

Pretensão e prescrição: *actio nata* e o termo inicial dos prazos prescricionais

Luca GIANNOTTI*

RESUMO: Este artigo aborda o termo inicial dos prazos prescricionais (*dies a quo*) a partir dos diversos critérios propostos pela doutrina contemporânea. Por meio da história do Direito e do Direito comparado, demonstra-se que as objeções hoje feitas à doutrina tradicional não partem de premissas inadequadas, embora indiquem para uma inconsistência valorativa relevante no sistema positivado. Diante desse problema, propõe-se o reconhecimento e a integração de lacunas para solucionar os casos-limite no regime atual, tais como o da responsabilidade civil extranegocial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil; Parte Geral do Código Civil; prescrição; termo inicial; *dies a quo*; responsabilidade civil extranegocial.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Modelos doutrinários relacionando direito subjetivo, pretensão e prescrição; – 2.1. Teoria clássica e o art. 189 do Código Civil; – 2.2. Três objeções à teoria clássica; – 3. Apreciação dos modelos e insuficiências do Código Civil; – 3.1. Pretensão; – 3.2. Prescrição; – 3.3. Recolocação do problema: a lacuna normativa; – 4. Considerações finais; – Referências.

TITLE: *Claim and Prescription: Actio Nata and Initial Term of the Statute of Limitations Period*

ABSTRACT: *This paper discusses the initial term of the statute of limitations periods (dies a quo) from the multiple solutions found in contemporary literature. Through a historical and comparative analysis, the paper demonstrates that the cotemporary objections to the classic theory are based on inadequate assumptions. Nonetheless, they point to a relevant value inconsistency in the Civil Code. Faced with this problem, this paper argues for the recognition and integration of gaps in the law to solve borderline cases, such as civil liability.*

KEYWORDS: *Private law; General Part of the Civil Code; statute of limitations; initial term; dies a quo; non-contractual civil liability.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Models relating subjective rights, claims and prescription; – 2.1. Classical theory and art. 189 of the Brazilian Civil Code; – 2.2. Three objections to the classical theory; – 3. Appreciation of the models and shortcomings of the Civil Code; – 3.1. Claim; – 3.2. Prescription; – 3.3. Reconsidering the problem: the normative gap; – 4. Final considerations – References.*

In questi atteggiamenti, in queste convinzioni, in questo comportamento si rivela in maniera evidentissima la posizione mentale della scienza giuridica europea, che operando attraverso i secoli con una serie di concetti tradizionali e con una terminologia ancor più tradizione, ha finito per ipostatizzare concetti e parole.

(Riccardo Orestano)

* Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Advogado em São Paulo. E-mail: lucadgiannotti@gmail.com.

1. Introdução¹

Atribuir efeitos jurídicos à simples passagem do tempo é uma característica geral dos ordenamentos contemporâneos.² Todavia, admitir-se que, após um determinado lapso temporal, o credor não pode mais exigir do devedor o que lhe era devido não é uma solução de todo óbvia. Em um contexto no qual as ideias de dever e de vinculação à palavra dada tomam precedência a outras considerações, como é o caso no Direito romano clássico, a passagem do tempo não teria por que tornar menor a dívida: a prescrição foi adotada como regra geral no Direito romano pós-clássico apenas a contragosto e por influência das províncias.³

As razões pelas quais os ordenamentos jurídicos passaram a prever a prescrição são as mais diversas, e geralmente conhecidas: a estabilidade do dever cede face à segurança jurídica, à proteção da confiança, às dificuldades probatórias, à sanção à inércia. Introduzir esse tipo de limitação no sistema privado, no entanto, não é simples. Como regra geral,⁴ equilibrar os valores envolvidos resulta em um regime positivo extenso e técnico, tradicionalmente visto como pouco propenso a grandes construções. Nosso Código Civil não escapa dessa regra. Dedicar-se à prescrição uma disciplina extensa nos arts. 189-206 e, exceto quanto à tradicional dificuldade de distinguir entre prescrição e decadência, pouco se escreve a respeito.

O objetivo deste artigo é apresentar de forma coerente um problema que, embora básico, coloca a dificuldade de harmonizar os valores envolvidos em primeiro plano: a partir de que momento o prazo prescricional deve ser contabilizado? Em outras palavras, qual é o *dies a quo* do prazo prescricional? E, a depender do marco escolhido, como solucionar algumas contradições entre os valores tutelados pelo sistema da prescrição e a aplicação das regras previstas?

Na primeira parte deste artigo, articulamos as respostas que vêm sendo oferecidas ao problema do *dies a quo*. Na segunda, apreciamos os modelos propostos e apresentamos

¹ O autor agradece as contribuições de Rodrigo Salton, André Luiz Pignatari Filho, Gustavo Haical, Paula Costa e Silva, Bernardo Queiroz de Moraes e Judith Martins-Costa. Uma versão inicial deste texto foi discutida no Grupo de Pesquisa de Direito Civil contemporâneo, organizado por Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Daniel Carnáuba e Luiz Carlos de Andrade Jr., cujas contribuições igualmente agradeço.

² ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*. Cambridge: CUP, 2004, p. 62.

³ Sobre esse cariz do Direito romano clássico, cf. SCHULZ, Fritz. *Principles of roman law*. Oxford: OUP, 1936, pp. 223-225; especificamente sobre a prescrição, p. 248. Sobre a introdução da prescrição, cf. KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. Zweiter Abschnitt: die nachklassischen Entwicklungen. München: C.H. Beck, 1975, pp. 71-72.

⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*, cit., pp. 65-66.

uma fundamentação que, a nosso ver, lastreia de forma mais rigorosa a prática já vista nos tribunais a respeito do termo inicial – o chamado viés subjetivo da *actio nata*.

2. Modelos doutrinários relacionando direito subjetivo, pretensão e prescrição

Para determinar o momento em que o prazo prescricional começa a correr, deve-se bem compreender como se articulam três conceitos básicos do Direito privado: (i) direito subjetivo, (ii) pretensão – sempre em sentido material – e (iii) prescrição.

Grande parte da cacofonia na doutrina contemporânea ao redor da prescrição se reduz à falta de termos básicos consistentes, assentados no emprego rigoroso da linguagem técnica. Por exemplo, entre o conceito de pretensão adotado por Pontes de Miranda e o normalmente utilizado por parte da doutrina contemporânea, há diferenças fundamentais⁵ que frequentemente passam despercebidas, adotando-se em geral o pressuposto de que não há divergência a respeito da desses elementos básicos.⁶

Como o objetivo é apontar como esses três elementos devem se articular, não analisaremos cada um dos termos separadamente. Importa-nos como alguns autores clássicos e contemporâneos atam direito subjetivo, pretensão e prescrição. Para evitar mais cacofonia, vamos estabelecer uma construção clássica e, a partir dela, apontar as divergências suscitadas.

2.1. Teoria clássica e o art. 189 do Código Civil

Por teoria clássica, entende-se o marco teórico a partir do qual a doutrina mais recente começa a construir seus modelos, seja para apoiá-lo, seja para criticá-lo – “*aquilo que persiste como rumor mesmo onde predomina a atualidade mais incompatível*”.⁷

No que diz respeito ao direito subjetivo, à pretensão e à prescrição, há grande continuidade entre a tradição brasileira pré-codificação, a posição dominante durante a

⁵ Cf., por todos, MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o *dies a quo* do prazo prescricional. In: MIRANDA, Daniel Gomes de et al. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho*. Salvador: JusPODIVM, 2013 e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, §615-617.

⁶ É o caso, por exemplo, de SAAB, Rachel. Análise funcional do termo inicial da prescrição. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coord.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, pp. 113-149.

⁷ CALVINO, Ítalo. *Por que ler os clássicos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 15.

elaboração do primeiro Código Civil e a doutrina subsequente, a despeito das sempre existentes dissidências.⁸

Desconsiderando os diferentes instrumentos conceituais usados pelos autores, como “pretensão” e “ação de direito material”, há uma surpreendente consistência teórica entre Teixeira de Freitas, Beviláqua e Pontes de Miranda – os mais influentes representantes dos marcos acima postos.

Todos, por exemplo, defendem uma visão radicalmente objetiva da prescrição. O único requisito para que se inicie a contagem do prazo prescricional é o surgimento de uma ação ou pretensão,⁹ ou seja, basta a *actio nata*. Essa também era a doutrina hegemônica no plano internacional, que se formou contra a opinião majoritária durante o Direito comum a partir de Savigny.¹⁰⁻¹¹

Assim sendo, podemos adotar a exposição do *Tratado de Direito Privado* como a consolidação da forma de articular “direito subjetivo”, “pretensão” e “prescrição” carreada pela tradição dominante. Como já se disse, é contra essa visão que a doutrina

⁸ É o caso, por exemplo, da obra mais importante da história do direito brasileiro sobre prescrição, que se posiciona criticamente: CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed., atual. por Aguiar Dias. Forense: Rio de Janeiro, 1982, pp. 21 ss.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §665, n. 1: (“No suporte fático da prescrição, é preciso que estejam: a) a possibilidade de pretensão ou ação [...] b) a prescritibilidade da pretensão ou ação [...] c) o *tempus* (transcurso do prazo prescricional) sem interrupção, e vazio de exercício pelo titular da pretensão ou da ação”); TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 511: “para [a prescrição extintiva] basta o lapso de tempo, como é hoje de doutrina corrente”; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 350: “a prescrição, para produzir o seu efeito extintivo, não necessita de outro requisito, senão o decurso do tempo”.

¹⁰ Período entre a recepção do Direito romano até o início das codificações, cf., sobre o tema, WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5. ed. Lisboa: FCG, 2015, pp. 225 ss.

¹¹ No Direito comum, exigia-se boa-fé subjetiva, o desconhecimento escusável do direito alheio por parte do obrigado, durante todo o lapso temporal para que a prescrição extintiva ocorresse. Justamente se opondo a um aspecto da construção dos autores do direito comum, Savigny retoma o conceito de *actio nata* para definir o início do prazo prescricional: o marco inicial é o surgimento da ação; não, como defendiam alguns autores, do momento em que o titular poderia vir a se tornar titular da ação. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. V. Berlin: Deit und Comp., 1841, § 239, p. 281: “Enquanto não existir um direito de ação, este não pode ser negligenciado; portanto, não pode ser perdido por negligência. Ele deve, assim, ser *actio nata*, para que o prazo prescricional comece” (trad. livre de: “*So lange kein klagrecht vorhanden ist, kann dasselbe nicht versäumt, also auch nicht durch Versäumnis verloren werden. Es muss daher Actio Nata sein, wenn eine Verjährung anfangen soll*”).

A origem da expressão *actio nata* é o disposto no *Codex* em C.7.40.1.1, no qual se determina o limite de 30 anos para quase todas as ações, a contar a partir do momento em que a *actio* nasceu (*actio nata*). Eventualmente, o uso da expressão “*actio nata*” começa a significar que basta uma *actio nata* – isto é, a existência de uma pretensão/ação - para que o prazo prescricional se inicie. Sobre a evolução da prescrição, cf. COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht*. Bd. 1.: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800). München: C.H. Beck: 1985, §32, para a evolução continental.; cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §665, n. 10, p. 118, para a evolução luso-brasileira. As ordenações, todavia, ainda se vinculavam à tradição do Direito comum, dispondo que o devedor de má-fé, isto é, o que sabe que deve, não pode se beneficiar da prescrição (Ord. livol. 4, t. 79, §1). A usucapião, figura então mesclada à prescrição, também a exigia. A evolução paralela da prescrição e a usucapião tendente à objetividade não pode ser desconsiderada.

alternativa se colocou a todo momento na história do Direito brasileiro, e, eventualmente, tornou-se a dominante em algumas circunstâncias.

Para Pontes de Miranda, o direito subjetivo é “limitação à esfera de atividade de outro [...]”. Todo mundo jurídico é feito dessas limitações”,¹² que resultam da incidência da norma.¹³ Em outras palavras, o direito subjetivo é a restrição à autonomia de qualquer sujeito no plano jurídico, criada pura e simplesmente pela norma, para que um bem da vida eleito seja atribuído a alguém: “[...] os direitos subjetivos contêm poder, porque supõem bem da vida, a que se refira, e caber a alguém um bem da vida é atribuição de poder ou de complexo de poderes. Também se chama a esses poderes ‘faculdades’”.¹⁴ “O conteúdo do direito subjetivo é, portanto, poder; mas esse poder não há de ser dito ‘poder da vontade’. Antes dele, estão interesses (o fim, não o conteúdo; e assim se evita a confusão em que R. von Jhering incorreu)”.¹⁵ Para que haja direito subjetivo, esses poderes devem ser subjetivados, isto é, o bem deve ser atribuído a um sujeito específico.¹⁶

A pretensão surge na dinâmica do direito subjetivo. Enquanto direito corresponde ao dever, a pretensão corresponde à obrigação. Vista como “a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”,¹⁷ a pretensão “é meio para fim”, que surge quando o direito “tende para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico”.¹⁸ A pretensão é efeito do direito subjetivo, porque é a algo a mais que a mera atribuição do bem ao sujeito. Seu conteúdo é a capacidade de exigir de outrem a satisfação do direito, isto é, da atribuição no real do bem ao sujeito.

Quando essa exigência não é respeitada, adiciona-se outro elemento já contido na pretensão: os instrumentos para a satisfação do direito, chamados de ação de direito

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, §564, n.1

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, § 564, n. 5: “[...] A regra jurídica é *prius*. Ela põe a regra, prevendo que se deem os fatos ou complexos de fatos (suportes fáticos), em que ela incida e, estando ajustados a ela, carimbados por ela, entrem no mundo jurídico. Somente após isso, isto é, somente após a juridicização do suporte fático (às vezes diferidamente, e às vezes nunca ocorrida), é que se dá a eficácia. Ora, o direito subjetivo é um dos efeitos. [...]”

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, §564, n.1 (grifo do autor).

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, §564, n. 4.

¹⁶ O *Tratado* traz um exemplo excelente: “o direito subjetivo não é, pois, qualquer poder. Posso sentar-me durante o tempo que me apraz, no banco A do jardim público de uso comum ou especial; não tenho direito subjetivo a isso. Se as regras jurídicas o permitem e só mo vedam a mim, ferem-me o direito de ir, ficar e vir (liberdade física), para a tutela da qual me cabe pedir *habeas-corpus*; não, porém, o direito subjetivo de sentar-me no banco A do jardim público. Terei esse direito se a administração pública deu ou concedeu a outrem dar, ali, espetáculo, e compro os bilhetes relativos ao banco A. Nem o ser protegido pela regra jurídica é ter direito; nem todo direito é subjetivo: a pessoa pode ser titular de direito, *e.g.*, o de frequentar as praias públicas, e não ter direito subjetivo a isso; há direito, há dever, há sujeito ativo e sujeito passivo do direito, porém não é *subjetivo* o direito” (PONTES DE MIRANDA, *cit.*, vol. V, §564, n. 4).

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, §615, n.1.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, §615, n. 3 (grifo do autor).

material¹⁹ – “[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”.²⁰ Nesse ponto, Pontes de Miranda destoa da teoria clássica, que não especifica o conteúdo da pretensão através da ação de direito material. Todavia, a divergência não modifica a forma como os três termos que estudamos (direito subjetivo, pretensão e prescrição) se relacionam.

Ainda sobre a pretensão, ela assume uma dinâmica própria nos direitos absolutos, isto é, os que se dirigem “contra todas as pessoas (direitos a sujeitos passivos totais)”, como os direitos reais.²¹ Nesses casos, Pontes de Miranda acaba mesclando direito subjetivo e pretensão. As pretensões reais seriam absolutas, surgindo ao mesmo tempo e com mesmo conteúdo do direito real. A violação da pretensão real faria surgir a ação de direito material, a qual permitiria ao titular capaz de coagir o lesante a respeitar o direito absoluto.²²

A prescrição, por fim, atinge apenas a pretensão. Ela é uma exceção de Direito Material, um poder formativo (ou direito protestativo) que encobre a posição jurídica (ou seja, torna ineficaz) contra a qual é exercido.²³ Sua função é tutelar a segurança jurídica:

No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, *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*. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. [...] O fundamento da prescrição é *proteger o que não é devedor*, e pode não ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida [...]. É interesse observar que ainda A. von Tuhr (*Der Allgemeine Teil*, III, 507) empregou o falso fundamento, aludindo à negligência do titular na atenção de seus direitos.²⁴

Para que a prescrição ocorra, “[n] o suporte fático da prescrição, é preciso que estejam:
a) a possibilidade de pretensão ou ação [...] b) a prescritibilidade da pretensão ou ação

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §617, n. 2.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §617, n. 5 (grifo do autor).

²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §573, n.1.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, cit., §616, n. 3, dentre outros, como §617, nn. 3 e 6.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §628.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §662, n. 2 (grifo do autor).

[...] c) o tempus (transcurso do prazo prescricional) sem interrupção, e vazio de exercício pelo titular da pretensão ou da ação”.²⁵

Menciona-se a simples “possibilidade” de existir uma pretensão ou ação por uma questão prática. Caso uma pessoa exija de outrem uma prestação com base em um contrato celebrado há 30 anos, não é necessário questionar se ele é titular da pretensão ou se o réu é devedor. De pronto, rejeita-se o pedido com base no lapso temporal: para Pontes de Miranda, basta ser possível existir a pretensão para que a exceção possa ser oposta.

Além disso, a pretensão precisa estar sujeita à prescrição. Isto não é um requisito, uma vez que é uma condição negativa. Nesses casos, o ordenamento modificou ou retirou a incidência da prescrição frente a essa pretensão. É o que ocorre no Direito brasileiro, segundo a parte dominante de nossa doutrina, com as pretensões reais e familiares: a pretensão reivindicatória, por exemplo, não está sujeita à prescrição.²⁶

Quanto ao lapso temporal, Pontes de Miranda insere apenas o tempo, mas considera que, caso a lei preveja uma situação de interrupção ou suspensão, o lapso temporal é modificado.²⁷ “O prazo é fixo; seria de todo contra o interesse público que se deixasse aos juízes a determinação deles”.²⁸

Todos os requisitos postos por Pontes de Miranda podem ser sintetizados na afirmação categórica de Beviláqua: “a prescrição, para produzir o seu efeito extintivo, não necessita de outro requisito, senão o decurso do tempo”.²⁹

Esse modelo, retirado diretamente da dogmática alemã, pôde ser importado sem maiores dificuldades porque tanto o cipoal pré-codificação quanto o Código Civil de 1916 dispuseram pouco a respeito da prescrição e, no que se previu, adotou-se uma exposição atécnica, mesclando prescrição e decadência.

Com a disciplina mais rigorosa do Código Civil do 2002, surgiu um termo fixo: em vez de se seguir o caminho da codificação alemã e apenas mencionar o que é pretensão

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, *cit.*, §665, n.1 (grifo do autor). Aliás, Pontes de Miranda trata também do conhecimento da pretensão pelo titular no §665, n. 10, afirmando expressamente que não é requisito.

²⁶ Para uma exposição da doutrina tradicional e crítica, cf. THEODORO JR., Humberto. *Prescrição e decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2021, p. 24.

²⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, *cit.*, §§678 e 680.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, *cit.*, §665, n. 7

²⁹ BEVILÁQUA, *Código dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956., vol. I, p. 350.

(§194),³⁰ deixando em aberto a dinâmica direito subjetivo-pretensão-prescrição, o Código preferiu não trazer definições, mas apenas dispor a pretensão nasce com a violação de um direito subjetivo e se extingue com a consumação da prescrição.³¹

Em nível textual, o art. 189 do Código Civil mostra certa aderência ao modelo clássico, tomando-se a posição de que o nascimento da pretensão está ligado à violação do direito subjetivo. As críticas pretendem apontar, todavia, que a lógica exposta no dispositivo não se reproduz na aplicação concreta, sendo necessário levar em consideração outros elementos para que o *dies a quo* se configure.

2.2. Três objeções à teoria clássica

Todas as críticas ao modelo que expomos têm por fim sustentar que a prescrição não se inicia quando a pretensão surge, mas sim quando seu titular toma conhecimento da violação de seu direito subjetivo, nos termos do art. 189 do Código Civil. Essa construção recebeu, nos últimos anos, o nome de viés subjetivo *da actio nata*,³² corrompendo o sentido tradicional da expressão latina, segundo a qual bastaria a ação ou pretensão para que lapso do prazo prescricional se iniciasse.

As formas pelas quais a doutrina chegou a essa dilação do momento em que a prescrição começa a correr podem ser reduzidas a três grupos de objeções ao modelo tradicional: uns atacam o conceito de pretensão clássico; outros modificam os requisitos para que prescrição ocorra; por fim, alguns fundamentam a superação da teoria clássica por meio de considerações valorativas.³³

³⁰ §194/1, BGB, trad. livre: “O direito de exigir uma ação ou uma omissão de outrem (pretensão) sujeita-se à prescrição” (“*Das Recht, von einen anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung*”).

³¹ “Art. 189. 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”.

³² Essa teoria surgiu principalmente por afirmação jurisprudencial. No entanto, não é nova: Câmara Leal defende-a em CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*, cit., pp. 22-23. Boa parte dos manuais clássicos do Brasil colocam a *inércia* como requisito da prescrição (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 1: Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 24. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 572; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 1: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 328), sem explicitarem o que entendem pelo termo. Se for o mero não exercício, excetuado pelas causas de impedimento, suspensão e interrupção previstas na lei, cairiam na visão objetiva; se for o não exercício qualificado – quando esse poderia ocorrido face às circunstâncias do titular –, na subjetiva. Como normalmente inserem considerações sobre a prescrição como uma punição quando abordam o requisito da inércia, parecem adotar a possibilidade fática do exercício. Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense 1983, p. 423) e Clóvis Beviláqua (*Cit.*, p. 392) também mencionam inércia ou negligência, mas em um sentido claramente objetivo para fundamentar a interrupção do prazo prescricional.

³³ Esta separação é meramente analítica: muitas vezes, uma posição é tomada com fundamento em outra. Todavia, como instrumento didático, a tripartição mostra fundamentos diferentes mobilizados para a adoção de um marco diferente para o início do lapso do prazo prescricional.

Trataremos, em primeiro lugar, das objeções que partem de insuficiências do conceito de pretensão tal como apresentado no modelo clássico. Em seguida, abordaremos as críticas sobre o(s) requisito(s) para que o lapso do prazo se inicie. Por fim, apresentamos as críticas relacionadas à adequação valorativa da construção tradicional.

2.2.1. Primeira objeção: o conceito de pretensão

A crítica ao conceito tradicional de pretensão gira ao redor de duas grandes premissas. Em primeiro lugar, objeta-se que a pretensão não está associada à lesão ao direito subjetivo; em seguida, observa-se que a pretensão, a nível conceitual, exige a possibilidade concreta de exercício por parte de seu titular.

No Direito brasileiro recente, a tese de que a lesão do direito subjetivo não está necessariamente ligada à pretensão parece ter se tornado famosa com Barbosa Moreira.³⁴ Sustenta-se que o surgimento da pretensão não decorre da violação de um direito porque o titular do direito real pode exigir que o terceiro respeite a atribuição, bem mesmo que não haja uma interferência no direito subjetivo.³⁵

Analisando o texto de Barbosa Moreira, a crítica parece deitar raízes na construção de Pontes de Miranda sobre o conceito de direito real e a dissociação entre pretensão e ação de direito material. Como indicado anteriormente, no *Tratado de Direito Privado*, a pretensão à abstenção do direito real coexiste com direito, e a violação da própria pretensão faz surgir outra figura, a ação de direito material, que sujeita aquela à prescrição:

as pretensões reais dirigem-se, como os direitos de que emanam, contra todos. [...] Tem-se dito que as pretensões reais não exsurtem com o direito mesmo: é preciso que se dê conduta de alguém, contrária ao conteúdo do direito real ou do direito de família; portanto, sem violação não haveria pretensão real. Mas essa proposição confunde *ação e pretensão*: a pretensão preexiste, aí, à ação; não é pretensão que nasce mais tarde que o direito, é a ação.³⁶

A mesma crítica aparece na dogmática das obrigações quesíveis e de não fazer.³⁷ Parte da

³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *RTDC*, vol. 11, jul/set 2002, pp. 64-77. A objeção teve ampla acolhida, talvez pela inclusão em TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 351.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro, *cit.*, pp. 71-72.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, §616, n. 3 (grifo do autor). Como veremos, essa posição é diretamente influenciada por Windscheid.

³⁷ Cf. SAAB, Rachel. Análise funcional do termo inicial da prescrição, *cit.*, p. 125; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalreo. Prescrição extintiva: questões controversas. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson Fachin (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 580.

doutrina aponta que o crédito não é violado se o credor não vai ao devedor receber a prestação ou quando o devedor se abstém de praticar o ato previsto, respectivamente. Apesar disso, já haveria pretensão contra o devedor.

Outro exemplo encontrado na doutrina é o disposto no art. 199 do Código Civil.³⁸ Nesses casos, a contagem do prazo prescricional poderia se iniciar sem qualquer violação – implementado o termo ou condição, por exemplo, haveria exigibilidade sem violação.³⁹

A outra forma de dissociar a lesão do direito subjetivo e a pretensão é defini-la a partir do poder exigir em concreto.⁴⁰ Para Judith Martins-Costa, é necessário distinguir a pretensão em abstrato e em concreto, sendo esta a possibilidade real e efetiva de o titular da pretensão ser capaz de exigir uma conduta do obrigado.⁴¹ Reconhecendo que o Código Civil adotou essa segunda visão por estabelecer prazos demasiadamente curtos para a prescrição de pretensões como a de responsabilidade civil, a autora consegue adaptar o sistema à tese de 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”.⁴²

Assim, duas são as críticas desse grupo: uma primeira ligada à necessidade de violação, uma segunda sobre a concretude da capacidade de exigir.

2.2.2. Segunda objeção: requisitos para o início da contagem do prazo prescricional

No segundo grupo, alocamos as críticas aos requisitos tradicionais para que o prazo prescricional comece a correr. Ora se cria a necessidade de conhecimento concreto como um requisito adicional para o *dies a quo*, ora se insere o conhecimento do titular da pretensão como um requisito da inércia exigida pela doutrina tradicional. Todos buscam extrair um requisito adicional para que o lapso do prazo se inicie em nosso sistema, destoando da leitura clássica, para a qual basta a mera existência da pretensão para que a contagem do prazo prescricional se inicie.

³⁸ “Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção”.

³⁹ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A prescrição no direito civil brasileiro: natureza jurídica e eficácia*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 137.

⁴⁰ É, por exemplo, a posição de MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o *dies a quo* do prazo prescricional. In: MIRANDA, Daniel Gomes de *et al.* *Prescrição e decadência: estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 302.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o *dies a quo* do prazo prescricional, *cit.*, p. 300.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o *dies a quo* do prazo prescricional, *cit.*, p. 302

Uma primeira forma dessa tese é inserir expressamente o conhecimento do titular sobre a violação do direito subjetivo – *a fortiori*, sua pretensão – como um dos requisitos da prescrição. Esse é o caminho traçado pelo Superior Tribunal de Justiça em uma série de decisões.⁴³

A segunda forma, mais sofisticada, constrói-se a partir da mudança de um aspecto tradicional do regime da prescrição. O primeiro passo é constatar que, além da *actio nata*, seria necessário, em todo caso, a inércia do titular para que se consuma a prescrição.⁴⁴ Para que haja inércia, no entanto, seria necessário o conhecimento efetivo da pretensão.⁴⁵ Logo, sem conhecer da violação do direito subjetivo não é possível cogitar em prescrição.

Dessa forma, as críticas desse tipo de objeção caminham de duas formas: ou inserem prontamente o requisito de conhecimento da violação, ou trabalham o conceito de inércia exigido para que a pretensão ocorra.

2.2.3. Terceira objeção: problemas valorativos associados à prescrição

O último grupo de objeções envolvem uma redução teleológica no texto da lei. Admite-se apenas a prescrição nos casos em que haja inércia do titular da pretensão, já que esta tem por função puni-lo.

Neste plano, argumenta José Fernando Simão: “Então, cabe a ponderação entre os valores de segurança jurídica e o de justiça para se concluir quando efetivamente se dá o

⁴³ O primeiro acórdão a mencionar a inércia e *actio nata* parece ter sido da lavra de Luiz Fux, então ministro do STJ: REsp 446,764, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 16.09.2003. Trata-se de uma questão de tributário: determinada empresa exigia repetição de indébito por pagar um tributo (contribuição previdenciária) posteriormente reconhecido como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal alegando que o *dies a quo* da prescrição da pretensão à repetição era o da declaração de inconstitucionalidade. Após voto do relator rejeitando o pleito nos termos da teoria clássica, há voto-vista do divergente do Min. Paulo Medina argumentando que: “Com efeito, reverenciando-se o princípio da *actio nata*, a prescrição somente tem início quando se pode exigir que seja satisfeita uma pretensão e tal, guardando direta relação com as leis, somente é observável se a norma é julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle difuso, quer em controle concentrado. Neste momento, independentemente dos efeitos da declaração, toma o cidadão o conhecimento de que v.g. pagou tributo indevido, por inconstitucional, até então plenamente exigível e, por conseqüência, começa a correr o prazo de prescrição. Este o raciocínio que, *in casu*, se deve aplicar, em homenagem à lógica jurídica”. A maioria dos ministros, entretanto, seguiu o relator. Desde então, há mais de 50 acórdãos usando o termo no sentido exposto pelo voto-vista. A partir de 2010, o sentido tradicional de *actio nata* (basta a pretensão para a prescrição) começa a ceder espaço à teoria da *actio nata* (é necessário o conhecimento da pretensão para a criação), como ocorre em REsp 1.400.778, 3ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 25.11.2014. THEODORO JR., Humberto. *Prescrição e decadência*, cit., p. 32, nomeia as duas correntes de vertentes objetiva e subjetiva da *actio nata*, afirmando que o STJ apenas admite a vertente subjetiva, isto é, a que exige o conhecimento nas pretensões de responsabilidade civil extracontratual. A Súmula 278, como veremos, é a fonte dessa corrente, mas se trata de um problema de direito do seguro.

⁴⁴ Essa afirmação, frequentemente retirada de doutrina estrangeira sem qualquer referência a texto legislativo, é um lugar-comum. Cf., por todos, THEODORO JR., Humberto. *Prescrição e decadência*, cit., p. 26.

⁴⁵ CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*, cit., p. 26.; SAAB, Rachel. Análise funcional do termo inicial da prescrição, cit., pp. 124 ss.

início dos prazos prescricionais”.⁴⁶ Mais adiante:

Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, ou seja, quando o dano advier de causa que não prévio vínculo obrigacional entre as partes, a questão se modifica. Diferentemente do descumprimento do contrato, em que o credor, por presunção legal, deve saber que o contrato foi inadimplido, nessa hipótese, a vítima não pode ser punida, como se negligente fosse, se sequer tinha ciência do dano sofrido. Aqui, o seguro é injusto.⁴⁷

Embora o fundamento da prescrição surja como pano de fundo de grande parte das objeções já discutidas, ela funciona aqui como causa imediata para que a prescrição não ocorra, modulando a aplicabilidade das regras previstas no Código Civil. Em vez de a prescrição como punição redundar em um conceito de pretensão ou de prescrição diferentes, o valor subjacente modifica as regras postas, restringindo o modelo objetivo positivado no Código Civil. Só há prescrição quando há inércia qualificada, porque esta está intimamente atrelada àquela pela função e pelos valores tutelados.

Temos, assim, o seguinte quadro: a doutrina clássica considera a pretensão o instrumento do direito subjetivo para garantir a concretização de seu objeto, que se sujeita à prescrição, poder atribuído ao obrigado com o fim de afastá-la, somente pelo fato de existir por um determinado período. As críticas a esse modelo, mobilizadas para inserir a necessidade de o titular da pretensão conhecer sua posição jurídica para que se sujeite à prescrição, organizam-se didaticamente em três grupos: (i) o conceito de pretensão adotado por essa corrente não é adequado, seja porque ela não está ligada à violação do direito subjetivo, seja porque é necessário que o titular tenha conhecimento da lesão para poder exigir algo; (ii) não basta, para o início do lapso do prazo prescricional, a mera existência da pretensão, sendo necessário ou o conhecimento da violação do direito subjetivo ou a inércia do titular da pretensão para que o termo inicial se dê; e (iii) esse modelo não é valorativamente adequado por ser excessivamente objetivo, devendo ser modulado quando não há inércia do titular da pretensão.

3. Apreciação dos modelos e insuficiências do Código Civil

Com os termos da controvérsia postos, vamos ao Código Civil para determinar o que se mostra mais aderente ao sistema. Primeiro, trataremos da pretensão para depois contrastá-la com a prescrição, uma vez que esta se define em oposição àquela.

⁴⁶ SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 208.

⁴⁷ SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência, cit.*, p. 213.

3.1. Pretensão

Dispõe o art. 189 do Código Civil: “Art. 189. 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”.

À primeira vista, o Código Civil distingue entre direito (subjetivo) e pretensão, determinando que esta surge quando aquele é violado, e se extingue quando os prazos previstos nos artigos relevantes se consumarem. O redator da parte geral, Moreira Alves, comentando esse dispositivo, observa que pretensão não é um conceito bem definido. Contudo, segundo Pugliese, ele pode ser reduzido ao conceito de ação em sentido material de Savigny.⁴⁸

Para compreendermos a observação de Moreira Alves e definirmos precisamente pretensão, vejamos o que é ação em sentido material para Savigny e como ela se compara com a concepção consolidada no BGB – Código Civil alemão. Em seguida, verificaremos se o conceito se adequa às regras de nosso Código Civil, como o redator pretendeu, e eventualmente o que isso nos diz sobre o *dies a quo* da prescrição.

3.1.1. A ação de direito material em Savigny

Antes de tratarmos de Savigny, é importante situar as soluções de sua obra. O problema da ação chega ao autor em uma situação muito peculiar.

Desde a recepção do Direito romano pelos juristas do Direito comum, o conceito de direito subjetivo já se colocava como um dos elementos estruturantes do Direito: delimitar a esfera autônoma de atuação de cada um e ordenar as formas como estas interagem já era uma questão claramente posta no século XVI.⁴⁹ Para eles, o direito subjetivo era visto como a mãe ou causa da ação, que poderia ser definida como o direito de pedir em juízo o que é devido.⁵⁰ Assim, a ação no direito comum ainda é análoga à concepção de Celso no Digesto (D.44.7.51), reproduzida por Justiniano (“a ação nada mais é que o direito de demandar em juízo o que lhe é devido”).⁵¹

Todavia, quando os juristas começam, por diversas razões,⁵² a reorganizar o sistema

⁴⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157.

⁴⁹ COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht, cit.*, §29, I.

⁵⁰ COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht, cit.*, §29, I.

⁵¹ Inst. IV.6.pr. Tradução em MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Institutas de Justiniano*. São Paulo: YK, 2021, p. 291.

⁵² Para uma análise interna ao sistema jurídico das modificações, cf. COING, *Europäisches Privatrecht, cit.*, § 33. Ressaltando o aspecto ideológico do “sistema privado” como instrumento de afirmação da autonomia individual e do poder da vontade, ORESTANO, Riccardo. *Azione: storia del problema*. In: ORESTANO, Riccardo. *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*. Bologna: Mulino, 1978, pp. 17 ss.

privado ao redor do direito subjetivo no século XVIII, a dimensão pública do direito de ação é posta em evidência.⁵³ A ação torna-se um problema. Se, por um lado, a ação é um instrumento de garantia do direito subjetivo, sendo parte indispensável de qualquer sistema de Direito privado, ela, por outro, pertence a um universo completamente diverso da esfera privada, uma vez a atuação do Estado provocada pela ação não pode ser reduzida à simples mediação entre particulares. Há, assim, duas soluções: ou romper direito material e processo, tornando a ação um conceito autônomo, ou submeter a ação ao direito subjetivo.⁵⁴

A doutrina de Savigny é, nas palavras de Orestano,⁵⁵ a mais influente tentativa de (re)unificar os sistemas processual e material. Mesmo sendo malsucedida do ponto de vista histórico, já que houve uma cisão radical entre o Direito Material e o processo no século XIX, os termos básicos da relação moderna entre os ramos são postos por de Savigny. É por isso que, na doutrina processual corrente, a explicação da teoria clássica ou imanentista da ação segue o vocabulário de Savigny, apesar de compreender todas as concepções da ação desde o Direito romano até a controvérsia Windscheid-Muther.⁵⁶

O eixo da unificação pretendida por Savigny entre é a última teoria da ação civilista, submetendo o processo à dinâmica do Direito privado. Essa construção foi certamente influenciada pela descoberta então recente das institutas de Gaio e pelo trabalho de Thibaut sobre posse e prescrição, em que o autor definia o início do prazo prescricional na usurpação do direito pelo sujeito passivo.⁵⁷

O centro da teoria da ação em Savigny é a violação do direito.⁵⁸ Dada a coerência interna do *Sistema* e a distância seus instrumentos do nosso discurso jurídico cotidiano, precisamos bem definir o que é “direito”, “violação” e “ação” significam para bem compreender a solução construída.⁵⁹

⁵³ “Vorher wird in der actio (sic) nichts anderes als die gerichtliche Durchsetzung des Rechts gesehen [...]” (Até então [Savigny], a *actio* era vista como nada mais que a exercício judicial do direito), atesta NÖRR, Knut Wolfgang. Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny. In: JAKOBS, Horst H. *et al.* (Org.) *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, vol. I. Köln: Otto Schmidt, 1978, p. 193.

⁵⁴ ORESTANO, Riccardo. *Azione: storia del problema*, *cit.*, pp. 30 ss.

⁵⁵ ORESTANO, Riccardo. *Azione: storia del problema*, *cit.*, pp. 32-34.

⁵⁶ Por todos, DINAMARCO, Cândido; BADARÓ, Gustavo; LOPES, Bruno Carrilho. *Teoria geral do processo*. 35. ed. Salvador: JusPODIVM, 2024, p. 311. Isso não é novidade ou algo nacional. A obra que, segundo Liebman (LIEBMAN, Enrico T. *L'azione nella teoria del processo civile*. In: LIEBMAN, Enrico T. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, pp. 22-54, p. 25), funda a doutrina processualista italiana moderna, e, consequentemente, a escola dominante no Direito brasileiro, segue o mesmo caminho: CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Foro Italiano, 1930, vol. 1, pp. 3-101, p. 149 p. 6.

⁵⁷ NÖRR, Knut Wolfgang. Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny, *cit.*, p. 191.

⁵⁸ NÖRR, Knut Wolfgang. Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny, *cit.*, p. 192-193.

⁵⁹ Menezes Cordeiro observa, de forma muito pertinente, que a construção do direito subjetivo influencia todas as soluções do Sistema, já que ele é completamente integrado. A perda da carga ideológica do conceito de direito subjetivo – tornando-se “expediente técnico” – dificulta a compreensão e a articulação do conceito e dos institutos herdados do sistema (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*, vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 873-874).

O direito, que Savigny propositalmente não separa em objetivo e subjetivo,⁶⁰ é um poder atribuído a cada indivíduo sobre uma determinada situação, um estado de coisas, com o consentimento de todos. Sobre esse objeto, sua vontade impera. Em outras palavras, o direito é um espaço atribuído a uma pessoa independentemente da vontade de qualquer outra, cumprindo assim sua função moral de garantir a liberdade de atuação de cada indivíduo.⁶¹

Como a ordem jurídica fundamenta-se na liberdade individual, ela precisa considerar a possibilidade de um comportamento contrário ao direito: ela precisa lidar com uma “violação”.⁶² Savigny, contudo, não nos dá uma definição menos sintética de violação para além de atuação contrária ao direito, isto é, “a perturbação da liberdade própria por uma liberdade alheia”.⁶³ A nosso ver, violar um direito significa, para Savigny, que o controle da titular sobre o evento previsto no direito foi tolhido.⁶⁴

Em relações reais, a violação é aparente. Quando qualquer poder inerente ao direito real ou à posse é violado, isto é, a conduta de abstenção exigida de outrem não é mais observada, surge a ação. Em relações obrigacionais, ela é conceitualmente consistente: considera-se violado o crédito a partir do momento em que há inadimplemento, uma vez que a obrigação é vista como o domínio sobre um ou mais atos isolados de outra pessoa, e o descumprimento é contrariar o controle atribuído ao credor.⁶⁵

Diante da violação, o próprio direito passa por modificações, chamado em seu conjunto de direito – no sentido de ramo – das ações.⁶⁶ Existem dois grandes tipos de mudanças: as que ocorrem no direito em si mesmo, as ações e exceções, e as ligadas aos atos do Direito Processual, à *litiscontestatio* e à sentença.⁶⁷ A ação aparece no primeiro grupo, mas estende-se ao segundo grupo, unificando-os.

⁶⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. I, §4 e § 52.

⁶¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. I, §4 e § 52.

⁶² SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. V, §204.

⁶³ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. I, § 52, p. 332: “*Unrecht ist ihnen Störung der Freyheit durch fremde Freyheit*”.

⁶⁴ Para tanto, recorremos à definição de Puchta: “A violação de um direito é a limitação ou a perturbação de seu exercício [...]. O exercício de um direito é, em geral, todo ato para o qual o direito atribui autoridade; o exercício pleno consiste no exercício fático da submissão jurídica, que define a característica do direito (“*Verletzung eines Rechts ist Hinderung oder Störung seiner Ausübung, [...] Ausübung eines Rechts ist überhaupt jede Handlung, zu welcher es die Befugnis giebt, die volle Ausübung besteht in der factischen Ausübung der rechtlichen Unterwerfung, die den Charakter des Rechts ausmacht*” (PUCHTA, Georg F. *Pandekten*. 10. ed. Leipzig: J. A. Barth, 1866, §78, p. 120).

⁶⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Deit und comp, 1851, vol. I, §2.

⁶⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. V, §204.

⁶⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. V, §256, segue-se a interpretação de NÖRR, Knut Wolfgang. Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny, cit., p. 191.

Todo direito violado reage contra a pessoa específica que o violou, estabelecendo com o violador em particular uma relação jurídica específica cujo conteúdo é a eliminação da violação.⁶⁸ Trata-se de uma relação jurídica semelhante à obrigação: “o violado e o violador, ou o que exerce a ação e o acionado, estão um para o outro como um credor e um devedor”.⁶⁹ Antes, no entanto, do exercício da ação, esse vínculo criado não pode ser considerado uma verdadeira obrigação. É um germe⁷⁰ que se desenvolve com a *litiscontestatio*⁷¹ – à época de Savigny, com o ajuizamento da demanda.⁷² No *Sistema*, esse ato concretiza a obrigação derivada da ação e fixa seu objeto,⁷³ levando à sentença, que afirma e impõe o cumprimento da obrigação de recompor o controle do titular.⁷⁴

Como entender, então, a “ação”? Para Savigny, o termo engloba dois fenômenos: a ação (*Klage*) ou o direito de ação (*Klagrecht*), ou seja, essa relação jurídica quase obrigacional criada pela violação de um direito (dando nova forma a este), que tem por escopo a recomposição do direito violado especificamente por quem o violou, e o ato de acionar (*Klaghandlung*), isto é, o exercício da ação pelo processo, mormente pelo ato escrito que o inicia. O primeiro é o sentido material de “ação”; o segundo, o formal.⁷⁵

Para Nörr,⁷⁶ Savigny, além de explicar o exercício jurídico, tinha dois objetivos principais com a teoria da ação: tornar manejáveis a prescrição e a *litiscontestatio*. Com a teoria da ação apresentada, definir o momento em que a ação nasce torna-se relativamente simples: quando o direito é violado, no sentido já discutido.

Vejamos agora como Windscheid traça o mesmo caminho, reduzindo a carga ideológica e emancipando conceitualmente o direito processual na perspectiva do sistema de direito privado.⁷⁷

⁶⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. V, §§204-205.

⁶⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. V, §205, p. 5: “[...] der Verletzte und der Verletzer, oder der Kläger und der Beklagte, stehen einander gegenüber wie ein Gläubiger und ein Schuldner”.

⁷⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. V, §205.

⁷¹ NÖRR, Knut Wolfgang. Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny, cit., p. 192.

⁷² SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. VI, §278, p. 243. Cf., também, NÖRR, Knut Wolfgang. Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny, cit., p. 197. No Direito romano clássico, era um ato pelos quais as partes decidiam submeter o caso ao juiz popular nos termos da fórmula redigida pelo pretor, passando para a segunda fase do processo formular. Sobre a figura, cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, pp. 330 ss.

⁷³ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. VI, §258. É por isso, aliás, que ocorre, em termos modernos, a estabilização do objeto processo para Savigny nesse momento. Mais do que isso: o juiz de então deveria julgar os pedidos do autor na situação em que se apresentavam no momento da *litiscontestatio*, existindo outros mecanismos para corrigir as modificações posteriores a ela.

⁷⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. VI, §287.

⁷⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., vol. V, §§205, pp. 5-6.

⁷⁶ NÖRR, Knut Wolfgang. Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny, cit., p. 192.

⁷⁷ Vale notar a proximidade do sistema descrito aqui com o modelo de Pontes de Miranda analisado *supra*. Até as figuras de linguagem usadas são as mesmas.

3.1.2. O surgimento da pretensão em Windscheid e a superação da ação

Para Windscheid, a expressão “direito subjetivo” tem dois sentidos. Em primeiro lugar, refere-se ao direito a um comportamento determinado diante de uma ou mais pessoas. Nesse caso, o ordenamento jurídico emite um comando específico a uma pessoa em razão de um determinado suporte fático, mas a imposição desse fica sob livre disposição da pessoa a favor de quem ele foi criado. Dessa forma, a vontade da pessoa favorecida é o fator determinante na imposição da ordem: “o ordenamento jurídico renunciou ao comando emitido em seu favor [do titular do direito], ele transformou o comando próprio em seu comando. O direito tornou-se seu direito”.⁷⁸

O segundo sentido de “direito subjetivo” encontra-se em expressões como “o proprietário tem o direito de dispor da coisa” ou “o credor tem o direito de ceder o crédito”. Nesses casos, o cerne do conceito não é a aplicação de um determinado comando a outra pessoa, mas sim relevância da vontade do titular na constituição, modificação ou extinção de direitos subjetivos no primeiro sentido – isto é, comandos.⁷⁹

Windscheid une ambos os sentidos de “direito subjetivo” em sua famosa definição: “o direito é um poder da vontade ou domínio da vontade outorgado pelo ordenamento jurídico”,⁸⁰ e completa o capítulo observando que a existência ou não de meios coercitivos para impor o direito subjetivo é parte do conceito.⁸¹

O conceito de relação jurídica, aliás, ainda é muito relevante, mas perde o espaço para o direito subjetivo, em razão da controvérsia então acesa sobre a organização do sistema de Direito privado enquanto um conjunto de direitos – *a fortiori* comandos – ou de relações jurídicas.⁸² A relação jurídica não é a abstração superior ao direito subjetivo, mas seu par conceitual, um outro instrumento para a análise do direito.

⁷⁸ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 8. ed. Frankfurt: Rütten & Loening, 1900, vol. I, §37, p. 131: “Die Rechtsordnung hat sich des von ihr erlassenen Befehls zu seinen Gunsten entäußert, sie hat ihren Befehl zu seinen Befehl gemacht. Das Recht ist sein Recht geworden”.

⁷⁹ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §37.

⁸⁰ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §37, p. 131: “Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft”. É notável como Windscheid se distancia de Savigny, apesar de concordarem sobre o papel da vontade no direito subjetivo. Coing (COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht*. Bd 2: 19. Jahrhundert. München: C.H. Beck, 1989, §43, II) explica esse distanciamento por influência de Thon e a teoria imperativista do Direito – Direito é um conjunto de normas, e essas são imperativos de condutas.

⁸¹ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §37, p. 137.

⁸² WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §37a, nota 1. Sobre a discussão entre as formas de conceber o sistema privado, nota 2 do §13, em que Windscheid se coloca ao lado dos defensores da relação jurídica, mas parece que não tão entusiasticamente, dado que critica a construção de Savigny e Puchta no primeiro parágrafo citado.

Como Windscheid apresenta primeiro todas as formas e tipos de direito subjetivo antes de tratar do nascimento, desenvolvimento e extinção deles, define-se pretensão antes de exercício e violação do direito subjetivo.

Em Windscheid, a tendência do direito a submeter a vontade alheia à do titular é designada pela pretensão, que indica tanto o pretender algo (fato) quanto a pertinência jurídica dessa exigência (direito). Em outras palavras, a pretensão é o direito de exigir algo de outrem.⁸³ A pretensão individual contida no direito real, isto é, a de forçar um sujeito individual a abster-se, compõe parte das infinitas pretensões que constituem o direito real. Com isso, não há contradição com o conceito de direito real que Windscheid sustenta: não existir uma pretensão contra o sujeito individual (como ocorreria, em nosso sistema, do proprietário face ao justo possuidor no que tange à reivindicação da coisa) não é a negação do direito real, mas apenas restrição de seu conteúdo. Da mesma forma, o direito de crédito contém uma pretensão contra uma ou mais pessoas; e, havendo mais prestações devidas, existirá um número equivalente de pretensões e direitos de crédito. Em seguida, Windscheid observa que, enquanto pretensões reais tendem à abstenção, as pretensões pessoais admitem tanto ação quanto omissão. Entretanto, quando a pretensão real é violada, ela se transforma em uma pretensão positiva de cessação da violação.

Kipp,⁸⁴ comentando essa última observação com alguma perplexidade, explica (i) que a pretensão geral (imprescritível) à abstenção é um conceito desnecessário, sendo substituído facilmente pelo próprio direito subjetivo, e (ii) sem esse conceito, é desnecessário considerar a violação da própria pretensão. Em seu lugar, há diversas violações do direito de propriedade, que fazem surgir diversas pretensões. Essas podem ser facilmente conjugadas em uma pretensão única, como ocorre no caso da reivindicação da coisa e – como outro aspecto do mesmo direito de propriedade – dos frutos colhidos pelo possuidor. Essa crítica será relevante para tratarmos da primeira objeção.

⁸³ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §43 para o que se segue.

⁸⁴ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §43, nota 6b. A razão pela qual Windscheid se vê obrigado a construir o direito real dessa forma é sua concepção imperativista da norma – se normas são regras de conduta, elas não podem atribuir uma coisa, mas apenas obrigar todos a se absterem de intervir. Nesse sentido, LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin: Springer, 1995, p. 75. A superação da construção imperativista permite a construção de normas meramente atributivas (v.g. o bem deve ser atribuído juridicamente e faticamente a uma determinada pessoa), que levam a uma concepção renovada de direito real.

Para Windscheid, a pretensão não equivale ao conceito romano de *actio*, uma vez que esta corresponderia à ação de sua época. O ato de buscar o que é devido em juízo é ação, e a pertinência jurídica desse buscar, chama-se pretensão.⁸⁵ O meio pelo qual a submissão de outrem ao direito subjetivo se dá pouco importa – *e.g.*, sistema processual, desforço imediato –, sendo justamente a pretensão o que torna legítima a tentativa de submissão de outra pessoa: “[s]e hoje usássemos direito à persecução judiciária, direito de ação, em vez de simplesmente pretensão jurídica, tomaríamos causa por efeito”.⁸⁶ Em nota, ele cita a posição de Savigny e considera que a necessidade de se violar um direito para que haja qualquer efeito na relação processual (*i.e.*, dar origem à ação) é um erro corrigido por autores posteriores como Puchta.⁸⁷

Com os elementos postos, vamos à dinâmica do direito subjetivo. A finalidade do direito subjetivo é provocar o estado de coisas a ele correspondente. Se o titular, em razão de seu direito, concretiza esse estado, ele exerce o direito.⁸⁸ O direito é violado quando o estado não corresponde ao nele previsto sem o consentimento do titular: “comete uma violação de um direito a pessoa que, sem o consentimento do titular, faz com que a situação real não corresponda ao direito”,⁸⁹ omitindo ou agindo. A oposição expressa do titular, portanto, não é requisito para que o estado de fato previsto no direito seja concretizado. Ele consente para que essa justamente não corresponda ao previsto no direito subjetivo: “Não é condição da violação do direito que o titular tenha manifestado especificamente a vontade de fazer uso seu direito”.⁹⁰

Em Windscheid, o efeito da violação é o surgimento da pretensão,⁹¹ isto é, a disposição específica do direito subjetivo a submeter a vontade de quem o violou às ordens do

⁸⁵ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §44.

⁸⁶ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §44, p. 162: “*Wollten wir heutzutage von einem Rechte der gerichtlichen Verfolgung, von einem Klagerechte, reden statt von einem Rechtsanspruche schlechthin, so würden wie die Folge nennen statt des Grundes*”.

⁸⁷ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §44, nota 5. Interessante notar que PUCHTA, cit., §81, reformula levemente as categorias de Savigny, já adiantando em alguma medida a separação de Windscheid. A ação, *actio*, é um direito à persecução judicial, mas os dois sentidos no *Sistema* (material e formal) torna-se processual, e em tal medida é um ato processual de formular o pedido e apresentar os seus fundamentos, e o material, cuja dimensão se limita à possibilidade – isto é, a legitimidade jurídica – de praticar a ação em sentido processual. No entanto, ainda sustenta que a ação é uma adição ao direito subjetivo que surge no momento da violação, mas diverge, indicando que ela já está presente no direito subjetivo antes de vir a ser completamente.

⁸⁸ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §121.

⁸⁹ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §122, p. 532: “*eine Rechtsverletzung begeht derjenige, durch welchen der thatsächliche Zustand ohne Zustimmung des Berechtigten ein dem Rechte nicht entsprechender ist*”.

⁹⁰ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §122, p. 532: “*Daß der Berechtigte den Willen von seinem Rechte Gebrauch zu machen besonders an den Lag gelegt habe, ist Bedingung der Rechtsverletzung nicht*”. Em nota, ele esclarece que a vontade do titular pode ser importante para a violação do direito subjetivo quando ela ainda determinar algum aspecto relevante para a fixação do estado de coisas do direito subjetivo. É o caso, por exemplo, das obrigações genéricas em que se atribuiu ao credor a concentração da prestação.

⁹¹ WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. I, §122.

sistema. No entanto, para que essa submissão ocorra, é necessário o exercício desse direito, o que pressupõe a vontade do titular. Nesse contexto, surge o direito de ação como elemento distinto do sistema privado, porém, em certo sentido integrante: na maioria das vezes, para que essa pretensão seja satisfeita, é necessária a intervenção do Estado, cuja decisão sobre a situação jurídica a fixa e permite exigir coativamente a satisfação da pretensão. É fundamental notar que, para Windscheid, a ação não faz surgir uma nova situação jurídica material, como em Savigny:⁹² o Estado apenas satisfaz a mesma pretensão. Fica claro também que a oposição consciente do lesante à vontade do titular é irrelevante na maioria dos casos,⁹³ bastando interferir na situação de fato regradada para que o sistema reaja.

Não há dúvida de que o modelo de Windscheid é o positivado no BGB;⁹⁴ ou, pelo menos, foi esse o modelo que os redatores pretenderam adotar na codificação. Se foram bem-sucedidos nessa empreitada ou se deveriam mesmo tê-lo tomado como modelo é outra questão.⁹⁵

Tendo ambos os modelos à mão, podemos voltar à observação de Moreira Alves de que o conceito de pretensão do Código Civil brasileiro seria a de Windscheid e, por meio dele, o de Savigny. Para sustentar essa conclusão, cita-se uma obra de Pugliese, onde se lê: “Como se vê, Windscheid não fez mais do que isolar do Klagerecht [ação] o seu conteúdo; de fato, como ele rejeita a figura do Klagerecht, ele na verdade chamou de Anspruch [pretensão] o que para Savigny era Klagerecht. Cfr., também, Regelsberger, Pandekten, I, p. 213”.⁹⁶ O trecho citado de Regelsberger, de obra de 1893, é transcrito e traduzido por Moreira Alves: “Pretensão susceptível de se perseguir com ação se chama, entre os romanos, do mesmo modo, *actio* em sentido material”.⁹⁷

⁹² WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts, cit.*, vol. I, §129.

⁹³ Windscheid exige a consciência da oposição do lesante na relação processual pela distinção dos efeitos na tutela jurisdicional: se o réu reconhece o pedido, no ZPO – CPC alemão – de então, o ônus sucumbencial é do autor e a tutela se limita a declarar o autor titular do direito.

⁹⁴ Para além da definição do §194, já citada, os próprios trabalhos preparatórios indicam a inspiração direta em Windscheid, não no debate subsequente – cf. MUGDAN, Benno. *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. I. Berlin: Decker, 1899, p. 512, para os *Motive* da primeira comissão. Cf., também, Kipp, que, em suas notas, aponta todos os aspectos dogmáticos da parte geral que fundamentam essa inclinação em WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts, cit.*, vol. I, § 43, pp. 159 ss.

⁹⁵ Para uma visão contemporânea da figura, cf. WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C. H. Beck, 2016, §20, nn. 22-28. É de se reconhecer que o conceito atual de crédito, por exemplo, destoa bastante da visão dos redatores do BGB. A doutrina contemporânea, rejeitando a teoria do direito de crédito como um direito de domínio sobre o devedor, porque contrário ao conceito de autonomia privada e outros valores do ordenamento, considera o crédito um tipo de pretensão para fins da teoria geral das obrigações – por todos, GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1989, §3, I, 4-5.

⁹⁶ PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 253: “Come si vede, il Windscheid non ha fatto che isolare dal Klagerecht il suo contenuto, anzi, dato che egli respinge la figura del Klagerecht ha in realtà denominato Anspruch quel che per Il Savigny era Klagerecht. Cfr. anche Regelsberger, Pandekten, I, p. 213”.

⁹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do projeto de Código Civil brasileiro, cit.*, p. 157.

Se realmente pudermos tomar a observação do autor de Regelsberger como uma rejeição à pretensão, a postura não destoa do sentimento geral relatado por Coing: em um primeiro momento, a pretensão foi muito criticada pela doutrina.⁹⁸ Os autores do final do século XIX e começo do XX tentaram reduzir a pretensão à ação de direito material, dizendo haver apenas uma divergência terminológica entre Savigny e Windscheid.⁹⁹ Essa tentativa, aliás, parece ter chegado a Beviláqua,¹⁰⁰ sendo ela uma das razões pelas quais haveria “ação” em vez de “pretensão” no art. 75 do Código Civil de 1916.

Existem, de fato, continuidades, razão pela qual Orestano os colocou no mesmo paradigma,¹⁰¹ sendo o principal elemento de proximidade o conceito de violação do direito subjetivo. Para ambos, a violação ocorre quando o controle sobre o objeto do direito (o bem) é retirado do titular, independentemente da sua vontade ou conhecimento de ambas as partes (lesante e lesado), pelas razões que já vimos nas construções de ambos os autores. Isso, de certa forma, marca alguma continuidade no tratamento preciso da prescrição, um dos principais objetivos da reformulação do conceito de *actio* em Savigny.¹⁰²

Equiparar a pretensão à ação de Savigny, no entanto, não é possível. As rupturas são acentuadas. Por exemplo, a radical modificação da relação do Direito Material com o Direito Processual (não há mais qualquer correlação necessária a violação do direito subjetivo e o sistema processual), a forma como a pretensão é tutelada (nova relação jurídica *vs.* satisfação coercitiva da existente) e a possibilidade de construir um sistema exclusivamente privado de exercício jurídico (a pretensão e a exceção, por exemplo,

⁹⁸ COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht, cit.*, Bd 2: 19. Jahrhundert, §44, IV. Uma das formas mais consequentes de refutar uma tese é reduzi-la a outra, demonstrando que ela ou já estava contida na tese anterior ou é apenas parte de um conjunto mais amplo. É o que aconteceu, por exemplo, com a tópica jurídica depois da obra de Canaris. Sobre a questão, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: FCG, 2008, §7º.

⁹⁹ Com bibliografia específica, SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. I: Allgemeiner Teil. §§1-240. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, pp. 991-1033, nn. 19 ss.

¹⁰⁰ Claramente definindo a ação de forma análoga a Savigny, BEVILÁQUA, *cit.*, §72. Cf., também, BEVILÁQUA, *cit.*, vol. I, p. 63: “Todo direito é provido de ação, isto é, a faculdade de invocar as garantias sociais, de que a lei o cerca. Neste sentido a ação corresponde ao que os alemães denominam *Anspruch* [pretensão]”. As citações apresentadas por Beviláqua são muito interessantes. Indicam-se Josef Kohler, Friedrich Endemann e a tradução francesa comentada do BGB, de onde se diz ter tirado o conceito. Endemann, em todas as edições a que se teve acesso (da 6ª edição em seguinte), ainda se mantém fiel à ação de Direito Material (ENDEMANN, Friedrich. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. Bd. 1. 6. ed. Berlin: Carl Heymann, 1899, §84, p. 356). Kohler chega a afirmar que, com a pesquisa de Windscheid, quaisquer confusões entre *actio*, ação e pretensão estavam para sempre superadas (KÖHLER, Josef. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Bd. 1: Allgemeiner Teil. Berlin: Carl Heymann, 1906, § 56, pp. 173-174). A tradução francesa parece também seguir a linha da separação, pelo uso de autores como Hellwig, mas há alguma mistura entre pretensão e ação de direito processual ao lidar com prazos prescricionais (BUNFOIR, C. *et al.* *Code Civil allemand traduit et annoté*. Tome premier. Paris: Imprimerie Nationale, 1904, pp. 256 ss.)

¹⁰¹ ORESTANO, Riccardo. *Azione: storia del problema, cit.*, pp. 30 ss.

¹⁰² Esse aspecto “prático” do direito subjetivo, principalmente pautado pelos problemas que o conceito visa solucionar e o mínimo comum entre as teorias (objeto do direito, titularidade, exercício etc.), infelizmente é por vezes esquecido em favor de discussões sobre as controvérsias mais amplas e insolúveis.

adquirem um sentido puramente material a partir de Windscheid¹⁰³) não permitem reduzir a divergência a mera preferência terminológica.

Não à toa, o BGB reflete a separação radical entre Direito Material e processo não realizada pela pandectística. Diversos institutos da antiga penumbra entre os ramos, tradicionalmente tratados pelos manuais de Direito privado, deixaram de ser abordados. Por exemplo, a possibilidade de o réu praticar um ato processual intempestivo por justificadamente perder o prazo (chamada então de *restitutio in integrum*, pois ficcionava-se restituir a parte à fase processual anterior) não é mencionada no regime específico de contagem de prazos dos §§186-193, apesar de ser analisada pelas obras de Direito privado anteriores à codificação.¹⁰⁴

Nada impede, evidentemente, que o Direito brasileiro venha a adotar o modelo de Savigny, em detrimento da pretensão windscheidiana, ou que se afaste completamente das construções da doutrina alemã. Existem sistemas jurídicos, como o francês, que admitem uma ruptura menor entre Direito Processual e Material. O que importa é a decisão do legislador.

3.1.3. O modelo do Código Civil

Pela descrição que fizemos do que se coloca como o modelo clássico, na doutrina brasileira, a proximidade a Windscheid é, a nosso ver, patente.¹⁰⁵ Outro elemento apto a confirmar essa afinidade é a separação radical entre Direito Material e processo, esposada de forma consensual pela doutrina brasileira contemporânea e,¹⁰⁶ desde o Código de Processo Civil de 1939, positivada em texto legal com a ação meramente declaratória.¹⁰⁷ Nesse contexto, a “pretensão” mencionada no art. 189 parece ser, à primeira vista, o modelo posto por Windscheid.

¹⁰³ Sobre esse aspecto da pretensão, as obras de Dieter Medicus são fundamentais. Por todas, cf. MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, §§13 ss.

¹⁰⁴ SCHMOECKEL; RÜCKERT; ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. I: Allgemeiner Teil. §§1-240, nn. 19 ss.

¹⁰⁵ O que se verifica em outras obras mais recentes. Por todos, AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 304 ss. e LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da faculdade de direito – UFPR*, n. 51. Curitiba: UFPR, 2010, p. 109. A influência germânica também é vista em manuais mais antigos, como GOMES, *Introdução ao direito civil*, p. 419.

¹⁰⁶ Por todos, cf. DINAMARCO, Cândido; BADARÓ, Gustavo; LOPES, Bruno Carrilho. *Teoria geral do processo*, cit., p. 64; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 25. ed. Salvador: JusPODIVM, 2023, p. 54; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2022, pp. 169 ss.

¹⁰⁷ CPC 1939, Art. 2º: “Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse, econômico ou moral. Parágrafo único. O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento”.

O art. 189, primeira parte, determina a imediatidade do surgimento da pretensão quando o direito é violado: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. Não há nenhuma razão axiológica ou sistemática para inserir outro elemento entre a violação – no sentido consolidado pela pandectística de divergência entre o real estado de coisas e o objeto do direito subjetivo – e o nascimento da pretensão.

A propósito, o sistema indica a solução inversa. Quando o momento em que a pretensão surge é diferido, o Código disciplina o caso, inserindo outros elementos no suporte fático.¹⁰⁸ Dois exemplos bastam para demonstrar a exceção à regra geral.

O art. 332 do Código Civil determina que, em obrigações condicionais, a exigibilidade – a pretensão mesma – está condicionada ao conhecimento do devedor sobre a eficácia do negócio jurídico.¹⁰⁹ Se não houvesse essa regra, o implemento da condição tornaria o negócio eficaz, permitindo diretamente a violação pela não realização da prestação (inadimplemento) pelo devedor que não soube que o fato previsto ocorreu. Judith Martins-Costa¹¹⁰ explica essa dilatação com base na incerteza inerente às obrigações condicionais: o devedor não tem qualquer expectativa razoável de quando a prestação deve ser realizada, razão pela qual o Código exige seu conhecimento para que se lhe possa exigir a prestação.

Além do aspecto teleológico, há outro elemento a se considerar. Ocorrido o evento previsto na condição para que o negócio se torne eficaz, parte da doutrina brasileira mais influenciada pelo sistema francês – hegemônica outrora, minoritária hoje em dia – entende haver retroatividade da condição, ou seja, que desde o momento em que o negócio jurídico foi celebrado, ele é eficaz.¹¹¹ Caso a condição-evento ocorra 10 anos após a celebração do contrato, o crédito já surgiria prescrito. Se pensarmos em uma obra de grande porte que precisa de autorização administrativa, e esta só for concedida anos depois, o credor poderia se ver sem qualquer pretensão, pois a prescrição já teria se consumado (supondo, é claro, a teoria objetiva da prescrição e a retroatividade da condição). Assim, criou-se essa exceção no sistema, garantindo que um crédito de então dez anos não perdesse sua exigibilidade por impossibilidade legal de exercê-lo. É por ser benéfico ao credor que lhe incumbe provar: ele se torna titular de uma pretensão que, por anos, não foi afetada por prescrição. Se fosse apenas a questão de incerteza, não haveria justificativa sistemática para lhe alocar o ônus.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, THEODORO JR., Humberto. *Prescrição e decadência*, cit., p. 32.

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. XXIV, cit., §2.912, n.3.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 401.

¹¹¹ Para um panorama da questão, relativizando a distinção entre o modelo alemão e francês, cf. MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 141 ss.

No contrato de seguro, o crédito à indenização securitária surge imediatamente com a ocorrência do sinistro.¹¹² Contudo, é dever do segurado avisá-lo à seguradora,¹¹³ a qual tem o direito e o dever de conduzir apurações para verificar ocorrência de um evento coberto pelo contrato e, eventualmente, quantificar os valores devidos ao segurado em razão do sinistro. Nesse contexto, e de forma análoga ao art. 332 do Código Civil, o STJ decidiu que não há violação ao direito do segurado caso a seguradora não tenha sido avisada do sinistro, porque normalmente não tem ciência do evento que deveria apurar. Logo, a violação ao direito à indenização e, conseqüentemente, o surgimento da pretensão, está condicionada ao aviso de sinistro.¹¹⁴

Posta a adesão do texto ao modelo clássico, e a proximidade deste modelo com a construção de Windscheid, podemos tratar das objeções. Vamos ao primeiro grupo.

Retomando brevemente a primeira objeção, sustenta-se que o art. 189 do Código Civil faz um paralelo equivocado entre pretensão e direito, uma vez que surgimento da pretensão não está necessariamente ligado a violação de um direito em, no mínimo, quatro situações: (i) o direito real pode exigir que o terceiro o respeite mesmo que não haja uma interferência no direito subjetivo; (ii) o crédito nas obrigações quesíveis somente é violado se, no momento em que o credor vai receber a prestação, o devedor não presta; (iii) nas obrigações de não fazer, a pretensão surge mesmo que o crédito não seja violado, e (iv) o art. 199 permite inferir que a pretensão surge mesmo sem qualquer violação. Sendo esse o caso, é possível ter um *dies a quo* distinto da simples violação do crédito, porque o nascimento da pretensão não está atrelado a ela.

Começemos pelo problema do direito real. Não há dúvidas de que existe uma contradição entre o modelo de direito subjetivo e de pretensão exposto pela teoria clássica e o conceito de direito absoluto nos moldes de Windscheid e de Pontes de Miranda (*i.e.*, direito concomitante à pretensão universal de abstenção). Não se explica por que, contudo, a dinâmica da pretensão – prevista em lei, no art. 189 – deve ser afastada em favor de um conceito de direito real que pode muito bem ser reformulado. Nesse sentido, as objeções já apontadas de Kipp a Windscheid indicam a solução: o direito subjetivo é suficiente para exigir que outrem não interfira em seu conteúdo.¹¹⁵ Quando o direito real

¹¹² “Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”.

¹¹³ “Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as conseqüências”.

¹¹⁴ STJ. REsp 2.050.513, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.04.2023.

¹¹⁵ Em nosso Direito, cf., por todos, PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 79 ss. Observações muito pertinentes em VANZELLA, Rafael F. *O contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012, pp. 56 ss., alinhadas a CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. In: JAKOBS, Horst H. et al. (Org.) *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, vol. I. Köln: Otto Schmidt, 1978, pp. 371 ss. Para uma visão geral, cf. WILHELM, Jan. *Sachenrecht*. 4. ed. Berlin: De Gruyter, 2010, pp. 21 ss. e OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 1971, pp. 70 ss.

é violado – ou seja, quando a atribuição da coisa objeto do direito real não é feita conforme o tipo de direito –, surge uma pretensão contra a pessoa específica que o violou. Admitir a multiplicação desnecessária de pretensões inibitórias é, além de cair em romanismo, sujeitá-las à prescrição: a propriedade, então, estaria sempre limitada a dez anos, já que não há fundamento legislativo para dizer que estas são imprescritíveis. Além disso, inserir a violação da pretensão, dando origem à ação de direito material, como uma categoria necessária apenas para que se tenha a pretensão universal de abstenção seria criar complexibilidade desnecessária.

Vamos ao segundo contraexemplo. As obrigações quesíveis, ou seja, nas quais o credor vai ao devedor receber a prestação, tampouco fazem surgir uma situação em que há prescrição sem pretensão.

O crédito do credor está vinculado a um comportamento do devedor, que deve ser realizado a fim de satisfazer um interesse daquele (prestação). A realização da prestação é situada: há um tempo e um lugar específico para isso. No entanto, o vencimento do crédito está vinculado ao tempo, não ao lugar do prestar, como deixa claro uma comparação entre o arts. 331 e 327 do Código Civil. Assim, desde o tempo adequado, o crédito gera instrumentos para fazer com que o devedor seja constrangido a prestar: há pretensão. Isso porque, quando vence o crédito, há inadimplemento,¹¹⁶ entendido como a não realização (objetiva) da prestação, enquanto devida.¹¹⁷ Acontece que o inadimplemento do devedor na dívida *quérable* decorre de um comportamento ativo do credor: ele não foi buscar a coisa. Logo, ao devedor não é imputável o inadimplemento (art. 396), afastando a mora do devedor. Aliás, há mora do credor nesse caso (art. 400), o que supõe inadimplemento.

Vamos aos deveres negativos. Aqui, a solução é a mesma do direito real: só precisamos da pretensão quando houver inadimplemento. Se o devedor segue cumprindo seu dever, não surge a pretensão ao cumprimento. É esse o sentido do art. 390 do Código Civil: “Art.

¹¹⁶ Assim, exigibilidade e vencimento não se confundem, como aponta PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §665, n. 8. O vencimento é o momento em que deveria ocorrer o adimplemento; a pretensão, a reação do sistema impondo o respeito ao conteúdo do direito subjetivo. No caso dos créditos, o objeto do direito é a prestação em seu sentido finalístico de satisfação do interesse do credor. No momento em que o crédito vence, e o interesse do credor não está satisfeito, surge a pretensão, para que o credor possa coagir o devedor a cumprir sua obrigação. A lesão é o inadimplemento, fato objetivo. No entanto, a lesão pode acontecer antes do momento em que a prestação deva ser realizada, como ocorre no caso de “vencimento” antecipado da dívida, que o próprio Código diz ser cobrar *antes* de vencer (art. 333). Olhando numa perspectiva comparatista, podemos equiparar o vencimento à *Fälligkeit*, relevante no Direito alemão para fins de mora: “O segundo pressuposto da mora é – ao lado do surgimento da pretensão – o vencimento do crédito [*Fälligkeit des Anspruchs*] segundo o §284, par. 2, al. 1. O conceito de ‘vencimento’ é amplo: ele compreende, além da ocorrência do tempo do pagamento (vencimento em sentido estrito), a exigibilidade da pretensão [...]” (HUBER, Ulrich. *Leistungsstörungen*, vol. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 289).

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 108.

390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”.

Inadimplir significa violar o crédito. Como efeito dessa violação, surge a pretensão para que o devedor volte a se abster e começa o prazo prescricional,¹¹⁸ uma vez que só nesse momento o prescrito pelo direito não se encontra no real, gerando a pretensão – a disposição específica de um direito subjetivo a submissão do sujeito passivo. Logo, o crédito sempre é pressuposto, sendo variável a pretensão; *a fortiori*, a prescrição.

A última objeção decorre de um raciocínio *a contrario sensu* a partir do art. 199 do Código Civil.¹¹⁹ O argumento procede da seguinte forma: se a condição suspensiva ou o termo foi implementado, surge a pretensão, não se verificando se há ou não lesão ao direito subjetivo, porque não há mora (do devedor), já que não houve interpelação.¹²⁰

Em primeiro lugar, mora do devedor e inadimplemento não se confundem: a mora decorre do inadimplemento, mas apenas se este for imputável ao devedor (art. 396) e preenchido pressuposto da interpelação ou da mora *ex re* (art. 397). Além disso, o art. 199 – reprodução do art. 170 do Código Civil de 1916 – é um texto cuja função normativa é extremamente limitada.¹²¹ Ela apenas reafirma o que decorreria do conceito de pretensão previsto no art. 189. Se não ocorreu o vencimento ou a condição que tolhe a eficácia do negócio, não há pretensão, porque não houve violação do direito. Logo, não há *actio nata*. Apenas quando vencido o crédito (art. 199, II) e não imediatamente realizada a prestação, há inadimplemento – *i.e.*, violação do crédito.

Assim, nenhum contraexemplo trazido deve ser acolhido. Todas as falhas aparentes podem ser explicadas pelo modelo *direito subjetivo-violação-pretensão tradicional*, por meio do aprofundamento de cada instituto.

¹¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, §615, n. 3: “Argumenta-se que não há pretensão nos direitos reais e em outros direitos com sujeitos passivos totais, porque não pode ser cedida, nem prescreve a faculdade geral de não ser perturbada. Mas esquece aos que assim pensam que a pretensão à omissão contínua, nos direitos de créditos, somente começa a prescrever quando se infringe o dever de omitir, tal como acontece às pretensões dos direitos com sujeitos passivos totais”.

¹¹⁹ “Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção”.

¹²⁰ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A prescrição no direito civil brasileiro*, *cit.*, p. 137.

¹²¹ Exemplar o raciocínio em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. V, *cit.*, §665, n. 12: “O art. 170, I e II, estabelece que não corre a prescrição pendendo condição suspensiva, ou não estando exausto o prazo. Não se trata de suspensão do decurso do prazo; trata-se de pretensão condicionada, embora já haja, de regra, crédito ou direito. As duas regras jurídicas do art. 170, I e II (“Também não corre a prescrição: I. Pendendo condição suspensiva. II. Não estando vencido o prazo”) existiriam no sistema jurídico, *ainda que não estivessem escritas no Código Civil, ou alhures*. Porque resultam da definição de prescrição, como encobrimento da eficácia da pretensão. Naquelas duas espécies, ainda não há pretensão; portanto, não se poderia pensar em prescrição. O que é atingido, *em sua eficácia*, pela condição suspensiva, ou pelo termo suspensivo, é o direito, e não a pretensão, que ainda não existe”.

Chegamos, desse modo, à segunda objeção. Nesse caso, a dissociação entre lesão do direito e pretensão decorreria de se exigir a possibilidade fática do exercício para que haja pretensão. Logo, um direito poderia ser violado, mas surgiria a pretensão apenas quando o titular tomasse conhecimento dessa violação, para que pudesse então, na prática, exigir um comportamento de quem violou. Sem essa possibilidade, não há exigibilidade *in concreto*, postergando o nascimento da pretensão. Esse seria o único conceito de pretensão adequado aos prazos curtíssimos de prescrição estabelecidos no Código Civil para, por exemplo, a responsabilidade civil extranegocial.

Para além dos exemplos trazidos acima, o art. 198, I, do Código Civil¹²² serve de contraprova à questão do conhecimento.¹²³ O lapso do prazo é impedido ou suspenso para os absolutamente incapazes mesmo que possuam guardiões, tutores ou curadores capazes de exercer suas pretensões. Logo, mesmo na situação típica de desconhecimento (a incapacidade), a possibilidade concreta de saber da violação é desconsiderado.

O problema da solução proposta do conhecimento *in concreto* é que, apesar de solucionar caso de evidente injustiça – como é o da responsabilidade extranegocial –, ela acaba postergando o *dies a quo* para todas as pretensões. O desvalor da solução, a nosso ver, não poderia se colocar quando se trata de um prazo longo de 10 anos, como é a solução geral subsidiária prevista no art. 205 do Código Civil.

Em suma, tendo em vista o conceito de pretensão acima fixado, não há como sustentar que a pretensão demande o exigir concreto para surgir. Sendo fruto da violação do direito subjetivo, ela está intimamente ligada a um fato objetivo, sendo a exigibilidade a possibilidade atribuída ao sujeito diante da contradição entre o real e o normativo.

Esse argumento é, em verdade, uma roupagem dogmática mais adequada à discordância sobre o fundamento da prescrição. Traduz-se em termos sistemáticos uma forma de conciliar a prescrição como forma de punição e o modelo objetivo de prazos que encontramos no Código Civil. Logo, para além dos aspectos técnicos que sugerem sua rejeição, ela deve ser lida conjuntamente com as questões teleológicas abordadas *infra*, no terceiro grupo de objeções.

Assim, pelo menos no que diz respeito ao primeiro grupo de objeções – as relacionadas ao conceito de pretensão –, o modelo clássico ainda é o mais adequado às disposições do

¹²² “Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º”.

¹²³ CORREIA, Atalá. *Prescrição: entre passado e futuro*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 168.

Código Civil. Vamos, agora, avaliar a prescrição, para enfrentarmos os dois outros grupos de objeções à teoria clássica.

3.2. Prescrição

No Código Civil brasileiro, a prescrição é definida no art. 189 como uma forma de extinção da pretensão. Todavia, o art. 191 permite renunciar à prescrição após consumada:

Art. 191. 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.

A despeito de o Código Civil brasileiro não ser muito rigoroso com a terminologia, o próprio uso mais coloquial da palavra “renunciar” indica a disposição de uma posição jurídica. Não há qualquer situação em que o Código emprega o termo em sentido diverso de dispor de algo. Ademais, há alguma dificuldade lógica em compreender que uma prescrição extinta ressurgja depois de extinta pela prescrição por ato unilateral do sujeito passivo.

Qual seria, então, essa posição jurídica? A que se enquadra mais adequadamente é uma exceção de direito material, como é a posição dominante na doutrina.¹²⁴ A exceção de direito material é, contudo, figura nebulosa no Direito brasileiro, mormente pela carga histórica do próprio termo¹²⁵ e da variação por que a figura passa entre ordenamentos,¹²⁶ justamente pela forma como a cisão entre Direito Material e processo se operou.

¹²⁴ Por todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, cit., §662; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de direito – UFPR*, Curitiba, n. 51, 2010, pp. 101-120.

¹²⁵ Permite-se remeter às considerações expostas em GIANNOTTI, Luca. A doutrina das ações em Teixeira de Freitas e o pensamento orientado pelas ações (*Aktionenrechtliches Denken*). In: MARTINS-COSTA, Judith et al. *Augusto Teixeira de Freitas: Humanismo, dogmática e sistema*. São Paulo: Processo, 2024, pp. 223-249.

¹²⁶ Nesse sentido, vale lembrar a observação comparada de Chiovenda: “*La nostra terminologia giuridica, la quale sotto l'unico nome di eccezione riconduce le più diverse forme di difesa del convenuto, non ci permette d'esprimere con una parola, ma ci costringe a indicare con una frase ('eccezione in senso proprio o sostanziale') quella particolare forma di difesa, che consiste in un diritto del convenuto, e precisamente in un contraddiritto tendente ad impugnare e annullare il diritto d'azione. È questo il concetto da cui muove e che intende illustrare questa nuova monografia sulla eccezione. Concetto nostro quant'altro mai, cioè, italiano; che nel pensiero germanico ha trovato soltanto il tentativo di una formulazione legislativa, e, cosa più utile, il collocamento in una categoria; come diritto appartenente alla classe dei diritti d'impugnazione, l'eccezione così intesa rientra nella vasta categoria dei diritti potestativi*” (CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla “eccezione” (1927). In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Foro Italiano, 1930, vol. 1, pp. 149-157, p. 149). Esse conceito de exceção italiano, embora tenha tomado conta da doutrina processual brasileira por anos (cf., por todos, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 112 ss.), não é o do Código Civil.

No Direito brasileiro, tal como no alemão, a exceção de direito material pode ser decomposta em duas figuras: (i) o direito de excetuar, um direito potestativo ou poder formativo de gerar a exceção, e (ii) a exceção, a limitação à eficácia do ato que pelo qual o titular de uma pretensão faz valer seu direito, atribuindo-se uma faculdade ao excipiente no sentido técnico-jurídico.¹²⁷ Separa-se o direito de exceção da exceção em si porque essa perdura: enquanto o titular da exceção não renunciar à faculdade ou o titular da pretensão satisfazer as condições postas para que ela desapareça (*e.g.*, executar primeiro o devedor no benefício de ordem),¹²⁸ a pretensão continua “encoberta”.¹²⁹

Se pensarmos, por exemplo, na exceção de insegurança (art. 477),¹³⁰ as duas figuras emergem claramente: se o credor exercer sua pretensão contra o devedor, não sendo certa sua capacidade de prestar, o obrigado *pode* rejeitar-se a prestar. Ele defende-se opondo a exceção, poder cujo efeito é tornar ineficaz o ato pelo qual o credor fez valer sua pretensão, dando-lhe faculdade de satisfazer o crédito enquanto perdurar a exceção. Com o exercício do direito de excetuar, podem surgir outras posições jurídicas além da faculdade de satisfazer o direito cujo exercício se pretendeu – no caso da exceção de insegurança, restabelecida a condição de prestar do credor ou apresentada a garantia, ele adquire o poder de desconstitui-la. A prescrição, por outro lado, só tem a exceção, sendo despicando o exercício do poder formativo para que haja a limitação à eficácia do exercício (ou “encobrimento”).

A exceção é a melhor técnica jurídica para regrear situações em que o obrigado é posto diante de uma escolha moral ou entre dois riscos:¹³¹ descumprir (moralmente) uma obrigação ou deixar a estabilidade jurídica exigida pelo princípio da segurança jurídica exonerá-lo – prescrição –; correr o risco de ser ressarcido pelo devedor principal antes ou após a execução do credor fidejussório – benefício de ordem –; deixar de prestar antes e perder a possibilidade de exercer a pretensão quando o crédito vencer ou exigir uma garantia e até mesmo o cumprimento simultâneo diante da deterioração da capacidade de adimplir da outra parte – exceção de insegurança. Em todas essas situações, o ordenamento faz a escolha (na prescrição, por exemplo, pela segurança jurídica, na

¹²⁷ Adota-se a terminologia de ROSS, Alf. *Directives and norms*. London: Routledge, 1968, pp. 119, 128-130, segundo os termos fixados em LUMIA, Giuseppe. *Teoria da relação jurídica*. Tradução e adaptação de Alcides Tomasetti Jr. Edição Mimeografada, 1999.

¹²⁸ “Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”.

¹²⁹ Termo de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. VI, *cit.*, §628.

¹³⁰ “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

¹³¹ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, *cit.*, §13, n. 97.

exceção de insegurança, pela prestação antecipada), mas ele deixa o obrigado alterar a solução legal e decidir o que lhe parece melhor. Esse é o cerne da exceção: a tutela da escolha do obrigado.¹³²

Segundo a teoria clássica, para que a prescrição se forme e pretensão seja encoberta, existem dois requisitos gerais: (i) a existência da pretensão e (ii) o lapso temporal legalmente previsto. Passado o tempo previsto em lei, a pretensão do titular é automaticamente afastada por uma faculdade (exceção de prescrição), podendo o titular renunciar à exceção se assim desejar.

Aqui encontramos o segundo grupo de objeções à teoria clássica. Essas focam na mudança dos requisitos tradicionais para a configuração da prescrição. Uma primeira linha defende que o conhecimento da lesão é um requisito no Código Civil para que a prescrição se inicie. Outros preferem inserir no critério tradicional do lapso temporal o requisito da *inércia*, argumentando então que só pode ser inerte quem conheceu o direito próprio e decidiu não agir.

Antes, uma distinção importante: o início do prazo prescricional e o surgimento da pretensão são fatos por si diferentes, embora estejam igualados no nosso sistema pela regra geral do art. 189. Como regra geral, nascida a pretensão, inicia-se *pari passu* o curso do prazo prescricional. Existem, no entanto, notórias exceções no Código Civil e na legislação esparsa. Fiquemos em dois exemplos.

No art. 27 do Código de Defesa do Consumidor,¹³³ a pretensão surge desde o momento da lesão (fato do produto ou serviço), mas o *dies a quo* é diferido para quando o consumidor ou pessoa equiparada tem conhecimento do dano. Nesse caso, o sistema expressamente insere outro requisito além dos usualmente exigido: o surgimento da pretensão, a *actio nata*.

Para que não se diga que a solução é de legislação extravagante, o art. 206, §1º, II, “b” dispõe que as pretensões entre segurado e seguradora nos seguros em geral somente se

¹³² Toda a discussão travada na doutrina sobre se a prescrição deixou de ser uma exceção de direito material ou não pelo novo Código de Processo Civil parece confundir um elemento da exceção (a necessidade de “alegar”, melhor dito: exercer, a posição jurídica) com o seu elemento essencial. O que o legislador fez foi apenas mudar a suposição inicial: em vez de assumir que o obrigado pondere toda vez se ele ainda deseja satisfazer a prestação, supõe-se - corretamente - que na maioria esmagadora de casos o obrigado não tem mais a intenção de cumprir seu dever. Mas o Código Civil, justamente ponderando a dimensão moral desse dever, decidiu manter a possibilidade de o obrigado inverter essa escolha e retornar à pretensão todo seu vigor. Logo, a escolha - o cerne da exceção - permaneceu inalterada. Sobre a controvérsia, cf. TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, cit., vol. I, p. 356.

¹³³ “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

sujeitam à prescrição quando o segurado toma conhecimento do “fato gerador de sua pretensão”.¹³⁴ Aqui há uma clara exceção à regra geral do art. 189, dissociando o nascimento da pretensão do momento em que a prescrição começa a afetá-la. Embora o surgimento do direito à indenização se dê com a ocorrência do sinistro, a necessidade de a seguradora desenvolver apurações na chamada regulação de sinistro determina a postergação do termo inicial ao momento em que o segurado toma ciência de que seu direito à indenização não será respeitado pela seguradora. Isso ocorre com a negativa de cobertura, como entende a jurisprudência do STJ.¹³⁵

A primeira objeção do grupo que modifica os requisitos da prescrição se coloca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo especial predominância decisões sobre responsabilidade civil extranegocial.

Partindo da jurisprudência sobre o contrato de seguro (enunciado da súmula do STJ nº 278¹³⁶ e 573¹³⁷), em que – como vimos – há regra expressa sobre o diferimento do *dies a quo* do prazo prescricional (art. 206, §1º, II, “b”), alguns julgados começam a aplicar, de forma direta, o requisito do conhecimento previsto na alínea específica a casos de responsabilidade civil.¹³⁸

É o caso, por exemplo, do REsp 1.347.715,¹³⁹ em que uma pessoa foi lesada pelo uso de uma firma sua falsa em uma compra e venda, tomando conhecimento da situação seis anos antes de ajuizar a demanda, mas aguardava perícia grafotécnica na demanda resolutória da compradora. Ou também do REsp 1.354.348,¹⁴⁰ em que a contaminação do solo antiga gerou danos à propriedade de alguém, mas esse fato se revelou apenas em 2005, gerando abrupta desvalorização do imóvel e a demanda indenizatória. Especialmente neste último, há uma observação baseada na obra de Jose Fernando Simão na ementa que se refletirá no terceiro grupo de objeções:

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

¹³⁴ “Art. 206. Prescreve: § 1º Em um ano: II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão(...)”.

¹³⁵ STJ. REsp 1.970.111, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.03.2022.

¹³⁶ “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

¹³⁷ “Nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução”.

¹³⁸ Ver nota 44 para a história da construção.

¹³⁹ STJ. REsp 1.347.715, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 25.11.2014.

¹⁴⁰ STJ. REsp 1.354.348, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 26.08.2014.

disposto no art. 189 do Código Civil, consagrando a tese da *actio nata* no ordenamento jurídico pátrio.

3. Contudo, na responsabilidade extracontratual, a aludida 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.

A insuficiência da tese está justamente na aplicação direta de um regime específico do direito do seguro ao de responsabilidade civil ao prazo previsto no art. 206, §3º. Nos acórdãos, não há qualquer tentativa de justificar a aplicação analógica de uma disposição específica, que se afasta da regra geral anunciada no art. 189, a outros regimes.

Essa falta de fundamentação originária agrava o problema à medida que a exceção ao regime geral do art. 189 se expandiu muito para além do campo original da responsabilidade extranegocial. Apesar disso, a casuística também não permite qualquer inferência: não se admite hoje o requisito de ciência na petição de herança,¹⁴¹ nos saques indevidos em contas bancárias de funcionários públicos¹⁴² ou no direito das companhias em geral,¹⁴³ mas sim no cancelamento do precatório ou da requisição de pequeno valor,¹⁴⁴ na correção monetária na restituição do empréstimo compulsório sobre a energia elétrica¹⁴⁵ e – mais surpreendente – na responsabilidade negocial,¹⁴⁶ que já dispõe do prazo mais longo admitido no Direito brasileiro (10 anos).¹⁴⁷

Menciona-se, frequentemente, tratar-se de uma exceção à regra geral do art. 189, provocada por circunstâncias relevantes verificadas no caso concreto, sem se dizer quais elementos se deve buscar nos casos para se enquadrar na exceção.¹⁴⁸

¹⁴¹ STJ. EAREsp 1.260.418, 2ª S., rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 26.10.2022.

¹⁴² STJ. REsp 1.895.936, 1ª S., rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.09.2023.

¹⁴³ STJ. REsp 2.079.626, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Humberto Martins, j. 12.11.2024.

¹⁴⁴ STJ. REsp 1.944.899, 1ª S., rel. Min. Assusete Magalhães, j. 25.10.2023.

¹⁴⁵ STJ. REsp n. 1.028.592, 1ª S., rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.08.2009.

¹⁴⁶ STJ. AgInt nos EDv nos EAREsp 985.978/RJ, 2ª S., rel. Min. Marco Buzzi, j. 18.02.2020.

¹⁴⁷ STJ. EREsp 1.281.594, Corte Especial, rel. Min. Benedito Gonçalves, rel. p/acórdão Min. Felix Fischer, j. 15.05.2019.

¹⁴⁸ “3. O viés subjetivo da teoria da *actio nata* deve ser admitido com muita cautela e em situações excepcionalíssimas, somente quando as circunstâncias demonstrem que o titular do direito violado não detém nenhuma possibilidade de exercer sua pretensão, justamente por não se evidenciar nenhum comportamento negligente de sua parte” (STJ. REsp 1.837.425, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.06.2023); “4. O termo inicial do prazo prescricional, em situações específicas, pode ser deslocado para o momento de conhecimento da lesão, aplicando-se excepcionalmente a *actio nata* em seu viés subjetivo” (STJ. REsp 1.605.604, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20.04.2021).

A segunda objeção do grupo que modifica os requisitos tradicionais da prescrição passa por uma análise apurada do requisito da inércia. Parte-se da afirmação de que o Código Civil exige, além da passagem do tempo, a inércia do titular para que se configure a prescrição, já que a pretensão exercida não prescreve. Posto o requisito adicional, argumenta-se que a inércia deve ser imputável ao titular para que se possa puni-lo com a prescrição de sua pretensão.

Embora bem fundamentada, essa objeção pode ser refutada analisando, com cuidado, como o requisito do lapso temporal se configura no Código Civil, especialmente os prazos e as previsões de interrupção e suspensão.

Os prazos fixados nos artigos 205 e 206 não estabelecem um período de inércia do titular – *i.e.*, um lapso de tempo em que a pretensão não seja exercida –, mas apenas um lapso temporal. O exercício da pretensão é uma hipótese de interrupção do prazo prescricional, prevendo-se que o rompimento da inércia, em algumas situações, permite a recontagem do prazo fixado para a configuração da prescrição. Veja-se que o art. 202, I, do Código Civil exige que o exercício se dê por meio do ajuizamento de uma demanda, ou seja, requer-se o exercício judicial da pretensão.¹⁴⁹ O exercício extrajudicial, mesmo que intenso e reiterado, não afeta a contagem do lapso de tempo necessário para a configuração da prescrição.

Mesmo quanto a inércia é interrompida pelo exercício judicial, é possível que a prescrição intercorrente afete o credor mais proativo. Se o obrigado não tem bens para satisfazer a pretensão do autor, o processo é suspenso (art. 921, III, CPC), e, passado mais um ano (§1º do mesmo artigo), a execução é arquivada (§2º), sujeitando-se a pretensão novamente à prescrição (§4º)¹⁵⁰. Nesses casos, ainda que o credor busque ativamente a satisfação de seu crédito, ele está sujeito a prescrição por não encontrar meio processualmente viável diante da inexistência de bens do devedor.

Logo, não há como admitir a inércia como requisito geral para a ocorrência da prescrição no Direito brasileiro: ela é uma causa específica de modificação do curso do prazo prescricional, como a inexistência de vínculo matrimonial entre o titular e o obrigado (art. 197, I), incapacidade do titular (art. 198, I) ou o reconhecimento da dívida pelo devedor (art. 202, VI).

¹⁴⁹ “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(...)”.

¹⁵⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 694-695 e 809.

Por fim, o terceiro grupo de objeções à teoria clássica foca no fundamento da prescrição: se o titular da pretensão não foi capaz de exercer materialmente sua posição jurídica, ele não pode ser punido pela prescrição. A lógica não é mudar o conceito de inércia, mas restringir, por razões valorativas, a prescrição a situações em que há efetivamente uma conduta socialmente reprovável – em outras palavras, negligente – por parte do titular da pretensão.

A razão pela qual o Direito brasileiro admite a prescrição é controversa. Normalmente opõem-se na doutrina brasileira dois fundamentos: a segurança jurídica e a punição da inércia do titular da pretensão.¹⁵¹ Definir essa questão em termos abstratos é impossível, uma vez que os institutos jurídicos existem em um determinado contexto. Qualquer teoria dogmática que não pretenda encontrar apoio no ordenamento jurídico em geral, e no sistema do Código Civil em particular, é, em si, pura especulação, uma vez que não coloca critérios para aferir sua veracidade ou falsidade.¹⁵² Logo, devemos extrair do sistema do Código a opção por um ou outro fundamento.

O Código Civil brasileiro, a nosso ver, privilegia a segurança jurídica como finalidade última da prescrição, embora reconheça a sanção à inércia em diversos dispositivos associados a prazos com elementos subjetivos (*e.g.*, o curto prazo prescricional do contrato de seguro – art. 206, §1º, II). Isso se dá, fundamentalmente, pela impossibilidade de as partes modificarem o curso da prescrição por força do art. 192.¹⁵³ Ao não poder dispor sobre o prazo prescricional de qualquer forma ser modificado pelas partes, o Código fixa como valor fundamental a estabilização das situações jurídicas com o passar do tempo. Evidentemente, a consolidação pune quem foi negligente, mas tomar a punição como função principal é confundir causa com efeito: a punição, como na usucapião, é apenas decorrência da estabilização de uma situação jurídica.

Uma abordagem comparada corrobora essa visão.¹⁵⁴ Os sistemas jurídicos conciliam os valores de punição à inércia e segurança jurídica por meio do estabelecimento de um sistema dúplice de prescrição: conjuga-se um prazo subjetivo mais curto – três anos na

¹⁵¹ Cf., por exemplo, RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 1: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 323 ss.; BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*, vol. 1: parte geral. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 294; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972, §§77 ss.

¹⁵² CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. *JuristenZeitung*, vol. 48, n. 8, 1993, pp. 377-391, especialmente pp. 385-386. Há uma tradução espanhola desse ensaio publicado pela editora Civitas.

¹⁵³ “Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”. Atalá Correia acrescenta como argumento em favor do modelo objetivo, além do art. 192, o previsto no art. 196 (“A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor”). Cf. CORREIA, *cit.*, p. 167.

¹⁵⁴ Sobre as linhas gerais de um “direito comum” da prescrição, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*, *cit.*, pp. 62 ss.

Alemanha; cinco, na França – com um objetivo mais longo – 10 ou 30 no BGB, 20 somado ao prazo ordinário no *Code Civil* –, permitindo que as partes disponham sobre o prazo prescricional mais curto.¹⁵⁵ Isso se explica pela finalidade meramente privada da prescrição como punição: não há qualquer interesse público em limitar o que as partes consideram ser um comportamento inerte reprovável a ponto de receber uma sanção. O sistema italiano, por outro lado, que adora um sistema semelhante ao nosso, veda qualquer disposição nesse sentido, por também privilegiar a segurança jurídica como valor final.¹⁵⁶

Desse modo, à medida que o valor da segurança jurídica sobressai no regime da prescrição, não há, por si, qualquer inconsistência valorativa em admitir prazos objetivos. A simples existência de um prazo curto, a dificultar o exercício da pretensão pelo titular, não é razão suficiente para deixar de aplicá-lo.

3.3. Recolocação do problema: a lacuna normativa

Depois de tantas objeções, vale refletir a respeito do grande defeito do modelo clássico a justificar tantas críticas e tentativas de adaptação. Ao nosso ver, a questão se reduz aos problemas da objetividade.

Como a segurança jurídica exige um tratamento uniforme de todas as situações jurídicas para garantir expectativas do tráfego, o Código Civil estabelece parâmetros rígidos para limitar o exercício da pretensão. Com isso, situações claramente injustas acabam sendo avalizadas. Pense-se em um trabalhador que, sem saber do risco de sua atividade, é exposto a situações e substâncias perigosas conhecidas pelo empregador. Dez anos depois de deixar seu cargo, desenvolve uma doença relacionada a seu labor. Nesses casos, fora soluções pouco ortodoxas,¹⁵⁷ a pretensão indenizatória do trabalho prescreveria prazo intoleravelmente curto de três anos (art. 206, §3º, V) a contar do momento em que a exposição à substância perigosa se encerrou ou, se aplicado o regime celetista, até dois após a extinção do contrato de trabalho, no limite de cinco anos (art. 11, CLT). Essa solução lesa o senso de justiça de qualquer pessoa razoável – especialmente quando se

¹⁵⁵ Sobre os aspectos práticos do regime alemão, cf. SÄCKER, Franz J. (Org.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd I: Allgemeiner Teil. 5. ed. München: C.H. Beck, 2006, pp. 2.285 ss.; sobre o francês, TERRÉ, François *et al.* *Droit civil: les obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2019, pp. 1833 ss.

¹⁵⁶ Para o Direito italiano, cf. ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo. *Codice civile commentato*. Tomo III. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2013, p. 3563; BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*, vol. VII. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 511 ss.

¹⁵⁷ Uma saída não explorada pela doutrina é o momento em que ocorre o dano, como fez a doutrina italiana – SCHLESINGER, Piero; TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*. 24. ed. Milano: Giuffrè, 2019, §470, pp. 945 ss. Seria a melhor solução ao caso do REsp 1.354.348, a justificar também a aplicação do Código Civil de 2002.

considera que o consumidor exposto ao produto perigoso, na mesma situação, não teria sua pretensão tolhida pela prescrição (art. 27, CDC).

Equacionar casos-limite como esse, que merecem uma solução adequada sob pena de violar o princípio da igualdade por dispensar tratamento injustificadamente distinto a duas situações semelhantes, passa pelo uso de um instrumental adequado ao problema. Controverter a respeito do sistema posto no Código Civil, ora modificando o conceito de pretensão enraizado na tradição, ora flexibilizando os requisitos previstos na lei para a configuração da prescrição pela expansão de soluções específicas à regra geral sem qualquer ressalva, ora argumentando com base em conceitos extralegais – como se o regime da prescrição existisse por si, decorresse da natureza das coisas, não se colocasse através da disciplina do Código Civil – conduz à insegurança e à cacofonia que descrevemos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como exposto anteriormente, as críticas à teoria clássica, a nosso ver, não se sustentam, na medida em que tentam expor, sob outras premissas, o regime jurídico da prescrição tal como posto pelas regras do Código Civil – isto é, colocam o problema como uma questão de interpretação incorreta do regime positivado, o qual é, como vimos, mais bem explicado pelo modelo tradicional. Apesar disso, Judith Martins-Costa tem toda razão ao apontar que o curto prazo de três anos para responsabilidade extranegocial é absolutamente incompatível, do ponto de vista valorativo, com o regime objetivo previsto nos arts. 189 e 206.¹⁵⁸ A solução dessa incompatibilidade, contudo, não nos parece passar pela reinterpretção de conceitos fundamentais, mas pelo reconhecimento da inadequação valorativa da solução e, conseqüentemente, dos usos das técnicas consolidadas para solucionar a quebra no sistema interno, em especial a integração de lacunas. Trata-se, em suma, de um problema de integração, não de interpretação.

Sabe-se, há muito, que a “lacuna” no direito não significa apenas a ausência de regulamentação pela lei – até porque existem silêncios eloquentes do legislador. Na realidade, constata-se uma lacuna sempre que existir uma insuficiência não planejada na disciplina jurídica: falta uma norma adequada ao caso concreto, seja porque inexistente alguma previsão completa que o discipline, seja porque a aplicação da norma sem qualquer restrição adicional conduz a uma solução contraditória à intenção do legislador ou aos valores básicos protegidos pelo ordenamento.¹⁵⁹ Uma das principais formas de

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o dies a quo do prazo prescricional. In: MIRANDA, Daniel Gomes de et al. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

¹⁵⁹ LARENZ; CANARIS, cit., pp. 191-220; BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien: Springer, 1982, pp. 472-475. Cf., ainda, a exposição de GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, pp. 117-141.

identificar é a utilização do princípio da igualdade: identificar semelhanças e diferenças entre soluções postas pelo ordenamento jurídico, buscando a justificativa para a identidade ou a distinção, leva-nos, com bastante facilidade, a casos em que um regime jurídico deve ser estendido a caso análogos ou, em contrapartida, a situações em que a generalidade originalmente proposta não deve abranger um grupo específico de casos, porque não se adequam ao fundamento que deu origem à solução.¹⁶⁰

Essa técnica, aliás, não é desconhecida sequer para o regime da prescrição. Argumenta-se pela redução teleológica, que nada mais é do que a colmatação de uma lacuna “oculta” em um dispositivo aparentemente abrange, do princípio da unicidade da interrupção previsto no *caput* do art. 202¹⁶¹ no caso do inciso I, isto é, a citação do réu em uma demanda por meio do qual o titular da pretensão a exerce.¹⁶²

Seguindo esse plano, vamos primeiro identificar a lacuna e, se existente, adotar os métodos adequados para colmatá-la. Em vez de tratar dos diversos casos postos pela jurisprudência, vamos ao original: a responsabilidade extranegocial, prevista no art. 206, §3º, V, do Código Civil: “Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil(...)”.

Comparando esse dispositivo com os demais prazos prescricionais previstos no Código Civil, notamos um certo descolamento. Os prazos mais longos previstos no Código Civil adotam, invariavelmente, o critério objetivo do art. 189. É o caso do prazo geral de dez anos (art. 205) e de todos os casos de prazos de cinco anos (art. 206, §5º). À medida que o prazo se reduz, a legislação introduz outros requisitos para que o lapso do prazo prescricional se inicie. No único caso de prazo de quatro anos (art. 206, §4º), em metade das hipóteses sujeitas ao prazo de três anos (art. 206, §3º, VI e VII) e em quase todos os casos de prazo anual (art. 206, §1º, II, IV e V), o Código exige a ocorrência de um fato que dá publicidade à lesão ao direito subjetivo, permitindo ao titular alguma reação possível.

O caso do contrato de seguro é, a nosso ver, o mais emblemático (art. 206, §1º, II). Com o curtíssimo prazo de um ano, dois fatos distintos adicionais à violação do crédito indenizatório são exigidos para que a contagem se inicie: no seguro de responsabilidade civil, a ciência do exercício da pretensão contra o segurado por parte do terceiro

¹⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Feststellung von Lücken im Gesetz. In: NEUNER, Jörg; GRIGOLEIT, Hans C (Org.). *Claus-Wilhelm Canaris: Gesammelte Schriften*. Berlin: De Gruyter, 2012, vol. 1, pp. 57-73.

¹⁶¹ “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...)”.

¹⁶² “Seria inconcebível que, interrompido o prazo prescricional por um dos modos previstos nos incisos II a VI do art. 202 Código Civil, e, voltando a correr, na conformidade do parágrafo único, entender-se que ‘não mais fosse detida com o despacho ordenatório da citação (inc. I), levando, eventualmente, à sua consumação no curso do processo, ainda que a parte fosse diligente’” – MARTINS-COSTA, Judith. O “princípio da unicidade da interrupção”: notas para a interpretação do inciso I do art. 202 do Código Civil. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coord.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, pp. 185-200.

prejudicado;¹⁶³ e, nos seguros em geral, a negativa da seguradora, porque até a conclusão das apurações não se sabe se a indenização será paga amigavelmente.

O que diferencia esses casos das demais situações em que o Código Civil estabelece um prazo curto é, geralmente, a facilidade de se constatar a violação do direito subjetivo. No caso do inadimplemento envolvendo hospedagem, o não pagamento do serviço prestado é imediatamente claro ao credor, razão pela qual os princípios da segurança jurídica e da sanção à inércia militam por um prazo objetivo mais curto (art. 206, §1º, I). O mesmo raciocínio vale para o recebimento de custas e emolumentos (art. 206, 1º, III), para o aluguel (art. 206, §3º, I), para a renda (art. 206, §3º, II), para os juros (art. 206, §3º, III) e para os títulos de crédito em geral (art. 205, §3º, VIII). É por essa distinção, aliás, que o Código diferencia o caso das dívidas líquidas constantes em instrumento (art. 206, §5º, I) dos créditos em geral, sujeito ao prazo geral de dez anos.

Essa não é a única razão pela qual se criam prazos prescricionais menores do que a regra geral. O encurtamento do prazo prescricional da pretensão de alimentos a dois anos (art. 206, §2º), por exemplo, está associado à função dos alimentos como forma de satisfação de necessidades imediatas do alimentado. Passados dois anos do vencimento, o ordenamento presume que o valor a pagar não era indispensável para o sustento.¹⁶⁴

Saindo dos exemplos do Código Civil, a dinâmica de certas atividades também exige prazos mais curtos, como é o caso do direito das companhias (art. 285-288, Lei 6.404/76 – LSA)¹⁶⁵ e dos armazéns gerais, cuja lei prevê um curtíssimo prazo objetivo de três meses a contar do dia em que a mercadoria não é devolvida em perfeitas condições (art. 11, §1º, alínea 2º, Decreto 1.102/03).¹⁶⁶

Mesmos nesses prazos, contudo, frequentemente prevê-se uma forma de publicização da violação do direito subjetivo, de forma a postergar o *dies a quo* para possibilitar ao titular da pretensão alguma reação contra o lesante. Veja-se que, no regime da LSA, o prazo de 3 anos para qualquer tipo de responsabilização depende de fatos que documentariam o ilícito – por exemplo, a publicação dos atos constitutivos ou aprovação do balanço

¹⁶³ Não se exige a citação, valendo também o exercício extrajudicial da pretensão ou o envolvimento do segurado no processo – STJ. REsp 1.990.918, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.10.2023.

¹⁶⁴ Segue esse raciocínio THEODORO JR., Humberto. *Prescrição e decadência, cit.*, pp. 264-265.

¹⁶⁵ A respeito das peculiaridades do regime societário face ao Direito Civil, embora tratando especificamente dos prazos decadenciais associados às deliberações, cf. FRANÇA, Erasmo Valladão A. *Invalidez das deliberações de assembleia das S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 26-35, pp.70-99.

¹⁶⁶ Decreto 1.102/1903, Art. 11º § 1º: “A indenização devida pelos armazéns gerais nos casos referidos neste artigo, será correspondente ao preço da mercadoria e em bom estado no lugar e no tempo em que devia ser entregue. O direito à indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue”.

relacionado ao exercício em que o ato ilícito teria sido praticado. O mesmo vale para a responsabilidade do armazém geral. Pouco importa quando a mercadoria foi danificada ou extraviada, dando origem à pretensão: vale, como termo inicial da prescrição, a data em que a mercadoria foi ou deveria ser devolvida em boas condições a quem apresentar o conhecimento de depósito ou o *warrant*.

Desse conjunto se extrai que o sistema brasileiro de prescrição, embora tenha como valor último tutelado a segurança jurídica, exige, na grande maioria dos prazos prescricionais substancialmente mais curtos do que o prazo geral de dez anos, um requisito adicional para que o lapso do prazo prescricional se inicie, mormente relacionado à publicização da violação do direito subjetivo. O que unifica todas essas hipóteses é se tentar evitar a prescrição sem qualquer inércia, isto é, impedir que o titular do direito violado, dispondo de um prazo limitado para fazer valer sua pretensão, venha a ser prejudicado com a prescrição sem ter tido a possibilidade de exercê-la.

Voltamos, assim, ao art. 206, §3º, VI. Temos, aqui, um caso no qual a constatação da violação do direito subjetivo é, em vários casos, bastante diferida diante da ocorrência do ilícito, razão pela qual vários sistemas atribuem à responsabilidade aquiliana um prazo significativamente mais amplo do que o geral.¹⁶⁷ Nos casos brasileiros, basta o exemplo do julgado pelo STJ a respeito da contaminação do aquífero. Assim, mesmo sendo a intenção do legislador reduzir, no Código Civil de 2002, os prazos prescricionais em geral, de forma a adequá-los à realidade contemporânea mais dinâmica, ele omitiu-se, injustificadamente, ao deixar de fixar um requisito adicional para o *dies a quo* associado à manifestação da lesão ao direito subjetivo na responsabilidade aquiliana.

Essa conclusão se ampara nas soluções encontradas no próprio Código Civil para prazos prescricionais igualmente curtos ao da responsabilidade extranegocial e, em especial, à luz do critério utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor para a contagem do prazo prescricional de cinco anos no art. 27. Nada justifica o consumidor dispor de um prazo significativamente mais extenso e de um termo inicial diferido para reparação quando o crédito indenizatório em geral também dispõe de um tratamento igualmente privilegiado pelo Código Civil (*e.g.*, incidência imediata de mora,¹⁶⁸ vedação à compensação,¹⁶⁹ solidariedade contra todos os lesantes).¹⁷⁰

¹⁶⁷ Cf. SÄCKER, Franz J. (Org.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., pp. 2.341 ss.

¹⁶⁸ “Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

¹⁶⁹ “Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: I - se provier de esbulho, furto ou roubo”.

¹⁷⁰ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Constatada a lacuna, ou seja, a ausência, sem qualquer motivo aparente, de um requisito adicional para o início do lapso da prescrição na responsabilidade extranegocial, deve-se integrá-la.

Nos casos análogos regradados pelo Código Civil, o termo inicial diferenciado mais abrangente é o associado ao contrato de seguro, que adiciona o requisito de ciência da lesão para o início da contagem (art. 205, §1º, II, “b”). Essa solução é muito mais adequada do que qualquer outra forma de publicização, como é o caso da publicação de qualquer ato específico. Desse modo, para que não haja um tratamento injustificadamente pior ao lesado diante dos demais casos regulados no Código Civil e na legislação esparsa, o art. 205 §3º, V, do Código Civil deve ser integrado para que nele se leia “a contar da ciência do fato gerador da pretensão”.

Perceba-se que, do ponto de vista prático, chegamos à mesma conclusão que as cinco objeções de que tratamos anteriormente. No entanto, usando instrumentos mais adequados, não se sacrificou a coerência do sistema geral para se adequar à solução excepcional, como a modificação dos termos básicos da relação direito subjetivo-pretensão-prescrição tende a produzir.

Seguindo o mesmo raciocínio exposto acima, podemos concluir que os prazos prescricionais associados ao enriquecimento sem causa (art. 206, §3º, IV), tendo em vista os casos de enriquecimento por intervenção em particular,¹⁷¹ e ao seguro de responsabilidade civil obrigatório (art. 206, §3º IX) também devem ser ter seus termos iniciais diferidos para a data da ciência da lesão ao direito subjetivo. Em contrapartida, o requisito adicional não se justifica na responsabilidade contratual, uma vez que a interpretação sistemática e a teleologia do Código Civil indica que prazos longos são propositalmente objetivados, a fim de garantir a segurança jurídica.

4. Considerações finais

Começamos este artigo mencionando que a prescrição foi, por muito tempo, vista como um tema árido e técnico no Direito europeu, geralmente visto como pouco afeito a grandes construções pela extensa disciplina positiva.¹⁷² Como se pôde ver, felizmente,

¹⁷¹ Para um panorama recente do instituto no Direito brasileiro, cf. CID, Henrique S. *Restituição do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Almedina, 2024, *passim*, especialmente pp. 125-141. Como o STJ decidiu que o pagamento indevido está fora do campo deste prazo específico no EREsp 1.523.744, Corte Especial, rel. Min. Og Fernandes, j. 20.02.2019, é natural que o campo abrangido seja apenas o do enriquecimento não prestacional. Para críticas à solução encontrada, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. Prazo prescricional da pretensão de repetição de indébito: um diálogo necessário entre pagamento indevido e enriquecimento sem causa. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.

¹⁷² ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*, cit., p. 62.

esse não foi caso no Direito brasileiro. Em função da série de problemas que a disciplina do Código Civil de 1916 trouxe ao tema, especialmente a mescla entre a prescrição e a decadência, a doutrina brasileira sempre cuidou da prescrição. Mesmo depois do Código Civil de 2002, a produção local é bastante pronunciada. Poucos temas da Parte Geral foram objeto de tanto desenvolvimento. Menos ainda foram objeto de tanta controvérsia.

A intensa produção, todavia, dá espaço para cacofonia e, em última instância, arbitrariedade na solução de casos concretos. Contrapondo o modelo tradicional e as objeções que pudemos encontrar na literatura recente, esperamos ter contribuído para a arrumação do discurso dogmático a respeito de um dos aspectos centrais do nosso regime da prescrição: seu termo inicial, ou o *dies a quo*.

Para além da organização, a mudança do discurso a respeito das insuficiências do *dies a quo* da prescrição para o viés da integração – em vez da interpretação –, embora raro na doutrina nacional, redundou em ganhos sistemáticos consideráveis: preservamos as regras gerais permitindo exceções justificadas em uma leitura global do ordenamento.

Admitindo-se exceções rigorosamente construídas, coloca-se imediatamente a questão: como não sacrificar, em absoluto, o princípio da segurança jurídica, razão fundante do sistema de prescrição adotado no Direito brasileiro? Sem uma mudança legislativa, consideramos que a boa-fé objetiva em sua faceta corretiva, na figura da *Suppressio*, poderia integrar o regime para evitar a prorrogação infinita do *dies a quo*. Esse, no entanto, é tema para outro artigo.

Referências

- ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo. *Codice civile commentato*, tomo III. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2013.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2022.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972.
- BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*, vol. VII. Milano: Giuffrè, 2012.
- BUNFOIR, C. *et al. Code Civil allemand traduit et annoté*. Tome premier. Paris: Imprimerie Nationale, 1904.
- CALVINO, Ítalo. *Por que ler os clássicos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed., atual. por Aguiar Dias. Forense: Rio de Janeiro, 1982.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Feststellung von Lücken im Gesetz. In: NEUNER, Jörg; GRIGOLEIT, Hans C (Org.). *Claus-Wilhelm Canaris: Gesammelte Schriften*, vol. 1. Berlin: De Gruyter, 2012.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. In: JAKOBS, Horst H. *et al.* (Org.) *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, vol. I. Köln: Otto Schmidt, 1978.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Fuktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. *JuristenZeitung*, vol. 48, n. 8, 1993.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: FCG, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla “eccezione” (1927). In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. 1. Roma: Foro Italiano, 1930.
- CID, Henrique S. *Restituição do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Almedina, 2024.
- COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht*. Bd 2: 19. Jahrhundert. München: C.H. Beck, 1989.
- COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht*. Bd. 1.: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800). München: C.H. Beck: 1985.
- CORREIA, Atalá. *Prescrição: entre passado e futuro*. São Paulo: Almedina, 2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 25. ed. Salvador: JusPODIVM, 2023.
- DINAMARCO, Cândido; BADARÓ, Gustavo; LOPES, Bruno Carrilho. *Teoria geral do processo*. 35. ed. Salvador: JusPODIVM, 2024.
- ENDEMANN, Friedrich. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. Bd. 1. 6. ed. Berlin: Carl Heymann, 1899.
- FRANÇA, Erasmo Valladão A. *Invalidez das deliberações de assembleia das S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1989.
- GIANNOTTI, Luca. A doutrina das ações em Teixeira de Freitas e o pensamento orientado pelas ações (Aktionenrechtliches Denken). In: MARTINS-COSTA, Judith *et al.* *Augusto Teixeira de Freitas: Humanismo, dogmática e sistema*. São Paulo: Processo, 2024.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense 1983.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalreo. Prescrição extintiva: questões controversas. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson Fachin (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- HUBER, Ulrich. *Leistungsstörungen*, vol. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- KASER, Max. *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: die nachklassischen Entwicklungen*. München: C.H. Beck, 1975.
- KOHLER, Josef. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Bd. 1: Allgemeiner Teil. Berlin: Carl Heymann, 1906.
- LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin: Springer, 1995.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 51. Curitiba: UFPR, 2010.
- LIEBMAN, Enrico T. L’azione nella teoria del processo civile. In: LIEBMAN, Enrico T. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.
- LUMIA, Giuseppe. *Teoria da relação jurídica*. Tradução e adaptação de Alcides Tomasetti Jr. Edição Mimeografada, 1999.
- MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*. São Paulo: Almedina, 2017.

- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o dies a quo do prazo prescricional. In: MIRANDA, Daniel Gomes de et al. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho*. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. O “princípio da unicidade da interrupção”: notas para a interpretação do inciso I do art. 202 do Código Civil. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coord.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*, vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 1: parte geral. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Institutas de Justiniano*. São Paulo: YK, 2021.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *RTDC*, vol. 11. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2002.
- MUGDAN, Benno. *Die Gesamten materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. I. Berlin: Decker, 1899.
- NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A prescrição no direito civil brasileiro: natureza jurídica e eficácia*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- NÖRR, Knut Wolfgang. Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny. In: JAKOBS, Horst H. et al. (Org.) *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, vol. I. Köln: Otto Schmidt, 1978.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 1971.
- ORESTANO, Riccardo. Azione: storia del problema. In: ORESTANO, Riccardo. *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*. Bologna: Mulino, 1978.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 1: Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 24. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PUCHTA, Georg F. *Pandekten*. 10. ed. Leipzig: J. A. Barth, 1866.
- PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milano: Giuffrè, 1939.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 1: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSS, Alf. *Directives and norms*. London: Routledge, 1968.
- SAAB, Rachel. Análise funcional do termo inicial da prescrição. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coord.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- SÄCKER, Franz J. (Org.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd I: Allgemeiner Teil. 5. ed. München: C.H. Beck, 2006.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts*, vol. I. Berlin: Deit und comp, 1851.

- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Deit und Comp., 1841.
- SCHLESINGER, Piero; TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*. 24. ed. Milano: Giuffrè, 2019.
- SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. I: Allgemeiner Teil. §§1-240. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- SCHULZ, Fritz. *Principles of roman law*. Oxford: OUP, 1936.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Prazo prescricional da pretensão de repetição de indébito: um diálogo necessário entre pagamento indevido e enriquecimento sem causa. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.
- TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.
- TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- TERRÉ, François *et al.* *Droit civil: les obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2019.
- THEODORO JR., Humberto. *Prescrição e decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2021.
- VANZELLA, Rafael F. *O contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5. ed. Lisboa: FCG, 2015.
- WILHELM, Jan. *Sachenrecht*. 4. ed. Berlin: De Gruyter, 2010.
- WINDSCHEID, Bernhard; KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I. 8. ed. Frankfurt: Rütten & Loening, 1900.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C. H. Beck, 2016.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*. Cambridge: CUP, 2004.

Como citar:

GIANNOTTI, Luca. Pretensão e prescrição: *actio nata* e o termo inicial dos prazos prescricionais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 3, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

3.4.2025

Aprovado em:

12.12.2025