

**CRÍTICAS À DISCIPLINA DA PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002, NAS
REFORMAS PROCESSUAIS E NO PROJETO DE LEI N. 8.046 DE 2010***

**CRITICAL REVIEW TO THE DISCIPLINE OF PRESCRIPTION IN CIVIL CODE
OF 2002, THE PROCEDURAL REFORMS AND THE DRAFT LAW NO. 8046/2010**

Fernando Gama de Miranda Netto

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (RJ), com período de pesquisa de um ano junto à Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer (Alemanha) e junto ao Max-Planck-Institut (Heidelberg) com bolsa CAPES/DAAD. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (UFF). Líder do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF).

Resumo: Este trabalho tem por objetivo estudar o instituto da prescrição no Código Civil de 2002, nas leis que reformaram o Código de Processo Civil de 1973, bem como no Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Além de revisitar as teorias que explicam o fenômeno da prescrição, a pesquisa identifica os pressupostos e efeitos da prescrição; tece considerações sobre a unicidade da interrupção do prazo prescricional; busca diferenciar a prescrição civil da prescrição cambial; investiga se o instituto deve ser classificado como exceção ou objeção; e verifica se a prescrição decretada de ofício pelo magistrado extingue o processo com ou sem resolução do mérito. Procura-se, ao final, compatibilizar a autonomia da vontade do devedor com o modelo constitucional de processo justo.

Palavras-chave: prescrição; Código Civil; reformas processuais.

Abstract: This work aims at studying prescription as an institution in the Brazilian Civil Code of 2002, the laws that reformed the Civil Procedural Code of 1973 and the Draft Law no. 8046/2010. By revisiting the theories that explain the prescription features, the research reviews the assumptions and effects of prescription, discusses the interruption specifics of the prescription period, while looking for to differentiate the civil from the commercial law prescriptions. The work also investigates whether prescription as an institution should be classified as an exception or as an objection, and verifies if the prescription ordered *ex officio* by the judge finishes the judicial process, with or without resolution of its merits. Finally, this study tries to reconcile the autonomy of the will of the debtor with the constitutional model of fair process.

Keywords: prescription; Brazilian Civil Code; procedural reforms.

*Este artigo contou com a valiosa revisão de Francis Noblat e Bruno Neves Ferreira Pacheco, bacharelandos em Direito da Universidade Federal Fluminense e membros do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fundamentos da prescrição – 3. Teorias sobre a prescrição – 4. Prescrição como direito potestativo – 5. Prescrição e prazo prescricional – 6. Prescrição e direito intertemporal – 7. Sobre a unicidade da interrupção e a suspensão do prazo – 8. Outras questões terminológicas – 9. Prescrição das obrigações cambiais emergentes de títulos de crédito – 10. Prescrição da exceção – 11. Prescrição: exceção ou objeção substancial? – 12. Prescrição: questão de mérito? – 13. Prescrição e contraditório – 14. Decadência da prescrição? – 15. Conclusões.

1. Introdução

Um dos temas, por certo, mais tormentosos do Direito Civil é o relativo à prescrição. Inúmeros juristas já se dedicaram ao estudo deste tradicional instituto, havendo, entretanto, muita controvérsia acerca de seu conteúdo e alcance. O Código Civil de 2002 pretendeu corrigir as falhas do Código Civil de 1916 quando não só aprimorou a terminologia, como também separou, em capítulos distintos, os prazos decadenciais e os prazos prescricionais. Algumas questões, no entanto, ainda merecem reflexão.

A prescrição é um instituto pertencente à *Teoria Geral do Direito* que deve ser funcionalizado e, desta forma, desempenhar função própria de acordo com ramo do Direito em que se encontre. Cabe, assim, à doutrina identificar a função que o instituto deve cumprir, para que haja um melhor enquadramento dogmático na legislação.¹

À título de exemplo, em sede penal, a prescrição extingue a punibilidade do agente², no campo tributário, ela extingue a obrigação tributária; e nos outros ramos do direito ela pode desempenhar função diversa.³

Certo é que a maior parte dos juristas não se empolga com discussões acerca do conceito e natureza jurídica de um instituto. Deveras, tais construções se limitam, quase

¹ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. “Ciência do Direito, Negócio Jurídico e Ideologia”, *In: Estudos em homenagem ao prof. Silvio Rodrigues*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3 e ss., ensina que são três as Ciências do Direito existentes: *Interpretatio*, Dogmática e a Teoria Geral do Direito. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 100, leciona: “a Dogmática não é um simples eixo de mediação entre normas e fatos nem se resume no desenvolvimento de técnicas de subsunção do fato à norma, como chegaram a dizer os representantes da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola da Exegese. Sua função repousa, outrossim, no controle de consistência de decisões tendo em vista outras decisões; em outras palavras, no controle de consistência da decidibilidade, sendo, então, a partir dela que se torna viável definir as condições do juridicamente possível.”

² AFRÂNIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 169.

³ Correto é o pensamento de TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM, “Prescrição e Decadência”, *in: Revista de Processo*, vol. 29, p. 29, ao explicar que as realidades jurídicas não podem ser consideradas *ontologicamente*, segundo uma visão estática do Direito. Ao “manipularmos” os conceitos jurídicos, pretendemos fornecer aos operadores do Direito um critério adequado e seguro na aplicação do instituto.

sempre, a um ponto de vista estrutural (saber o que é), sem cuidar de sua perspectiva funcional (saber para que serve).⁴

Por outro lado, não pode a prescrição ser vista independentemente do sistema em que está inserida. CLAUS – WILHELM CANARIS ensina que

“este processo de determinação da essência não é, por assim dizer, um processo de sentido único, pelo qual o objeto seja primeiro totalmente desconhecido e, depois, de repente, através da ordenação sistemática se tornasse compreensível. Existe, antes, um efeito mútuo entre o conhecimento do objeto em causa e a sua qualificação sistemática”.⁵

De tal arte, torna-se forçoso indagar não só como *deve ser* visto o instituto em face do nosso ordenamento jurídico, mas também descobrir que função cumpre. Afinal, o que se pretende com o presente trabalho é colaborar para que o desenvolvimento de tal instituto jurídico no sistema seja pleno de sentido, traduzindo a concretização progressiva de valores fundamentais⁶ tendo em vista as relações humanas. E é justamente em função do ser humano que os institutos devem ser pensados.

Nesse sentido, nossa meta é não só tentar explicar o fenômeno do ponto de vista descritivo, mas, sobretudo, compreender o seu alcance no direito privado e no direito processual. Nessa linha de raciocínio, a pesquisa pretende responder: a) quais os fundamentos da prescrição; b) se a adoção da tese da prescrição como perda da pretensão, pelo Código Civil em vigor, é acertada; c) qual a natureza jurídica da prescrição, e que relevância existe em conhecê-la; d) se existe diferença entre prescrição e prazo prescricional; e) qual a vantagem existente na unicidade da interrupção do prazo prescricional; f) quais os pressupostos e efeitos da prescrição; g) se a prescrição pode ser alegada fora de juízo; h) se está correta a terminologia empregada pelo legislador na disciplina da prescrição; i) como diferenciar a prescrição civil da prescrição cambial; j) se a prescrição, do ponto de vista processual, deve ser classificada como exceção ou objeção; k) se a prescrição decretada de

⁴ “*In parole povere, coloro che si sono dedicati alla teoria generale del diritto si sono preoccupati molto di più di sapere ‘come il diritto sai fatto’ che ‘a che cosa serve’.* (...) Com’è bem noto, per il fondatore della teoria pura del diritto, una teoria scientifica del diritto non deve occuparsi della funzione del diritto, ma soltanto dei suoi elementi strutturali. L’analisi funzionale è affidata ai sociologi e magari ai filosofi” (NORBERTO BOBBIO, “Verso una teoria funzionalistica del diritto”, In: Dalla Struttura alla funzione, Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 63-4).

⁵ *Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad.: de Menezes Cordeiro, 2ª ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, p. 155-6.

⁶ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed. traduzida por José Lamêgo, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 241.

ofício pelo magistrado extingue o processo com, ou sem resolução do mérito; l) se é correto falar em “prescrição da exceção”.

2. Fundamentos da prescrição

Dormientibus non succurrit jus (o direito não socorre a quem dorme)? Para o leigo, a prescrição é contrária à moral, repugna a justiça, e subverte o bom senso, pois através dela pode o credor não receber o que lhe é devido⁷. Entretanto, “tudo tem sua hora, cada empreendimento tem o seu tempo debaixo do céu: um tempo para nascer, um tempo para morrer, (...) e um tempo para a paz.”⁸ As obrigações são efêmeras. Não são contraídas para durarem *ad eternum*. É correto dizer que as obrigações são criadas para extinguirem-se, preferencialmente, com o adimplemento.

Parte da doutrina pretende fundamentar a existência do instituto na presunção de abandono ou renúncia ao direito; outros, na punição exemplar do credor negligente⁹. O instituto até auxilia a combater a quantidade de autos nos tribunais, reduzindo o tempo dos processos nos julgamentos com resolução do mérito. Na verdade, embora não haja consenso acerca de todas essas razões, pode-se afirmar que seu fundamento é múltiplo.¹⁰

De qualquer modo, a prescrição funciona como um dos “instrumentos de controle da contingência temporal das expectativas sociais.”¹¹ Se há o inadimplemento de certa obrigação, e a inércia no exercício da pretensão, o titular a quem aproveita o crédito poderá exigir do devedor a conduta normativa esperada, pois ele ainda possui a *expectativa* do pagamento. Trata-se de uma expectativa normativa, já que é protegida pelo ordenamento jurídico. Entretanto, a demora na cobrança faz surgir uma “contra-expectativa” no sentido de que se

⁷ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, vol. I, p. 291.

⁸ *Eclesiastes*; 3, 1 – 3, 8.

⁹ Vários juristas, com razão, levantam-se contra a concepção que entende ser a prescrição uma penalidade ao credor negligente. Por exemplo: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., 2ª tir., atualização de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo IV, p. 92-93; AMÍLCAR DE CASTRO, “Da prescrição no curso da lide”, *In: Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado*, São Paulo: Editora do Brasil, 2000, p. 15.

¹⁰ Para HUMBERTO THEODORO JR, “Da prescrição e da decadência no novo Código Civil brasileiro”, *In: Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, coord. Arruda Alvim, Joaquim César e Roberto Rosas, São Paulo: RT, 2003, p. 322, “a rigor, o legislador, quando impõe, como de ordem pública, a disciplina básica da prescrição, não atenta para estas particularidades éticas. O próprio instituto em sua essência não se compromete com o justo, mas com questões práticas de conveniência e oportunidade.”

¹¹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 107.

esperava que o crédito não fosse mais cobrado. Se esta segunda expectativa também recebe a tutela jurídica, há, *in casu*, um conflito de expectativas normativas.¹²

O Direito tem o propósito de funcionar como um sistema imunológico da sociedade, dirimindo os conflitos existentes, quer aconteçam no âmbito político, social, econômico, ou familiar.¹³ Este é um de seus *fins*. Tal imunização ocorre, grosso modo, a partir de um esquema binário do tipo lícito-ilícito. A reafirmação da norma vigente se impõe no caso de violação. Entretanto, o tempo é capaz de curar as dores e cicatrizar feridas, apagar o ilícito e irradiar novas expectativas. Com efeito, se o credor não cobra depois de longo lapso de tempo o seu devedor, pode este se escusar do pagamento alegando a prescrição. É *justo*? Parece que sim, havendo uma expectativa legítima de neutralizar a pretensão do credor. Afinal, se não existisse esta limitação temporal, quem realizasse qualquer tipo de compra teria de guardar seus comprovantes de pagamento para sempre. Exigir-se-ia do devedor a chamada prova diabólica, ou difícil de ser produzida, para que pudesse demonstrar a realização do pagamento até em décadas distantes.

Com a prescrição, o Direito deixa intocáveis certas situações estabilizadas pela força do tempo, com o propósito de preservar a *segurança* das relações sociais. Assim, é correto dizer que a prescrição visa à realização de três valores: a justiça, a segurança e os fins do Direito,¹⁴ erigidos como objetivos do Estado Democrático de Direito pelo Preâmbulo da Carta de 1988.¹⁵

3. Teorias sobre a prescrição

¹² *Idem*, p. 108. Há uma interessante explicação do fenômeno em NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3ª edição, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, p. 42, principal teórico da autopoiese. O autor distingue as expectativas cognitivas das normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, conformando-se. Já as expectativas normativas precisam ser reafirmadas no caso de violação. O expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, pois o errado era a realidade, não a expectativa tutelada. A reafirmação da “expectativa normativa frustrada” pode vir com uma *sanção* ou um *equivalente funcional* (*Idem*, p. 61). A prescrição se refere à segunda hipótese.

¹³ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 63.

¹⁴ Cabe lembrar que GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, 6ª ed. Trad. por Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 417, entendia que o Direito se estruturava, fundamentalmente, sobre esses três valores.

¹⁵ De forma diferente pensa HUMBERTO THEODORO JR, “Da prescrição e da decadência no novo Código Civil brasileiro”, *In: Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, coord. Arruda Alvim, Joaquim César e Roberto Rosas, São Paulo: RT, 2003, p. 323, para quem o fenômeno prescricional marca o momento de dois valores e choque, traduzido pela busca da *justiça* pelo credor e o anseio de *segurança* do devedor.

Na vigência do Código Civil anterior, era possível encontrar quatro teorias sobre a prescrição, que a definiam como: a) perda da ação;¹⁶ b) extinção do direito;¹⁷ c) exoneração do dever jurídico pela convalescença da lesão ao direito;¹⁸ d) perda da pretensão.¹⁹

É preciso rever tais teorias para que se perceba o acerto ou desacerto da tese da prescrição como perda da pretensão, que parece ter sido acolhida pelo Código Civil de 2002, em seu art. 189, nestes termos: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

¹⁶ CLOVIS BEVILÁQUA, *Código Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931, vol. 1, p. 427; ARY AZEVEDO FRANCO, *A prescrição extinctiva no Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 13; J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. III, p. 372; JOÃO FRANZEN DE LIMA, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. 1, p. 377; EDUARDO ESPINOLA, *Sistema de Direito Civil Brasileiro*, ed. histórica, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 621; MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 8ª ed. atualizada pelo prof. J. Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 560; ALDYR DIAS VIANNA, *Da prescrição no Direito Civil brasileiro*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 48; CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, *Prescrição e Decadência*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 160; LIMONGI FRANÇA, *Instituições de Direito Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 193; SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 318; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 245-6; WASHINGTON DE BARROS, *Curso de Direito Civil*, 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 295; LUIZ CARPENTER, *Da Prescrição*, atualização e notas do prof. Arnold Wald, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, *passim*; e ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL, *Da prescrição e da decadência*, atualizado por José de Aguiar Dias, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 12.

¹⁷ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 1, p. 435; ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 496; FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil: Introdução*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 564. Embora este último autor afirmasse que a prescrição extingua os direitos subjetivos, aduzia outra definição: “a prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular” (*Idem*, p. 562). Assim, possuía posição híbrida.

¹⁸ SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, 1ª ed., 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, vol. 1, p. 402; ARNOLD WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 8ª ed., São Paulo: RT, 1995, vol. 1, p. 201, tem posição similar, afirmando que o que desaparece é a responsabilidade. Lembre-se que na relação obrigacional é possível encontrar duas situações jurídicas específicas: *Schuld* (débito) e *Haftung* (responsabilidade). Como ensina CLÓVIS DO Couto e SILVA, *Ob. cit.*, p. 100, “a responsabilidade é elemento da obrigação e coexiste com o débito”. LEONARDO GRECO, *O Processo de Execução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, vol. 2, item 6.3, nota 8, aduz que a responsabilidade é fenômeno de direito material, e não processual.

¹⁹ LEONI LOPES, *Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, vol. 2, p. 1.017; CLÉLIO ERTHAL, “Prescrição e Decadência”, in: *Justitia*, vol. 93, p. 181; Possuem posições híbridas: AGNELO AMORIM FILHO, “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, in: *Revista de Direito Processual Civil*, 1961, vol. 3, p. 96; *Revista dos Tribunais*, vol. 300, 1960, p. 8 e vol. 744, 1997, p. 725; MILTON SANSEVERINO, “Prescrição: da ação, do direito ou da pretensão?”, in: *Revista Forense*, 1977, vol. 257, p. 414; FÁBIO KONDER COMPARATO, “Natureza do prazo extintivo da ação de nulidade do registro de marcas”, in: *Revista de Direito Mercantil*, n. ° 77, 1986, p. 59-60; e PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., 2ª tiragem, atualizada por Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo IV, p. 92; *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, tomo VI, p. 102, 112 e 128, pois entendem que a prescrição tem por objeto não só a pretensão, mas também a ação. A doutrina alemã é pacífica no entendimento de que a pretensão constitui o único objeto da prescrição (*vide*: KARL LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., ampliada por MANFRED WOLF, München: C. H. Beck, 1997, p. 331: “Verjährung nur für Ansprüche...”).

3.1. Ação judicial como objeto da prescrição

Como ensina CÂMARA LEAL²⁰, a palavra prescrição deriva do verbo latino *praescribere*, que significa “escrever” (*scribere*) “antes” (*prae*). No Direito Romano, o significante teve diversas funções, afastando-se do sentido em que o vocábulo é empregado, hodiernamente, no Direito pátrio.

A prescrição teve sua primeira aparição no Direito de Família romano.²¹ Como informa SERPA LOPES,²² a *confarreatio* e a *coemptio* eram ritos do casamento romano que, se não tivessem as suas formas obedecidas, reputavam-se nulos, podendo, entretanto, ser convalidados pela convivência conjugal pelo período de um ano. O papel da *praescriptio* era justamente prescrever o estado de direito antes do estado de fato.

Já no período clássico, encontramos a *longi temporis praescriptio*, que também servia ao cidadão que não fosse romano, com aproveitamento similar ao do usucapião.²³ No que tange ao processo formulário, a prescrição servia tanto para o autor (*praescriptio pro actore*), como para o réu (*praescriptio pro reo*). No primeiro caso, o instituto era necessário para que o autor especificasse a abrangência de seu direito,²⁴ ou, ainda, indicasse a qualidade do litigante; no segundo, favorecia o réu na medida em que evitava que outra questão fosse julgada implicitamente.²⁵

Só depois é que foi estipulado o prazo para propositura das ações, porque tanto as *ações reais* como as *ações pessoais* eram “perpétuas”.²⁶ O pretor, ao verificar que o prazo da ação havia expirado, inseria a *praescriptio* no início da “fórmula”.

Confundia-se, no entanto, a ação com o direito a que se visava tutelar. É conhecida a definição de Celso: “*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio*

²⁰ *Ob. cit.*, p. 3.

²¹ SERPA LOPES, *ob. cit.*, vol. I, p. 562.

²² *Ibidem*.

²³ Para maiores detalhes, consulte-se: JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 11ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 1, p. 312 e ss. e CHRISTIANO ALMEIDA DO VALLE, “Prescrição e Decadência”, *In: Revista Forense*, 1967, vol. 217, p. 35.

²⁴ PAULO CESAR CURSINO DE MOURA, *Manual de Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 421, fornece um exemplo: “numa estipulação (empréstimo) de certa soma de dinheiro pagável em prestações mensais, ou anuais, a prestação vencida deveria ser paga no prazo certo. E as futuras? Existia a obrigação, porém, nenhuma prestação era ainda exigível. No início da fórmula, então, *após a indicação* do juiz, deveria ser incluída a seguinte prescrição: ‘que a ação seja limitada à prestação vencida’ (Gaio 4.131, Paulo D. 45.1.76.1).”

²⁵ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 1999, vol. 1, p. 213-4.

²⁶ Foi essa “espécie” de prescrição que inspirou o art. 177 do nosso Código Civil de 1916, que estatuiu: “as ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.” Entretanto, M. COSTA MANSO, “Da prescrição da ação intentada e da execução”, *in: Revista dos Tribunais*, vol. 85, 1933, p. 257, observava que no projeto organizado por Clovis Beviláqua havia previsão dos prazos decadenciais dispersos pela parte especial do Código. Contudo, na redação final a comissão transferiu todos os casos de decadência para a parte geral, no tópico da prescrição, entendendo que haveria uma melhoria.

persequendi” (No vernáculo: “a ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido). Savigny vislumbrou, na ação, o próprio direito material em movimento, erguendo-se como principal defensor da *Teoria Civilista* da ação: se havia ação, havia direito.²⁷

Certo é que, quando se diz hoje que a “prescrição é a perda da ação”, cometem-se dois erros: a) define-se o instituto pela sua consequência; b) ignora-se a autonomia que a ciência processual adquiriu no século XIX.

Mas como se relacionam ação processual e a prescrição? Sabe-se que a ação judicial é elevada pela nossa Lei Fundamental à garantia fundamental. Por meio dela, o cidadão pode exigir a prestação jurisdicional do Estado. O “direito de ação”, por ser autônomo e abstrato,²⁸ existe e pode ser exercido por qualquer um, ainda que a pessoa não possua legitimidade para a causa, interesse processual, ou mesmo que o pedido seja juridicamente impossível. Observe-se que tais exigências da lei processual não se referem às condições para a *existência* da ação. Por isso, a doutrina prefere usar as expressões “requisitos para o provimento final”²⁹, ou “condições para o exercício regular da ação”.³⁰

Ainda que o prazo prescricional esteja consumado, nada impede que a pessoa ajuíze uma demanda condenatória. Caso o réu não alegue a prescrição, deverá o juiz, em regra, reconhecendo a existência da dívida com base na prova dos autos, condená-lo ao pagamento. Aqui não se pode negar que houve a propositura da ação processual.

Se, porventura, o réu alegasse eficazmente a prescrição, a sentença de improcedência não significaria a perda da ação, porque a ação foi exercida e, em tese, poderia ser novamente proposta. O segundo processo instaurado seria extinto em razão da coisa julgada (art. 267, V, CPC), mas o direito de ação estaria preservado. Isto porque o “direito de ação” não é sinônimo de direito a uma sentença de procedência. A ação processual apenas confere ao seu titular o direito de obter uma resposta do Poder Judiciário com a observância do devido processo legal, pouco importando se a sentença é com ou sem a resolução do mérito, favorável ou não.

A propósito, o legislador civil de 2002 não foi fiel à disciplina da Parte Geral do seu Código quando estabeleceu, em seu art. 1.601, que “Cabe ao marido o direito de contestar a

²⁷ Cf. OVÍDIO BAPTISTA e FÁBIO GOMES, *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo: RT, 1997, p. 95.

²⁸ O estudo das diversas teorias sobre a ação não é, aqui, apropriado. Para uma exposição minuciosa, *vide*: ADA GRINOVER, CÂNDIDO DINAMARCO e ARAÚJO CINTRA, *Teoria Geral do Processo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 247 e ss.; Consulte-se, também, interessante estudo de ALEXANDRE CÂMARA, “Teorias sobre a ação: uma proposta de superação”, *In: Doutrina*, coord. James Tubenschlak, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998, vol. 5, p. 300 e ss..

²⁹ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999, vol. 1, p. 106.

³⁰ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 39.

paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal *ação imprescritível*” (grifos nossos). Em primeiro lugar, porque deveria ter dito, caso fosse prazo prescricional, que a pretensão negatória de paternidade é imprescritível, já que não devem ser confundidos o fenômeno processual (ação) com o do direito material (pretensão). Em segundo lugar, porque não estamos diante de um direito à prestação. Vale dizer: se houvesse prazo para que o marido contestasse a paternidade, este só poderia ser decadencial.

3.2. Direito subjetivo como objeto da prescrição

Deve-se ter como incorreta a visão de parte da doutrina brasileira, que insiste em defender a ocorrência da extinção do direito subjetivo se declarada a prescrição. Entre a disciplina do art. 2.934 do Código Civil italiano,³¹ que declara expressamente que os direitos se extinguem, e o regime do direito alemão,³² que insere a pretensão como objeto da prescrição, o legislador brasileiro fez claramente a opção pelo segundo modelo.³³ Ademais, o art. 882 do atual Código Civil brasileiro estabelece não ser possível a restituição do valor com o qual se pagou uma dívida prescrita.³⁴ Se o pagamento é válido, isto só pode significar que o direito existe.

Mesmo que o devedor, se demandado, alegue a prescrição na contestação, nada impede que, após uma sentença de improcedência do pedido em virtude do acolhimento da defesa, resolva o mesmo pagar a dívida declarada prescrita. O pagamento será lícito e não poderá se falar em repetição do indébito.

³¹ Art. 2.934: “*Ogni diritto si estingue per prescrizione (2962, 2963), quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato della legge*”. Antes desta regra do Código Civil italiano de 1942, FRANCESCO CARNELUTTI, “*Appunti sulla prescrizione*”, in: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, 1933, vol. XI, Parte I, p. 46, já sustentava que a extinção do direito subjetivo ocorria pela prescrição, pelo fato de a pretensão não possuir uma autonomia em relação ao direito. Ocorre que hoje a pretensão é considerada uma situação jurídica distinta do direito subjetivo. Em primeiro lugar, pelo fato de o seu nascimento só ocorrer com a violação do direito subjetivo. Em segundo lugar, porque existem direitos subjetivos que, ainda que sejam violados, são inexigíveis (obrigação natural).

³² BGB, § 194: “*Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch) unterliegt der Verjährung*” (no vernáculo: o direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer (pretensão) submete-se à prescrição).

³³ HUMBERTO THEODORO JR, “Da prescrição e da decadência no novo Código Civil brasileiro”, in: *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, coord. Arruda Alvim, Joaquim César e Roberto Rosas, São Paulo: RT, 2003, p. 317.

³⁴ CC/2002, art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

3.2. Dever jurídico como objeto da prescrição

Parece haver acerto quando se diz que, uma vez declarada a prescrição, fica o devedor exonerado do dever de adimplir a obrigação.³⁵ Com efeito, o devedor fica livre de agir conforme o dever jurídico previsto na relação obrigacional. Mas aqui também se comete o equívoco de se tentar definir o instituto pela sua consequência. No entanto, fica evidente que a perda da pretensão não é a única consequência da prescrição declarada.

3.3. Pretensão como objeto da prescrição

Dizer que a prescrição acarreta, no direito privado, a perda da pretensão é uma afirmação parcialmente correta. Omite-se que o dever jurídico do sujeito passivo da relação obrigacional também é extinto. Pior: não se explica de verdade o que é a prescrição. Lembre-se a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Não é metodologicamente correto, em ciência alguma, definir um fenômeno pelos seus efeitos – senão por seus próprios elementos constitutivos.”³⁶

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA chega, aliás, até mesmo a impugnar a tese da prescrição como *extinção* da pretensão, para afirmar que, na verdade, a pretensão tem a sua *eficácia* tolhida, nestes termos: “O poder de exigir, que por hipótese se houvesse de reconhecer ao autor, subsistiu: mas sua eficácia ficou sujeita a ver-se tolhida se o réu lhe opuser a prescrição.”³⁷

Não parece correto dizer que, uma vez declarada a prescrição, a pretensão, enquanto poder de exigir,³⁸ existe, é válida, mas tornou-se juridicamente ineficaz. Se a pretensão só é atingida no plano da eficácia, em que circunstâncias *existirá* e será *válido* o poder de exigir? Observe-se que a extinção da pretensão pela prescrição só ocorre quando o juiz a declara em

³⁵ SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, 1ª ed., 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, vol. 1, p. 402.

³⁶ “O conceito de mérito no processo civil”, in: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, vol. I, p. 273.

³⁷ “Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro”, in: *Revista Forense*, ano 99, março-abril de 2003, vol. 366, p. 124.

³⁸ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro”, in: *Revista Forense*, ano 99, março-abril de 2003, vol. 366, p. 119 e 121, lembra que o legislador civil emprega a palavra pretensão no *sentido subjetivo* (poder de exigir), e não no *sentido objetivo* (ato de exigir).

juízo, e não automaticamente com a consumação do prazo prescricional, como erroneamente supôs o autor.³⁹

4. Prescrição como direito potestativo

A prescrição é o direito potestativo *que tem o devedor de se exonerar de seu dever jurídico e, ao mesmo tempo, extinguir a pretensão do credor*. A aquisição de tal direito ocorre em virtude da inércia do titular do direito subjetivo em exercer a sua pretensão no prazo legal.

O primitivo vínculo jurídico – imperativo de deveres e atributivo de direitos⁴⁰ –, sofre alteração, na medida em que o dever jurídico e a pretensão são extintos. A prescrição não possui apenas uma força extintiva, mas também uma força criadora, promovendo, portanto, uma “completa modificação do até então existente quadro obrigacional”⁴¹. De fato, há um *efeito positivo* na declaração da prescrição: a transformação da obrigação jurídica⁴² em obrigação natural.⁴³

Se a prescrição for um direito potestativo, haverá uma relação de poder-sujeição, devendo-se operar por *vontade unilateral* de quem a aproveita. Esta noção constitui o primeiro passo para que a aplicação do instituto seja facilitada.

Observe-se que não estamos lançando aqui nenhuma tese nova, mas apenas aderindo à corrente que considera a prescrição um direito potestativo.⁴⁴ Nesta linha, ensina EDUARDO TAKEMI KATAOKA, ao tratar do fenômeno prescricional como fato jurídico de formação sucessiva:

³⁹ Veja-se a seguinte passagem: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro”, in: *Revista Forense*, ano 99, março-abril de 2003, vol. 366, p. 124: “Se na verdade a pretensão prescrita se achasse *extinta*, jamais se conceberia que o juiz pudesse proferir decisão favorável ao autor: estaria a conceder-lhe algo que ele já não pode legitimamente pretender” (grifos no original).

⁴⁰ Para efeitos didáticos, adota-se, neste estudo, o conceito de relação jurídica de MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 250.

⁴¹ “...komplete Umstellung des bisherigen Obligationsrahmens” – Josef Esser, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 8ª ed., ampliada por Eike Schmidt, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, Band I, p. 334.

⁴² Esclarecimento: o presente estudo empregará o termo “obrigação” ora como espécie de dever jurídico de natureza patrimonial, ora em seu sentido lato como relação jurídica obrigacional dotada de vínculo jurídico imperativo-atributivo, isto é, que impõe deveres e atribui direitos (*vide*: ORLANDO GOMES, *Obrigações*, p. 11) ou como preferem os alemães, *Schuldverhältnis im engeren Sinne* (HANS BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, 25ª ed., München: C. H. Beck, 1998, p. 8).

⁴³ Neste sentido: SÉRGIO COVIELLO, *A Obrigação Natural*, São Paulo: Leud, 1996, p. 124-129. No direito italiano, BRUNO TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli: Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, 1980, p. 210, sustenta, com apoio no art. 2940 do Código Civil italiano, que um dos efeitos constitutivos da prescrição é a criação da obrigação natural. Contra: ALESSIO ZACCARIA, “L’adempimento di un debito prescritto da parte di un terzo”, in: *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIV, Novembro-Dicembre, 1998, n. 6, p. 759.

⁴⁴ Neste sentido: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “A excepcionalidade da prescrição na vida dos direitos”, in: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, vol. I, p. 440-441.

“O primeiro fato jurídico advém da passagem do tempo após o surgimento da pretensão – a *Anspruch* da doutrina tedesca – e resulta na criação de um direito potestativo para o devedor de extinguir a pretensão do credor; o sujeito passivo do dever jurídico original passa a ser sujeito ativo de um segundo feixe de situação jurídica subjetiva, consubstanciada em um direito potestativo. Este o fato jurídico preparatório. O fato jurídico final é o uso do direito potestativo que levará à extinção da pretensão original, fazendo com que o dever jurídico, a que ela corresponde, perca a força coercitiva.”⁴⁵

Com efeito, é necessário que se promova um giro de cento e oitenta graus na relação obrigacional para tirar os olhos da posição jurídica do credor (seu direito subjetivo, pretensão e ação processual) e enxergar que o devedor é sujeito de direitos e é o verdadeiro titular do direito potestativo de prescrever a obrigação. Tal modo de ver facilita a compreensão do instituto da renúncia à prescrição, que só pode ocorrer quando o prazo prescricional estiver consumado (art. 191, CC/2002). Realmente, só quando estiver adquirido o direito de prescrever, pelo fim do prazo legal, é que será possível a sua renúncia. Se há direito potestativo, este pode ser exercido sem a anuência da parte adversa, sujeitando-a. É necessário, contudo, que o exercício deste direito potestativo ocorra em juízo.

Ensinava AGNELO AMORIM FILHO,⁴⁶ na vigência do Código Civil revogado, que os direitos potestativos atuam, a princípio, mediante simples *declaração de vontade*, sem haver a necessidade de se recorrer às vias judiciais (senão, haveria ausência de interesse processual), como é o caso da revogação de mandato, aceitação da herança, escolha nos casos de obrigações alternativas (art. 884, CC/1916 e art. 252, CC/2002), aceitação da oferta para dar nascimento a um contrato. Entretanto, o mesmo autor esclarece que há outras duas categorias de direitos potestativos: uma em que o exercício depende da concordância daquele que sofre a sujeição (caso contrário, torna-se imperioso o recurso às vias judiciais), como é o caso do direito do condômino de dividir a coisa comum, direito que tem o vendedor de resgatar imóvel vendido com cláusula de retrovenda (art. 1.140, CC/1916 e art. 505, CC/2002), direito que tem o filho de desobrigar imóveis gravados pelo pai fora das hipóteses elencadas em lei, direito de reclamar do vizinho passagem forçada (art. 559, CC/1916 e art. 1.285, CC/2002); e uma última categoria, que impõe que o exercício do direito potestativo seja feito através da ação processual, ainda que aquele que venha a sofrer a sujeição concorde com seu exercício, como é o caso das anulações de casamento, e do direito que têm determinadas pessoas de requererem a interdição de outras.

⁴⁵ “Considerações sobre o problema da prescrição”, in: *Revista Forense*, ano 95, outubro-dezembro de 1999, vol. 348, p. 436.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 103.

A prescrição é direito potestativo que pertence a este último grupo. Embora o Código Civil atual, na esteira do anterior, não possua norma proibitiva de que a alegação extrajudicial produza efeitos, entende-se que o direito potestativo de prescrever terá de ser alegado em juízo (art. 162, CC/1916 e art. 193, CC/2002).

5. Prescrição e prazo prescricional

Primeiramente, deve a prescrição ser distinguida de seu prazo.⁴⁷ Aqui o prazo se refere ao tempo necessário para a constituição do direito potestativo chamado prescrição. Uma vez findo, está o devedor autorizado a sujeitar a parte adversa aos efeitos da prescrição, mas devendo exercer o seu direito potestativo em juízo.

Nesta linha de raciocínio, erra o Código Civil em vigor quando adota, em seu artigo 191, a expressão “quando a prescrição se consumir”; em seu art. 196, “a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr”; e, igualmente, em seus arts. 197 a 200, quando assevera que “não corre a prescrição”. Finalmente, nos arts. 201 a 204 também houve um cochilo do legislador, já que não é a prescrição, mas o prazo prescricional que é interrompido ou suspenso.

Em outras palavras: os dispositivos citados cuidam, na verdade, do prazo prescricional, que, uma vez consumado, confere ao devedor o direito de prescrever a obrigação. Assim, não há que se confundir a prescrição com o seu prazo respectivo. Somente quando estiver consumado o prazo, haverá a autorização legal do ordenamento para que o devedor prescreva a obrigação.

Não se pode olvidar que ninguém é obrigado a exercer o seu direito, em razão da autonomia da vontade, que deve ser respeitada. Nessa linha, ensina HUMBERTO THEODORO JR: “a lei não impõe às partes a automática extinção dos direitos pela simples consumação da prescrição, mas apenas *faculta* ao devedor a possibilidade de negar-se a satisfazer a pretensão do credor que deixou transcorrer *in albis* o prazo legalmente previsto.

⁴⁷ No mesmo sentido: LEONI LOPES, *Ob. cit.*, p. 1.023; PAULO BARROS DE CARVALHO, *Curso de Direito Tributário*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 316: “a prescrição, como fato jurídico que é, não se interrompe nem se suspende. Aquilo que se interrompe é o intervalo de tempo que, associado à inércia do titular da ação, determina o surgimento do fato prescricional.” Entretanto, deve ficar claro que o *crédito tributário prescrito* significa obrigação tributária extinta, e não novada. Nesse caso a obrigação tributária não se transforma em obrigação natural.

Do ponto de vista ético, não seria justo protegê-lo *ipso iure*, sem deixar-lhe a oportunidade de decidir sobre a conveniência, ou não, de prevalecer da defesa derivada da prescrição”.⁴⁸

6. Prescrição e direito intertemporal

É lamentável o regramento dos prazos prescricionais em curso pelo novo Código Civil, o que pode ser visto no seu art. 2.028, *in verbis*: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data da sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Realmente, algumas situações em curso ficaram no vácuo legal, em especial: a) casos em que o prazo não tenha se escoado pela metade; b) prazos prescricionais aumentados; c) prazos que permanecem iguais.⁴⁹ Embora também não esteja regulado na lei, entende-se, pacificamente, que o *termo inicial* do prazo reduzido pela lei nova é o da entrada em vigor desta.⁵⁰

Evidentemente que, nos casos em que o prazo prescricional se consumou sob a égide da lei antiga, não será afetado pelo novo diploma legal.⁵¹ É que com o término do prazo, o devedor adquire o direito potestativo de prescrever. Como se sabe, não pode a lei retroagir para prejudicar direito adquirido (art. 5º, XXXVI da CRFB).

Já no que diz respeito aos prazos prescricionais em curso, pergunta-se: todos serão afetados pela lei nova? Em primeiro lugar, deve-se dizer que a timidez do legislador poderá causar grande confusão nas decisões judiciais, porque nem mesmo na doutrina há consenso nesta matéria.⁵² É possível, no entanto, fixar algumas regras.

Quando o prazo prescricional da lei nova for maior que o da lei anterior (ex: o art. 206, §1º, I do CC/2002 aumentou para um ano o prazo prescricional da pretensão dos

⁴⁸ “Da prescrição e da decadência no novo Código Civil brasileiro”, *in: Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, coord. Arruda Alvim, Joaquim César e Roberto Rosas, São Paulo: RT, 2003, p. 322, Deste modo, qualquer projeto de lei que pretenda, no campo do direito privado, tornar automático o efeito extintivo da prescrição irá contrariar o princípio da eticidade, a autonomia da vontade e o devido processo legal em seu sentido substancial.

⁴⁹ ANTONIO JEOVÁ SANTOS, *Direito Intertemporal e o novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 142.

⁵⁰ MÁRIO LUIZ DELGADO, *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60-62.

⁵¹ HUMBERTO THEODORO JR, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. III, tomo II, p. 297.

⁵² Basta dizer que os dois autores que examinaram a fundo os problemas de direito intertemporal no Novo Código Civil tem opinião divergente em alguns pontos. Enquanto MÁRIO LUIZ DELGADO, *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60-62, entende que o Código Civil atual entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003 e que vale entre nós a chamada retroatividade limitada, p. 52 e 31 e ss., ANTONIO JEOVÁ SANTOS, *Direito Intertemporal e o novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 73 e 53 e ss, assevera que a vigência do Código Civil teve início no dia 12 de janeiro de 2003 e que a Constituição de 1988 agasalhou o princípio da irretroatividade das leis no art. 5º, XXXVI.

hospedeiros ou fornecedores de víveres para haver o pagamento da hospedagem ou dos alimentos, que antes era de seis meses fixado pelo art. 178, §5º, V do CC/1916), a solução é aplicar imediatamente a lei nova a partir da entrada em vigor, mas considerando o tempo já decorrido.⁵³ Quando o prazo da lei nova for igual ao da lei anterior, não há razão para aplicar a lei nova, o que poderia causar confusão na contagem.

Nas hipóteses de redução de prazos, a lei antiga (Código Civil de 1916) terá *ultra-atividade* quando na data da entrada em vigor do novo diploma: 1) houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada (art. 2.028, CC/2002); 2) embora não haja ultrapassado mais da metade do prazo, o término do prazo da lei antiga estiver previsto para ocorrer antes do prazo novo, contado a partir da lei nova.⁵⁴ Nesta última hipótese, se fosse aplicado o prazo da lei nova, teríamos um prazo maior que o da lei antiga, contrariando a finalidade do dispositivo.

7. Sobre a unicidade da interrupção e a suspensão do prazo

Na vigência do Código Civil anterior não existiam limites para promover a interrupção, de modo que o credor poderia interromper quantas vezes quisesse o prazo prescricional. O Código Civil atual restringe tal poder para apenas uma única vez no art. 202, *caput*. Tal norma não inova nosso ordenamento jurídico, porque também nas cobranças das obrigações passivas da Fazenda Pública só se admitia uma única interrupção (art. 8º, Dec. 20.910-32).

Dentro da ótica do devedor, parece haver uma facilidade maior para que o direito de prescrever seja adquirido. Por outro lado, a disciplina da interrupção unitária é deveras prejudicial para o credor, principalmente agora que o devedor pode manipular a interrupção, nos termos do art. 202, VI, que considera haver interrupção “por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.”

De fato, a interrupção única pode estimular o descumprimento das obrigações.⁵⁵ E mais: uma vez interrompido extrajudicialmente o prazo prescricional, dificilmente conseguirá

⁵³ SAMIR EL HAJJAR, “Prescrição: os prazos reduzidos pelo novo Código Civil e a crise na aplicação da regra transitória da prescrição”, in: *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, julho-agosto de 2003, vol. 24, p. 136.

⁵⁴ O resultado é idêntico àquele encontrado por HUMBERTO THEODORO JR, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. III, tomo II, p. 301-302, que prefere dizer que em todas as hipóteses em que uma porção igual ou inferior à metade do prazo da lei anterior tiver passado, ao entrar em vigor o novo Código, será aplicado o prazo reduzido.

⁵⁵ ALAN MARTINS e ANTONIO BORGES DE FIGUEIREDO, *Prescrição e Decadência no Direito Civil*, 3ª ed, São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 54.

o credor exigir em juízo o seu crédito, caso ofereça a sua demanda faltando alguns meses para a consumação do prazo prescricional, já que não haverá uma segunda interrupção pelo despacho do juiz. Por essa razão, criticada deve ser tal disciplina.

No entanto, seria errado impedir o credor de obter uma sentença de reconhecimento do seu crédito só porque realizou uma interrupção extrajudicial. Se houve diligência, com a propositura da demanda antes da consumação do prazo prescricional, não existe motivo plausível para apená-lo. Parece que o legislador civil quis aqui plantar uma grande armadilha com a interrupção única. Resta investigar se há uma possível saída para compatibilizar a norma com o devido processo legal *substancial*.

Há três soluções, a saber: a) considerar suspenso o prazo prescricional enquanto houver litispendência, porque o credor não pode ser prejudicado pela demora da prestação jurisdicional; b) limitar o alcance do art. 202, *caput*, para as interrupções ocorridas fora do processo;⁵⁶ c) considerar a interrupção única para cada uma das hipóteses tomadas isoladamente.

Se for levada em conta a segunda parte do parágrafo único do art. 202, perceber-se-á que, uma vez interrompido o prazo prescricional judicialmente, não há retorno imediato da contagem do prazo. Veja-se o dispositivo:

“Art. 202. [...]”

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, *ou do último ato do processo para a interromper*” (grifos nossos).

Na vigência do Código Civil de 1916, AMÍLCAR DE CASTRO já criticava o disposto no art. 173, que possuía redação idêntica, afirmando que o ato de que deve recomeçar a correr a prescrição, interrompida pela petição inicial, deve ser a sentença positiva de acolhimento da demanda, vale dizer: *a sentença final que julga a ação procedente*, uma vez que da sentença que rejeita a demanda não pode recomeçar a correr nenhuma prescrição.⁵⁷ Na doutrina do autor está assentado que “interrompida pela citação inicial,

⁵⁶ É a solução de ARRUDA ALVIM, “Da prescrição intercorrente”, in: *Prescrição no novo Código Civil*, coord.: Mírna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36. Para CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, *Direito Civil – Teoria Geral*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 553, “em se tratando de causa interruptiva judicial, a paralisação prazal única a que alude o dispositivo legal diz respeito a cada tipo de pretensão. Assim, interrompida a prescrição no processo de conhecimento, uma única vez, não obsta que se venha a interromper, também, a prescrição executiva, pelo despacho no processo de execução”.

⁵⁷ “Da prescrição no curso da lide”, in: *Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado*, São Paulo: Editora do Brasil, 2000, p. 14. Comentando o dispositivo citado, sustenta HUMBERTO THEODORO JR, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. III, tomo II, p. 276, que o último ato do

continua interrompida, isto é, não corre durante o processo”,⁵⁸ e que “é um erro supor-se que a demanda só paralisa o curso da prescrição quando o autor movimentar o processo com o cuidado de não deixar paralisado por tempo superior ao da prescrição”.⁵⁹

Respondendo à crítica de que estaria confundindo as figuras da suspensão e da interrupção, AMÍLCAR DE CASTRO consignou: “eu nunca afirmei que interrupção da prescrição fosse a mesma coisa que suspensão da prescrição. O que eu sustento é que a prescrição, pela citação inicial, fica interrompida e também suspensa, até a sentença final positiva de acolhimento da demanda”⁶⁰ (grifos nossos).

Pode-se dizer, nessa linha de raciocínio, que a segunda parte do parágrafo único do art. 202 prevê, implicitamente, a suspensão do prazo prescricional no curso do processo, quando a prescrição for interrompida pelo despacho do juiz. Todavia, a vingar a tese de que só pode haver uma única interrupção, se esta já se operou extrajudicialmente, não teremos nova interrupção na via judicial e, por via de consequência, o prazo prescricional não se poderia suspender no curso do processo.

Pelo fato de o Código Civil de 2002 não ter arrolado a litispendência como causa autônoma de suspensão do prazo prescricional, nos seus artigos 197 a 199, e a jurisprudência ter consagrado, mesmo sem texto legal exposto, a figura da *prescrição intercorrente*,⁶¹ a solução “a” deve ser descartada.

Por outro lado, pretender limitar a interrupção única para os casos extrajudiciais parece contrariar o texto legal, que não faz tal distinção. Por essa razão, também a solução “b” não pode ser aproveitada.

Parece que a melhor exegese é aquela que vislumbra a possibilidade de haver uma única interrupção para cada causa interruptiva, considerada em si mesma. Em primeiro lugar, porque tal interpretação não está em desacordo com o texto legal. E, em segundo lugar, do ponto de vista da isonomia, essa interpretação evita que o devedor se aproveite do inciso VI, do art. 202, e, tão logo contraia a dívida, promova a interrupção, retirando do credor a possibilidade de interromper o prazo.

processo é: a) em regra, o trânsito em julgado da sentença; b) para os litisconsortes facultativos excluídos antes do julgamento de mérito, o ato judicial que tornou a exclusão definitiva; c) nos processos nulos, o próprio ato judicial que interrompeu a citação.

⁵⁸ AMÍLCAR DE CASTRO, “Da prescrição no curso da lide”, in: *Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado*, São Paulo: Editora do Brasil, 2000, p. 15.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Idem*, p. 21.

⁶¹ HUMBERTO THEODORO JR, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. III, tomo II, p. 281-282.

Em outro giro, há quem diga existir no inciso I do art. 202 verdadeiro “retrocesso legislativo”⁶² quando prevê a ocorrência da interrupção “por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.” É que poderia existir dúvida sobre a derrogação do regime estabelecido pelo Código de Processo Civil. Realmente, a lei processual possui disciplina melhor no §1º do art. 219, porque prevê a interrupção do prazo prescricional na data da propositura. Mas como a própria lei civil faz a ressalva — “na forma da lei processual”, a conclusão é a de que nada mudou.⁶³

No que se refere à *suspensão do prazo*, deve-se realizar uma interpretação conforme a Constituição (art. 226, §3º) para abranger também a *união estável* na hipótese do art. 197, I, do novo Diploma Civil,⁶⁴ porque ela, ao lado do casamento, é outra espécie de entidade familiar.⁶⁵ Do contrário, haveria ofensa ao princípio da igualdade.

8. Outras questões terminológicas

Os dispositivos que se referem à prescrição não devem dizer que “as ações prescrevem em tantos anos”, porque não pode mais ser ignorada a autonomia científica da ciência processual. Por outro lado, afirmar que “as pretensões prescrevem” é reduzir o instituto da prescrição a apenas uma de suas consequências, sugerindo, ainda, um efeito automático com o término do prazo, como está no art. 205 do Código Civil de 2002: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

Como deveria estar na lei a disciplina da prescrição? Como foi dito acima, deve-se ampliar o ângulo de visão do instituto, porque o titular do direito de prescrever é o devedor, e não o credor. Melhor que dizer que o credor perde a sua ação processual, o seu direito ou, ainda, a sua pretensão, seria estabelecer o seguinte na lei: “o devedor tem o direito de

⁶² ANTONIO CARLOS MARCATO, “Interrupção da prescrição: o inciso I do art. 202 do novo Código Civil, *In: Prescrição no novo Código Civil*, coord.: Mirna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

⁶³ Neste sentido: FLÁVIO LUIZ YARSHELL, “Prescrição – interrupção pela citação: confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil”, *in: Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, julho-agosto de 2003, vol. 24, p. 136; ANTONIO CARLOS MARCATO, “Interrupção da prescrição: o inciso I do art. 202 do novo Código Civil, *in: Prescrição no novo Código Civil*, coord.: Mirna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

⁶⁴ “Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal”.

⁶⁵ Neste sentido: CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “Prescrição: questões relevantes e polêmicas”, *in: Questões controvertidas no novo Código Civil*, coord. Mario Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo: Método, 2003, vol. 1, p. 96.

prescrever a obrigação, seja por ação judicial, seja por exceção, se o credor não tiver exercido sua pretensão no prazo de 10 (dez) anos contados do vencimento da obrigação ‘x’”.⁶⁶

Deve-se também abandonar, definitivamente, a distinção feita por parte da doutrina no que se refere aos termos prescrição aquisitiva (usucapião) e prescrição extintiva ou liberatória. Não só porque nosso Código Civil de 2002, na linha do Código Civil de 1916, ignora a primeira expressão, mas também porque há uma diversidade de objeto, pressupostos, e efeitos.⁶⁷ Vejam-se as palavras de LUIZ CARPENTER:

“Pois bem, procuremos no Direito Romano a origem e o desenvolvimento da prescrição, e então veremos que o usucapião nasceu em época muito mais remota que a prescrição das ações, que os dois institutos tiveram vida diferente, e que o Direito Justiniano os fundiu, não com uma consciência clara do assunto, mas sim por confusão de noções, por deficiência de análise, de maneira que a fusão foi impotente para desnaturar os dois institutos, que continuaram, até hoje, a funcionar para fins diferentes (a prescrição aquisitiva ou usucapião para adquirir direitos reais e a prescrição liberatória para extinguir ações) e a exigir requisitos diferentes para sua verificação ou consumação”.⁶⁸

9. Prescrição das obrigações cambiais emergentes de títulos de crédito

Cumprir fazer alusão à prescrição referente aos títulos de crédito, já que o Código Civil de 2002 contém um dispositivo específico, *in verbis*:

“Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;”

Em virtude da expressão “ressalvadas as disposições de lei especial”, deve-se dizer, primeiramente, que toda a legislação especial sobre os títulos de crédito, ainda que anterior ao Código Civil de 2002, continua em vigor. O dispositivo tem aplicação, no entanto, para os

⁶⁶ Nada impede que o devedor ajuíze uma demanda visando o cancelamento da hipoteca no registro de imóveis pelo fato de ter dado um imóvel como garantia de determinada dívida, tendo seu prazo prescricional consumado pela inércia do credor (o exemplo é de CÂMARA LEAL, *Ob. cit.*, p. 68). Aqui a prescrição figura como causa de pedir na demanda.

⁶⁷ CÂMARA LEAL, *Op. cit.*, p. 6. Pregando o abandono por outras razões: PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo VI, p. 98-100.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 67.

títulos de crédito que não tiverem prazo prescricional estabelecido em lei (ex.: títulos de crédito eletrônicos).⁶⁹

Mas aqui não percebeu o legislador que a prescrição fixada é diferente das demais. O exame da legislação dos títulos de crédito permitirá compreender o que se diz. Sabe-se que o portador de uma letra de câmbio tem título executivo extrajudicial (art. 585, I, CPC), e deve propor diretamente ação executiva, sob pena de lhe faltar interesse processual. Em se tratando de obrigações cambiárias, ocorrendo a arguição da prescrição de obrigação emergente de uma letra de câmbio em processo executivo (Decreto n.º 2.044-08),⁷⁰ há, de acordo com a lei, a “desoneração da responsabilidade cambial”, mas isso não implica a extinção da pretensão de direito material, tampouco a exoneração do dever jurídico de adimplir a obrigação. É que a lei admite, mesmo com a declaração da prescrição no processo executivo, o posterior ajuizamento de ação de enriquecimento sem causa,⁷¹ que segue o procedimento ordinário.⁷²

Aqui encontramos uma dificuldade. Parece estranho que, uma vez atingida a pretensão de direito material no processo executivo, possa o autor reacionar a máquina judiciária. Ora, se a pretensão se extingue, de onde surge a outra? A menos que se conceba a possibilidade de existir um direito subjetivo com duas pretensões de natureza diversa, o que parece bastante discutível.

O mesmo problema ocorre com a exigência do pagamento de “cheque prescrito”.⁷³ Observando-se a Lei 7.357-85, iremos constatar a existência de duas prescrições.⁷⁴ Não há aqui a prescrição da pretensão processual à execução, como poderia parecer. Do contrário,

⁶⁹ Neste sentido: RENAN LOTUFO, “A prescrição, os títulos de crédito, a certificação do inadimplemento após o novo Código Civil”, in: *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, coord. Arruda Alvim, Joaquim César e Roberto Rosas, São Paulo: RT, 2003, p. 530 e 538.

⁷⁰ “Art. 49. A ação cambial é a executiva. Art. 50. A ação cambial pode ser proposta contra um, alguns ou todos os coobrigados, sem estar o credor adstrito à observância da ordem dos endossos. Art. 51. Na ação cambial, somente é admissível defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor, em defeito de forma do título e na falta de requisito necessário ao exercício da ação. Art. 52. A ação cambial, contra o sacador, aceitante e respectivos avalistas, prescreve em cinco anos. Art. 53. O prazo da prescrição é contado do dia em que a ação pode ser proposta; para o endossador ou respectivo avalista que paga, do dia desse pagamento.”

⁷¹ “Art. 48. Sem embargo da desoneração da responsabilidade cambial, o sacador ou o aceitante fica obrigado a restituir ao portador, com os juros legais, a soma com a qual se locupletou à custa deste.” Sobre as razões que levaram o legislador a prever a ação de enriquecimento sem causa no direito cambiário, Cf. PAULO ROBERTO COLOMBO ARNOLDI, *Prescrição e Decadência*, São Paulo: Saraiva, p. 76-77 e 106-110.

⁷² Cf. HUMBERTO THEODORO JR, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. III, tomo II, p. 334.

⁷³ Na verdade, o cheque não prescreve, mas somente a obrigação dele emergente, se a prescrição for invocada em juízo.

⁷⁴ Art. 59. Prescrevem em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta Lei assegura ao portador. Parágrafo único - A ação de regresso de um obrigado ao pagamento do cheque contra outro prescreve em 6 (seis) meses, contados do dia em que o obrigado pagou o cheque ou do dia em que foi demandado. Art. 60 A interrupção da prescrição produz efeito somente contra o obrigado em relação ao qual foi promovido o ato interruptivo. Art. 61 A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não-pagamento do cheque, prescreve em 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo desta Lei (grifos nossos).

teríamos, primeiramente, que diferenciar a pretensão material da processual. Ocorre que o conceito de *pretensão processual* é de pouca precisão, existindo inúmeras teorias e definições.⁷⁵

Há quem pretenda, ainda, negar o rótulo de prescrição a essa situação, preferindo chamá-la de *subordinação da eficácia executiva do título a um termo final*, afastando, assim, a disciplina da prescrição⁷⁶. Para esta segunda corrente, o problema seria de ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse-adequação, o que resultaria na extinção do processo executivo, devendo o magistrado examinar tal questão de ofício. É preciso lembrar aqui a lição de RUBENS REQUIÃO: “sempre constituiu motivo de controvérsias o pagamento de cheque prescrito. Sustentamos que não havia motivos para o banco negar o pagamento de cheque prescrito (6 meses) desde que houvesse fundos para cobri-lo, e não houvesse contra-ordem”⁷⁷. Ora, se a prescrição ainda não foi invocada, a obrigação ainda é exigível e, *ipso facto*, não são fechadas as portas do processo de execução,⁷⁸ porque ainda se trata de título executivo extrajudicial.

O melhor entendimento é aquele que sustenta haver aqui a prescrição da eficácia executiva do título.⁷⁹ Fácil é perceber a insuficiência da concepção simplificada de prescrição como “perda da pretensão” no direito privado. A tese da simples perda da pretensão é incapaz de explicar a possibilidade de se cobrar, pela via monitória,⁸⁰ a obrigação emergente do cheque declarada prescrita em sede executiva. Se não há pretensão, como se exige?

Fato é que, ainda que seja declarada a prescrição no processo executivo, resta para o credor a chance de perseguir o seu crédito, com possibilidades de êxito, pelas vias ordinárias ou através de ação monitória. Tem início agora novo prazo prescricional.

Por identidade de razão, o inciso VIII do § 3º, do art. 206, deve ser considerada prescrição da eficácia do título executivo (e não da pretensão) no que concerne aos títulos de crédito atípicos. Uma vez declarada tal prescrição no processo executivo, restará para o credor

⁷⁵ Cf. JORGE PINHEIRO CASTELO, *O Direito Processual do Trabalho na moderna Teoria Geral do Processo*, 2ª ed., São Paulo: LTr., 1996, p. 388 e ss.; CANDIDO RANGEL DINAMARCO, “O conceito de mérito no processo civil”, in: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, vol. I, p. 232 e ss.; EDWARD CARLYLE SILVA, “A ‘pretensão’ no novo Código Civil e sua repercussão processual”, in: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: JFRJ, novembro de 2004, n. 12, p. 76 e ss.

⁷⁶ ALEXANDRE CÂMARA, *Lições de Direito Processual Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, vol. II, p. 190-191.

⁷⁷ *Curso de Direito Comercial*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 2, p. 434.

⁷⁸ Incabível será a declaração da prescrição de ofício pelo magistrado no processo de execução. Neste sentido: BONFIM VIANA, *Fundamentos das Execuções Cambiárias*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 162.

⁷⁹ SÉRGIO SHIMURA, *Título Executivo*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 281.

⁸⁰ NELSON NERY JR e ROSA MARIA NERY, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual em vigor*, 4ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 1375, sustentam que a ação monitória é “ação de conhecimento, condenatória, com procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título”.

ajuizar ação de enriquecimento sem causa (art. 884 a 886 do Código Civil), com novo prazo prescricional (art. 206, § 3º, IV).⁸¹

10. Prescrição da exceção

O art. 190 do Código Civil estabelece que a “exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.” Pode parecer estranho que a prescrição, muitas vezes classificada como “exceção substancial”, possa atingir outras exceções. Seria algo como a “exceção da exceção”. Vejamos o exemplo abaixo.

Mário tinha em face de Sandra um crédito de R\$ 8.500,00. Em virtude de sua negligência, teve o processo em que cobrava o crédito extinto três vezes com base no inciso III do art. 267 do Código de Processo Civil. Neste ínterim, Sandra e Mário celebraram um novo contrato. Entretanto, Mário não pagou o valor de R\$ 5.000,00 estabelecido no novo contrato, embora Sandra tenha cumprido as cláusulas do acordo. Esta, enfurecida, ajuíza demanda de cobrança do valor de R\$ 5.000,00. Pergunta-se: poderia Mário alegar o direito à compensação na contestação e fazer uso da reconvenção para cobrar o crédito restante (R\$ 3.500,00)?

De acordo com o parágrafo único do artigo 268 do Código de Processo Civil, Mário está impedido de ajuizar a ação reconvenicional com fundamento na perempção. O próprio dispositivo ressalva, no entanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito que, no caso, seria o direito à compensação. Ocorre que, se o crédito antigo, no valor de R\$ 8.500,00, não foi cobrado dentro do prazo prescricional, poderia haver a alegação na contestação?

A resposta é afirmativa, porque a prescrição deve ser alegada pela parte interessada. Se Mário alegasse o seu direito de compensar na contestação, Sandra teria de dizer, em réplica, que a *resistência* do réu era injustificada, em virtude da prescrição.

Diferentemente, não poderia o réu alegar a existência de crédito a ser compensado, na contestação, se este já foi declarado prescrito por sentença anterior transitada em julgado. É que há a incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474, CPC), devendo o magistrado pronunciar a prescrição de ofício.

Diga-se, aliás, que houve, novamente, uma confusão entre direito material e direito processual no art. 190 do Código Civil. A prescrição não atinge nem a *ação*, tampouco a *exceção*. Se o legislador tivesse se mantido fiel, teria dito que a “resistência” fundada em

⁸¹ No mesmo sentido: RENAN LOTUFO, “A prescrição, os títulos de crédito, a certificação do inadimplemento após o novo Código Civil”, *In: Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, coord. Arruda Alvim, Joaquim César e Roberto Rosas, São Paulo: RT, 2003, p. 539.

outro direito prescreve no mesmo prazo que a pretensão. Seria coerente, ao menos, com o conceito de lide tradicional (conflito de interesses qualificado pela pretensão do autor e a resistência do réu).

11. Prescrição: exceção ou objeção substancial?

Sob a ótica processual, a arguição da prescrição em juízo constituía, tradicionalmente, um *ônus* para o próprio devedor,⁸² e tal defesa no processo era chamada de exceção. Na classificação das exceções (processuais e substanciais), a prescrição era classificada como *exceção substancial*, porquanto figurava como fenômeno pertencente ao direito material, e exigia a iniciativa da parte interessada.

Somente em alguns casos, a lei exigia que o juiz declarasse a prescrição de ofício. Assim era, por exemplo, a prescrição declarada em favor do absolutamente incapaz (art. 194, CC).⁸³ Nestes casos, ela não era vista como *exceção* (que deve ser oponível pela parte interessada a qualquer tempo na fase processual de cognição até o segundo grau), mas uma *objeção*.⁸⁴

Ocorre que a Lei n. 11.280/2006 alterou a redação do §5º do art. 219, estabelecendo que, em qualquer caso, “o juiz pronunciará, de ofício a prescrição”.

A redação anterior limitava a decretação de ofício da prescrição quando fosse hipótese de “direito não-patrimonial”. Era procedente a crítica de CALMON DE PASSOS⁸⁵ quando afirmava inexistirem direitos não patrimoniais prescritíveis. Para HUMBERTO THEODORO JR., a prescrição é evento próprio das pretensões patrimoniais, devendo-se entender no dispositivo revogado os casos de decadência, já que o Código Civil de 1916 não distinguia a prescrição da decadência.⁸⁶ Tal observação fazia sentido, devendo-se lembrar que a decadência convencional não pode ser declarada de ofício no sistema atual (art. 211,

⁸² Enquanto o *dever jurídico* significa a subordinação da própria conduta a interesse alheio, o *ônus* traduz um imperativo do próprio interesse: realiza-se certa conduta para satisfazer interesse próprio. Consulte-se também: FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria Geral do Direito*, trad. Antônio Carlos Ferreira, São Paulo: Lejus, 1999, p. 289.

⁸³ “Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.”

⁸⁴ Para um estudo mais aprofundado acerca das exceções substanciais, *vide*: MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, principalmente p. 17 e ss., onde o autor tece importantes comentários da relação entre a *praescriptiones pro reo* e a *exceptio romana*.

⁸⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 1984, vol. X, tomo I, p. 242. Neste sentido: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do Processo e da Sentença*, 4ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 99; EDUARDO TAKEMI KATAOKA, “Considerações sobre o problema da prescrição”, *in: Revista Forense*, ano 95, outubro-dezembro de 1999, vol. 348, p. 442. .

⁸⁶ *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. III, tomo II, p. 170-171.

CC/2002). Contudo, o citado autor parece ter mudado de opinião, ao sustentar a efetiva derrogação do art. 219, §5º (em sua redação anterior), a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002.⁸⁷

De qualquer forma, a nova disciplina da prescrição altera radicalmente nossa tradição, a ponto de se qualificá-la de “reforma descabeçada e inócua”⁸⁸. Deveras, se a prescrição é um direito potestativo renunciável, como atribuir ao juiz o poder de decretá-la de ofício? Isto configura injustificável intervenção judicial na autonomia da vontade.⁸⁹ Com o escopo de reduzir o número de processos que se encontram no Poder Judiciário, optou-se por sacrificar a diretriz da eticidade que informa as relações de direito privado.⁹⁰ Por esta razão, ao comentar a nova redação do §5º do art. 219, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ensina que o juiz não terá como decretar de ofício a prescrição de direitos patrimoniais, a não ser que encontre no direito material previsão expressa, e sugere que

“melhor mesmo seria revogar, de *lege ferenda* a infeliz inovação, mas, enquanto isto não se der, o dever do intérprete e aplicador da lei inovadora será o de buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade, e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição, dentro do direito material”.⁹¹

Quanto à pergunta do tópico, melhor seria interpretar restritivamente o dispositivo, e permitir a declaração da prescrição de obrigações relativas a direitos indisponíveis (ex.: crédito tributário) ou sujeitos do direito que mereçam uma tutela diferenciada (absolutamente incapazes).⁹² Somente nestes casos a prescrição poderia ser concebida como objeção substancial.

12. Prescrição: questão de mérito?

Quando alegada como matéria de defesa, a prescrição, se acolhida, enseja a resolução do processo com apreciação do mérito (art. 269, IV, CPC). Alguns doutrinadores pretendem,

⁸⁷ HUMBERTO THEODORO JR “Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho”, in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 94, junho de 2005, vol. 836, p. 67.

⁸⁸ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua”, In: Gustavo Santana Nogueira (org), *A Nova Reforma Processual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1/14, sustenta a inconstitucionalidade do art. 219, §5º do CPC.

⁸⁹ *Idem*, p. 9.

⁹⁰ NELSON ROSENVALD, “Prescrição: da exceção à objeção”, in: Gustavo Santana Nogueira (org), *A Nova Reforma Processual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 206.

⁹¹ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “A exceção de prescrição: aspectos substanciais e processuais”, in: *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 75.

⁹² *Idem*, p. 74.

com razão, chamá-la de “questão preliminar *de* mérito” e não “questão preliminar *ao* mérito”. Esta última expressão tem o significado de questão prévia anterior ao mérito, isto é, fora do mérito (questões processuais como competência, interesse processual etc.); enquanto preliminar *de* mérito é a questão prévia dentro do mérito.⁹³ Isso porque o Código de Processo Civil, ao disciplinar o julgamento conforme o estado do processo, estabeleceu que o processo deve ser extinto, com exame de mérito, se verificada a prescrição (art. 329). Tal exame tem prioridade sobre o julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), bem como sobre a designação de audiência (art. 331, CPC).

Assim, considere-se que o réu, em processo de conhecimento, alegue: a) a obrigação é inexistente; b) ocorreu a prescrição. Não há incoerência alguma no fato de o juiz declarar a prescrição sem que examine a existência da obrigação. Poder-se-ia reclamar que a obrigação que nunca existiu não pode estar prescrita! Isto, no entanto, é irrelevante em razão do princípio da economia processual e da disciplina do julgamento conforme o estado do processo. Vale dizer que, dentro das questões de mérito, o legislador processual impôs o exame da prescrição em primeiro lugar, se não for caso de extinção sem exame do mérito (art. 267, CPC) e não houver autocomposição (art. 269, II, III, V do CPC). Por esta razão, parece ser correta a expressão *preliminar de mérito*.

Mas é preciso lembrar que tal nomenclatura (questão preliminar de mérito) é inadequada para a prescrição da eficácia do título executivo. Veja-se o seguinte exemplo: Raquel propõe ação executiva com base em um título cambial em face de Daniel. Esta oferece embargos, alegando: a) a eficácia do título está prescrita; b) a dívida já foi paga. Que defesa do embargante deve ser apreciada primeiro pelo magistrado? Parece que, neste caso, a defesa referente ao *fato extintivo* da obrigação deve ser examinada com prioridade.

Ora, se o juiz acolher os embargos com base na prescrição, e não no pagamento, abre-se a possibilidade para o credor recorrer às vias ordinárias, através da ação de enriquecimento sem causa ou da ação monitória. Parece claro que o reconhecimento do pagamento é muito mais benéfico para o embargante. Caso o processo de embargos seja extinto, com base na prescrição, terá Daniel *interesse processual* em recorrer da decisão, por haver uma *sucumbência material*.⁹⁴

⁹³ Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Questões prejudiciais e questões preliminares”, *In: Direito Processual Civil: Ensaios e Pareceres*, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 73.

⁹⁴ O termo *sucumbência material* (*materiellen Beschwer*), importado do direito alemão, opõe-se à *sucumbência formal* (*formellen Beschwer*). Não é muito utilizado pela doutrina pátria, mas reconhece sua existência: NELSON NERY JR., *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 5ª ed., São Paulo: RT, 2000, p.

13. Prescrição e contraditório

Se o magistrado indefere a petição inicial declarando, de ofício, a prescrição em favor do absolutamente incapaz, haverá extinção do processo sem apreciação do mérito (art. 267, I c/c 295, IV, CPC) ou com apreciação do mérito (art. 269, IV)?

A doutrina pátria se divide sobre o tema. EGAS MONIZ DE ARAGÃO⁹⁵ entende que a sentença que indefere a petição inicial, com base na prescrição ou decadência, é de mérito, em razão do art. 269, IV, CPC. Para EDSON PRATA, deve ser feita a seguinte distinção: “se a prescrição ou a decadência for encontrada desde logo, ao se despachar a peça inaugural, a decisão judicial não alcançará o mérito; se depois, atingirá o mérito. Evidentes os reflexos dessas decisões no que tange à coisa julgada e à ação rescisória”.⁹⁶ Realmente, a verificação da prescrição, na hipótese, é feita em abstrato, *in status assertionis*, a partir de uma cognição superficial, não podendo, assim, formar coisa julgada material.

Mas o processo moderno exige do juiz o respeito ao diálogo processual. Como adverte CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, a decretação de ofício da prescrição não isenta o juiz da oitiva prévia das partes. Decidir sem ouvir as partes é sempre uma decisão precipitada e que ignora o modelo constitucional de processo justo. Com efeito, “o princípio do contraditório, mesmo sob as vestes da colaboração ou cooperação, deve reger toda atividade

265-6. Opõe-se a sua adoção: ARAKEN DE ASSIS, Condições de Admissibilidade dos recursos cíveis, *In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*, coord.: Teresa Alvim e Nelson Nery, São Paulo: RT, 1999, p. 28-30. Tanto no direito pátrio como alienígena a existência da sucumbência é pressuposto (não requisito!) de admissibilidade do recurso de apelação contra as sentenças de mérito. Mas cumpre distinguir. No direito alemão, enquanto a sucumbência formal se refere à improcedência do pedido do autor, a sucumbência material é pertinente ao prejuízo ou gravame que exista para o réu no caso da procedência. Assim, o réu só sucumbiria formalmente caso formulasse algum pedido. No que tange ao autor, é controvertido a possibilidade de sucumbir materialmente. LEO ROSENBERG, *Zivilprozessrecht*, 14ª ed. continuada por KARL HEINZ SCHWAB, München: C. H. Beck, 1986, p. 862, contrariando outros autores como Brox, Bettermann e Ohndorf, rejeita a possibilidade, mas o exemplo que cita (autor pede a dissolução de uma sociedade comercial e tem pedido julgado procedente) não é, realmente, de sucumbência material. Já no direito pátrio, a sucumbência formal se refere sempre à parte dispositiva da sentença, daí poderem tanto autor e réu sucumbirem formalmente. Entretanto, qualquer tipo de prejuízo de ordem material ou processual, não obstante a vitória na demanda, carece de nomenclatura específica, sendo certo que confere interesse recursal ao vitorioso. Tal é o caso da ação popular que tem o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas e quando o juiz arbitra o valor da condenação do réu por dano moral. Nesses casos tem o réu interesse em apelar. É um dos casos (raríssimos), de sucumbência material (Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. V, p. 297).

⁹⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. II, p. 380. Neste sentido: CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., 2ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. III, p. 226; NELSON NERY JR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 728; FÁBIO GOMES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo: RT, vol. 3, p. 313.

⁹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. II, tomo I, p. 792. Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., 2ª tir., atualização de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo IV, p. 93-94.

do Estado, inclusive do Estado-Juiz.”⁹⁷ Neste sentido, se o magistrado percebe o esgotamento do prazo prescricional, deve, antes de decidir, ouvir as partes. Esta não é, todavia, a orientação vigente, tampouco a que se desenha no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8.046/2010),⁹⁸ que estabelece no §1º de seu art. 307 que:

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

Curiosamente, o PL n. 8.046/2010 apenas autoriza o contraditório se o réu já houver sido citado, criando uma duplicidade de regimes injustificável (art. 474, parágrafo único).⁹⁹ É preciso ter coerência: ou o direito de prescrever pertence ao devedor, e cabe a ele, em qualquer caso, decidir se quer exercê-lo; ou, adota-se um sistema autoritário em que o juiz detém o poder sobre o direito de prescrever do devedor. A disciplina desenhada está assistemática.¹⁰⁰ Por fim, não se pode desconsiderar a lição de CALMON DE PASSOS:

“O Poder Judiciário de nosso país e, por contaminação, o Poder Legislativo, sob o impacto da autoridade (intelectual e funcional) de alguns doutrinadores que se tornam arautos da celeridade, efetividade, deformalização e tudo o mais, fizera do réu o objeto do seu ódio. E todos aqueles princípios, tão verdadeiros e tão merecedores de atenção e de disciplina, por força dessa deformação cabocla, tornaram-se os carrascos do réu, vitimado para possibilitar relatórios judiciais reveladores de altos índices de produtividade, mortaldas com que são envolvidos os cadáveres das garantias do devido processo legal. E o pior, como apontado, é que aqui se emprestou desvalia ao réu, em detrimento, justamente, do princípio da celeridade.”¹⁰¹

⁹⁷ *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, vol. 2, p. 110. Sobre a prescrição no processo arbitral, veja-se interessante trabalho de: NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional, com visão a partir do direito brasileiro*. Tese de Doutorado, São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011.

⁹⁸ Projeto de Lei n. 8.046/2010, disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>>. Acesso em 02 de abril de 2012.

⁹⁹ PL n. 8.046/2010, art. 474, parágrafo único: “Ressalvada a hipótese do §1º do art. 307, a prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar.”

¹⁰⁰ Perfilhando esta corrente, sustenta FREDIE DIDIER JR., “Aspectos processuais da prescrição: conhecimento ex officio e alegação em qualquer fase do procedimento”, *In: Gustavo Santana Nogueira (org), A Nova Reforma Processual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 113, que “a regra do §5º do art. 219 do CPC deve ser aplicada apenas antes da citação do réu”.

¹⁰¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., 2ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. III, p. 239.

14. Decadência da prescrição?

AGNELO AMORIM FILHO¹⁰² já demonstrou com genialidade que, quando estivermos diante de um direito subjetivo violado, terá início o prazo prescricional e, ao revés, quando for fixado um prazo para o exercício de um direito potestativo, haverá prazo decadencial¹⁰³.

Lembre-se que a pretensão é própria dos direitos subjetivos, não existindo nos *direitos potestativos*. No campo das obrigações privadas, a pretensão é a situação jurídica, conferida ao titular de um direito subjetivo violado, que expressa o poder de exigir uma prestação. Já o titular de um direito potestativo não exige prestação alguma, mas ele tem o poder de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo, senão sujeitar-se, nos limites da lei.

Por declaração unilateral de vontade, o titular cria, modifica ou extingue situação jurídica em que outros são diretamente interessados.¹⁰⁴ Portanto, trata-se de uma estrutura jurídica cujo binômio é do tipo *poder-sujeição*, e não do tipo *pretensão-prestação*.¹⁰⁵ Faz-se mister, então, reafirmar que o direito potestativo não é um direito subjetivo, por não lhe ser

¹⁰² *Ob. cit.*, p. 112 e ss.

¹⁰³ AGNELO AMORIM FILHO, *ob. cit.*, p. 131, também se utiliza da tradicional classificação das ações em declaratórias, constitutivas e condenatória, para uma melhor distinção entre a prescrição e decadência, afirmando que as declaratórias são imprescritíveis, as constitutivas se sujeitam a prazos decadenciais (quando a lei fixar prazos para o exercício do direito) e as condenatórias aos prazos prescricionais. Acrescenta, entretanto, que as “ações mandamentais” e “ações executivas *lato sensu*” seriam espécies das “ações condenatórias”, sujeitas, portanto, aos prazos prescricionais. Ousamos discordar do entendimento do douto. Haverá hipóteses onde, a rigor, as sentenças terão eficácia mandamental (e não condenatória!) em que não será possível se vislumbrar prazo prescricional. Exemplo: imaginemos que uma pessoa queira se candidatar em determinado concurso e, no ato da inscrição, seja-lhe proibida a participação, não obstante possuir toda a documentação necessária e preencher os requisitos do edital. Aquela impetra um *mandando de segurança*; há deferimento da ordem um mês antes do concurso. Ora, se o impetrante não comparecer no dia do concurso com o mandado do juiz, por puro comodismo, evidente que terá *decaído* de seu direito de participação. Não há como se vislumbrar a prescrição, *in casu*. Justamente por entender que nas “sentenças mandamentais” e “sentenças executivas *lato sensu*” há atividade executória, prefere OVIDIO BAPTISTA, *Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT, vol. 2, p. 21, incluí-las como ações executivas, para diferenciá-las das tradicionais ações de conhecimento (declaratórias, condenatórias e constitutivas). Também EDUARDO TALAMINI possui estudo precioso: “Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3º do CPC”, *in: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, coord.: Teresa Alvim, São Paulo: RT, 1997, 135 e ss.. Não se pode esquecer do criador da classificação quinária das ações: PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*. Em verdade, o critério de Agnelo Amorim Filho com base na classificação das ações ajuda, mas possui pouca precisão, mormente quando houver controvérsia na doutrina quanto à eficácia da sentença, como acontece com a sentença substitutiva da declaração de vontade (condenatória, constitutiva ou executiva *lato sensu*?). Será que o réu não pode alegar a prescrição no processo em que o autor pediu a declaração (e não a condenação) da existência da obrigação?

¹⁰⁴ LEONI LOPES DE OLIVEIRA, *Direito Civil: introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, vol. 1, p. 409.

¹⁰⁵ MIGUEL REALE, *ob. cit.*, p. 259.

correlato um dever jurídico.¹⁰⁶ Já o direito subjetivo é a situação jurídica de vantagem em que o seu titular está autorizado a receber de outrem, por cooperação, a prestação devida.

Se a prescrição for considerada um *direito potestativo*, haverá prazo decadencial para exercê-lo? Uma vez consumado o prazo prescricional, até quando estará autorizado o prescribente a exercer seu direito de prescrever a obrigação? Até o último momento em que a alegação da prescrição for eficaz no processo de cognição.¹⁰⁷ Regra é que o direito de *praescribere* pode ser exercido a qualquer tempo, entretanto, uma vez iniciado um processo, somente é eficaz a alegação feita na fase cognitiva (art. 193, CC),¹⁰⁸ com exceção do direito de prescrever superveniente à sentença de cognição (art. 741, VI do CPC).

Mas no art. 193 o legislador perdeu excelente oportunidade de tornar clara a regra de que a prescrição só poderá ser levada ao conhecimento dos tribunais superiores caso a questão tenha sido ventilada nas instâncias ordinárias. É que exige-se o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso especial e extraordinário.¹⁰⁹

Não há que se confundir prescrição com decadência. No campo do direito privado, a prescrição é o *direito potestativo* que pode, por conveniência do prescribente, ser deduzida em juízo. Já a decadência é a sanção que atinge o direito potestativo por não ter sido exercido no prazo legal (objeção) ou convencional (exceção).¹¹⁰

Portanto, não há incoerência alguma em dizer que o *direito potestativo de prescrever decai*, porque a prescrição só será eficaz se alegada na fase cognitiva.

Nesta concepção, temos que considerar o direito do devedor de prescrever a obrigação em dois momentos. Em um primeiro momento, consumado o prazo prescricional, surge para o devedor o direito de prescrever a obrigação. Reparem que o prazo prescricional deve ser concebido como um prazo de aquisição de um direito potestativo para o devedor. Tal direito potestativo possui, contudo, um prazo para ser exercido e que possui natureza decadencial. Em outras palavras: do ponto de vista do devedor, enquanto o término do prazo

¹⁰⁶ LEONI LOPES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, vol. 1, p. 375 diferencia o dever jurídico da responsabilidade, entendendo que a responsabilidade só surge no caso do inadimplemento da obrigação.

¹⁰⁷ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *ob. cit.*, p. 292. Diferente será a regra nos casos das obrigações emergentes de títulos executivos.

¹⁰⁸ “Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.”

¹⁰⁹ Em respeito ao princípio da eventualidade (art. 300, CPC), deve a prescrição figurar entre as defesas indiretas de mérito da contestação. Sua *alegação tardia* torna os honorários advocatícios indevidos, nos termos do art. 22 do CPC. Neste sentido: YUSSEF SAID CAHALI, *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*, São Paulo: RT, 1979, p. 81, aduzindo que a alegação é inadmissível na fase de liquidação da sentença. Veja-se, para outras considerações: FREDIE DÍDIER JR., “Aspectos processuais da prescrição: conhecimento ex officio e alegação em qualquer fase do procedimento”, *in*: Gustavo Santana Nogueira (org), *A Nova Reforma Processual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 114/118.

¹¹⁰ CC/2002: “art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei. Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.”

prescricional lhe confere um direito, a decadência fulmina o seu direito potestativo, por não ter sido exercido em tempo oportuno.

Como não há um prazo prefixado em lei, alguns poderiam considerar absurda a existência de uma decadência sem prazo¹¹¹. Pareceria mais cômodo afirmar que houve apenas uma preclusão temporal, em virtude da invocação tardia do direito de prescrever em juízo.¹¹² Entretanto, deve-se reconhecer a existência de dois fenômenos inconfundíveis.

A preclusão deve ser vista pelo prisma processual (a parte não se desincumbiu do *ônus* de alegar, em tempo, a prescrição no curso do processo), e a decadência pelo plano material. Aquela se refere à (in)eficácia da alegação dentro do processo, enquanto a decadência atinge o próprio direito potestativo de prescrever¹¹³. Não ocorre somente a preclusão, pois o direito potestativo de prescrever que se tinha, não mais poderá ser exercido em outro processo.

15. Conclusões

A prescrição constitui um instituto da Teoria Geral do Direito que deve desempenhar função específica de acordo com as necessidades de cada ramo jurídico.

O objeto da prescrição é a obrigação, razão pela qual deveria o instituto se situar na parte referente ao direito das obrigações.

Devendo ser vista como um direito potestativo no direito privado, a prescrição possui os seguintes pressupostos: a) existência de uma obrigação jurídica vencida; b) inércia do titular; c) prazo prescricional consumado; d) legitimidade do prescribente; e) alegação em juízo.

Uma vez reconhecida pelo magistrado, a declaração de prescrição engendra os seguintes efeitos: a) extinção da pretensão (art. 189); b) exoneração do dever jurídico do sujeito passivo da obrigação; c) conversão da obrigação jurídica em obrigação natural.

Objeto da prescrição não é apenas a pretensão (art. 189, CC/2002), mas toda a obrigação jurídica, na medida em que decretada pelo juiz a prescrição atinge também o dever

¹¹¹ Prazo é o intervalo entre dois termos. A existência do *dies ad quem* para o exercício do direito de prescrever é incerto, pois não se sabe se credor proporá demanda visando à satisfação de seu crédito, razão pela qual não há como se pensar em termo. Para um exemplo de decadência sem prazo, *vide* nota 69.

¹¹² A preclusão temporal não se resume às hipóteses de perda de uma faculdade processual por não ter sido exercida em determinado *prazo*, mas prevê outras em que há *momento próprio* (sem prazo fixado) para que seja exercida. A doutrina ignora a existência de uma decadência sem prazo; admite, porém, além da preclusão temporal, a preclusão consumativa e a preclusão lógica. Por que ainda não se pensou na decadência lógica ou consumativa?

¹¹³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo VI, p. 135, preferiu ampliar o termo preclusão para abranger também os casos de decadência ou caducidade.

jurídico, a responsabilidade patrimonial, isto é, todo o vínculo imperativo atributivo que liga os sujeitos da relação jurídica.

Os casos de prescrição declarada de ofício pelo magistrado deve observar o modelo constitucional de processo justo, restringindo-se às relações jurídicas envolvendo direitos indisponíveis (crédito tributário etc.) ou sujeitos especiais (absolutamente incapazes).

Os prazos conferidos ao devedor para exercer o seu direito potestativo de prescrever a obrigação têm natureza decadencial.