

Problemas atuais de prescrição extintiva no direito civil: das vicissitudes do prazo ao merecimento de tutela

Eduardo Nunes de SOUZA*

In my beginning is my end.

– T. S. ELIOT

RESUMO: Este estudo propõe uma perspectiva funcional sobre a prescrição extintiva, que identifica no instituto e, particularmente, na determinação do termo inicial do prazo da prescrição, bem como nas causas suspensivas, impeditivas e interruptivas do prazo, um juízo de merecimento de tutela do exercício das situações jurídicas ativa e passiva pelas partes. O trabalho aborda, em seguida, alguns problemas contemporâneos que poderiam ser beneficiados por essa perspectiva, nomeadamente o prazo prescricional aplicável à pretensão indenizatória na responsabilidade contratual, a desproteção das pessoas com deficiência intelectual ou psíquica contra a prescrição após a reforma promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a desproteção dos relativamente incapazes sem representante legal contra a prescrição e, por fim, a indevida introdução da disciplina da prescrição intercorrente no Código Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição extintiva; termo inicial; responsabilidade contratual; pessoa com deficiência; incapacidade civil; prescrição intercorrente.

SUMÁRIO: 1. Perfil funcional da prescrição extintiva: entre o passado e o futuro; – 2. Termo inicial da prescrição: um problema à espera de um olhar funcional; – 3. O problema do prazo prescricional aplicável à pretensão indenizatória na responsabilidade contratual; – 4. A desproteção de pessoas com deficiência mental e o possível excesso de proteção dos menores devidamente representados contra a prescrição; – 5. A desproteção dos relativamente incapazes contra a prescrição; – 6. A regra da unicidade da interrupção e a indevida inserção da prescrição intercorrente no Código Civil; – 7. Síntese conclusiva; – Referências bibliográficas.

TITLE: *Current Problems about Extinctive Prescription in Private Law: from the Fluctuations of the Limitation Period towards a Legal Worthiness Judgement*

ABSTRACT: *This study proposes a functional perspective on extinctive prescription, which identifies in that institute and, particularly, in the determination of the initial term of the limitation period, as well as in the suspensive, impeding and interruptive causes of the period, a judgment of legal worthiness of the exercise of active and passive legal situations by the parties. This paper then addresses some contemporary problems that could benefit from this perspective, namely the statute of limitations applicable to the indemnity claim in contractual liability, the lack of protection of people with intellectual or mental disabilities against prescription after the reform promoted by the Statute of the Person with Disabilities, the lack of protection of the relatively incapable without a legal representative against prescription and, finally, the undue introduction of the discipline of intercurrent prescription in the Brazilian Civil Code.*

KEYWORDS: *Extinctive prescription; initial term; contractual liability; person with disabilities; legal incapacity; intercurrent prescription.*

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e professor permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. O autor agradece ao Prof. Rodrigo da Guia Silva pela cuidadosa revisão crítica dos originais e pela valiosa reflexão conjunta sobre tantas inquietações em comum nos temas ora abordados.

CONTENTS: 1. Functional profile of the extinctive prescription: between the past and the future; – 2. Initial term of prescription: a problem waiting for a functional look; – 3. The problem of the limitation period applicable to the indemnity claim in contractual liability; – 4. The lack of protection for people with intellectual disabilities and the possible over-protection of properly represented minors against prescription; – 5. The lack of protection for the relatively incapable against prescription; – 6. The rule of the uniqueness of the interruption and the improper insertion of the intercurrent prescription in the Civil Code; – 7. Conclusive synthesis; – Bibliographic references.

TITRE: Problèmes actuels de la prescription extinctive en droit civil: des vicissitudes du délai au mérite de la tutelle

RESUME: Cette étude propose une perspective fonctionnelle sur la prescription extinctive, qui identifie dans l'institut et, en particulier, dans la détermination du point de départ de la prescription, ainsi que dans les causes de suspension et interruption du délai, un jugement de valeur de l'exercice des situations juridiques actives et passives par les parties. L'étude aborde ensuite quelques problèmes contemporains qui pourraient bénéficier de cette perspective, à savoir le délai de prescription applicable à l'action en dommages et intérêts en responsabilité contractuelle, l'absence de protection des personnes handicapées mentales ou intellectuelles contre les délais de prescription après la réforme promue par le Statut de la Personne Handicapée, l'absence de protection des personnes relativement incapables sans représentant légal contre la prescription et, enfin, l'introduction induite de la discipline de la prescription intercurrente dans le Code civil brésilien.

MOTS-CLES: Prescription extinctive; point de départ; responsabilité contractuelle; personne handicapée; incapacité civile; prescription intercurrente.

SOMMAIRE: 1. Profil fonctionnel de la prescription extinctive: entre passé et futur; – 2. Point de départ de la prescription: un problème en attente d'un regard fonctionnel; – 3. Le problème de la prescription applicable à la demande d'indemnisation en responsabilité contractuelle; – 4. L'absence de protection des personnes handicapées mentales et la surprotection éventuelle des mineurs correctement représentés contre la prescription; – 5. L'absence de protection des personnes relativement incapables contre la prescription; – 6. La règle de l'unicité de l'interruption et l'insertion impropre de la prescription intercurrente dans le Code civil; – 7. Synthèse concluante; – Références bibliographiques.

TITOLO: Problemi attuali della prescrizione estintiva nel diritto civile: dalle vicissitudini del termine al giudizio di meritevolezza

RIASSUNTO: Il presente studio propone una prospettiva funzionale sulla prescrizione estintiva, che individua nell'istituto e, in particolare, nella determinazione del termine iniziale e nelle cause sospensive, ostative ed interruzive del termine, un giudizio di meritevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche attive e passive da parte delle parti. Il lavoro affronta poi alcune problematiche contemporanee che potrebbero trarre vantaggio da questa prospettiva, ovvero la prescrizione applicabile alla domanda di indennizzo nella responsabilità contrattuale, la mancata tutela delle persone con disabilità intellettuale o psichica contro la prescrizione dopo la riforma promossa dallo Statuto della Persona con Disabilità, la mancata tutela contro la prescrizione del relativamente incapace privo di legale rappresentante e, infine, l'indebita introduzione della disciplina della prescrizione intercorrente nel codice civile.

PAROLE-CHIAVE: Prescrizione estintiva; termine iniziale; responsabilità contrattuale; persona con disabilità; incapace; prescrizione intercorrente.

SOMMARIO: 1. *Perfil funcional da prescrição extintiva: tra passato e futuro;* – 2. *Termine iniziale di prescrizione: un problema in attesa di un sguardo funzionale;* – 3. *Il problema della prescrizione applicabile alla domanda di indennizzo nella responsabilità contrattuale;* – 4. *La mancata tutela delle persone con disabilità intellettiva e l'eventuale iperprotezione dei minori adeguatamente rappresentati contro la prescrizione;* – 5. *La mancanza di tutela del relativamente incapace contro la prescrizione;* – 6. *La regola dell'unicità dell'interruzione e dell'inserimento improprio della prescrizione intercorrente nel codice civile;* – 7. *Sintesi conclusiva;* – *Riferimenti bibliografici.*

1. Perfil funcional da prescrição extintiva: entre o passado e o futuro

Será verdade que o direito penaliza aos que dormem? De acordo com a civilística tradicional, o adágio latino *vigilantibus, non dormientibus, succurrit ius* traduziria o papel fundamental atribuído ao instituto da prescrição extintiva: punir a inércia do titular de um direito.¹ Tão antiga parece ser essa ideia que a doutrina contemporânea já tem posto em dúvida sua adequação. Seria, de fato, a inércia do titular a razão de ser da prescrição? E mais ainda: seria essa inércia sempre punível? Eminentemente vozes já se insurgiram, no direito brasileiro e alhures, contra tal concepção, reconhecendo como arcaicas as construções que veem na prescrição uma sanção civil e destacando que a simples inércia no exercício de um direito não pode ser reputada antijurídica.² Afirma-se, por exemplo, que, fosse a punição do titular do direito o real fundamento da prescrição, o reconhecimento do crédito pelo titular do dever jamais teria o poder de interromper o prazo prescricional.³ Aduz-se, ainda, que a regra da unicidade da interrupção da prescrição seria incompatível com a perspectiva punitivista, na medida em que despreza a diligência do titular do direito que realiza sucessivos atos de cobrança.⁴ Por toda parte, a ideia de castigo ao titular omissor do direito tem cedido espaço a um gradual enfraquecimento da tutela da situação jurídica com o passar do tempo – mais condizente, aliás, com a própria literalidade do brocardo latino, que, sem cogitar da repressão da inércia, propõe apenas deixar de *socorrer* o titular negligente.

¹ Por todos, cf. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001 [1977], p. 342.

² Na doutrina italiana, aduz MONATERI: “A teoria da inércia pressuporia um alcance moralístico que parece estranho ao tratamento científico da matéria, mesmo porque, se coerentemente assumida, ela colocaria os efeitos da prescrição entre as sanções civis. Diversamente, tanto o campo da prescrição quanto aquele da decadência ou da nulidade em linguagem sancionatória (‘sob pena de decadência’, ‘sob pena de nulidade’), refletem agora posições em desuso, e só podem ser tidos como metáfora de efeitos que não são mais cientificamente considerados como sanções” (*La prescrizione*. In: SACCO, Rodolfo (diretto da). *Trattato di diritto civile*. La Parte Generale del Diritto Civile, vol. V. Torino: UTET, 2009, p. 28. Tradução livre). No direito pátrio, registra Caio Mário da Silva PEREIRA: “nosso direito pré-codificado via [na prescrição] uma punição ao credor negligente, o que não é de boa juridicidade, pois que punível deve ser o comportamento contraveniente à ordem constituída, e nada comete contra ela aquele que mais não fez do que cruzar os braços contra os seus próprios interesses” (*Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 572).

³ Com esse argumento, por exemplo, Pier Giuseppe MONATERI afasta a tese de uma suposta renúncia tácita pelo titular do direito como fundamento da prescrição (*La prescrizione*, cit., p. 24).

⁴ Por todos, cf. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva: questões controversas. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 3, n. 3, 2014, p. 1846.

A vetusta tese do escopo punitivo da prescrição oferece mais de uma possível explicação. A primeira e mais evidente consiste no fato de o decurso do tempo criar uma clara consequência desvantajosa para o titular inerte do direito, sugestiva de um escopo sancionatório.⁵ Paralelamente, e não menos importante, coloca-se um fundamento de ordem sistemática. Como se sabe, o direito civil tem como objeto central o controle valorativo da autonomia privada: ao mesmo tempo em que presume a liberdade de agir dos particulares, submete os atos da vida civil ao crivo axiológico do sistema (como informa o princípio da legalidade na sua vertente privatista).⁶ Incumbe ao civilista, portanto, sempre perquirir quando e quanto certos atos particulares devem ser reprimidos. Nesses moldes configurou-se o direito civil moderno, e mesmo o atual ambiente de acentuada funcionalização da autonomia privada à solidariedade social não parece alterar essa identidade.⁷ Nessa linha, por muito tempo pareceu natural à doutrina que também a prescrição decorreria da valoração negativa de um comportamento privado (a inércia do titular) e da necessidade de reprimi-lo – muito embora a regra geral no direito civil seja a de que os atos omissivos, em si considerados, apenas se reputam antijurídicos nas hipóteses de descumprimento de deveres específicos de agir⁸ (o que contradiz a própria natureza de *facultas agendi* do direito subjetivo).⁹

No entanto, um aspecto, este sim, drasticamente modificado com a progressiva constitucionalização do direito civil foi a própria noção de legalidade, cada vez mais permeada pela ideia de merecimento de tutela.¹⁰ Em um cenário de crise de fontes normativas e crescente complexificação social, constata-se a insuficiência da ótica repressiva para a solução dos conflitos particulares.¹¹ Nos casos em que dois comportamentos privados, ambos em princípio amparados pela ordem jurídica, entram em rota de colisão, impõe-se ao intérprete ponderar qual deles atende de modo mais satisfatório a uma função promocional dos valores do

⁵ Embora também implique, sem dúvida, um benefício ao titular do dever jurídico contraposto, como lembra Menezes CORDEIRO: “No campo do Direito privado, o interesse do credor será, sempre, o de dispor de um máximo de pretensões, podendo ordenar no tempo, de acordo com conveniências suas, o exercício dos seus direitos. Temos, pois, de assumir que a prescrição visa, no essencial, tutelar o interesse do devedor: uma orientação que se comprova, em termos históricos, desde Teodósio II” (*Tratado de direito civil*, vol. V. Coimbra: Almedina, 2015, p. 197).

⁶ Sobre a evolução do princípio da legalidade em direção ao controle da abusividade e do merecimento de tutela, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014, *passim*.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 341-342.

⁸ Em matéria reparatória, por exemplo, “[p]ara que a abstenção se converta em dever de indenizar, é preciso que exista a obrigação de agir” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 99).

⁹ Segundo Roberto de RUGGIERO, por exemplo, o direito subjetivo corresponde a “uma faculdade reconhecida ao indivíduo pela lei e que lhe permite levar a efeito determinados atos (*ius est facultas agendi*)” (*Instituições de direito civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 2005, p. 36).

¹⁰ O sentido estrito de merecimento de tutela ora adotado, como instância de controle valorativo positivo da autonomia privada embasada na função promocional do direito, foi desenvolvido em SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, *cit.*, item 3.

¹¹ BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007, p. 15.

ordenamento, conferindo-lhe tutela prioritária.¹² Esse juízo meritório se espalha por todas as searas do direito civil: valorizam-se cada vez menos a culpa e a má-fé e cada vez mais o comportamento ético, as medidas preventivas, a confiança legítima; preocupa-se o jurista cada vez menos com a mera repressão dos atos desconformes e cada vez mais com a tutela de partes vulneráveis e a promoção do equilíbrio dos interesses. E o mesmo processo parece ter advindo à prescrição: o mero não exercício, em princípio lícito, não demanda repressão, ao mesmo tempo em que o descumprimento do dever, com o passar do tempo, assume ares de situação consolidada.¹³ Passa o intérprete a atentar, assim, prioritariamente, para a ponderação entre os interesses das partes, buscando identificar qual deles merecerá a tutela prioritária do sistema.¹⁴ Essa equação, embora quase sempre bem resolvida em abstrato, a partir do juízo valorativo realizado pelo legislador sobre a generalidade das situações de não exercício (na forma do regime normativo da prescrição), sempre demandará a análise, à luz das peculiaridades do caso concreto, de sua adequação à axiologia do sistema – como não poderia deixar de ser em perspectiva civil-constitucional.¹⁵

A qualificação da figura da prescrição como um problema de merecimento de tutela em sentido estrito parece responder a um antigo incômodo teórico, que entrevia no instituto um reflexo do perene embate entre o sentido de “justiça” (aqui entendida como a tutela de prerrogativas particulares revestidas da força vinculante de direitos subjetivos) e a segurança jurídica.¹⁶ Se, de fato, o primeiro sugere a proteção do titular do direito e a segunda parece amparar a contraparte, seria ingênuo considerar que o problema se resolve em termos absolutos a favor

¹² A questão foi desenvolvida em maior detalhe em SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., item 5.

¹³ Uma constatação bem ilustrada, por exemplo, pela conhecida figura da *suppressio*, mas também aplicável a outros casos de não exercício, independentemente de mediação pela boa-fé objetiva. Assim, por exemplo, leciona Menezes CORDEIRO, com base nos estudos do alemão Jürgen Schmidt, que “na base do problema [da *suppressio*] está a possibilidade de discrepância entre o sentido social de uma regulação jurídica e a efetividade social” e que, para eliminar a discrepância, pode ocorrer que o Direito adapte a norma ao influxo da realidade social – uma via que “é servida pela prescrição e, ainda, por outros institutos, como seja certos prazos legais e a usucapião” (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 816). O autor, porém, destaca que “a boa-fé, vocacionada para intervir nas situações de relação, não se liga, diretamente, à problemática do tempo nas situações jurídicas”, de modo que a *suppressio* e a *surrectio* não tratam propriamente do problema do não exercício, mas sim do problema da confiança que esse não exercício gera na contraparte (Ibid., p. 820).

¹⁴ Nesse sentido, aduz-se que “os próprios objetivos de tutela das normas sobre a prescrição estão hoje se movendo progressivamente do interesse público e abstrato da certeza das relações à ponderação funcional dos interesses das partes” (LONGBUCCO, Francesco. La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell’istituto. *I contratti*. Número 11, 2012, p. 952. Tradução livre).

¹⁵ Sobre a insuficiência da mera subsunção da norma sem um necessário exame de adequação dos resultados à axiologia do sistema e às peculiaridades do caso concreto, um ponto já analisado por todos os autores da escola civil-constitucional, permita-se a remissão às considerações específicas desenvolvidas em SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., item 2 e, ainda, em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 281, onde se destaca que o simples fato de o método ora sustentado, fundado nos valores do ordenamento e nas características do caso concreto, levar frequentemente aos mesmos resultados práticos da mera aplicação da técnica subsuntiva não afasta sua imprescindibilidade para a garantia da coerência e da unidade do sistema.

¹⁶ Leciona SAN TIAGO DANTAS: “Como se explica esta restrição em que as próprias sanções jurídicas introduzem a instabilidade dos direitos subjetivos? [...] Esta influência do tempo consumido pelo direito pela inércia do titular serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica que é estabelecer a segurança das relações sociais” (*Programa de direito civil*, vol. I, cit., p. 342).

ou contra um desses valores, como se eles fossem excludentes. Por outro lado, a mudança de perspectiva, que substitui o papel punitivista por uma perspectiva valorativa ampla, embora necessária, também enseja novas dificuldades para o hermenêuta. Ora, se não se trata mais de punir a inércia, mas de promover um conjunto de valores, a lógica da prescrição, em certo sentido, objetivou-se; e, nessa linha, aos olhos do intérprete menos habituado à análise funcional dos institutos, poderiam parecer ilógicas as regras sobre prescrição que levam em conta atributos subjetivos do titular, reminiscentes de critérios de imputabilidade para a aplicação de sanções – por exemplo, a regra de que a incapacidade absoluta traduz uma causa impeditiva (art. 198, I do Código Civil).¹⁷

Mais ainda, se a inércia do titular não é uma conduta a ser censurada, poderia parecer que o não exercício não seria mais um requisito essencial do instituto da prescrição; assim, a prescrição operaria sempre, mas, sendo ela mesma um mecanismo de contra-eficácia do direito, o exercício deste seria capaz de obstá-la.¹⁸ Nessa perspectiva, que inverte por completo os termos da equação tradicional, o comportamento do titular do direito resultaria irrelevante como pressuposto da prescrição, funcionando apenas como uma posterior *fattispecie* interruptiva; e, na mesma toada, atributos subjetivos do titular, como seu discernimento acerca das consequências nocivas de sua inação, talvez não mais pudessem configurar causas obstativas.¹⁹ Semelhantes conclusões, porém, apenas traduziriam um estudo fragmentado do fenômeno prescricional – como se a fluência do prazo e sua interrupção fossem questões totalmente apartadas, orientadas por valores distintos. Ao contrário, parece mais consentâneo com o sistema conceber o inteiro regime da prescrição como um esforço legislativo unitário de se conciliarem exercícios (e interesses) potencialmente contraditórios, buscando a todo tempo definir qual deles será mais merecedor

¹⁷ Assim afirma, por exemplo, na doutrina italiana, MONATERI: “[...] é opinião unânime que a inércia deva ser valorada objetivamente, a prescindir dos motivos e das intenções de quem não exerce o próprio direito. [...] Em substância, no nosso ordenamento, a inércia do titular se reduz à falta do exercício do direito, sem qualquer outra consideração dos seus motivos ou do seu comportamento” (*La prescrizione*, cit., pp. 22-23. Tradução livre).

¹⁸ Assim defende MONATERI à luz do direito italiano, que adota o princípio (não mais vigente no sistema brasileiro) segundo o qual a prescrição não é cognoscível de ofício (art. 2.938 do *Codice civile*). Essa característica leva o autor a enquadrar a prescrição entre as exceções substanciais e, com isso, a qualificá-la como mecanismo de contra-eficácia de direitos subjetivos: “no caso, há sim um ajustamento entre facto e direito, em um sentido mais significativo do que a mera certeza das relações, desobstruindo o campo das ações tardiamente propostas graças à caducidade da exigibilidade do crédito, mas como efeito de uma hipótese fática objetiva de contra-eficácia [*fattispecie oggettiva di contro-efficacia*], cuja função é a de determinar uma liberação do titular do comportamento devido da sua subordinação à pretensão de outrem, enquanto possa ser feita valer coativamente contra a sua vontade” (*La prescrizione*, cit., p. 30. Tradução livre). Em sentido semelhante, no direito português, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 1120. No direito brasileiro, antes da revogação do art. 194 do Código Civil, BARBOSA MOREIRA qualificava a prescrição como exceção material (Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, vol. 19, n. 22. Rio de Janeiro: ABLJ, jul.-dez./2002, p. 153).

¹⁹ A correlação entre a inércia do titular como requisito do curso prescricional e as causas obstativas da prescrição é destacada, entre outros, por PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014, p. 429.

de tutela.²⁰ Razoável, assim, que a lei também leve em conta aspectos subjetivos das partes, não para puni-las, mas sim, por exemplo, para identificar e suprir suas eventuais vulnerabilidades.

Afirmado o juízo valorativo ínsito à individuação da normativa concreta da prescrição, salta aos olhos a constatação de que as suas causas suspensivas, interruptivas e impeditivas, normalmente consideradas questões menores no interior do instituto, revelam-se, em verdade, seu ponto nodal: de fato, talvez ainda mais importante do que conhecer a extensão do prazo prescricional aplicável a certa pretensão seja identificar a partir de quando ele corre e quais valores jurídicos determinam que, sob certas circunstâncias, seja ele interrompido ou obstado.²¹ Grande parte do potencial funcional da prescrição, assim, parece estar consignada nas causas suspensivas, interruptivas e impeditivas (isto é, no termo inicial do prazo prescricional e nas vicissitudes da sua contagem). Revela-se mesmo imprescindível que a doutrina transforme essas causas, no futuro breve, nas protagonistas do estudo do fenômeno prescricional, como instrumentos privilegiados que são para a promoção de interesses merecedores de tutela em cada caso concreto.²² É a partir dessa perspectiva funcional que se passa ao estudo de alguns dos muitos problemas envolvendo a prescrição extintiva surgidos sob a égide do Código Civil de 2002.

A contribuição da codificação vigente na matéria é inegável. De fato, a sistematização oferecida pelo Código à prescrição e à decadência, reunindo todos os prazos prescricionais sob os arts. 205 e 206 e confiando os decadenciais a disposições específicas,²³ solucionou a maior

²⁰ Afirmar-se mesmo que a prescrição corresponderia a um mecanismo para se conferir maior efetividade de direitos fundamentais. A respeito, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. Editorial à *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, 2017.

²¹ Como destaca Mauro TESCARO no direito italiano, “as questões relativas ao início e à suspensão do decurso da prescrição [...] mereceriam – a nosso ver – atenção bem diversa daquela que lhes é dedicada, dada a sua fundamental importância para a economia do instituto, tanto sob o perfil prático quanto sob aquele teórico” (*Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità: la rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*. Padova: CEDAM, 2006, p. 5). Por sua vez, Pier Giuseppe MONATERI sustenta que até mesmo o tão propalado requisito da inércia “não é um elemento autônomo da hipótese fática [da prescrição], mas se identifica com a falta de um dos atos de interrupção [...]” (*La prescrizione*, cit., p. 26. Tradução livre).

²² A esse propósito, já se observou a tendência, nas Cortes europeias, de se construir “um modelo de prescrição todo peculiar no qual os prazos de prescrição e decadência são concebidos como legítimos, mas também como potenciais obstáculos ao acesso dos indivíduos a uma tutela efetiva, com a consequente necessidade para os juízes nacionais de proceder caso a caso a uma aplicação dos próprios prazos prescricionais e decadenciais respeitosa ao parâmetro da razoabilidade” (LONGOBUCCO, Francesco. La prescrizione come “rimedio civile”, cit., pp. 953-954. Tradução livre). Frise-se, ainda, a advertência de Mauro TESCARO sobre a necessidade de se reconstruírem as regras sobre o curso prescricional “do modo mais coerente possível não apenas com a complexa regulamentação em tema de prescrição, mas também com os princípios gerais do ordenamento nos quais tal regulamentação pareça suscetível de interferir, como, em especial, o da autorresponsabilidade” (*Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità*, cit., p. 7).

²³ Esta foi, inclusive, uma das preocupações centrais do codificador, como registra MOREIRA ALVES (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 82). A separação entre prazos prescricionais na Parte Geral e prazos decadenciais dispersos por todo o Código já constava do projeto de Clóvis Beviláqua para o Código Civil de 1916, mas acabou alterada pela comissão revisora, que optou por reunir os prazos de ambas as naturezas sob um mesmo tratamento (cf. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*, vol. 14. Fortaleza: UFC, 1960, p. 303).

parte das controvérsias até então existentes em torno do “critério científico” para a diferenciação dos dois institutos.²⁴ Sem embargo desse importante avanço, porém, as demais escolhas do codificador do 2002 foram, no mínimo, controversas. A natureza supostamente decadencial atribuída pela própria lei a certos prazos prescricionais demonstra a insegurança de que ainda se ressentia a distinção entre essas figuras.²⁵ Por sua vez, a inovação criada pela regra da unicidade da interrupção do prazo prescricional (art. 202, *caput* do Código Civil) também gerou grande insegurança, sendo objeto de controvérsia mesmo após duas décadas de vigência.²⁶ Critica-se, ainda, a ausência de qualquer referência no Código Civil às hipóteses de imprescritibilidade,²⁷ as quais, sendo excepcionais²⁸ (pertinentes, em linhas gerais, apenas aos direitos da personalidade e aos direitos diretamente voltados à definição do estado das pessoas, além das faculdades e situações jurídicas diversas do direito subjetivo), carecem, por isso mesmo, de normatização.

A supressão pelo Código atual do prazo prescricional para ações (*rectius*, pretensões) de natureza real que constava do art. 177 do Código Civil de 1916 parece ter atendido a uma antiga lição doutrinária, segundo a qual a pretensão reivindicatória apenas se extingue com a extinção do próprio direito real pela usucapião.²⁹ Se essa foi a perspectiva do legislador, porém, restou desperdiçada a valiosa oportunidade de positivar expressamente tal entendimento; construiu-se, em vez disso, um sistema normativo criticável, concebido quase exclusivamente em torno das pretensões obrigacionais.³⁰ Por outro lado, ironicamente, os termos do dispositivo do

²⁴ A expressão remete ao célebre estudo de Agnelo AMORIM FILHO (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, cit.), que buscava, à luz da ausência de sistematização do Código Civil de 1916, pontuar os caracteres distintivos dos institutos.

²⁵ Ilustrativamente, o parágrafo único do art. 618 do Código Civil prevê que “decairá” do direito previsto no *caput* o dono da obra que não ajuizar a ação em face do empreiteiro em 180 dias, sem considerar que o objeto do *caput* é a “responsabilidade” do empreiteiro por vícios de solidez e segurança, a qual, mesmo quando interpretada em sentido lato, abrange não apenas relações de direito potestativo (como o pedido de resolução contratual pelo dono da obra) quanto relações de direito subjetivo (como a pretensão indenizatória ou o pedido de condenação do empreiteiro a fazer os reparos necessários). Sobre o ponto, cf. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et alii. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 366 e ss.

²⁶ Cf. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva, cit., pp. 1844 e ss., que destacam o problema da literalidade do dispositivo em casos nos quais a citação do titular do dever ocorra após uma das outras causas interruptivas previstas na lei.

²⁷ A crítica é de LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Número 51. Curitiba: UFPR, 2010, p. 117, segundo o qual “a falta de um tratamento unificado (tal como se espera de um Código) deixa ao intérprete a difícil tarefa de garimpar as situações de imprescritibilidade”.

²⁸ Sobre a necessária excepcionalidade de pretensões imprescritíveis, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 575.

²⁹ Lecionava CÂMARA LEAL, ao comparar o prazo trintenar da usucapião extraordinária sob o Código anterior com os prazos decenal e vintenar das ações reais: “as ações que têm por fim defender o direito de propriedade, quando essa sofre usurpação pela posse de outrem, sem justo título, nem boa-fé, prescrevem em trinta anos, a despeito do dispositivo do art. 177 do Código [de 1916], porque somente ao cabo desse tempo o proprietário perderá a propriedade, que se transfere ao usurpador, por usucapião” (*Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 240).

³⁰ Cf., a respeito, a crítica de Rodrigo Xavier LEONARDO ao fato de o Código Civil aludir apenas a pretensões obrigacionais em matéria de prescrição (A prescrição no Código Civil brasileiro, cit., p. 116).

art. 205, quando tomados em sua literalidade, foram redigidos de forma tão ampla que poderiam abranger, na prática, toda e qualquer pretensão oriunda de direito subjetivo patrimonial; a regra, portanto, parece sugerir que também as pretensões reais estariam sujeitas ao prazo geral decenal e não aos prazos da prescrição aquisitiva, na contramão da tradição doutrinária, o que esvazia de sentido a omissão deliberada da referência às “ações reais” constante da codificação anterior. Muito melhor teria sido, portanto, o posicionamento expresso do legislador sobre pretensões dessa natureza, mesmo porque, ao contrário da reivindicatória, outras hipóteses (tais como a do possuidor direto titular de direito real limitado para reconhecimento desse direito em face do possuidor indireto), não se relacionando com prescrição aquisitiva, sujeitam-se efetivamente ao prazo geral.³¹

As reformas sofridas pelo Código Civil já nos primeiros anos de vigência não amenizaram os problemas do sistema normativo original. Ao contrário: a Lei n. 11.280/2006, em particular, gerou ainda mais confusão ao revogar o art. 194 do Código Civil, que previa a regra, tradicional nos ordenamentos da família romano-germânica, segundo a qual o juiz não pode conhecer da prescrição de ofício.³² O preceito, que já constava do art. 166 do Código Civil de 1916 e se justificava pela possibilidade de renúncia à prescrição concretamente operada,³³ foi revogado em nome do ideário de celeridade processual³⁴ que se tornaria uma verdadeira obsessão do processo civil brasileiro nos anos seguintes – e que, em larga medida, não revela mais do que o intuito de se desafogar a todo custo um Poder Judiciário sobrecarregado. Não se levou em conta que a cognoscibilidade de ofício contradizia a tradicional natureza da prescrição como exceção de contra-eficácia do direito³⁵ e, segundo se compreendeu à época da reforma, reduzia o espaço de renunciabilidade que sempre caracterizou o instituto.³⁶

É bem verdade que, em certo sentido, a transformação integral da prescrição em matéria de

³¹ O exemplo é citado, entre outros, ainda no regime anterior, por CÂMARA LEAL (*Da prescrição e da decadência*, cit., p. 243).

³² A regra consta, por exemplo, do art. 2.938 do *Codice italiano* (“*Il giudice non può rilevare d’ufficio la prescrizione non opposta*”) e do atual art. 2.247 do *Code français* (“*Les juges ne peuvent pas suppléer d’office le moyen résultant de la prescription*”).

³³ Segundo SERPA LOPES, a não cognoscibilidade de ofício, embora comportasse algumas exceções, determinava que “a matéria de prescrição [pertencia] exclusivamente às partes nela interessadas” (*Curso de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 570). O autor caracterizava a disponibilidade da prescrição em termos drásticos, considerando que “o titular de uma prescrição, que é um direito, pode abdicar da sua faculdade de excepcionar seu débito” (*Ibid.*, p. 573).

³⁴ Nesse sentido coloca-se a análise de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 574.

³⁵ “Como exceção ou defesa, a prescrição, segundo a melhor técnica, não operava *pleno iure* nos direitos de natureza patrimonial” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 573).

³⁶ Segundo Rodrigo Xavier LEONARDO, ainda antes do regime do atual CPC, a cognoscibilidade de ofício da prescrição retira do credor o poder, fundado na autonomia privada, de renunciar a ela, criando ainda o risco de o juiz desconhecer suas causas obstativas ou impeditivas (A prescrição no Código Civil, cit., p. 113). Vale destacar, de qualquer modo, que, mesmo antes do advento do atual CPC, nunca se proclamou a impossibilidade total de renúncia à prescrição pelo titular do dever, a qual sempre poderia ocorrer, expressa ou mesmo tacitamente, antes que o juiz conhecesse da prescrição.

ordem pública se coaduna com a dicção do art. 189 do Código Civil, que parece caracterizar o instituto como hipótese *ope legis* de extinção da pretensão – e não como mera via defensiva a ser manejada conforme a conveniência do titular do dever.³⁷ O CPC de 2015, por outro lado, parece ter retrocedido parcialmente em direção à posição original do Código Civil de 2002, na medida em que determinou ao julgador, nos seus arts. 10 e 487, parágrafo único, que oportunize a manifestação das partes antes de conhecer da prescrição *ex officio*. A regra, sem dúvida, não leva o instituto de volta ao seu regime original, sobretudo quando se comparam as consequências de o titular do dever deixar de alegar a prescrição antes da revogação do art. 194 do Código Civil e as consequências de, no sistema atual, deixar de se manifestar sobre o tema quando instado pelo julgador. A diferença é patente: naquela hipótese, a pretensão não seria considerada prescrita, ao passo que, neste último caso, a prescrição pode ser tida como consumada. Além disso, o parágrafo único do art. 487 do CPC dispensa, *tout court*, a oitiva das partes em caso de rejeição liminar do pedido com fundamento na prescrição. De todo modo, a exigência da oitiva prévia do titular do dever mitiga, inegavelmente, a grave restrição prática à renunciabilidade que a cognoscibilidade de ofício acarretava. E, se a publicização radical da prescrição segue merecedora de críticas, nos pontos em que contraria a tradição do instituto,³⁸ ao menos as consequências dessa escolha legislativa estão hoje relativamente pacificadas.

Os exemplos anteriores ilustram alguns dos diversos problemas do atual sistema normativo da prescrição extintiva, provocados ora pelas escolhas do próprio codificador civil, ora por equívocos consagrados pela jurisprudência, ora, ainda, por incursões indevidas do direito processual civil na matéria, objeto de disputa histórica entre o direito substantivo e o adjetivo. Em meio a tantas controvérsias, este estudo optou por tratar de algumas que, tendo surgido ou se intensificado particularmente nos últimos anos, poderiam ser beneficiadas pela perspectiva funcional acima delineada. Antes de abordá-las, porém, parece oportuno apreciar um problema central, com inúmeras ramificações e que, de certo modo, comunica-se com todas as demais questões ora em apreço: o tratamento incipiente dispensado pelo Código Civil às causas obstativas e ao termo inicial do prazo prescricional. De fato, se é verdade, como se sustentou, que esse aspecto do regime da prescrição extintiva é o que melhor ilustra seu perfil funcional e promove o juízo de merecimento de tutela ínsito ao instituto, causa espanto a pouca atenção dirigida pelo codificador a esta que parece ser a principal via hermenêutica a ser seguida pela doutrina que, no futuro, dedicar-se ao tema. Passa-se, assim, ao exame desse problema central.

³⁷ Aduz Rodrigo Xavier LEONARDO: “Se a prescrição extingue a pretensão, tal como está escrito no art. 189 do Código Civil Brasileiro, sob a perspectiva do direito positivo, a configuração do instituto como uma das espécies de exceções substanciais restaria prejudicada. Talvez justamente em razão desse grave equívoco, o legislador brasileiro sentiu-se à vontade para cometer um subsequente lapso muito pior: a determinação de que a prescrição pode ser conhecida de ofício” (A prescrição no Código Civil, cit., p. 112).

³⁸ Vale destacar que sempre se compreendeu que a prescrição fosse inspirada por motivos de ordem pública, embora, na distinção elaborada por Caio Mário da Silva PEREIRA, ao contrário da decadência, não fosse o instituto guiado por *interesses* de ordem pública (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 578).

2. Termo inicial da prescrição: um problema à espera de um olhar funcional

Como se sabe, o Código Civil de 2002 inovou em relação ao regime anterior ao prever, no seu art. 189, que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. A figura da *pretensão* costuma ser atribuída à obra de Bernhard Windscheid,³⁹ tendo sido também consagrada pelo BGB.⁴⁰ Na célebre definição de Windscheid, o *Anspruch* consiste no poder de exigir conferido ao titular do direito.⁴¹ A intenção do autor ao apresentar o conceito foi a de romper com a antiquíssima tradição romanista da *actio*,⁴² consagrada na obra de Savigny e, até então, predominante no direito civil, segundo a qual para todo direito haveria uma ação correspetiva que o assegurasse.⁴³ A pretensão, assim, objetivou extirpar da teoria do direito civil as ações de direito material (uma das acepções de “ação” reconhecidas por Savigny),⁴⁴ de modo que o termo “ação” (*Klage*) fosse reservado apenas à seara processual civil, na qual se associou a preocupações em torno do procedimento e da jurisdição.⁴⁵

Embora pareça seguir fielmente o exemplo germânico, a previsão do art. 189 do Código Civil de 2002, em rigor, apenas a acompanhou parcialmente.⁴⁶ Por um lado, sem dúvida, suprimiu a previsão do art. 75 do Código Civil de 1916, que, ao dispor que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”, remetia à tradição romanista consagrada na obra de Savigny.

³⁹ WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*, vol. I. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925 [ed. alemã 1862], §§43-44.

⁴⁰ Dispõe o §194 do BGB: “[...] O direito de exigir de outrem um fazer ou não fazer (pretensão) sujeita-se à prescrição” (tradução livre).

⁴¹ Segundo WINDSCHEID, o termo indica “não apenas o exigir como fato, mas como relevância jurídica [na tradução de Fadda e Bensa, *pertinenza giuridica*], logo como direito de exigir, direito de requerer alguma coisa de outrem” (*Diritto delle Pandette*, cit., pp. 121-122. Tradução livre).

⁴² Conforme avaliava o autor, o termo *actio* utilizado pelos romanos era polissêmico, podendo referir-se a ato, controvérsia, controvérsia judicial, persecução judicial, ação judicial ou até mesmo à noção de exigibilidade jurídica que ele denominava pretensão (*Diritto delle Pandette*, cit., p. 123).

⁴³ Mais especificamente, SAVIGNY considerava que o chamado direito de ação nada mais era do que a transformação que o direito sofria após a sua violação, convertendo-se em uma potencial obrigação de reparação específica de acordo com o próprio direito violado (*Traité de droit romain*. Tome 5^{ème}. Paris: Firmin Didot Frères, 1858, p. 3).

⁴⁴ Ao tratar da noção de *actio* no direito romano, SAVIGNY entrevia nela dois sentidos: na primeira acepção, a relação resultante da violação do direito, isto é, um novo direito surgido para o titular após a lesão, cujo conteúdo seria, em geral, “a reparação da violação”; e, na segunda acepção, “o próprio exercício do direito”, de modo que o termo pode designar “o ato escrito que deflagra o debate judicial”. Para o autor, esse segundo sentido pertencia ao campo procedimental, motivo pelo qual se dedicou apenas ao primeiro (*Traité de droit romain*. Tome 5^{ème}, cit., p. 5. Tradução livre).

⁴⁵ Para um estudo detalhado e crítico sobre a apropriação do termo “ação” pelo processo civil, cf. RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Breve inventário acerca do estudo da ação: ou como a processualística subtraiu a ação de direito material dos civilistas para depois sepultá-la. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2021, *passim*.

⁴⁶ Segundo BARBOSA MOREIRA, o art. 189 do Código Civil brasileiro teria como fonte inspiradora o §194 do BGB: “O elemento comum a ambas as normas reside em identificar a pretensão como o objeto da prescrição. Ao contrário do legislador brasileiro, porém, o alemão animou-se a oferecer uma definição da pretensão (*Anspruch*), cujo núcleo consiste num ‘direito de exigir’”, a suscitar diversas controvérsias doutrinárias (Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil brasileiro, cit., p. 150). Para o autor, a pretensão deve ser compreendida não como mera exigência do conteúdo do direito, mas como exigência fundada, como “poder de exigir”, surgido ordinariamente após a violação (Ibid., pp. 149-150).

Abandonou o codificador, assim, a noção de ação de direito material – que, no direito brasileiro, era defendida particularmente por Pontes de Miranda⁴⁷ –, ao mesmo tempo em que nosso direito processual civil, influenciado pela doutrina italiana, consagrou a ação como direito abstrato e desvinculado da situação jurídica subjetiva material, embora com algumas mitigações.⁴⁸ Por outro lado, porém, a norma do art. 189 do Código Civil atual desviou-se do modelo alemão ao prever que a pretensão apenas nasceria com a violação do direito.⁴⁹ Para Windscheid, ao revés, a pretensão preexiste à lesão e ao recurso ao Poder Judiciário, de modo que a exigibilidade em juízo, cabível nos casos em que o titular da situação jurídica passiva não cumpre a prestação espontaneamente, traduz apenas um aspecto do “exigir” contido na pretensão.⁵⁰

A discussão repercute em tema de prescrição, sendo célebre na *civil law* a controvérsia em torno do objeto de incidência da eficácia extintiva prescricional – se o próprio direito, a ação ou a pretensão. Trata-se de longa controvérsia, em grande parte voltada a justificar a irrepetibilidade do pagamento do crédito prescrito.⁵¹ Na prática, porém, a questão não oferece grandes desafios, diante da disciplina minudente que as codificações costumam dispensar à prescrição e à obrigação natural, recebendo ainda acréscimos e correções da doutrina. No sistema francês, por exemplo, que indica tanto o direito quanto a ação como objetos da

⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 5. São Paulo: Thomson Reuters, 2012, §622. Vale destacar que o autor registrava um sentido *sui generis* da própria pretensão, que, para ele, correspondia à posição subjetiva de poder exigir, judicial ou extrajudicialmente, de outrem alguma prestação, independentemente da titularidade de um direito ou de uma ação (Ibid., §615). A ação de direito material corresponderia à acionabilidade, geralmente (mas nem sempre) por meio de um remédio jurídico processual (que o autor denomina “ação”, entre aspas).

⁴⁸ Essa transição foi duramente criticada, na doutrina recente, por Igor RAATZ e Natascha ANCHIETA, que elencam as muitas objeções já levantadas contra o excesso de abstração do direito de ação (atribuído à influência da processualística italiana). Entre essas objeções, destacam a teoria híbrida de Enrico Tullio Liebman, que, ao subordinar a existência da ação às chamadas “condições da ação”, teria voltado a unir as esferas material e processual bem como alegam que ainda hoje subsistem “ações substancializadas” que povoam o universo do direito material – como é o caso da ação reivindicatória, da ação de despejo, da ação de divórcio etc.” (Breve inventário acerca do estudo da ação, cit., p. 628).

⁴⁹ Ao comentar o Anteprojeto do Código Civil atual, MOREIRA ALVES afirmava que o conceito de pretensão “não é bem definido na doutrina” e que, em verdade, “Windscheid, ao conceber a pretensão (*Anspruch*), nada mais fez do que dar a denominação de pretensão ao que Savigny chamada *ação em sentido material*”. Por isso, explicava o autor, “o Projeto considera como pretensão o que Savigny denominava *ação em sentido substancial ou material*, em contraposição à *ação em sentido formal ou processual*” (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 151. Grifos do original). Como observam, porém, Fadda e Bensa na tradução à obra de WINDSCHEID, a noção de que a *actio* corresponderia a um novo direito surgido com a violação (nos termos que viriam a ser adotados pelo Código Civil brasileiro ao tratar da pretensão) foi difundida por Savigny no volume V de seu *Sistema*, §§204-205, ao passo que Windscheid refutava expressamente que a pretensão surgisse da lesão (*Diritto delle Pandette*, cit., p. 125).

⁵⁰ “Para nosso conceito, a possibilidade de fazer valer uma ação em juízo não é mais do que uma consequência de ser ela reconhecida pelo direito; este é um lado da pretensão, não é o que a constitui”; o autor considerava “ainda pior” o entendimento de que um novo direito seria gerado em decorrência da violação (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*, cit., p. 123. Tradução livre).

⁵¹ Na doutrina italiana, aduz-se que se a prescrição operasse no sentido de extinguir o direito, não mais se compreenderia a regra que veda a repetição do que se pagou espontaneamente por um débito prescrito (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI, 2015, p. 110. Tradução livre). No direito português, chega-se a afirmar que seria mais adequado “qualificar a prescrição como uma hipótese de transformação da obrigação civil em obrigação natural” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 119).

prescrição,⁵² a doutrina adere a esta última previsão, mais compatível com a regra da irrepetibilidade.⁵³ No sistema italiano, que prevê a extinção do próprio direito,⁵⁴ autorizada doutrina defende que, na verdade, extingue-se a *acionabilidade do direito* (possibilidade de deduzir a pretensão em juízo).⁵⁵ No caso brasileiro, que adota conceito muito particular de pretensão, parece igualmente razoável considerar que a prescrição incide sobre a acionabilidade do direito, já que a exigibilidade deste é, em rigor, mais ampla do que a possibilidade de postular em juízo.

Via de regra, os verdadeiros dilemas costumam ser encontrados na demarcação do termo inicial da prescrição – e, portanto, nas suas causas obstativas. As regras para essa demarcação variam entre os diversos sistemas, mas, em geral, todos eles demonstram algum nível de preocupação com circunstâncias concretas que podem influenciar o exercício da pretensão. Alguns países adotam parâmetros subjetivos para determinar o começo da fluência do prazo (como o momento em que o titular do direito tem ciência, ou poderia tê-la, do fato que originou a pretensão ou da pessoa que violou seu direito),⁵⁶ ao passo que outros abandonam a consideração cognitiva e adotam critérios mais objetivos (como a inexistência de óbice fático

⁵² Embora o *Code civil* preveja, em tradução livre, no atual art. 2.219, que “a prescrição extintiva é um modo de extinção de um direito resultante da inação de seu titular durante certo lapso de tempo”, os arts. 2.224 e ss. afirmam expressamente que “as ações se prescrevem”.

⁵³ Cf., ilustrativamente, a lição de Philippe MALAURIE *et alii*: “A prescrição liberatória extingue a ação judicial do credor. Ela deve ser distinguida de outros prazos que afetam a existência de um direito” (*Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2016, p. 705. Tradução livre).

⁵⁴ Dispõe o *Codice civile*: “Art. 2.934. ‘Extinção dos direitos’. Todo direito se extingue por prescrição, quando o titular não o exerce pelo tempo determinado em lei. [...]” (Tradução livre).

⁵⁵ Cf., por exemplo, a lição de MONATERI: “a tese da extinção do direito por intervenção da prescrição, embora tendo em sua vantagem a letra da lei, vai de encontro ao próprio regime codicístico [...]. A pretensão, portanto, não é algo autônomo ao direito, mas a concretização do conteúdo do direito, que o titular endereça àquele que põe em prática um estado de fato contrário ao próprio direito. A pretensão, assim, pode ou não ser deduzida em ação, e tanto é assim que não raro ela é endereçada primeiramente fora de uma relação processual”. Conclui o autor que a prescrição não extingue a pretensão ou o direito, mas sim “a possibilidade de que essa pretensão seja deduzida na ação: a sua acionabilidade” (*La prescrizione*, cit., pp. 3-7. Tradução livre).

⁵⁶ Dispõe o §199 do BGB: “[...] O prazo prescricional regular começa, desde que nenhum outro prazo prescricional seja definido, com o fim do ano em que: 1. a pretensão surge e 2. o credor toma conhecimento ou deveria tomar conhecimento, sem negligência grave, das circunstâncias motivadoras da pretensão e da pessoa do devedor” (Tradução livre). Assim também o artigo 2.224 do *Code français*: “As ações pessoais ou mobiliárias prescrevem em cinco anos a contar do dia em que o titular de um direito conheceu ou deveria conhecer os fatos que lhe permitiram exercê-lo” (tradução livre). Particularmente quanto ao sistema francês, afirma-se que, após uma progressiva valorização, pela jurisprudência, da ignorância do direito como causa obstativa (quando decorrente de causa razoável), a tese foi apoiada também legislativamente, embora se leve em conta mais “uma impossibilidade objetiva de conhecer do que a ignorância pessoal do credor” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: PUF, 2004, p. 2522. Tradução livre). A redação atual do art. 2.224 decorre da reforma legislativa de 2008, que uniformizou a tendência normativa anterior ao estipular um “*point de départ glissant*”, como afirma a doutrina: “Ao dizer ‘*aurait dû connaître*’, a lei recua ainda mais o ponto de partida, a fim de moralizar a prescrição em face da brevidade do novo prazo de prescrição extintiva do direito comum, mas tendo por inconveniente um risco de discussão interminável perante os tribunais” (MALAURIE, Philippe *et alii*. *Droit des obligations*, cit., p. 711. Tradução livre).

ou jurídico ao exercício).⁵⁷ Embora cada ordenamento siga um critério distinto, quase nenhum parece conformar-se com a mera lesão ao direito como critério bastante e suficiente para a deflagração do prazo. O art. 189 do Código Civil brasileiro rompeu com essa tendência ao referir-se única e exclusivamente à lesão do direito. Abriu margem, com isso, à crença de que o termo inicial da prescrição coincidiria sempre com o surgimento da pretensão.⁵⁸

Embora tal escolha pareça simplificar o caminho, na verdade apenas fomentou maior confusão. Isso porque, como eventualmente se concluiu, a violação do direito, o surgimento da pretensão e o termo inicial do prazo prescricional podem corresponder a momentos cronológicos distintos, e, em rigor, apenas o último é capaz de operar uma tutela efetiva dos interesses das partes em matéria de prescrição.⁵⁹ Assim, mesmo após o advento do Código Civil de 2002, são frequentes as referências a recursos interpretativos tradicionais que buscam, à semelhança dos sistemas estrangeiros, modular o início do curso do prazo prescricional. Sem, porém, a ordenação ideal que apenas pode ser promovida pela norma positiva, muito incertas são as concepções extraídas dessas construções. A mais conhecida delas é, provavelmente, a teoria da *actio nata*, expressão oriunda do adágio *actioni nondum natae non praescribitur* (“as ações ainda não nascidas não prescrevem”). Trata-se de teoria atribuída a Savigny, que a desenvolve associando-a à própria lesão do direito. Para que haja prescrição, afirma Savigny, é preciso “um direito sério, atual e suscetível de ser reclamado na justiça”; é preciso, ainda,

⁵⁷ Dispõe o art. 306º do Código Civil português: “1. O prazo da prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido; se, porém, o beneficiário da prescrição só estiver obrigado a cumprir decorrido certo tempo sobre a interpelação, só findo esse tempo se inicia o prazo da prescrição [...]”. O art. 251 do Código Civil grego também exige a possibilidade de exigir o cumprimento em juízo. No caso de ordenamentos como o chileno, o espanhol e o suíço, ao lado de regras especiais, a lei estipula, como princípio geral, que o termo inicial será o momento em que o direito “se torna exigível” ou “pode ser exercido” (art. 2.514 do Código Civil chileno, arts. 1.694 – reformado em 2015 – e 1.699 do Código Civil espanhol e art. 130 do Código das Obrigações suíço). O *Codice* italiano prevê em seu art. 2.935: “A prescrição começa a correr a partir do dia em que o direito pode ser feito valer” (Tradução livre). Particularmente quanto ao direito italiano, afirma-se que “a possibilidade jurídica de exercício do direito determina a decorrência da prescrição, ao passo que não releva a simples impossibilidade de fato (por exemplo, a ignorância inculpável do próprio crédito, ou então o fato de que os pressupostos do direito sejam objeto de contestação judicial [...]). Esta pode apenas suspender o decurso do termo nos casos taxativamente previstos pelos arts. 2.941 e 2.942, ou por leis especiais” (ROSELLI, Frederico. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. *Diritto civile*, vol. IV, t. II. Milano: Giuffrè, 2009, p. 494. Tradução livre). Registre-se, no ponto, que a previsão da suspensão da prescrição contra menores e interditos no referido art. 2.942 do *Codice* de 1942 representou um avanço em relação ao anterior Código de 1865 (art. 2.145), o qual somente assegurava o direito de regresso (em crítica à previsão anterior, cf. PUGLIESE, Giuseppe. *La prescrizione nel diritto civile*. Parte Seconda: la prescrizione estintiva. Torino: UTET, 1924, pp. 134-138). Embora boa parte da doutrina italiana afaste a relevância das impossibilidades de fato para o exercício, ressalvam-se certos casos que se tornam juridicamente relevantes, como a coação perpetrada contra o titular (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, cit., p. 114). Muitos autores criticam essa restrição às impossibilidades de fato (TESCARO, Mauro. *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità*, cit., p. 11), enquanto outros equiparam à impossibilidade a “extrema dificuldade” de exercício (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 429). Por sua vez, o Código Civil e Comercial argentino de 2014, na esteira do art. 3.980 do Código Civil anterior, prevê a regra da “dispensa da prescrição” em seu art. 2.550: “O juiz pode dispensar da prescrição já verificada o titular da ação, se dificuldades de fato ou manobras dolosas obstaculizaram temporariamente o exercício da ação e o titular faz valer seus direitos dentro dos seis meses seguintes da cessação dos obstáculos [...]” (Tradução livre).

⁵⁸ Este, aliás, foi o objetivo deliberado do Projeto do Código Civil ao tratar da pretensão, tendo-se rejeitado as emendas em contrário, como registra MOREIRA ALVES (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., pp. 151-152).

⁵⁹ Nesse sentido: “O elemento fundamental [...] para o cômputo do prazo prescricional deve ser a possibilidade de que o direito seja exercido, e não a sua violação pura e simples” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla. Prescrição extintiva, cit., p. 1855).

“uma violação do direito, que determina uma ação do titular”.⁶⁰ O fato de o autor ter-se dedicado ao “sistema” do direito romano justifica a supervalorização da existência de uma ação, uma tendência herdada pelo direito francês até os dias atuais;⁶¹ não cogitou ele, obviamente, da categoria germânica da pretensão. Essa definição de *actio nata*, contudo, destoa radicalmente dos empregos conferidos à expressão por autores brasileiros, que costumam aludir à teoria para indicar que apenas começaria a correr a prescrição com a ciência do lesado a respeito do fato lesivo,⁶² ou, ainda, com a possibilidade de ajuizamento da ação pelo titular do direito.⁶³

Curiosamente, a ciência da lesão ao direito e a possibilidade de exercício da pretensão correspondem a dois modelos distintos de adequação concreta do termo inicial dos prazos prescricionais, frequentemente designados, respectivamente, como sistemas subjetivo e objetivo.⁶⁴ O sistema subjetivo (que valoriza a ciência efetiva da lesão pelo lesado ou a possibilidade de conhecê-la) costuma ser adotado em um contexto de redução dos prazos prescricionais, como aquela que ocorreu por ocasião da reforma do BGB ocorrida em 2001.⁶⁵

⁶⁰ SAVIGNY, F. K. von. *Traité de droit romain*. Tome 5^{ème}, cit., p. 288.

⁶¹ Ainda hoje se entende na doutrina francesa: “É tradicionalmente admitido que não é o próprio crédito que é extinto [pela prescrição], mas a ação na justiça do qual ele era munido” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. II, cit., p. 2516. Tradução livre). Afirma-se, por vezes, que “todos os direitos e todas as ações são em princípio prescritíveis” (TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2013, p. 1511), sem qualquer referência à pretensão.

⁶² Assim, por exemplo, DE PLÁCIDO E SILVA: “A teoria da *actio nata* tem por conteúdo o entendimento de que o prazo prescricional ou decadencial somente se inicia com a ciência da lesão pelo interessado” (*Vocabulário jurídico*. Atual. Nagib Slaibi e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: GEN, 2008, p. 57). Ironicamente, SAVIGNY definia a noção de *actio nata* como uma violação do direito totalmente independente da ciência pelo titular: “pouco importa que o titular do direito dela tenha ou não conhecimento” (*Traité de droit romain*. Tome 5^{ème}, cit., p. 289. Tradução livre).

⁶³ Por todos, confira-se a lição de Orlando GOMES, que sustenta a aplicabilidade da *actio nata* no direito brasileiro: “A prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que, em consequência, fica sem ação para assegurá-lo. São seus pressupostos: a) a existência de um direito atual, suscetível de ser pleiteado em juízo; b) a violação desse direito; a *actio nata*, em síntese” (*Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 444). Em outra passagem, confere o autor sentido diverso à teoria: “A regra intuitiva é de que seu início [do prazo prescricional] coincide com o instante em que a pretensão pode ser exercida (*actioni nondum natae non praescribitur*). A dificuldade reside, porém, na fixação desse momento” (Ibid., p. 447). Esse último sentido se difundiu na doutrina francesa contemporânea, na qual se afirma que, mesmo antes da reforma legislativa de 2008, a jurisprudência já reconhecia que “a prescrição tinha como ponto de partida o dia em que o credor podia agir, o que se dizia por vezes em latim: ‘*actioni non natae non currit praescriptio*’” (MALAURIE, Philippe et alii. *Droit des obligations*, cit., p. 711). No mesmo sentido, TERRÉ, François et alii. *Droit civil: les obligations*, cit., p. 1526.

⁶⁴ “Pelo sistema objetivo, o prazo começa a correr assim que o direito possa ser exercido e independentemente do conhecimento que, disso, tenha ou possa ter o respectivo credor. Pelo subjetivo, tal início só se dá quando o credor tenha conhecimento dos elementos essenciais relativos ao seu direito. O sistema objetivo é tradicional, sendo compatível com prazos longos; o subjetivo joga com prazos curtos [...]” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. V, cit., p. 202). A designação não é isenta de críticas: de fato, no sistema dito subjetivo, é comum que o critério da ciência efetiva da lesão do direito seja substituído pela possibilidade de ciência (em formulação mais moderna e, em certa acepção, objetiva); da mesma forma, o sistema dito objetivo não deixa de levar em conta circunstâncias pessoais dos sujeitos na relação jurídica.

⁶⁵ Aduz MENEZES CORDEIRO: “pela reforma [do BGB], a prescrição inicia-se com o surgimento da obrigação em jogo e pelo conhecimento, por parte do credor, das circunstâncias originadoras da obrigação visada, salvo desconhecimento grave negligente [...]. Abandonou-se o sistema anterior, objetivo, a favor de um sistema subjetivo. Em suma: houve uma alteração efetiva na Filosofia da prescrição, mostrando que é possível um Direito civil personalizado, mesmo quando haja que enfrentar problemas postos pela massificação atual” (*Tratado de direito civil*, vol. V, cit., p. 182).

O sistema objetivo (que valoriza a possibilidade fática e/ou jurídica de exercício do direito), por sua vez, reputa-se mais adequado em um contexto de longos prazos prescricionais, sendo adotado, por exemplo, pelo direito português.⁶⁶ O Código Civil brasileiro, surpreendentemente, contentou-se em não adotar qualquer sistema, desperdiçando uma valiosa oportunidade de avançar na disciplina do termo inicial da prescrição⁶⁷ (como, aliás, o próprio CDC já fizera, mais de uma década antes, ao adotar o sistema subjetivo para a prescrição da pretensão indenizatória).⁶⁸ Diante da omissão legal, a doutrina segue invocando a teoria da *actio nata*, já muito modificada e constantemente reinventada em formulações que buscam suprir, na medida do possível, a lacuna legal, ante a necessidade hermenêutica de se valorizarem as circunstâncias concretas na demarcação do termo inicial.⁶⁹

Costuma-se aludir, ainda, ao brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio* (“contra quem não pode agir não corre a prescrição”).⁷⁰ Com origens tão imprecisas quanto a teoria da *actio nata*, o adágio já pode ser encontrado na obra de Pothier, que o associa à não fluência da prescrição enquanto pendente de verificação a condição suspensiva ou o termo inicial do direito.⁷¹ No entanto, também o sentido do princípio *contra non valentem* foi sendo modificado com o tempo. Muitos autores passaram a compreender que se trataria de motivos

⁶⁶ A propósito, aduz MENEZES LEITÃO: “Em relação ao início do prazo de prescrição, a lei determina que este só se verifica a partir do momento em que o direito puder ser exercido (art. 306^a, n^o 1 [do Código Civil português], ou seja, a partir do momento em que o credor tem a possibilidade de exigir do devedor que realize a prestação devida” (*Direito das obrigações*, vol. II, cit., pp. 116-117).

⁶⁷ Veja-se a crítica precisa de Rodrigo Xavier LEONARDO: “[...] o Código Civil perdeu a oportunidade de estabelecer causas de impedimento ao curso prescricional em moldes mais abertos para determinadas situações de grave vulnerabilidade, e de difícil verificação do surgimento da pretensão e do polo passivo contra a qual ela se dirige. A disciplina dos impedimentos ao curso da contagem do tempo na prescrição praticamente repetiu o Código Civil de 1916 [...]. Numa sociedade marcada por relações tão impessoais, os resquícios do discurso sobre o direito romano na chamada teoria da *actio nata* precisariam encontrar válvulas de alteração conforme as situações dos envolvidos” (A prescrição no Código Civil brasileiro, cit., p. 116).

⁶⁸ Com efeito, o art. 27 do CDC adota o critério da ciência da lesão quando dispõe que prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, “iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

⁶⁹ Ilustrativamente, em posição intermediária, José Fernando SIMÃO defende a aplicação da *actio nata* (aparentemente adotada pelo codificador) apenas para pretensões que não decorram de relações contratuais: “A noção de Savigny pela qual a *actio nata* surge com a violação e independe do conhecimento do surgimento da pretensão revela-se absolutamente adequada. Conforme frisou-se anteriormente, todo o estudo da *actio nata* por Savigny passa pelo inadimplemento das obrigações contratuais, e não extracontratuais. [...] Para fins de responsabilidade extracontratual, a noção de Savigny de *actio nata* deve ser afastada. Em se tratando de direito disponível no qual não houve negligência ou inércia do titular do direito que desconhecia a existência do próprio crédito e, portanto, a possibilidade de exercício da pretensão, o prazo prescricional só se inicia com o efetivo conhecimento” (*Prescrição e decadência*: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 213).

⁷⁰ Como relata Mauro TESCARO, a autoria do brocardo costuma ser atribuída a Bartolo de Sassoferrato, o qual, diversamente dos demais juristas medievais, tratou da matéria aludindo não apenas a impedimentos particulares do exercício dos direitos, mas em termos mais gerais; destaca-se, ainda, a relevância da doutrina canonística na elaboração do princípio, pois se considerava, então, “imoral” que o sujeito pudesse ser prejudicado pelo mero lapso temporal (*odiosa praescriptio*), e “inadmissível” que essa perda se produzisse sem que o titular tivesse tido a possibilidade, não apenas jurídica, mas também de fato, de fazer valer a pretensão (*item non currit praescriptio ubi ius non redditur propter defectum iuris vel rei*)” (*Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità*, cit., pp. 28-29).

⁷¹ Segundo POTHIER, “o prazo da prescrição não pode começar a correr enquanto o credor não puder intentar sua demanda, porque não se pode dizer que ele tardou em intentá-la enquanto não lhe foi possível fazê-lo. Daí provém esta máxima: *Contra non valentem agere, nulla currit praescriptio*” (*Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, pp. 608-609).

de força maior que impediriam o ajuizamento da ação pelo titular do direito; outros cogitam de certas imposições legais que obstam o exercício da pretensão por determinado período de tempo; alguns ainda admitem que tanto certos impedimentos de fato quanto alguns óbices de direito, a teor do brocardo, justificariam a não fluência do prazo prescricional.⁷² A reforma de 2008 ocorrida no Código Civil francês adotou o princípio em acepção ampla, positivando tendência jurisprudencial desenvolvida mesmo à míngua de previsão legal.⁷³

E a doutrina pátria também afirma ser necessário adicionar a cláusula *contra non valentem* ao rol de causas obstativas.⁷⁴ Qual seria, no entanto, o fundamento do princípio no direito brasileiro? Para além de sua ampla aceitação doutrinária,⁷⁵ o adágio pode ser extraído, como diretriz geral, da própria lógica que inspira as causas impeditivas e suspensivas do prazo prescricional, como já se reconhece em outros países.⁷⁶ Parece aplicável, portanto, mesmo a

⁷² Leciona SERPA LOPES sobre o princípio *contra non valentem*: “As objeções feitas a esse apotegma fundam-se em não ter sido ele contemplado no elenco das causas suspensivas ou impeditivas da prescrição. Quando há disposição expressa de direito positivo, a regra ‘*contra non valentem*’ não oferece dificuldades. [...] Nos países obedientes à norma [original] do Código Civil francês, diverge a doutrina, no tocante à aplicação da regra ‘*contra non valentem*’. Destacam-se, então, três correntes: 1ª) a dos negativistas, isto é, os que acham motivos ponderosos para não aplicá-la por analogia; 2ª) os que a aceitam, tanto quanto se caracterize a força maior; 3ª) os que consagram a regra, se o impedimento versar sobre matéria de direito, repelindo-a, se consistir em matéria de fato” (*Curso de direito civil*, vol. I, cit., pp. 581-582).

⁷³ À luz da redação original do *Code*, já lecionavam AUBRY e RAU que o antigo artigo 2.251 não impedia a aplicação da máxima *Agere non valenti, non currit praescriptio* para suspender a prescrição diante de obstáculos jurídicos ao exercício; o dispositivo significaria tão somente que “a condição pessoal de um indivíduo e as circunstâncias particulares de fato em que ele se encontra não podem jamais autorizar a admitir uma suspensão de prescrição que não tenha sido estabelecida por lei”; mesmo assim, os autores reconheciam ao juiz o poder de relevar os efeitos da prescrição consumada durante um obstáculo de fato (tal como uma inundação, uma invasão ou um cerco militar) se, após sua cessação, o titular tenha exercido imediatamente o direito (*Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*. Tome 2^{ème}. Paris: ILGJ, 1897, pp. 499-500). No mesmo sentido, afirma-se que, “inspirada no adágio ‘*Contra non valentem agere non currit praescriptio*’ e no princípio da equidade, a jurisprudência se permitira dar a essa ideia um alcance mais geral, a despeito da disposição do artigo 2.251 (antigo) do Código Civil, que parecia reservar à lei a edição de causas de suspensão [...]”. A lei de 17 de junho de 2008 fez do adágio uma regra de direito positivo” (TERRÉ, François *et alii*. *Droit civil*, cit., p. 1529. Tradução livre). De fato, após a reforma, passou a dispor o Código Civil francês: “Artigo 2.234. A prescrição não corre ou é suspensa contra aquele que está na impossibilidade de agir por força de um impedimento resultante da lei, da convenção ou da força maior” (Tradução livre). Analisando o dispositivo, afirmam MALAURIE *et alii* que “as causas de suspensão têm uma história cíclica”, e que, embora o *Code* tenha buscado, originalmente, restringir os poderes do juiz, a jurisprudência, “quase desde o alvorecer do Código, tinha restituído ao juiz um poder moderador ressuscitando a velha regra *Contra non valentem agere non currit praescriptio* [...], que o novo artigo 2.234 retoma quase literalmente” (*Droit des obligations*, cit., p. 714. Tradução livre).

⁷⁴ Leciona Caio Mário da Silva PEREIRA: “Deve-se acrescentar uma outra regra que preside a suspensão da prescrição, dizendo-se que não corre na pendência de um acontecimento que impossibilite alguém de agir, seja como consequência de uma determinação legal, seja por um motivo de força maior, seja por uma convenção, regra que a jurisprudência francesa tem adotado, e que o velho adágio já traduzia: ‘*contra non valentem agere non currit praescriptio*’” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 584).

⁷⁵ Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 584; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. I, cit., p. 584; e, na doutrina mais recente, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla. Prescrição extintiva, cit., p. 1855.

⁷⁶ Como Leciona Reinhard ZIMMERMANN em perspectiva comparatista europeia, a regra “‘*agere non valenti non currit praescriptio*’ também requer que a prescrição não corra contra um credor que esteja sujeito a uma incapacidade. O exemplo paradigmático é o menor. [...] As considerações a seguir aplicam-se, *mutatis mutandis*, a pessoas que carecem da capacidade de ingressarem em relações jurídicas porque são enfermas da mente” (*Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 134. Tradução livre).

casos não previstos, por analogia das normas que regem essas causas.⁷⁷ A muito defendida taxatividade desse rol, nesse particular, não aparenta servir de obstáculo à aplicação da máxima,⁷⁸ eis que o próprio rol, se apreciado funcionalmente, compreende, do ponto de vista lógico, os seus próprios princípios justificadores.⁷⁹ Vale dizer: ainda que se considere insuperável a regra do *numerus clausus* das causas suspensivas e impeditivas do prazo prescricional, isso não impede que se reconheça, no plano valorativo, a existência do princípio no interior do rol normativo, como uma das diretrizes orientadoras dessas causas.

O tratamento da ciência da lesão e da possibilidade de exercício pelo codificador de 2002 teria sido de grande valia para a criação de um sistema flexível e adequado de fixação do termo inicial da prescrição. Consideradas, porém, as preocupantes intervenções recentes do legislador superveniente nessa e em outras matérias codificadas, talvez seja melhor, diante da omissão originária do Código, que o desenvolvimento inicial do tema se dê pela via hermenêutica, até que se forme um consenso mínimo que mereça positivação. Até mesmo na experiência estrangeira, como visto, a elaboração doutrinária e jurisprudencial tem sido essencial para o aperfeiçoamento do sistema legal, individuando a normativa aplicável a cada caso concreto – o que apenas evidencia o já mencionado potencial do termo inicial para a promoção de valores e interesses, apenas possível no momento dinâmico. Entre erros e acertos, portanto, é preciso avançar, convertendo-se a investigação do termo inicial e das causas obstativas em um juízo valorativo amplo, guiado pelas diretrizes que já pertencem ao sistema positivo, ainda que sem a ordenação ideal. Quer se opte pelo sistema subjetivo ou pelo objetivo, quer, neste caso, a preferência recaia sobre impedimentos de fato ou de direito (ou ambos), o que não se pode é restringir a análise ao controle exclusivamente estrutural do termo inicial previsto pelo art. 189 do Código Civil.

⁷⁷ Em perspectiva civil-constitucional, pouco importa a diferença entre *analogia legis* e *juris*: “a interpretação é sempre analógica, vez que, a rigor, não se procede por identidade entre norma e fato, mas por semelhança entre as *fattispecie* abstratas previstas nas normas e o fato concreto. [...] com frequência, a normativa a aplicar é fruto de coligações entre mais disposições, ou entre fragmentos de disposições, de modo que não se saberia falar de ‘precisa disposição’ ou de *analogia legis* ou ainda de *analogia iuris*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 114. Tradução livre).

⁷⁸ Para SERPA LOPES, “a regra *contra non valentem agere* inspira-se numa ideia humana, um princípio de equidade, e não pode deixar de ser reconhecida pelo juiz. Cabe, portanto, a aplicação analógica. Mesmo entendida como uma exceção à regra geral, esta não é de molde a encerrar num *numerus clausus* os casos de suspensão da prescrição, sobretudo quando se impõe interpretá-la com o espírito de equidade” (*Curso de direito civil*, vol. I, cit., p. 584). Na doutrina italiana, pondera Massimo BIANCA não haver óbice à aplicação analógica das causas suspensivas, pois a tese contrária poderia ocasionar “um problema de constitucionalidade da norma onde esta não compreende casos nos quais a suspensão da prescrição parece igualmente justificada” (*Diritto civile*, vol. VII. Milano: Giuffrè, 2012, p. 580. Tradução livre).

⁷⁹ Cite-se, ainda uma vez, a lição de SERPA LOPES: “Sendo a matéria omissa em nossa lei, deve o juiz buscá-la através das legislações dos povos cultos, e, a nosso ver, o Código Civil alemão, bem como o recente Código Civil grego, trazem princípios justos [...]. Com isto, evita-se o exagero do passado, com a aplicação abusiva da regra *contra non valentem agere*, e o exagero do extremo oposto presente, negando-a de um modo absoluto, ou recusando-a aos motivos de fato, que são tão imperativos e justos como os obstáculos de ordem jurídica” (*Curso de direito civil*, vol. I, cit., p. 584).

3. O problema do prazo prescricional aplicável à pretensão indenizatória na responsabilidade contratual

Como se sabe, o Código Civil atual inovou em relação ao anterior, que, não cuidando das pretensões atinentes à responsabilidade civil expressamente, submetia-as ao prazo geral vintenário de prescrição. No regime atual, essas pretensões estão sujeitas ao prazo trienal do art. 206, §3º, V. Apesar da clara escolha legislativa, certo setor da doutrina começou a sustentar, com o passar do tempo, a inaplicabilidade do prazo de três anos, especificamente em matéria de responsabilidade contratual. O entendimento chegou ao STJ, onde se instaurou divergência entre as Turmas de direito privado. A controvérsia culminou no julgamento, pela 2ª Seção, dos EREsp. 1.280.825, em 27.6.2018, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi. Na ocasião, a Corte alcançou a surpreendente conclusão de que seria aplicável o prazo geral de dez anos à responsabilidade contratual. O dissídio jurisprudencial, porém, persistiu mesmo após a tentativa de pacificação do tema. Proferiu-se, assim, novo julgamento, desta vez pela Corte Especial do STJ, dos EREsp. n. 1.281.594, em 15.5.2019, sob a relatoria originária do Min. Benedito Gonçalves, que votou favoravelmente à incidência do prazo de três anos. Aberta divergência por voto-vista do Min. Felix Fischer, contudo, foi este acompanhado pela maioria. Decidiu-se, então, pelo prazo decenal, em entendimento aparentemente *contra legem*, com base em fundamentação que examinou o mérito em cerca de cinco laudas, citando apenas três textos doutrinários (nenhum contrário à tese vencedora) e a decisão anterior da 2ª Seção.

A reversão da jurisprudência do STJ surpreende por contrariar a disposição expressa do Código Civil justamente em um dos pontos nos quais o codificador de 2002 optou por afastar o regime anterior. Talvez ainda mais impactante seja o critério flagrantemente formalista que se tornou o argumento central adotado pela Corte:⁸⁰ o de que o termo “reparação civil” empregado pelo inciso V do §3º do art. 206 do Código Civil apenas seria utilizado pela lei em disposições nas quais trata da responsabilidade aquiliana e não da responsabilidade contratual.⁸¹ Fosse semelhante linha de argumentação procedente, seria igualmente possível concluir, por exemplo, que o caso fortuito apenas interromperia o nexo causal em sede de responsabilidade contratual, na medida em que o dispositivo normativo que o prevê (art. 393)

⁸⁰ Sobre a fragilidade das interpretações que adotam como argumento central o pressuposto de que o legislador faria um uso rigoroso das palavras na lei, cf. BOBBIO, Norberto. O bom legislador. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 10, n. 3, 2021, item 6.

⁸¹ Segundo restou consignado no voto vencedor do julgamento, “a expressão ‘reparação civil’, empregada pelo art. 206, §3º, V, do Código, restringe-se aos danos decorrentes do ato ilícito não contratual” (STJ, EREsp. n. 1.281.594, Corte Especial, julg. 15.5.2019, voto do rel. p/ ac. Min. Félix Fischer). A tese é sustentada em doutrina, entre outros, por MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2017, item 2; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. III, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 333. O argumento fora refutado no próprio voto do relator originário, que destacou, por exemplo, que o uso da mesma expressão no art. 1.510-E do Código Civil pode dizer respeito tanto à responsabilidade contratual quanto à aquiliana, mas esse ponto não foi sequer considerado quando proferido o voto vencedor.

utiliza a palavra “devedor” e, portanto, não aludiria ao ilícito aquiliano; ou, ainda, que o direito às perdas e danos contratuais seria insuscetível de transmissão *mortis causa*, já que o art. 943 só prevê que o direito à “reparação” se transfere por herança.⁸² Com efeito, para o intérprete excessivamente apegado à posição topográfica das normas,⁸³ o tratamento fragmentado entre responsabilidade contratual e aquiliana pode fomentar conclusões desastrosas não apenas em sede de prescrição, agravando a incompreensão que já paira sobre toda a matéria.⁸⁴

Seria de se esperar que a práxis brasileira já houvesse superado esse tipo de formalismo excessivo. O entendimento jurisprudencial, porém, foi intensamente influenciado pela tese, sustentada por alguns dos advogados do prazo decenal, de que o termo “reparação civil” seria tradicionalmente reservado pela própria doutrina civilista à responsabilidade delitual. A alegação, não é difícil constatar, não encontra eco na dogmática brasileira, sendo certo que eminentes civilistas sempre utilizaram termos como *reparação*, *indenização* ou mesmo *perdas e danos* indistintamente.⁸⁵ Nessa mesma linha, igualmente inadequado parece ser o argumento de que o tratamento legislativo diferenciado para as responsabilidades contratual e aquiliana em matéria de prescrição, corresponderia à “tradição” dos ordenamentos da família romano-germânica. A alegação é contraditada justamente pelos países paradigmáticos no que tange à responsabilidade civil – a saber, a Alemanha (como modelo de sistema tipificado de danos indenizáveis) e a França (como modelo de sistema atípico).⁸⁶ De fato, ambos os sistemas preveem um prazo comum para a responsabilidade civil contratual e aquiliana, apenas estipulando prazos específicos para certas *fattispecie* danosas.⁸⁷ Mais do que isso, ambos passaram por reformas relativamente recentes de seus regimes legais de prescrição,⁸⁸ a

⁸² Este último exemplo é citado inclusive pelo voto do relator originário, mas tampouco foi lembrado no momento em que proferido o voto vencedor.

⁸³ Sobre a fragilidade da interpretação centrada na *sedes materiae*, cf. BOBBIO, Norberto. O bom legislador, cit., item 6.

⁸⁴ Algumas das quais foram examinadas em SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. O oxímoro da responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018.

⁸⁵ A título meramente ilustrativo, utilizam o termo “reparação” para se referir às perdas e danos em sede de responsabilidade contratual, entre muitos outros: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: GEN, 2016, item 214; GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 208; DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 117; SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 176; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 174.

⁸⁶ Sobre a distinção entre os dois modelos, cf. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137. Como já analisou a doutrina especializada, os modelos acabaram convergindo, na prática, para soluções semelhantes quanto às hipóteses de dano ressarcível, em grande parte graças ao trabalho hermenêutico (nesse sentido, entre outros, TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017, p. 14; VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 2005, p. 422).

⁸⁷ No sistema francês, cf. arts. 2.224 e ss., que preveem um prazo geral quinquenal para as ações pessoais e prazos específicos para certas hipóteses indenizatórias, sem distinguir entre os regimes contratual e aquiliano. No sistema alemão, cf. §§195 e 197 do BGB, que preveem o prazo prescricional geral de três anos e o prazo trintenar para algumas pretensões reparatórias específicas, sem tampouco realizar a referida distinção.

⁸⁸ Na França, a reforma foi promovida pela Lei n. 2008-561 (*JORF* n. 0141) de 17.6.2008, que tratou da prescrição em matéria civil. Na Alemanha, pela Lei para Modernização do Direito das Obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, *Bundesgesetzblatt* 2001, I, 3138), de 26.11.2001.

evidenciar a atualidade da escolha legislativa pela unicidade de prazo nos dois sistemas.

Particularmente no que diz respeito à Itália, outro ordenamento com influência marcante para o direito brasileiro, a opção legislativa deliberada de apartar os prazos prescricionais para os dois regimes de responsabilidade civil⁸⁹ parece refletir as idiossincrasias daquele próprio sistema.⁹⁰ De fato, a atribulada trajetória de expansão (e, por vezes, retração) do dano aquiliano no direito italiano, se comparada com um tratamento relativamente mais estável conferido ao dano contratual,⁹¹ confirma que a separação entre os dois regimes de responsabilidade civil experimentou, naquele país, um grau muito mais elevado do que na experiência brasileira. Por outro lado, o desenvolvimento da noção de dano injusto pelo direito italiano, de enorme impacto na responsabilidade civil nacional,⁹² acarretou justamente como um de seus corolários uma mitigação do rigor excessivo com que se apartavam as esferas contratual e aquiliana (permitindo que se cogitasse de figuras como a tutela externa do crédito, no âmbito da qual já se reconhece, hoje, eficácia típica da responsabilidade contratual).⁹³

Não se descarta, evidentemente, a relevância da dicotomia, que acarreta conhecidas diferenças de regime jurídico entre os ilícitos contratual e extracontratual.⁹⁴ Ao contrário do que os partidários do prazo decenal costumam alegar, não se sustenta uma perspectiva “monista” da responsabilidade civil, alheia às peculiaridades do regime contratual em relação ao aquiliano. O que se põe em dúvida é a legitimidade da criação de novas diferenças onde o legislador não distinguiu e sem que haja uma justificativa sistemática plausível para tanto. Em rigor, sobretudo sob um prisma funcional, a divisão essencial do direito das obrigações se dá entre as três grandes fontes de deveres obrigacionais: a responsabilidade civil, o enriquecimento

⁸⁹ O *Codice civile* prevê o prazo quinquenal para o “direito ao ressarcimento do dano derivante de fato ilícito” no art. 2.947, sendo pacífico que a expressão “*fato illecito*” se refere ao art. 2.043, que trata do ilícito aquiliano. A prescrição na responsabilidade contratual, por sua vez, segue submetida ao prazo prescricional geral de dez anos do art. 2.946.

⁹⁰ Nesse sentido, cf. o comentário de TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar./2009.

⁹¹ Sobre a evolução do conceito de dano injusto na responsabilidade civil aquiliana da Itália, cf., por todos, a análise recente de SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista da Ajuris*, vol. 47, n. 149. Porto Alegre: dez./2020, *passim*. A despeito do desenvolvimento tumultuado do dano aquiliano, o autor destaca que a reparação do dano contratual foi eventualmente aproximada, pela via hermenêutica, da reparação do extracontratual (Ibid., p. 395, nota 18), à semelhança do que ocorreu na experiência francesa e brasileira.

⁹² No ponto, remeta-se ao estudo seminal de GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, que destaca os impactos da noção de dano injusto para a objetivação da responsabilidade civil, a indenização do dano moral, a tutela externa do crédito e outras consequências.

⁹³ Para uma análise da controvérsia sobre a natureza da responsabilidade do terceiro cúmplice, cf., por todos, KONDER, Carlos Nelson. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Juris*, vol. 23, n. 1. Londrina: mar./2019, *passim*.

⁹⁴ Tais como a presunção de culpa do devedor na responsabilidade contratual, as diferentes regras de determinação do foro competente para a ação, os termos iniciais distintos dos juros moratórios incidentes sobre a indenização, a possível incidência de cláusula penal e assim por diante. Sobre a dicotomia e a mitigação de sua relevância no direito francês, em lição aplicável ao caso brasileiro, cf. JOURDAIN, Patrice. *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. Les métamorphoses de la responsabilité*. Paris: PUF, 1997. No direito pátrio, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, item 2.2.

injusto e a autonomia negocial.⁹⁵ No plano dinâmico, portanto, todas as hipóteses de reparação civil correspondem a uma fonte obrigacional única, estando voltadas à promoção dos mesmos valores e à consecução dos mesmos fins, na medida em que a noção de dano injusto em sede contratual não difere dessa mesma noção no campo aquiliano.⁹⁶ A reparação do dano material, aliás, é disciplinada pelo codificador somente em matéria de inadimplemento obrigacional (art. 402 do Código Civil), ao passo que o dano moral apenas é referido no art. 186, sem que, porém, subsista hoje controvérsia relevante sobre a possibilidade de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrerem de lesões tanto a situações jurídicas relativas quanto a situações absolutas.⁹⁷ E, na medida em que não parece haver diferença de fundo entre o dano contratual e o aquiliano, não se afigura lícito ao intérprete privilegiar as vítimas de um e não as do outro, com prazos drasticamente díspares para o exercício da pretensão reparatória.⁹⁸

O atual entendimento do STJ, realmente, parece suscitar, antes de tudo, graves problemas de isonomia. Fosse o caso de se trabalhar, no direito brasileiro, com mais de um prazo para a pretensão à reparação civil, a distinção talvez resultasse mais razoável se estabelecida entre as indenizações voltadas à tutela de interesses existenciais e aquelas dirigidas à proteção de interesses patrimoniais,⁹⁹ não havendo, por outro lado, nenhuma gradação de tutela entre interesses contratuais ou extracontratuais que justifique semelhante discrimen.¹⁰⁰ Mais do que isso: se, nas relações de consumo, que gozam de um regime deliberadamente mais protetivo do que o do Código Civil, o prazo da reparação civil é quinquenal (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor), resta evidente a quebra de isonomia criada pelo STJ no cotejo com as relações

⁹⁵ Nesse sentido: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 440; SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*: as obrigações restitutórias no direito civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, item 1.2. A tripartição, por evidente, embora comporte a grande maioria dos deveres obrigacionais, admite exceções: existem certas obrigações que, como o dever de indenizar e o dever de restituir, derivam da lei, mas cujos perfis funcionais destoam dos três grandes grupos apresentados. Assim ocorre, por exemplo, com a obrigação alimentar.

⁹⁶ Nessa direção, por todos, TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. IV. Rio de Janeiro: GEN, 2020, p. 13. No sentido diametralmente oposto, sustentando que as lesões a direitos absolutos e relativos são “fontes de obrigações” absolutamente distintas, cf. MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual, cit., item 4.

⁹⁷ Sobre a superação da controvérsia, cf. OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./2014, item 1.

⁹⁸ “Com efeito, não há qualquer razão para que a vítima de ilícito contratual [...] venha a receber, no que tange ao prazo prescricional, tratamento diferenciado daquele que se reserva a quem sofre danos decorrentes de ato ilícito de natureza extracontratual” (TEPEDINO, Gustavo. Prazo prescricional aplicável à reparação civil por inadimplemento contratual. *Soluções práticas de direito*, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 567).

⁹⁹ Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana, cit., *passim*.

¹⁰⁰ A própria distinção entre direitos patrimoniais absolutos e relativos, aliás, tem sido cada vez menos valorizada pela doutrina civil-constitucional. A respeito, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 892-895, que esclarece que a distinção era fundada em critérios prioritariamente estruturais, os quais, no passado, de fato determinavam níveis distintos de tutela para direitos absolutos e relativos, mas não no cenário atual, em que, “sob o fundamento do dever de solidariedade e da consequente responsabilidade, cada um deve respeitar qualquer situação e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação perante todos” (p. 895). No sentido oposto, Judith MARTINS-COSTA e Cristiano de Sousa ZANETTI (Responsabilidade contratual, cit., item 4) sustentam, com base na teoria do contato social de Clóvis do Couto e Silva, que os direitos relativos gozariam de tutela mais intensa, na medida em que a responsabilidade contratual protege uma “relação especial de confiança legítima”. Como se percebe, esta concepção contraria até mesmo a civilística mais tradicional, para a qual seriam os direitos reais que gozariam de tutela prioritária.

paritárias.¹⁰¹ Com efeito, embora a lei consumerista não distinga entre responsabilidade contratual e aquiliana, a existência de situações de genuíno dano contratual nas relações de consumo é evidente. A operadora de plano de saúde, por exemplo, que recusar indevidamente a internação de um paciente pode acarretar danos irreversíveis à saúde dele, incorrendo em inadimplemento e produzindo dano contratual, ainda que a lei consumerista conceba apenas as categorias do fato e do vício do produto ou serviço. Nesse cenário, a pessoa natural que sofresse sequela irreversível oriunda da recusa indevida de cobertura disporia de cinco anos para reclamar a indenização respectiva, ao passo que uma sociedade empresária, por exemplo, que sofresse lucros cessantes pelo atraso de alguns dias na entrega de um produto por sua parceira comercial contaria com uma década para deduzir sua pretensão.

Se a tutela ao consumidor deveria ser, em princípio, mais intensa do que a proteção conferida aos contratantes nas relações paritárias, impende questionar qual teria sido a lógica seguida pelo legislador caso houvesse, de fato, disposto que, nestas, o prazo para a reparação do dano contratual seria o dobro do prazo das relações de consumo. Presume-se que a atividade legislativa é orientada por um juízo de razoabilidade e que as disposições normativas, assim, devem ser interpretadas no sentido de guardarem entre si certa coerência.¹⁰² Sem dúvida, o consumidor conta com uma série de prerrogativas nem sempre abertas ao contratante comum: a responsabilidade objetiva do fornecedor, a possibilidade de inversão do ônus da prova, uma maior liberdade de controle judicial das cláusulas contratuais, entre outras. Tais prerrogativas, porém, se facilitam sua defesa em juízo, não parecem afetar a possibilidade de exercício da pretensão indenizatória, vale dizer, não conduzem à ilação de que o consumidor precisaria de menos tempo que contratantes paritários para exercer sua pretensão.

A preexistência de relação jurídica entre as partes na responsabilidade contratual é, por vezes, apontada como um possível fundamento para um prazo mais longo da pretensão reparatória.¹⁰³ O mesmo argumento, porém, presta-se a sustentar o posicionamento inverso:

¹⁰¹ Como pondera Gustavo TEPEDINO: “É natural que o consumidor disponha de prazo prescricional mais amplo do que a vítima de danos do Código Civil. A codificação, nesse particular, corrigiu a anomalia surgida após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em que o prazo quinquenal ali previsto, em homenagem à vulnerabilidade da vítima do acidente de consumo, destoava do prazo prescricional vintenário do Código Civil [de 1916], a desafiar o princípio constitucional da igualdade. Tal descompasso, atribuível à significativa diferença de idade entre as duas leis, seria corrigido em 2002, não fosse o verdadeiro malabarismo interpretativo em voga [...]” (Prescrição aplicável à responsabilidade contratual, cit.).

¹⁰² Cf. a célebre lição de BOBBIO, Norberto. O bom legislador, cit., p. 3.

¹⁰³ Nesse sentido entendem Judith MARTINS-COSTA e Cristiano de Sousa ZANETTI (Responsabilidade contratual, cit., item 4), que ponderam: “Na responsabilidade civil extracontratual protegem-se bens jurídicos gerais, em atenção ao comando *neminem laedere*. O contato entre ofensor e ofendido tende a ser efêmero, surgindo, no mais das vezes, de uma circunstância fortuita, não resultante de um escopo compartilhado pelos sujeitos envolvidos de regerem seus mútuos interesses patrimoniais. [...] Diversamente, na responsabilidade negocial, a relação entre os sujeitos se protraí no tempo e costuma decorrer de uma sucessão de condutas voltadas à obtenção do fim comum, voluntariamente buscado pelos que se colocam como partes de um negócio jurídico, correspondendo o escopo ao adimplemento do pactuado. [...] As relações derivadas de um negócio jurídico, ademais, podem se estender longamente no tempo, gerando, em razão de sua duração, um grau de pessoalidade no vínculo e uma confiança qualificada entre as partes”.

se as partes já se conhecem previamente à produção do dano, não seria essa circunstância um elemento facilitador do exercício da pretensão indenizatória, na medida em que descaracteriza a falta de ciência pelo credor e a impossibilidade de fato que muitas vezes justificam, como visto acima, a postergação do prazo prescricional?¹⁰⁴ Neste ponto coloca-se um argumento adicional muito valorizado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em prol do prazo decenal na responsabilidade contratual: o de que “careceria de sentido”¹⁰⁵ que o credor disponha de cinco a dez anos para exigir o cumprimento específico da obrigação contratual (nos termos dos arts. 206, §5º, I e 205 do Código Civil, a depender da liquidez do débito), mas de apenas três anos para demandar a outra parte por eventuais danos decorrentes da inexecução. O argumento parece partir do pressuposto de que, se adotada a unicidade da prescrição contratual e aquiliana, restaria configurado um cenário em que, nos três primeiros anos, o credor poderia exigir tanto as perdas e danos quanto o cumprimento da obrigação (execução específica), ao passo que, após o prazo trienal, ainda seria possível o exercício da pretensão indenizatória, mas não mais o pedido de cumprimento específico.¹⁰⁶ Se esse, porém, é o ponto controverso, logo se percebe que o problema se deve, em grande parte, à aparente incompreensão do termo inicial aplicável à prescrição de cada uma dessas duas pretensões.

Caso os danos contratuais decorram de inadimplemento absoluto, presume-se que o credor não pode legitimamente exercer a pretensão voltada à execução específica ao mesmo tempo que a pretensão reparatória, pois o exercício desta pressupõe a perda de qualquer interesse útil na prestação (art. 475 do Código Civil).¹⁰⁷ Portanto, a própria configuração do inadimplemento absoluto (hábil a justificar o pedido de perdas e danos) acarretaria a impossibilidade lógica do

¹⁰⁴ Nessa lógica, aliás, há quem sustente que a teoria da *actio nata* apenas seria aplicável à pretensão indenizatória aquiliana e não à contratual, pois nesta a alegação de falta de ciência pelo credor traduziria apenas seu próprio descuido (SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*, cit., p. 212).

¹⁰⁵ A expressão é de Judith MARTINS-COSTA e Cristiano de Sousa ZANETTI (Responsabilidade contratual, cit., item 3), que explicam: “carece de sentido afirmar que o credor tem um prazo para exigir o cumprimento e outro para o pagamento da indenização. Se a pretensão ao adimplemento ainda não foi encoberta pela eficácia da prescrição e, portanto, o contratante pode exigir a observância ao avençado, a lógica reclama que também lhe seja possível, no mesmo lapso temporal, responsabilizar o devedor pelos danos decorrentes do descumprimento”.

¹⁰⁶ Segundo Humberto THEODORO JÚNIOR (*Comentários ao Novo Código Civil*, cit., p. 333), “Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual), não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Daí que, enquanto se puder exigir a prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório [...]”. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA e Cristiano de Sousa ZANETTI (Responsabilidade contratual, cit., item 3): “A coerência reclama que o credor esteja sujeito ao mesmo prazo para exercer as três pretensões que a lei põe à sua disposição para reagir diante do inadimplemento”, a saber, a execução específica, as perdas e danos e aquilo que os autores denominam, citando Pontes de Miranda, como “execução pelo equivalente”. Os autores exemplificam: “A hipótese de mora é ilustrativa. Nesse caso, o credor teria dez anos para exigir o cumprimento da prestação, mas apenas três para exigir a indenização decorrente da inobservância do tempo, lugar ou modo pactuados por parte do devedor. Passados três anos, o devedor poderia, assim, obter o efeito equivalente à purgação da mora sem, todavia, ressarcir os prejuízos causados ao credor, o que contrastaria com a regra constante do artigo 401, inciso I [...]”.

¹⁰⁷ Sobre a noção de interesse útil e a consequente determinação funcional do inadimplemento absoluto, permita-se a remissão, com ampla referência à doutrina civil-constitucional, a SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019, item 4 (pp. 53 e ss.).

exercício da pretensão de execução específica. Como a existência ou não de interesse útil do credor é justamente o parâmetro que autoriza uma ou outra pretensão, seria conceitualmente impossível que ambas pudessem ser exercidas ao mesmo tempo.¹⁰⁸ Apenas o intérprete que considere a escolha entre execução específica e perdas e danos uma opção totalmente arbitrária do credor, infensa a qualquer controle funcional, cogitaria de um termo inicial comum para ambas.¹⁰⁹ Por outro lado, caso os danos contratuais sejam produzidos por ocasião da mora do devedor, tampouco se deveria conceber um termo inicial comum para a prescrição da pretensão indenizatória e da executória. De fato, durante a mora do devedor, o prazo para exercício da pretensão indenizatória começará a fluir a partir da data da verificação do dano (não necessariamente idêntica ao início do inadimplemento), e a cada novo dano produzido durante a mora um novo prazo prescricional será iniciado para a respectiva pretensão indenizatória. O prazo para o exercício da pretensão de execução específica, por sua vez, inicia-se com o descumprimento e se estende até a purga da mora, o decurso total da prescrição ou o desaparecimento absoluto do interesse útil na prestação – o que ocorrer primeiro.¹¹⁰

Nos danos produzidos durante a mora, portanto, é apenas possível, mas definitivamente não necessário, que o prazo trienal da reparação se esgote antes do prazo aplicável à cobrança da prestação contratual descumprida. Isso não deveria causar surpresa: é justamente a execução específica que, gozando de maior prestígio no ordenamento, deve contar com prazo mais longo; a pretensão indenizatória, que se pretende cada vez mais excepcional, como tutela

¹⁰⁸ Esta é justamente uma das premissas essenciais da qual costuma divergir o setor da doutrina que sustenta a aplicação do prazo decenal à responsabilidade contratual. Ilustrativamente, Judith MARTINS-COSTA e Cristiano de Sousa ZANETTI (Responsabilidade contratual, cit., item 3) afirmam não existir uma “cronologia necessária” entre execução específica e indenização. No caso particular do inadimplemento absoluto, afirmam que, se o descumprimento for de tal monta que não dê nenhum ensejo à mora (por exemplo, na hipótese de inobservância de termo essencial), a pretensão indenizatória surgirá sem que tenha sido antecedida pela pretensão à execução específica – com o que se concorda plenamente. Aduzem, porém, que essa pretensão indenizatória seria concomitante à pretensão que denominam como “execução pelo equivalente”, a qual representaria uma forma de execução do contrato e estaria sujeita, assim, ao prazo decenal (motivo pelo qual reafirmam a tese de uma “incongruência” com o prazo trienal da reparação). É dessa concepção que ora se diverge, mesmo porque, aparentemente, a tese da chamada “execução pelo equivalente” contraria a própria definição de inadimplemento absoluto, como já se teve oportunidade de criticar em SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., item 5.

¹⁰⁹ A respeito, critica Gustavo TEPEDINO: “Mostra-se, assim, evidente que o prazo prescricional aplicável à pretensão reparatória do devedor não pode variar discricionariamente, reabrindo-se, segundo o alvedrio do credor, o prazo prescricional para o adimplemento, sempre que sua pretensão se dirigir à execução específica. Se assim não fosse, caso se permitisse ao credor optar pelo prazo que lhe conviesse, far-se-ia tábula rasa do sistema, facultando-se aos titulares de pretensão derivada de inadimplemento a, uma vez perdido o prazo prescricional, requerer, cândida e astutamente, o adimplemento, burlando as normas imperativas do Código Civil [...]” (Prazo prescricional aplicável à reparação civil por inadimplemento contratual, cit., p. 570).

¹¹⁰ Os defensores do prazo prescricional decenal para a responsabilidade contratual não comentam, em geral, a possibilidade de termos iniciais distintos para as perdas e danos e a execução específica durante a mora, simplesmente afirmando que ambas as pretensões surgem concomitantemente com a inexecução (nesse sentido, aparentemente, MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual, cit., item 3). Assim, embora sustentem a necessidade de prazos idênticos para a execução específica e as perdas e danos durante a mora, não elucidam como seria possível igualar esses prazos nos casos em que a pretensão indenizatória surge em momento posterior ao início do descumprimento.

genérica que é, parece se coadunar, nesse sentido, com um prazo mais exíguo.¹¹¹ A antiquada noção de que as perdas e danos corresponderiam a uma “obrigação secundária” na qual a obrigação primitiva “se transforma”, embora onipresente na doutrina tradicional,¹¹² tampouco deve servir de óbice para essa conclusão.¹¹³ Em rigor, do ponto de vista funcional, toda hipótese de responsabilidade civil volta-se à reparação de um dano preexistente, de modo que o direito às perdas e danos não surge a partir de nenhuma “transformação” da obrigação contratual descumprida, e sim a partir de um fato jurídico novo: a produção efetiva de dano ao credor (fato este que pode ou não ocorrer, que pode ou não ser concomitante ao fato do descumprimento e que pode ou não ser imputável ao devedor).¹¹⁴ Por isso, aliás, devem-se evitar certas expressões populares, tais como “efeito indenizatório da resolução contratual por inadimplemento”,¹¹⁵ já que a pretensão reparatória não deriva automática e diretamente da inexecução, nem surgirá em todos os casos.¹¹⁶

Os defensores do prazo decenal propõem ainda um argumento final: o de que a atividade contratual existente entre as partes, por vezes muito longa ou altamente complexa, pode inibir ou prejudicar o exercício da pretensão indenizatória pelo contratante lesado – que,

¹¹¹ Explica Gustavo TEPEDINO: “como se sabe, o Código Civil de 2002 dá especial ênfase à execução específica das obrigações, sendo inteiramente coerente com o sistema atribuir-se o prazo quinquenal para o seu cumprimento, quando ainda há interesse útil do credor; e reservando-se o prazo trienal para o credor que, uma vez frustrada a possibilidade de cumprimento específico [...], se encontra apto a promover, imediatamente, a ação de ressarcimento de danos. [...] O legislador prestigia e incentiva, por diversos expedientes, o adimplemento ainda plausível. Daí o prazo quinquenal nessa hipótese. Uma vez, contudo, caracterizado o inadimplemento, não interessa ao sistema e à segurança jurídica postergar a desavença” (Prescrição aplicável à responsabilidade contratual, cit.).

¹¹² A construção está presente na obra da mais autorizada doutrina, sendo explicitada, por exemplo, por SAN TIAGO DANTAS, segundo o qual, sendo a inexecução da obrigação imputável ao devedor, “os efeitos desta inexecução, em vez de serem extrutivos da obrigação, são transformativos, isto é, transformam a obrigação originária, que não foi cumprida, na responsabilidade, ou seja, na obrigação sucessiva que tem por conteúdo uma prestação de perdas e danos” (*Programa de direito civil*, vol. II, cit., p. 96).

¹¹³ O caráter “sucessivo” ou “acessório” das perdas e danos, que seriam substitutivas da obrigação contratual, costuma ser invocado pelos defensores do prazo decenal para a responsabilidade contratual. Ilustrativamente: “sendo o dever de indenizar pelo inadimplemento substitutivo ao cumprimento contratual (consistindo no ‘segundo momento’ da relação obrigacional), participa ontológica e funcionalmente do mesmo fenômeno, razão pela qual, logicamente, há de ser seguido o mesmo prazo previsto para as ações de cumprimento do negócio” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*, cit., p. 333). Também Judith MARTINS-COSTA e Cristiano de Sousa ZANETTI (Responsabilidade contratual, cit., item 3) afirmam que o dever de reparação civil é “secundário e substitutivo ao cumprimento do dever de prestação”. No mesmo sentido, o voto vencedor no julgamento dos EREsp. 1.281.594: “a natureza secundária das perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual tem notória importância, devendo necessariamente seguir a sorte da relação obrigacional preexistente. Nesse diapasão, não se mostra coerente ou lógico admitir que a prestação acessória prescreva em prazo próprio diverso da obrigação principal”.

¹¹⁴ No direito francês, cf. a crítica de Patrice JOURDAIN (*Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, cit., p. 68). A exigência de prova concreta do dano tem sido normalmente reconhecida pela doutrina contemporânea, mesmo entre os autores que sustentam a tese da “transformação” da obrigação original em perdas e danos. No direito pátrio, cf. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 731-732.

¹¹⁵ A ideia de que a indenização seria um efeito da resolução, que se tem popularizado na doutrina recente, já podia ser encontrada, entre outros, na célebre obra de AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 266.

¹¹⁶ Interessante destacar que Caio Mário da Silva PEREIRA, embora sustente expressamente que a obrigação contratual descumprida sofre “mutação objetiva” e se converte em perdas e danos, coloca temperamentos a tal afirmação, não por reconhecer que as perdas e danos dependem da ocorrência de prejuízo efetivo, mas sim porque, em diversos casos, resta evidente que a obrigação contratual subsiste e passa a ser exigível cumulativamente às perdas e danos surgidas durante a mora do devedor (*Instituições de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: GEN, 2016, §174).

receoso em prejudicar sua relação com a outra parte, ou atribulado em meio a demoradas negociações voltadas à tentativa de evitar um litígio, precisaria de um prazo mais extenso para pugnar pela indenização, igual ou superior ao prazo máximo para a execução do contrato.¹¹⁷ A alegação parece ocultar uma busca de se travestir a lógica do mercado como se integrante da axiologia do sistema,¹¹⁸ sendo no mínimo duvidoso que o comportamento do credor lesado que aguarda até o término de uma década para interpelar a outra parte, buscando não abalar a atividade contratual com ela se e enquanto forem atendidos seus interesses econômicos, seja considerado mais merecedor de tutela do que o pedido reparatório cronologicamente próximo à produção do dano. Ainda, porém, que assistisse razão à tese, sobretudo em deferência a louváveis tentativas de negociação entre as partes, o problema seria mais bem compreendido a partir do exame do termo inicial da prescrição e não da duração do prazo prescricional. Como visto, são as causas obstativas da prescrição que se destinam a remediar a impossibilidade de exercício pelo titular. Talvez fosse mais razoável, assim, sustentar que não fluiria a prescrição durante as tentativas de autocomposição entre as partes, por aplicação analógica das causas impeditivas legais. Sem dúvida, a solução desafiaria a amplamente afirmada taxatividade destas últimas; ainda assim, ter-se-ia, provavelmente, uma proposta menos assistemática do que a de distinguir entre responsabilidade contratual e aquiliana onde a lei não o fez.

Para o problema ora descrito parece restar apenas uma esperança no curto prazo: a de nova reversão da jurisprudência do STJ. Do ponto de vista funcional, o dever de indenizar se presta rigorosamente ao mesmo propósito, seja em matéria contratual, seja em matéria aquiliana: a reparação integral da vítima. Se é verdade que há importantes diferenças nos interesses em jogo em cada um dos âmbitos de responsabilidade, essas diferenças são, em rigor, tão variadas quantas as infinitas *fattispecie* danosas podem ser. Não parece evidente que a simples distinção estrutural entre relações contratuais e delituais traduza uma diferenciação significativa no plano axiológico. Este é, em última análise, o juízo que deveria ter sido empreendido pela jurisprudência: o quão distantes se encontram, do ponto de vista valorativo, os dois âmbitos de responsabilidade civil? Ainda que se alcançasse a mesma resposta hoje endossada pelo STJ, a coerência e a unidade do sistema jurídico restariam preservadas caso o debate se houvesse aprofundado no plano funcional, sem se prender ao tom de suposta obviedade com que parte da doutrina defendeu a adoção do prazo decenal nos últimos anos.

¹¹⁷ Em particular, a necessidade de negociação entre as partes, com vistas a evitar um possível litígio judicial, sobretudo em contratos duradouros, é destacada por MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual, cit., item 4.

¹¹⁸ Cf., a propósito, a crítica de Gustavo TEPEDINO, anterior ao atual posicionamento do STJ: “Contornar a previsão legal, ou selecionar do sistema alguns dispositivos (que melhor atendam ao autor da ação) em detrimento de outros, ameaça a segurança jurídica, a igualdade constitucional e prejudica, em última análise, a própria vítima de danos, sem saber, ao certo, de qual prazo afinal dispõe para o ajuizamento da ação indenizatória. [...] É preciso resistir a este conjunto de interesses que convergem para a consagração deste equívoco anunciado” (Prescrição aplicável à responsabilidade contratual, cit.).

4. A desproteção de pessoas com deficiência mental e o possível excesso de proteção dos menores devidamente representados contra a prescrição¹¹⁹

Na esteira de outros países da família romano-germânica, seguidos também pelo Código Civil de 1916, o art. 198, I do Código Civil de 2002 dispõe que não corre a prescrição “contra os incapazes de que trata o art. 3º”, isto é, os absolutamente incapazes. A categoria encontra-se hoje restrita aos menores impúberes, pois, como se sabe, a Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), alterando drasticamente a teoria geral do direito civil, conferiu, ao menos nominalmente, capacidade civil plena a todas as pessoas com deficiência intelectual ou psíquica (até então reputadas pelo Código Civil como absoluta ou relativamente incapazes, de acordo com seu grau de discernimento).¹²⁰ A reforma ensejou patente desigualdade em matéria de prescrição, eis que tornou quase impossível, na prática, oferecer a pessoas com deficiência mental a mesma proteção conferida aos menores absolutamente incapazes. Seria razoável supor que a intenção do legislador foi mesmo a de desproteger a pessoa com deficiência mental, a despeito da falta de discernimento pleno? Uma resposta preliminar talvez residisse no art. 121, parágrafo único, do Estatuto, segundo o qual “prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência”, a sugerir que a intenção da reforma foi a de favorecer ao máximo essas pessoas. Mas essa solução não convence, por diversas razões.

A primeira, de ordem metodológica, consiste no problema de se defenderem interpretações “a todo custo” em prol da pessoa com deficiência, transformando-se essa categoria em um *super-status*, um espaço de proteção desmesurada e, portanto, assistemática. Desse mal já padece, por exemplo, o direito do consumidor.¹²¹ Além disso, não se sabe sequer se a prescrição é um fenômeno contra o qual essas pessoas *devam* ser protegidas. Em rigor, não há certeza nem mesmo quanto ao nível de tutela que o Estatuto pretendeu conferir às pessoas com deficiência mental, já que, em rigor, retirou-as de um estatuto protetivo (a incapacidade civil) e inseriu-as no regime comum das pessoas civilmente capazes.¹²² Como se sabe, toda liberdade nasce

¹¹⁹ A abordagem sintetizada neste item foi previamente sustentada, com maior desenvolvimento, em SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. *Pensar*, vol. 22. Fortaleza: UNIFOR, 2017.

¹²⁰ Como se observou em outra sede, uma presunção absoluta de capacidade da pessoa com deficiência mental ignoraria o seu concreto discernimento e a sua real vulnerabilidade (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016, p. 25).

¹²¹ A lógica microssistemática traduz “grave fragmentação do sistema”, pois cria “guetos legislativos isolados” (TEPEDINO, Gustavo. A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69).

¹²² Como se teve oportunidade de observar em outra sede, o novo regime, na contramão do propósito nobre que permeia a Lei n. 13.146/2015, parece proporcionar, em alguns pontos, proteção menos intensa às pessoas com deficiência mental do que o regime anterior, pois retirou do texto codificado a referência ao discernimento, critério aclamado pela doutrina especializada como essencial à sua proteção (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade, cit., p. 25).

geminada com a responsabilidade e com a autorresponsabilidade:¹²³ quem age livremente deve poder discernir as consequências que acarreta para terceiros e para si mesmo, e por elas responder.¹²⁴ Dado o discurso emancipatório que pautou a edição do Estatuto, não seria de se estranhar que a desproteção fosse deliberada.

Perquirir a adequação da reforma, portanto, demanda indagar qual fundamento valorativo tem levado tantas codificações e, em particular, a brasileira a resguardarem os incapazes da prescrição. Não raro, a previsão do art. 198, I do Código Civil é explicada pela civilística em tom de naturalidade: os incapazes demandariam um tratamento diferenciado, implementada na forma de um “favor” legal,¹²⁵ uma “isenção favorável”,¹²⁶ uma “proteção”,¹²⁷ uma “garantia”,¹²⁸ em atenção a “razões defensivas”.¹²⁹ Parece ser o caso, porém, de indagar: de qual *ameaça* os incapazes devem ser *protegidos*? Ordinariamente, o direito tutela pessoas vulneráveis contra atos realizados por (ou em conjunto com) outras pessoas que com elas interagem (pense-se nos casos em que se nega eficácia a negócios abusivos ou leoninos). Assim, seria preciso concluir, em sede de prescrição, que os incapazes também estão sendo protegidos contra um *fato jurídico* – que, neste caso, só poderia ser o próprio decurso do tempo.¹³⁰ Em si

¹²³ A diferença é explicitada por Mauro TESCARO: “na responsabilidade se encontra [...] a violação de deveres jurídicos, com a consequente lesão de interesses alheios, o que não parece, ao revés, ocorrer nas hipóteses de autorresponsabilidade, nas quais um sujeito tem um comportamento lesivo dos próprios interesses, ao menos em via direta e ressalvada a subsistência de efeitos indiretos sobre os interesses de terceiros, e, por isso, suporta totalmente suas consequências negativas, que parecem ficar a seu encargo [...] de modo quase automático” (*Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità*, cit., pp. 119-120. Tradução livre). No ponto, aduz PUGLIATTI que a autorresponsabilidade reside justamente na imposição das consequências de uma ação ou omissão a um agente, isto é, à sua esfera jurídica (Autoreponsabilità. *Scritti giuridici*, vol. IV. Milano: Giuffrè, 2011, p. 205).

¹²⁴ Pondera Maria Celina BODIN DE MORAES: “O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. [...] O exercício da liberdade – e com ela a responsabilidade – está condicionado, no âmbito do direito, à capacidade, a qual por sua vez se funda no discernimento, na racionalidade do sujeito” (Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 192).

¹²⁵ Afirma Luiz CARPENTER que a lei “visa favorecer as pessoas a que se refere. Por isso, suspende o curso da prescrição das ações que elas tiverem contra alguém, [...]” (*Da prescrição*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, p. 330).

¹²⁶ Para CÂMARA LEAL, “o Código criou uma isenção favorável aos incapazes, que somente os beneficia, não permitindo contra eles a prescrição, de modo que corre a favor deles a prescrição das ações contra eles intentáveis” (*Da prescrição e da decadência*, cit., p. 162).

¹²⁷ Afirma-se que o art. 198, I confirmaria “a preocupação que o legislador teve em proteger os hipossuficientes” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 374).

¹²⁸ Aduz FERREIRA COELHO que a lei demonstra o cuidado em que devem ser tidos os absolutamente incapazes para dirigir sua pessoa e seus bens: “a todas as mais garantias pessoais e reais, ainda acresce esta de não correr contra estas pessoas o tempo para a prescrição” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analisado*, vol. XI. Rio de Janeiro: Off. Graphics, 1933, p. 68).

¹²⁹ Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA, “razões defensivas ou de proteção impedem ou suspendem a prescrição contra os absolutamente incapazes [...]” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 583).

¹³⁰ Ao sustentar que a prescrição não apresenta nenhum aspecto volitivo ou negocial, MONATERI ressalta a relevância de se reconsiderar o tempo “como o mais importante dentre os fatos naturais [...]”. Essa duração concreta é um fato e não pode não ser um elemento da hipótese fática [...]” (*La prescrizione*, cit., p. 25. Tradução livre). A noção, porém, não é pacífica: outros autores afirmam que “a doutrina está hoje concorde em excluir o mero decurso do tempo do grupo dos verdadeiros e próprios fatos jurídicos: *tempus non est modus constituendi vel dissolvendi iuris*” (TESCARO, Mauro. *Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità*, cit., p. 4. Tradução livre).

considerado, contudo, o tempo não aparenta oferecer uma *ameaça* propriamente dita ao incapaz – é a eficácia preclusiva atribuída ao decurso do tempo pela ordem jurídica¹³¹ que parece prejudicá-lo. Chega-se, assim, a outra perplexidade: a norma que impede o curso da prescrição contra o incapaz busca protegê-lo dos seus próprios efeitos?

Abordagem diversa é proposta por certa corrente doutrinária que, ainda sob a égide da codificação anterior, afirmava que a incapacidade civil criaria uma situação de “inferioridade na vida civil”, motivo pelo qual seria justificável oferecer uma vantagem em contrapartida aos incapazes, um “favor especial”.¹³² Embora nem sempre enunciada expressamente, tal concepção parece permear a mentalidade dos juristas há diversas gerações: a isenção da prescrição seria uma espécie de “compensação” pela *capitis deminutio*, uma satisfação do ordenamento à suposta “inferiorização” decorrente do *status* de incapaz. A noção de que a categoria da incapacidade civil seria eminentemente discriminatória, aliás, parece ter sido um fator determinante para a reforma do instituto.¹³³ No entanto, tal concepção peca por atribuir ao regime original da incapacidade civil funções que jamais foram concebidas para ele. Como já referido, o problema central de que trata o direito civil é a valoração dos atos de autonomia privada – ou, mais exatamente, dos efeitos desses atos (as situações jurídicas subjetivas).¹³⁴ No caso de pessoas que, por força da idade ou de certas condições intelectuais ou psíquicas, não dispusessem do discernimento necessário para compreender as repercussões jurídicas dos atos por elas praticados, concluiu o legislador que tais efeitos deveriam ser negados. O instituto da (in)capacidade se presta justamente a este fim: indicar a (in)validade dos atos particulares e, assim, informar se é possível que eles produzam efeitos juridicamente vinculantes.¹³⁵

¹³¹ A *fattispecie* prescricional ostenta configuração complexa: não se confunde com o simples decurso do tempo, mas “se identifica com o decorrer do tempo, segundo o regime jurídico para ele expressamente ditado” (MONATERI, Pier Giuseppe. *La prescrizione*, cit., p. 26. Tradução livre).

¹³² Essa abordagem é proposta por CÂMARA LEAL: “A incapacidade absoluta, privando o incapaz da administração de sua pessoa e bens, por inaptidão, cria-lhes uma situação de inferioridade na vida civil, tornando-os impotentes para a defesa de seus interesses, e daí a proteção que a lei lhes assegura, na salvaguarda desses interesses, concedendo-lhes favores especiais, entre os quais o da isenção prescricional. Esse benefício representa, pois, uma justa medida de tutela, supletiva da incapacidade e acauteladora dos interesses do incapaz” (*Da prescrição e da decadência*, cit., p. 162).

¹³³ Há mesmo autores que afirmam textualmente que as pessoas com deficiência mental sofriam preconceito e segregação social em decorrência direta do termo “incapaz” que designava seu estado pessoal no âmbito jurídico. Sustenta-se, por exemplo, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência procurou “evitar os termos ‘incapacidade’ e ‘interdição’, que geravam estigma desnecessário às pessoas com deficiência mental ou intelectual” (OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. *Conjur*, 18.4.2016). Tal concepção parece ter atingido foro internacional; na França, por exemplo, afirma-se que o termo “pessoa protegida” substituiu a palavra “incapacidade”, que era “julgada humilhante” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des personnes: la protection des mineurs et des majeurs*. Paris: LGDJ, 2016, p. 257).

¹³⁴ Segundo PERLINGIERI, toda situação jurídica é efeito de um fato juridicamente relevante (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 669). No ponto, cf. ainda SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015, pp. 2-5.

¹³⁵ Assim, por exemplo, PERLINGIERI define a capacidade de fato (*capacità di agire*) como a “idoneidade do sujeito para desenvolver a atividade jurídica que diz respeito aos seus próprios interesses, ou seja, a atitude de manifestar vontades dirigidas a adquirir e exercer direitos ou a assumir (mas, de regra, não a adimplir) obrigações jurídicas” (*Manuale di diritto civile*, cit., p. 143). Ainda mais clara é a lição de Alberto TRABUCCHI, que define a capacidade de agir como “a atitude de um sujeito de pôr em prática validamente atos idôneos a incidirem sobre situações jurídicas das quais é titular” (*Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2015, p. 281).

Por que o discernimento do agente foi levado em conta para esse propósito? A criação de efeitos jurídicos pela autonomia privada é alvo de certa desconfiança por parte do ordenamento, já que a juridicidade desses efeitos significa, em última análise, que o aparato estatal de coerção deve garantir sua observância.¹³⁶ Para determinar a produção negocial de efeitos juridicamente vinculantes, é preciso que o agente possa responder pelas repercussões que provocará para si mesmo e para as pessoas com quem se relaciona. Repita-se: não há liberdade juridicamente tutelada sem responsabilidade. A vida em comunidade depende dessa íntima relação e, por isso, se o agente, por falta de discernimento, não for responsabilizável, não poderá praticar atos jurídicos com liberdade plena.¹³⁷ Esta é a chave interpretativa que permite acessar o perfil funcional do impedimento da prescrição contra absolutamente incapazes.

Uma breve comparação entre os regimes da validade negocial e da prescrição mostra-se útil, por se tratar de institutos concebidos em ótica fundamentalmente estruturalista. Assim, por exemplo, se certo negócio ostenta um vício previsto em lei como causa de nulidade, afirma-se tradicionalmente que nada haveria a questionar: o ato seria privado de toda eficácia, em um raciocínio subsuntivo simples.¹³⁸ Analogamente, se a lei veda que os prazos prescricionais corram contra absolutamente incapazes, não caberia questionar o fundamento valorativo da norma, nem cogitar de sua aplicação analógica a outras pessoas (pois o caráter excepcional da regra impediria esse tipo de interpretação). Quanto às invalidades negociais, porém, já se destaca atualmente seu fundamento valorativo, sustentando-se a possibilidade de modulação da eficácia de atos nulos à luz dos interesses envolvidos em concreto.¹³⁹ Assim também na prescrição, a despeito da aparência cartesiana, quase matemática, do instituto, existe espaço para uma análise funcional. Além disso, a comparação entre invalidade negocial e prescrição importa para o presente estudo porque, com alguma frequência, o legislador opta por usar a incapacidade civil (destinada prioritariamente a determinar a validade da prática de atos da vida civil) como uma espécie de índice valorativo para outros institutos que, em princípio, não

¹³⁶ A diversidade de regime jurídico incidente sobre cada ato de autonomia privada baseada no papel desempenhado pela vontade em cada tipo de ato é ressaltada por Salvatore PUGLIATTI: “a tutela da vontade se comporta de maneira diversa em relação às duas categorias de atos (simplesmente) voluntários [para o autor, os atos jurídicos em sentido estrito] e dos atos de vontade [negócios jurídicos]: na verdade tal distinção, que tem valor apenas sob o perfil jurídico, impõe-se e se sustenta com referência à diversidade fundamental de postura da tutela jurídica” (*I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 55. Tradução livre). Permita-se, ainda, a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Categorias de atos jurídicos lícitos e seu controle de validade. *Revista dos Tribunais*, vol. 967. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./2016, pp. 134 e ss.

¹³⁷ Na lição precisa de Maria Celina BODIN DE MORAES: “A consequência da capacidade é, como se sabe, a imputação de responsabilidade. A imputabilidade é a possibilidade de ser considerado, pelo direito, como o *autor* de seus próprios atos, devendo em consequência por eles responder. Quem não tem discernimento tampouco tem responsabilidade, e as sanções jurídicas são diferenciadas justamente com base nesta distinção. Ter discernimento é ter capacidade de entender e querer. Se o indivíduo for dotado desta capacidade, dela decorrem a autodeterminação e a imputabilidade (isto é, a responsabilidade)” (Uma aplicação do princípio da liberdade, cit., p. 192. Grifo do original).

¹³⁸ Em perspectiva crítica, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade, cit., item 2.

¹³⁹ Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, *passim*.

correspondem à sua função originária. Assim parece ocorrer com o art. 198, I, do Código Civil, que faz uso da categoria da incapacidade absoluta como um indicador do grupo de pessoas a que pretendia se referir – provavelmente porque também para fins de impedimento e suspensão da prescrição o discernimento do titular lhe pareceu um critério relevante.¹⁴⁰

Nesse caso, então, a próxima indagação deveria ser: se o absolutamente incapaz conta, em regra, com um representante legal para realizar atos em seu nome (inclusive atos de cobrança aptos a interromper os prazos prescricionais), não seria o caso de permitir a fluência da prescrição contra ele? De fato, no regime da validade negocial, o ato do representante em nome do absolutamente incapaz é plenamente vinculante para este. Assim, sempre que a administração dos direitos do incapaz for confiada a um representante, não seria o caso de tratar o titular como se capaz fosse, exatamente como ocorre em matéria de validade negocial? Essa solução não é incompatível com a natureza dos institutos:¹⁴¹ alguns países da família continental preveem expressamente a fluência da prescrição contra os incapazes sob representação dos pais, tutores ou curadores.¹⁴² Além disso, no direito brasileiro, autorizada doutrina critica severamente a isenção da prescrição para os incapazes, eis que estes contam, de ordinário, com um representante.¹⁴³ Antes da reforma do sistema das incapacidades, alguns estudos chegavam a defender, a despeito da redação legal, que o prazo prescricional começaria

¹⁴⁰ Ao comentar a proteção dispensada aos absolutamente incapazes pelo art. 169 do CC1916, por exemplo, FERREIRA COELHO recorre à noção de discernimento: “Os loucos de todo gênero são também absolutamente incapazes, não têm, como os menores de 16 anos, o discernimento necessário para defender os seus direitos” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*, vol. XI, cit., p. 68). O autor prossegue, em defesa da necessidade de proteção das pessoas sem discernimento para o exercício pessoal da autonomia patrimonial: “[...] o fim da sociedade é a garantia, o respeito dos direitos de cada um dos indivíduos que a constituem, protegendo os mais fracos e pondo os incapazes ao abrigo de prejuízos que lhes possam causar a falta de discernimento para se defenderem e aos seus direitos; é a tutela social sobre os fracos” (Ibid., p. 70).

¹⁴¹ Registra Caio Mário da Silva PEREIRA: “O caso dos incapazes, embora não seja peculiaridade nossa, não tem paralelo em alguns sistemas, como o alemão ou o português, quando o incapaz tem representante, pois que este é responsável com seus bens, se deixa causar prejuízo ao seu representado” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 583).

¹⁴² Sobre a matéria, dispõe o Código Civil português: “Artigo 320º. 1. A prescrição não começa nem corre contra menores enquanto não tiverem quem os represente ou administre seus bens, salvo se respeitar a atos para os quais o menor tenha capacidade; e, ainda que o menor tenha representante legal ou quem administre os seus bens, a prescrição contra ele não se completa sem ter decorrido um ano a partir do termo da incapacidade. [...] 3. O disposto nos números anteriores é aplicável aos interditos e inabilitados que não tenham capacidade para exercer o seu direito, com a diferença de que a incapacidade se considera finda, caso não tenha cessado antes, passados três anos sobre o termo do prazo que seria aplicável se a suspensão se não houvesse verificado”. Confirma-se, ainda, a previsão do BGB: “§210. [...] 1. Se uma pessoa incapaz de contratar ou com capacidade limitada de contratar não tiver representante legal, então um prazo prescricional em seu benefício ou em seu prejuízo não pode acabar antes do término de seis meses após o momento em que a pessoa adquire capacidade ilimitada de contratar ou a falta de representação é sanada. Se o prazo prescricional for inferior a seis meses, o período especificado para a prescrição toma o lugar dos seis meses. [...]” (Tradução livre).

¹⁴³ Nesse sentido, critica SERPA LOPES a proteção dispensada aos incapazes em matéria de prescrição: “Nada obstante as dúvidas legadas pelo Direito romano, a prática e quase todas as legislações mantêm o princípio do não decurso da prescrição, em relação a menores e certos incapazes. [...] entendemos não se justificar o princípio, dada a assistência que devem ter esses incapazes” (*Curso de direito civil*, vol. I, cit., p. 578). Nesse sentido, cf. VALLE, Numa P. do. *Da prescrição extintiva*: no direito civil e comercial. São Paulo: Lyceu Salesiano Sagrado Coração de Jesus, 1918, pp. 91 e ss. Outros autores, porém, respondem que, mesmo havendo representação, a lei buscou proteger os absolutamente incapazes contra “qualquer descuido ou desídia, mesmo de boa-fé” do representante (FISCHER, Brenno. *A prescrição nos tribunais*, vol. I, t. 2. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 499).

a fluir contra o maior interdito assim que lhe fosse nomeado curador.¹⁴⁴ Essa proposta visava a evitar que, perdurando a incapacidade absoluta por toda a vida adulta, fosse conferida uma exigibilidade perigosamente longa às pretensões do incapaz – que poderia, décadas depois de surgida a pretensão, surpreender a contraparte com o seu exercício.¹⁴⁵ O problema parece ainda mais grave em um sistema, como o brasileiro, no qual, embora exista um *prazo geral* de prescrição, não existe um *prazo-limite máximo* para os óbices à prescrição – diversamente do que ocorre em outros países, por meio de figuras como o *délai butoir* na França¹⁴⁶ e a *Verjährungshöchstfrist* na Alemanha.¹⁴⁷ A ausência desse limite permitia que, no direito pátrio, fosse possível um impedimento vitalício da prescrição. Melhor seria, assim, segundo essa corrente, admitir a fluência da prescrição tão logo instituída a curatela.¹⁴⁸

Tal posição, contrária ao texto original do Código Civil, talvez tenha perdido seu argumento mais eloquente no regime atual, uma vez que, após a reforma das incapacidades, a única causa legal de incapacidade absoluta no direito brasileiro passou a ser a idade (e cessa, portanto, necessariamente com o tempo, o que parece afastar, à primeira vista, o referido risco à segurança jurídica). Por outro lado, retomando-se o problema da prescrição em face de pessoas com deficiência mental, ainda parece razoável sustentar a configuração, para certos casos, de um óbice à prescrição similar àquele aplicável aos absolutamente incapazes. O princípio *contra non valentem agere*, em particular, revela-se de crucial importância para a presente investigação porque muitas vezes vem associado aos problemas da prescrição contra o incapaz.

¹⁴⁴ Nesse sentido, propõe Mirna CIANCI: “A prescrição contra o incapaz não tem curso, como do referido dispositivo consta, apenas enquanto não lhe tenha sido nomeado curador. Após essa providência, o interdito passa a ter quem por ele responda, na administração de todos os seus bens e interesses, razão que fundamenta o processo de interdição [...]. Entendimento diverso conduz a inusitada situação. O incapaz, na pessoa de seu representante legal, poderia aguardar, digamos, cinquenta anos para ingressar em juízo, pleiteando todos os efeitos pretéritos desde o fato, tornando-se perigosamente indefinido o prazo prescricional e criando insegurança no mundo jurídico, em razão da dificuldade criada ao demandado, especialmente na produção da prova contrária, surpreendido como seria pela propositura de demanda relativa a fatos dos quais, eventualmente, sequer teria memória” (Da prescrição contra o incapaz de que trata o artigo 3º, I do Código Civil. *Prescrição no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006).

¹⁴⁵ A crítica não é recente, tendo sido formulada já por POTHIER: “o prazo da menoridade tem limites certos, ao passo que a demência de uma pessoa, durando normalmente toda a sua vida, poderá chegar aos 80 ou 100 anos, e a prescrição, tão necessária para a tranquilidade dos cidadãos, muitas vezes seria suspensa durante todo esse tempo [...]” (*Tratado das obrigações*, cit., p. 611). O problema, como se vê, seria de prolongado impedimento da prescrição (pois, com a morte do titular, a prescrição voltaria a fluir para o espólio), e não de imprescritibilidade propriamente dita, como tanto se afirma (ilustrativamente, cf. LÔBO, Paulo. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349).

¹⁴⁶ Prevê o *Code français*: “Artigo 2.232. O adiamento do ponto de partida, a suspensão ou a interrupção da prescrição não podem ter como efeito levar o prazo de prescrição extintiva para além de vinte anos a contar do nascimento do direito” (Tradução livre). Como a doutrina pondera, “buscando a segurança e se inspirando no direito alemão, nos princípios europeus do direito dos contratos e no anteprojeto de reforma do direito das obrigações e da prescrição, quebrando a jurisprudência da Corte de Cassação, o artigo 2.232 estabelece esse prazo-amortecedor de vinte anos ‘a contar do dia do nascimento do direito’; trata-se, porém, de um ‘limite furado’ (*butoir troué*), pois não se aplica a vários prazos específicos, como certas ações indenizatórias por danos morais, ações reais imobiliárias, ações de estado etc., que tendem à imprescritibilidade (MALAURIE, Philippe *et alii*. *Droit des obligations*, cit., p. 712. Tradução livre).

¹⁴⁷ O §199 do BGB prevê prazos prescricionais máximos (*Verjährungshöchstfristen*) de dez ou trinta anos, conforme a natureza da pretensão e, em alguns casos, do conhecimento ou não da pretensão por culpa grave do titular.

¹⁴⁸ A proposta recebe elogios da doutrina: “[...] É fascinante a tese, e está repleta de razoabilidade. Do contrário, cai por terra toda a filosofia que impõe a prescrição. Apesar de tudo, não se encontram precedentes jurisprudenciais que a confortam” (RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardisson. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 75-76).

Na Itália e na França, por exemplo, entende-se que o impedimento da prescrição contra o incapaz decorre diretamente desse adágio;¹⁴⁹ na jurisprudência francesa, admite-se que a deficiência mental consiste justamente em uma das hipóteses em que o titular do direito “não pode” agir, não sendo legítima, portanto, a fluência da prescrição contra ele.¹⁵⁰ E, no direito brasileiro, como visto, admite-se o princípio por aplicação analógica das causas obstativas da prescrição. Nesse contexto, assume relevância central para a tutela da pessoa com deficiência mental o próprio art. 198, I do Código Civil, que traduz, de modo emblemático, o papel do discernimento para a *possibilidade* de exercício.

Assim, ao menos no que diz respeito ao discernimento prejudicado do titular do direito (tanto por força de idade quanto de condição de saúde), o brocardo parece aplicável para justificar o impedimento da prescrição em face de pessoas totalmente impedidas de exercerem seus direitos¹⁵¹ – um princípio a ser sempre ponderado, evidentemente, com as circunstâncias do caso concreto,¹⁵² como já tem reconhecido a doutrina civil-constitucional.¹⁵³ Tão consolidado é esse entendimento que até mesmo em matéria de decadência – cujo curso, via de regra, não pode ser obstado – também encontra aplicação a norma do art. 198, I (por força do art. 208 do Código Civil), para proteger menores desprovidos de discernimento da perda do direito pela caducidade. Nesse cenário, as já comentadas propostas hermenêuticas que obstam os efeitos desvantajosos da inércia com base na noção de impossibilidade (em particular o princípio do *contra non valentem*) parecem plenamente aplicáveis ao caso da pessoa com deficiência mental, obstando tanto a prescrição quanto a decadência por aplicação analógica dos referidos

¹⁴⁹ Na Itália, Alberto TRABUCCHI anota que o brocardo *contra non valentem* é o “princípio inspirador” da suspensão da prescrição, embora sustente que apenas se aplica aos casos expressamente previstos por lei (*Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 268). No direito francês, afirma Jean CARBONNIER que a suspensão da prescrição “é governada pelas mesmas regras que em matéria de usucapião (notadamente, a jurisprudência faz aqui uso da máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*)” (*Droit civil*, vol. II, cit., p. 2515. Tradução livre). Particularmente sobre a incapacidade como causa obstativa, afirma-se que o art. 2.235 do *Code* traduz uma “aplicação particular clássica” do adágio, embora afaste a regra em caso de prestações periódicas (TERRÉ, François *et alii*. *Droit civil: les obligations*, cit., p. 1530).

¹⁵⁰ Entende-se que deve o juiz perquirir se a enfermidade mental de que sofria o titular “antes da instauração do regime legal de proteção não constituía para ele uma impossibilidade absoluta de agir” (VENANDET, Guy *et alii*. *Code civil*. 115. ed. Paris: Dalloz, 2016, pp. 2651-2652. Tradução livre).

¹⁵¹ Na França, afirma-se, por exemplo, que a ignorância do direito pelo titular obsta a prescrição se corresponder ao “esquecimento causado por uma enfermidade mental”, mas se ressalta, por outro lado, o caráter assistemático da jurisprudência, que, em vez de colocar todos os credores em uma situação idêntica a salvo da prescrição, protege apenas certos titulares em concreto, “levando-se em conta todas as circunstâncias que o impediram de agir a tempo” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. II, cit., p. 2522).

¹⁵² Como aduz Mauro TESCARO, a regra *contra non valentem* tem o mérito de destacar a necessidade “de uma equilibrada ponderação entre os interesses contrapostos, e, particularmente, entre o interesse do titular do direito sujeito à prescrição de poder exercitar a sua pretensão por mais tempo possível, de um lado, e o interesse da contraparte a adquirir tão logo possível a possibilidade de refutar legitimamente o adimplemento, por outro lado” (*Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità*, cit., p. 115).

¹⁵³ “Há vários fatores capazes de impedir que a pretensão seja exercida desde o instante em que o direito é violado. Definir tais fatores contribuirá na fixação do momento em que a prescrição, nesses casos, começa a correr. Muitas vezes, o que será necessário determinar é o momento em que o titular da pretensão teve conhecimento da violação, pois até então ele estava impossibilitado de exercê-la” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla. Prescrição extintiva, cit., p. 1851).

dispositivos, a despeito da capacidade civil formalmente outorgada a essas pessoas pela lei.¹⁵⁴

Portanto, caso a deficiência mental seja de tal monta que se considere uma impossibilidade fática de exercício, torna-se possível sustentar a não fluência da prescrição contra o titular, ao menos durante o tempo em que permaneça sem curador.¹⁵⁵ Considerando, por outro lado, que a curatela no sistema atual deve ser, em princípio, restrita a atos específicos,¹⁵⁶ os atos não abrangidos pela sentença que nomeia o curador presumem-se compatíveis com o nível de discernimento da pessoa – logo, seu não exercício, quando necessário à tutela de um direito, dá azo ao curso regular da prescrição. Na comparação com os menores absolutamente incapazes, impossível não constatar certo exagero na previsão do art. 198, I do Código Civil: se o credor, menor impúbere, estava representado pelos pais ou tutor, melhor teria andado o codificador se considerasse, à semelhança dos sistemas alemão e português, que nada impedia o exercício da pretensão.¹⁵⁷ Apenas se o menor permanece sem representante parece razoável admitir a suspensão da prescrição, que voltaria a fluir se instituída nova representação.¹⁵⁸ A opção legal, porém, foi inequívoca, de modo que tal proposição não parece sustentável *de lege lata*. No direito brasileiro atual, portanto, a negativa de aplicação da norma a esses casos de incapacidade absoluta, que parecem prescindir de tutela especial, não se reputa legítima.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Interpretação defendida anteriormente, com maior detalhe e com a análise dos problemas de direito intertemporal após entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com deficiência, em SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência, cit., *passim*.

¹⁵⁵ Explicava POTHIER que os mentecaptos “ou estão ou não estão providos de curador. Quando não estão, encontram-se na regra *contra non valentem agere* etc., e não há dúvida de que a prescrição não pode correr contra eles” (*Tratado das obrigações*, cit., p. 611).

¹⁵⁶ O Estatuto da Pessoa com Deficiência restringiu o alcance da curatela aos atos de caráter patrimonial (art. 85, *caput* e §1º). Além de expor as razões justificadoras da medida, o juiz deverá determinar pormenorizadamente os atos patrimoniais para os quais será necessária a intervenção do curador (art. 755, I, do CPC). Admite-se a curatela para a generalidade dos atos de natureza patrimonial, mas apenas excepcionalmente e mediante fundamentação detida da total impossibilidade de o curatelado praticar esses atos. Para uma crítica a esta e outras alterações promovidas pela lei, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade, cit., item 4.

¹⁵⁷ Em perspectiva comparatista sobre o direito europeu, pondera Reinhard ZIMMERMANN que, embora alguns países vedem o curso da prescrição contra os incapazes, a regra “[...] passa do limite. Pois um menor normalmente tem um representante adulto (como um genitor ou um guardião) capaz de litigar em seu favor. Assim, pode-se discutir que o menor requer proteção apenas em casos nos quais, por alguma outra razão, ele se encontre sem representante” (*Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, cit., p. 134. Tradução livre). O autor reconhece que a escolha entre essas duas abordagens “não é fácil”, destacando que uma outra forma de proteger o menor consiste em suspender a prescrição de sua pretensão contra o representante até a maioridade: “Semelhante direito de ação contra o genitor pode ser um ‘substituto ruim’ para a pretensão da própria criança contra a terceira pessoa. Mas o melhor interesse do menor não pode nesse aspecto prevalecer sobre o dessa terceira pessoa, já que o sistema jurídico pode razoavelmente partir da presunção de que o pai ou guardião vai normalmente cuidar dos interesses do menor” (*Ibid.*, pp. 134-135. Tradução livre).

¹⁵⁸ Nessa direção, por exemplo, o Código Civil argentino dispensa os incapazes que permaneceram sem representante dos efeitos da prescrição ocorrida nesse período, desde que, obtida a capacidade plena ou nomeado novo representante, o direito seja exercido no prazo de seis meses.

¹⁵⁹ A crítica ao excesso na tutela dos absolutamente incapazes que se encontrem representados é tão antiga quanto o reconhecimento da impossibilidade de se superar a escolha legislativa na matéria. Ao argumento de que essas pessoas seriam protegidas porque não podem realizar pessoalmente os atos da vida civil, respondia Numa P. do VALLE que “não convencerá a ninguém, visto como, se é verdade não poderem elas exercer pessoalmente tais atos, a lei já previu essa impossibilidade, colocando-as sob a autoridade de pessoas capazes, que por elas o exercem; prevendo, até, a responsabilidade dos que representem incapazes quando, por dolo ou negligência, derem causa a que uma prescrição se consuma contra elas [...]. A disposição do nº I do art. 169 [do CC1916], não obstante a crítica que merece, há de ser aplicada, por isso que é lei” (*Da prescrição extintiva*, cit., p. 91).

5. A desproteção dos relativamente incapazes contra a prescrição

Se o discernimento, como se mencionou, está relacionado em matéria de invalidade tanto à responsabilidade quanto à autorresponsabilidade do agente pelos efeitos produzidos, qual seria sua relevância no que tange aos impedimentos da prescrição? A noção de responsabilização do agente (*in casu*, do titular que permanece inerte no seu exercício) não parece oferecer uma explicação consistente em sede de prescrição, seja porque, como já se referiu, tem sido progressivamente abandonada a lógica de punição da inércia do titular, seja porque, em princípio, os efeitos jurídicos da prescrição parecem prejudicar mais o próprio titular do que qualquer outra pessoa.¹⁶⁰ Por outro lado, e esta parece ser a melhor explicação, a noção de autorresponsabilidade inculcada no critério do discernimento oferece um parâmetro hermenêutico útil para o regime jurídico da prescrição:¹⁶¹ é razoável supor que a ordem jurídica decidiu eximir dos efeitos da prescrição as pessoas que não têm consciência das consequências que sua inércia produz contra seu próprio interesse.¹⁶² Evita-se, assim, um cenário em que se deixa o incapaz sofrer o prejuízo para, em seguida, sujeitá-lo “aos azares de uma ação regressiva, com risco de esbarrar na insolvência do representante”.¹⁶³

No entanto, se tais considerações são procedentes, como parecem, deveriam também explicar uma dúvida fundamental em matéria de prescrição e incapacidade, que salta aos olhos do intérprete pela simples leitura do texto legal: por qual razão o art. 198, I, do Código Civil, a exemplo da codificação anterior, trata apenas do absolutamente incapaz, deixando de lado a

¹⁶⁰ Como observa Mauro TESCARO, o não exercício do direito pelo titular não constitui ato ilícito, mas apenas um comportamento considerado “anômalo” pelo legislador; isso leva boa parte da doutrina a dizer que a inércia do titular corresponderia à inobservância de um ônus jurídico (e não uma obrigação) (*Decorrenza della prescrizione e autorresponsabilità*, cit., pp. 111-114). Cf., ainda, PUGLIATTI, Salvatore. *Autoreponsabilità*, cit., pp. 198 e ss. A associação ao ônus jurídico, já sustentada em outra sede (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas*, cit., p. 20), apenas se refuta na doutrina italiana por autores que rejeitam a própria categoria do ônus, relata TESCARO (*Ibid.*, p. 126).

¹⁶¹ De fato, o princípio da autorresponsabilidade diz respeito a “todas as hipóteses fáticas em que um sujeito, sem violar nenhum dever jurídico, e sem cometer nenhum ato ilícito, tem um comportamento que, embora sendo idôneo a produzir efeitos reflexos na esfera jurídica de outros sujeitos [...] é diretamente lesivo dos interesses do próprio sujeito agente, e pode ser considerado – ao menos genericamente – anômalo em face a um modelo de conduta normal ou ordinário [...]. Trata-se, além disso, de hipóteses fáticas em que é necessário proceder a uma ponderação de interesses contrapostos, já que uma expressa previsão legislativa ou [...] um raciocínio jurídico de maior fôlego evidenciam a impossibilidade de proceder ao sacrifício integral de um dos interesses de que se trata” (TESCARO, Mauro. *Decorrenza della prescrizione e autorresponsabilità*, cit., p. 126. Tradução livre).

¹⁶² Valiosa é a lição de Salvatore PUGLIATTI: “na base do conceito de responsabilidade está a ideia de liberdade, de tal modo que entre os dois termos se pressupõe uma certa ligação. [...] Pode-se, por isso, afirmar que o enquadramento sistemático do conceito de autorresponsabilidade resulta, nos seus termos maximamente genéricos, da relação entre liberdade, como possibilidade de tomar uma dada iniciativa e de assumir um dado comportamento em relação a um determinado interesse próprio, e a responsabilidade relativa. Sob esse perfil, pode-se afirmar que liberdade e autorresponsabilidade são termos correlativos; e se pode falar de um princípio da autorresponsabilidade privada, correlata à liberdade de querer” (*Autoreponsabilità*, cit., p. 198. Tradução livre). Note-se que, para o autor, a autorresponsabilidade estaria fundada, em regra, no princípio da culpa (ressalvados casos legalmente previstos de autorresponsabilidade objetiva); outros autores entendem que a culpa não seria requisito da autorresponsabilidade, a qual exigiria apenas uma contribuição causal comissiva ou omissiva para o fato (TESCARO, Mauro. *Decorrenza della prescrizione e autorresponsabilità*, cit., pp. 137-139). Esse viés objetivo, porém, não parece prejudicar a vinculação ora sustentada entre discernimento e autorresponsabilidade (como já se analisou, em matéria de responsabilidade civil, em SOUZA, Eduardo Nunes de Souza. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., item 1.2.1).

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 583.

incapacidade relativa? De fato, se o fundamento último do impedimento da prescrição é a falta de discernimento típica dos incapazes, a ponto de afastar a autorresponsabilidade pelos efeitos negativos de sua própria inércia, não deveriam também os relativamente incapazes estar incluídos na previsão legal? A questão é pouco abordada pela doutrina, que enfrenta a exclusão do relativamente incapaz com a mesma naturalidade com que afirma a necessidade de “proteção” do absolutamente incapaz.¹⁶⁴ Não se pode, porém, aceitar a escolha legislativa como puro arbítrio desprovido de conteúdo valorativo; cabe, em vez disso, investigar os indícios funcionais revelados pelo dispositivo normativo.

Em análise cuidadosa, o fundamento para a exclusão da incapacidade relativa do titular do direito como causa impeditiva do curso da prescrição parece estar na crença de que o relativamente incapaz teria ingerência muito maior sobre o exercício da pretensão do que o absolutamente incapaz, na medida em que realiza pessoalmente os atos da vida civil, simplesmente dependendo da intervenção de um assistente para a maior parte deles (ao passo que o menor impúbere não realiza nenhum ato pessoalmente).¹⁶⁵ Essa concepção já recebeu severas críticas de autorizada doutrina, que diagnosticou sua falha: como os atos do relativamente incapaz são inválidos sem a intervenção do assistente, a crença no “maior poder de intervenção” do titular da pretensão sobre o seu exercício se revela falaciosa na maioria dos casos.¹⁶⁶ Em termos práticos, o relativamente incapaz depende, na regularidade dos casos, tanto do assistente quanto o absolutamente incapaz depende do seu representante.¹⁶⁷ Aliás, sobretudo no caso do menor púbere, não é incomum que a assistência prestada por seus pais se converta em mera continuação da representação que exerceram até os seus dezesseis anos. Com efeito, a gradação de discernimento concebida pela lei goza de pouco reconhecimento

¹⁶⁴ Por exemplo, FERREIRA COELHO afirma que os menores de 16 anos apenas estarão protegidos contra os efeitos da prescrição até essa idade, “pois o tempo para a prescrição contra eles só correrá depois de completos os 16 anos, durante os quais são eles considerados absolutamente incapazes” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, comentado e analisado*, vol. XI, cit., p. 68). No mesmo sentido, CARPENTER, Luiz. *Da prescrição*, vol. I, cit., p. 330.

¹⁶⁵ O motivo de não se proteger o relativamente incapaz foi sutilmente explicado por Clóvis BEVILÁQUA, ao comentar a opção, pelo BGB e pelo Código Civil português, de permitir a fluência da prescrição contra absolutamente incapazes sob curatela: “Estes dois códigos atenderam a ponderações feitas por alguns autores, quanto ao impedimento da incapacidade. Entendem esses escritores que, tendo os incapazes seus representantes, não há razão para colocá-los a salvo da prescrição, pois, se esta os prejudicar, terão ação contra o representante desidioso, para ressarcir o prejuízo. Mas, incontestavelmente, é melhor avisado o legislador que não expõe os absolutamente incapazes, *que nenhuma intervenção têm nos atos jurídicos praticados por seus pais ou tutores*, aos azares dessa indenização falível” (*Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 297. Grifou-se).

¹⁶⁶ Pondera CARVALHO SANTOS, em tom crítico: “Não se pode deduzir daí que seja possível ao relativamente incapaz, mesmo sem a assistência de seu representante, fazer interromper a prescrição, por ter ele intervenção própria nos fatos da vida civil, como parece a muitos, por isso que é bem lembrar que se ele tem interferência própria nesses atos, a validade destes fica dependente justamente da assistência legal, o que, em última análise, equivale a dizer que sem a devida assistência ele incapaz não poderá intervir utilmente para fazer interromper a prescrição. Ele fica desamparado e, neste caso, sem ter contra quem intentar ação regressiva. O prejuízo é inevitável” (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, pp. 391-392).

¹⁶⁷ Veja-se a descrição do exercício da autonomia por pessoa maior de idade sujeita a curatela na doutrina francesa: “O ato é desempenhado pelo incapaz, com a intervenção do curador sob a forma de assistência, quer dizer, em geral, sua participação efetiva no ato, no momento em que ele é praticado. O curador pode também dar antecipadamente sua autorização; esta deve ser especial a um ato determinado, pois uma autorização geral [...] seria equivalente à supressão da incapacidade” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des personnes*, cit., p. 290. Tradução livre).

social (embora a intervenção pessoal do menor se repute requisito de validade dos seus atos).¹⁶⁸

A despeito dessa constatação, parece ínsita à *ratio legis* subjacente ao art. 198, I, do Código Civil a concepção de que o relativamente incapaz pode suportar melhor as consequências de sua própria inércia do que o menor de dezesseis anos.¹⁶⁹ Tal entendimento mostra-se coerente com a disciplina da invalidade negocial, que estipula que os atos do relativamente incapaz sem a atuação do assistente são meramente anuláveis: a vontade do relativamente incapaz é mais valorizada pela ordem jurídica do que a do menor impúbere, seu discernimento é reputado menos reduzido.¹⁷⁰ Ainda que a mencionada dependência prática do relativamente incapaz em relação ao assistente não permita solucionar a questão apenas com base no discernimento, parece legítima, neste ponto, a conclusão de que também para a incapacidade relativa o critério do discernimento foi levado em conta na construção do sistema da prescrição. Não se pode desconsiderar, por outro lado, a incongruência do sistema brasileiro, que submete o relativamente incapaz aos efeitos regulares da prescrição, embora não lhe permita agir validamente em nome próprio e sem assistência. Essa incongruência já constava do Código revogado e foi mantida no atual.¹⁷¹ Resta evidente o prejuízo ao credor relativamente incapaz que, por qualquer motivo, estiver desassistido. Note-se, ainda, que, se é certo que os atos do relativamente incapaz sem assistente se reputam anuláveis e não nulos (art. 171, I, do Código Civil), esse abrandamento da invalidade não implica necessariamente uma aptidão maior para interromper a prescrição. Em rigor, não apenas a cobrança realizada pelo relativamente incapaz sem assistência será, em regra, anulável, como, não raro, a falta temporária do assistente pode obstar, na prática, o próprio ato (basta pensar que, para ajuizar ação de cobrança, além de todas as dificuldades práticas, o incapaz dependerá, na falta do assistente, da nomeação de curador especial, na forma do art. 72 do CPC). Como já criticou a doutrina, o legislador parece se conformar com um cenário em que só resta ao incapaz “cruzar os braços, apelando em tempo para o juiz, a fim de que lhe nomeie um tutor que o venha salvar do prejuízo próximo”.¹⁷²

¹⁶⁸ Para além da dependência instituída pelo legislador, a doutrina ainda ressalta uma dependência fática, sendo comum, nos casos de filhos de pais separados, que ocorra uma indevida “ingerência do ascendente não guardião, que usa de sua influência sobre o amor e a dependência afetiva do seu filho” para impedi-lo de praticar determinados atos (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: GEN, 2015, p. 727).

¹⁶⁹ Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2011, p. 192.

¹⁷⁰ “Assim, se o menor púbere quer praticar ato jurídico, [...] a lei já considera a sua vontade e respeita sua manifestação volitiva. O legislador dá validade ao ato jurídico emanado de sua vontade, o qual pode aperfeiçoar-se e ganhar eficácia se o incapaz comparecer assistido por seu representante [sic], que dá sua anuência àquele negócio” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42). Na França, por exemplo, os atos celebrados pelo “menor dotado de discernimento” são reputados válidos, pois “a teoria geral dos atos jurídicos não pode limitar a atividade jurídica do menor dotado de discernimento que, por hipótese, tenha uma vontade consciente, suficiente, logo, para vinculá-lo” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des personnes*, cit., p. 289. Tradução livre).

¹⁷¹ Relata CARVALHO SANTOS as críticas ao projeto do Código de 1916: “[...] estabelecendo que a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes, exclui a suspensão dela quanto aos relativamente incapazes. Este preceito, justo como regra, não deve ser absoluto, isto é, deve sofrer uma exceção no caso em que o incapaz relativamente não tenha representante legal e para o tempo em que dele estiver privado, pois que será injusto permitir que a prescrição corra contra aquele que não tem quem defenda o seu direito” (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. III, cit., p. 391).

¹⁷² SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. III, cit., p. 392.

Nessas circunstâncias, parece razoável supor que, estando o relativamente incapaz, por algum motivo, desprovido de assistente legal, sua situação não autoriza a fluência da prescrição.¹⁷³ Nesse caso, está-se diante de impossibilidade jurídica para a realização do ato interruptivo.¹⁷⁴ Cumpre notar que essa proteção mínima sequer resolve o problema, igualmente possível, de eventual conflito de interesses entre o relativamente incapaz assistido e o seu responsável – mas, para esses casos, a responsabilidade prevista pelo art. 195 do Código Civil e a admissão de curatela especial pelo art. 72 do CPC parecem fornecer soluções razoáveis. Assim, a fluência dos prazos prescricionais em desfavor do relativamente incapaz deve ter como contrapartida inafastável a garantia de que ele esteja, ao menos, devidamente assistido. Tal entendimento evita o cenário em que o relativamente incapaz desassistido veja seu direito prescrever e sequer possa ser indenizado na forma do art. 195 do Código Civil, diante da inexistência de qualquer assistente a ser responsabilizado pela inércia. Por outro lado, nomeado novo assistente ou cessada a incapacidade, devem ser regularmente retomados os prazos prescricionais.

Nesse sentido, se o relativamente incapaz celebrar negócio sem a intervenção do assistente, o Código Civil prevê expressamente, em seu art. 178, III, que o prazo decadencial para anulação do ato apenas começa a contar da data da cessação da incapacidade. A norma cria impedimento específico para o curso do prazo decadencial (que ultrapassa a regra geral do art. 208), a reforçar a tese de que a incapacidade relativa não pode ser de todo desconsiderada na estipulação do termo inicial, seja da prescrição, seja da decadência. A lógica subjacente à regra parece ser certa presunção de atuação deficitária do assistente, a impossibilitar, na prática, que o incapaz faça valer em juízo seu direito à anulação do ato.¹⁷⁵ A mesma lógica explica, com maioria de razão, a norma do parágrafo único do art. 119, que institui prazo decadencial de 180 dias após a cessação da incapacidade para que o representado pretenda a anulação do ato do

¹⁷³ Tal entendimento se extrai, em certa medida, já das lições de POTHIER: “A prescrição não corre contra os menores, mesmo que eles tenham tutor. Não pela regra *contra non valentem agere non currit praescriptio*, porque tendo um tutor, este pode intentar a ação por eles; mas porque a proteção particular que os que estão nessa idade merecem, isso fez com que os menores fossem excetuados da Lei da Prescrição” (*Tratado das obrigações*, cit., p. 610). *A contrario sensu*, parece decorrer daí a noção de que a proteção dos incapazes desprovidos de tutor decorre da regra *contra non valentem*, como o autor afirmava expressamente para os indivíduos com deficiência mental (Ibid., p. 611).

¹⁷⁴ Cf., em sentido contrário à viabilidade, *de lege lata*, da proteção ao relativamente incapaz desassistido, Humberto THEODORO JÚNIOR: “No Código Civil alemão há uma regra protetiva do relativamente incapaz, desprovido de representante legal, que suspende a consumação da prescrição até seis meses após a nomeação do assistente (art. 206 [atual §210]). A solução, todavia, não pode ser adotada entre nós, porque nosso Código não contém norma equivalente e, em matéria de suspensão e interrupção da prescrição, só à lei compete disciplinar” (*Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 218). Por força da parte final do ora revogado art. 194 do Código Civil, o autor entendia que nem ao juiz era dado proteger o relativamente incapaz nesses casos. Também contra a proposta ora aventada, cf. RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. *Prescrição e decadência*, cit., p. 58. Em tom crítico, aduzia CARVALHO SANTOS: “Suponhamos que um relativamente incapaz, um menor entre 16 e 21 anos, por exemplo, não tenha no momento um representante legal, por não ter pais vivos e nem tutor nomeado. Correrá e se consumará a prescrição contra ele? [...] A omissão do Código [Civil brasileiro] não pode ser suprida com eficácia, em hipótese alguma, de modo a evitá-lo” (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. III, cit., pp. 391-392).

¹⁷⁵ De fato, a explicação da doutrina para a escolha da incapacidade como termo inicial da decadência é a de que “o incapaz não tem aptidão para postular, pessoalmente, a anulação do negócio jurídico, o que somente pode fazer após sua cessação” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 537), como se fosse possível presumir a inação do assistente no lapso temporal entre a realização do ato e a cessação da incapacidade.

representante em conflito de interesses (regra que tem sido estendida também aos atos do assistente, cuja atuação deficitária resta, nesse caso, patente).¹⁷⁶ Em ambos os casos, por outro lado, parece razoável afirmar que, substituído o assistente antes do fim da incapacidade por outro de atuação regular, não mais subsiste razão obstativa do prazo decadencial.

O entendimento ora sustentado mostra-se especialmente relevante para os relativamente incapazes “que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 4º, III do Código Civil), categoria suprimida do rol de absolutamente incapazes pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência de forma totalmente equivocada – na medida em que sempre se interpretou que o revogado inciso III do art. 3º do Código não dizia respeito a pessoas com deficiência (já contempladas pelo também revogado inciso anterior) e, em rigor, não dava ensejo a curatela.¹⁷⁷ Assim, por exemplo, o titular do direito que se encontre em coma (caso clássico de aplicação do inciso III) e, por isso, esteja impedido de exercer sua pretensão encontra-se surpreendentemente desprotegido contra a prescrição no direito positivo brasileiro. Essencial, assim, reconhecer que, não havendo representante convencional apto a agir em seu nome, não pode a prescrição correr contra esse titular, indevidamente reputado relativamente incapaz.

Oportuno, ainda, aludir ao caso do pródigo, cuja incapacidade, como se sabe, restringe-se aos atos de disposição patrimonial (art. 1.782 do Código Civil). Em princípio, considera-se que o pródigo é plenamente capaz para atos de qualquer outra natureza.¹⁷⁸ Contudo, pode ser que, na prática, o não exercício de uma pretensão implique, por via indireta, disposição patrimonial – pense-se, por exemplo, no crédito que o pródigo nunca vem a cobrar do devedor, como forma indireta de remissão da dívida. Nesse caso, para que se respeite a função da curatela do pródigo,¹⁷⁹ parece razoável concluir que a inércia há de ser encarada como ato de disposição, a obstar a prescrição.¹⁸⁰ Note-se que o curador do pródigo não está, em princípio, incumbido de promover *sponte sua* a interrupção da prescrição (o art. 1.782 apenas cogita de sua atuação caso o pródigo *tome a iniciativa* de dispor do patrimônio ou demandar), de modo que nem o remédio indenizatório do art. 195 seria aplicável caso se sustentasse a fluência regular da prescrição contra o pródigo. A solução mais consentânea com o sistema, por isso, parece ser o mesmo regime casuístico conferido às pessoas com deficiência mental, pois em ambos os casos

¹⁷⁶ Nesse sentido, cf. CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2008, p. 194.

¹⁷⁷ Sobre essa interpretação, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 239.

¹⁷⁸ Assim leciona CARVALHO SANTOS (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 427), concluindo que a incapacidade do pródigo é parcial, motivo pelo qual por vezes se diz “semi-interdito”.

¹⁷⁹ “A interdição por prodigalidade visa a defender o patrimônio familiar de dilapidações provocadas pela imoderação dos gastos e é sob tal fundamento que ainda hoje se procura defender a sua sobrevivência” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. V. Rio de Janeiro: GEN, 2017, p. 623).

¹⁸⁰ Registre-se que a *negligência na administração* dos próprios interesses que acarrete ruína patrimonial também é considerada uma manifestação de prodigalidade, ao lado de gastos imoderados e desperdícios (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. VI, cit., p. 426).

o incapaz não está plenamente protegido pela técnica da curatela.¹⁸¹

6. A regra da unicidade da interrupção e a indevida inserção da prescrição intercorrente no Código Civil

O que têm em comum a facilitação do comércio exterior, a atividade de tradutor e intérprete público, cobranças efetuadas por conselhos profissionais, obras de ampliação de redes de energia elétrica e a prescrição intercorrente? Ao que tudo indica, apenas uma patente carência de relevância e urgência hábeis a justificar o tratamento de tais matérias por meio de medida provisória. Esses e outros temas, porém, foram objeto da Medida Provisória n. 1.040/2021, posteriormente convertida na Lei n. 14.195/2021. A crítica da doutrina constitucionalista quanto ao uso abusivo das medidas provisórias no direito brasileiro já é tão longa que parece ter perdido sua força, arrefecendo diante da praxe mais que consolidada pelo Poder Executivo federal.¹⁸² Pondo-se de lado a inadequação da espécie normativa, porém, causam espanto também o despudor e o pouco-caso com que se reforma, na experiência brasileira atual, uma lei com a extensão e a abrangência do Código Civil. É bem verdade que, em comparação com o histórico recente de reformas do Código Civil,¹⁸³ a introdução do art. 206-A no Código Civil, que trata da figura da prescrição intercorrente, poderia parecer inofensiva. Qualquer reforma no Código Civil, no entanto, por menor que aparente ser, dificilmente permanece inócua.

Até relativamente pouco tempo, a discussão em torno da prescrição intercorrente (isto é, da prescrição ocorrida no curso do processo judicial)¹⁸⁴ era largamente desconsiderada pela

¹⁸¹ A comparação parece oportuna, tendo em vista que a doutrina costuma aludir à falta de discernimento deste e até mesmo à sua debilidade mental como causa da prodigalidade. Veja-se a crítica contundente de Clóvis BEVILÁQUA: “sabendo, pela psicologia dos pedidos de interdição, que, muitas vezes, eles abrigam a cobiça imoral de locupletar-se o impetrante com a fazenda do parente, ou o receio egoísta de ter de dar-lhe alimentos, deve [o jurista] afirmar: ou a prodigalidade é um caso manifesto de alienação mental, e não há necessidade de destacá-la para constituir uma classe distinta de incapacidade, pois entra na regra comum; ou tal não é positivamente, e não há justo motivo para feri-la com a interdição” (*Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 96-97). Nesse sentido, entende Caio Mário da Silva PEREIRA que não são adequadas para o pródigo “nem a abstenção total dos negócios da vida civil nem a liberdade de movimento que lhe dê pasto à tendência imoderada para o perdularismo. Todavia, se o pródigo é portador de enfermidade mental, incide na incapacidade por essa razão. Fora daí não parece conveniente conservar a inabilitação específica. [...] Espero mesmo que no futuro venha a ser eliminada, como já ocorreu no BGB [...]. Enquanto persistir, o texto legal tem de ser interpretado restritivamente, nos casos em que comprometa a fortuna” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., pp. 241-242).

¹⁸² Como critica Luís Roberto BARROSO, as medidas provisórias, “[c]oncebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Presidente da República, reservada aos casos de “relevância e urgência” (CF, art. 62), tornaram-se um instrumento rotineiro de o Executivo legislar, inclusive sobre questões de menor relevância e de nenhuma urgência, minimizando o papel do Congresso Nacional e comprometendo, em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica” (*Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 273).

¹⁸³ Em particular, a assim denominada “Lei da Liberdade Econômica” (Lei n. 13.874/2019), também oriunda de uma medida provisória (MP n. 881/2019). Para uma crítica à reforma do Código Civil promovida pela assim denominada MP da Liberdade Econômica, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no direito contratual brasileiro. *Migalhas*, 16.4.2020.

¹⁸⁴ “A prescrição intercorrente é a verificada no curso do processo judicial, por fato debitado à própria parte a quem prejudica a sua ocorrência, ou inércia na promoção do regular andamento. Normalmente, acontece quando o processo fica paralisado, sem as providências para retomar o regular processamento por iniciativa do titular [...]” (RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. *Prescrição e decadência*, cit., p. 41).

civilística brasileira, pertencendo, notadamente, ao direito público e, em particular, às pretensões titularizadas por sujeitos públicos. Assim, por exemplo, a pretensão punitiva no campo penal pode ser fulminada pela prescrição operada após a sentença condenatória;¹⁸⁵ da mesma forma, a pretensão executiva da Fazenda Pública no direito tributário pode vir a ser extinta pelo decurso do prazo prescricional intercorrente.¹⁸⁶ A figura parece se coadunar, de fato, com a própria disparidade das partes e as demais idiosincrasias das relações jurídico-processuais no direito público. Se, na já comentada perspectiva tradicional, costuma-se afirmar que o instituto da prescrição sacrifica o interesse do titular inerte em prol da promoção de segurança jurídica, uma das hipóteses em que esse sacrifício aparenta ser mais razoável são as relações nas quais o titular dispõe de mais recursos para o exercício da sua pretensão.¹⁸⁷

O CPC de 2015, em grande parte reproduzindo as disposições do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, inovou ao inaugurar um regime de prescrição intercorrente geral para a ordem civil. Assim, o art. 921, §4º do CPC (cuja redação original também se encontra atualmente modificada pela Lei n. 14.195/2021) prevê que, durante o processo de execução, na hipótese de não serem localizados bens penhoráveis ou o próprio devedor, tão logo o exequente tome conhecimento da primeira tentativa frustrada de localizá-los, começa a correr a pretensão intercorrente. A disposição, em larga medida, parece ter vindo ao encontro do atual perfil do Poder Judiciário brasileiro, francamente obcecado por metas e estatísticas de produtividade e pelo já mencionado discurso em torno da celeridade processual.¹⁸⁸ A introdução da prescrição intercorrente nas execuções civis, por si só, já seria de duvidosa adequação, na medida em que criou para o titular do direito, por mais diligente que seja, o risco de perda da chamada pretensão executiva por causa absolutamente alheia à sua vontade. Na valoração legislativa, porém, preponderou o interesse na rápida pacificação das relações diante de execuções fadadas ao insucesso; esse entendimento, de qualquer forma, já estava consagrado na jurisprudência, de modo que a sua positivação parecia ser, realmente, apenas uma questão de tempo.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Cf., por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012, Capítulo XLII, item 3.1.4.

¹⁸⁶ Nesse sentido coloca-se inclusive o enunciado n. 314 da Súmula do STJ (2006), *verbis*: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

¹⁸⁷ No direito penal, por exemplo, Cezar Roberto BITENCOURT afirma que, além da possível recuperação do criminoso, do esquecimento do fato e do enfraquecimento do acervo probatório, um dos fundamentos políticos da prescrição da pretensão punitiva é a inadmissibilidade de que o Estado deixe de arcar com sua inércia, não havendo “legitimidade política” em sujeitar o criminoso, “*ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva” (*Tratado de direito penal*, vol. I, cit., Capítulo XLII, item 2).

¹⁸⁸ Assim, por exemplo, Humberto THEODORO JÚNIOR sustenta que o reconhecimento da prescrição intercorrente decorre da “garantia constitucional de duração razoável do processo e de observância de tramitação conducente à rápida solução dos litígios (CF, art. 5º, LXXVIII)” (*Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, item 79.1) e Araken de ASSIS afirma que a prescrição intercorrente “harmoniza-se com o direito fundamental processual à duração razoável do processo” (*Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, item 138.5).

¹⁸⁹ Como anota Humberto THEODORO JÚNIOR, “o CPC/1973 não regulou a prescrição intercorrente, o que não impediu sua aplicação pela jurisprudência, como forma de evitar a eternização das obrigações ajuizadas” (*Prescrição e decadência*, cit., item 79.1).

A disciplina prevista pelo CPC teve o mérito de respeitar as peculiaridades da prescrição no direito civil brasileiro, em particular o entendimento de que seu objeto não são direitos, mas apenas pretensões. Trata-se de diferença significativa em relação a outras áreas: no direito penal, extingue-se a própria punibilidade (art. 107, IV do Código Penal); no direito tributário, extingue-se o próprio crédito fazendário (art. 156, V do CTN).¹⁹⁰ O legislador processual civil, nesse particular, ao restringir a prescrição intercorrente ao processo de execução, automaticamente associou-a ao que se convencionou denominar *pretensão executiva*, mantendo coerência com o Código Civil, que restringe a incidência da prescrição às pretensões de direito material; também coerentemente, não cogitou o CPC da prescrição intercorrente durante o processo de conhecimento, no qual se apura a existência do próprio direito material.

A ideia de uma prescrição intercorrente durante o processo de conhecimento apenas ganhou vulto, provavelmente, na doutrina brasileira a partir da estipulação da regra da unicidade da interrupção do prazo prescricional, inovação instituída pelo *caput* do art. 202 do atual Código Civil.¹⁹¹⁻¹⁹² Como, nos termos do dispositivo, a interrupção da prescrição somente poderá ser promovida uma única vez, surgiu a dúvida sobre o que ocorreria nos casos em que a ação judicial fosse distribuída após o protesto do título, o reconhecimento da dívida pelo devedor ou qualquer outra causa interruptiva: teria o despacho de citação perdido o efeito interruptivo (retroativo à data do ajuizamento¹⁹³) nessas hipóteses? Caso a resposta fosse afirmativa, estaria instalado o risco de decurso do prazo prescricional justamente durante o processo cognitivo.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Para uma interessante crítica às opções legislativas do CTN em matéria de prescrição, inclusive quanto à distinção entre obrigação e crédito e à extinção do crédito pelo mero decurso do prazo prescricional, cf. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014, item 6.3.

¹⁹¹ Nesse sentido, por exemplo, Yussef CAHALI (*Prescrição e decadência*, cit., p. 133) destaca a possível correlação entre prescrição intercorrente e a restrição ao número de interrupções do prazo prescricional, registrando que, antes do Código Civil atual, apenas a Fazenda Pública contava com semelhante restrição (art. 8º do Decreto 20.910/1932). O tema da prescrição intercorrente não era, contudo, desconhecido no direito civil anterior. Caio Mário da Silva PEREIRA, por exemplo, ponderava que “a matéria é polêmica” e lembrava que o STF já havia reconhecido no enunciado n. 264 de sua Súmula (1963) a prescrição intercorrente nas ações rescisórias (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 574). Não se pode, porém, desconsiderar que a prescrição, nesse caso, diz respeito a questão puramente processual e não ao direito material. Alguns autores chegam a afirmar que a prescrição intercorrente estaria fundada no parágrafo único do art. 202 do Código Civil, que corresponde ao art. 173 do Código Civil de 1916 (nesse sentido: ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120; RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. *Prescrição e decadência*, cit., p. 41). Isso poderia sugerir que a inovação do *caput* do art. 202 do Código Civil atual não teria sido a responsável pelo crescimento da discussão. Como se comentará a seguir, porém, o parágrafo único do artigo parece ser justamente o fundamento legal para que não se reconheça a prescrição intercorrente durante o processo cognitivo.

¹⁹² A reforma do CPC/1973 em 2005, que instituiu a fase de cumprimento de sentença em lugar do processo autônomo de execução de título judicial, também suscitou essa reflexão, na medida em que, agora, a execução das sentenças não mais seria principiada por nova citação do devedor, o que dificultava a concepção de uma prescrição autônoma para a fase executiva. A respeito, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 807-808.

¹⁹³ Nos termos do art. 240 do CPC: “§1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação”.

¹⁹⁴ Como observam, em perspectiva crítica, Gisela Sampaio da Cruz GUEDES e Carla LGOW, “entender que a citação não tem o condão de interromper a prescrição implica admitir a possibilidade de prescrição intercorrente, no curso do processo judicial. [...] Para piorar, esta situação, claramente prejudicial ao credor, pode ser originada não só por ato dele mesmo, no caso do protesto cambial, como também por ato do próprio devedor, por meio de reconhecimento extrajudicial inequívoco do direito do credor” (*Prescrição extintiva*, cit., p. 1844).

Logo se compreendeu, porém, que o despacho de citação do titular do dever, como símbolo máximo da ausência de inércia do titular do direito, não poderia simplesmente perder sua eficácia interruptiva,¹⁹⁵ até porque, sendo em regra vedada a autotutela no direito brasileiro,¹⁹⁶ mesmo o credor mais diligente que não obtivesse sucesso na cobrança extrajudicial não teria alternativa senão prosseguir com a cobrança em juízo. A regra da unicidade, portanto, deve ser interpretada coerentemente com o sistema, aplicando-se apenas às demais causas do art. 202, para determinar que a interrupção *antes* de proposta a demanda só pode ocorrer uma vez.¹⁹⁷ E, como a prescrição só recomeça a correr da data do último ato do *processo* para a interromper (parágrafo único do art. 202 do Código Civil),¹⁹⁸ após a interrupção pelo despacho de citação não há que se cogitar de prescrição enquanto não encerrado o processo de conhecimento.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Como ponderam Heloisa Helena BARBOZA, Maria Celina BODIN DE MORAES e Gustavo TEPEDINO, “nada pode ser mais demonstrativo do interesse em receber o crédito [...] do que a propositura da respectiva ação judicial, na qual o titular do direito, sem ter a quem mais recorrer, se socorre do Poder Judiciário, para impor ao devedor o adimplemento de sua obrigação. Reconhecer que esse ato não é hábil para interromper a prescrição, pelo simples fato de que o prazo já foi anteriormente interrompido, além de contrariar a essência desse instituto jurídico, estabeleceria o caos e a insegurança dos créditos” (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 384).

¹⁹⁶ Para um estudo recente sobre a vedação à autotutela no direito civil, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, 2017.

¹⁹⁷ Nesse sentido, cf. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. I, cit., p. 388, que afirmam: “a unicidade da interrupção da prescrição se atém aos incisos II a VI do art. 202 do Código Civil, não se aplicando ao inciso I, [...] já que todos os demais incisos desembocarão, necessariamente, no primeiro, caso não haja a satisfação extrajudicial do credor”. Cf., ainda, 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; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coord.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, segundo a qual a solução ora proposta decorre de interpretação lógico-sistemática da vedação à autotutela.

¹⁹⁸ Esta era a interpretação que a melhor doutrina já conferia ao art. 173 do Código Civil de 1916. Nesse sentido, CÂMARA LEAL: “Essa é a verdadeira interpretação, nem o texto claro [do art. 173 do Código Civil de 1916] pode dar margem a outro modo de compreendê-lo: último ato do processo não pode ser outro senão o último, isto é, aquele pelo qual o processo se finda. [...] Uma vez, pois, que a interrupção da prescrição se dá pela citação para a demanda judicial [no sistema do Código Civil atual, pelo despacho citatório], ou pela alegação do direito em juízo, subordinando-o ao pronunciamento da sentença, a prescrição se torna impossível, durante o processo, porque não mais se poderá atribuir ao titular a inércia e a negligência, suas causas eficientes, e, por isso, enquanto dura a demanda, não se inicia um novo prazo prescricional” (*Da prescrição e da decadência*, cit., pp. 218-219). Parcialmente no mesmo sentido coloca-se a sempre lembrada lição de CARVALHO SANTOS, segundo o qual “somente com o último termo da demanda ou quando esta tiver fim é que começa a correr o prazo para a prescrição”; o autor, porém, entendia que o “último ato” não seria necessariamente o fim da demanda, mas sim o último termo judicial praticado por efeito da citação – e.g., antes da suspensão do feito (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. III, cit., pp. 436-438).

¹⁹⁹ Concorde-se, neste ponto, com a ponderação inicial de Humberto THEODORO JÚNIOR: “Somente após o encerramento do processo é que o prazo prescricional voltará a correr. Na verdade, enquanto marcha o processo, o titular do direito está continuamente exercitando a pretensão manifestada contra o adversário. Não está inerte na defesa de seu direito, razão pela qual não se conta a prescrição na pendência do processo” (*Prescrição e decadência*, cit., item 79). Parte da doutrina, contudo, inclusive aquele autor, mitiga essa regra, afirmando que ela apenas encontraria aplicação diante de um “processo de andamento regular”, ao passo que o processo paralisado por longo tempo autorizaria a prescrição intercorrente (o.l.u.c.). A tese parece ser capitaneada na doutrina contemporânea por Arruda ALVIM, que aduz: “com o curso normal do processo, a cada ato ‘renova-se’ ou ‘revigora-se’ pontualmente, pela prática de atos, a situação de interrupção da prescrição, [...] porquanto o andamento do processo, com a prática de atos processuais, significa, em termos práticos, a manutenção desse estado. [...] E só a partir da inércia, quando ao autor couber a prática de ato (e nem o réu praticar qualquer ato), e este não vier a ser praticado, durante prazo superior ao da prescrição, é que ocorrerá a prescrição intercorrente” (*Da prescrição intercorrente*, cit., p. 117). Com a devida vênia à autoridade dos autores que a sustentam, a tese parece contrariar frontalmente a *ratio* do parágrafo único do art. 202 do Código Civil, lançando mão de um conceito abstrato de “curso normal” do processo que, em rigor, traduz um imprevisível (e, aparentemente, ilegítimo) juízo *a posteriori*: se houve movimentação dentro do prazo da intercorrente (ainda que promovida pelo réu), afirma-se que o curso do processo é “normal”, que a prescrição intercorrente nunca fluiu e que há um “estado prático” de processo interruptivo; mas, se as mesmas partes deixam o feito paralisado por um dia além do prazo da intercorrente, sustenta-se que o curso do mesmo processo foi “anormal” e que a prescrição já havia começado a contar desde o último ato praticado. Parece mais razoável simplesmente considerar que a pendência do processo cognitivo corresponde sempre ao “processo para a interromper” a que alude o dispositivo codificado, deixando aos institutos típicos do processo civil o papel de sancionar eventual inércia injustificada do autor da ação.

Não se pode discordar, com efeito, da lição de Câmara Leal, que, ainda sob a égide do Código anterior, afirmava que o prazo interrompido apenas pode ser retomado após o final da demanda, como decorrência da própria natureza do instituto da prescrição, de tal modo que, no seu entender, a regra independeria até mesmo de previsão normativa expressa.²⁰⁰ Essa interpretação, que era ínsita ao direito brasileiro mais tradicional,²⁰¹ parece ser, realmente, a mais razoável, sobretudo quando se constata que até mesmo a demanda que vier a ser extinta sem resolução do mérito (por exemplo, em decorrência do abandono da causa pelo autor) há de obstar a contagem do prazo até o seu término, de modo que uma ação destinada a culminar no julgamento do próprio mérito, por maioria de razão, também deve ser capaz de fazê-lo.²⁰²

O que o novo art. 206-A do Código Civil modificou nesse cenário? Em primeiro lugar, “esclareceu” um ponto sobre o qual não parecia haver nenhuma controvérsia significativa na práxis brasileira, a saber, o de que o prazo da prescrição intercorrente equivale ao prazo previsto para o exercício da pretensão pelo titular do direito.²⁰³ Considerando que a prescrição intercorrente prevista no CPC vigeu por cerca de cinco anos antes da edição do art. 206-A do Código Civil sem suscitar dúvidas quanto a esse ponto, beneficiando-se, sobretudo, da experiência haurida das execuções fiscais, a regra aparenta ser, no mínimo, desnecessária.²⁰⁴

²⁰⁰ Parte da doutrina que defende a possibilidade de prescrição intercorrente durante o processo de conhecimento afirma que isso se deve ao fato de o sistema brasileiro, diversamente de outros países (como a Itália e Portugal), não ter adotado expressamente a regra da “perpetuação da ação”, segundo a qual a propositura da ação não apenas interrompe a prescrição como também impede ou suspende o prazo interrompido (nesse sentido, cf. ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente, cit., p. 126). A esse argumento já respondia CÂMARA LEAL: “O critério determinante do art. 173 [do Código Civil de 1916, atual parágrafo único do art. 202] é tão rigorosamente científico, está tão de acordo com a teoria da prescrição, que, mesmo que o legislador o tivesse omitido, os princípios gerais dessa teoria forçavam sua aplicação, como norma latente. [...] A perpetuação da lide, no sentido de não correr a prescrição da ação enquanto essa se processa, é uma consequência necessária do conceito e fundamento jurídicos da prescrição, e, portanto, independentemente de preceito expresso, ela existe, como parte integrante da teoria prescricional” (*Da prescrição e da decadência*, cit., p. 219).

²⁰¹ Segundo o relato de Caio Mário da Silva PEREIRA, por exemplo, uma “[c]onsulta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior ao Código Civil brasileiro de 1916, revela diversos julgados, no sentido de que era um dos efeitos da contestação da lide a perpetuação da ação (Pedro Lessa, Clóvis Beviláqua)” (*Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 685).

²⁰² Em interessante estudo comparado, Reinhard ZIMMERMANN analisa que a maior parte dos países europeus de base romano-germânica preveem que o ajuizamento da ação interrompe o prazo prescricional; via de regra, esses sistemas, segundo o autor, ou bem preveem o tempo específico durante o qual perdura a interrupção, ou bem estipulam que cada ato praticado no processo por qualquer das partes ou pelo órgão julgador consiste em uma nova interrupção (*Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, cit., pp. 117-119). Segundo o autor, ambas as opções são “insatisfatórias”, pois criam “complexidades desnecessárias” e “consequências práticas indesejáveis” no que diz respeito às eventuais ações extintas sem resolução do mérito – as quais, no seu entendimento, também devem surtir efeito sobre a contagem do prazo prescricional, já que: i) nem sempre o autor é responsável pela extinção sem resolução do mérito; ii) não é possível investigar em cada caso se o autor é imputável pela extinção; e iii) o autor demonstrou sua determinação em exercer o direito (*Ibid.*, p. 120). Conclui, assim, que o melhor sistema seria uma *via media*: a suspensão (e não a interrupção) do prazo prescricional desde o ajuizamento até o trânsito em julgado. Após, sendo o autor vencedor, começaria a correr novo prazo para a execução; caso contrário, com ou sem resolução do mérito, desde que ainda subsista a pretensão autoral, o prazo original voltaria a contar do ponto em que se encontrava no ajuizamento, aplicando-se, se o tempo restante fosse muito exíguo, um prazo legal mínimo (*Ibid.*, p. 121).

²⁰³ Com efeito, desde 1963, o STF assim já decidira no enunciado n. 150 de sua Súmula.

²⁰⁴ A conclusão é expressamente manifestada por Pablo Stolze GAGLIANO e Salomão VIANA, que afirmam que o art. 206-A nada muda em relação ao que já se compreendia na matéria (*A Prescrição Intercorrente e a nova MP nº 1.040/21 (Medida Provisória de “Ambiente de Negócios”)*. Disponível em: <<https://direitocivilbrasil.jusbrasil.com.br>>, publicado em 30.3.2021). Ironicamente, o estudo foi citado pelo próprio relatório produzido pelo Senado Federal na tramitação da medida provisória que criou o art. 206-A do Código Civil (Parecer n. 160/2021-PLen/SF, de 4.8.2021).

Em segundo lugar, a norma previu a figura da prescrição intercorrente no próprio diploma de direito material. Para o intérprete excessivamente afeito ao (frágil) argumento da topografia da norma,²⁰⁵ a previsão do instituto no Código Civil poderia sugerir que a prescrição intercorrente teria sido convertida em uma questão substancial, passível de verificação no próprio processo cognitivo (sede da demonstração da existência do direito material, da prova da sua violação e, não raro, também da liquidação da prestação devida),²⁰⁶ na contramão do que, como visto, a melhor doutrina vinha sustentando acerca do parágrafo único do art. 202.

Nessa mesma direção, a redação do art. 206-A do Código Civil pode acabar levando o hermenêuta a uma outra confusão, ainda mais preocupante, atinente ao próprio objeto da prescrição intercorrente. Explica-se: a decorrência lógica de a nova disposição prever que o prazo da prescrição intercorrente equivale ao da “prescrição da pretensão” é a de que se trataria de duas espécies diferentes de prescrição, que apenas teriam em comum o lapso temporal. Quanto à prescrição intercorrente, contudo, o novo dispositivo não elucida qual objeto (supostamente distinto da pretensão) estaria sujeito a ela. Como visto, o CPC de 2015 disciplinou a prescrição intercorrente como figura incidente sobre uma pretensão propriamente dita, ainda que distinta da pretensão de direito material, vez que restrita ao processo executivo. E mesmo a pequena parcela da doutrina que há muito admitia a já criticada possibilidade de prescrição intercorrente no curso do processo cognitivo costumava afirmar que se cuidaria da prescrição da própria pretensão de direito material, simplesmente ocorrida durante o curso do processo judicial.²⁰⁷ Após o advento do art. 206-A, porém, o intérprete alheio a tais considerações poderia indagar: se a prescrição intercorrente agora está inserida no diploma de direito material (o que poderia sugerir sua incidência no próprio processo de conhecimento) e, por outro lado, foi diferenciada da “prescrição da pretensão” (com a qual, nos termos da norma, apenas compartilharia o mesmo prazo), qual seria o seu objeto?

Se o direito brasileiro atual rejeita, como visto, a categoria da ação de direito material e não parece haver nenhuma outra categoria intermediária entre o direito e a pretensão, tratar-se-ia de uma *fattispecie* extintiva do próprio direito, à semelhança do que ocorre no campo

²⁰⁵ Sobre a fragilidade da interpretação centrada na *sedes materiae*, cf. BOBBIO, Norberto. O bom legislador, cit., item 6.

²⁰⁶ Como lecionam Cândido Rangel DINAMARCO e Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES, o procedimento-padrão previsto pelo CPC em vigor “é apto a proporcionar o reconhecimento, o dimensionamento, a preservação e a satisfação de uma pretensão”, correspondendo apenas esta última à fase de cumprimento de sentença (*Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 130).

²⁰⁷ Neste particular, interessante construção era proposta, antes do atual art. 206-A, por Arruda ALVIM, segundo o qual “a chamada prescrição intercorrente é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção *ativa*, no curso do processo, ao *possível* direito material postulado, expressado na pretensão deduzida” (Da prescrição intercorrente, cit., p. 120. Grifos do original). Embora a noção de “proteção ativa” pareça diferir, para o autor, da “pretensão deduzida”, explica ele mais adiante que “faz-se alusão a proteção ativa, porquanto, ainda que prescrita a pretensão, se ocorrer o pagamento da dívida prescrita, esta será insuscetível de repetição” (o.l.u.c.). Como se percebe, portanto, o autor pretende aludir à noção de acionabilidade que, como comentado anteriormente, consiste na melhor interpretação sobre o objeto da prescrição no direito civil. No mesmo sentido, Arnaldo RIZZARDO *et alii* aduzem que a prescrição apenas passa a se chamar intercorrente porque “ressurge” no curso do processo (*Prescrição e decadência*, cit., p. 41).

tributário? Essa resposta, desnecessário dizer, seria francamente antissistemática;²⁰⁸ mas a falta de sistematicidade é justamente o risco que o legislador corre quando cogita da chamada prescrição intercorrente com aparentes ares de questão de direito substancial e afirma, ao mesmo tempo, que ela não incidiria sobre pretensões. Por surpreendente que pareça, esse tipo de interpretação não é improvável no futuro, sobretudo como saída pouco elegante para se desafogarem acervos de processos nos gabinetes de magistrados em todo o país, ao argumento de suposta prescrição intercorrente “do direito” ainda durante a fase cognitiva.²⁰⁹

O mais razoável é concluir que a norma do art. 206-A do Código Civil pretendeu referir-se à bastante difundida distinção entre pretensão de direito material e a chamada pretensão executiva,²¹⁰ pressupondo que apenas esta última pode ser fulminada pela prescrição intercorrente – a qual, portanto, continua limitada ao processo de execução. Nesse caso, porém, melhor teria sido que a referência à prescrição intercorrente permanecesse restrita ao diploma processual civil e, especificamente, ao processo de execução – sobretudo em um ambiente no qual ressurgem tantas interpretações formalistas e excessivamente apegadas à topografia das normas. Incumbe, nesse cenário, à doutrina esclarecer que o art. 206-A do Código Civil deve ser interpretado no sentido de que *a pretensão executória é extinta pela prescrição intercorrente no mesmo prazo previsto para a prescrição da pretensão de direito material*.²¹¹ O direito subjetivo respectivo à pretensão, por sua vez, subsiste para todas as consequências jurídicas enquanto não vier a ser satisfeito. A própria pretensão de direito material, aliás, parece preservar sua relevância jurídica mesmo após o término do processo cognitivo, enquanto não satisfeito plenamente o direito. Chega a causar espécie, nesse sentido, a facilidade com que a doutrina majoritária encontra na chamada pretensão executiva uma

²⁰⁸ A respeito, critica Antonio dos REIS JÚNIOR que a prescrição intercorrente não pode ser interpretada de tal forma “que acaba por fulminar o próprio direito do exequente” (A prescrição civil intercorrente. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coord.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 215).

²⁰⁹ Como conclui Antonio dos REIS JÚNIOR: “É mister, por fim, evitar o caminho tomado por parcela da jurisprudência nos casos análogos de prescrição intercorrente regulados pelos ramos afins do Direito, como no Direito Tributário. Não se pode permitir a atuação da jurisprudência no sentido de alargar o instituto como subterfúgio para o alcance de metas de extinção de processos [...]” (A prescrição civil intercorrente, cit., p. 228).

²¹⁰ Na lição de DINAMARCO, a fase de execução é aquela “em que se veicula a pretensão à tutela executiva” (*Instituições de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 172), na qual não ocorre “qualquer julgamento sobre a existência ou a inexistência do direito” (Ibid., p. 109), por oposição ao processo de conhecimento, que se volta ao julgamento do *meritum causae*, isto é, da pretensão material (*Anspruch*) (*Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51). Explicita THEODORO JÚNIOR: “a citação do processo de cognição interrompe a prescrição por lei fixada para a ação e o trânsito em julgado da sentença que a acolheu faz reabrir o mesmo prazo a partir do momento em que ele se operou (isto é, em que o processo se findou). [...] Não se deve, contudo, tratar a prescrição da execução como simples efeito de interrupção da prescrição da pretensão existente antes da sentença. Com a formação do título executivo nasceu uma nova situação jurídica para o titular: o direito à execução forçada, e a consequente pretensão de sujeitar o obrigado à realização da responsabilidade contratual” (A prescrição intercorrente e a paralisação da execução forçada. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 166).

²¹¹ Nesse sentido coloca-se o estudo de Pablo Stolze GAGLIANO e Salomão VIANA (*A Prescrição Intercorrente e a nova MP nº 1.040/21*, cit.), textualmente citado pelo relatório produzido pelo Senado Federal no já mencionado Parecer n. 160/2021-PLN/SF, de 4.8.2021. Na mesma direção, embora antes do advento do art. 206-A, cf. REIS JÚNIOR, Antonio dos. A prescrição civil intercorrente, cit., pp. 217 e 228.

questão totalmente autônoma, como se a sentença condenatória do titular do dever esgotasse por completo o escopo da pretensão de direito material.²¹² Essa parece ser, no entanto, uma tendência também em outros países do sistema romano-germânico, que também tratam a pretensão de execução do julgado como pretensão nova, sujeita a um novo prazo prescricional²¹³ – embora se considere, idealmente, que esse prazo deveria ser particularmente longo, em média de dez anos (na contramão do entendimento já antigo e ora positivado no direito brasileiro, que subordina a pretensão executiva ao mesmo prazo da original).²¹⁴

Um importante aceno na direção da interpretação ora sustentada, que restringe a prescrição intercorrente à pretensão executiva, foi o acréscimo feito ao art. 206-A pela Lei n. 14.195/2021 do condicionamento “observado o disposto no art. 921 [do CPC]” – justamente a disposição que trata da suspensão do processo de execução.²¹⁵ Em outros termos, nas relações de direito civil, uma vez proferido o despacho de citação do titular da situação jurídica subjetiva passiva e enquanto não finda a fase cognitiva do processo, o titular do direito permanece albergado contra a prescrição da pretensão de direito material, cujo prazo foi interrompido pelo despacho de citação, retroativamente à data do ajuizamento – uma garantia que não é afastada nem mesmo pela regra da unicidade da interrupção. De fato, sendo a cobrança judicial uma via que exige do titular a prova da existência do direito perante o julgador, enquanto essa questão permanece em aberto, não se pode considerar encerrado o ato de cobrança iniciado com a distribuição da ação – e, assim, não se pode tachar de inerte o titular. Se é verdade, como se afirmou, que a prescrição revela, em perspectiva funcional, um juízo amplo de merecimento de tutela dos exercícios dos titulares do direito e do dever, nada parece mudar na valoração destes (ao menos no que diz respeito aos interesses predominantemente da órbita do direito

²¹² Existem, evidentemente, exceções. Parte da doutrina processualista, ao tratar da prescrição intercorrente, chega a reconhecer que, “a rigor, não se trata de prescrição, já que a sua incidência no curso do processo impede a sua caracterização como extinção de uma nova pretensão. Trata-se de figura anômala – muito mais parecida com a perempção ou com a preclusão do que com a prescrição” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 809). Os autores ainda reconhecem que, mesmo após o trânsito em julgado, ainda está em jogo a satisfação da pretensão material (Ibid., p. 810).

²¹³ Conforme registra Reinhard ZIMMERMANN (*Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, cit., p. 113), um dos objetivos centrais de diversos sistemas europeus ao preverem regras específicas sobre a prescrição de pretensões estabelecidas por meio de procedimentos judiciais é justamente o de evitar qualquer questionamento doutrinário a respeito dos efeitos do julgamento sobre a pretensão original (nomeadamente, se ela continua existindo ou é substituída por uma nova pretensão).

²¹⁴ Segundo Reinhard ZIMMERMANN, uma pretensão oriunda de um julgamento judicial goza de muito maior segurança e previsibilidade, sendo, assim, muito menos ofuscada pelo decurso do tempo e não permitindo ao devedor alegar qualquer crença na possibilidade de não cumprir seu dever. Mais ainda, uma vez solucionado o litígio entre as partes, a pretensão à execução do julgado, diversamente da pretensão original, deixa de ser uma fonte de insegurança ou uma ameaça ao interesse público. Assim, explica o autor, um prazo curto de prescrição apenas levaria o credor a realizar tentativas de cobrança que ele já supõe, à luz da situação financeira do devedor, serem inúteis, o que faria ressurgir uma insegurança e uma litigiosidade que o provimento jurisdicional já logrou debelar (*Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, cit., pp. 113-114).

²¹⁵ Curiosamente, porém, o acréscimo da remissão ao CPC foi objeto de crítica de parecer do Senado Federal (Parecer n. 160/2021-PLEN/SF, de 4.8.2021) na tramitação da medida provisória que se converteu na lei em comento. Segundo constou do relatório, a referência ao CPC seria atécnica, “pois isso contraria a pretensão de generalidade” do Código Civil e não haveria “justa causa para a remissão” (p. 45 do parecer).

privado), na generalidade dos casos, entre o despacho de citação e o trânsito em julgado.

A reprovação da inércia do autor da ação na movimentação do processo, nesse particular, consiste em valoração de natureza totalmente diversa, voltada a resguardar interesses predominantemente de direito público,²¹⁶ muito pouco vinculados à relação material propriamente dita (e tanto assim que a primeira preocupação da doutrina, mesmo entre os autores que sustentam a possibilidade de prescrição intercorrente durante a fase cognitiva, é a de ressaltar que se deve primeiramente perquirir se a morosidade foi devida ao próprio mecanismo judiciário,²¹⁷ entendimento já consagrado pelo STJ,²¹⁸ eis que a regra, no processo civil, há de ser o impulso oficial²¹⁹). Melhor seria, assim, dispensar à inércia do autor da ação durante a fase cognitiva simplesmente o tratamento conferido pela lei ao abandono processual, com seus requisitos e consequências específicos.²²⁰ Por outro lado, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, poderá ocorrer a prescrição intercorrente, por expressa política legislativa insculpida no art. 921, §§4º e 7º do CPC, à luz do qual o novo art. 206-A do Código Civil deve ser interpretado.

Um último acréscimo feito pela Lei n. 14.195/2021 à redação final do art. 206-A foi a remissão às causas suspensivas, impeditivas e interruptivas do prazo prescricional, as quais, nos termos atuais do dispositivo, seriam aplicáveis à prescrição intercorrente. O acréscimo preocupa, eis que as mencionadas causas foram concebidas para a prescrição da pretensão de direito material e, na sua maioria (particularmente as causas interruptivas), sequer parecem fazer sentido em sede de execução – o que poderia incentivar uma aplicação equivocada da prescrição intercorrente a objetos outros que não a pretensão executória. Esta não aparenta

²¹⁶ Cogita-se, por exemplo, da necessidade de “limitação temporal da sujeição dos bens do devedor ao credor, sob pena de se conceber limitação indeterminada da liberdade individual” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 809).

²¹⁷ Por todos, cf. RIZZARDO, Arnaldo *et alii*. *Prescrição e decadência*, cit., p. 42.

²¹⁸ Embora a lei processual civil exija, em princípio, que o autor tome, no prazo de dez dias, as providências necessárias para a citação do réu, sob pena de não interrupção do prazo prescricional (art. 240, §2º do atual CPC), o STJ consagrou, no enunciado n. 106 de sua Súmula, desde 1994, que: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”. O atual CPC caminhou no mesmo sentido, inovando em relação à lei anterior ao dispor, no §3º do art. 240, que: “A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário”.

²¹⁹ Conforme relata Araken de ASSIS acerca da resistência inicial do direito brasileiro ao reconhecimento da prescrição intercorrente, “[e]m princípio, entendia-se inexistente a [prescrição] intercorrente, porque a demanda do processo executivo deriva dos entraves da máquina judiciária, à qual o credor é alheio, e, além disso, o credor exerceu sua pretensão *opportuno tempore*” (*Manual da execução*, cit., item 138.5).

²²⁰ Como se sabe, o abandono da causa pelo autor por mais de 30 dias é hipótese de extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, III do CPC; após a contestação, nos termos do §6º do mesmo dispositivo, a extinção deve ser requerida pelo réu. Considerando o prazo exíguo previsto pela lei processual para a configuração do abandono, muito inferior ao menor prazo prescricional previsto pelo Código Civil, não resulta legítimo que o julgador – ou, após a contestação, o próprio réu –, diante da inércia do autor, aguarde prazo muito superior apenas com o fito de que a ação seja extinta com resolução do mérito (pelo reconhecimento de suposta prescrição intercorrente na fase cognitiva). Chega a ser sintomático que parte da doutrina que sustenta a possibilidade de prescrição intercorrente durante a fase cognitiva afirme que ela ocorreria quando o autor “abandona” a causa (expressão utilizada, ilustrativamente, por THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*, cit., item 79).

ter sido, porém, a intenção do legislador; ao contrário, a emenda que adicionou referida previsão ao texto original da medida provisória foi, inclusive, a mesma que introduziu a remissão ao processo executivo no CPC.²²¹ Seria preferível, evidentemente, a normatização de causas obstativas específicas para a prescrição intercorrente e disciplinadas na própria codificação processual. Nesse particular, aliás, a Lei n. 14.195/2021 alterou também o CPC, para prever, nos atuais §§4º e 4º-A do art. 921, regras específicas sobre termo inicial e interrupção da prescrição no processo de execução – cuja adequação ainda merecerá, naturalmente, avaliação crítica por parte da doutrina processual civil, mas que ostentam ao menos o mérito de serem pensadas diretamente para a fase de execução.

Assim, embora criticável a inserção impensada da referência às causas obstativas no art. 206-A, tudo leva a crer que a disposição, nessa parte, não surtirá grande repercussão prática – e, em qualquer caso, não poderá obstar a interpretação ora sustentada para a prescrição intercorrente, infelizmente inserida de forma igualmente impensada no Código Civil. O papel da norma legislada, não se pode perder de vista, é o de facilitar, tanto quanto possível, sua aplicação de forma lógica e axiologicamente coerente com o restante do ordenamento. Para tanto, é conveniente o uso sistematicamente coerente dos conceitos, o debate legislativo prévio, o estudo minucioso do impacto que uma reforma possa produzir sobre a interpretação de outras normas. É preciso, antes de tudo, que a atividade normativa dedique-se prioritariamente às necessidades efetivas e prementes do país e que reformas potencialmente relevantes não sejam feitas com discricção, como meros apêndices em diplomas normativos ecléticos, mas sim com transparência, seriedade e prudência.

7. Síntese conclusiva

Os problemas em torno da prescrição extintiva em sua configuração atual no direito brasileiro ilustram bem a perene necessidade de se revisitar a teoria geral do direito civil. Em perspectiva civil-constitucional, impõe-se mitigar a perspectiva (exclusivamente) estruturalista do instituto, em busca de uma lógica funcional e valorativa, que sugere, em particular, uma maior valorização do termo inicial e das causas suspensivas, impeditivas e interruptivas do prazo prescricional como instrumentos de notável potencial para a proteção dos interesses das partes e para a promoção de valores do sistema, em um autêntico juízo de merecimento de tutela. Não devem prosperar, nesse sentido, teses que findem por fazer da prescrição um instituto infenso à tábua axiológica constitucional. O presente estudo buscou apresentar alguns dos problemas contemporâneos que, derivando da incompreensão da doutrina, da jurisprudência ou do

²²¹ Trata-se da emenda n. 77 à MP. 1.040/2021, de 5.4.2021, que, com justificativa lacônica, de apenas um parágrafo, afirma que a alteração “traz segurança jurídica para o instituto da prescrição, reconhecendo a atual jurisprudência”.

próprio legislador acerca desse juízo valorativo subjacente ao instituto, poderiam ser evitados a partir de uma perspectiva funcional das vicissitudes de fluência do prazo prescricional.

De um lado, abordou-se o prazo prescricional aplicável à responsabilidade contratual, cuja extensão decenal parece ter sido reconhecida por nossa jurisprudência por força de uma perspectiva que desconsidera a identidade funcional de todas as hipóteses de responsabilidade civil e afirma uma equivocada concomitância dos termos iniciais para a pretensão reparatória e para a exigência de cumprimento do contrato – negligenciando, ainda, a valoração preferencial conferida pelo direito civil hodierno à execução específica. De outra parte, criticou-se o descompasso legislativo que, alheio à relevância da autorresponsabilidade para a individuação da normativa da prescrição e ao escopo protetivo do regime da incapacidade civil, desprotege injustificadamente as pessoas com deficiência mental e os relativamente incapazes, ao mesmo tempo em que protege, talvez de forma igualmente desarrazoada, os absolutamente incapazes que contem com representantes legais. Analisou-se, por fim, o problema da inserção, no Código Civil, da prescrição intercorrente – que não pode ser interpretada no sentido de se sacrificar o relevante juízo valorativo insculpido nas causas interruptivas da prescrição, em nome de uma tentativa desmesurada de promoção da chamada celeridade processual.

Este estudo iniciou-se pelo seu fim, e pelo fim último do instituto da prescrição extintiva: a apreciação do merecimento de tutela dos exercícios das partes na relação jurídica de direito subjetivo. Aproximando-se, agora, do final, impõe-se retornar ao começo. A linearidade do decurso do tempo destoa da lógica não linear da análise funcional dos institutos jurídicos. Nada mais natural, assim, que mesmo um instituto de precisão supostamente matemática, como a prescrição extintiva, não esgote sua disciplina em um juízo de tudo-ou-nada ou na mera subsunção da norma positivada ao caso concreto. Entre justiça e segurança jurídica revela-se uma miríade de outros valores, sugestivos ora da proteção privilegiada do titular do direito, ora da tutela preferencial ao titular do dever; é à luz dessa complexa ponderação que deverá o intérprete analisar a adequação sistemática das soluções legislativamente previstas e suprir as carências do atual sistema normativo, sempre de forma minuciosamente fundamentada e conforme às peculiaridades do caso concreto. Ao assim proceder, constatará, provavelmente, que o aspecto mais adaptado à promoção dos fins valorativos da prescrição não são as sempre conspícuas discussões sobre a extensão do prazo, mas a sutil modulação da sua fluência.

Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*, vol. 14. Fortaleza: UFC, 1960.
- ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. Tome 2^{ème}. Paris: ILGJ, 1897.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. VII. Milano: Giuffrè, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. O bom legislador. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 10, n. 3, 2021.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. Editorial à *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, 2017.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2008.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: PUF, 2004.
- CARPENTER, Luiz. *Da prescrição*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958.
- CIANCI, Mirna. Da prescrição contra o incapaz de que trata o artigo 3º, I do Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO, Antônio Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*, vol. XI. Rio de Janeiro: Off. Graphics, 1933.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. V. Coimbra: Almedina, 2015.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2016.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FISCHER, Brenno. *A prescrição nos tribunais*, vol. I, t. 2. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *A Prescrição Intercorrente e a nova MP nº 1.040/21 (Medida Provisória de "Ambiente de Negócios")*. Disponível em: <<https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br>>, publicado em 30.3.2021.

- GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI, 2015.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva: questões controversas. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 3, n. 3, 2014.
- JOURDAIN, Patrice. Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. *Les métamorphoses de la responsabilité*. Paris: PUF, 1997.
- KONDER, Carlos Nelson. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Juris*, vol. 23, n. 1. Londrina: mar./2019.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2010.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Número 51. Curitiba: UFPR, 2010.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LONGOBUCCO, Francesco. La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell’istituto. *I contratti*. Número 11, 2012.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: GEN, 2015.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des personnes: la protection des mineurs et des majeurs*. Paris: LGDJ, 2016.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- 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; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coord.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2017.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 5. São Paulo: Thomson Reuters, 2012.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *La prescrizione*. In: SACCO, Rodolfo (diretto da). *Trattato di diritto civile*. La Parte Generale del Diritto Civile, vol. V. Torino: UTET, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, vol. 19, n. 22. Rio de Janeiro: ABLJ, jul.-dez./2002.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./2014.
- OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. *Conjur*, 18.4.2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: GEN, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: GEN, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: GEN, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. V. Rio de Janeiro: GEN, 2017.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.
- PUGLIATTI, Salvatore. Autoresponsabilità. *Scritti giuridici*, vol. IV. Milano: Giuffrè, 2011.
- PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996.
- PUGLIESE, Giuseppe. *La prescrizione nel diritto civile*. Parte Seconda: la prescrizione estintiva. Torino: UTET, 1924.
- RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Breve inventário acerca do estudo da ação: ou como a processualística subtraiu a ação de direito material dos civilistas para depois sepultá-la. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2021.
- REIS JÚNIOR, Antonio dos. A prescrição civil intercorrente. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coord.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2011.
- RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ROSELLI, Federico. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. *Diritto civile*, vol. IV, t. II. Milano: Giuffrè, 2009.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 2005, p. 36.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- SAVIGNY, F. K. von. *Traité de droit romain*. Tome 5^{ème}. Paris: Firmin Didot Frères, 1858.
- SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atual. Nagib Slaibi e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: GEN, 2008.
- SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, 2017.
- SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista da Ajuris*, vol. 47, n. 149. Porto Alegre: dez./2020.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Categorias de atos jurídicos lícitos e seu controle de validade. *Revista dos Tribunais*, vol. 967. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./2016.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no direito contratual brasileiro. *Migalhas*, 16.4.2020.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de*

Direito Privado, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. *Pensar*, vol. 22. Fortaleza: UNIFOR, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. O oxímoro da responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Prazo prescricional aplicável à reparação civil por inadimplemento contratual. *Soluções práticas de direito*, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar/2009.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. IV. Rio de Janeiro: GEN, 2020.

TESCARO, Mauro. *Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità: la rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*. Padova: CEDAM, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prescrição intercorrente e a paralisação da execução forçada. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. III, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2015.

TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017.

VALLE, Numa P. do. *Da prescrição extintiva: no direito civil e comercial*. São Paulo: Lyceu Salesiano Sagrado Coração de Jesus, 1918.

VENANDET, Guy et alii. *Code civil*. 115. ed. Paris: Dalloz, 2016.

VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 2005.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*, vol. I. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Como citar:

SOUZA, Eduardo Nunes de. Problemas atuais de prescrição extintiva no direito civil: das vicissitudes do prazo ao merecimento de tutela. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
30.9.2021

Publicação a convite.