

Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana

Atualmente, a prescrição extintiva encontra sua *ratio* na necessidade de segurança nas relações jurídicas ou, como se dizia usualmente no século passado, na exigência de “certeza do direito”. Para tanto, admite que a violação de um dever jurídico seja não apenas aceito pelo ordenamento jurídico, mas venha a ser por ele referendado. Diversamente, o direito canônico sempre viu com maus olhos o instituto, com base no princípio maior de que ninguém pode se beneficiar da própria malícia, estabeleceu a exigência do requisito da boa-fé.¹

Para além da garantia da segurança jurídica, sua função principal, discutem-se em doutrina diversos outros fundamentos para prescrição, tais como: a vantagem de pôr fim a litígios instaurados tardiamente; o problema do envelhecimento das provas; a consolidação de uma situação aparente; a presumida renúncia do credor ou a sanção por sua longa inércia, presumindo-o negligente; o interesse do sujeito passivo de que a sujeição de seu patrimônio não se perpetue, e até mesmo a suposta intenção do legislador de proteger “aqueles que não devem”,² no sentido de liberá-los de guardar recibos *ad eternum*.³

De toda forma, a maior parte dessas funções corresponde a interesses públicos, ou de ordem pública, e é nesse sentido que o legislador brasileiro decidiu mover-se, passando ao largo da autonomia privada. Assim, em nosso sistema os prazos são imperativos e curtos;⁴ o juiz deve declarar de ofício a prescrição;⁵ as causas impeditivas e suspensivas são taxativas; a interrupção somente pode dar-se uma vez.⁶ Todos esses são aspectos que foram adotados em tempos recentes, tendo-se em vista, provavelmente, nossa

¹ V. *Corpus Iuris Canonici*: “Cân. 198 – Nenhuma prescrição tem valor se não se basear na boa fé, não só no início, mas em todo o decurso do tempo requerido para a prescrição (...)”. No glossário jurídico canônico, boa-fé significa a “convicção de não fazer um ato contra a lei (mesmo fundada na ignorância da própria lei)”.

² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, tomo VI, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 100.

³ Lembre-se, porém, que, em sua maioria, tais opiniões *se* manifestaram quando o prazo geral ainda era de trinta anos.

⁴ CC, art. 192 e arts. 205-206.

⁵ CPC 2015, art. 487, II.

⁶ CC, art. 202.

enorme necessidade de incrementar a celeridade processual, decorrente do crônico problema do atolamento dos juízos e dos tribunais.

Tais providências, contudo, ignoraram séculos de elaboração do instituto do ponto de vista do direito material, com custos altos em relação à harmonia do sistema.⁷ Com efeito, até fins do século XX, discutia-se no Brasil se a autonomia privada poderia alterar os prazos, que eram muito longos, senão aumentando-os, ao menos diminuindo-os; o juiz estava proibido de reconhecer *ex officio* a prescrição,⁸ tendo sempre o instituto sido visto como uma *exceção*, um meio de defesa do devedor que, pela prescrição, se liberava do jugo do credor; e as diversas interrupções possíveis eram consideradas o meio que o credor tinha de mostrar-se sempre atento às vicissitudes de seu crédito. Nesse ambiente, de fato, era mais fácil reconhecer algumas funções de direito privado, como as presumidas renúncia ao crédito e inércia negligente por parte do credor.

Da antiga tensão entre as finalidades de segurança e certeza, de um lado, e de justiça e equidade, de outro, pode-se afirmar que, sem dúvida, o legislador nacional foi optando paulatinamente por um dos polos, abstraindo cada vez mais, do outro.

Hoje, porém, há um novo e relevantíssimo aspecto a ser levado em consideração, aspecto este que não se compatibiliza com as regras de prescrição tão restritas. São os interesses trazidos pela Constituição, ou melhor, contidos no rol dos direitos fundamentais que ela contempla.⁹ Regras de prescrição por demais restritivas dificultam, e eventualmente impedem, a realização, dentre outros, do comando estipulado no art. 5º, XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹⁰

Um excelente exemplo do que se busca ressaltar encontra-se na recente sentença que condenou o Brasil pelo crime de escravidão.¹¹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ditou, em 16 de dezembro de 2016, a primeira condenação de um Estado por tolerar a escravidão,¹² responsabilizando internacionalmente o Estado

⁷ No mesmo sentido, Roberto P. de ALBUQUERQUE JÚNIOR. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3º da Lei nº 11.280/06 subverteu de forma atécnicamente e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: n. 25, jan./mar. 2006.

⁸ CC, art. 194, ora revogado.

⁹ Mario MAURO, Prescrizione ed effettività, nel dialogo tra Cassazione e Corti Europee. *Persona e mercato: materiali e commenti*. Disponível na internet, p. 141.

¹⁰ Assim também prevê o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

¹¹ Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil. Sentença de 20.10.2016.

¹² Foi o Brasil, como se sabe, o último país a tornar a escravidão ilegal, em 1888.

brasileiro por não prevenir a prática de trabalho escravo moderno e de tráfico de pessoas. Na sentença, a Corte, que prevê o pagamento de indenizações, determina expressamente que sejam “adotadas as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas”.¹³

Com significativos avanços – e em contraste com o posicionamento comum de abstração em relação ao caso concreto – a Corte Europeia de Direito Humanos (CEDH) vem considerando que as regras prescricionais ditadas pelos Estados membros não podem tornar quase impossível, ou excessivamente oneroso, o exercício de direitos garantidos.¹⁴ A avaliação acerca da efetividade do prazo deve ser verificada em concreto, analisando se, efetivamente, o limite temporal incidiu negativamente sobre o exercício do direito, nulificando-o.¹⁵

Na sentença do caso *Oleksandr versus Ucrânia*, pelo qual decidiu a CEDH que a falta de um termo prescricional configurava uma violação ao princípio de certeza legal, colheu-se a ocasião para enumerar as diversas funções da prescrição: “assegurar a certeza e a estabilidade das relações jurídicas; proteger os potenciais devedores de pretensões tão antigas que seria de difícil defesa; prevenir injustiças que poderiam surgir se os tribunais tivessem que decidir sobre eventos ocorridos em passado remoto ou com base em provas não mais confiáveis”.¹⁶

Quase tudo como antes. Verifica-se, contudo, imensa diferença em relação às funções de outrora: agora, as finalidades devem ser formuladas em termos concretos e vinculadas aos interesses dos indivíduos que são parte naquela relação jurídica.¹⁷

Com o novo século, foram feitas na Alemanha (2001), na França (2008) e na Argentina (2014) reformas profundas na matéria, alterando características multisseculares e, até então, comuns aos diversos ordenamentos do sistema romanista. Assim, e

¹³ Por outro lado, ressalte-se que a Organização Internacional do Trabalho e outras agências das Nações Unidas consideram o sistema de combate ao trabalho escravo no Brasil, que resgatou mais de 50 mil pessoas desde sua criação, em 1995, uma referência internacional. Informações disponíveis em <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2016/12/15/brasil-e-condenado-no-ambito-da-oea-em-caso-de-trabalho-escravo/>, acesso em 16 dez. 2016.

¹⁴ CEDH, 3 outubro de 2013, n. 25816/98, *Giavi vs Grécia*, disponível em www.echr.com, em part. § 51.

¹⁵ Consta da mencionada sentença: “those rules did not in practice render impossible or unduly difficult the exercise of the rights conferred by domestic legal order.” Para tais informações, v. Mario MAURO. Prescrizione ed effettività, cit., p. 143.

¹⁶ CEDH, 9 janeiro 2013, n. 21722/11. *Oleksandr Volkov v. Ucrânia*, § 135 e ss. Disponível em www.echr.com, acesso em 20 nov. 2016.

¹⁷ Assim, interpretando as decisões da CEDH, Mario MAURO. Prescrizione ed effettività, cit., p. 142.

diversamente do que ocorreu no Brasil, que cada vez mais facilita a expedita extinção da pretensão, as novas regras visaram atender três objetivos: impuseram a imprescindibilidade da ciência do credor; aumentaram a participação da autonomia privada com a possibilidade de negociação sobre os prazos, e, enfim e mais importante, voltaram-se para garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, ampliando sobremaneira os prazos prescricionais a esse respeito.

As mencionadas reformas formularam regras, aliás, diferentes entre si em diversos pontos, não mais com o interesse de pura e simplesmente “extinguir” pretensões para garantir a segurança proveniente da consolidação das aparências, mas preocupou-se com a efetividade dos direitos, em particular daqueles fundamentais, cuja violação deve poder vir a ser, no modo mais extenso possível, examinada pelo Judiciário, em cumprimento ao art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.¹⁸

Uma das alterações, por exemplo, tratou de ponderar os prazos de duração conforme a substancialidade das pretensões violadas.¹⁹ Partiu-se do exame de que conteúdo o direito subjetivo lesado protegia e, ao verificar o que foi violado, garantir, no melhor e mais extenso meio possível, seu exame pelo juiz, estabelecendo prazos bastante diferenciados para a extinção das pretensões.

A reforma alemã, assim, manteve o prazo de trinta anos para a prescrição da pretensão de reparação das mais graves lesões à pessoa humana (BGB, § 199, II),²⁰ embora tenha reduzido o prazo geral da prescrição para apenas três anos.²¹ Vale notar que o texto não

¹⁸ Art. 6º, 1, da Convenção Europeia dos Direito do Homem: “1- Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo. quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

¹⁹ Carl Friedrich NORDMEIER. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão - A reforma de 2002, p. 217: “A prescrição, regulada nos §§ 194 e seguintes, foi um outro ponto central na discussão sobre a reforma. Vários problemas e desigualdades por causa de prazos de prescrição diferentes (...) Portanto o prazo da prescrição regular foi diminuído de 30 anos do BGB/1900 a três anos, § 195 BGB/2002. (...) Para chegar a uma solução diferenciada, o legislador previu prazos diferentes para certos tipos de pretensões e estabeleceu nos §§ 196 e 197 BGB/2002 o seguinte: pretensões que têm como conteúdo a transferência da propriedade de um terreno ou de outros direitos sobre um terreno prescrevem em dez anos” (Disponível em: www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/43502/27380, acesso em 10 jun. 2017).

²⁰ Carl F. NORDMEIER. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão, cit., p. 219, segundo o qual: “Fora (...) do novo sistema fica a prescrição de pretensões à indenização por lesão da vida, do corpo, da saúde ou da liberdade, no § 199 inc. 2. Para proteger bem os direitos humanos, a lei estabelece que estas pretensões prescrevem em trinta anos com base no sistema objetivo, quer dizer, independentemente do conhecimento do credor”.

²¹ Caindo “de um extremo para outro”, segundo Heinrich HONSEL *apud* NORDMEIER, cit., p. 218, nota 102.

criou uma cláusula geral de lesões a direitos fundamentais, mas, ao contrário, optou por enumerar os bens jurídicos protegidos, quais sejam: a lesão da vida, do corpo, da saúde e da liberdade, os mesmos bens previstos para o ressarcimento de danos extrapatrimoniais (BGB, § 823, I).²² O prazo de trinta anos vigora ainda para as pretensões do direito de família e sucessórias, as pretensões derivadas de decisões ou títulos executivos, as pretensões executivas de falências e as pretensões de restituição da propriedade ou de outros direitos reais.²³

O novo Código Civil argentino, de 2014, mostrou-se bem mais conservador na matéria, mantendo ainda unidas as disciplinas da prescrição extintiva e aquisitiva (opção que até mesmo o legislador francês abandonou), embora tenha trazido dispositivo diferenciado quanto ao prazo prescricional de dez anos em caso de “reparação de lesões decorrentes de danos de agressões sexuais infligidas a pessoas incapazes” (art. 2561,1), advertindo, ainda, no mesmo dispositivo, a alteração mais importante: “*las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles*”.²⁴ O prazo geral da lei argentina passou a ser de cinco anos.

No Brasil, em razão de a Constituição Federal ter previsto, no art. 5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” ilustre doutrina sustenta que tal se trata de uma “norma-princípio” cuja consequência é impor “aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível”,²⁵ consistente com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Além disso, em ordenamento que põe a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (CF, art. 1º, III), a previsão do art. 206 do Código Civil atribuindo o prazo de meros três anos para a “pretensão de reparação civil” (§ 3º) é, no mínimo, incoerente com o sistema. Ora, três anos depois da perda de um ente querido, ou de um

²² Carl F. NORDMEIER. O novo direito das obrigações, cit. p. 219.

²³ V. Antônio MENEZES CORDEIRO. A modernização do Direito das Obrigações, cit., p. 3, segundo o qual “Cessou a imprescritibilidade do domínio. O próprio ladrão de uma obra de arte poderá, passados os 30 anos, valer se da prescrição”.

²⁴ Mas, no art. 2561, 3 dispõe que “a reclamação de danos derivados da responsabilidade civil prescreve em três anos”.

²⁵ Assim Ingo W. SARLET. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Do mesmo autor, v. ainda, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, *passim*.

acidente grave, muitas vítimas seguramente não terão ainda condições emocionais para buscar na Justiça a indenização a que têm direito.²⁶

Como se sabe, é a responsabilidade civil hoje é o principal instrumento com que conta o ordenamento para garantir efetividade aos direitos subjetivos existenciais, sendo o principal remédio adotado para enfrentar a violação da maior parte desses direitos e tem sido utilizado largamente pela jurisprudência: trata-se da reparação civil do dano moral, em particular do dano à pessoa humana o qual, evidentemente, não pode ser comparado com outras hipóteses de compensação, não obstante o posicionamento da jurisprudência nacional que distingue espécies somente com base nos *quanta* indenizatórios. Isso é o que mais enfraquece, atualmente, as garantias constitucionais individuais e a efetividade dos direitos subjetivos fundamentais das pessoas naturais.²⁷

Entendendo-se o dano à pessoa humana como um tipo especial de dano moral, presente somente quando houver lesão à dignidade humana – isto é, à integridade psicofísica, à igualdade, à liberdade e à solidariedade social e familiar –, como se vem se defendendo,²⁸ será possível fazer a devida discriminação para determinar que as pretensões ressarcitórias a bens jurídicos dessa natureza são imprescritíveis ou, pelo menos, prescritíveis em prazos mais extensos. Esta solução, aliás, nem se configuraria como novidade no ordenamento nacional: o Superior Tribunal de Justiça já considerou imprescritíveis as pretensões indenizatórias decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar.²⁹

Mas para além de tudo isso, indaga-se, qual será o significado do exposto teor do art. 11 do Código Civil ao assegurar que a violação a direitos da personalidade é imprescritível? Em uma interpretação constitucionalizada, o combinado disposto deste artigo com o citado §3º do art. 206 determinaria que o último se refere, única e tão somente, aos danos materiais e aos danos morais que não se configurem como danos à dignidade, ou à humanidade, da pessoa.³⁰ Usando aqui, em préstimo, o novo conteúdo do §199 do BGB, tais danos seriam as lesões à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade, as

²⁶ Lembre-se que este prazo prescricional era, até janeiro de 2003, de vinte anos.

²⁷ A incongruência é tamanha que o Código prevê, no § 5º do mesmo art. 206, o prazo de cinco anos para a pretensão de profissionais liberais por seus honorários, como se fosse necessário mais tempo para um do que para outro.

²⁸ Maria Celina BODIN DE MORAES. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, *passim*.

²⁹ REsp 1.374.376-CE, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. em 25.6.2013: “Direito administrativo. Imprescritibilidade da pretensão de indenização por dano moral decorrente de atos de tortura. *É imprescritível a pretensão de recebimento de indenização por dano moral decorrente de atos de tortura ocorridos durante o regime militar de exceção*. Precedentes citados: AgRg no AG 1.428.635-BA, Segunda Turma, DJe 09.08.2012 e AgRg no AG 1.392.493-RJ, Segunda Turma, DJe 01.07.2011”. (Grifou-se)

³⁰ Assim, por exemplo, na hipótese danos morais à pessoa jurídica.

quais podem ter, pelo menos, o maior prazo prescricional previsto em nosso ordenamento jurídico (dez anos).

Ainda que se possa aceitar que o legislador nacional, em relação ao instituto da prescrição, optou pelas finalidades de segurança e certeza, abstraindo das finalidades de justiça e equidade, parece é imperioso enfrentar o problema da efetividade dos interesses contidos no rol dos direitos subjetivos fundamentais contemplados pela Constituição. No direito nacional, como se sabe, a contrapartida da violação a tais direitos, e aos direitos existenciais em geral, é feita mediante indenização em pecúnia, considerada de índole patrimonial, portanto. O Código Civil estabelece prazos prescricionais de um ano a dez anos (arts. 205 e 206), mas em matéria de reparação de lesões a direitos da pessoa a previsão é de apenas três anos.

O que é possível fazer, de imediato, para impedir que a prescrição seja mais um aspecto a comprometer a efetividade da tutela dos direitos? A segurança jurídica não pode ser esquecida, evidentemente. Mas a segurança jurídica estará na extinção das pretensões individuais a curto prazo, por meio de regras restritivas? A solução parece estar em sair da abstração da segurança jurídica e vincular a prescrição às concretas exigências dos indivíduos, como fez o STJ no mencionado caso.

Considerando o direito civil na legalidade constitucional, esse caminho parece ser hoje o melhor. Regras prescricionais restritas podem tornar praticamente impossível, ou excessivamente oneroso, o exercício efetivo de direitos garantidos pela Constituição. Com efeito, tais regras dificultam, e eventualmente impedem, a realização do comando do art. 5º, XXXV, CF, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A partir dessa constatação é que se pode realizar a interpretação e aplicação do instituto da prescrição em conformidade com o princípio da máxima efetividade constitucional.

Maria Celina BODIN DE MORAES