



Gustavo Tepedino
Coordenador

O Código Civil na **Perspectiva** Civil - Constitucional

| **Parte Geral** |

RENOVAR

Gustavo Tepedino
Coordenador

O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional

Parte Geral

RENOVAR
Rio de Janeiro
2013

PATRIMÔNIO
BM&A
Biblioteca - RJ

abdr
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITO
REPRODUTORES
Respeite o direito autoral!

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ
CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135
FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962
www.editorarenovar.com.br **SAC: 0800-221863**
© 2013 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Süsseskind — Presidente (*in memoriam*)
Antonio Celso Alves Pereira
Caio Tácito (*in memoriam*)
Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*)
Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)
Gustavo Binenbojm
Gustavo Tepedino
Lauro Gama
Luís Roberto Barroso
Luiz Edson Fachin
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
Manoel Vargas
Nadia de Araujo
Nelson Eizirik
Ricardo Lobo Torres
Ricardo Pereira Lira
Sergio Campinho

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C186t	Tepedino, Gustavo (Coord.) O código civil na perspectiva civil-constitucional / Gustavo Tepedino (coord.). — Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 540p.; 23cm ISBN 978-85-7147-855-8 1. Direito civil-constitucional. 2. Brasil.
-------	---

CDD 346.810

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Sumário

Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002 Gustavo Tepedino	1
A pessoa e o ser humano no Código Civil [arts. 1º-10] Rafael Garcia Rodrigues	19
Os direitos da personalidade no Código Civil [arts. 11-21] Danilo Doneda	51
A ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional [arts. 22-39] Barbara Almeida de Araujo	75
Anotações sobre as pessoas jurídicas [arts. 40-69] Teresa Cristina G. Pantoja	101
O domicílio no Código Civil de 2002 [arts. 70-78] Bruno Lewicki	139
Dos bens [arts. 79-103] Marcelo Junqueira Calixto	165
O patrimônio no direito brasileiro [art. 91] Milena Donato Oliva	195
O negócio jurídico e suas modalidades [arts. 104-114 e 121-137] Rose Melo Vencelau Meireles	219

A representação no Código Civil [arts. 115-120] Anderson Schreiber	265
O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil [arts. 138-150 e 156-157] Ana Luiza Maia Nevares	289
Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002 [arts. 151-155 e 158-165] José Roberto de Castro Neves	331
Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional [arts. 166-184] Eduardo Nunes de Souza	353
A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil [art. 186] Carlos Young Tolomei	385
O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional [art. 187]..... Heloísa Carpena	423
As excludentes de ilicitude no novo Código Civil [art. 188] Gisela Sampaio da Cruz	445
Prescrição extintiva: questões controversas [art. 189-211] Gisela Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chalréo Lgow	475
Da prova nos negócios jurídicos [art. 212-232] Carlos Santos de Oliveira	499

Colaboradores

ANA LUIZA MAIA NEVARES

Professora de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e no Curso de pós-graduação Lato Sensu em Direito Civil na UERJ. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

ANDERSON SCHREIBER

Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli Studi del Molise, Itália, e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

BARBARA ALMEIDA DE ARAUJO

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

BRUNO LEWICKI

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

CARLA WAINER CHALRÉO LGOW

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e

da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, titular da 9ª Câmara Cível.

CARLOS YOUNG TOLOMEI

Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

DANILO DONEDA

Professor na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado na Secretaria Nacional do Consumidor - Ministério da Justiça.

EDUARDO NUNES DE SOUZA

Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

GISELA SAMPAIO DA CRUZ

Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

HELOISA CARPENA

Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora de Justiça.

JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES

Professor de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre pela University of Cambridge e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO

Professor de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e nos cursos de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

MILENA DONATO OLIVA

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

RAFAEL GARCIA RODRIGUES

Professor de Direito Civil. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

ROSE MELO VENCELAU MEIRELES

Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

TERESA CRISTINA G. PANTOJA

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta de Direito Comercial e Societário da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professora convidada do *Mastère Spécialisé* da *École Normale Supérieure de Cahen*, França. Vice-Presidente e Corregedora da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Conselheira do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Advogada.

Prescrição extintiva: Questões controversas

Gisela Sampaio da Cruz
Carla Wainer Chalréo Lgow

1. Vicissitudes da prescrição extintiva. 2. Controvérsias selecionadas sobre prescrição. 2.1. Prescrição da pretensão de reparação civil contratual e extracontratual. 2.2. Unicidade da interrupção da prescrição: a regra do artigo 202, caput, do Código Civil. 2.3. Termo inicial da contagem do prazo prescricional. 3. Referências bibliográficas.

“Prazos largos são fáceis de subscrever.
A imaginação os faz infinitos”.

Machado de Assis

1. Vicissitudes da prescrição extintiva

Sob diferentes aspectos, e em diversas oportunidades, o direito atenta para a circunstância temporal. Ao disciplinar a eficácia das leis, por exemplo, estatui normas a que subordina o começo e, por vezes, o fim de sua vigência; ao tratar do negócio jurídico, estabelece elementos acidentais, como o termo, que sujeitam a certo tempo o exercício do direito¹. No que tange aos efeitos do tempo nas relações jurídicas,

¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 1, atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 23. ed., p. 581.

ele conduz à extinção da pretensão jurídica que não se exercita por certo período, em razão da inércia de seu titular. É a chamada prescrição extintiva².

Para conceituar a prescrição, o legislador partiu da ideia de pretensão. Normalmente, o titular de um direito subjetivo — ou melhor, de uma situação jurídica subjetiva — o exerce sem oposição. É possível, todavia, que ocorra a violação do direito do titular por outrem, momento em que nasce uma pretensão judicialmente exigível. Ao mesmo tempo em que a lei reconhece a esse titular a faculdade de intentar uma ação judicial — ou arbitral, a depender do caso — para defender seu direito, estabelece que a pretensão deve ser exercida em determinado prazo, sob pena de perecer. A configuração da prescrição, como se depreende, requer o consenso de dois elementos essenciais: o tempo e a inércia do titular do direito³.

Em síntese, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial consagrado, a prescrição representa a perda da exigibilidade de uma pretensão por força do decurso do tempo, mais especificamente, pelo transcurso do período pré-determinado pelo legislador⁴. Não se trata de uma questão simples e, de fato, não o é, sendo mesmo um paradoxo

2 Em geral, a doutrina reconhece a existência de duas espécies de prescrição: (i) a prescrição extintiva ou liberatória, que será tratada no decorrer deste artigo; e (ii) a prescrição aquisitiva, de que é exemplo a usucapião. Essa classificação não está imune a críticas. Na visão de Pontes de Miranda, a tentativa de unidade conceitual teria sido fracassada: “Por haver regras jurídicas comuns à prescrição e à usucapião, tentaram a unidade conceptual; mas essa unidade falhou sempre. Também falha, a olhos vistos, a artificial e forçada simetria dos dois institutos” (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. VI, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000, p. 139).

3 A doutrina especializada aponta três requisitos: (i) a existência de uma pretensão a ser exercida; (ii) a inércia continuada do seu titular pelo período fixado em lei; e (iii) a ausência de causas que impeçam o transcurso do lapso temporal indicado pelo legislador.

4 Muito embora a prescrição atinja a *pretensão* — ou seja, afeta o *exercício* do direito, mas não o direito em si, tampouco a ação nele fundada —, faremos menção neste artigo, por vezes, à “prescrição do direito” ou à “prescrição da ação”, o que deve ser tido como uma mera elipse da longa expressão “prescrição da pretensão ao exercício do direito”.

que este instituto, que tem como fundamento axiológico a segurança, seja tão cercado de vicissitudes.

A segurança da ordem jurídica, fundamento da prescrição, aponta para a impossibilidade de o sujeito ativo valer-se da sanção contra quem vulnera o seu direito indefinidamente, não perpetuando, assim, a incerteza na vida social. Daí se dizer que “há, pois, um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico”⁵.

A par da grande controvérsia que gira em torno da prescritibilidade, ou não, de certas pretensões ligadas a direitos existenciais, a regra geral, no direito brasileiro, é a prescritibilidade dos direitos, sendo a imprescritibilidade a exceção. São prescritíveis, grosso modo, todos os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado, enquanto os direitos atrelados à personalidade em sua acepção objetiva — como, por exemplo, o direito à vida, à honra, à dignidade —, bem como ao estado das pessoas, não se sujeitam a prazos prescricionais, embora, a rigor, os efeitos patrimoniais desses direitos possam estar sujeitos à prescrição⁶.

Para saber se, na prática, uma pretensão prescreveu ou não, é fundamental analisar, pelo menos, quatro fatores: (i) qual é a pretensão em causa, quer dizer, como esta se qualifica; (ii) qual é o prazo que a lei estabelece para o seu exercício; (iii) quando se inicia a contagem de

5 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 1, cit., p. 585.

6 Embora os direitos da personalidade sejam imprescritíveis em si, as pretensões ressarcitórias decorrentes de violações a esses direitos podem, sim, prescrever: “Não há dúvida de que as pretensões ressarcitórias, em regra, se sujeitam à prescrição e não se confundem com os direitos imprescritíveis, em si considerados”. A diferença, em se tratando de lesão a direitos da personalidade, não é a prescritibilidade ou não da pretensão ressarcitória, mas sim o fato de que “a lesão à imagem, à privacidade ou à honra jamais se convalesce: a antijuridicidade atua de maneira contínua contra a dignidade da pessoa humana. Daí dizer-se que a violação se preserva enquanto a personalidade estiver atingida, seguindo-se pretensões ressarcitórias sempre atuais” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (coords.), *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2. ed., p. 366). Na doutrina portuguesa, esta é também a opinião de Capelo de Souza, *O direito geral da personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 466-468.

tal prazo; e (iv) se houve ou não alguma suspensão ou interrupção do prazo prescricional. À primeira vista, esta análise pode parecer simples. Entretanto, diante de situações concretas, inúmeras peculiaridades podem se apresentar, devendo o intérprete optar por uma das soluções possíveis.

É preciso levar em conta, no trabalho hermenêutico, a razão de ser da prescrição, de modo que o resultado da interpretação não desvirtue a sua *ratio*. Assim, por um lado, não se deve penalizar o credor não inerte e, por outro, deve-se garantir a segurança jurídica, inerente ao instituto. Nessa perspectiva, as considerações a seguir visam a, de alguma forma, contribuir para o debate que gira em torno de certas controvérsias ligadas à temática da prescrição.

2. Controvérsias selecionadas sobre prescrição

2.1. Prescrição da pretensão de reparação civil contratual e extracontratual

A primeira polêmica, ainda incipiente na doutrina e jurisprudência brasileiras, diz respeito ao prazo prescricional aplicável às pretensões de reparação civil, questão que, num primeiro momento, parece não levantar maiores controvérsias. Antes da entrada em vigor do atual Código Civil, o direito brasileiro não trazia um prazo específico para a prescrição das pretensões indenizatórias decorrentes de relações comerciais ou civis. Este tipo de reparação sujeitava-se ao hoje revogado artigo 442 do Código Comercial de 1850⁷, aplicável às obrigações derivadas de contratos comerciais, ou mesmo ao artigo 177 do Código Civil de 1916⁸, que marcava um prazo geral para a prescrição de quais-

7 “Art. 442. Todas as ações fundadas sobre obrigações comerciais contraídas por escritura pública ou particular, prescrevem não sendo intentadas dentro de 20 (vinte) anos”.

8 No CC1916, o prazo geral estava previsto no art. 177: “Art. 177. 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”.

quer pretensões que não fossem especificamente previstas pelo legislador. Ambas as regras estipulavam o período prescricional de vinte anos.

O Código Civil de 2002, além de ter unificado o direito das obrigações, inovou nesta matéria, a partir da edição de seu artigo 206, § 3º, inciso V, segundo o qual “prescreve (...) em três anos (...) a pretensão de reparação civil”. Note-se que, como o novo Código unificou o regime jurídico das obrigações civis e comerciais, não mais persistindo a antiga dualidade que havia à época da vigência simultânea do Código Civil de 1916 e do Código Comercial, o legislador optou, no referido artigo 206, por utilizar uma expressão mais abrangente — “a pretensão de reparação civil” — que, a princípio, não distingue a natureza dos prejuízos causados.

Assim, numa primeira leitura do dispositivo, depreende-se que a pretensão da reparação civil prescreverá em três anos, independentemente de a responsabilidade do autor ser objetiva ou subjetiva, e de os danos serem oriundos de relações contratuais ou extracontratuais, patrimoniais ou extrapatrimoniais, causados por empresário, sociedade empresária ou por pessoa natural. Excluídas apenas as hipóteses tratadas especificamente em lei especial⁹, a pretensão à reparação por danos deveria, assim, ser exercida dentro do prazo trienal previsto no Código Civil.

No que tange especificamente aos prejuízos oriundos de relações contratuais ou extracontratuais, prevalece nos tribunais brasileiros a opinião de que o prazo prescricional previsto no § 3º, inciso V, do artigo 206, deve ser aplicado indistintamente para essas duas espécies de responsabilidade civil. A grande maioria dos precedentes, entretanto, limita-se a aplicar o prazo prescricional trienal aos casos concretos, sem maiores reflexões¹⁰.

9 Veja-se, por exemplo, o artigo 287, inciso II, alínea ‘b’, da Lei n. 6.404/1976 (Lei das S.A.), que prevê prazo prescricional específico para “a ação contra os fundadores, acionistas, administradores, liquidantes, fiscais ou sociedade de comando, para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos (...)”. Neste caso, entretanto, a previsão também é de três anos, como no Código Civil. Já na Lei n.º 6.453/77, que regula a responsabilidade civil por acidentes nucleares, o prazo indicado pelo art. 12 é de dez anos: “Art. 12. O direito de pleitear indenização com o fundamento nesta Lei prescreve em 10 (dez) anos, contados da data do acidente nuclear”.

10 Apontam-se, a título exemplificativo, decisões que aplicaram o mesmo prazo

Também no âmbito doutrinário a maioria das manifestações é no sentido de que o prazo trienal é aplicável indistintamente às pretensões ressarcitórias oriundas de relações contratuais e extracontratuais¹¹,

trienal, com base no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, a pretensões derivadas de ilícitos contratuais ou extracontratuais: (i) “Ação de indenização. Responsabilidade contratual. Prescrição. (...) A alegação de prescrição foi atingida pela preclusão. De qualquer modo, o prazo estabelecido no artigo 206, § 3º, V, do novo Código Civil é contado da vigência desse estatuto, sob pena de ser conferido efeito retroativo à norma” (TJPR, Ap. Cív. 0340221-7, 10ª CC, Rel. Des. Vitor Roberto Silva, julg. 10.08.2006, v.u.); (ii) “Ação de indenização cumulada com perdas e danos. Administração imobiliária. Seguro fiança locatícia. Prescrição inocorrente. Art. 2028 do novo Código Civil. Prazo reduzido para três anos (art. 206, § 3º, V)” (TJRS, Ap. Cív. 70010323038, 15ª CC, Rel. Des. Angelo Maraninchi Giannakos, julg. 15.12.2004, v.u.); (iii) “Acidente de trânsito. Responsabilidade extracontratual subjetiva. (...) O prazo prescricional é de três anos de acordo com o artigo 206, § 3º, V, do Código Civil vigente” (TJRJ, Ap. Cív. 2006.001.37733, 2ªCC, Rel. Des. Elisabete Filizzola, julg. 16.08.2006, v.u.); e (iv) “Responsabilidade civil decorrente de atropelamento por veículo automotor. (...) Matéria sob a regência da regra do art. 206, § 3º, V, do novo Código Civil. Prescrição inverificada” (TJRJ, Ap. Cív. 2006.001.23712, 16ªCC, Rel. Des. Ronald Valladares, julg. 05.09.2006, v.u.).

11 A título exemplificativo: “A regra jurídica do Código Civil, art. 206, § 3º, V, abrange o prazo prescricional do exercício da pretensão de reparação civil concernente a todas essas espécies, em que haja dano em decorrência de ato ilícito relativo [ilícito contratual], como também naquelas em que haja dano em razão de ato positivo ou negativo ilícito absoluto [ilícito extracontratual], ou ainda naquelas em que haja lesão acarretada por ato positivo ou negativo lícito cujo dano se haja indenizar, desde que não exista para o exercício da pretensão condenatória regra jurídica especial a reger outro prazo de prescrição” (Wilson Rodrigues Alves, *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*, Campinas: Servanda, 2006, 3. ed., pp. 358-359). O mesmo entendimento é confirmado na obra coletiva coordenada por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: “Inova o CC ao dispor, nos prazos especiais de prescrição, sobre a pretensão de reparação civil. Na ausência de prazo específico no CC1916, o prazo prescricional para a pretensão por perdas e danos decorrente da responsabilidade civil era vintenária, salvo lei especial dispondo sobre a matéria, consoante disposto no art. 177 do CC1916. Verifica-se, com isso, uma redução brutal do prazo prescricional que antes era de vinte anos, e agora passa a ser de apenas três anos. Importante notar que o dispositivo [art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002] tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito” (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, cit., p. 411). O professor Tepedino, aliás, já teve oportunidade de reiterar seu entendimento em

sendo possível dizer, então, que a posição majoritária, no direito brasileiro, não distingue, nas relações civis ou comerciais, se o dano tem origem contratual ou extracontratual para fins de prescrição. Tal linha de raciocínio, inclusive, vem refletida no teor do Enunciado 419 da V Jornada de Direito Civil que, ao se reportar ao artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, afirma: “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

Esta interpretação, todavia, não está imune a críticas. Uma corrente de pensamento, hoje ainda minoritária, capitaneada por professores como Judith Martins-Costa e Humberto Theodoro Junior, defende que, em se tratando de responsabilidade civil *contratual*, o prazo prescricional aplicável não deve ser o previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, mas, sim, o prazo geral, isto é, dez anos, previsto no artigo 205 do Código¹². Segundo este posicionamento, o prazo trienal só seria aplicável aos casos de responsabilidade civil extracontratual.

Para defender tal linha de raciocínio, essa corrente funda-se no fato de as perdas e danos decorrentes de descumprimento contratual assumirem caráter substitutivo ao adimplemento¹³, consistindo no segundo momento da relação obrigacional. Por esta razão, uma interpretação lógico-sistemática conduziria à necessidade de aplicação, para a

parecer jurídico que versava justamente sobre o prazo prescricional da pretensão de reparação civil por inadimplemento contratual (Gustavo Tepedino. “Prazo prescricional aplicável à reparação civil por inadimplemento contratual”. In: *Relações obrigacionais e contratos*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 565-571 (Coleção Soluções práticas de direito: pareceres)).

12 O CC2002, acompanhando a tendência de outros ordenamentos, reduziu o prazo prescricional geral de vinte para dez anos: “Art. 205. A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Na Alemanha, por exemplo, após a reforma do direito das obrigações o prazo geral de prescrição passou a ser de apenas três anos. Sobre essa tendência de redução dos prazos prescricionais, cf. Gustavo Kloh Muller Neves, *Prescrição e decadência no direito civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 73.

13 Logo nas primeiras páginas de seu livro sobre responsabilidade civil, o professor Sergio Cavalieri Filho explica que a “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (*Programa de responsabilidade civil*, São Paulo: Malheiros, 2004, 5. ed., p. 24).

cobrança das perdas e danos substitutivas, do mesmo prazo prescricional concedido ao credor para exigir o cumprimento do negócio (a obrigação principal).

Como, diante da inexistência de prazo específico, o credor tem a faculdade de cobrar a prestação do devedor em mora em até dez anos — prazo geral do artigo 205¹⁴ —, não faria sentido que, ainda não prescrita a pretensão principal, referente à obrigação contratual, prescrita estivesse a pretensão relacionada à obrigação substitutiva, das perdas e danos. Assim, nos casos não apreendidos nas regras especiais — não seria razoável esperar que o legislador especificasse prazos prescricionais para cada espécie contratual, tendo em vista o próprio princípio da atipicidade¹⁵ — deveria ser aplicado o prazo comum, de dez anos. Nas palavras da professora Judith Martins-Costa:

“Enquanto não prescrita a pretensão principal (isto é, a referente à obrigação contratual) não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). (...) Assim, a pretensão à ‘reparação civil’ cujo prazo é de três anos, tal como aludido no inciso V do art. 206, deve ser referida exclusivamente à responsabilidade extracontratual, em que não há negócio jurídico preexistente. Em consequência, tem-se que às ações de responsabilidade pelo inadimplemento de negócio jurídico incide ou a regra geral do art. 205, ou outra regra especial para os casos especialmente destacados e referentes a concretas espécies contratuais. Parte da doutrina e da jurisprudência, porém, entende valer o prazo de três anos para ambas as espécies de responsabilidade civil, a negocial e a extranegocial”¹⁶.

14 Ressalvados, é claro, os prazos prescricionais previstos especificamente pelo legislador, alguns deles no próprio artigo 206 (por exemplo, o inciso I do § 3º do artigo 206 prevê prazo trienal para a prescrição da pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos e rústicos; já o inciso I do § 5º do artigo 206 prevê prazo prescricional quinquenal para a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular).

15 Código Civil de 2002, artigo 425. “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

16 Judith Martins-Costa in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 5, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 2. ed., pp. 160-162.

Esta linha de raciocínio já começa a ser refletida em precedentes jurisprudenciais, que vêm aplicando o prazo geral do artigo 205 para casos de responsabilidade civil contratual. Nesse sentido, já se afirmou que “nos casos de pedido de indenização decorrente de ilícito contratual, não se aplica o prazo trienal, previsto no art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil, mas o prazo de dez anos, previsto no art. 205, do CC”¹⁷.

Diante dessas duas correntes, que divergem sobre o prazo prescricional aplicável às pretensões oriundas de responsabilidade civil contratual, torna-se necessário analisar qual delas atende melhor à *ratio* do instituto, de forma a garantir segurança jurídica e, ao mesmo tempo, não penalizar o credor não inerte. Nesse sentido, a posição de Judith Martins-Costa e Humberto Theodoro Junior, que recentemente começa a ser refletida em precedentes jurisprudenciais, parece garantir uma interpretação mais integrada do sistema jurídico, evitando distorções interpretativas como a acima referida — naquelas situações em que, embora a pretensão ao cumprimento específico do contrato continue exigível, a pretensão reparatória substitutiva já fora atingida pela prescrição.

Posição semelhante é a de Humberto Theodoro Junior (in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2005, 3. ed., pp. 332-334). Outro partidário desta corrente é o professor Sílvio de Salvo Venosa. Para ele, “[o] dispositivo [art. 206, § 3º, inciso V do CC] se aplica, em princípio, à responsabilidade *ex delicto*. Embora existam opiniões discordantes, esse prazo não se aplica à violação dos contratos, onde as perdas e danos se apresentam como aspecto secundário. Nesse caso, aplica-se a prescrição da prestação principal contratual. As perdas e danos são acessórios da obrigação principal. A prescrição será então a geral do art. 205 ou outra aplicável ao caso concreto por força de outra norma” (*Código Civil interpretado*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 233). Arnoldo Wald, apesar de não se posicionar expressamente a respeito, dá notícia da controvérsia: “Resta ainda a indefinição sobre a abrangência do dispositivo quanto à responsabilidade civil contratual” (*Direito civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, 11 ed., p. 290).

17 TJSP, Ap. Cív. 9129665-38.2008.8.26.0000, 26ª CDP, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, jul. 15.02.2011, v.m., DJe 18.02.2011. Em sentido semelhante: (i) TJSP, Ap. Cív. 0134916-16.2010.8.26.0100, 26ª CDP, Rel. Des. Mario A. Silveira, jul. 16.03.2011, v.u., DJe 21.03.2011; (ii) TJSP, AI 0025032-32.2008.8.26.0000, 14ª CDP, Rel. Des. Thiago de Siqueira, jul. 02.07.2008, v.m., DJe 14.08.2008; e (iii) TJRS, Rec. Cív. RI 71002066959, 3ª T., Rel. Eduardo Kraemer, jul. 29.10.2009, v.u., DJe 06.11.2009.

2.2. Unicidade da interrupção da prescrição: a regra do artigo 202, *caput*, do Código Civil.

Outra questão merecedora de destaque, por assumir peculiar importância prática, diz respeito à regra do artigo 202, *caput*, do Código Civil, que prevê a unicidade da interrupção do prazo prescricional. As causas de interrupção da prescrição, elencadas pelo legislador, justificam-se pela ausência de inércia do credor, e dependem, por esta razão, de manifestação da parte interessada. Envolvem, assim, uma atitude deliberada do credor, que demonstra interesse na preservação de seu direito¹⁸. Diferem, neste aspecto, das causas de suspensão e impedimento da prescrição, que se dão em razão de circunstâncias pessoais do credor, condições objetivas estabelecidas em lei que independem da vontade das partes, bastando estarem presentes para que o prazo prescricional seja suspenso automaticamente.

No Código Civil de 1916, não havia disposição expressa a respeito da possibilidade, ou não, de a prescrição vir a ser interrompida ilimitadas vezes. Naquele cenário, parte da doutrina defendia a unicidade da interrupção, sob o argumento de que o próprio fundamento do instituto da prescrição estaria sendo burlado se ao titular da pretensão fosse facultado interromper o prazo prescricional mais de uma vez. Isto porque o reinício da contagem do prazo inúmeras vezes acarretaria, em última análise, a imprescritibilidade da pretensão, em prejuízo ao interesse da sociedade em que os direitos não permaneçam muito tempo sem exercício.

Por outro lado, uma segunda corrente, capitaneada por J. M. de Carvalho Santos¹⁹, admitia a possibilidade de interrupção do prazo várias vezes, alegando que o fundamento da prescrição seria justamente, ao lado da segurança das relações jurídicas, a inércia do credor. Assim, ausente a negligência do credor, estando ele alerta, interrompendo a prescrição, não faria sentido perecer a sua pretensão.

18 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (coords.), *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, cit., p. 382.

19 J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*, vol. 3, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, 14. ed., p. 444.

Com o intuito de resolver a enorme controvérsia que girava em torno da matéria, o codificador de 2002 dispôs expressamente, no já referido artigo 202, que o prazo prescricional somente pode ser interrompido uma vez, nas hipóteses previstas em seus incisos I a VI²⁰. Apesar da aparente clareza da norma, a aplicação estrita do dispositivo legal pode ocasionar dificuldades de ordem prática, como, por exemplo, nos casos em que a prescrição é interrompida antes da instauração de um processo judicial, seja por meio de protesto cambial (artigo 202, inciso III), seja por qualquer ato inequívoco extrajudicial que importe reconhecimento do direito pelo devedor (artigo 202, inciso VI).

Nessas situações, a aplicação estrita da norma legal indica que, já tendo o prazo prescricional sido interrompido uma vez, pelo protesto ou por ato extrajudicial inequívoco de reconhecimento do direito pelo devedor, não poderá haver nova interrupção pelo despacho do juiz que ordenar a citação (artigo 202, inciso I)²¹. Esta situação, como se nota, pode ocasionar severos prejuízos ao credor não negligente, pois entender que a citação não tem o condão de interromper a prescrição implica admitir a possibilidade de prescrição intercorrente, no curso do processo judicial²².

Atentas à problemática, doutrina e jurisprudência já apontaram algumas soluções. No Tribunal de Justiça de São Paulo, em precedente da 23ª Câmara de Direito Privado²³, o relator concluiu que a regra da

20 "A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I — por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II — por protesto, nas condições do inciso antecedente; III — por protesto cambial; IV — pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V — por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI — por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor".

21 Disposição semelhante encontra-se no artigo 219 do Código de Processo Civil.

22 Para piorar, esta situação, claramente prejudicial ao credor, pode ser originada não só por ato dele mesmo, no caso do protesto cambial, como também por ato do próprio devedor, por meio de reconhecimento extrajudicial inequívoco do direito do credor.

23 TJSP, Ap. Cív. 7174519000, 23ª CDPPr., Rel. Des. José Marcos Marrone, julg. 05.03.2008, v.u..

unicidade da prescrição deverá ser aplicada somente nas hipóteses dos incisos II a VI do artigo 202 do Código Civil, não se aplicando ao inciso I. O despacho do juiz que ordenar a citação (artigo 202, inciso I), assim, sempre teria o efeito interruptivo, ainda que já tivesse havido interrupção extrajudicial anterior. Na visão do relator, esta seria a única forma de impedir o perecimento da pretensão do credor não negligente pela demora do processo judicial.

No caso concreto, o credor pretendia, com o processo judicial, executar um título de crédito não pago pelo devedor. Ocorre que, antes do ajuizamento da ação, o credor realizou um protesto cambial, interrompendo a prescrição, e por esta razão o juiz de primeiro grau entendeu, diante da regra do *caput* do artigo 202, que a citação não poderia interromper, mais uma vez, o prazo prescricional, com o que a pretensão do credor foi considerada prescrita durante o processo judicial. Em sede de recurso, entretanto, a decisão de primeiro grau foi reformada, nos seguintes termos:

“(...) [L]evando em conta o disposto no ‘caput’ do art. 202 do atual Código Civil, que determina que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma vez, o ilustre juiz de origem reconheceu a ocorrência da prescrição do ventilado título (fls. 91/93). Numa interpretação literal dos preceitos legais mencionados, tal reconhecimento seria legítimo. Todavia, mantida essa exegese, estar-se-ia indo de encontro ao próprio instituto da prescrição, que tem por pressuposto a inércia do titular do direito. Efetivamente, a limitação constante do ‘caput’ do art. 202 do atual Código Civil apenas diz respeito às hipóteses previstas em seus incisos II a VI, ficando ressalvada sempre a interrupção fundada no inciso I, qual seja, aquela decorrente do despacho que ordena a citação. Caso contrário, a prescrição, em muitos processos, consumir-se-ia no curso deles, prejudicando o autor diligente. (...) Assim, embora a prescrição do cheque de n.º 010418 tenha sido interrompida [por protesto cambial] em 30.7.2003 (fl. 17), data em que se reiniciou a contagem do prazo prescricional, nos moldes do parágrafo único do art. 202 do atual

Código Civil, ela foi novamente interrompida em 16.12.2003, com o despacho que ordenou a citação da executada (fl. 23)”²⁴.

Raciocínio análogo é encontrado também no âmbito doutrinário. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, afirma que, mesmo tendo havido protesto cambial, o despacho do juiz que ordenar a citação não perde o seu efeito interruptivo. Do contrário chegar-se-ia à consequência absurda de o credor não negligente ver perecer seu direito no curso do processo judicial. Além disso, a aplicação estrita do *caput* do artigo 202 implicaria o agravamento da condição do próprio devedor, já que o credor se veria obrigado a ajuizar o processo judicial mesmo antes de tentar resolver a situação no âmbito extrajudicial, por meio do protesto cambial²⁵.

De maneira semelhante, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes propõem a flexibilização da regra da unicidade da prescrição pelo magistrado, quando se tratar da causa interruptiva constante do inciso I. Para eles, tomando por base que o instituto da prescrição visa não só garantir a segurança das relações jurídicas, como também proteger o credor não inerte, “(...) nada pode ser mais demonstrativo do interesse em receber o crédito (...) do que a propositura da respectiva ação judicial, na qual o titular do direito, sem ter a quem mais recorrer, se socorre do Poder Judiciário, para

24 TJSP, Ap. Cív. 7174519000, 23ª CDPr, Rel. Des. José Marcos Marrone, julg. 05.03.2008, v.u.. No mesmo sentido, Nestor Duarte in Cezar Peluso (coord.), *Código civil comentado*, São Paulo: Manole, 2007, p. 132.

25 Em suas palavras, “[n]os termos da legislação anterior, o protesto cambial não tinha força de interromper a prescrição (Código Civil, art. 202, III). Foi o Código de 2002 que lhe conferiu este efeito. Associado, porém, à cláusula restritiva que acompanha a interrupção em geral (somente podendo ocorrer uma vez) a medida, que visava proteger o credor, pode importar em prejuízo dele, ao mesmo passo que agrava a condição do devedor, impondo ao credor o ingresso em juízo, para não deixar que seu direito prescreva. É preciso, contudo, entender que nos dois casos de protesto (judicial e cambial), a citação para o procedimento definitivo não perde o efeito interruptivo. Caso contrário chegar-se-ia a uma consequência absurda de não revalidar a exigibilidade do direito a citação para a ação, pelo fato de ter sido interrompida antes a prescrição. E nenhuma lei pode receber interpretação que conduza ao absurdo: *interpretatio illa summenda qua absurdum evitetur*” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 1, cit., p. 599).

impor ao devedor o adimplemento de sua obrigação”²⁶. Assim, reconhecer que esse ato não é capaz de interromper a prescrição, simplesmente por já ter sido antes interrompido, “(...) além de contrariar a essência desse instituto jurídico, estabeleceria o caos e a insegurança dos créditos, isso sim, repudiado pelo ordenamento jurídico”²⁷.

A despeito das críticas formuladas ao artigo 202, bem como das propostas de solução apresentadas por parte da doutrina e jurisprudência, diversos julgados vêm aplicando a regra da unicidade da prescrição em sua literalidade, supostamente em prol da segurança jurídica, mas em claro prejuízo ao credor não inerte.

Em precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, entendeu o relator, à luz da regra da unicidade da prescrição, que o despacho ordenatório da citação em ação rescisória não poderia interromper a prescrição, pois ela já havia sido interrompida quando da interposição de embargos de terceiro, em momento anterior. Em consequência, houve declaração de prescrição da pretensão autoral durante o processo rescisório. Nas palavras do relator, “[o] escopo da referida norma [artigo 202, *caput*] é evitar que não se eternizem as interrupções de prescrição. (...) Certamente, admiti-la com reinício a cada ação proposta seria atentar contra a segurança jurídica”²⁸.

Por mais louvável que tenha sido a iniciativa do legislador ao estabelecer a regra da unicidade da prescrição, não parece razoável ignorar as distorções que a aplicação literal da norma pode gerar, como no caso acima mencionado. Assim, caberá ao intérprete, diante de cada caso concreto, ponderar os interesses conflitantes, isto é, a segurança das

26 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (coords.), *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, cit., p. 384.

27 Op. cit., p. 384.

28 TJSP, AR 5989224000, 6ª CDPr, Rel. Des. Reis Kuntz, julg. 06.11.2008, v.u. Em sentido semelhante, (i) TJSP, AR 1125885002, 31ª CDPr, Rel. Des. Antonio Rigolin, julg. 27.11.2007, v.u.; (ii) TJSP, Ap. Cív. 7188997300, 11ª CDPr, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, julg. 12.06.2008, v.u.; (iii) TJSP, AR 1088979700, 2ª CDPr, Rel. Des. Amado de Faria, julg. 30.06.2004, v.u.; (iv) TJRJ, Ap. Cív. 2008.001.61301, 14ª CC., Rel. Des. Jose Carlos Paes, julg. 14.11.2008, v.u.; e (v) TJMG, AC 1.0596.08.046844-7/002(1), 17ª CC., Rel. Des. Irmair Ferreira Campos, julg. 04.12.2008, v.u..

relações jurídicas, de um lado, e o respeito ao credor não inerte, de outro.

2.3. Termo inicial da contagem do prazo prescricional.

Uma terceira questão, também de grande relevo prático, tem relação com o momento em que se inicia a contagem do prazo prescricional. No Código Civil de 1916 não havia regra expressa a respeito; o artigo 178 simplesmente estabelecia os prazos de prescrição e de decadência. Diante da lacuna legal, o entendimento majoritário, à época, admitia como termo inicial da prescrição a data do surgimento do “legítimo interesse” do titular da pretensão, termo que em si já traz certa dose de subjetividade.

Restava, entretanto, a dúvida de quando surgia tal interesse. Alguns autores opinavam pelo momento da violação do direito, enquanto para outros o interesse legítimo somente nascia quando o seu titular passava a poder efetivamente exercê-lo. Essa segunda perspectiva justificava-se no fato de haver, de um lado, pretensões ainda não exercitáveis, embora já violado o direito, e de outro, pretensões já exigíveis mesmo sem sequer ter havido lesão ao direito²⁹.

Essa diversidade de entendimentos era refletida numa disparidade de decisões judiciais, que ora apontavam para a primeira solução, ora para a segunda, inexistindo um critério objetivo identificador do momento correto para iniciar a contagem do prazo prescricional. Como consequência, em alguns casos o titular do direito era prejudicado pela prescrição quando se considerava, para fins do início da contagem, a data efetiva da lesão, e em outros casos vinha a ser beneficiado, quando o prazo prescricional somente começava a correr a partir do momento em que a pretensão pudesse efetivamente ser exercida.

29 Carlos da Rocha Guimarães lembra os casos em que o pagamento é quesível, em que compete ao credor a iniciativa de procurar o devedor para receber o seu crédito: “(...) é evidente que, não tendo o credor tomado a iniciativa de ir receber o que lhe era devido, não houve lesão ao direito. No entanto, a sua inércia justifica que o curso do prazo de prescrição comece a correr desde o momento em que poderia ter ido procurar o devedor, isto é, desde a data do vencimento do crédito” (*Prescrição e decadência*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, 2. ed., p. 30).

O Código Civil de 2002, por sua vez, dispôs expressamente a respeito da matéria no artigo 189, nos seguintes termos: “[v]iolado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206”. A princípio, então, poderia parecer que o legislador pretendeu definir como termo inicial da contagem do prazo prescricional o momento da violação do direito. Mas a questão não é assim tão simples. Mesmo diante da aparente clareza da lei, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial, instaurada à luz da codificação anterior, não se esvaiu.

Repetindo a primeira corrente de pensamento, agora com um argumento adicional — a letra da lei — autores como Arnaldo Wald e Carlos Roberto Gonçalves afirmam que “[n]os prazos prescricionais, o momento a partir do qual se conta o decurso do tempo é o da lesão do direito, *v. g.*, se um devedor não paga o *quantum* devido na época fixada, o prazo prescricional passa a correr a partir dessa data”³⁰. Em certos casos, essa corrente acaba por beneficiar o causador da lesão ao direito, em detrimento do credor não inerte. São as regras do jogo.

Uma segunda corrente, por outro lado, continua a defender que o marco inicial para a contagem do prazo prescricional deve ser o momento a partir do qual a pretensão pode ser exercida, até porque o contrário sequer faria sentido. De fato, casos há em que a pretensão surge posteriormente à violação, e, nessas situações, seria irrazoável utilizar a data da violação ao direito como marco inicial da contagem da prescrição. Isto porque, quando a pretensão surge em momento posterior à violação, a lesão não pode sofrer resistência no momento

de sua perpetração, e assim não pode começar a correr o prazo prescricional³¹. Outras vezes, a exigibilidade do direito está presente mesmo antes de qualquer lesão, e também nessas situações o marco inicial da contagem prescricional não coincide com o momento da violação ao direito.

Vilson Rodrigues Alves, ao criticar a redação do artigo 189 do Código Civil, esclarece que, embora haja pretensões de direito material que nasçam com violações aos respectivos direitos subjetivos, “(...) a verdade é que há esse nascimento da pretensão de direito material em situações em que não se dê tal infringência”. E continua: “A pretensão é efeito jurídico caracterizado pela exigibilidade do conteúdo do direito subjetivo de que se irradia, independentemente de violação pelo *alter*”. Mais à frente, conclui:

“O que marca o termo inicial do curso do prazo de prescrição é a exigibilidade do conteúdo do direito — que pode ser, ou não, pela *actio nata* — como se estatui no direito italiano e, com mais ampla expressão, no direito grego, e não a violação do direito a ela subjacente. Por isso mesmo, pode coincidir com a violação a esse direito, ou não”³².

Nessa linha, o Enunciado nº 14, aprovado na Primeira Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, esclarece não só que “o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão [e não com a violação do direito], que decorre da exigibilidade do direito subjetivo”, como também que “o artigo 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou de

31 Nesse sentido, esclarece Gustavo Kloh Muller Neves: “nos casos em que a pretensão surge posteriormente à violação, ou seja, a lesão não pode sofrer resistência no momento de sua perpetração, não pode começar a correr o prazo prescricional, porquanto irresistível a lesão. Trata-se, portanto, de uma admissão da insuficiência da conceituação novecentista trazida para nosso ordenamento” (“Prescrição e decadência no Código Civil”, in Gustavo Tepedino (coord.), *A parte geral do novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 3. ed., p. 455).

32 Vilson Rodrigues Alves, *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*, cit., pp. 88-89.

30 Arnaldo Wald, *Direito civil*, vol. 1, cit., p. 284. Carlos Roberto Gonçalves segue na mesma linha: “Atendendo-se à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, usou-se o termo ‘pretensão’, que diz respeito à figura jurídica do campo do direito material, conceituando-se o que se entende por essa expressão no art. 189, que tem a virtude de indicar que a prescrição se inicia no momento em que há violação do direito” (*Direito civil brasileiro*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, 4. ed., pp. 469-470). Confira-se, ainda, a lição de Carlos Eduardo Nicoletti Camillo [et. al.], *Comentários ao Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 279: “O ordenamento concede ao titular da pretensão jurídica prazos para a propositura da demanda, cujo termo inicial (*dies a quo*) é a data da violação do direito subjetivo, salvo lei em sentido contrário. (...) O critério ordinário da contagem do prazo prescricional a partir da data da violação do direito subjetivo, contudo, é da tradição pátria e foi mantido como regra geral do sistema”.

obrigação de não fazer”. Com isso, é possível harmonizar a posição doutrinária com o texto legal. A dificuldade que remanesce é saber qual o momento em que a pretensão passa a poder ser exercida³³.

Como visto, casos há em que o exercício da pretensão antecede qualquer espécie de lesão ao direito. Afora essas situações, ou a exigibilidade do direito coincidirá com a sua violação, ou será posterior. A rigor, há vários fatores capazes de impedir que a pretensão seja exercida desde o instante em que o direito é violado. Definir tais fatores contribuirá na fixação do momento em que a prescrição, nesses casos, começa a correr.

Muitas vezes, o que será necessário determinar é o momento em que o titular da pretensão teve conhecimento da violação, pois até então ele estava impossibilitado de exercê-la³⁴. No tocante às ações de responsabilidade civil, em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, já se afirmou, respectivamente, que “(...) o termo *a quo* do prazo prescricional não está necessariamente relacionado à data do evento, mas, sim, àquela na qual a vítima tenha inequívoca ciência, tanto de sua invalidez, quanto da extensão da incapacidade”³⁵ e que “(...) o termo *a quo* do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo”³⁶. Neste último tribunal, também já se afirmou o seguinte:

33 Nas palavras de Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 19. ed., pp. 447-448): “Para que o prazo possa calcular-se corretamente, interessa determinar o momento exato em que a prescrição começa a correr. A regra intuitiva é de que seu início coincide com o instante em que a pretensão pode ser exercida (*actioni nondum natae non praescribitur*). A dificuldade reside, porém, na fixação desse momento”.

34 Na visão de Pontes de Miranda, o conhecimento da violação ao direito por parte do credor é indiferente para o nascimento da pretensão e, conseqüentemente, para a contagem do prazo prescricional: “Para que nasça a pretensão não é pressuposto necessário que o titular do direito conheça a existência do direito. (...) O ter o credor conhecido, ou não, a existência do seu direito e pretensão é sem relevância. Nem na tem o fato de o devedor ignorar a pretensão, ou estar de má-fé” (*Tratado de direito privado*, t. VI, cit., pp. 153-154).

35 STJ, REsp 754.908/RS, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 26.06.2007.

36 TJRJ, Ap. Cív. 2008.001.33061, 10ª CC, Rel. Des. Alexandre Mesquita, julg. 06.08.2008, v.u..

“Consoante lição de Câmara Leal, não parece ‘racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular (...), não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação’ (Da prescrição e da decadência, 3. ed., Rio de Janeiro. Forense, 1978, págs. 22-23). É o fundamento do princípio da *actia nata*, em face do qual o prazo extintivo só começa a fluir a partir do momento em que o titular do direito tem ciência da lesão e pode agir para por-lhe cobro”³⁷.

Outra situação peculiar é a das ações de regresso. A pretensão regressiva, também conhecida como direito de regresso, representa a faculdade de o sujeito “(...) buscar das mãos de outrem aquilo de que se desfalcou ou foi desfalcado o seu patrimônio para reintegrá-lo na posição anterior, com a satisfação do pagamento ou da indenização devida”³⁸. É aplicável em diversas hipóteses específicas como, por exemplo, na trazida pelo art. 1.524 do Código Civil de 1916³⁹, reproduzido pelo art. 932 do Código Civil de 2002, este último com a seguinte redação:

“Art. 932. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

José de Aguiar Dias, ao comentar este dispositivo, explica que “o que paga sem haver praticado ato ilícito tem regresso sobre o total da reparação que satisfaz por outrem. E esse caso pode ocorrer quando o

37 TJRJ, Ap. Cív. 0016404-35.1998.8.19.0021 (2005.001.50396), 2ª CC, Rel. Des. Jesse Torres, julg. 25.01.2006.

38 De Plácido e Silva, *Dicionário Jurídico*, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, 2005, 26. ed., p. 476.

39 “Art. 1.524. O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago”.

devedor contratual deixe de satisfazer a obrigação por culpa de terceiro”⁴⁰. Em suma, o regresso nada mais é do que o direito detido por aquele que arcou com certa indenização de receber do efetivo causador do dano o valor desembolsado com a reparação da vítima⁴¹.

No âmbito jurisprudencial não há uma definição a respeito do marco zero para o transcurso da prescrição dessa espécie de pretensão. Identificam-se, em síntese, três perspectivas sobre o problema. As duas primeiras refletem a segunda corrente acima exposta, isto é, que a prescrição só começa a correr quando o titular da pretensão pode exercer o direito. Já a terceira é partidária da corrente oposta, isto é, que a data da violação ao direito é o marco temporal para o início da contagem do prazo prescricional.

Sob uma primeira perspectiva, a ação de regresso estaria franqueada ao prejudicado (i) a partir do momento em que este fosse condenado, por decisão transitada em julgado, a ressarcir os danos sofridos por terceiros; ou (ii) a partir do pagamento realizado extrajudicialmente aos terceiros, no caso de não ter havido postulação judicial. Isso porque somente após condenação/pagamento é que o titular do direito regressivo poderia exercer a sua pretensão ressarcitória. Esse posicionamento é refletido em precedentes jurisprudenciais como os abaixo relacionados:

“(...) Tratando-se de ação regressiva, dependente do reconhecimento da obrigação principal, o termo inicial do lapso prescricional é a data do trânsito em julgado da sentença que reconheceu a última, ou do desembolso, no caso deste ter ocorrido independentemente de postulação judicial (...)”⁴².

40 José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 11. ed., p. 1.086.

41 A definição consta da obra coletiva coordenada por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 837.

42 TJRS, Ap. Cív. 198029761, 10ª CC, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julg. 03.12.1998, v.u.. No mesmo sentido, TJRS, Ap. Cív. 70003945771, 5ª CC, Rel. Des. Marta Borges Ortiz, julg. 12.12.2002, v.u..

“O termo inicial do prazo prescricional anual, nas ações regressivas de segurado contra seguradora e vice-versa, é o da data do trânsito em julgado da sentença, que fixa, definitivamente, o *quantum* da obrigação patrimonial devida ao terceiro ou da data do pagamento da indenização a esse, quando independente de postulação judicial”⁴³.

Uma segunda perspectiva, de certo modo complementar à primeira, sustenta que a pretensão regressiva, em qualquer caso, só tem seu prazo prescricional iniciado quando o titular do direito de regresso efetivamente desembolsa a quantia que posteriormente cobrará no âmbito da ação regressiva. Isto porque, mesmo nos casos em que há trânsito em julgado da condenação, se a parte condenada (titular da pretensão de regresso), por razões quaisquer, não chegar a efetivamente pagar ao prejudicado quantia alguma, não haveria ainda pretensão exigível, objeto de regresso. Nesta linha, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Não há que se falar em ação regressiva sem o ocorrer de um dano patrimonial concreto e efetivo. A decisão judicial, transitada em julgado, nada obstante possa refletir um título executivo para o Estado cobrar valor pecuniário a que foi condenado satisfazer, somente vai alcançar o seu mister, se executada. Até então, embora o condenar já se faça evidente, não se pode falar em prejuízo a ser ressarcido, porquanto o credor tem a faculdade de não exercer o seu direito de cobrança e, nesta hipótese, nenhum dano haveria”⁴⁴.

43 TJRS, Ap. Cív. 70003945771, 5ª CC, Rel. Des. Marta Borges Ortiz, julg. 12.12.2002, v.u. No mesmo sentido, TJRS, Ap. Cív. 198029761, 10ª CC, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julg. 03.12.1998, v.u., e TJRS, TACRS, AI 196070106, 1ª CC, Rel. Des. Ari Darci Wachholz, julg. 24.09.1996, v.u..

44 STJ, REsp. 328.391/DF, 2ª T., Rel. Des. Paulo Medina, julg. 08.10.2002, v.u.. De maneira semelhante, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se afirmou que “Somente a partir do pagamento é que pode correr o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de cobrança regressiva” (TJRS, Ap. Cív. 70010029973, 15ª CC,

Por fim, uma terceira perspectiva, na contramão das anteriores, segue a orientação literal do artigo 189 do Código Civil, ao sustentar, por exemplo, que na ação regressiva oriunda de acidente de trânsito a prescrição começa a correr da data do acidente⁴⁵.

Diante da controvérsia, parece mais razoável admitir que o prazo prescricional só começa a correr quando é exigível a pretensão do prejudicado. À primeira vista, o intérprete poderia ser conduzido à errônea impressão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o prazo prescricional tem início com a violação do direito. É que, como visto, a redação do artigo 189 do Código Civil induz a essa leitura.

O elemento fundamental, contudo, para o cômputo do prazo prescricional deve ser a possibilidade de que o direito seja exercido, e não a sua violação pura e simples. E nem poderia ser diferente, afinal, como visto na introdução, um dos fundamentos da prescrição é justamente a inércia do titular do direito, ausente em casos em que a prestação ainda não pode ser exercida, ou quando sequer é conhecida.

Há, por último, ainda no tocante ao termo inicial da contagem da prescrição, que se fazer menção aos chamados “danos continuados”. Consideram-se continuados os danos quando não é possível pontuar a lesão ao direito em um momento específico. Não se deve confundir o regime prescricional dos danos continuados com os casos em que cada ato lesivo dá direito a uma ação independente, quando a prescrição alcança cada um, destacadamente. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “[q]uando a obrigação se cumpre por prestações periódicas, porém autônomas, cada uma está sujeita à prescrição”⁴⁶.

Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, julg. 17.11.2004, v.u.).

45 Cf. TJRS, Ap. Cív. 70012183489, 12ª CC, Rel. Des. Orlando Heemann Júnior, julg. 23.03.2006, v.u.: “Apelação. Acidente de trânsito. Prescrição trienal do novo Código Civil. Não implementação do prazo. Considerando que a demanda regressiva em face de acidente de trânsito foi ajuizada 22.01.2003, a ela aplica-se o prazo trienal do artigo 206, §3º, inciso V, do Novo Código Civil. Inteligência do art. 2.028, pois, quando da entrada em vigor da nova lei, ainda não havia transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. O prazo trienal, todavia, somente começa a fluir da data da entrada em vigor do Novo Código Civil, ainda não implementado. (...) O acidente ocorreu em 16.09.97, data a partir da qual passou a fluir a contagem do prazo prescricional”. Em sentido semelhante, TJRS, Ap. Cív. 70011454311, 12ª CC, Rel. Des. Orlando Heemann Júnior, julg. 01.09.2005, v.u..

Exemplo de dano continuado é o decorrente de violações a direitos da personalidade, pois “a violação se preserva enquanto a personalidade estiver atingida, seguindo-se pretensões ressarcitórias sempre atuais”⁴⁷. Em casos como esse, não se deve ter em mente o momento da lesão inicial, pois “a cada dia se renova e intensifica a violação à ordem jurídica representada pelo ato danoso, daí resultando a atualidade escancarada da pretensão”⁴⁸.

Na jurisprudência, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de esclarecer, em caso concreto que tratava de sucessivos atos de poluição praticados por uma das partes, em violação ao direito de propriedade da outra, que o prazo prescricional só deveria começar a correr a partir do último ato lesivo praticado⁴⁹.

Não obstante, é possível encontrar manifestações em sentido contrário, isto é, que mesmo sendo continuado o dano, o marco inicial da contagem do prazo prescricional seria o momento da lesão inicial ao direito. Em precedente da quarta turma do Superior Tribunal de Jus-

46 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 1, cit., p. 595.

47 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (coords.), *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, cit., p. 366.

48 Op. cit., p. 367. De maneira semelhante: “[p]odem ocorrer, ainda, hipóteses em que o dano vem se verificando no correr do tempo, sem solução de continuidade, de sorte que ainda não se extinguiu. Isto traz a consequência de não poder ser determinado, ainda, o *dies a quo* de prazo prescricional. Isto porque os danos continuam a ser perpetrados, de sorte que não há falar-se em prescrição, mesmo porque não se tem como dar por iniciado o termo do prazo prescricional” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “Responsabilidade civil. Meio-ambiente e ação coletiva ambiental”, in Antônio Herman V. Benjamin, (coord.), *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 292). Confira-se, ainda, Caio Mário da Silva Pereira, “Turbações Sucessivas: como se deve contar o prazo para a propositura da acção”, in *Revista Forense*, vol. 63. Rio de Janeiro: Forense, 1934, pp. 116-120.

49 STJ, REsp 20645/SC, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 24.04.2002, v.m., DJ 07.10.2002, p. 258, LEXSTJ, vol. 159, p. 56: “[A] continuada violação do direito de propriedade dos recorridos por atos sucessivos de poluição praticados pela recorrente não justifica, *data venia*, que se tenha a construção da barragem como o *dies a quo* da contagem do prazo da prescrição, que deve, pois, ser contado, do último ato praticado. Por tais pressupostos, afastando a prescrição, não conheço do recurso”.

tiça, em caso relacionado a danos morais e estéticos oriundos do tabagismo, entendeu-se que “[a] prescrição da ação de reparação por fato do produto é contada do conhecimento do dano e da autoria, nada importa a renovação da lesão no tempo, pois, ainda que a lesão seja contínua, a fluência da prescrição já se iniciou com o conhecimento do dano e da autoria”⁵⁰. Como se vê, o tema ainda está longe de ser pacificado.

Com essas considerações, espera-se ter contribuído, ainda que minimamente, para o estudo de algumas das controvérsias ligadas ao instituto da prescrição, que, embora tenha como um de seus fundamentos a segurança das relações jurídicas, é tão cercado de vicissitudes. Certa vez, em meio a uma Olimpíada, um corredor referiu-se ao tempo como “Aquele velho trapaceiro careca, o tempo!”. Se para os atletas o tempo é um “trapaceiro careca”, o que diriam, então, os advogados acerca da prescrição? Uma dama obscura, de personalidade complexa e temperamento explosivo, que se aproveita da inércia própria dos homens para aplicar seus golpes fatais, sempre à surdina, quando menos se espera...

50 STJ, REsp 304724/RJ, 3^a T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 24.05.2005, v.u., DJ 22.08.2005, p. 259.

Da prova dos negócios jurídicos

Carlos Santos de Oliveira

1. Introdução. 2. Classificação. 3. Características. 4. Espécies. 5. Análise comparativa entre os Códigos Civis de 1916 e de 2002. 6. Conclusão

1. Introdução

O Código Civil inovou ao dispor sobre a “prova do negócio jurídico” em título próprio, o que evidencia a relevância do tema, bem ressaltada pelo legislador atual. Nesta seara, merece destaque a alteração relativamente ao Código Civil anterior que trazia inserido no Capítulo IV, do Título I, do Livro III, as disposições relativas a “forma dos atos jurídicos e sua prova”. O legislador civil atual reservou um capítulo exclusivo para a matéria relativa a *prova*, incluindo a matéria relativa a *forma* no capítulo das disposições gerais do negócio jurídico, mais apropriado para a mesma.

Segundo Clóvis Beviláqua¹, prova em direito “é o conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico”. O mesmo doutrinador², seguido pela moderna doutrina, ensina que a prova se faz quanto ao fato e, não quanto ao direito, con-

1 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, pp. 378/379.

2 *Ibidem*, p. 379, *verbis*: “Prova-se o fato alegado, não o direito a aplicar”.