

A PRESCRIÇÃO EM FACE DA AUTONOMIA DO DIREITO DE AGIR¹

PRESCRIPTION IN LIGHT OF THE AUTONOMY OF THE RIGHT TO SUE

CÉSAR FIUZA

Advogado. Consultor jurídico e parecerista. Doutor em Direito pela UFMG. Professor Titular na Universidade FUMEC, Associado na UFMG e Adjunto na PUCMG. Professor colaborador na UNIPAC.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma releitura da incidência da prescrição em face da autonomia concedida ao direito de agir. Historicamente, até a promulgação do Código Civil de 1916, era adequada a afirmação de que a prescrição incidia sobre a ação ou sobre a pretensão, pois vigia a teoria processual do direito concreto de agir. Contudo, com a aplicação da teoria do direito abstrato de agir pelo atual Código de Processo Civil, a pretensão do autor passou a ser autônoma e independente em relação ao direito material pleiteado. Consequentemente, o que passa a se extinguir pela prescrição é a responsabilidade do devedor, não mais a ação ou a pretensão do autor. Para corroborar esta conclusão, avalia-se, também, a origem histórica do termo pretensão no Direito Comparado, bem como a sua tradução do alemão para o português, oportunidade em que restou demonstrado que é inadequada a afirmação de que a prescrição incide sobre a ação ou a pretensão do credor, devendo recair sobre a responsabilidade do devedor.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição; Pretensão; Responsabilidade; Autonomia; Agir.

¹ O presente ensaio teve como base o texto de REGINA RIBEIRO, aluna de disciplina isolada do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCMG. Trata-se de especialista em direito médico e hospitalar pela Escola Paulista de Direito e advogada no direito médico e saúde em Belo Horizonte.

ABSTRACT

This article aims to reinterpret the application of civil law statutes of limitation (“prescription”), in light of the autonomy granted to current right to sue. Historically, until the enactment of the 1916 Brazilian Civil Code, one could affirm that prescription applied to the action or to the claim, as the governing procedural theory concerned the concrete right to action. However, the current Brazilian Civil Procedural Code, by applying the theory of the abstract right to action, has made the plaintiff's claim independent and autonomous with regard to the material right being claimed. Subsequently, it is the defendant's liability that is extinguished by prescription, no longer the plaintiff's action or claim. In order to corroborate this conclusion, we will also analyze the historic origin of the term “claim” in Comparative Law, in addition to its translation from German to Portuguese, when it was made clear that the statement that prescription applies to the creditor's action or claim is inaccurate, whereas it should apply to the debtor's liability.

KEYWORDS: Prescription; Claim; Liability; Autonomy; Sue.

1. INTRODUÇÃO

Numa análise baseada na evolução histórica e sociológica do tema, o Código Civil de 1916 previa, em seu art. 177, que “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. (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 7.3.1955)”. Observe que, pela redação do dispositivo legal, a prescrição atingia diretamente a ação.

O Código Civil vigente, por sua vez, dispõe que a prescrição incide sobre a pretensão. É o teor do art. 189, *verbis*: “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”. A mesma referência ocorre nos atuais arts. 190, 205, 206, dentre outros, do mesmo Código. Por outros termos, para o atual ordenamento civil, a prescrição atinge a pretensão, não a ação.

A razão da alteração do Código Civil de 1916 para o atual se deu numa tentativa de adequar a definição de prescrição à teoria do direito abstrato de agir (ou teoria abstrata da ação), segundo a qual, o direito de ação é abstrato, autônomo e independente em relação ao direito material afirmado. É dizer, o direito de ação poderá ser exercido independentemente de existir ou não o direito ao bem da vida pretendido. Negar esta premissa seria o mesmo que afirmar que alguém somente poderia acionar o Poder Judiciário, caso tivesse um

provimento jurisdicional favorável à sua pretensão. De fato, podemos ajuizar ações com base em pretensões contidas na peça inicial, tendo ao final, um provimento negativo, e, mesmo neste caso, o direito de ação terá sido exercido.

O ordenamento jurídico e a doutrina são firmes no sentido da adoção pelo Direito brasileiro da teoria do direito abstrato de agir. Segundo o art. 3º do Código de Processo Civil, “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Fica claro, com esta redação, que a existência do direito material afirmado pelo autor não é requisito para o exercício do direito de ação. Bastam o interesse e a legitimidade, elementos estes de natureza notoriamente processual. No mesmo sentido andou o art. 5º, XXXV da Constituição da República, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Nosso ordenamento acolheu, sem sombra de dúvida, a teoria do direito abstrato de agir.

Opõe-se a esta tese a teoria do direito concreto de agir, já adotada por sistemas processuais de outrora, os quais viam o Direito Processual como um ramo não autônomo e independente do Direito, negando, portanto, o direito de ação desvinculado do direito material. Para esta teoria, o direito de ação somente existiria se o direito material afirmado pelo autor fosse efetivamente procedente, não apenas aparentemente. Não poderia ter prosperado tal pensamento, pois, se fosse aplicado, não haveria como explicar as hipóteses de improcedência do pedido. É dizer, se a ação for julgada improcedente, qual terá sido o direito exercido pelo autor ao acionar o Poder Judiciário? Nesse contexto de amadurecimento das doutrinas processuais, foi necessária uma alteração legislativa civil, que afastasse do ordenamento qualquer incompatibilidade entre a teoria de Direito Processual adotada e o manuseio dos direitos materiais. Exemplo disso, foi o art. 189 do Código Civil, oportunidade em que se desvinculou a prescrição da ação, para vinculá-la à pretensão. O art. 75 do Código Civil de 1916 dispunha que “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Nota-se, neste artigo, sem correspondente no Código atual, uma nítida vinculação do direito de ação à existência do direito material, o que definitivamente não corresponde ao Código de Processo Civil de 1973.

A origem do modelo abstrato, autônomo e independente da ação se deu com a presença, de 1940 a 1946, do jovem italiano Enrico Tullio Liebman em São Paulo, ocasião em que houve o ingresso do método científico na ciência processual em nosso meio, dando

início à “Escola Processual de São Paulo”. Ada Pellegrini Grinover, sobre este passado histórico, comenta:

A “Escola Processual de São Paulo” caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos *pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou res in iudicium deducta), autonomia da ação*, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo. (GRINOVER, 2000; DINAMARCO, 2000; CINTRA, 2000, p.125) (grifamos).

Sobre o tema, leciona Alexandre Freitas Câmara:

[...] Surge, então, a teoria abstrata da ação, ou teoria do direito abstrato de agir, segundo a qual o direito de ação seria, simplesmente, o direito de provocar a atuação do Estado-juiz. Em outros termos, para essa teoria a ação é o direito de se obter um provimento jurisdicional, qualquer que seja o seu teor. (CÂMARA, 2008, p. 110).

Para a maioria dos autores, o fato de o novo Código Civil não utilizar-se da expressão *prescrição da ação*, como fazia o Código Bevilacqua, mas da expressão *prescrição da pretensão* (ou *extinção da pretensão pela prescrição* – art. 189), foi o suficiente para adequar o instituto da pretensão ao caráter autônomo, independente e abstrato do direito de ação (teoria do direito abstrato de agir). Veja-se, por exemplo, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria:

Assim, consoante o art. 189 do Texto Codificado, a prescrição tem como objeto fulminar a pretensão do titular em reparar um direito (subjetivo) seu que foi violado. Note-se, por importante, que o Código Civil explicitou não atingir a prescrição o direito de ação em si mesmo (instituto de direito processual), mas sim a pretensão (esta sim, instituto de direito material), confirmando o caráter autônomo, abstrato, público e subjetivo do direito de ação, resguardado em sede constitucional, pelo art. 5º, XXXV. (ROSENVALD, 2007; FARIA, 2007, p.556).

No mesmo sentido, Ricardo Ribeiro Campos, segundo o qual:

Destaca-se também a tomada de posição do legislador sobre a controvérsia se a prescrição extingue a ação ou o direito. Diz o art. 189 que "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". Merece ênfase a utilização do termo pretensão. Na verdade, a prescrição não extingue, como muitos asseveraram, a ação, tanto que, se reconhecida judicialmente, ainda assim terá havido exercício

regular do direito de ação (cf. art. 269, IV, CPC). O que extinguirá é o poder de exigir a prestação, ou seja, a pretensão. (CAMPOS, 2004, p. 03).

Há, por outro lado, autores que afirmam que o problema não foi corrigido de um Código Civil para o outro, pois a prescrição não incidiria nem sobre a ação, nem sobre a pretensão. Neste sentido, nossa opinião:

[...] Sempre que houver direito a uma prestação, haverá responsabilidade e prazo prescricional. Esse prazo pode ser específico, como os do art. 206, ou genérico, de 10 anos (art. 205), caso não haja prazo específico. O Código Civil, a meu ver, equivocadamente, define a prescrição apenas pela ótica do credor, quando a ótica do devedor é muito mais importante. Em outras palavras, definir prescrição como o fim da submissão do devedor ao credor é muito mais adequado do que defini-la como a extinção da pretensão do credor. É ao devedor que a prescrição beneficia. [...]. (FIUZA, 2008, p. 273)

José Carlos Barbosa Moreira segue a mesma linha de raciocínio, expurgando a possibilidade de a prescrição atingir a pretensão:

Na parte inicial do art. 189, diz-se que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. No rigor da lógica, não é exato supor que a violação efetiva do direito (a uma prestação) constitua pressuposto necessário do nascimento da pretensão. Se esta consiste na exigência de que alguém realize a prestação, duas hipóteses, na verdade, são concebíveis: uma é a de que aquele que exige realmente faça *jus* à prestação, mas há outra: a de que se esteja exigindo sem razão - ou porque o direito inexistia, ou porque não haja sofrido violação, ou ainda porque a prestação, por tal ou qual motivo, não seja exigível. Afinal de contas, há pretensões fundadas e pretensões infundadas. (MOREIRA, 2002, p. 189).

E, mais adiante, na mesma obra, continua o autor:

O outro reparo concerne à declaração, constante da parte final do art. 189, de que a pretensão “se extingue” pela prescrição. É curioso como a idéia de extinção reluta em sair de cena. O Novo Código Civil, que acertou em afastar a tese da extinção da ação, deixa entrar pela janela o que havia expulsado pela porta. *Não é só a ação que a prescrição se revela impotente para extinguir: a pretensão também.* (grifamos) (MOREIRA, 2002, p. 189).

Agnelo Amorim Filho, em seu clássico artigo sobre os prazos extintivos, afirmou que a prescrição atinge a pretensão, apesar de que, na época em que foi publicado, ainda se afirmava que o alvo da prescrição era a ação:

[...] Convém acentuar que quando se diz que o termo inicial do prazo prescricional é o nascimento da ação, utiliza-se aí a palavra “ação” no sentido de “pretensão”, isso é, no mesmo sentido de que ela é usada nas expressões “ação real” e “ação pessoal”, pois, a rigor, a prescrição não começa com a ação e sim com a pretensão; está diretamente ligada a essa, e só indiretamente àquela. (AMORIM FILHO, 1961, p. 121).

Contudo, o próprio Amorim Filho, no mesmo artigo, reconhece a possibilidade de ser inadequada a incidência da prescrição sobre a ação ou a pretensão, em face da autonomia do Direito Processual:

[...] Nas considerações feitas, e nas que se seguem, deve ficar ressalvado o ponto de vista daqueles que, *abraçando a doutrina mais moderna* – e talvez mais acertada – vêm no direito de ação, rigorosamente, um direito de tal modo autônomo e abstrato, que preexiste à relação de direito substancial. Para esses, não há como falar em nascimento da ação, do mesmo modo que não se pode falar em carência de ação. *Para eles, a recusa do sujeito passivo em satisfazer a pretensão não determina o nascimento da ação, pois essa já existia.* Tal recusa apenas representa uma das condições para o exercício da ação. (AMORIM FILHO, 1961, p. 126) (grifamos).

2. DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DA PRETENSÃO

Temos a impressão de que a celeuma se resume, na realidade, à definição dada ao termo pretensão e à natureza jurídica a ela atribuída.

Bernhard Windscheid, figura principal da elaboração do Código Civil Alemão, foi o primeiro a definir a pretensão (*Anspruch*). Segundo seu § 194 (1), a pretensão é “o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão”. À palavra *direito*, contida no aludido dispositivo legal, atribuíam-se o sentido de *poder*. Esta definição acabou sendo repetida maciçamente ao redor do mundo, apesar de seus opositores, ficando consagrada no meio jurídico esta conotação de Direito Material ao termo direito e, conseqüentemente, à pretensão. Para se ter uma ideia irrefutável do caráter material que foi dado ao conceito de pretensão, diversos doutrinadores referiam-se a ela como sinônimo do próprio direito subjetivo. Então, firmou-se que pretensão seria direito, e direito seria poder. André Fontes, contudo, afirma que os dois institutos se diferenciam pela exigibilidade inerente apenas à pretensão:

Direito subjetivo é direito à prestação, enquanto pretensão seria o direito de exigir a prestação (ou mais propriamente, o poder de exigir a prestação). Seguindo a conceituação alemã, pretensão seria o direito subjetivo de exigir a prestação. A consideração da pretensão como direito subjetivo tem origem no direito legislado alemão (§ 194 I do Código Civil), que por sua vez reproduz o pensamento de Windscheid, e tal fato sujeitou toda a literatura teutônica. (FONTES, 2002, p.41).

Por outro lado, e apesar dessa antiga tendência em conferir à pretensão a natureza jurídica de direito material, a corrente opositora, liderada por Carnelutti, emprestou um tom mais flexível ao termo, desta vez de natureza processual, classificando-o como um *ato jurídico*, uma *declaração de vontade*, no sentido de uma *aspiração*, a qual poderia ser fundada ou infundada. Inevitável concluir que, adotando-se a definição Carneluttiana, se a pretensão pode ser fundada ou infundada, ela não será um poder, no máximo um anseio do autor.

Carnelutti criou seu conceito de pretensão como sendo a exigência da subordinação do interesse alheio ao próprio, conquanto não indicie a ideia de *ato*, foi assim por ele caracterizada.

André Fontes manifesta-se sobre este duplo sentido da pretensão, o alemão e o italiano, nos seguintes termos:

A pretensão pode ser vista em relação a algo que se tem ou algo que se quer. No primeiro sentido, é associada à palavra direito; no segundo, à de uma exigência. A definição dada pelo § 194 I do Código Civil alemão, da pretensão como direito (subjetivo) de exigir de um outro fazer ou uma omissão, constitui o primeiro sentido. Destarte, sua consistência independe de qualquer exercício, e não precisa ser objeto de afirmação ou mesmo de conhecimento pelo credor. Marcante na distinção é que esse primeiro sentido fixa o termo *a quo* da prescrição. Noutra sentido, a pretensão significa o desejo direcionado a uma determinada prestação, e se refere especificamente à prestação que está sendo exigida. Diferentemente do primeiro sentido, fica em aberto aqui a prestação desejada pode realmente ser exigida, e a isso se vincula a ideia de ela estar ou não fundada. (FONTES, 2002, p.20).

Apesar de o art. 189 do nosso Código Civil adotar a definição alemã, diversos autores pátrios a conceituam pela teoria Carneluttiana. Vejamos, por exemplo, a posição de José Manoel de Arruda Alvim Netto (1971, p. 398). Para ele, a pretensão seria *a opinião de ter direito*, seria simplesmente *o fato da afirmação de ter direito, aquilo que se afirma como seu*, uma certa *opinio iuris*. O próprio autor admite que o termo seja polissêmico,

mas insiste em que sua consideração não tenha o significado de direito material estabelecido no Código Civil Alemão.

A corrente italiana soa-nos mais adequada, provavelmente em razão do sentido que tem a palavra *pretensão* em nosso idioma. De fato, *pretensão*, no português corrente, não significa *poder*, apenas *aspiração*. O dicionário Aurélio da língua portuguesa assim define o termo:

Pretensão. [Do lat. *Praetensu*, ‘pretendido, pretenso’, + -ão.] S. f. 1. Ato ou efeito de pretender. 2. *Direito suposto e reivindicado*. 3. Vaidade exagerada; presunção. 4. *Aspiração; ambição*: Expôs com clareza a sua pretensão e foi atendido. 5. Dir. Pedido ou objeto da ação judicial. V. pretensões. (FERREIRA, 1986, p.1390) (grifamos).

André Fontes, embora adepto da definição alemã, sobre este aspecto assim se manifestou:

É sabido que não houve identidade evolutiva dos idiomas [referia-se aos idiomas alemão e português], a justificar as bases da suposta correspondência, pois no português a pretensão pode ter tido seu sentido ampliado pelo Direito de modo a exprimir o sentido da “*Anspruch*”, mas, como se sabe, atribuiu-se-lhe um significado comum não correspondente ao da língua alemã, a que sentenciamos ser o de aspiração. (FONTES, 2002, p. 13).

No mesmo sentido, Babosa Moreira (2003, p. 120), ao citar Pontes de Miranda, comenta que este se referia à tradução do termo alemão *Anspruch* por pretensão como sendo uma “infeliz definição”.

Mas não é apenas o sentido corrente da pretensão em nosso idioma que nos conduz a vê-la como um anseio do autor, não como um direito. É que, ao tempo em que se definiu o termo, isto é, à época em que veio a lume o Código Civil alemão, ao Direito Processual não se outorgava a autonomia e a independência dos dias atuais. A teoria da ação, até então empregada no direito, era a concretista. Com a adesão à teoria abstracionista do direito de agir, tanto pela Constituição da República, quanto pelo Código de Processo Civil, é razoável que os conceitos do Direito Civil sejam revistos. Tanto é assim, que foi exatamente nessa tentativa de ajuste dos dois ramos do Direito (o Civil e o Processual Civil) que o novo Código absteve-se de se referir à prescrição da ação, passando a referir-se à prescrição da pretensão. Daí a afirmação de Barbosa Moreira:

O outro reparo concerne à declaração, constante da parte final do art. 189, de que a pretensão “se extingue” pela prescrição. É curioso como a idéia de extinção reluta em sair de cena. O Novo Código Civil, que acertou em afastar a tese da extinção da ação, deixa entrar pela janela o que havia expulsado pela porta. Não é só a ação que a prescrição se revela impotente para extinguir: a pretensão também. (MOREIRA, 2002).

Assim como o entendimento de Arruda Alvim Netto, *supra* mencionado, veja-se também a definição Carneluttiana da pretensão, nos comentários de Cândido Rangel Dinamarco:

Todo processo tem seu objeto, que é a pretensão trazida pelo demandante ao juiz, em busca de satisfação. *Essa pretensão, caracterizada como expressão de uma aspiração ou desejo e acompanhada do pedido de um ato jurisdicional que a satisfaça, constituirá o alvo central das atividades de todos os sujeitos processuais e, particularmente, do provimento que o juiz emitirá ao fim. É em relação a ela que a jurisdição se exerce e a tutela jurisdicional deve ser outorgada àquele que tiver razão.* (DINAMARCO, 2003, p. 300) (grifamos).

E, ainda, Barbosa Moreira:

Na parte inicial do art. 189, diz-se que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. No rigor da lógica, não é exato supor que a violação efetiva do direito (a uma prestação) constitua pressuposto necessário do nascimento da pretensão. Se esta consiste na exigência de que alguém realize a prestação, duas hipóteses, na verdade, são concebíveis: uma é a de que aquele que exige realmente faça *jus* à prestação, mas há outra: a de que se esteja exigindo sem razão - ou porque o direito inexistia, ou porque não haja sofrido violação, ou ainda porque a prestação, por tal ou qual motivo, não seja exigível. *Afinal de contas, há pretensões fundadas e pretensões infundadas.* (MOREIRA, 2002, p. 189) (grifamos).

Ora, se há “pretensões infundadas”, as quais terão o provimento negado pelo Judiciário, não poderão ser tidas como *poder*. É que, mesmo diante de um provimento jurisdicional contrário aos interesses do autor (improcedência da ação), sua pretensão (aspiração, anseio) continuará existindo. Explica-se: tendo em vista que o pedido contido na ação (pretensão) pode ser julgado procedente ou improcedente, a pretensão não pode ser definida como um *poder*, mas será tão somente uma aspiração, um *anseio* do autor. Havendo pretensão infundada, para a qual o Judiciário negará provimento, a pretensão não pode ser um direito de *exigir*, mas será somente uma *aspiração* do autor, passível de ser acatada pelo Estado-juiz ou refutada.

Neste contexto, surgem inconformismos com a redação dada ao art. 189 do Código Civil, segundo o qual: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.” Ora, não é apenas quando o direito é violado que nasce para o credor a pretensão. A pretensão nascerá (*rectius*, poderá nascer) independentemente de ter ocorrido ou não a violação do direito, pois a pretensão do autor é autônoma em relação ao direito que ele afirma ter. Afinal, sua pretensão poderá ser improcedente. E sendo a pretensão autônoma em relação ao direito afirmado, a prescrição – instituto de direito material que é – não terá o condão de fulminá-la, mas, no máximo, torná-la ineficaz. Diante disso, o único *poder* que o autor tem é o direito de ação (e não a pretensão), por ser abstrato, independente e autônomo em relação ao direito material afirmado.

Daí a afirmação de Barbosa Moreira, *verbis*:

[...] Caso se configure realmente a prescrição alegada pelo réu, o órgão judicial julgará improcedente o pedido, *mas não porque o autor já nada pretenda, e sim porque o réu, ao alegar a prescrição, tolheu eficácia à pretensão manifestada*. Se a pretensão na verdade se houvesse ‘extinguido’, jamais seria razoável, omisso que permanecesse o réu, a desconsideração desse fato pelo juiz, com a eventual emissão de sentença favorável ao autor. (MOREIRA, 2002) (grifamos).

E, em outra obra, o mesmo autor assim se manifestou: “Na perspectiva do novo Código Civil, só mereceria o nome de pretensão a pretensão fundada, aquela que se baseie num genuíno poder de exigir.” (MOREIRA, 2003, p. 121-122).

O que se pretende afirmar com isso é que, apesar da inércia do novo Código Civil em manter a antiga definição alemã da pretensão (poder), esta definição está defasada em face do Direito Processual contemporâneo, para o qual o direito de ação é autônomo e independente do direito material afirmado, podendo haver, por isso, ajuizamento de ações com base em pedidos que serão julgados improcedentes, pois há pretensões fundadas e pretensões infundadas. O fato de uma pretensão ser infundada, não retira do autor o exercício do direito de ação (CR/88, art. 5º, XXXV), mas também não se pode afirmar que sua pretensão seja um poder, afinal, o provimento jurisdicional poderá ser denegatório do direito material pleiteado.

Enfim, em que pese o fato de que nos soe mais apropriada a doutrina italiana sobre o tema, o que se observa é que as diferenças de posicionamento residem no fato de que há duas concepções do termo *pretensão*, assim resumidas:

(i) uma de natureza material e de origem germânica, para a qual ou o direito existe, e daí nascerá a pretensão, ou ele não existe, tampouco a pretensão. Nesta definição não há que falar em pretensões fundadas e infundadas, mas em existência ou inexistência da pretensão, haja vista ser a pretensão o próprio direito subjetivo. E, sendo assim, a prescrição estará apta a fulminar a pretensão. Para estes, a pretensão é a consequência necessária da violação ao direito material, traduzindo-se, por isso, no *poder* de exigir de outrem um fazer ou um não fazer;

(ii) há também a concepção de pretensão de origem italiana, de natureza processual, mais adequada aos anseios do Direito Processual moderno, o qual se pretende autônomo e independente do direito material, e, diga-se de passagem, impensável ao tempo da criação da definição alemã do termo pretensão. Neste caso, a pretensão será apenas uma aspiração do autor, independente da existência do direito material, não necessariamente coincidente com o direito subjetivo afirmado, passível, portanto, de ser julgada procedente ou improcedente pelo Estado-juiz.

Complementando-se, é importante que se diga que tanto o Código de Processo, quando a Constituição de 88 adotaram a vertente italiana. O Código Civil, na contramão, ateu-se à antiga corrente alemã.

3. EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Para nós, deve-se mudar a perspectiva pela qual é vista a prescrição, passando-se a enfocá-la sob a ótica do réu, não do autor, como costumeiramente se faz. Afinal, a prescrição é um instrumento a ser utilizado por aquele, não por este. O raciocínio é bastante simples e parte da ideia de que só se pode falar em prescrição diante do inadimplemento de um direito a uma prestação. Esta ideia, aliás, espousa o Código Civil, que menciona violação de direito, no art. 189. Ora, não nos esqueçamos de que só os direitos a uma prestação podem ser violados. Como? Pelo inadimplemento da prestação.

Para entendermos melhor como a prescrição tem a ver com o inadimplemento de um direito a uma prestação, é necessário analisarmos a teoria dualista das obrigações, desenvolvida, na Alemanha, por Brinz. As obrigações são constituídas por dois elementos: a) o débito (*Schuld*), dever jurídico que um dos sujeitos (devedor) de uma relação creditícia ou real tem, de realizar uma prestação em decorrência de uma obrigação, e b) a responsabilidade (*Haftung*), imputação ao sujeito passivo da obrigação, de cumprir efetivamente a prestação ou responder pelo descumprimento da obrigação, com a garantia constituída por seu patrimônio. Nas palavras de André Fontes:

É a teoria-matriz aplicada a partir da Tese Dualista das Obrigações que dissociou o débito da responsabilidade perante o crédito, sendo o débito entendido como o dever de prestar, e a responsabilidade o estado de sujeição dos bens ao poder de outrem, de maneira que a dívida seja um vínculo de pessoas e a responsabilidade um vínculo de patrimônio, pelo que o devedor obriga-se e o seu patrimônio responde. (FONTES, 2002, p. 45).

Os dois elementos surgem em momentos distintos: o débito origina-se com a formação da obrigação, ao passo que a responsabilidade origina-se posteriormente, na hipótese de seu descumprimento, razão pela qual se entende que a responsabilidade é eventual e não necessária na obrigação.

A doutrina fala comumente na possibilidade de haver obrigação com débito, mas sem responsabilidade, como é o caso das obrigações prescritas (bem como as demais obrigações naturais), e cita, também, aquelas em que há a responsabilidade sem o débito, a exemplo da obrigação do fiador.

A par disso, diz-se que a responsabilidade surge com o inadimplemento da obrigação, fato que concede ao credor o poder de exigir seu crédito, isto é, a pretensão (levando-se em consideração sua definição germânica, tal como adotada no art. 189 do Código Civil Brasileiro), a qual se *extinguirá* pela prescrição.

Parte-se do princípio de que as obrigações se cumprem espontaneamente, por força de um imperativo ético. O credor tem, na relação creditícia, a expectativa de obter do devedor a prestação. Se o devedor não a realiza, surge para o credor o poder de agredir-lhe o patrimônio. Quando isso ocorre, desfaz-se a relação de puro débito e tem lugar a relação de responsabilidade. O patrimônio do devedor cumpre a função de garantia. (COVELLO, 1996, p. 92-93).

É como se houvesse uma relação primária (originária) e uma secundária (derivada). O objetivo da relação primária é a prestação. O da relação secundária é a sujeição do patrimônio do devedor ao poder de coerção do credor. A relação primária tem sua essência no débito, do qual surge o dever de prestar. A relação secundária tem sua essência na responsabilidade ou garantia, da qual surge o poder do credor sobre o patrimônio do devedor. É lógico que a relação secundária só ocorrerá se frustrada a relação primária, isto é, se o devedor não pagar espontaneamente.

A finalidade da obrigação é a realização da prestação (relação originária – débito). Não sendo esta satisfeita, segue-se a submissão do patrimônio do devedor ao poder coativo do credor, nascendo uma nova relação (derivada da primeira), a de responsabilidade. (BITTAR, 1990, p. 10).

Pacchioni, em defesa dos dualistas, desdobra débito e responsabilidade, procurando entender cada um desses vínculos sob a ótica do devedor e sob a ótica do credor. Se analisarmos o débito com as lentes do devedor, veremos um dever moral; já com as lentes do credor, haverá mera expectativa. (PACCHIONI, 1927, p. 15 *et seq.*).

Na responsabilidade, por seu lado, se analisada com os olhos do devedor, haverá verdadeira subordinação patrimonial; com os olhos do credor, veremos o direito ou o poder de exigir o pagamento, mediante ação judicial, em outras palavras, seguindo a linha do Código Civil, veremos a pretensão, entendida como poder, em vez de mera aspiração a um provimento jurisdicional favorável. É que Pacchioni escreveu sua obra no início do Século XX, ainda sob a influência da teoria concretista alemã. Naquela época, como visto, não se entendia a pretensão como mera aspiração do autor a subordinar ao seu o direito do réu.

Na realidade processual, o credor pode exigir o recebimento de seu crédito, mesmo que este crédito não exista (lembrando aqui a teoria do direito abstrato de agir), e que, neste caso, terá um provimento negativo do Estado-juiz. Mesmo assim terá o autor exercido seu direito autônomo, abstrato e independente de ação, manifestando sua pretensão. Estaríamos diante de uma pretensão infundada. Por mais que tentemos adotar a definição germânica da pretensão, vendo-a como um *direito* ou *poder* do credor, a Lei processual a desqualifica, pois somente a permite existir tal como é posta, se o provimento

jurisdicional for favorável ao credor. Vale aqui perguntar: que poder ou direito material o credor exerce, quando o Estado-juiz julga seu pedido improcedente? Nenhum. Mas, por outro lado, terá exercido, sem sombra de dúvidas, seu direito de ação, que não é material, mas processual. Desta maneira, afirma-se mais uma vez: em face da atual teoria processual do direito abstrato de agir (adotada pelo CPC e pela CR), que permite ao credor ajuizar a ação, mesmo quando houver apenas aparência de direito subjetivo, a definição germânica de pretensão cai por terra, pois *pressupõe*, erroneamente, a *existência* e a *procedência* do direito material afirmado.

Quando, em tempos remotos da ciência processual, afirmava-se que o direito de ação somente poderia ser exercido, quando o autor tivesse a seu favor a procedência do direito afirmado (teoria concretista da ação), a definição alemã de pretensão era defensável. Mas, com a evolução da doutrina processual, faz-se necessário esse ajuste no Direito Civil. E, por esta razão, propomos que a prescrição recaia sobre a responsabilidade.

Há razões de peso para afirmarmos que a responsabilidade seja o elemento adequado para ser *extinta* pela prescrição. O réu, e não o autor, terá, de fato, o *poder* de valer-se da prescrição, deixando de cumprir sua obrigação, pois prescrição é matéria de defesa. E, neste caso, pode-se mesmo falar em poder, pois poderá ele inclusive optar por renunciar à prescrição e pagar ao credor. É o teor do art. 191 do Código Civil: “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consuma; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.”

Vê-se, portanto, que, quem tem algum poder sobre a prescrição é o devedor, não o credor. Somente ao devedor é dado argui-la e somente o devedor poderá a ela renunciar, cumprindo a obrigação espontaneamente. Ao credor pertence apenas um anseio (pretensão) e um direito autônomo, abstrato e independente, que é o direito de acionar o Judiciário. Em outras palavras, o direito do autor é exclusivamente processual, até que o Estado-juiz julgue procedente o pedido, passando a existir um direito material exigível após o provimento positivo do Poder Judiciário. É por isso que afirmamos que a atual conceituação dada à pretensão é inadequada: ela desconsidera a possibilidade de o Estado-juiz julgá-la improcedente.

Se a responsabilidade, vista pela ótica do devedor (réu), consiste na submissão patrimonial ao credor, vista pela ótica do credor (autor), consiste no poder, ou no direito de exigir a prestação. Qualquer que seja o enfoque, é a responsabilidade que se extingue pela prescrição, e extingue-se independentemente de qualquer ato, seja do devedor, seja do credor. Transcorrido o prazo, extingue-se a responsabilidade. Mas e se o devedor quiser pagar? O pagamento não seria válido? E se o devedor, enquanto réu, deixar de alegar a prescrição a seu favor, não poderia ser condenado a pagar? Nestes casos, a responsabilidade não estaria íntegra? Definitivamente, não. O que está íntegro é o débito. Este não se extingue jamais. Por isso, o pagamento de dívida prescrita é válido; por isso, o réu pode não suscitar a prescrição e eventualmente ser forçado a pagar. Não porque a responsabilidade não tenha sido extinta, mas porque o débito não o foi. E a pretensão? Bem, a pretensão tampouco se extingue pela prescrição. Mesmo que o réu alegue a prescrição e que o juiz, por isso, rejeite o pedido, mesmo assim, a pretensão continua íntegra. Tanto é assim, que se o credor desejar intentar a mesma ação novamente poderá e terá direito a um provimento jurisdicional, mesmo que previsivelmente desfavorável. Entenda-se, de uma vez por todas, que, em nosso sistema processual, a pretensão é uma aspiração do autor a que o direito do réu se subordine ao seu próprio direito. É apenas uma aspiração, não uma certeza, não um poder, tampouco um direito. A pretensão, conceito de Direito Processual, jamais se perde.

Observe-se uma situação emblemática: apesar de já estar extinta sua responsabilidade pela prescrição, o devedor poderá optar por pagar ao credor, e este pagamento não será passível de repetição. É o teor do art. 882 do Código Civil atual: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente exigível.” Ora, se o próprio Código Civil afasta a repetição do indébito em caso de cumprimento de obrigações prescritas, é porque a pretensão não será afastada (*extinta*, nos termos da Lei) pela prescrição. A pretensão do autor persistirá, cabendo ao *devedor* a escolha de adimplir ou não a obrigação. É ao devedor que prescrição beneficia. Nada mais é do que um meio de defesa do devedor, que poderá, inclusive, a ela renunciar, pagando. O pagamento realizado, espontaneamente, pelo devedor é válido, porque o direito a uma prestação é eterno. O débito nunca se extingue.

Humberto Theodoro Júnior refuta esta tese, afirmando o seguinte:

Ora, se o credor não perde a pretensão, porque pode obter pagamento ou condenação, se não invocada a prescrição, o mesmo acontece com a responsabilidade, ou seja, também a responsabilidade prevalecerá, levando o devedor a sofrer a expropriação executiva, se a exceção de prescrição não for tempestivamente argüida. Como então falar, *in casu*, em extinção da responsabilidade? De fato, a prescrição não gera imediatamente a perda da pretensão, mas conduz à sua extinção se o devedor, acionado, fizer uso da respectiva exceção. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 62).

Ousamos discordar. A pretensão, sem dúvida, poderá ser acolhida ou não. No entanto, nunca se perde, pois mesmo que desacolhida, poderá ser renovada em outro processo, mesmo que previsivelmente se saiba que será rejeitada. A pretensão não é um poder ou um direito que se possa perder. É uma aspiração, como dizia Carnelutti. Aspirações não morrem, pelo menos não em nossa processualística. Mas e a responsabilidade? Esta já foi extinta há muito pela prescrição. O que o réu faz é meramente opor uma exceção, alegando exatamente a extinção da responsabilidade. E se não o fizer? E se vier a ser obrigado a pagar? Se não o fizer e vier a ser obrigado a pagar, é porque o débito ainda existe, não a responsabilidade. E uma vez que a alegação da prescrição é algo a que se possa renunciar, o pagamento será feito e será válido. Aliás, este é um engano comum: não é à prescrição que se pode renunciar, mas ao direito de invocá-la.

Em síntese, devemos lembrar que o que não se extingue, mesmo com a prescrição, é o débito. Talvez a isso tenha desejado referir-se Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que do mesmo modo que a pretensão prevalece, também a responsabilidade prevalecerá, levando o devedor a sofrer a expropriação executiva, se a exceção de prescrição não for tempestivamente argüida. Não é a responsabilidade que prevalece, mas o débito.

Vale a pena, neste momento, ilustrarmos o que aqui se afirma, através da jurisprudência. Vejamos:

A prescrição tem início na data do nascimento da pretensão (*actio nata*), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. (STJ – 1ª seção, REsp. 1.003.955, Min. Eliana Calmon, j. 12.8.09, maioria, DJ 27.11/09).

Se adequarmos este texto à definição carnelutiana de pretensão, e adotando, ainda, nossa tese, teríamos o seguinte: a prescrição tem início na data do inadimplemento da

obrigação (caso se trate de obrigação contratual), ou na data da ocorrência da lesão (caso a obrigação tenha origem extracontratual), o que vem a ser os momentos do nascimento da responsabilidade do devedor. Em ambos os casos, há direito a uma prestação violado. Assim, tão logo ocorra a violação, surgirá para o devedor a responsabilidade (elemento da obrigação), entendida, pela ótica do devedor, como a submissão patrimonial ao credor; pela ótica deste, como o poder de expropriar o patrimônio do devedor, evidentemente que pela via judicial. Este, então, será o termo inicial para a ocorrência da prescrição. Uma vez decorrido o prazo prescricional, sem manifestação do credor, estará extinta a responsabilidade do devedor. A responsabilidade, como se vê, tem conotação de direito material. Ocorre que, para concretizar esse direito de submeter o patrimônio do devedor, o credor deverá agir, deverá deduzir sua pretensão em juízo. Por que uma mera pretensão, se a responsabilidade pelo inadimplemento já lhe confere um direito? Simplesmente, porque o juiz não sabe disso. O juiz quererá ouvir a versão do réu, enfim, porque, no Direito Processual, nenhum direito será conferido sem o devido processo legal.

Concluindo, a prescrição atinge a responsabilidade. Com o decurso do prazo, o devedor passa a não mais responder pela dívida; passa a não mais responder pelo inadimplemento do direito do credor à prestação. Assim, se o devedor for acionado, poderá, se quiser, valer-se da extinção de sua responsabilidade pela prescrição, para se defender, não adimplindo, pois, o direito do credor.

Ora, a responsabilidade, na ótica do devedor, consiste em ele responder pelo inadimplemento, sujeitando-se patrimonialmente ao credor, que poderá intentar ação condenatória para exigir seu direito violado. Vista pela ótica do credor, a responsabilidade consiste no direito de sujeitar o devedor ao cumprimento da prestação inadimplida. São conceitos de direito material. A pretensão, por outro lado, é processual; jamais se perde. Não é o direito do credor à prestação, mas o direito de exigir que o devedor seja condenado a realizar a prestação. Uma aspiração. O direito a uma prestação é eterno, não se extingue jamais. O que se extingue pela prescrição é a responsabilidade (poder/direito – pela ótica do credor, ou submissão patrimonial – pela ótica do devedor).

A prescrição poderia, *grosso modo*, ser identificada com a faculdade do réu (devedor) de se opor à concretização da pretensão do autor (credor).

Sempre que houver direito a uma prestação não adimplida, haverá responsabilidade e prazo prescricional. Esse prazo pode ser específico, como os do art. 206, ou genérico, de 10 anos (art. 205), caso não haja prazo específico.

Sintetizando, podemos definir prescrição como a extinção, pelo decurso de prazo, da responsabilidade decorrente do inadimplemento de um direito a uma prestação, surgindo para o devedor a faculdade de opor uma exceção à pretensão do credor.

4. CONCLUSÃO

De todo modo, qualquer que seja a definição dada à pretensão, seja ela de natureza material ou processual, de uma afirmação não se pode escapar: é mais adequado afirmarmos que a prescrição atinja a responsabilidade, não a pretensão, pois a prescrição é matéria de defesa, a ser manuseada, portanto, unicamente pelo réu, não pelo autor. Considerando-se que a pretensão é instituto que se relaciona ao autor, e que a responsabilidade recai sobre o réu, afirmar que a prescrição incida sobre a responsabilidade encerra maiores discussões sobre qual definição de pretensão deveria ter sido adotada pelo ordenamento brasileiro.

Se, contudo, tivermos que afirmar que a prescrição atinja a pretensão, que o seja, no máximo, emprestando-lhe a função de, momentaneamente, tirar-lhe a eficácia, jamais de extingui-la.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3, p. 95-132, 1961.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 5. ed., São Paulo: RT, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Nylson Paim de Abreu Filho. 8. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Nylson Paim de Abreu Filho. 8. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Decadência e Prescrição no Novo Código Civil: breves considerações. *Jus Navigandi*. Teresina, v. 8, n. 453, 3 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5764>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

COVELLO, Sérgio Carlos. *A obrigação natural*. São Paulo: Leud, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Nova Fronteira, 1986.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 13. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIUZA, César. Compreendendo a prescrição e a decadência. *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 24-25, 2008.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código civil e o Direito Processual. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 364, p. 181-193, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 366, p. 119-126, 2003.

PACCHIONI. *Trattato delle obbligazioni*. Torino: Fratelli Bocca, 1927.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência - Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 836, p. 49-68, 2005.