sup>19</sup>, sobre o conceito de direito subjetivo, tem a seguinte lapidar lição:

*Rigorosamente, o direito subjetivo é abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores do direito. A regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fáctico torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência, emana de vantajoso é direito, já aqui subjetivo, por que se observa do lado desse alguém, que é o titular dele.*

Tem-se como direito subjetivo, pois, a determinação, em certa pessoa, de posição ativa em relação jurídica (= credor), que lhe proporciona, preponderantemente, faculdades, poderes e deveres ínsitos relativamente a quem esteja na posição passiva (= devedor). Como se vê, o corresponsivo do direito é o dever<sup>20</sup>, que se constitui, também preponderantemente<sup>21</sup>, de encargo, oneração, sujeição ao direito e também de direitos ínsitos.

---

<sup>19</sup> *Tratado e Direito Privado*, t.V, § 559, 2, cit., e *Tratado das Ações*, t.I, § 4º, 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.

<sup>20</sup> Não a obrigação, como equivocadamente, dizia o Código Civil de 1916, art.2º, erro que foi corrigido pelo Legislador Civil de 2002, art. 1º.

<sup>21</sup> Diz-se *preponderantemente* porque, ao que parece, não há um direito cujo conteúdo seja sempre de vantagens, nem deveres que tenha por conteúdo exclusivamente ônus e submissões, pois, parece-nos, que não há sujeito ativo que somente seja titular de direitos, como não há sujeito passivo que somente tenha deveres. Como já mencionado na nota nº 10, que, ínsitos no conteúdo dos direitos, há deveres que vinculam o

Não há direito subjetivo sem o correspectivo dever, nem dever sem o correlativo direito; isto quer dizer que qualquer relação jurídica há de ter, necessariamente, dois pólos: um ativo, do credor, outro passivo, do devedor, ambos ocupados por sujeitos de direito.

Já houve quem quisesse explicar as relações de direito real como estabelecidas entre o titular do direito subjetivo e a coisa que lhe estava submetida; não haveria sujeito passivo: haveria uma situação jurídica subjetiva<sup>22</sup>.

Mas, o aprimoramento científico dos conceitos mostrou claramente que relação jurídica é relação intersubjetiva, vale dizer, entre pelo menos dois sujeitos de direito.

As coisas não podem ser sujeitos de deveres; são apenas objeto<sup>23</sup>; o que se passa quanto aos direitos absolutos, dentre os quais estão os direitos reais, é que nem sempre está visível o sujeito passivo da relação, como no domínio em que somente se vê o dono e a coisa.

---

sujeito ativo tão-somente em decorrência dessa sua titularidade, portanto que lhe dizem respeito simplesmente em razão de sua condição de titular do direito; da mesma forma, ínsitos no conteúdo dos deveres há direitos que cabem ao sujeito passivo em consequência dessa sua posição: são os *deveres ínsitos nos direitos* e os *direitos ínsitos nos deveres*, como os denominamos. O direito de propriedade, por exemplo, contém, dentre outros, como *dever ínsito* o de usar, gozar e dispor do bem conforme sua função social, onde se incluem os direitos de vizinhança. O credor numa relação de direito de crédito, tem o *dever* de não criar obstáculos a que o devedor cumpra regularmente a sua obrigação (=dever de cooperação). O devedor na relação de propriedade, não tem apenas o dever de abster-se de violar o direito do dono, mas tem o *direito* de exigir que o uso, gozo e disposição do bem respeitem sua função social. O devedor na relação de crédito não tem apenas o dever de pagar, mas também o direito de pagar.

<sup>22</sup> Como exemplos: VON TUHR, Andreas, *Teoría general del derecho civil alemán*, v.I, t.1: Los derechos subjetivos y el patrimonio, p. 156. Trad. Tito Ravà, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. Mais adiante, p. 158, diz: “I. Todo derecho subjetivo consiste en una relación jurídica del sujeto con una cosa o una persona; se le puede atribuir, pues, la calificación de relación jurídica”; GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, cap. 8, 10ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

<sup>23</sup> O mesmo VON TUHR, em afirmativa que nos parece contraditória, assevera: “Los derechos, cuyo objeto es una cosa corpórea, son los relativos a cosas o derechos reales.” (op. V. e t. cit., p. 168)

A concepção dos direitos absolutos como direitos subjetivos dirigidos a sujeitos passivos totais, o *alter*, esclareceu definitivamente a constituição da relação jurídica que neles se verifica, realçando a necessária intersubjetividade que nela existe.

Também não tem fundamento científico a idéia do direito sem sujeito. A indeterminação do sujeito de direito em dado momento não faz com que o direito não tenha um titular. Na herança jacente, que se costuma apontar como exemplo de direito sem sujeito, o titular da herança apenas é indeterminado quando da abertura da sucessão. No entanto, ou há um herdeiro ainda desconhecido naquela ocasião, ou, se não houver, a titularidade dos bens do espólio pertence ao ente público indicado na lei (Código Civil, art.1.822).

O direito subjetivo, assim também o correlato dever, se caracterizam por não serem exigível por si sós, porque existem *in potentia*, apenas, sem exigibilidade que resulta da pretensão e da obrigação. *Direito imponível é somente aquele revestido de pretensão e ação.*

## (II) DA PRETENSÃO

Quando ao titular do direito (subjetivo) a norma jurídica atribui o poder de exigir de alguém determinado (direitos relativos) uma prestação positiva ou negativa, ou de todos (=direitos absolutos) uma abstenção, ou quando todos o podem (exigir) de alguém determinado, existe não mais apenas o direito, mas a pretensão. A pretensão constitui a fase de exigibilidade do direito.

Enquanto ao direito corresponde o dever, da pretensão é correlata a obrigação: obrigação, portanto, é o dever revestido de exigibilidade. Pela prestação que for seu objeto, cumpre o devedor a obrigação, donde se há de concluir que a exigibilidade da prestação é uma consequência de haver pretensão do sujeito ativo da relação jurídica. Por isso, se pode dizer que a pretensão surge quando nasce o *crédito* e a correlata *dívida*.

Direito sem pretensão é direito inexigível, direito mutilado, conforme a terminologia ponteana: existe, porém não pode ser invocado como base de exigência de prestação, porque não há obrigação<sup>24</sup>.

A pretensão é, assim, um *plus* em relação ao direito subjetivo<sup>25</sup>, que tanto pode nascer juntamente com ele (*e.g.* nos direitos absolutos e nos relativos de família), como posteriormente (*e.g.* nos direitos de crédito, geralmente): a simultaneidade não é necessária (*vide*, adiante, exemplo de como se pode integrar sucessivamente o conteúdo de uma relação jurídica de direito material).

### (III) DA AÇÃO

Quando a obrigação não é adimplida no tempo, na forma e no local, conforme avençados, a pretensão é violada (= não é atendida), nascendo em favor do seu titular a ação, que se caracteriza por tornar impositiva a pretensão: a ação corresponde à fase de violação da pretensão e põe o devedor na situação de acionado.

A possibilidade de imposição da pretensão pela atividade do seu titular na busca de sua satisfação caracteriza a ação que, como é evidente, constitui um grau maior da pretensão, embora não seja a própria pretensão.

A prova disto está em que há pretensões sem ação, como direitos (subjetivos) sem pretensão e ação, mas, a ausência de ação implica haver pretensão que não pode ser imposta.

---

<sup>24</sup> Como será mostrado mais adiante, na prescrição, por exemplo, que encobre a pretensão, o direito continua intacto na sua existência, porém inexigível. Por isso é que o pagamento de dívida prescrita não obriga à repetição do indébito, porque havia direito ao pagamento, apenas não podia ser exigido.

<sup>25</sup> O nosso Legislador Civil de 2002 cometeu gravíssimo erro quando se referiu à pretensão como resultado de violação de direito (art. 189). Em hipótese alguma a pretensão nasce quando o direito é violado, mas tão-somente quando se torna ele exigível. Quem nasce da violação da pretensão (não propriamente do direito) é a ação, como veremos adiante.

A exigibilidade existe, porém, sem impositividade. Tudo se passa como se a pretensão fosse composta de duas partes (exigibilidade + atuação) e perdesse uma delas (a atuação)<sup>26</sup>. As chamadas dívidas de jogo são exemplos de direito subjetivo e pretensão sem ação, assim como o crédito prescrito: pode-se pedir o pagamento, mas, não se pode impô-lo.

A ação, portanto, é atribuição de impositividade à pretensão, segundo dispuser a norma jurídica, que tanto pode ser exercida através da atuação pessoal do seu titular (exercício extrajudicial da ação), como *forçadamente*, inclusive pela expropriação de bens do devedor, o que, em geral somente é possível por meio de invocação da jurisdição estatal através do uso dos remédios jurídicos processuais (=“ação” processual), aí incluída a arbitragem.

Desde que o Estado instituiu para si o monopólio da distribuição da justiça aboliu, quase completamente, o emprego da justiça de mão própria (autotutela dos direitos), vedando ao particular o poder que antes tinha de *imposição forçada* da ação por qualquer meio, em especial pela expropriação de bens do devedor para satisfação do seu crédito, como também nos casos de substituir-se ao devedor nas hipóteses de recusa em adimplir obrigação de fazer ou não fazer, *e.g.*

Em contrapartida, o Estado assumiu o dever de resolver os conflitos que se estabelecerem entre os súditos, realizando o direito objetivo incidente (fim imediato) e buscando a *pacificação* social (fim mediato) e outorgou às pessoas o direito de invocar a jurisdição estatal sempre que necessário para satisfação de seu direito subjetivo

Essa vedação, porém, ao contrário do que entendem certas correntes doutrinárias, não exclui que a impositividade da pretensão (=ação) tanto possa ser exercida através da jurisdição

---

<sup>26</sup> Segundo Pontes de Miranda “De ordinário, a pretensão contém a ação, que é exigência + atividade para satisfação.” *Tratado*, t. V, § 617, 5; e *Tratado das Ações*, t. I, § 5º, 5, *cits.*

estatal, como extrajudicialmente, por arbitragem ou mesmo diretamente pelo titular<sup>27</sup>, conforme já mencionamos antes.

Se a atuação direta extrajudicial do titular da pretensão obtém o resultado de o devedor prestar satisfatoriamente, fica atendida a pretensão e a ação, cessando a necessidade de invocação da jurisdição: o adimplemento satisfatório extingue a pretensão e a ação. Entretanto, se ocorre recusa por parte do devedor, ou se seu adimplemento é insatisfatório, o Estado *deve* a prestação jurisdicional que prometeu às pessoas que dela necessitam.

Esse conceito de ação não se confunde com outros conceitos em que, por terminologia imprecisa e inadequada, porém de uso comum, ao menos entre doutrinadores de línguas neolatinas, emprega-se o vocábulo ação, conforme anotado na introdução a este estudo<sup>28</sup>.

Um exemplo<sup>29</sup> dado a seguir poderá esclarecer melhor como, em geral, se desenvolve a eficácia no seio de uma relação jurídica, desde a aparição do direito ao surgimento da ação e seu exercício, mesmo com imposição forçada extrajudicial:

“i) No dia 5 de março, X contrata um empréstimo de R\$ 10.000,00 com a Caixa Econômica Federal (CEF), com

---

<sup>27</sup> O exercício pessoal da ação não sofre qualquer vedação, desde que não sejam empregados meios vexatórios que atinjam a dignidade humana do devedor. O particular, porém, não está impedido, por exemplo, de insistir na cobrança direta do seu crédito. Acrescente-se, ainda, que não tem caráter absoluto a proibição do emprego da justiça de mão própria (=autotutela dos direitos), uma vez que remanescem situações excepcionais em que a ação pode ser *imposta forçadamente* pelo seu titular independentemente de recurso à jurisdição estatal. Exemplos clássicos são (a) o desforço pessoal imediato do possuidor em casos de esbulho e turbação da posse (Código Civil, art. 1.210, §1º), (b) o da venda extrajudicial pelo credor pignoratício ou pelo credor hipotecário do bem apenado ou hipotecado para pagamento da dívida quando ocorre inadimplemento, (c) o direito de retenção e (d) a solução dos conflitos por meio de arbitragem (Lei n. 9.507,23/9/1996).

<sup>28</sup> Essa imprecisão acarreta como consequência a confusão terminológica a que nos referimos na introdução, com graves reflexos na doutrina.

<sup>29</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, *Aspectos do despacho saneador*, tese, Maceió, publicação do autor (s.d). Esse exemplo, com outra linguagem, encontra-se em MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, cit. §37,1.

vencimento para o dia 5 de julho do mesmo ano, ficando estabelecido, no entanto, que o pagamento poderá ser efetuado até cinco dias após o vencimento, sem juros, correção monetária e multa (= *pactum de non petendo*). *X* dá em garantia pignoratícia um anel de ouro e brilhantes, estabelecendo-se cláusula de em caso de inadimplemento, a CEF poderá vender em leilão o objeto do penhor para pagar-se.

*ii*) nesse dia 5 de março se estabelece uma relação jurídica entre *X* e a CEF, da qual nasce o *direito subjetivo* da CEF de receber o pagamento do empréstimo no dia 5 de julho, prorrogável até o dia 10, e para *X* do *dever* de naquele prazo efetuar o pagamento. Nesse interregno entre o dia 5 de março e o dia 5 de julho, nem *X* está *obrigado a pagar*, nem a CEF lhe *pode exigir o pagamento da dívida* (exceto em caso de vencimento antecipado da dívida, que não nos interessa nesse exemplo), porque, enquanto apenas direito, existe só *in potentia*, sem exigibilidade, de modo que não pode ser exigido do devedor;

*iii*) no dia 5 de julho, data do vencimento da dívida, nasce em favor da CEF a *pretensão* a receber e a correspondente *obrigação* de *X* de efetuar o pagamento da dívida. A partir dessa data, a CEF pode cobrar a dívida, que passou a ser exigível pela pretensão, mas não poderá impô-la (executi-la) até o dia 10, em face de *pactum de non petendo*, porque, não tendo havido ainda o descumprimento da obrigação, não nasceu a ação;

*iv*) se no 10 de julho (prazo de graça) *X* não efetuar o pagamento, ocorre o inadimplemento da obrigação, em consequência do que nasce em favor da CEF a *ação*, o que lhe dá o poder de *impor* a sua pretensão, inclusive forçadamente, expropriando bem de *X* para receber seu crédito, vendendo em leilão público o anel dado em garantia pignoratícia (imposição forçada da ação sem necessidade de recurso à jurisdição estatal).

*v*) caso, na venda do bem em leilão, obtenha preço superior à dívida, deverá creditar o excesso a *X*, ou, em sendo o valor da venda insuficiente para quitá-la, poderá cobrar a diferença, mas, agora, por meio de “ação” processual”<sup>30</sup>.

#### (IV) DA EXCEÇÃO

---

<sup>30</sup> Vide sobre isto, Ovídio Baptista e Fábio Gomes, *Teoria geral do processo*, 129, s.

A exceção pode ser conceituada como uma pretensão que cabe ao devedor de se opor à pretensão e/ou à ação do credor, cujo efeito consiste no *encobrimento da eficácia da pretensão* e/ou da *ação*. As exceções, mesmo as permanentes (=peremptórias) não têm eficácia extintiva.

Porque resulta de um direito, costuma-se defini-la como um *contradireito*, não sendo raro dizê-la uma *contrapretensão*.

Trata-se, portanto, de categoria de direito material, por isso constitui uma exceção substancial<sup>31</sup>.

Por se tratar de uma pretensão do devedor que se contrapõe à pretensão e ação do credor, implica titularidade de um direito, portanto, de posição ativa, razão por que, no esquema da relação jurídica acima apresentado, a relacionamos diretamente ao sujeito ativo da relação jurídica.

Se a exceção decorre diretamente de um direito de que não resulte a ação a que se opõe, são ditas independentes, ou exceções autônomas, porque bastantes em si mesmas. Quando a exceção provém de um direito de que resulte a ação contra a qual, especificamente, é oponível, diz-se que é não-autônoma ou dependente. Em qualquer espécie, porém, há sempre um direito que as embasam. Em razão das exceções autônomas é que se fala em *ius exceptionis* (direito de exceção).

São exemplos de exceções substanciais (=de direito material), as de prescrição (Código Civil, art.193), de invalidade do negócio jurídico (Código Civil, arts. 168 e 177)<sup>32</sup>, de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) e não cumprido satisfatoriamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) (Código Civil, art.476), de insegurança (Código Civil, art.477), de usucapião (Código Civil, art.1.238 e s.), de compensação

---

<sup>31</sup> Não se confundem, em hipótese alguma, com as exceções de direito processual (=formal), que dizem respeito, exclusivamente, a fatos e atos processuais, como competência e imparcialidade do juízo, litispendência e coisa julgada, por exemplo.

<sup>32</sup> Lê-se em PONTES DE MIRANDA (*Tratado*, cit., t. VI, §628, 1, (d) *Não temos mais a exceção de nulidade por vício de forma e a de rescisão. Já aí não cabe excepcionar; mas acionar, ou contra-acionar(em reconvenção ou em embargos)*).



(Código Civil, art.368), decorrentes de *pacto de non petendo*, *pacto de non compensando* (Código Civil, art. 375), *jus retenti-onis* (Código Civil, 1.219).

Há vários critérios para classificar as exceções substanciais. Para este estudo, além das espécies autônomas e não-autônomas já referidas, somente interessam as classificações das exceções em (a) peremptórias (=permanentes) e (b) dilatórias (=suspensivas), que se distinguem:

(a) as exceções peremptórias *encobrem* a eficácia do fato jurídico a que se opõem de modo permanente, definitivo, para sempre, mas sem extingui-la (ex. exceção de prescrição),

(b) enquanto nas exceções dilatórias o *encobrimento* da eficácia é provisório, uma vez que podem ser afastadas por ato do excepto que remova sua causa (ex. cessa a eficácia da exceção de contrato não cumprido, se o credor cumpre a obrigação que lhe cabe).

É preciso ressaltar que há uma essencial distinção entre *exceção substancial* e *defesa*, que reside na circunstância de que (a) naquela o réu reconhece a existência do direito e da pretensão deduzidos pelo autor, mas, se recusa a atendê-los, opondo a exceção que encobre-lhes a impositividade, definitivamente (=exceção peremptória) ou, apenas, temporariamente (=exceções dilatórias), enquanto nessa, (b) oferece objeção em que nega o direito, a pretensão e a ação objetos da demanda<sup>33</sup>.

### III. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA EM FACE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

#### III.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Prescrição e decadência, essa também denominada preclusão e caducidade<sup>34</sup>, são fatos jurídicos (*lato sensu*) que têm

<sup>33</sup> Vide esse sentido em Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, t.I, §23,2.

<sup>34</sup> Vide, antes, a nota nº 2 sobre essa terminologia. A decadência pode resultar,

suportes fácticos compostos por dois fatos: (i) *inação do titular em exercer um direito imponible* (=pretensão+ação) e (ii) *o decurso de certo lapso temporal*, aos quais as normas jurídicas atribuem eficácia, exclusivamente, deseficacizante<sup>35</sup>.

Por não haver previsão de elemento volitivo nos suportes fácticos, são classificados na categoria *ato-fato jurídico* e, em razão de seu efeito deseficacizante, da espécie *caducificante*<sup>36</sup>.

Apesar das semelhanças, se distinguem: (a) pela amplitude de suas eficácias: enquanto (i) a prescrição apenas *encobre* a ação e a pretensão, retirando-lhes impositividade, sem extinguí-las, (ii) a decadência *extingue* o direito e, por decorrência, a pretensão e a ação<sup>37</sup>; (b) pela peremptoriedade do prazo: (i) na prescrição o curso dos prazos está sujeito a suspensão e interrupção; (ii) na decadência, o prazo é peremptório, não sofrendo suspensões, salvo exceções específicas, nem interrupções, aqui sem ressalvas. Finalmente, a prescrição, no quadro das categorias eficaciais, constitui *exceção*, e a decadência *objeção* (defesa).

Prescrição e decadência são instituições de direito positivo, de modo que cada sistema jurídico lhes pode dar a configuração que considerar mais adequado. Por isso, nada impede que uma situação fáctica que era objeto de prescrição, a lei passe a qualificá-la como caso de caducidade, e vice-versa<sup>38</sup>. Assim, em

---

também, de ato ilícito caducificante. Vide PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., t. II, Parte III, Cap. IV, II, e MELLO *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., § 64, 3.2.

<sup>35</sup> PONTES DE MIRANDA assim a define: *prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação* (*Tratado*, cit. t.VI, § 662,2).

<sup>36</sup> Sobre a categoria ato-fato jurídico e a espécie caducificante, vide MELLO *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., §§ 34 e 35,2. Em PONTES DE MIRANDA essa matéria está desenvolvida com a profundidade e excelência que lhe são peculiares no *Tratado*, cit., t. II, Parte III, Cap. VII, especialmente nos §§ 209, 220 e 221. A essa espécie denomina *casos de caducidade sem culpa*.

<sup>37</sup> Na espécie resultante de ato ilícito caducificante, a eficácia pode limitar-se a suspender direitos: pena de suspensão de direitos políticos por certo tempo (ex. inelegibilidade), acessória de pena de perda de mandato eletivo; incapacidade de comerciar aplicada ao falido, etc. Não é sempre, portanto, extintiva de direito.

<sup>38</sup> O Código Civil de 1916 não fazia distinção entre prescrição e decadência. Todos os

face da liberdade do legislador, apesar de importantes tentativas doutrinárias<sup>39</sup>, parece-nos não ser possível definir critérios para que, *a priori*, se possa dizer que certo prazo é prescricional ou é decadencial<sup>40</sup>.

Postos esses fundamentos, passar-se-á ao exame das questões propostas.

### III.2. O ART. 189. QUAL O OBJETO DA PRESCRIÇÃO?

Em seu Esboço de Código Civil, Teixeira de Freitas inicia a regulação dos institutos civis, definindo-os. Aos domingos publicava, em jornal do Rio de Janeiro, os artigos que elaborara durante a semana. O Comendador Saraiva, ao que parece, único jurista que o honrava com comentários e críticas, lembrando-lhe o ancião brocardo *omnia definitio periculosa est*, admoestou-o, dizendo-lhe que *lei não deve conter definições*, pois seria tarefa da ciência. A essa observação, retrucou-lhe Teixeira de Freitas que disso tinha consciência, e lhe fez uma pergunta: *mas, onde está a ciência?* (à época a ciência jurídica nacional era incipiente).

Esquecendo (ou desconhecendo) esse episódio, o Legislador Civil de 2002 resolveu *fazer ciência* e incluiu no texto do Código o art. 189 em que está dito:

*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.*

---

prazos estavam relacionados como prescricionais nos arts. 177 a 179. Mas, a melhor doutrina sustentava a distinção.

<sup>39</sup> Vale referir AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis., in *Revista dos Tribunais*, nº 744, de 1997, que constitui brilhante tentativa nesse sentido.

<sup>40</sup> Na elaboração do projeto do atual Código Civil, cogitou-se adotar regra segundo a qual seriam prescricionais os prazos relacionados na Parte Geral no capítulo referente à prescrição, sendo de decadência os que constassem da Parte Especial. Sem êxito, porém. Há, porém, quem sustente que os prazos que não constam dos arts. 205 e 206 seriam decadenciais.

Esse enunciado contém dois graves equívocos, a saber: (a) a afirmação de que a *pretensão* nasce da *violação* do direito e (b) de que a prescrição tem o efeito de *extingui-la*. Demonstra-se.

(a) Conforme parece claro da exposição que se fez acima sobre as categorias eficaciais, a *pretensão* nasce no momento em que o direito subjetivo, que, em si, existe apenas *in potentia*, se torna exigível (=nasce o *crédito*), surgindo para o devedor a *obrigação de prestar* (=a *dívida*). É a fase de exigibilidade do direito. Por isso, é a pretensão que pode ser violada com o descumprimento da obrigação, *nascendo daí a ação* que a torna impositiva e, conseqüentemente, também ao direito do qual se origina. Não tem, portanto, qualquer relação com violação do direito.

Em verdade, o direito não pode ser violado simplesmente porque o dever, que é seu correlato, também só existe *in potentia*, como ele. Dever exigível é *dívida*, correlata de *crédito* (=direito exigível). A usual expressão “*violação do direito*”, a menos que se considere elíptica pela ablação da *pretensão*, não expressa com precisão a realidade do fenômeno que pretende expressar. O que se descumpre não é o dever, mas a *obrigação*, que é a categoria correlacionada à pretensão, nunca ao direito.

Essa convicção de que houve um equívoco do Legislador se confirma pela norma do art. 200 que é explícito em afirmar que é *ação* que sofre os efeitos da prescrição. Ali está dito:

*Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado em juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. (essa disposição será analisada em suas implicações mais adiante)*

Não há dúvida de que a prescrição não pode atingir a pretensão enquanto não violada pelo obrigado. Pode haver situações em que, embora já haja pretensão, essa não pode ser imposta e, por decorrência, não pode ser desatendida; e, se não pode ser violada, por não ser passível de imposição por meio da ação, como poderá prescrever?

Com efeito, já se mostrou antes, quando existe *pacto de non petendo*, há pretensão sem ação, portanto, sem impositividade. Um exemplo esclarecerá melhor. Em contrato de locação, que estabeleça o vencimento do aluguel no último dia de cada mês, mas se assegura ao locatário poder pagá-lo, sem onerações, até o dia 10 do mês seguinte, nesse lapso de tempo existe a pretensão (o locador pode pedir o pagamento), mas não pode impô-la, porque o locatário não infringiu sua obrigação de pagar. A ação somente nascerá se não houver o adimplemento do aluguel no dia 10.

Enquanto vigente o *pacto de non petendo* não há como se falar em prescrição, exatamente porque não há descumprimento da obrigação e, portanto, violação da pretensão.

E mais, como visto, a prescrição é efeito de ato-fato jurídico cujo suporte fático prevê a *omissão do titular em exercer seu direito imponible (=pretensão+ação) durante certo lapso temporal*. Daí, se o titular da pretensão não pode exercê-la (porque não tem ação), não se concretiza o suporte fático e, assim, não se juridiciza o ato-fato da prescrição.

Alguns autores têm sustentado<sup>41</sup> que essa disposição teria criado um novo conceito de prescrição, modificando aquele cristalizado pela ciência, naturalmente levados pela concepção do positivismo de que a ciência se deve moldar à lei, e não o contrário. Isto é relativamente verdadeiro. Neste caso, como se demonstrou, a lei foi formulada tecnicamente equivocada, contrariando a razão e a lógica, de modo que não pode prevalecer, por ser inconsistente.

Realmente, tudo leva à certeza de que houve, sem dúvida, um equívoco, talvez por desconhecimento da boa doutrina ou falta de avaliação de todas as implicações sobre a verdade

---

<sup>41</sup> Veja-se MARTINS FILHO, Ives Gandra e SILVA, Chistine Oliveira Peter da, Prescrição e decadência, in *O novo código Civil: homenagem ao Prof. Miguel Reale*, Coord. Franciulli Netto, Domingos, MENDES, Gilmar Ferreira, e MIRTINS FILHO, Ives Gandra, 2ª Ed., p.165, São Paulo, LTr, 2005.

fáctica. Essa convicção se consolida quando se lê o art. 200, antes citado.

(b) Por outro aspecto, a disposição normativa ao enunciar que a pretensão se *extingue* pela prescrição também cometeu outro equívoco: a prescrição não extingue, apenas *encobre* a exigibilidade (=pretensão) e impositividade (ação) do direito. Isto fica evidente do que enuncia o próprio Código:

*Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.*

Leve-se mais em consideração que a prescrição é *renunciável*, mas, somente depois de consumada (Código Civil, art. 191). A *renúncia* restaura toda a eficácia que foi por ela encoberta. Ora, se a prescrição extinguisse a eficácia do fato jurídico, como seriam restaurados os efeitos prescritos, se não mais existiriam?

Essa disposição é um verdadeiro *poço de equívocos*.

### III.3. O ART. 190. PRESCRIÇÃO DA EXCEÇÃO.

O Código de 1916 não continha dispositivo algum sobre a prescrição da exceção. No entanto, a melhor doutrina e a jurisprudência sempre entenderam que, em regra, a exceção não prescreve; no entanto, quando só baseada em pretensão prescritível prescreveria juntamente com ela. Mas, não de maneira geral, em face de peculiaridades, a saber:

(a) as exceções peremptórias, por serem permanentes e definitivas, não prescreveriam; exercida a ação em qualquer tempo, poderia o acionado opor a exceção exatamente porque o seu exercício estaria na dependência de que o credor exercesse a ação;

(b) as exceções autônomas, do mesmo modo, não prescreveriam, considerando-se que não estariam ligadas a direitos de que resultariam as ações contra as quais podem ser opostas, de modo que também dependeriam, essencialmente, de que a ação fosse exercida; e

(c) pelo fato de que as exceções são sempre declarativas, não havendo exceções constitutivas, mandamentais, condenatórias ou executivas, também não estariam sujeitas à prescrição, à semelhança das ações declarativas que também não prescrevem<sup>42</sup>.

Como observa PONTES DE MIRANDA, porém, nenhum desses critérios se poderia aceitar como absolutamente verdadeiro. Em face das peculiaridades que podem existir, em rigor, não seria possível definir uma regra geral em que, sem ressalvas, se possam enquadrar todas as exceções de certa espécie. Por isso, ao lidar com essa matéria, será sempre preciso que se proceda à análise de cada situação, a partir da qual se possa dizer em que casos não cabe a ressalva de imprescritibilidade.

Pois bem, o Código de 2002, enuncia, com total generalidade:

*Art. 190. A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.*

A norma merece reparos. Primeiro, a referência à pretensão não é adequada porque, como já demonstrado, não é apenas a pretensão que prescreve, mas, em rigor, a pretensão e a ação com que passa a ser impositiva.

Depois, mesmo que se interprete a expressão *pretensão* como *ação*, é necessário considerar se o direito do qual nasce a exceção tem ação que poderia ser exercida para elidir a ação do credor contra a qual se opõe a exceção, ou não. (a) Se o devedor tinha ação que obstaria a ação do credor, por exemplo, e não a exerceu dentro do prazo prescricional, parece claro que a exceção também prescreveu com ela, donde não poder mais ser oposta caso o credor venha a exercer sua ação depois de esgotado o prazo prescricional. Por exemplo: havendo negócio jurídico anulável tem seu figurante ação para anulá-lo, como também, simultaneamente, cabe-lhe a exceção que poderá ser oposta se o outro figurante, antes de ajuizada a ação anulatória,

---

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t.V, § 628.

propuser ação para exigir o cumprimento das obrigações decorrentes do negócio jurídico.

Se o prazo é decadencial, como nos casos de vícios da vontade, por exemplo, coação, e se esgota sem que seja proposta a ação anulatória, *ipso facto atque iure*, caducará também a denominada *exceptio metus*, de modo que se o coator, após dar-se a caducidade da ação anulatória, propuser ação para o cumprimento da obrigação, o devedor não mais poderá opô-la como defesa<sup>43</sup>.

(b) Se, no entanto, o devedor é titular de exceção autônoma (=não há ação capaz de elidir a pretensão do credor), somente poderá opô-la quando e se o credor propuser sua ação. O exercício da exceção depende, necessariamente, da ação do credor. Nessa hipótese, a exceção é imprescritível, pois, se a prescrição (e a caducidade) tem como fundamento a inação do titular da ação em exercê-la, não se pode dizer que haja inação quando a atuação depende de outrem.

A generalidade da regra, portanto, há de ser relativizada, em face das peculiaridades de cada caso concreto.

#### III.4. ART. 200. CONCORRÊNCIA DE AÇÕES CIVIL E PENAL.

Não é incomum que um mesmo fato, envolvendo as mesmas pessoas, concretize suportes fácticos de um ilícito civil e de um ilícito criminal, gerando, simultaneamente, uma ação civil e uma ação criminal. É o caso, por exemplo, de *ameaça* para que alguém realize um negócio jurídico que configure, ao mesmo tempo, *coação invalidante* (Código Civil, art. 151) e, também, *crime de extorsão* (Código Penal, art. 158). Nasceriam, assim, duas ações: uma cível (=ação anulatória), com prazo decadencial

---

<sup>43</sup> Em se tratando de decadência não há exceção, mas defesa, de modo que pode ser oposta a caducidade como objeção na contestação ou, se for caso, em reconvenção.



de quatro anos (Código Civil, art. 178, I) e uma ação criminal cujo prazo prescricional é de 16 anos (CP, art. 109, c/c art. 158).

O Código Civil de 1916 não cuidava de hipóteses que tais. Dispunha, no entanto, em seu art. 1.525, (norma reproduzida no Código atual, art.935)<sup>44</sup>, que

*A responsabilidade civil é independente da criminal, não se poderá questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões já se acharem decididas no juízo criminal.*

Essas disposições, evidentemente, davam ensanchar a sérios problemas em situações como aquela do exemplo que tomamos, quando divergentes as decisões eram divergentes.

O Código Civil de 2002, no entanto, inovou sobre a matéria ao adotar, no art. 200, regra geral segundo a qual

*quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.*

Essa norma, parece claro, tem o objetivo de proteger aquele que, concomitantemente, seja titular de ações cível e criminal originadas do mesmo fato, quando os prazos para exercê-las sejam diferentes, possa ajuizar, antes, a ação criminal, e aguardar, sem prejuízo, seu resultado definitivo para, então, propor a ação civil. Evita-se, assim, a possibilidade de decisões conflitantes, com influências danosas<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Existem, porém, no CPC normas dos arts. 110 e 265, IV, “a” e, que tratam da hipótese de haver ações em tramitação versando sobre o mesmo fato: (a) a do art. 110 determina que o juiz *pode mandar sobrestar o processo, se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação de fato delituoso; nesse caso, se a ação penal não for intentada dentro de trinta dias cessará o efeito do sobrestamento;* (b) as do art. 265, IV, “a”, § 5º, dispõem que *suspende-se o processo cível, pelo prazo máximo de um ano, quando a sentença de mérito depender de julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente.*

<sup>45</sup> Por exemplo: o autor pede na ação civil indenização pelo ato delituoso, que é julgada procedente, enquanto no juízo criminal a decisão nega ser o réu o autor do delito.

Entretanto, parece que não atende, satisfatoriamente, sua finalidade, criando, por sua generalidade, problemas que não são de fácil solução.

Veja-se: quando o prazo prescricional da ação civil for inferior ao da ação criminal:

(i) a suspensão do prazo para a propositura da ação cível estará condicionada ao efetivo ajuizamento da ação criminal antes de vencido o seu prazo de prescrição? ou

(ii) se a ação criminal não houver sido proposta, mas ainda possa sê-lo, dar-se-á a prescrição da ação cível se alcançado o seu prazo?

(iii) se a ação civil for proposta depois de seu prazo específico, mas dentro do prazo da ação criminal, se essa não vier a ser proposta, ou se somente o for já esgotado seu prazo prescricional, será possível ao réu na ação civil alegar a sua prescrição ao fundamento de que ocorrerá a prescrição da ação penal e que, portanto, não houvera a suspensão do transcurso do prazo?

(iv) em face do disposto no art. 207 do Código Civil, é aplicável o art. 200 se a ação civil for sujeita a decadência e não a prescrição?

Responder-se-á, sucintamente.

(i e ii) Enquanto não consumada a prescrição da ação penal, ou transitada em julgado a sentença penal, a pretensão anulatória permanece *viva* e, por isso, pode ser oposta como defesa (=objeção), caso seja proposta ação civil pelo outro figurante da relação jurídica. Por isso, embora permaneça íntegra, a exceção perde sua utilidade. No entanto, o tornar-se inútil, não a extingue, nem a encobre.

A suspensão do prazo da prescrição da ação civil não depende de que a ação penal haja sido, efetivamente, proposta; basta a possibilidade de sê-lo. Se for, dura a suspensão até que transite em julgado a sentença criminal. Se não houve ajuizamento da ação penal até a extinção do seu prazo prescricional,

somente a partir daí se contará o prazo para a propositura da ação cível.

Assim, enquanto pendente de ajuizamento a ação penal, a prescrição da pretensão e ação cíveis não começa a fluir. Se há ação penal em tramitação, somente após o trânsito em julgado da sentença, seja procedente, ou não.

(iii) A propositura da ação civil depois de transcorrido seu prazo prescricional específico, mas dentro do prazo de prescrição da ação criminal, não poderá ser considerada prescrita se essa (a ação penal) não vier a ser proposta, ou se seu ajuizamento somente se der após o transcurso de seu prazo prescricional. Da norma do art. 200 não decorre que a suspensão do prazo da ação civil dependa do ajuizamento da ação criminal. O suporte fático do art. 200 prevê a *possibilidade haver a ação criminal*, não a *efetiva existência* da ação criminal; ali se fala em *que deva ser*, não em *que seja*. A *decisão na ação criminal* não entra no suporte fático em caráter de necessidade.

É evidente, assim, que se a ação civil houver sido proposta quando já ultrapassado seu prazo prescricional próprio, mas ainda não vencido o prazo da ação criminal (=vigente a suspensão), não terá afetada sua tempestividade, se essa não vier a ser ajuizada em tempo ou se o for extemporaneamente (=quando já prescrita).

(iv) Finalmente, a suspensão do decurso de prazo aplica-se aos casos de decadência? Em verdade, das normas sobre a decadência resultam que os prazos decadenciais são peremptórios e infensos a interrupções e, em geral, a suspensões. O próprio Código Civil, art. 207, é taxativo ao enunciar que as regras sobre prescrição não se aplicam aos casos de decadência, exceto aquelas explicitamente ressalvadas. Dentre essas não consta a do art. 200.

No entanto, a partir de uma interpretação do conjunto normativo sistematizado no Tit. IV, do L II, da Parte Geral do Código 2002, com ênfase no método teleológico, parece

razoável e possível a conclusão de que o art. 200 é aplicável aos casos de decadência.

Com efeito, conforme já anotado antes, a finalidade precípua desse dispositivo consiste em evitar que possam ter decisões conflitantes lides entre as mesmas partes e com iguais fundamentos fácticos, mas sejam submetidas a juízos diversos e independentes. O exemplo, já dado acima, de *ameaça* que configure *coação invalidante*, ensejadora de ação anulatória do negócio jurídico, e também caracterize *crime de extorsão*, que se apura em juízo criminal, bem ilustra a possibilidade de divergências.

Leve-se em consideração que nada impede se possam definir casos de suspensão da fluência do prazo decadencial. Isto não descaracteriza a decadência. O próprio Código prevê a suspensão quando se trata de absolutamente incapaz (art. 198, I).

Por isso, parece não haver impedimento algum à aplicação do art. 200, quando o prazo seja decadencial.

### III.5. SOBRE A DECRETABILIDADE DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO.

O Código de 1916, em norma evidentemente heterotópica, porque de natureza eminentemente processual, dispunha, originalmente, em seu art. 166, que:

*O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não for alegada pelas partes.*

O CPC de 1973, nessa mesma linha, mas já excluindo da proibição os direitos não patrimoniais, em sua redação original, dispunha no § 5º do art. 219,

*Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.*

Posteriormente, o Código Civil de 2002, no art. 194, sem fazer distinção entre as naturezas dos direitos, limitou o poder judicial de decretar de ofício a prescrição, estabelecendo:

*O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.*

Posteriormente, a Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, revogou esse art. 194 do Código Civil e modificou o § 5º do art. 219 do CPC de 1973, então vigente, que passou a ser assim enunciado:

*O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.*

Essa norma, de evidente caráter cogente impositivo, atribuiu ao juiz o *dever* de decretar a prescrição, fosse qual fosse a sua natureza e qualquer que fosse o *momento processual*, tanto a encontrasse provada.

Nessa mesma linha, embora mudando o *tom* da norma que passou a ter cunho não-cogente dispositivo<sup>46</sup>, o atual CPC (Lei nº 13.105/2015) dispõe, no § 1º do seu art.332 que,

*O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência e prescrição.*

Essa orientação normativa, apesar do evidente e louvável intuito de evitar o dispêndio, inocuamente, de esforços judiciais (homenagem ao *princípio da economia processual*), acarreta sérias consequências em relação, tanto à natureza do instituto da prescrição, quanto à sistemática de sua operacionalidade.

Com efeito, conforme mencionado antes, constitui característica própria das exceções substanciais (dentre as quais se classifica a prescrição) o serem, necessariamente, *exercidas* (=opostas) contra a pretensão e a ação por ela encobertas. Sem que o titular do direito exercite sua pretensão e ação, não há como ser oposta a exceção que a elas se opõe<sup>47</sup>. A exceção substancial não atua por si. Como concebida desde os clássicos, em sua essência se encontra a necessária oponibilidade, exatamente por sua natureza de (*contra*) direito, o que implica a liberdade do seu titular em exercê-lo (como ocorre com o direito

---

<sup>46</sup> Vide a distinção entre cogência e não-cogência em MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, § 16, 2, 2.1.

<sup>47</sup> É possível, ao que parece, ação declaratória para que seja reconhecida a prescrição de uma pretensão específica.

subjetivo). Portanto, conforme essa visão (que não resulta de uma posição apenas ideológica, mas que tem raízes científicas), sem que seja formalmente oposta pelo seu titular, não seria possível ao juiz dela conhecer e muito menos decretá-la *ex officio*. O juiz, assim, estaria *dispondo* do direito, vale dizer, *substituindo* o titular do (*contra*) direito no seu exercício<sup>48</sup>.

Diferentemente, quando se trata de decadência, que não é exceção, por *extinguir* o direito, não necessita de alegação. O juiz não só pode, como deve decretá-la de ofício, sempre que a encontre provada, em qualquer momento do processo.

Diante disto, quando a lei passou a atribuir ao juiz, não o poder (antes do novo CPC o *dever*) de decretar de ofício a prescrição, à primeira vista pode parecer que o legislador a transformou em decadência, porque lhe retirou uma de suas características essenciais: a oponibilidade necessária.

No entanto, essa ideia perde consistência se considerarmos que permanecem vigentes e intocadas as demais regras do Código Civil específicas sobre prescrição, incompatíveis com a decadência, como a suspensão e interrupção do seu curso, a renúncia (exceto quando convencional) e a licitude e eficácia do pagamento de dívida prescrita, por exemplo.

Apesar disso, é indubitável que a prescrição não mais pode ser tratada como uma exceção em sentido próprio, porque desfigurada em sua essência. E nem cabe afirmar-se que a nova sistemática não modificou a natureza de exceção da prescrição, mas, sim, que tão somente alterou o conceito de exceção que, no direito brasileiro, não mais precisaria, em caráter de necessidade, ser exercida pela oposição *opportuno tempore*.

Em verdade, porém, o legislador criou um híbrido: prescrição com *espírito* de decadência<sup>49</sup>. Transformou-a, sem dúvida

---

<sup>48</sup> Por isso, dispensar-se a alegabilidade da exceção pelo seu titular acarreta desfigurar sua substância.

<sup>49</sup> Não apenas por isso, mas também em face da regra do art. 202, *caput*, de que a prescrição somente pode ser interrompida uma vez. Depois de interrompida uma, a prescrição perde uma de suas características e ganha outra, típica da decadência: não

em objeção, defesa que, como a decadência não depende de alegação. Mas, somente, pois não excluiu: (a) o seu efeito de apenas *encobrir* a pretensão e da ação, de modo que não as *extingue*, tampouco o direito; (b), possibilidade de que haja renúncia a seus efeitos; (c) a suspensividade e a interruptibilidade de seus prazos; (d) bem assim a irrepetibilidade do adimplemento da dívida prescrita (Código Civil, art. 882).

Mas os questionamentos não param aí. A nova regra criou outras questões, como se mostrará a seguir.

Por sua relevância, examinemos, em primeiro lugar, aquela que se refere ao momento processual em que o juiz pode decretar a prescrição:

(a) considerando-se que o CPC faculta ao juiz, liminarmente, julgar improcedente a ação, extinguindo o processo em face da prescrição, pode fazê-lo no despacho de admissibilidade da demanda, sem mesmo ordenar a citação do réu, como de ordinário, e, portanto, sem estabelecer o contraditório, ou

(b) somente pode fazê-lo depois de completada a relação jurídica processual com a válida citação do réu, com ou sem sua resposta?

A resposta positiva à questão (a) enfrenta problemas, a saber: (i) elimina o essencial contraditório (princípio fundamental do processo); (ii) cerceia o direito que tem o réu de renunciar à prescrição para discutir o mérito da causa e a procedência ou não da pretensão do autor; e (iii) cria o inconveniente de obrigar o aparelho judiciário a assumir, em cada feito, a responsabilidade de averiguar se ocorreu ou não a prescrição, o que nem sempre é evidente e, logicamente, sempre constituiu missão do réu, em face de seu interesse direto e imediato.

Se, diferentemente, opta-se por (b), admite-se a prática de atos processuais (=a citação e a resposta do réu) que, pela decretação da prescrição, se evidencia que eram inúteis, exatamente o que a lei quis evitar.

Há mais. Se no despacho de admissibilidade da demanda, o juiz não decretar a prescrição e, citado, o réu não a alegar em sua resposta:

(a) poderá decretá-la de ofício posteriormente, em qualquer momento processual, aplicando a regra<sup>50</sup> de que a prescrição é alegável em qualquer grau de jurisdição, ou

(b) ficará impedido de fazê-lo, tendo-se o silêncio do réu como renúncia tácita à prescrição?

É precisamente em relação à renúncia que a doutrina tem encontrado maiores dificuldades em face da decretabilidade de ofício da prescrição.

Pergunta-se se depois de decretada, judicialmente, a prescrição será possível ao devedor a ela renunciar? A resposta, parece, deve ser afirmativa. Com efeito, a renúncia tem como pressupostos apenas estar a prescrição consumada e que não cause prejuízo a terceiros. Não existe outra qualquer exigência, senão formal. Se houve, ou não, reconhecimento judicial dessa consumação, não importa. Portanto, se proposta a ação o juiz, sem ouvir o réu, decreta, *in limine*, a prescrição, nada impede que o réu (= beneficiário da prescrição) se comporte como se não tivesse havido a decretação e continue a considerar a dívida como não prescrita, adimplido-a, por exemplo.

No entanto, se o réu não reconhece a dívida e deseja discutir a validade do título que a gerou, ou a própria existência do negócio jurídico de que resultou, cria-se o problema de ordem processual de como fazê-lo: (a) poderá ingressar no processo e apelar da decisão, mesmo depois de decorrido o prazo recursal (por não ter sido citado), ou (b) poderá ajuizar ação declaratória, se seu questionamento se referir à existência do negócio jurídico, ou ação constitutiva negativa se o objeto for a sua validade, buscando em ambos os casos negar houvesse a dívida que prescrevera?

---

<sup>50</sup> Sobre essa regra, tratar-se-á adiante.



(a) À indagação (a) pode ser respondida afirmativamente. *Nemo inautitur damnari potest*. Se o réu não foi citado, a relação jurídica processual não se consubstanciou em face dele, por isso nenhum efeito se produz que o possa afetar. Desse modo, pode o réu ingressar no processo e recorrer da decisão porque a intocabilidade da coisa julgada, material ou formal, não alcança quem teria de ser e não foi parte no processo.

(b) Do mesmo modo, poderá ser ajuizada a ação cabível para que o negócio jurídico, e seus efeitos, sejam desconstituídos, em caso de invalidade, ou para que se declare a sua inexistência.

### III.6. SOBRE A ALEGABILIDADE DA PRESCRIÇÃO (ART. 193)

Segundo a norma do art. 193 do Código Civil, a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição. Mal lida, essa regra deixa a ideia de que não se aplicaria à alegação da prescrição o princípio da preclusividade, de modo que a omissão da parte em arguir suas pretensões (ou exceções) no momento processual oportuno impede-a de fazê-lo depois, em face da preclusão (=caducidade ou decadência).

Bem lida, porém, essa regra não exclui da preclusão o direito a alegar a prescrição. Se já ocorrida a prescrição e o réu *fala* no processo sem arguir seu direito de exceção, não mais o poderá fazer e outro momento qualquer. Lê-se em PONTES DE MIRANDA:

5. CONTEÚDO DO ART. 162. – (a) A regra jurídica do art. 162 não significa poder ser alegada a prescrição se o réu falou na causa e não exerceu o seu direito de exceção. Na contestação há de ser alegada se já existe a *exceptio*, porque então teria de ser exercida.<sup>51</sup>

A norma se refere, em verdade, à alegação da prescrição dita intercorrente, aquela que ocorre depois da citação. Nesse

---

<sup>51</sup> *Tratado*, cit. t.VI, 690, 5.

caso a alegação da exceção pode dar-se em outro momento processual qualquer posterior à sua consumação.

Esse problema desapareceu com a adoção da regra da decretabilidade de ofício da prescrição, uma vez que o juiz pode decretá-la, com ou sem alegação do réu.

#### IV. CONCLUSÕES.

##### IV.1. EM TORNO DA EFICÁCIA JURÍDICA.

Dessas noções podemos enunciar as seguintes conclusões:

(i) o direito (subjeto), a pretensão e a ação, distintos entre si, juntamente com a exceção, são categorias eficaciais que constituem o conteúdo de relações jurídicas de direito material geradas como eficácia de fatos jurídicos jurígenos (=que geram direitos subjetivos);

(ii) a eficácia dos fatos jurídicos tem seu conteúdo prescrito pelas normas jurídicas, definido segundo a valoração que a comunidade jurídica faz das necessidades sociais, quando as edita;

(iii) de ordinário, o conteúdo das relações jurídicas se compõe de direito, pretensão, ação e exceção, no polo ativo, e seus correspondentes deveres, obrigações, situações de acionado e exceptuado, no pólo passivo;

(iv) em regra, do direito decorre a pretensão, da violação da qual nasce a ação, consubstanciando *o princípio da coextensão dos direitos, pretensões e ações*, assim enunciável: ao direito corresponde a pretensão que o faz exigível e a ação que o torna impositivo<sup>52</sup>;

---

<sup>52</sup> Esse princípio estava positivado no art. 75 do Código Civil de 1916. Não foi reproduzido, com razão, por não se tratar de matéria de direito civil, no Código Civil de 2002. Como mencionamos no texto, não é um princípio essencial da relação jurídica, uma vez que sofre exceções, de que são exemplos os direitos mutilados, bem como pode haver ação sem direito ou pretensão (ação popular, *habeas corpus*, p.ex).

(v) é possível, no entanto, haver espécies em que haja direito (subjetivo) sem pretensão e ação, bem como pretensão sem ação ou sem exceção, como acontece aos denominados direitos mutilados *e. g.*, assim também ação que não decorre de pretensão e direito (subjetivo), embora tais situações sejam excepcionais em sistemas jurídicos como o nosso;

(vi) a ação constitui a fase eficaz que se caracteriza pela impositividade da pretensão. Embora possa ser exercida diretamente pelo seu titular (=exercício extrajudicial da pretensão e da ação), a sua imposição forçada somente pode ocorrer por meio de invocação da jurisdição estatal, salvo os casos excepcionais em que o sistema jurídico permite a autotutela de direito;

(vii) a exceção é um contradireito cuja eficácia consiste em encobrir a eficácia de certo fato jurídico.

#### IV.2. EM TORNO DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.

Sobre a prescrição e a decadência se pode concluir que:

(i) são atos-fatos jurídicos lícitos cuja atuação no mundo jurídico consiste, única e exclusivamente, em encobrir, extinguir ou suspender efeitos jurídicos produzidas por fatos jurídicos. Por isso, são classificadas como da espécie (*atos-fatos*) *caducificantes*. A decadência também pode ser eficácia jurídica de *ato ilícito caducificante*;

(ii) embora sejam atos-fatos cujos suportes fácticos têm a mesma configuração: *inação do titular em exercer pretensão e/ou ação durante certo lapso de tempo*, diferem em seus efeitos: a prescrição apenas *encobre* a pretensão e/ou a ação, não afetando o direito, que permanece vivo, porém, sem exigibilidade e impositividade, enquanto a decadência *extingue* o próprio direito, donde extinguir, por consequência também a pretensão, a ação e a exceção que dele decorrem;

(iii) prescrevem, portanto, a pretensão e/ou a ação, nunca o direito, de modo que se pode dizer que é o *crédito* que

prescreve, uma vez que não mais pode ser exigido e muito menos imposto;

(iv) o Legislador Civil de 2002 cometeu grave equívoco ao formular o enunciado do art. 198 ao afirmar que a pretensão nasce da *violação do direito*, porque a pretensão é tão somente a fase em que o direito se torna exigível e nunca resultante de violação do direito;

(v) quanto à prescrição das exceções, é preciso considerar duas situações: (a) se o devedor tinha ação capaz de obstar a ação do credor e a deixa prescrever, não poderá depois arguí-la como exceção à ação do credor, porque prescreveu juntamente com a ação; (b) diferentemente, não prescreve a exceção se seu titular não tinha ação capaz de elidir a pretensão do autor (=exceção autônoma), precisamente porque seu exercício (da exceção) depende de que haja uma ação que enseje a sua oposição, de modo que, não havendo ação, não se concretiza a inação que constitui o cerne do suporte fático da prescrição. Por isso, a generalidade da regra do art. 190 do Código Civil deve ser vista com reserva;

(vi) em havendo concorrência de ações civil e penal decorrentes do mesmo fato, não corre a prescrição da ação civil enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença criminal. A suspensão do curso da prescrição civil não depende do ajuizamento da ação criminal. Se o prazo prescricional do crime for superior ao da ação civil, a suspensão durará por todo aquele lapso temporal e somente cessará se ocorrer o vencimento do prazo sem a propositura da ação penal ou, se ajuizada essa, com o trânsito em julgado de sua decisão. Parece não haver impedimento algum à aplicação do art. 200, quando o prazo seja decenal;

(vii) a criação do *poder* do juiz de decretar de ofício a prescrição não modificou a sua natureza de exceção, mas trouxe uma série de problemas, inclusive tornando inútil a regra do art. 193. A alegação da prescrição pelo réu deixou de ser necessária;

se o juiz não decreta a prescrição, basta uma reclamação da parte a quem aproveita, em qualquer estágio do processo. Não há mais como falar em preclusão da prescrição. Não afetou, por outro lado, a renunciabilidade da prescrição, nem a irrepetibilidade do pagamento de dívida prescrita, mesmo após ser decretada pelo juiz.