

Organizadores:

DANIEL GOMES DE MIRANDA
LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR



Autores:

ALEX XAVIER SANTIAGO DA SILVA	LUCAS BURIL DE MACÊDO
ANA CECÍLIA BEZERRA DE AGUIAR	LUIZ HENRIQUE GOMES FERRAZ FILHO
ANA IALIS BARETTA	MARCELO MIRANDA CAETANO
ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR	MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA
BECLAUTE OLIVEIRA SILVA	MARCOS EHRHARDT JUNIOR
BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA	MATEUS COSTA PEREIRA
CAMILA VIEIRA NUNES MOURA	NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO
DANIEL GOMES DE MIRANDA	OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR
DAVID BARBOSA DE OLIVEIRA	PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA
DIEGO CARVALHO TEXEIRA	RAUL NEPOMUCENO
FABIANO CARVALHO	RAVI PEIXOTO
FÁBIO EGASHIRA	RICARDO ARONNE
FREDIE DIDIER JR.	ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR
HUGO DE BRITO MACHADO	RODRIGO BARIONI
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO	RODRIGO MAZZEI
JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JR.	RODRIGO NUMERIANO DUBOURCQ DANTAS
JOÃO PAULO CAPELOTTI	RODRIGO XAVIER LEONARDO
JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO	SASHA CRUZ MONTEIRO DE ALMEIDA
JOSÉ PÉRICLES PEREIRA DE SOUSA	SÉRGIO CABRAL DOS REIS
JUDITH MARTINS-COSTA	VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO
JUVÊNIO VASCONCELOS VIANA	VINICIUS DE NEGREIROS CALADO
LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA	

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO
PROFESSOR AGNELO AMORIM FILHO

2013

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

10
anos

17.143 (89)

933



 EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

10
anos

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Maurício Amaral (mauricioamaral@live.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA

Nº

DATA

986180

CONFÉRENÇA DE RECONHECIMENTO DE TEXTO (OCR) NÃO FOI REALIZADA.

25.

EXCEÇÕES NO DIREITO CIVIL: UM CONCEITO EM BUSCA DE UM AUTOR?¹

Otávio Luiz Rodrigues Junior²

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito e (algumas) espécies de exceções. 3. Objeção, defesa e exceção. 4. Exercício da exceção. 5. Prescrição e exceção. Referências

1. INTRODUÇÃO³

A prescrição é um dos temas mais complexos do Direito Civil. Para além de um aparente truísmo, esse reconhecimento é necessário, até por sua dilatação para outras áreas do Direito, como o Processo Civil ou o Processo Penal, e variados ordenamentos jurídicos, como o alemão, onde perduram antigas polêmicas em torno de seus elementos e conceitos.

Um dos pontos mais negligenciados no estudo da prescrição, ou, dito melhor, com maior superficialidade em seu enfrentamento é a teoria das exceções. No Código Civil, a palavra *exceção*, com o sentido técnico-jurídico e não meramente gramatical, aparece em seis ocasiões: 1) a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão (art. 190); 2) na solidariedade ativa, “[o] julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve” (art. 274); 3) exceção do contrato não cumprido (arts. 476-477); d) vedação ao exercício pelo segurador da exceção do contrato não cumprido pelo segurado, quando demandado diretamente pela vítima, ao menos que o segu-

1 Autorizado pelos ilustres coordenadores da obra, este capítulo contém passagens e trechos dos panoramas de atualização do livro PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, t. 6, *passim*, escritos por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. Com esta nota, ficam registrados os créditos para os demais atualizadores do *Tratado* nas partes aqui reproduzidas.

2 Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Doutor em Direito Civil (USP), com estágios pós-doutorais em Direito Constitucional na Universidade de Lisboa e em Direito Privado Comparado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*.

3 Conservaram-se as ortografias originais dos textos reproduzidos, especialmente as citações de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

rador promova a citação do segurado para “integrar o contraditório” (parágrafo único do art. 788); 4) exceção do fiador no caso de obrigações nulas, que “não abrange o caso de mútuo feito a menor” (art. 824); 5) “[o] devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação” (art. 906).

Houve diversas tentativas de se conferir um tratamento sistemático ao problema das exceções, tanto por autores contemporâneos⁴, quanto por outros mais antigos.⁵ É conveniente recordar o pensamento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda quanto a esse importante tema, tendo-se o cuidado de colocá-lo em diálogo com as leituras atuais sobre as *exceções*.

Este capítulo, escrito especialmente para uma obra em homenagem a Agnelo Amorim Filho, o mais citado e influente jurista brasileiro sobre o tema da prescrição e decadência, tem por objeto o exame das *exceções*, dividindo-se nas seguintes seções, que se dedicam a: (1) o exame do conceito de exceção, com o exame de algumas de suas espécies; (2) a investigação das sutis diferenças entre objeção, defesa e exceção; (3) o problema do exercício da exceção e (5) o tema da prescrição em face das exceções. O texto, em seus diferentes estágios, põe ênfase no diálogo entre a doutrina nacional e os recentes desenvolvimentos teóricos alemães. É, no entanto, inegável a influência de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda em todo o capítulo. Não haverá conclusões finais, dada a estrutura da seções que, por si sós, oferecem conclusões parciais.

2. CONCEITO E (ALGUMAS) ESPÉCIES DE EXCEÇÕES

A *exceção*, no sentido absolutamente peculiar que lhe conferiu Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, de modo especial no §628 do tomo 6 do *Tratado*, parte do Direito Romano, onde a *exceptio* era qualificada como o “meio de opo-

-
- 4 MONTEIRO, André Luís. O regime das exceções no direito processual civil brasileiro : de mérito e processual, direta e indireta, dilatória e peremptória, exceção e objeção. **Revista de Processo**, v. 38, n. 216, p. 35-55, fev. 2013; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição : ação, exceção e pretensão. **Revista Magister: direito civil e processual civil**, v. 9, n. 51, p. 22-39, nov./dez. 2012; OLIVEIRA, Rafael. Delimitação conceitual de exceção substancial e distinção entre exceções e objeções substanciais. **Revista de processo**, v. 36, n. 193, p. 27-51, mar. 2011; MONTANARI, Massimo. *Le eccezioni in senso stretto e la revocatoria nel giudizio sommario di verifica dello stato passivo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 59, n. 1nesp, p. 131-172, mar. 2005; DIDIER JUNIOR, Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 54-66, jul./ago. 2004.
- 5 LIMA, Alcides de Mendonça. A nova sistemática das exceções. **Revista de processo**, v. 2, n. 5, p. 61-76, jan./mar. 1977; SILVEIRA, José dos Santos. **Questões subsequentes em processo civil** : exceções, nulidades, reconvenções e incidentes. Coimbra : Almedina, 1964; SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais : exceção de contrato não cumprido** : (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959; RIBEIRO, J. **Das exceções de acordo com o Código Civil**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1923.

sição a efeitos”, com fundamento no direito pretoriano.⁶ Em seguida, passa-se a elaborar um conjunto de distinções conceptuais. A exceção não é: (a) um caso de ineficácia absoluta ou relativa: “A ineficácia exclui, logicamente, a eficácia, – é negação da eficácia; a exceção só encobre a eficácia, não a nega”; (b) uma espécie de direitos formativos extintivos, ao exemplo do direito à compensação; (c) uma pretensão à decretação de nulidade ou de anulação. (d) A *exceptio doli* não corresponde tecnicamente a uma exceção, no conceito atual. Assim entende Pontes de Miranda porque

“[d]e exceção de dolo, contrariedade aos bons costumes, ou de imoralidade ou de ilícito, só se pode falar quando o ato jurídico não é, no seu conteúdo, nulo.⁷ (e) Se o é, trata-se de invalidade, e não de encobrimento de eficácia”.

Quem deseja rescindir um negócio ou ver-lhe reconhecida a nulidade por vício de forma não *excepciona*.⁸ Pontes de Miranda também formulou a distinção entre a exceção de direito material (EDM) e a exceção de direito processual (EDP). A EDM é a que se contrapõe

“à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção”.⁹

O nascimento da exceção, ponto de grande controvérsia doutrinária até aos dias atuais, ao estilo de Pontes de Miranda, somente ocorre

“depois de ter nascido o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, a que se opõe”.

Em sua colorida linguagem, diz-se que

“ela supõe eficácia que *recubra* toda ou parte de outra eficácia”.¹⁰

A exceção não fulmina o direito (a pretensão, a ação ou outra exceção) pelo simples raciocínio de lhe atingir a eficácia. E assim o faz por meio do chamado *encobrimento*, noção que tem a vantagem de evitar a negação do direito (da pretensão, da ação ou da exceção) ou de sua eficácia própria.¹¹

A doutrina da exceção como um “direito negativo” e o reconhecimento das exceções sob a perspectiva dicotômica *direito material-direito processual* (EDM e EDP) põem em evidência o inovador e singular das ideias de Pontes de Miranda sobre o conceito de exceção. No entanto, sua repercussão na dogmática contemporânea é objeto de grandes incertezas. O prestígio da diferenciação

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 61.

7 *Exceptio doli* era um dos meios para se retirar a eficácia de negócios jurídicos fundados no *dolus malus*, assim considerado o conjunto de “manobras ardilosas conducentes a induzir alguém ao erro” (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 164).

8 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 62-63.

9 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 63.

10 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 65.

11 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 66.

das EDM's e das EDP's é identificável em alguns textos contemporâneos, ainda que não totalmente simétricos ao entendimento de Pontes de Miranda.¹²

A divisão das exceções em *peremptórias* e *dilatórias* é mencionada por Francisco Cavalcante Pontes de Miranda no § 630 do tomo 6 do *Tratado*:

"As exceções ou dilatam ou perimem, isto é, apenas encobrem, temporariamente, a eficácia (exceções dilatórias), ou a encobrem para sempre (exceções permanentes). As que encobrem temporariamente ou cessam de ter efeito a dado momento, ou podem ser destruídas por ato do titular do direito a cuja eficácia se opõem, ou só têm efeito enquanto não se tem por certa alguma situação"¹³

Essa dualidade deita suas raízes no Direito Romano,¹⁴ pois, como recorda José Carlos Moreira Alves¹⁵, seria dilatória a exceção se o

"pacto tem eficácia limitada no tempo, isto é, se, por ele, o credor se obrigou apenas a não exigir a prestação até certa data" e peremptória "se sua eficácia é limitada no tempo, por ter o credor, no pacto, renunciado, para sempre, seu direito de crédito".

Nesses termos, seriam exemplos de dilatórias a exceção *non adimpleti contractus*, as exceções do fiador por compensabilidade da dívida principal e exceção do possuidor imediato, na hipótese de o possuidor mediato houver a coisa do proprietário, em razão de vínculo jurídico-real ou pessoal. Ainda segundo Pontes de Miranda, as exceções de prescrição e de origem criminosa do crédito corresponderiam às peremptórias.

Essa distinção é, no entanto, destituída de uniformidade conceptual na doutrina brasileira.¹⁶ Conquanto se diga corretamente serem exceções dilatórias as

12 "A relação que se deve fazer entre a exceção em sentido processual e a exceção em sentido material é a mesma que se faz entre a ação processual de hoje e a *actio* romana: a partir do momento em que o direito material foi desvinculado do processo, não mais se justifica baralhar os conceitos, embora institutos distintos tenham o mesmo nome" (DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit. item 1.2.) Em sentido semelhante e também referido por esse autor: FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 49.

13 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 76.

14 HUWILER, Bruno. **Textbuch zum Römischen Privatrecht: einschließlich einer Auswahl von Texten und Materialien zum ZGB und OR**. 6. überarbeitete Auflage. Bern: Univ. Jur. Skriptenstelle, 1995. Nota marginal 57.

15 MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano...** p. 387.

16 Vejam-se alguns exemplos dessa variedade de conceituações: "As dilatórias são as que protelam o andamento do processo, sem que tragam maior vantagem ao excipiente, que, em regra, é o réu, pois o conflito de interesses permanecerá íntegro. São as de incompetência (relativa ou absoluta), a de impedimento e a de suspeição. As peremptórias são as que, por circunstâncias especiais, fora dos casos das chamadas exceções substanciais ou de mérito, impedem que seja conhecido e solvido o conflito de interesses propriamente dito, nos próprios autos da ação movida pelo autor; ou porque já existe sobre a matéria outra ação idêntica pendente (litispendência), ou porque já houve decisão anterior sobre a matéria que transitou em julgado (coisa julgada)" (LIMA, Alcides de Mendonça. Op. cit. item I, subitem 4). Em sentido parcialmente diverso: "Essas defesas processuais dizem-se *peremptórias*, quando, uma vez acolhidas,

relativas ao contrato não cumprido, há quem defenda ser peremptória “a defesa do réu que consistir na alegação de pagamento, novação, compensação, prescrição, decadência, anulabilidade do negócio jurídico, nulidade do negócio jurídico etc.”¹⁷ Essa disparidade é também vulgar na dogmática estrangeira. Note-se que o tratamento que o Direito alemão dispensa às exceções (*Einreden*) varia conforme seu caráter, sendo que as exceções peremptórias assemelham-se, no plano consequencial, aos direitos formativos extintivos. Resulta disso que a prestação feita sem conhecimento da exceção oponível à pretensão pode ser repetida (§§ 813, I, e 814 do BGB).¹⁸

Classificam-se as exceções em (i) independente e (ii) dependentes, além de (a) pessoais e (b) impessoais. A exceção (i) *independente* é, em regra, também (b) *impessoal*, com possibilidade de se transmitir aos “sucessores do título originário” e também de serem oferecidas contra os sucessores “da pessoa contra quem originariamente se dirigiam”, ao estilo das “exceções de prescrição, de coisa julgada e de benfeitorias ou despesas”.¹⁹ Essa é uma orientação atualmente prestigiada pela doutrina.²⁰ A exceção (ii) *dependente* funda-se “no direito, ou pretensão, a que correspondem, e a sua direção é a que resulte da natureza do direito, ou da pretensão. Têm o mesmo ponto de partida (titularidade) e o mesmo ponto de mira (excetuado)”.²¹ A modalidade (ii) seria carregada pela nota da (a) pessoalidade, como regra. Daí se afirmar que as exceções (ii) são de caráter *não-autônomo*, ao passo em que as exceções (i) são *autônomas*. Uma das consequências práticas mais salientes da classificação aqui exposta dá-se na prescritibilidade ou não das exceções, a respeito do que se cuidará na seção 5 deste capítulo.

põem fim ao processo, e *dilatórias*, quando apenas suspendem ou dilatam o curso do processo, porém não o extinguem, de modo que, saneado o vício ou satisfeito o requisito que faltava, a relação processual seguirá seu curso normal” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, t. 1. p. 247).

17 MONTEIRO, André Luís. Op. cit. item 2.2.4.

18 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 10. Auflage. München: C. H. Beck, 2012. § 21, nota 23.

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 78.

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil (arts. 185 a 232)**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. 2, p. 221; ALVES, Vilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo Código Civil**. 3. ed. Campinas: Servanda, 2006. p. 539; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010. comentários ao art. 472, notas 9 ss.; ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 194; LÉPORE, Paulo Eduardo. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo. **Revista de Processo**. v. 169. p. 9. São Paulo: RT, mar: 2009; GAZZI, Maria Sílvia. Os limites subjetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**. v. 36. p. 79. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1984.

21 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 99.

Otavio Luiz Rodrigues Junior

3. OBJEÇÃO, DEFESA E EXCEÇÃO

Um capítulo central no exame das exceções é o que diz com sua simetria ou autonomia em face do conceito de objeção, o que tem despertado grande interesse doutrinário. A *objeção* corresponderia à negação do direito, enquanto a *exceção* seria uma contraposição de direito.²² Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda,

“[a] objeção à exceção é defesa, não é exceção à exceção; apenas se alega que a exceção não existe, ou não mais existe”²³.

Agnelo Amorim Filho, por sua vez, assina que a *exceção*, por ele qualificada de *substancial*, é uma

“defesa indireta que o réu opõe ao autor”,

mas,

“quando o réu oferece a exceção, não nega (pelo contrário, até a admite implicitamente) a existência da relação jurídica na qual se fundamentou o autor; apenas procura êle, por meio da exceção (e conforme o caso), modificar ou extinguir aquela relação jurídica. Há, por conseguinte, um direito subjetivo potestativo, que o réu opõe ao direito do autor”²⁴.

Há, no entanto, quem sustente que *exceção* significa “defesa de matéria de direito disponível” ou obstáculo “ao cumprimento de uma prestação”²⁵. Além disso, a distinção no plano consequencial, i.e., entre o encobrimento da eficácia do direito, da pretensão ou da ação, de um lado, e da extinção do direito, da pretensão ou da ação, do outro, não é seguida por todos os doutrinadores contemporâneos.²⁶

A ambiguidade terminológica revela-se no uso da palavra “defesa”, sempre que ela se associa à *exceção*. A corrente majoritária na doutrina brasileira sugere que o conceito de *exceção* é mais restrito do que o de *defesa*, o qual abranteria todo o espectro de objeções oponíveis às alegações do autor da demanda. O art. 326 do CPC/1973 tem o mérito de deixar bem evidente a diferença entre defesa e exceção (na linguagem processualista, defesa indireta).²⁷

22 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil (arts. 185 a 232)**... p. 183 ss.; FONTES, André. Op. cit. p. 49 e ss.

23 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 63.

24 AMORIM FILHO, Agnelo. Ações constitutivas e os direitos potestativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 56, n. 375, p. 11-23, jan. 1967. item X.

25 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. Comentários ao art. 190, nota 3 e ao art. 476, nota 3.

26 OLIVEIRA, Rafael. Op. cit. item 3.3; COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 796, p. 39-65, fev. 2002. item 1.3.6.

27 Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.

As incertezas que circundam os termos “direito”, “pretensão” e “ação” dificultam até hoje a tarefa de se traçarem linhas divisórias claras entre os conceitos de exceção e de objeção. Além disso, persistem as dificuldades de caráter terminológico, todas mui bem patenteadas por José Carlos Moreira Alves.²⁸ Semelhantes problemas são detectáveis nos Direitos alemão e suíço contemporâneos, na medida em que nem sempre é fácil distinguir entre exceções (*Einreden*), encobridoras da eficácia jurídica (*rechtshemmend*), e objeções (*Einwendungen*), estas últimas impeditivas ou extintivas do direito (*rechtshindernd* ou *rechtsvernichtend*). O critério-mor para departi-las é o efeito – impedimento à tutela judicial do direito (*Rechtsdurchsetzung*) versus impedimento ou extinção da existência do direito em si.²⁹

4. EXERCÍCIO DA EXCEÇÃO

Superados os problemas de conceituação e de classificação das exceções, interessa cuidar dos relativos a seu exercício. No § 632, do tomo 6 do *Tratado*, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda é enfático ao conceder que as exceções podem ser exercidas em juízo ou fora dele, uma consequência do reconhecimento de que a EDM “não poderia ser dependente de intimação de pleito”. Em suas palavras,

“[a] exceção é *res in iudicium deducta*, se há processo; se não há, opõe-se cá fora, na vida extrajudicial”.³⁰

É o chamado “princípio da indiferença das vias”.³¹ Essa dualidade goza da opinião favorável da doutrina contemporânea,³² que admite o exercício das exceções ou dos direitos formativos, embora, em relação aos últimos, haja algumas restrições, o que se opera quando o direito formativo depende de ato judicial para sua eficácia.³³

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda enuncia o “princípio da liberdade de exercício” das exceções (e dos direitos, pretensões ou ações). O titular poderá

28 MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 151, nota 7.

29 SCHLECHTRIEM, Peter; SCHMIDT-KESSEL, Martin. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. Notas marginais 171 s.; WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts...* § 21, notas marginais 12 s..

30 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 80.

31 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 173.

32 OLIVEIRA, Rafael. Op. cit. item 3.1; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 39.

33 ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*: (arts. 421 a 578). Do direito das obrigações. Coordenadores Arruda Alvim, Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense/Fadisp, 2007. Comentários ao art. 475, nota 197.

exercê-los de acordo ou em contrariedade aos seus próprios interesses. Como contraponto a esse primado, há o *dever de exercício*, que se manifesta em uma série de casos, como no poder-familiar³⁴ ou na percepção de frutos pelo credor anticrético.³⁵ Para além dessas hipóteses,

“as circunstâncias podem criar o dever de exercício”, o que se salienta em face de “[o] não-exercício pode ter consequências contra os interesses do titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, ainda quando não haja dever de exercício”.³⁶

5. PRESCRIÇÃO E EXCEÇÃO

O art. 189 do Código Civil de 2002 é o centro de recorrentes discussões sobre a adequação técnico-jurídica do conceito legal de prescrição. Por efeito desse dispositivo, o termo “pretensão” entrou definitivamente ao vocabulário jurídico civil brasileiro. A bipartição no plano do direito material entre direito (crédito, *Forderungsrecht*) e pretensão (*Anspruch*), de proveniência alemã, encontra sua relevância tanto no caso da pretensão prescrita (direito que se tornou judicialmente inexigível), quanto na hipótese das obrigações naturais (direito desprovido de exigibilidade judicial). Na Alemanha, mesmo contemporaneamente, faz-se a distinção entre as pretensões independentes (*selbständige Ansprüche*) e dependentes (*unselbständige Ansprüche*), o que leva a maior parte de seus doutrinadores a tratar o crédito (*Forderung*) como caso específico de pretensão independente, já que as redações dos §§ 194, I, e 241, I, BGB são muito assemelhadas entre si.³⁷ A opinião minoritária concebe as pretensões como faculdades nascidas do crédito.³⁸ Outros distinguem entre créditos não exigíveis judicialmente (*nicht durchsetzbare Forderungen*; e.g. a pretensão prescrita) e não créditos cumpríveis (*erfüllbare Nichtforderungen*; e.g. as obrigações naturais nascidas de jogo ou aposta)³⁹. Considerando-se todas essas vertentes, o debate na doutrina alemã está longe de se achar concluído.

A concepção brasileira sobre a pretensão não parece ser fiel a essas origens alemãs. Não há correspondência entre o conceito de pretensão do art. 189 e o quanto desenvolvido nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1900 e o que restou aprovado em sua redação final. Essas assimetrias ficam mais perceptíveis quando se lê o art. 189: se, como afirma o Código Civil,

34 Art. 1.634 do CC/2002.

35 Art.1.508 do CC/2002.

36 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 185.

37 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. Op. cit. § 20, nota 27.

38 PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Allgemeiner Teil des BGB: Grundlehren des Bürgerlichen Rechts*. 7. neu bearb. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2003. Notas marginais 328 e ss.)

39 FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. *Schuldrecht*. 10. Auflage. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2005. Notas 68 e ss.

“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição”,

a violação do direito será um pressuposto para o nascimento da pretensão? A eloquente crítica de José Carlos Barbosa Moreira merece ser transcrita em sua íntegra:⁴⁰

“Para que nasça a pretensão, segundo o art. 189, é mister não apenas que o direito exista, senão também que tenha sido violado. A violação será pressuposto tão necessário quanto a própria existência do direito. Quando se tem por violado um direito? A resposta é: quando o sujeito passivo da relação jurídica deixa de fazer o que devia ou faz o que não devia, dando-se aí ao verbo fazer, obviamente, a mais larga aceção possível. Falar assim pode dar a impressão de que o fenômeno de que se está cuidando fica restrito ao âmbito obrigacional. Mas, a impressão é falsa. (...) A alusão à violação traz à mente uma divisão clássica dos direitos subjetivos: aquela que separa, de um lado, os direitos a uma prestação (positiva ou negativa) e, de outro, os direitos a uma modificação jurídica, habitualmente denominados direitos potestativos. Nestes, o sujeito passivo não está obrigado a prestar: submete-se, pura e simplesmente, à modificação produzida por ato do sujeito ativo, diretamente (...) ou por intermédio de sentença judicial (...). Ora, não havendo obrigação de prestar, a violação é impensável. Logo, nessa esfera, não há cogitar pretensão”.

Essa crítica é ainda mais necessária quando se estuda o art. 190 do Código Civil, que afirma:

“A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”.

Tal perspectiva aprofunda-se após a comparação entre os arts. 189 e 190 do Código Civil. A única interpretação aceitável para se conjugar esses dois dispositivos baseia-se nessa premissa: a aparente contradição dogmática entre os arts. 189 e 190 do CC/2002, devido à vinculação da prescrição ora com pretensão (art. 189 do CC/2002), ora com exceção (art. 190 do CC/2002), é mitigada pela compreensão de que o art. 190 do CC/2002 evita que o réu possa apresentar ilimitadamente, à demanda que lhe foi proposta, uma exceção derivada de pretensão prescrita.⁴¹

De tal sorte, a orientação majoritária da doutrina brasileira contemporânea põe em causa a afirmação de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, no sentido de

“a exceção não prescreve; se só é fundada em alguma pretensão, que prescreve, com ela pode extinguir-se”.⁴²

40 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*. vol. 99. n. 366. p. 119-126. Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 2003.

41 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil (arts. 185 a 232)*... p. 184 ss; ALVES, Wilson Rodrigues. Op. cit. p. 496 e ss.

42 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 96.

A interpretação prevalente do art. 190 do CC/2002 está em ordem de que a prescrição somente abrangia as *exceções dependentes*, que sejam oriundas de pretensões prescritíveis.⁴³ Anote-se, contudo, que parte dos autores modernos sustenta não serem prescritíveis (ou extinguíveis) as exceções enquanto não se deduzissem em juízo as pretensões contra as quais essas exceções poderiam ser exercidas. Essa orientação parece ser contrária à redação do art. 190 CC/2002⁴⁴.

O entendimento que defende se possa estender a prescrição da pretensão à exceção dela derivada implica a conclusão de que a *exceptio non adimpleti contractus* (art. 476 do CC/2002) prescreveria juntamente com a contraprestação correspondente do devedor.⁴⁵

Essa ordem de ideias leva à igual ilação em face do direito de retenção, que depende da pretensão relativa às benfeitorias ou às despesas.

É de ser examinado o problema do efeito exceptivo da prescrição, o que se torna obrigatório em face da revogação do art. 194 do Código Civil de 2002 pela Lei nº 11.280, de 16.2.2006.

A norma revogada proibia o juiz de “suprir de ofício a alegação de prescrição”. Esse comando geral era excepcionado na hipótese do favorecimento ao absolutamente incapaz. Com esse câmbio legislativo, autores contemporâneos têm defendido que a prescrição perdeu sua natureza de exceção, tendo-se convertido em objeção de mérito⁴⁶. Analisando os efeitos da revogação do art. 194, parte da doutrina entende que, em se tratando de direito não patrimonial, é possível o pronunciamento oficioso da prescrição.⁴⁷

Finalmente, há os que defendem referir o art. 190 do CC/2002 a uma exceção, o que implica a necessidade de ato da parte (de natureza volitiva) para sua ocorrência: o revogado art. 194 “era claro a respeito” e “firmava um princípio geral” de que a prescrição deveria ser alegada, não podendo o juiz sub-rogar-se ao interesse da parte. Conforme Arruda Alvim, a hipótese dos absolutamente incapazes seria um caso excepcional em face da regra ali enunciada. Nessa hipótese, ainda segundo Arruda Alvim, a prescrição não teria o caráter de exceção. De modo conclusivo, ele entende que

43 NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. Saraiva, 2012. p. 324; CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Decadência e prescrição no novo Código Civil: breves reflexões. **Revista de Direito Privado**. v. 17. p. 172 e ss. São Paulo: RT, jan. 2004.

44 ALVES, Vilson Rodrigues. Op. cit. p. 496 ss.

45 GONÇALVES, Carlos Roberto. Prescrição: questões relevantes e polêmicas. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo (coords.). **Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2004. p. 91, 94 e ss.

46 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. Comentários ao art. 326, nota 2.

47 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil comentado**: prescrição, decadência e prova: artigos 189 a 232. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2009. vol. 3, p. 41.

“não mais existe utilmente – dentro deste tema – para fins de se admitir atividade *ex officio*, ou não, a distinção entre direitos patrimoniais e não patrimoniais”⁴⁸

6. REFERÊNCIAS

- ALVES, Wilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo Código Civil**. 3. ed. Campinas: Servanda, 2006.
- ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. **Revista Forense**. v. 108. n. 415. p. 3-26. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jun. 2012, p. 17-18.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Ações constitutivas e os direitos potestativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 56, n. 375, p. 11-23, jan. 1967.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 39.
- _____; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil brasileiro**: (arts. 421 a 578). Do direito das obrigações. Coordenadores Arruda Alvim, Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense/Fadisp, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Forense**. vol. 99. n. 366. p. 119-126. Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 2003.
- CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Decadência e prescrição no novo Código Civil: breves reflexões. **Revista de Direito Privado**. v. 17. p. 172 e ss. São Paulo: RT, jan. 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 54-66, jul./ago. 2004.
- COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 796, p. 39-65, fev. 2002.
- FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. **Schuldrecht**. 10. Auflage. Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 2005.
- GAZZI, Maria Sílvia. Os limites subjetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**. v. 36. p. 79. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1984.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Prescrição: questões relevantes e polêmicas. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo (coords.). **Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2004.
- HUWILER, Bruno. **Textbuch zum Römischen Privatrecht: einschließlich einer Auswahl von Texten und Materialien zum ZGB und OR**. 6. überarbeitete Auflage. Bern: Univ. Jur. Skriptenstelle, 1995.
- LÉPORE, Paulo Eduardo. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo. **Revista de Processo**. v. 169. p. 9. São Paulo: RT, mar. 2009.

48 ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. **Revista Forense**. v. 108. n. 415. p. 3-26. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jun. 2012, p. 17-18.

- LIMA, Alcides de Mendonça. A nova sistemática das exceções. **Revista de processo**, v. 2, n. 5, p. 61-76, jan./mar. 1977.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil comentado**: prescrição, decadência e prova; artigos 189 a 232. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2009. v. 3.
- MONTANARI, Massimo. *Le eccezioni in senso stretto e la revocatoria nel giudizio sommario di verifica dello stato passivo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 59, n. 1 nesp, p. 131-172, mar. 2005.
- MONTEIRO, André Luís. O regime das exceções no direito processual civil brasileiro : de mérito e processual, direta e indireta, dilatória e peremptória, exceção e objeção. **Revista de Processo**, v. 38, n. 216, p. 35-55, fev. 2013.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Rafael. Delimitação conceitual de exceção substancial e distinção entre exceções e objeções substanciais. **Revista de processo**, v. 36, n. 193, p. 27-51, mar. 2011.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin. **Allgemeiner Teil des BGB: Grundlehren des Bürgerlichen Rechts**. 7. neu bearb. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição. Atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. t. 6.
- RIBEIRO, J. **Das exceções de acordo com o Código Civil**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1923.
- SCHLECHTRIEM, Peter; SCHMIDT-KESSEL, Martin. **Schuldrecht Allgemeiner Teil**. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais : exceção de contrato não cumprido : (exceptio non adimpleti contractus)**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, t. 1.
- SILVEIRA, José dos Santos. **Questões subseqüentes em processo civil** : exceções, nulidades, reconvenções e incidentes. Coimbra : Almedina, 1964.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil (arts. 185 a 232)**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. 2.
- _____. Prescrição : ação, exceção e pretensão. **Revista Magister**: direito civil e processual civil, v. 9, n. 51, p. 22-39, nov./dez. 2012.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 10. Auflage. München: C. H. Beck, 2012.