

## **NOTAS SOBRE O *DIES A QUO* DO PRAZO PRESCRICIONAL**

**JUDITH MARTINS-COSTA<sup>1</sup>**  
**Professora Livre Docente pela Faculdade de Direito da USP.**  
**Advogada, parecerista e árbitra.**  
**Vice-Diretora do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC.**

**Sumário.** Introdução. (I) Das funções da prescrição e da centralidade do significado da noção de “pretensão de direito material” para a determinação do *dies a quo* da fluência do prazo prescricional. (II) Da redução dos prazos de prescrição no Código Civil e da noção de pretensão de direito material in concreto. Bibliografia.

### **Introdução**

É por todos alardeado ter o Código Civil de 2002 modificado grandemente o regramento da prescrição, seja do ponto de vista *estrutural* (discernindo, na estrutura codificada, entre prescrição e decadência), seja quanto ao *conteúdo*, reduzindo amplamente os prazos e prevendo outras espécies. Nem sempre, porém, doutrina e jurisprudência retiram a integralidade das consequências de tão notável mudança, continuando a ler o texto novo com lentes aptas àquele revogado. Afigura-se necessário, pois, relembando muito brevemente os bens jurídicos tutelados pelo

---

<sup>1</sup> Professora Livre Docente pela Faculdade de Direito da USP. Foi Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) entre 1992 e 2010. Advogada, parecerista e árbitra. É Vice-Diretora do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC. Este texto foi originalmente publicado em: MIRANDA, Daniel Gomes de *et alli.* (Orgs.) *Prescrição e Decadência*. Estudos em Homenagem a Agnelo Amorim Filho. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 291-304. Sem alterar a sua estrutura e conteúdo, foram aqui melhor explicitadas algumas noções e adicionada bibliografia.

instituto da prescrição, marcar duas e conexas mudanças introduzidas pela Lei Civil: (I) a centralidade da noção de pretensão de direito material e (II) e a interpretação do seu art. 189 de modo harmônico e coerente com o extraordinário encurtamento dos prazos gerais de prescrição, mormente os da responsabilidade civil, cuja compreensão não pode levar ao aniquilamento da pretensão do credor diligente e ativo.

Cabe lembrar, antes de mais, que o termo *prescrição* é usualmente empregado para indicar uma espécie de fato jurídico bem como para explicar uma particular eficácia jurídica, indistinção terminológica que está na raiz de algumas das dificuldades na abordagem do tema<sup>2</sup>. Como espécie de fato jurídico, a prescrição exige suporte fático complexo, envolvendo eventos (o transcurso do tempo) e ações (a inércia do titular de uma determinada situação jurídica ativa)<sup>3</sup>. Seja qual for o ângulo de análise proposto a tal fato jurídico, esses três elementos não de estar presentes. Começamos por abordá-lo sob a perspectiva da análise funcional.

*(I) Das funções da prescrição e da centralidade do significado da noção de “pretensão de direito material” para a determinação do dies a quo da fluência do prazo prescricional*

---

<sup>2</sup> Assim refere LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. As páginas aqui citadas referem-se à versão eletrônica do artigo, disponível em: [www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf](http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf), p.1.

<sup>3</sup> Igualmente assim refere LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). Em: [www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf](http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf), p.2

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

No trato dos conceitos jurídicos é preciso ter em conta as suas funções e finalidades, sob pena de transformá-los em *palavras encantadas*<sup>4</sup> desprovidas de qualquer significado prático. Foi contribuição do realismo jurídico à Teoria do Direito perceber que os conceitos jurídicos devem corresponder a experiências efetivas, a funções práticas ou a diretrizes valorativas, sob pena de consistir em *transcendental nonsense* como, acidamente, denominara já em 1935 o jurista norte-americano Felix S. Cohen. Cabe pontuar, portanto, qual é a razão de ser – isto é, quais são as funções e finalidades – da prescrição como instituto jurídico, apontando às “experiências efetivas” que a justificam e às diretrizes valorativas cuja concretização que visa possibilitar<sup>5</sup>.

Tanto no passado quanto no presente, a função primordial e imediata da prescrição é punir a inércia<sup>6</sup>, como traduzido nos arcanos adágios: *Dormientibus non succurrit jus e iura scripta vigilantibus*. No entanto, a inércia a ser punida não significa todo e qualquer fato da inatividade. Trata-se, mais propriamente, da inércia “como não-atividade quando esta pode ser desempenhada”<sup>7</sup>. A inação do titular se há de verificar

<sup>4</sup> COHEN, Felix. S. *El método funcional en el derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 54. (No original: Transcendental Nonsense and the functional approach. Columbia Law Review, vol. XXXV, n. 6, 1935). Ora em: [moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf](http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf)

<sup>5</sup> COHEN, Felix. S. *El método funcional en el derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 54. (No original: Transcendental Nonsense and the functional approach. Columbia Law Review, vol. XXXV, n. 6, 1935). Ora em: [moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf](http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf)

<sup>6</sup> Assim está na totalidade da doutrina, exemplificativamente, entre os modernos comentaristas do Código Civil: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 355; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Arts. 185 a 231. Vol. III, Tomo II. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008, p. 154. Nos repertórios jurídicos: GRASSO, Biaggio. Vocabulo. “Prescrizione (dir.priv.)” em: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p. 63. Na antiga doutrina, disse SAVIGNY ser a prescrição “la pena della negligenza”, conquanto esclarecesse “Quella espressione [pena] deve dunque considerarsi non come ragione positiva della prescrizione dell’azione, ma come giustificazione di essa contra il rimprovero di rigore e di iniquità. (*Sistema del Diritto Romano Attuale*. Vol. V. Tradução italiana de Vittorio Scialoja. Turim: Unione Tipografico Editrice, 1893, p. 311-312.

<sup>7</sup> ARRUDA ALVIM. Da Prescrição Intercorrente. Em: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil*. Uma análise interdisciplinar. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28. Negrito do Autor e destaques meus.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

“em circunstâncias que o direito positivo considere adequado avaliar” como “justificadora da composição da prescrição e da subsequente eficácia prescricional”<sup>8</sup>, assegurando, assertivamente, Arruda Alvim: “Não se deve admitir a ocorrência de prescrição se não houver inércia do credor”<sup>9</sup>. Trata-se de uma *inércia qualificada*. O que se pune, pois, é a inatividade do credor que, embora implicitamente, demonstrou não ter interesse em fazer atuar a relação jurídica que o liga ao devedor, bem esclarecendo Biagio Grasso pressupor a inércia “la necessità di un determinato comportamento per il raggiungimento di una situazione finale per sé vantaggiosa”<sup>10</sup>.

Como está assentado na doutrina, a inércia adquire relevância jurídica quando assume o caráter de um *comportamento concludente*, vale dizer: de um comportamento, ativo ou omissivo, do qual se pode deduzir um *significado declarativo*, apreensível por meio de uma recognoscibilidade tácita (ou, para Betti, indireta) acerca da existência de uma manifestação de vontade<sup>11</sup>. Teleologicamente coligada a esta função está a de assegurar a estabilidade e segurança jurídicas que poderiam ser

<sup>8</sup> As expressões entre aspas são de LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). Disponível em: [www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf](http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf), p.3

<sup>9</sup> ARRUDA ALVIM. Da Prescrição Intercorrente. Em: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil*. Uma análise interdisciplinar. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

<sup>10</sup> GRASSO, Biaggio. Vocábulo. “*Prescrizione (dir.priv.)*” em: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p. 58.

<sup>11</sup> GRASSO, Biaggio. Vocábulo. “*Prescrizione (dir.priv.)*” em: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p. 63. Acerca do significado da expressão “comportamento concludente” consulte-se a exaustiva obra de MOTA PINTO, Paulo Cardoso C. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995 (sobre o significado declarativo da concludência, em especial p. 767 e ss). A noção de uma “recognoscibilidade indireta” no comportamento concludente está em BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Tradução espanhola de Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 109; para Orlando Gomes, há declaração tácita, resultante de circunstância indicativa da vontade (GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por AZEVEDO, Antonio Junqueira e MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 61). Não há dissenso doutrinário quanto à possibilidade de a manifestação tácita ser configurada por meio de “atos ou omissões que se hajam de interpretar, conforme as circunstâncias, como manifestação de vontade (...)”, isto é, por meio de comportamentos concludentes (e.g., PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, § 4.188, p. 22-24).

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

perturbadas pela reviravolta de situações há longo tempo assentadas, nesse sentido a prescrição servindo como garantia da certeza do direito. Esta – a certeza do direito –, deriva, pois, do transcurso do tempo conectado ao significado declarativo que, concludentemente, foi razoável retirar do comportamento inerte do titular do direito.

Como regular, na minúcia, as duas funções centralmente atribuídas ao instituto da prescrição é matéria de política legislativa; tanto assim é que os diferentes Códigos as regulam diversamente<sup>12</sup>. Embora distintas sejam as regras específicas, em cada sistema ou época histórica, o certo é que aquelas duas e coligadas funções acima destacadas não de ser sempre antevistas e asseguradas pelo intérprete, não sendo lícito a este esquecê-las, subvertê-las ou ultrapassá-las. Caso contrário, a prescrição, como instituto jurídico, simplesmente careceria de sentido prático, redundaria em um *transcendental nonsense*, consagrando-se o absurdo de punir quem não agiu por não poder agir.

É justamente nesse ponto que está situada a primeira questão suscitada pelo regramento do tema no Código Civil de 2002, aqui se encontrando estrutura e função: qual o significado da noção de, *pretensão* que repercutirá na configuração da prescrição? Para responder a esse questionamento é preciso um brevíssimo olhar às origens.

O Código Civil de 1916 tratava a prescrição a partir de seus *efeitos*, misturando, desordenadamente, hipóteses de prescrição e de decadência<sup>13</sup> e tendo como

---

<sup>12</sup> Para uma síntese do regramento da prescrição no Código Civil alemão (o antigo e o reformado) e o Código Civil português, bem como da evolução histórica e as previsões nos Códigos francês e italiano, conferir em: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 115-172.

<sup>13</sup> E é justamente para por ordem a essa confusão que escreveu Agnelo Amorim Filho, seu utilíssimo e multicitado texto “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis” criticando os autores que nela incorriam e, apontando ser necessário, para se estabelecer

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

pressuposto a ideia, expressa por Bevilacqua, da prescrição da ação, palavra essa tomada em seu sentido processual. Em contraposição, no vigente Código Civil (que melhor disciplina o instituto do ponto de vista metodológico), prevaleceu o entendimento de Moreira Alves, centrado na noção de *pretensão*, tal qual advinda da obra do pandectista Bernard Windscheid ao conceber a noção de *Anspruch* considerando-a “somente aquilo que se pode exigir”<sup>14</sup> e, assim, liberando-a de seus elementos processuais. Por esta razão é relevante ter em conta a explicação dada pelo Relator da Parte Geral no Anteprojeto de Código Civil, até mais para desfazer confusões – ainda hoje frequentíssimas na doutrina – entre as noções de pretensão quando reportadas ao direito material e ao direito processual<sup>15</sup>.

“Como se sabe” – alude Moreira Alves – “não é bem definido, na doutrina, o conceito de pretensão”<sup>16</sup>. Por isto o explica, a partir de sua origem, nos seguintes termos: “O Projeto considera como pretensão o que Savigny denominava ação em sentido substancial ou material, em contraposição à ação em sentido formal ou processual. (...). Observa Pugliese (...) que, em verdade, Windscheid, ao conceber a pretensão (*Anspruch*), nada mais fez do que dar a denominação de pretensão ao que Savigny chamava ação em sentido material, e isto porque Windscheid a “concepì come un diritto di chiedere l’eliminazione della violazione di un diritto primario (in special modo di un diritto reale) e pertanto come una figura diversa sia da codesto diritto (il quale ne

---

uma distinção juridicamente adequada, procurar a causa, e não o efeito (“o que se procura é a causa e não o efeito.”). Ensaio originalmente publicado na *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º. jan./jun. 1961, p. 95-132. Consultei versão eletrônica no repositório RTOonline, p. 5.

<sup>14</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.157.

<sup>15</sup> “O esclarecimento da situação jurídica que se titulariza na prescrição é um campo absolutamente controverso”. Assim bem alerta LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). Disponível em [www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf](http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf), p.3

<sup>16</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.157, nota de rodapé n. 7.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

sarebbe il fondamento), sia dall'actio (la quale sarebbe condizionata alla mancata soddisfazione dell'Anspruch)" (Actio, cit., p. 253)".<sup>17</sup>.

O que importa reter desta passagem é que a pretensão (tal qual foi referida no art. 189 do vigente Código Civil) não se confunde com a lesão em si, ou com o descumprimento do dever jurídico, tampouco com o direito subjetivo, embora possa haver coincidência temporal, por vezes, o que em absoluto significa sinonímia entre os fenômenos<sup>18</sup>. O Código vigente, diz ainda Moreira Alves, "adotou a tese por mim sustentada no Projeto parcial originário, segundo a qual o que prescreve é a pretensão, e não a ação"<sup>19</sup>.

Em sua extraordinária obra, explicara Bernard Windscheid a noção de *Anspruch* (traduzida para o idioma italiano como *pretesa*) a partir das distinções relativamente ao conceito romano de *Actio*. Este se vinculava com a razão "judiciária" de uma ação, e não, propriamente, com a razão "jurídica" de agir<sup>20</sup>. Na terminologia que então propõe, a razão "jurídica" de agir poderia ser traduzida com a expressão "pretensão" para indicar não apenas o pretender como fato, "ma anche come pertinenza giuridica, quindi come diritto di pretendere, di richiedere qualche cosa da un altro"<sup>21</sup>.

Porém, é preciso atenção: também o termo *pretensão* não tem significado unívoco, bem alertando Luigi Orso sobre a dificuldade de fornecer um conceito geral.

<sup>17</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.157, nota de rodapé n. 7.

<sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 615, p. 451-462; REALE, Miguel. Situações Subjetivas e Direito Subjetivo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. LXXI. São Paulo, 1976, p. 9-24.

<sup>19</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99.

<sup>20</sup> WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Tradução italiana de FADDA, Carlo e BENZA, Paolo Emilio. Vol. I. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 124-125.

<sup>21</sup> WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Tradução italiana de FADDA, Carlo e BENZA, Paolo Emilio. Vol. I. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 122.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Distinguem-se, fundamentalmente, os significados *processual* (geralmente: *pretensão à tutela jurisdicional*, ou em alemão, *Rechtsschutzanspruch* como direito “concreto” à tutela estatal, o que ocasiona, há décadas, a cizânia entre os processualistas<sup>22</sup>) e *material* (como a faculdade de *poder exigir* algo de alguém, expresso, de modo concreto, na possibilidade de constringir o sujeito obrigado a fazer ou a omitir-se<sup>23</sup>). É necessário, além do mais, ter cuidado com o emprego atécnico por vezes utilizado na legislação<sup>24</sup>.

Para o tema da prescrição, relevante é a pretensão de direito material, e para o conceito de direito material, importa a *exigibilidade*. Pretensão é poder exigir, de outrem, uma prestação. O objeto da pretensão é, pois, o que se pode exigir podendo-se perfeitamente bem sintetizar a questão na fórmula: pretensão = possibilidade de exigir<sup>25</sup>.

A noção do “não poder exigir (ainda)”, por razões de fato ou de direito, é de fundamental importância para compreender a regência que o vigente Código Civil deu ao tema da prescrição, infletindo na definição do marco inicial de sua fluência. Por vezes, o “poder exigir” *coincidirá* com o momento do surgimento do direito subjetivo; por outras, será *contemporâneo* à própria lesão; porém, em outras hipóteses, haverá uma *décalage* entre um e outro; entre violação do direito e exigibilidade; entre exigibilidade e

<sup>22</sup> Para uma síntese da secular polêmica leia-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 49-53.

<sup>23</sup> ORSI, Luigi. Vocábulo “Pretesa”, em: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p. 365

<sup>24</sup> ORSI, Luigi. Vocábulo “Pretesa”, em: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p. 360

<sup>25</sup> O tema fora bem esclarecido por Pontes de Miranda (ver adiante) e é agora também retomado por LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). Disponível em: [www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf](http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf), p.5.



vencimento, como Pontes de Miranda bem demonstra no Tomo XXII de sua *opera magna*<sup>26</sup>.

Há, de fato, várias situações em que o ciclo da relação obrigacional – que se desenvolve como um processo, polarizado pelo adimplemento<sup>27</sup> – atravessará fases, exigirá procedimentos prévios, inclusive não judiciais, como no seguro, em que a *regulação do sinistro*, configurando “procedimento indispensável ao cumprimento do contrato de seguro”, integra-se à relação obrigacional como momento antecedente (e obrigatório) ao da exigibilidade da prestação securitária, já que, “para exigir a indenização não basta ao segurado ter suportado as consequências do sinistro. É preciso que este seja levado ao conhecimento do segurador, para sofrer, de sua parte, averiguação e análise, de tal modo que a indenização somente ocorra depois que este esteja convicto de que realmente o dano atingiu o bem segurado e se deu na conformidade com os termos e condições da cobertura securitária”<sup>28</sup>.

Em suma: o fato de, comumente, ocorrer *coincidência temporal* entre violação a direito e exigibilidade da pretensão não significa, de modo algum, que os fenômenos

<sup>26</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 2.680, p. 17

<sup>27</sup> Assim abre seu clássico estudo COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 23

<sup>28</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato de Seguro. Ação do Segurado contra o Segurador. Prescrição. Parecer publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 924, out./2012, p. 79 e ss, disponível em versão eletrônica no repositório RTOnline, p. 5, nota de rodapé 21 (remetendo ao estudo THEODORO JÚNIOR, Humberto. A regulação do sinistro do direito atual e no PL 3.555/2004”. *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, 2006. p. 203-204). O Parecer também será publicado em MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Orgs.). *Estudos de Direito Privado – Homenagem ao Prof. Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013 (no prelo).

sejam o mesmo<sup>29</sup>, nem que haja necessária contemporaneidade entre o momento do nascimento da pretensão e o do seu exercício.

Essa percepção ilumina, aliás, a recorrente expressão *actio nata*, que tem levado a confundir o momento do ato de lesão com o momento da constatação efetiva do dano e início da exigibilidade, inclusive obnubilando as características – entre si diversas – do exercício da pretensão, quer se trate de direitos obrigacionais (ou relativos), ou de direitos reais (ou absolutos). Ademais a expressão é indistintamente empregada, de um lado, pelos partidários do entendimento segundo o qual a prescrição iniciaria com “o ato” da lesão, independentemente do conhecimento da vítima acerca da lesão ou da própria exigibilidade que está no núcleo conceitual da pretensão; e, de outro, também referida pelos que entendem só iniciar o prazo prescricional quando, mormente nos Direitos de Crédito, o lesado tem, ou pode ter, *conhecimento do fato* e, assim, pode, querendo – e se não quiser restar inerte – exigir a pretensão<sup>30</sup>.

A fórmula *actioni nondum natae non praescribitur* (ou seja: contra a ação não ainda nascida, não há prescrição) compreende, literalmente, que “*para que puede comenzar a contarse el tempo de la prescripción es menester que la acción haya*

---

<sup>29</sup> Novamente, Pontes de Miranda: “Quando o Código Civil alemão, § 194, definiu a pretensão como “o direito de exigir de outro fazer ou não fazer”, confundiu os dois, o direito e a pretensão, definindo o efeito pela causa. Certamente, a pretensão dirige-se a pessoa determinada, a sujeito único ou total, que é o sujeito passivo da relação jurídica; mas se ela é a direção, a atividade do direito diante de si, não se identifica com ele. Atividade potencial para frente, faculdade jurídica de exigir; portanto, algo *mais*”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 615, p. 451, ênfase original).

<sup>30</sup> Exemplificativamente, no Superior Tribunal de Justiça: “2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “*actio nata*”, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências. (REsp 1.276.311/RS. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. em 20.09.2011, DJ em 17.10.2011). Ainda: (AgRg no Ag 1392572/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 04.10.2011. DJ em 06.10.2011, grifei).

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

nascido”<sup>31</sup>. Como é facilmente apreensível, este sentido está ligado, originalmente, à concepção segundo a qual o que prescreve é a ação, tal qual entendido também entre nós, majoritariamente, na vigência do Código de 1916. Porém, mudando o conceito de base para o cálculo do marco inicial da prescrição – não mais a “ação”, mas a pretensão como o “poder exigir” –, evidentemente há de ser contextualizado<sup>32</sup> o significado da arcana expressão *actio nata*. Não se trata de saber o momento da “ação” (de direito processual), mas da exigibilidade da pretensão (de direito material), sendo essa “mais” que o direito subjetivo, pois caracteriza o seu “momento dinâmico”. Bem distingue, por isto, Rodrigo Xavier Leonardo ao assinalar:

“A pretensão seria algo a mais do que o direito subjetivo, que é categoria eficaz de cunho *estático*. Quem tem em mãos um direito subjetivo é titular de uma situação jurídica ativa que é *estática* por estar destituída, ainda que em princípio, de um poder de exigibilidade, de uma *possibilidade* de atuação sobre a esfera jurídica alheia para se exigir um cumprimento”. E ajunta: “Quem é titular de uma pretensão tem em

<sup>31</sup> DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. 7ª ed. 1ª reimp. Madrid: Tecnos, 1990, p. 471.

<sup>32</sup> A ausência de contextualização explica o curioso fato da existência de decisões jurisprudenciais que, empregando a mesma expressão – “princípio da *actio nata*” – levam a resultados diametralmente opostos, ora exigindo a ciência inequívoca do lesado acerca da lesão, ora a dispensando, ora confundindo pretensão processual e material e mesmo esta e “ação” no sentido processual. Veja-se, exemplificativamente, o voto da Relatora no REsp 1.168.336/RJ, aludindo ao nascimento do “direito subjetivo de ação” como marco da *actio nata*. Em sentido diverso, também exemplificativamente, a Relatora do REsp 1.168.680/MG (Segunda Turma, j. em 20.04.2010. DJ em 03.05.2010), segundo a qual “(...) O direito de pedir indenização, pelo clássico princípio da *actio nata*, surge quando constatada a lesão e suas consequências, fato que desencadeia a relação de causalidade e leva ao dever de indenizar”. (Assim também se entendeu que a indenização por erro médico não nasce com o fim do processo ético-disciplinar no órgão fiscalizador da classe médica, mas, sim, com a constatação do dano, no REsp 1.189.169/SC, Decisão Monocrática. j. em 07.11.2011. DJ em 10.11.2011).

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

mãos, repita-se, algo a mais. Titulariza uma situação jurídica dinâmica: detém o *poder de exigir* uma prestação, positiva ou negativa, de alguém”<sup>33</sup>.

Determinar o início do prazo prescricional na pretensão de direito material não foi a única modificação ocasionada na matéria pelo Código Civil de 2002. Como é por todos sabido, foram profundamente reduzidos os prazos prescricionais gerais, fato cujo significado há de ser destacado em vista de suas implicações sistemáticas. E, em vista das mesmas implicações sistemáticas e das diretrizes fundamentais<sup>34</sup> do Código Civil, é preciso ainda esclarecer: o “poder exigir” que marca o *dies a quo* da fluência do prazo há de ser encontrado por um juízo em abstrato ou em concreto?

*(II) Da redução dos prazos de prescrição no Código Civil e da noção de pretensão de direito material in concreto*

Já antes da entrada em vigor do Código de 2002 vinha a doutrina postulando a redução dos extensos prazos prescricionais constantes do Código de 1916 que determinava para as ações pessoais – como as de responsabilidade civil – o lapso de vinte (20) anos. Tão longo período tinha se tornado, efetivamente, disfuncional e desnecessário diante do acelerar do tempo e do encurtamento do espaço proporcionados pelos contemporâneos meios de comunicação e de transporte. No entanto, é preciso compreender o sistema em sua integralidade, e não apenas aos pedaços.

<sup>33</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). Disponível em: [www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf](http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf), p.6. Todos os destaques são do autor.

<sup>34</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 40 e 41. De modo geral, também em: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson L.C. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Sendo bens jurídicos tutelados pelo instituto da prescrição, o exercício da *possibilidade de exigir algo* de modo compatível com o asseguramento da *estabilidade das relações jurídicas* – bem apontando Agnelo Amorim Filho em seu clássico ensaio à *“intranquilidade social que o instituto procura evitar”*<sup>35</sup> –, era perfeitamente coerente conjugar um prazo prescricional longo com o chamado “modelo objetivo” da contagem do prazo, *i.e.*: aquele vinculado exclusivamente com a data da efetiva lesão, independentemente do conhecimento da vítima acerca da lesão ou da própria exigibilidade (o “poder agir”) que está no núcleo conceitual da pretensão. Não parecia necessário, então, distinguir com acurácia entre direito, lesão, pretensão, e ação, pois o prazo prescricional longuíssimo assegurava que, em seu devir, todos os efeitos da violação do direito pudessem já, normalmente, ter sido concretizados no patrimônio ou na pessoa da vítima. Deste modo, restava implicitamente assegurada, no transcurso daquele longo prazo, a ciência da vítima tanto acerca da lesão em si quanto sobre o seu efetivo impacto patrimonial e extrapatrimonial. Se o lesado não agia, era, normalmente, por inércia (negligência), sendo, assim, punido com a prescrição.

Em contrapartida, quando o prazo encurta – e, no caso, quando encurta *radicalmente*, de vinte (20) para três (3) anos, como no Código Civil brasileiro, ou de trinta (30) para três (3) anos, como no Código Civil alemão reformado –, os diferentes sistemas o conjugam com modelo subjetivo ou subjetivado de cômputo do *dies a quo*, justamente para assegurar aqueles bens jurídicos estruturantes do instituto da prescrição. Caso contrário, esse instituto, funcionalmente direcionado – como antes se sublinhou – a punir a inércia e a assegurar a permanência de situações há longo tempo estabelecidas, restaria totalmente descaracterizado, arriscando-se punir quem não agiu simplesmente por não poder – humanamente – assim proceder, já que sequer tivera a

<sup>35</sup> 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. 3º. jan./jun. 1961, p. 95-132. Consultei versão eletrônica no repositório RTOonline, p. 9.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

possibilidade de saber que fora lesado em um bem jurídico indenizável e, conseqüentemente, não pudera exigir a prestação correspondente à lesão.

Desta forma, para assegurar a manutenção daquelas funções estruturantes do próprio instituto, ou se exige o conhecimento do ato ilícito, por parte da vítima, ou distingue-se entre o atingimento do direito subjetivo e o nascimento da pretensão, que é – repita-se ainda uma vez – o *poder exigir* determinada prestação. Se assim não ocorresse, seria punido quem não ficou “inerte” (empregando-se essa palavra como juízo suscetível à avaliar se incidem as regras sobre prescrição), pois nem sempre a não-ação tem como causa a *inércia qualificada*, tal qual se exige para a incidência da prescrição: esta é a ausência de atividade *quando a atividade teria sido possível* sendo, portanto, exigível.

Ocorre que, por vezes os sistemas jurídicos contemplam regras expressas ao determinar como dado fundamental da exigibilidade o próprio conhecimento subjetivo do credor acerca da lesão, e não apenas a possibilidade de exigir, traduzida concretamente na possibilidade de constringir, nos limites do possível, o sujeito obrigado. Outras vezes, adotam modelo diverso, deduzindo o elemento concreto (a efetiva possibilidade de exercício) das notas conceituais acolhidas pela lei.

Exemplo do primeiro modo de legislar o tema é o Código Civil alemão reformado em 2001/2002.

Aquela Reforma modificou, dentre outros, o § 195 do BGB para encurtar para três (3) anos o prazo ordinário de prescrição, introduzindo, contudo, a exigência do conhecimento, pelo credor, das circunstâncias originadoras da obrigação visada. É o que explica Menezes Cordeiro, enfatizando ser “muito importante ter presente que a enorme redução do prazo ordinário da prescrição *teve um especial contrapeso*: foram

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

introduzidos *pressupostos subjectivos na própria prescrição*". E explicita: pela redação anterior do BGB, o início da prescrição dependia da simples existência da obrigação (§ 198, original) numa regra temperada embora pela exigência da possibilidade do seu exercício (§ 199, redação original). Consoante o texto legal reformado, porém, a prescrição "inicia-se com o surgimento da obrigação em jogo e pelo conhecimento, por parte do credor, das circunstâncias originadoras da obrigação visada, salvo desconhecimento gravemente negligente – § 199/1, novo. Abandonou-se o sistema anterior, objectivo, a favor de um sistema subjectivo"<sup>36</sup>.

Outras vezes a *possibilidade de exercício* é deduzida das próprias notas conceituais qualificadoras da pretensão de direito material como *possibilidade concreta* de exigir-se a prestação. É, precisamente, o que se verifica no sistema do Código Civil brasileiro.

De fato, mais do que artificiosa construção doutrinária, a adoção pelo art. 189 da Lei Civil do conceito de pretensão leva ao preenchimento de uma relevante função prática, medularmente conectada ao instituto da prescrição, qual seja: concluir pela inafastabilidade da *possibilidade de exercício* implícita ao "poder exigir", cerne da pretensão. Como explicam Díez-Picazo e Gullon o problema radica em saber quando a ação *poderia ter nascido*, isto é, quando *poderia ter sido exercitada a pretensão*. E completam: "*Por ello a dicho CARNELUTTI agudamente que la prescripción alcanza no ya a quien no ejercita el derecho, sino a quien no lo defiende*"<sup>37</sup>.

É preciso, de fato, distinguir entre a pretensão *in abstracto* (isto é, como referência ao modelo normativo) e a pretensão *in concreto* (vale dizer, como "elemento

<sup>36</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 147. Grifei.

<sup>37</sup> DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. 7ª ed, 1ª reimp. Madrid: Tecnos, 1990, p. 472. Grifei.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

conectivo entre aquele modelo e a experiência jurídica, enquanto momento de explicitação do direito subjetivo”<sup>38</sup>). Como bem explicitou Pietro Perlingieri, dizer-se que algo é exigível – ou inexigível *ainda* – encontra fundamento em razões de *valoração funcional* da relação, e, em particular, da situação subjetiva creditória<sup>39</sup>, devendo-se falar em “inexigibilidades” ou “exigibilidades”. Como acentuei alhures, em razão dessa valoração funcional e teleológica das exigibilidades/inexigibilidades, explica-se porque nem sempre a exigibilidade é efeito do vencimento e nem sempre a exigibilidade é contemporânea à realizabilidade da prestação pelo devedor. Explica-se o porquê de, por vezes, ser adiantada em relação ao termo inicialmente fixado (Código Civil, *v.g.*, arts. 333, 495, 590), e, por outras, ser temporária ou definitivamente encoberta, como nos casos de impossibilidade<sup>40</sup>. E compreende-se melhor a afirmação ponteana segundo a qual “pretensão é a posição subjetiva *de poder exigir* de outrem alguma prestação positiva ou negativa”<sup>41</sup>, completada, em outra passagem do *Tratado de Direito Privado* por muito esclarecedora menção: “Poder exigir e *poder praticar ato para poder exigir* são o mesmo”<sup>42</sup>. Como virá ainda melhor esclarecer ao tratar do início do prazo prescricional: “A regra é que a prescrição se inicie com o nascimento da pretensão, ou da ação. A pretensão nasce quando já se pode exigir de alguém ato ou omissão; a ação, quando já pode ser intentada, ou já se podem praticar os atos necessários à sua intencção (propositura)”<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Assim explicitou REALE, Miguel. *Situações Subjetivas e Direito Subjetivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. LXXI. São Paulo, 1976, p. 21.

<sup>39</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971, p. 134.

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Adimplemento das Obrigações. Tomo V, Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 387.

<sup>41</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 615, p. 450. *Grifei*.

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 665, p. 125. *Grifei*.

<sup>43</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 699, p. 281. *Grifei*.



ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Essa noção difere, profundamente, daquelas que, perspectivadas por parte da doutrina anterior, pretendiam explicar o fenômeno da prescrição durante a vigência do Código Civil de 1916, divididas, *grosso modo*, em duas correntes: ora a prescrição atingiria o próprio *direito subjetivo*<sup>44</sup>, ora consistiria na “*perda da acção*” atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo”<sup>45</sup>.

E difere também daquelas acepções, por vezes consignadas na doutrina atual, em que se usa o *signo linguístico* “pretensão”, não se assegurando, todavia, o correspondente *conceito*. Tal ocorre pois se o confunde o conceito (como ocorria na vigência do Código de 1916) com “direito”, “prejuízo”, “lesão”, ou com “ação”, ou ainda “pretensão” no sentido processual, que é – segundo algumas correntes processualistas– o poder exigir a tutela jurisdicional estatal, como direito subjetivo público à administração da justiça<sup>46</sup>.

Ao revés, como acima sublinhado, o cerne conceitual do art. 189 do Código Civil, agora, está na noção de “poder exigir”<sup>47</sup> compreendida em sua concretude, pois o “poder exigir” não se põe em abstrato, no plano ideal. Na interpretação da expressão há de prevalecer o postulado normativo da razoabilidade<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Assim, por exemplo, SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 18ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996, p. 435-436

<sup>45</sup> Este o posicionamento prevalente, expresso em BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, p. 423.

<sup>46</sup> ORSI, Luigi. Vocábulo “Pretesa”, em: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p. 372. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 64.

<sup>47</sup> Nesse sentido refere Paulo Lôbo: “A prescrição não alcança o direito, mas a pretensão, ou seja, a etapa da exigibilidade, quando o exercício poderia ser exigido”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 342.

<sup>48</sup> Para a ideia de postulado normativo, ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 138-141. Empreguei essa categoria em: MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos:

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

A ideia-chave, em ambos os aspectos, é, com efeito, a de *exigibilidade*, a ser averiguada *in concreto*, e não meramente em abstrato. Acentuam Torrente e Schlesinger que, não se podendo falar em “inércia” quando o direito subjetivo ainda não pode se fazer valer (“*quando il diritto non può essere fatto valere*”), a prescrição só começará a correr do dia em que o direito poderia ter sido exercitado (*avrebbe potuto essere esercitato*)<sup>49</sup>. É óbvio que se a vítima não pode exigir (por razões de direito ou de fato), não há inércia punível com o encobrimento da pretensão, pela prescrição. E, sem essa ausência de uma atividade que poderia ter sido levada a efeito, mas não o foi, não há prescrição, como reiteradamente afirma a jurisprudência<sup>50</sup> e já observava, ainda na vigência do Código de 1916, Miguel Reale<sup>51</sup>, estando agora explicitado no Enunciado n. 14, aprovado na Primeira Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal<sup>52</sup>, Com efeito, ali está escrito: “14 – Art. 189: 1) o

---

primeiras notas de uma leitura. Em: NANNI, Giovanni (Org.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas/IDP, 2008. p. 491-506

<sup>49</sup> TORRENTE, Andrea; SCHESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 14ª ed. Milão: Giuffrè, 1994, § 78, p. 136.

<sup>50</sup> De modo exemplificativo, além do já mencionado REsp 1.176.344/MG (Segunda Turma, j. em 06.04.2010, DJ em 14.04.2010) o REsp 1.260.915/RS (Segunda Turma, j. em 22.11.2011. DJ em 0112.2011) em que o Superior Tribunal de Justiça definiu: “enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado”. Ainda, dentre outros, os Recursos Especiais nºs. REsp 1.172.028/RJ (Segunda Turma, j. em 06.04.2010); REsp 1.089.390/SP (Segunda Turma, j. em 24.03.2009); REsp 1.116.842/PR (Primeira Turma, j. em 03.09.2009); e REsp 1.124.714/BA (Primeira Turma, j. em 06.10.2009), definem o termo a quo do prazo prescricional a partir da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. Também assim Tribunais estaduais, e.g.: TJRJ, Sétima Câmara Cível, Ap. Civ. 0079326-60.2007.8.19.0001. Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos. J. em 06/08/2008, v.m.; TJRS, Nona Câmara Cível, Ap. Civ. 70046716478, J. em 29/02/2012.

<sup>51</sup> Segundo Reale, “[e]m virtude do princípio da realizabilidade, podemos dizer que uma regra, para que efetivamente possa ser considerada regra de direito, deve prever *in abstracto* uma pretensão ou uma atividade que, em algum momento da vida social, possa se converter em ação ou pretensão efetivas, como atualização da mesma regra *in concreto*”. REALE, Miguel. *Situações Subjetivas e Direito Subjetivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. LXXI. São Paulo, 1976, p. 14. Também CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 22-24.

<sup>52</sup> O Enunciado deriva de proposição do professor Roberto Schaan Ferreira, Juiz Federal no Rio Grande do Sul, que, explicitando as suas razões, assevera: “Em conclusão, não é possível condicionar o nascimento da pretensão à violação do direito, pois a existência daquela é pressuposto desta.” Consulte-

início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer<sup>53</sup>.

Efetivamente, a incidência da prescrição, como punição da inércia que é, só se justifica quando o lesado *podia agir* e não agiu, seja porque não tinha ciência da lesão, ou de suas consequências, seja porque devia aguardar o desenrolar de trâmites legal ou contratualmente determinados. É óbvio que se a vítima não pode exigir, não há inércia punível com o encobrimento da pretensão, pela prescrição. E, sem essa ausência de uma atividade que poderia ter sido levada a efeito, mas não o foi, não há prescrição.

## Conclusão

Vigente uma nova lei é preciso averiguar quais são os seus pressupostos teóricos e quais são as suas diretrizes, pois, ao assim não proceder, estaremos emprestando a força de inércia – ao meramente repetir a tradição – àquilo que o legislador, democraticamente eleito, *decidiu modificar*. Se alterada a *ratio* do preceito, evidentemente, a interpretação doutrinária e jurisprudencial antiga deverá ser lida com cautela e nem sempre será de valia para esclarecer o sentido e o alcance do texto alterado. Subsídios relevantes, ao contrário, serão encontrados na interpretação orientada pelos métodos genético, lógico-sistemático e finalista (ou teleológico).

---

se: FERREIRA, Roberto Schaan Ferreira. Arts. 189 e 199 do Novo Código Civil. Em: AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Jornadas de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2003.

<sup>53</sup> Grifei.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Mormente quando vigorante um “novo” Código (e o vigente, embora transcurso dez anos, ainda não foi de todo compreendido) ressalta a relevância do *método genético* cuja ênfase está justamente na gênese – concretamente considerada – do texto alterado, cabendo, pois, atentar aos trabalhos preparatórios da lei nova bem como à opinião dos autores do texto modificado<sup>54</sup>.

Na espécie, afortunadamente, tanto o Relator Geral do Anteprojeto, Miguel Reale<sup>55</sup>, quanto o Relator da Parte Especial, Moreira Alves<sup>56</sup> deixaram consignado com clareza o sentido e o alcance da adoção, no art. 189, da noção de “pretensão” como conceito-chave da disciplina prescricional. A essa conclusão se poderia chegar também ao se levar a sério a “diretriz da concreção”, consabidamente um dos eixos hermenêuticos do Código Civil<sup>57</sup>. A esses elementos ajuntam-se os sistemáticos e teleológicos, expressos, respectivamente, no fato da imensa redução dos prazos prescricionais operada pelo Código dever ser composta com os imperativos de segurança jurídica bem como com as funções e finalidades buscadas pelo instituto da prescrição.

Por estas razões, não parece de modo algum adequado apenas brandir e repetir que “o Código Civil de 2002 adotou o princípio da *actio nata*” em tema de prescrição, continuando-se, porém, a construir a eficácia típica daquele instituto a partir da noção

---

<sup>54</sup> Os argumentos genéticos não se confundem com os argumentos históricos. Estes fazem referência a textos normativos anteriores, e com semelhante âmbito de incidência relativamente ao da norma objeto de interpretação; já os argumentos genéticos dizem respeito a textos não-normativos (discussões parlamentares, projetos de lei, discursos legislativos, exposições de motivos), e se referem à formação do próprio dispositivo objeto de interpretação. Ver, por todos: MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7ª ed. Berlin: Duncker und Humblot. 1997. p. 245, que consultei na edição francesa: *Discours de la Méthode Juridique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996, p. 265 e ss.

<sup>55</sup> REALE, Miguel. Situações Subjetivas e Direito Subjetivo. Em: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. LXXI. São Paulo, 1976, p. 9-24.

<sup>56</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99.

de ação ou de lesão a direito subjetivo. Para encontrar significado coerente ao conceito adotado pela Lei Civil, as antigas fórmulas carecem ser contextualizadas e ressignificadas, de modo que suas funções sejam adequadamente estabelecidas na conjugação entre parâmetros abstratos (como o princípio da segurança jurídica) e dados derivados da situação averiguada *in concreto*.

Canela, Julho-Outubro de 2013

## BIBLIOGRAFIA

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. 3º. jan./jun. 1961, p. 95-132. Consultei versão eletrônica no repositório RTOnline.

ARRUDA ALVIM. Da Prescrição Intercorrente. Em: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil*. Uma análise interdisciplinar. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Tradução espanhola de Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

---

<sup>57</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 40 e 41.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

COHEN, Felix. S. *El método funcional en el derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 54. (No original: Transcendental Nonsense and the functional approach. Columbia Law Review, vol. XXXV, n. 6, 1935). Ora em: [moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf](http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf).

COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. 7ª ed. 1ª reimp. Madrid: Tecnos, 1990.

FERREIRA, Roberto Schaan Ferreira. Arts. 189 e 199 do Novo Código Civil. Em: AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Jornadas de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por AZEVEDO, Antonio Junqueira e MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRASSO, Biaggio. Vocábulo. “*Prescrizione (dir.priv.)*” em: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. As páginas aqui citadas referem-se à versão eletrônica do artigo, disponível em: [www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf](http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf).

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Adimplemento das Obrigações. Tomo V, Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura. Em: NANNI, Giovanni (Org.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Altas/IDP, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson L.C. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2005.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso C. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7ª ed. Berlin: Duncker und Humblot. 1997. p. 245, que consultei na edição francesa: *Discours de la Méthode Juridique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996.

ORSI, Luigi. Vocábulo “Pretesa”, em: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

\_\_\_\_\_. Situações Subjetivas e Direito Subjetivo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. LXXI. São Paulo, 1976, p. 9-24.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Vol. V. Tradução italiana de Vittorio Scialoja. Turim: Unione Tipografico Editrice, 1893.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 18ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A regulação do sinistro do direito atual e no PL 3.555/2004". *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, 2006.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Novo Código Civil*. Arts. 185 a 231. Vol. III, Tomo II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Contrato de Seguro. Ação do Segurado contra o Segurador. Prescrição. Parecer publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 924, out./2012. Disponível em versão eletrônica no repositório RTOonline. Parecer também será publicado em MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Orgs.). *Estudos de Direito Privado – Homenagem ao Prof. Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013 (no prelo).

TORRENTE, Andrea; SCHESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 14ª ed. Milão: Giuffrè, 1994.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Tradução italiana de FADDA, Carlo e BENZA, Paolo Emilio. Vol. I. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925.