

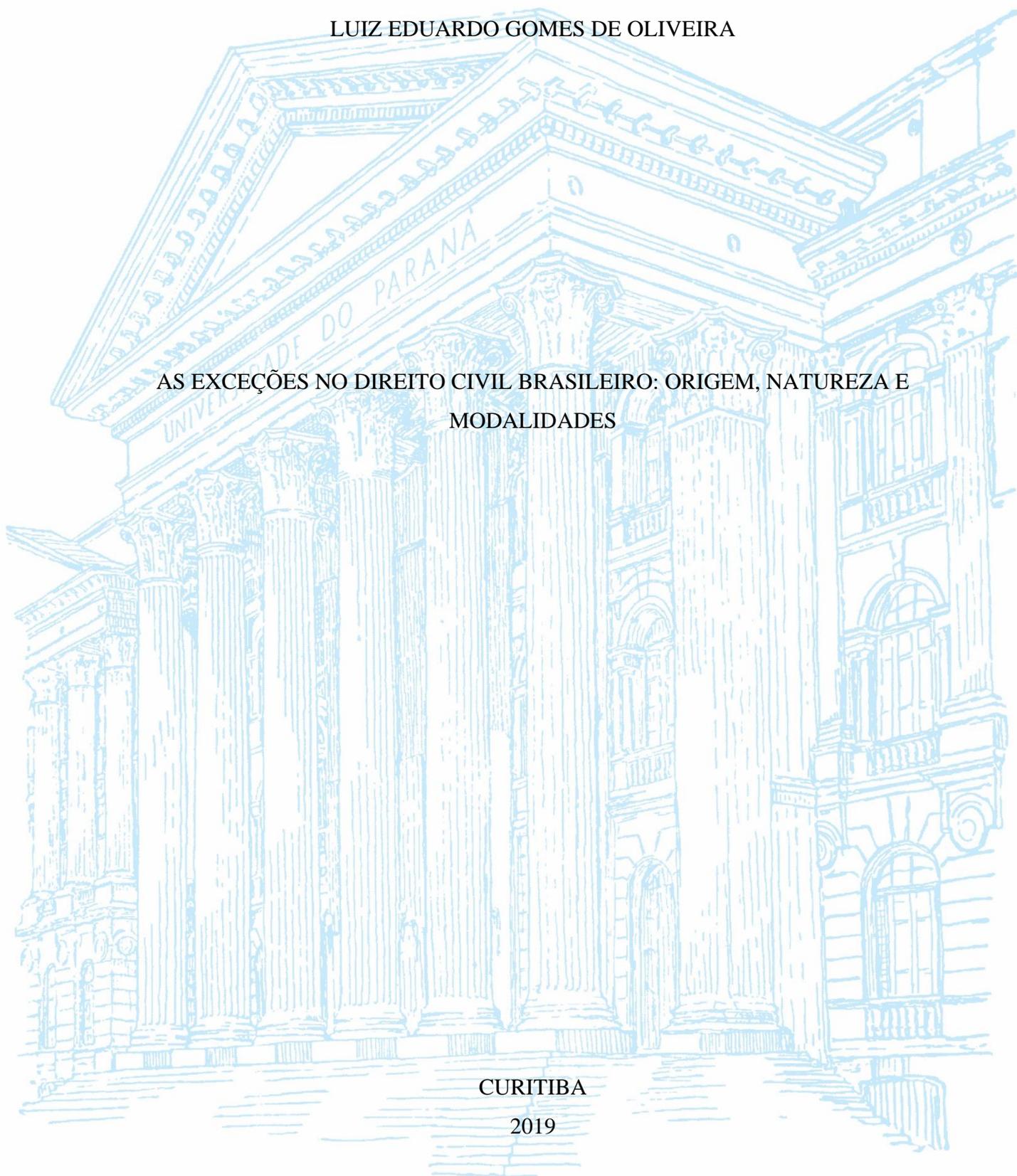
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

LUIZ EDUARDO GOMES DE OLIVEIRA

AS EXCEÇÕES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ORIGEM, NATUREZA E  
MODALIDADES

CURITIBA

2019



LUIZ EDUARDO GOMES DE OLIVEIRA

AS EXCEÇÕES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ORIGEM, NATUREZA E  
MODALIDADES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

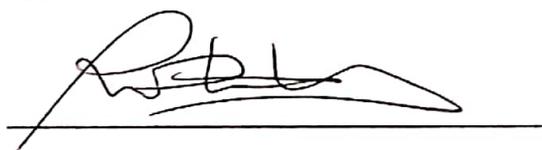
2019

## TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ EDUARDO GOMES DE OLIVEIRA

AS EXCEÇÕES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ORIGEM,  
NATUREZA E MODALIDADES

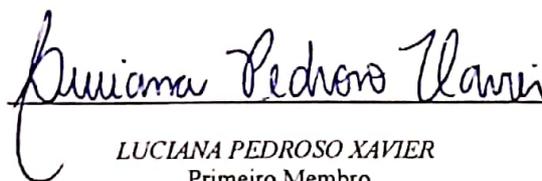
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



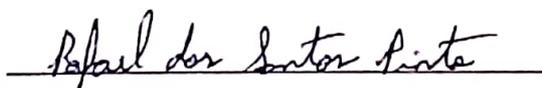
*RODRIGO XAVIER LEONARDO*  
Orientador

---

Coorientador



*LUCIANA PEDROSO XAVIER*  
Primeiro Membro



*RAFAEL DOS SANTOS PINTO*  
Segundo Membro



## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Rodrigo Xavier Leonardo, homem de prudência e critério, de quem pude aprender a *ars boni et aequi*;

Aos meus companheiros da DPS, Hamilton, Vitor e Henrique, pela grande aventura que me proporcionaram. Foi uma honra trabalhar ao lado de vocês;

Aos bons amigos que fiz nesta faculdade desde o começo até o fim, Diogo, Tiago, Renam, Douglas, Matheus, Jackeline, Iara, Beatriz, Luiz Bernardo, Fernando, Rafael, Levi, Edilson, Joaquim, Fernando, Jéssica, Rubens, Alexandre, João, Giovanni, Henrique, Gustavo e a todos os outros que se sabem também presentes nesta pequena mas excitante ladainha. Estarão sempre presentes em meu coração;

Ao João Rodrigo, pelas ajudas preciosas que me deu nas discussões ponteanas;

Às minhas irmãs Ligia e Letícia, pelo exemplo que deram a este irmão mais novo, à vovó Lourdes que sempre esmerou-se em ser a melhor avó do mundo e aos meus pais, Luiz e Lurdes, pelo apoio e incondicional amor que tiveram por mim ao longo destes anos e, para que ao fim, eu conquistasse esta faculdade. Hoje dou o melhor dos “muito obrigado” que poderia lhes dar;

Aos amigos do Centro Cultural Marumbi, que sempre me apoiaram em tudo;

Ao Senhor, que desde minha tenra idade tem olhado por mim. *Ad astra!*

**More** No, sheer simplicity. The law, Roper, the law. I know what's legal not what's right. And I'll stick to what's legal.

**Roper** Then you set Man's law above God's!

**More** No far below; but let me draw your attention to a fact – I'm *not* God. The currents and eddies of right and wrong, which you find such plain-sailing, I can't navigate, I'm no voyager. But in the thickets of the law, oh there I'm a forester. I doubt if there's a man alive who could follow me there, thank God. ... (*He says this to himself.*)

**Alice** (*exasperated, pointing after Rich*) While you talk, he's gone!

**More** And go he should if he was the devil himself until he broke the law!

**Roper** So now you'd give the Devil benefit of law!

**More** Yes. What would you do? Cut a great road through the law to get after the Devil?

**Roper** I'd cut down every law in England to do that!

**More** (*roused and excited*) Oh? (*Advances on Roper.*) And when the last law was down, and the Devil turned round on you where would you hide, Roper, the laws all being flat? (*Leaves him.*) This country's planted thick with laws from coast to coast – Man's laws, not God's— and if you cut them down – and you're just the man to do it – d'you really think you could stand upright in the winds that would blow then? (*Quietly.*) Yes, I'd give the Devil benefit of law, for my own safety's sake.

(A Man for All Seasons: A Play of Sir Thomas More, by Robert Bolt)

## **RESUMO**

O estudo da dogmática é fundamental para compreensão do direito e sua operacionalidade cotidiana. Originadas do direito processual romano, as exceções se diferenciaram em exceções processuais e substanciais. Este trabalho procura compreender a natureza das exceções de direito material, suas modalidades mais comuns no direito brasileiro e a forma como se opõem aos direitos, pretensões, ações e outras exceções a que se opõem, quando invocadas pelo acionado.

Palavras-chave: exceção substancial; teoria do fato jurídico; plano da eficácia.

## **ABSTRACT**

The study of dogmatic is fundamental for the comprehension of the law and its daily operation. Originating from Roman procedural law, the exceptions differed in procedural and substantial exceptions. This paper seeks to understand the nature of the exceptions to substantial law, their most common modalities in Brazilian law, and the way in which they oppose the rights, claims, actions and other exceptions to which they are opposed when invoked by the defendant.

Keywords: Substantial exception. Legal fact theory. Efficacial Category.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 HISTÓRICO SOBRE A <i>RATIO</i> DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS.....</b>	<b>10</b>
2.1 A <i>exceptio</i> no processo formulário romano.....	11
2.2 A <i>exceptio</i> no período da <i>extraordinaria cognitio</i> .....	14
<b>3 A EXCEÇÃO À LUZ DA TEORIA PONTEANA .....</b>	<b>16</b>
3.1 A teoria jurídica de Pontes de Miranda .....	16
3.2 A tipologia dos fatos jurídicos e a divisão lógica.....	18
3.3 Os fatos geradores das exceções e sua eficácia .....	22
<b>4 NATUREZA JURÍDICA E MODALIDADE DAS EXCEÇÕES .....</b>	<b>24</b>
4.1 Natureza jurídica das exceções substanciais: direito ou posição jurídica?.....	24
4.2 Classificação das exceções substanciais.....	27
4.3 A exceção da prescrição e seu reconhecimento de ofício .....	30
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>33</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito é o liame que ordena as relações sociais, sem o qual a sociedade é impossível (ao menos a complexa). Assim, é preciso que os estudiosos se voltem de maneira aprofundada a tal objeto deontológico, que precisa ser constantemente interpretado e aperfeiçoado, a fim de cumprir suas funções em prol da pacificação social, da justiça, da liberdade e de tantos outros valores e direitos humanos básicos.

Bem se sabe que o estudo dogmático gera antipatia em certos ambientes acadêmicos contemporâneos, por ser considerado “formalista” ou, no âmbito civilista, um “retorno à pandectística”, que já teria sido superada. Ocorre que, inelutavelmente, o direito não existe sem esse tipo de análise. Sem descuidar das sempre relevantes perspectivas interdisciplinares do Direito, a partir da sociologia e da economia, por exemplo, é preciso recordar que o objeto do direito é de natureza peculiar, pois trata do dever ser. Daí o termo “dogmática”, corretamente atribuído à teoria que se faz a partir da norma. Não basta compreender o direito como um fato social ou um pressuposto do mercado; é preciso compreender como incidem as normas, como surgem direitos e deveres, como ocorrem as relações jurídicas... em suma, como o direito regula a vida humana em sociedade.

Nesse ínterim, o presente trabalho é uma tentativa de contribuição para estudo da dogmática civilística. Mais especificamente, volta-se à figura das exceções substanciais, própria da defesa do sujeito passivo em relações jurídicas nas quais foi acionado. A diferença, em relação às exceções de direito processual, é que opera no direito material. Embora não seja tão abordado como outros institutos (e.g., pretensão), o estudo da exceção é de grande relevância teórica e prática. Apenas no Código Civil, por exemplo, existem diversas espécies de exceção, tais como: a prescrição (art. 190), a exceção de contrato não cumprido (art. 476), a exceção de excussão (art. 827, parágrafo único), a exceção de benfeitorias do possuidor de boa-fé (art. 1.0219), as diversas exceções de retenção previstas nos contrários em espécie (e.g.: locação, depósito, comissão mandato, transporte, penhor, anticrese). Ora, é notório que qualquer jurista ou operador do direito se depare com essas figuras no cotidiano acadêmico ou forense, o que revela a importância do tema.

O estudo subjacente a esse trabalho partiu da clássica teoria do fato jurídico, de Pontes de Miranda e da concepção de relação jurídica de Giuseppe Lumia – embora a principal fonte de consultas tenha sido a dissertação de mestrado de Augusto Lukaschek Prado, autor que também parte das mesmas bases. Antes, porém, de adentrar ao estudo do instituto no direito civil brasileiro contemporâneo, buscou-se resgatar suas origens romanísticas.

## 2 HISTÓRICO SOBRE A *RATIO* DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS

O estudo do Direito Romano terá aqui grande utilidade para a fundamentação do trabalho, pois muito do que se entende sobre o atual instituto da exceção tem vínculo quase imutável com suas raízes romanas. É dizer, o direito romano está para o direito civil assim como o latim está para o português: é uma questão de fundamento. Este fundamento se mostra mais latente no que concerne à *exceptio*, dado que “o conceito moderno de exceção (em qualquer de suas várias acepções) carrega diversos traços do conceito romano de *exceptio* mesmo depois de dois milênios de evolução do instituto”<sup>1</sup>.

No Direito Romano a *exceptio*<sup>2</sup> pode ser analisada partindo-se da tutela dos direitos subjetivos<sup>3</sup>. Como se sabe, no direito romano não havia ainda clara diferenciação entre a ação material e a processual. A *exceptio* surge no advento do processo formulário, quando se desenrolava a decadência das chamadas “*legis actiones*”. A partir da primeira base romana, tem-se os fundamentos do atual instituto da exceção, sem grandes variações.

No entanto, é de conhecimento comum que os romanos não eram dados a teorias. Em Roma, o conhecimento jurídico era sobretudo prático, o que levou, por exemplo, a não haver uma distinção entre as exceções em sentido material e em sentido processual. Esta diferenciação foi iniciada apenas com os Glosadores<sup>4</sup> ao separarem as exceções dilatórias da solução (de direito material) e exceções *declinatoriae fori seu iudicii* (de direito processual).

---

<sup>1</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 106.

<sup>2</sup> Utiliza-se aqui, no que diz respeito às *legis actiones* e ao processo formulário, os estudos de Moreira Alves (**Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995).

<sup>3</sup> Há grande discussão entre os estudiosos do direito romano acerca da existência dos direitos subjetivos na Roma antiga, sendo que parte da doutrina alega que o direito subjetivo teve origem na idade média com Guilherme de Ockham e posterior teorização com Thomas Hobbes, como sustenta, v.g., VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2005, que na formação da sua teoria se baseou nas ideias de Monier. Para uma melhor exposição do debate, veja-se MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 87 a 90 que expõe os meandros do debate entre Villey e Pugliese acerca do assunto. Também indicamos o artigo de DOR’S, Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de “*ius*”. In **Studi in memória di Emílio Albertario**. Vol II. Pgs. 279 e segs. Para uma maior coerência do trabalho, optamos por considerar que os direitos subjetivos existiam no direito romano. Ainda assim tendemos a concordar que há uma dificuldade em se perceber a existência desses direitos no período romanístico. No entanto, há margem para discussão acerca da assertividade em relação à argumentação filosófica de Villey quando este constrói a ideia da inexistência dos direitos subjetivos no direito romano, discussão que infelizmente não poderá ser trazida neste artigo.

<sup>4</sup> 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. T. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 6.

De todo modo, como dizia Pontes de Miranda no prefácio ao Tratado de Direito Privado, “A ciência precisa, para ser verdadeiramente prática, não se limitar ao prático”<sup>5</sup>. O tempo revelou que a *praxis* exige uma teorização sistemática para continuar sólida, pois a falta de conceitos e enunciados precisos traz grande prejuízo à administração da justiça<sup>6</sup>.

## 2.1 A *exceptio* no processo formulário romano

As *legis actiones* faziam parte do mais antigo sistema de processo civil romano, do qual a maior parte das informações que sobreviveram ao tempo, provém das Institutas de Gaio. Sobre esta primeira forma processual romana, Moreira Alves aponta que o processo era ora todo oral, seja diante do magistrado (*in iure*) que do juiz popular (*apud iudicem*), com elevada “rigidez do formalismo a ser observado pelos litigantes”<sup>7</sup>.

Debruçando-se sobre esta mudança histórica, Gaio<sup>8</sup> diria que a causa da decadência das *legis actiones*, e do conseqüente aparecimento do **processo formulário**, foi o exagerado formalismo, que fazia com que uma das partes perdesse a lide por qualquer erro, mínimo que fosse, no cumprimento das formalidades exigidas. Em relação a suas etapas, o processo formulário apresentava uma instância (*ordo iudiciorum priuatorum*), dividida nas fases *in iure* (diante do magistrado) e a *apud iudicem* (perante o juiz popular). Em relação ao seu antecessor, também se direciona por: ser menos formalista, contar com maior atuação do magistrado e condenar em caráter exclusivamente pecuniário<sup>9</sup>. Porém, o maior distintivo, que dá nome ao

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: pessoas físicas e jurídicas**. T. I, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1972, prefácio, p. XXVI.

<sup>6</sup> Continuando no raciocínio de Pontes: “O direito que está à base da civilização ocidental só se revestirá do seu prestígio se lhe restituirmos a antiga pujança, acrescida do que a investigação científica haja revelado. Não pode ser *justo*, aplicando o direito, quem não o sabe. A ciência há de preceder ao fazer-se justiça e ao falar-se sobre direitos, pretensões, ações e exceções.” (PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: pessoas físicas e jurídicas**. T. I, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1972, Prefácio, p. XXVI.).

<sup>7</sup> “As ações da lei são em geral [...] submetidas ao *ordo iudiciorum priuatorum*<sup>7</sup>, isto é, processam-se primeiramente, diante do magistrado (*in iure*), e, depois, do juiz popular (*apud iudicem*). [...] O processo das ações da lei é todo oral, quer diante do magistrado (*in iure*) que do juiz popular (*apud iudicem*). Caracteriza-se, principalmente, pela rigidez do formalismo a ser observado pelos litigantes a ponto de alguém – o exemplo é de Gaio – perder a demanda pelo fato de haver empregado em juízo a palavra *uites* (videira), ao invés do termo *arbor* (árvore), como preceituava a Lei das XII Tábuas com relação à *actio de arboribus succisis* (ação relativa a árvores cortadas), e isso apesar de, no caso concreto, as árvores abatidas terem sido justamente videiras.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 193).

<sup>8</sup> MOMMSEN; KRUGER; SCHÖLL E KROL. **Corpus Iuris Civilis**. vol. I. Institutiones et Digesta. Editio stereotypa duodécima. Berlim: Weidmann, 1911. Institutas IV, 30.

<sup>9</sup> Nas *legis actiones*, caso fosse condenado o réu, o *iudex* não poderia obriga-lo a cumprir a pena, mesmo sendo de natureza pecuniária, não dispondo, portanto, do *imperium*. Cabia ao autor valer-se de outra *legis actio* (a *actio per manus iniectum*) para obter a execução da sentença. A *manus iniectio*, nos casos de não pagamento pelo réu condenado, previa a adjudicação do próprio réu pelo autor, podendo aquele ser detido para posterior apresentação em praça pública (para que sabedores da ocorrência, parentes ou amigos lhe solvessem o débito), e, caso ainda assim não houvesse pagamento da dívida era o devedor morto ou vendido como escravo no estrangeiro. Para mais detalhes (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de

processo, é o uso de uma fórmula “um documento escrito onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique ou não, provada a pretensão do autor”<sup>10</sup>. Gaio também atenta que a substituição do antigo sistema das *legis actiones* para o processo formulário ocorreu em virtude das Leis *Aebutia* e *Iuliae Iudiciariae*<sup>11</sup>.

Desta feita, e analisando as antigas fórmulas comuns neste período processual, os romanistas perceberam que as razões de defesa pelo réu, não eram postas em seu corpo. Como remédio desta lacuna, possibilitou-se ao réu o manejo da *praescriptio*<sup>12</sup>, cláusula aposta na parte superior da fórmula<sup>13</sup>, por meio da qual o pretor orientava o *iudex* a analisar circunstâncias favoráveis ao réu antes de abordar a pretensão do autor. Conforme o próprio nome do instituto denota, a *praescriptio* era redigida previamente à *intentio*, parte em que se determinava a matéria da demanda.

Caso o juiz analisasse procedente o que se alegava nas *praescriptio*, este dispensava a análise da *intentio*: excluindo-se a premissa, excluía-se também a condenação<sup>14</sup>. Este instituto, apesar de sua natureza como meio de defesa, passou a ser insuficiente. “Foi diante da insuficiência de tal mecanismo que surgiu a *exceptio* como defesa fundada na equidade”<sup>1516</sup>.

---

Janeiro: Forense, 1995, p. 201-204.

<sup>10</sup> É a fórmula, porém, o traço marcante do processo formulário; dela advém-lhe a própria denominação: processo *per formulas*. Trata-se – como veremos adiante, de um documento escrito onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique ou não, provada a pretensão do autor. No sistema das *legis actiones*, nada havia de semelhante: o juiz popular julgava a questão que as partes, oralmente, lhe expunham. No processo formulário, não: ele julga o litígio conforme está delimitado na fórmula, elaborada na fase *in iure*.

<sup>11</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 205.

<sup>12</sup> Do latim *prae*=antes e *scriptio*=ação de descrever.

<sup>13</sup> **CORPUS IURIS CIVILIS**. ed. MOMMSEN-KRUGER-SCHÖLL. Volumen I (Intitutiones et Digesta). Editio stereotypa duodécima. Berlim: Weidmann, 1911, Institutas, I. 4, 132.

<sup>14</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 99.

<sup>15</sup> Alguns juristas apontam que a *exceptio* seria, até mesmo, anterior às *praescriptiones pro reo*. No entanto, dela não se cogitou pelo menos até a Lei Ebúcia, como sustenta SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1959. p.23.

<sup>16</sup> “No caso das *praescriptiones*, a comprovação do quanto explicitado na *intentio* era condição necessária e suficiente para a condenação (*condemnatio*). No novo sistema, aquela comprovação continuou sendo necessária, mas agora não mais suficiente. Introduziu-se na fórmula, com a *exceptio*, além de um pressuposto positivo (já existente), um novo pressuposto negativo: o juiz não deveria condenar o réu caso o quanto alegado na exceção restasse comprovado. Ademais, se a defesa aduzida pelo réu fosse suficientemente fundamentada e não dependesse de produção probatória, poderia o magistrado, por conta própria, resliver a questão, denegando ao autor a ação pleiteada. Se, por um lado, essa solução evitava os inconvenientes da fase *apud iudicem*, por outro, não possuía a autoridade da *res iudicata*, de modo que poderia o autor, diante de outro magistrado, intentar a mesma ação novamente. Por essa razão, informa Fritz Schultz que o magistrado abstinha-se de assim proceder, limitando-se, em regra, à concessão de uma *exceptio*”. (PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 99).

Desta feita, não apenas o magistrado redigia a fórmula, mas o fazia juntamente com as partes: o autor apresentava perante o magistrado uma minuta de fórmula; ao mesmo tempo o réu propunha modificações em relação a esta minuta (incluindo, por exemplo uma *praescriptio* ou uma *exceptio*); ao magistrado competia, conforme a pertinência, introduzir alguma modificação que considerasse pertinente. Segundo Max Kaser, a *exceptio* “é originariamente uma instituição do direito processual civil, é a ‘exceção’, favorável ao demandado, das condições sob as quais seria condenado em consequência da acção”<sup>17</sup>. Moreira Alves complementa o entendimento da *exceptio* com o seguinte exemplo:

A *exceptio* (exceção) é parte acessória da fórmula pela qual o réu, invocando direito próprio ou determinada circunstância, paralisa o direito do autor. Por meio dela, portanto, o réu – e a *exceptio* só é concedida a ele – se defende indiretamente: não nega o direito invocado pelo autor, mas alega que não o observou com base em direito próprio ou pela ocorrência de certas circunstâncias. Por exemplo: se Caio promete pagar a Tício 100 sestércios dentro de 30 dias, mas se, antes do término desse prazo, ajustam ambos, por um pacto que o pagamento só poderá ser exigido após 60 dias a partir de então, e, isso não obstante, Tício, no trigésimo primeiro dia, cobra judicialmente a dívida de Caio, este se utiliza da *exceptio* para defender-se indiretamente: não nega que deve os 100 sestércios a Tício, mas alega, defendendo-se ainda não tê-los pago, a existência do pacto que lhe dá o direito de somente solver o débito 60 dias depois de sua celebração.<sup>18</sup>

Em virtude da importância da fórmula no processo formulário, os juristas romanos clássicos dedicaram-lhe uma atenção especial e chegaram até mesmo a sistematizar os elementos que o compunham, distinguindo-os em partes principais (*partes formulae*) e partes acessórias (*adiectioes*). Segundo Gaio<sup>19</sup>, quatro são as partes principais da fórmula: a *demonstratio*, a *intentio*, a *adiudicatio* e a *condemnatio*. As **partes acessórias** são aquelas que somente se inserem na fórmula, a pedido de uma das partes, quando ocorrem determinadas circunstâncias. Podiam ser separadas em: (i) a *praescriptio*, (ii) a *replicatio*, *duplicatio* ou *triplicatio* e (iii) a *exceptio*. Ao ser escrita na fórmula, a *exceptio* era redigida como cláusula condicional negativa, colocada após a *intentio*<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 58. Ainda, segundo o autor “A cláusula que contém esta exceção é introduzida na fórmula da acção a pedido do demandado, excepcionalmente por via oficiosa (infra §82 II 4c, §83 II 11). A partir deste meio de defesa processual desenvolveu-se paulatinamente um **direito de exceções** privado, designadamente um direito autónomo de recusar a pretensão do autor; cfr. G. 4, 115 ss”.

<sup>18</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 214.

<sup>19</sup> **CORPUS IURIS CIVILIS**. ed. MOMMSEN-KRUGER-SCHÖLL. Volumen I (Intitutiones et Digesta). Editio stereotypa duodécima. Berlim: Weidmann, 1911, Institutus IV, 39 e ss.

<sup>20</sup> Um exemplo de sua redação, numa cobrança de dívida, o réu alega em sua defesa (por meio da *exceptio*), que não pagou porque o autor lhe perdoara, por pacto posterior, o débito: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia datre oportere, si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non conuenit ne ea pecunia peteretur in eam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolutio*” (Se ficar

Moreira Alves acentua que já os romanos haviam feito classificações das exceções. Este tema terá capítulo próprio, mas cujas principais aqui são: (i) *perpétuas* ou *peremptórias* (quando podem ser alegadas a qualquer tempo, com é o caso de exceção invocada pelo réu com base em pacto de perdão de dívida) e *temporárias* ou *dilatórias* (quando somente podem ser alegadas até determinado momento, como é o caso de exceção com base em pacto que aumenta o prazo para pagamento da dívida, de 30 para 60 dias, v.g.); e (ii) *rei cohaerentes* (as que podem ser invocadas por qualquer interessado, porquanto se vinculam à coisa objeto do litígio) e *personae cohaerentes* (as que apenas podem ser invocadas por determinada pessoa, visto que dizem respeito somente a ela).

## 2.2 A *exceptio* no período da *extraordinaria cognitio*

Passado o segundo período da processualística romana – o processo formulário -, houve o desenvolvimento do processo extraordinário, que surgiu “para dirimir questões de natureza administrativa ou policial”. Em seu período inicial, conviveu com o processo civil nas modalidades anteriores (*legis actiones* e formulário).

Não havia necessidade de fórmula nem de nomeação do *iudex* privado, “pois todo o processo se desenrolava diante dos magistrados, que afinal, decidiam a lide [podendo] empregar todos os meios, inclusive de coerção, para prontamente dirimir questões de ordem administrativa ou policial”<sup>21</sup>. A aplicação desse processo *extra ordinem* também aos conflitos civis “foi apenas questão de tempo”<sup>22</sup>. Nesse contexto, Max Kaser explica que

“A defesa do demandado modifica-se completamente. A **exceptio** já não é uma ‘exceção’ às condições da condenação, mas qualquer alegação favorável ao demandado, da qual em regra, lhe cabe o ónus da prova. Assim se confunde a oposição entre o exercício de um direito contrário autónomo e a contestação da pretensão. O meio de defesa designa-se preferencialmente **praescriptio** (com significado novo). As exceções, em geral, podem ser deduzidas até à sentença final.”<sup>23</sup>

---

provado que numério Negídio deve pagar 10.000 sestércios a Aulo Agério, e se não houve acordo entre Aulo Agério e Numério Negídiono sentido de que não fosse cobrada essa quantia, condena Numério Negídio a pagar essa importância a Aulo Agério; se não ficar provado, absolve-o). *Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non conuenit ne ea pecunia peteretur*, é a exceção. Portanto, o juiz, nesse caso, devia verificar: 1º) se realmente o réu devia ao autor 10.000 sestércios; 2º) se não tinha havido acordo entre eles no sentido de que a dívida não seria cobrada. Se verificasse verdadeira a primeira condição, e falsa a segunda, o juiz condenaria o réu; se ambas as condições fossem verdadeiras ou falsas, o absolveria.

<sup>21</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 241.

<sup>22</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 241.

<sup>23</sup> KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 467.

Ainda que a forma da exceção nos tempos da *extraordinaria cognitio* tenha sido amenizada, continuou a possuir seus traços originais: promover a equidade através da afirmação de fato que, sem negar o direito, paralisa sua eficácia<sup>24</sup>.

Na atualidade não foram muitos os autores que se debruçaram sobre o tema das exceções. Além disso, trata-se de matéria conhecidamente mais estudada por processualistas que por civilistas. Assim, em alguma medida, foi-se perdendo a exata compreensão da natureza da *exceptio* substancial.

Nesta situação a melhor forma de se entender um instituto é resgatar-lhe seu valor originário compreendendo melhor sua função, atuação e natureza de direito material. A construção feita pelo Direito Romano posteriormente acabou por consagrar-se como realidade do direito das exceções, como o fato de as exceções não extinguirem posições jurídicas, mas sim atuarem como encobridoras da eficácia.

Posteriormente algumas teorias abordaram o tema das exceções de direito material, em especial a corrente civilística alemã encabeçada por Savigny, mas seu estudo alongaria o trabalho em demasia. Neste trabalho, portanto, optou-se por buscar a natureza e função das exceções por meio da teoria do fato jurídico construída por Pontes de Miranda, sendo este o autor pátrio que trouxe mais clareza nos estudos a respeito das exceções. Ao longo das próximas linhas perceberemos como o autor utilizou-se também das divisões romanas para construir um entendimento atual a respeito do instituto ora exposto.

---

<sup>24</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 120.

### 3 A EXCEÇÃO À LUZ DA TEORIA PONTEANA

Toda a obra dogmática é escrita em estrita conformidade com uma certa visão acerca do Direito, uma teoria geral do direito<sup>25</sup>, que impõe uma particular forma de conceber o direito e os sistemas jurídicos. O estilo ponteano é categórico, marcado de absolutos como “toda eficácia jurídica é causada por fato jurídico cronologicamente precedente” ou “toda juridicização pressupõe *regra jurídica e suporte fático*”. Todavia, a “suma das sumas”, a noção fundamental é declaração que inicia os 60 volumes do Tratado de Direito privado: “A noção fundamental do direito é a de fato jurídico”<sup>26</sup>.

#### 3.1 A teoria jurídica de Pontes de Miranda

O mundo em geral, enquanto continente de todas as coisas que existem, é concebido como o conjunto de todos os fatos, do qual seria subconjunto o *mundo jurídico*, formado pelo agrupamento de todos os *fatos jurídicos*<sup>27</sup>. Mas o fato jurídico, diferentemente dos fatos do “mundo natural”, não surge em decorrência de mera conexão causal-naturalística: tem origem, antes, por *causação jurídica*, por uma proposição lógico-jurídica como conjuntamente necessárias e suficiente à juridicização. Trata-se do fenômeno da incidência: quando se concretizam no mundo dos fatos as específicas circunstâncias abstratamente previstas no suporte fático da norma. Em suma, à peculiar proposição lógico-jurídica chama-se *regra jurídica*; às circunstâncias que ela prevê abstratamente como conjuntamente necessárias e suficientes à juridicização, *suporte fático*; e à juridicização, *incidência*.

---

<sup>25</sup> Utilizamos a expressão conforme o seu sentido tradicional, explicado por Karl Larenz como sendo toda “doutrina acerca estrutura lógica da norma jurídica, acerca de certos conceitos fundamentais formais que podem encontrar-se em todos os ordenamentos jurídicos (...) e sobre as relações lógicas destes conceitos fundamentais entre si e os modos de pensamento da Jurisprudência, sendo assim no essencial, um traço de união entre a lógica e a Jurisprudência”, e pela qual se procura alcançar “conhecimentos respeitantes ao Direito, universalmente válidos e não somente válidos a um determinado ordenamento jurídico ‘positivo’ e, em rigor, essencialmente mediante a uma perspectiva normativa e que não suportassem o lastro prévio de pressupostos ontológicos ou metafísicos” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª ed. Tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian. p. 225).

<sup>26</sup> PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: pessoas físicas e jurídicas. T. I, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1972, Prefácio, p. XVI.

<sup>27</sup> Mundo jurídico é “o mundo dos fatos jurídicos (...). A soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram à dimensão jurídica, ao jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: bens e fatos jurídicos. T. II, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1954, p. 183).

Como o suporte fático é previsto na regra jurídica de forma abstrata, a incidência da regra jurídica toma em consideração apenas uma parcela das características do fato concreto, abstraindo das peculiaridades consideradas irrelevantes pela regra.

Além disso, o mesmo fato de a incidência não pender senão da concretização do suporte fático a torna absolutamente distinta da *realização* ou aplicação da regra<sup>28</sup> (diz-se que a incidência se passa *no plano do pensamento*). Pontes de Miranda explica tal sistemática metafóricamente<sup>29</sup>: as incidências como que criam um plano de jardinagem para certo terreno. Isto não impede, porém, que os visitantes venham a pisar no jardim, andando por áreas onde não deveriam (desatendimento). No entanto, estas violações em nada alteram a existência de um plano de jardinagem para aquele local – apenas fazem com que a realidade fique desconforme ao plano que se lhe traçara. Em remédio a estas transgressões o Estado dispõe de jardineiros (mecanismo judiciário), para, em certas circunstâncias, readequar o jardim ao plano de jardinagem<sup>30</sup>. Poderíamos dizer: se a verdade é a *adequatio rei et intellectus*, a realização da regra é a *adequatio regulae et rerum*.

À capacidade da regra jurídica (proposição lógica) de juridicizar seu suporte fático suficiente chama nosso autor *eficácia da lei* ou *eficácia nomológica*, que não deve ser confundida com eficácia jurídica, isto é, a capacidade dos fatos jurídicos de *irradiar* relações jurídicas eficaciais.

Esta forma de conceber o jurídico é suscetível de aplicação a todos os ramos do Direito, não apenas ao Direito civil ou privado: tanto podemos dizer que a *relação jurídica* pela qual o comprador deve solver o preço decorre da juridicização de contrato de compra e venda, quanto que a *relação jurídica* pela qual se concerne ao Estado o *ius puniendi* decorre da juridicização de certo evento como crime, e assim se vislumbra a enorme variedade de fatos jurídicos que podem existir. Impõe-se, portanto, e mesmo que apenas no mais restrito âmbito dos fatos jurídicos lícitos de Direito privado, *classificar* a imensa gama dos fatos jurídicos.

---

<sup>28</sup> A rigor, a *aplicação* é apenas espécie do gênero *realização* das regras jurídicas que se define como “a coincidência entre a incidência delas e a efetiva subordinação dos fatos a elas, por movimento próprio dos interessados [= atendimento], pela natureza mesma das regras, ou pela aplicação suscitada, de ordinário estatal” (PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: pessoas físicas e jurídicas. T. I, Borsoi, 2ª ed., 1972, p. 37).

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: pessoas físicas e jurídicas. T. I, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1972, p. 37-38.

<sup>30</sup> Em linguagem não metafórica: “As regras jurídicas incidem no espaço e no tempo a que elas se destinam. Uma vez que se compõe todo o suporte fático, a regra jurídica como que colore o que se compôs. (...). Se alguém não atende ao que ocorreu, pois, à incidência, o juiz, ou quem tenha de impor o respeito à lei, aplica a regra jurídica. Aplica-se o que incidiu.” (PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcante. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. T. II, Borsoi, 2ª ed., 1972, p. 87).

É precisamente a esta classificação que serve a famosa tipologia dos fatos jurídicos esmeradamente proposta por Pontes de Miranda (é impossível alguém ter passado seus anos de graduação sem ter ouvido falar em *fato jurídico* strictu sensu, *ato-fato jurídico*, *ato jurídico* stricto sensu e *negócio jurídico*), e obtida pelo expediente técnico de sucessivas subdivisões lógicas com critérios de divisão dicotômicas.

### 3.2 A tipologia dos fatos jurídicos e a divisão lógica

Divisão lógica<sup>31</sup> é a divisão de um gênero em certo número de espécies componente. O teste da divisão lógica é que o gênero (todo lógico), e ele apenas, pode ser predicado de cada uma de suas partes (espécies). A divisão lógica possui *três elementos*: (i) o todo lógico, o gênero que sofre a divisão; (ii) o critério de divisão, o ponto de vista a partir do qual a divisão é feita; e (iii) os membros divisores, as espécies resultantes da divisão. Possui também *três regras*: (i) ela deve ter um e apenas um critério de divisão; (ii) os membros divisores devem ser mutuamente excludentes (não pode haver sobreposição entre quaisquer deles), e (iii) a divisão deve ser coletivamente exaustiva (as espécies constituintes, em seu conjunto, devem ser coextensivas ao gênero).

A violação da *primeira regra* ocorre quando se muda, ao longo de uma única divisão lógica, o critério de divisão. Isto acontece, por exemplo, quando se divide os livros de uma biblioteca jurídica em (a) livros de Direito Civil, (b) livros de Direito Penal, (c) livros de autores brasileiros, e (d) livros escritos em alemão. A *segunda regra* (não sobreposição) é violada se, no exemplo acima, houvesse na biblioteca um livro que simultaneamente fosse de Direito Civil, escrito por um brasileiro, e em alemão, entrando assim nas categorias (a), (c) e (d). A *terceira regra* (exaustividade coletiva), seria violada se, novamente utilizando o exemplo na primeira regra, a biblioteca contivesse um livro de Direito Administrativo escrito por um francês no respectivo vernáculo. Este não entraria em nenhuma das categorias delimitadas.

Conforme a maneira de aplicação do critério adotado, a divisão lógica pode ser *dicotômica* ou *positiva*. Pela primeira espécie, obtém-se sempre dois membros divisores, contraditórios entre si, e em que se consegue adjudicar qualquer elemento do todo lógico, isto é, a divisão de todos os livros de direito em *livros de Direito Civil* e *não-livros de Direito Civil*.

---

<sup>31</sup> Tomamos neste trabalho a explicação de divisão lógica trazida pelo livro de Miriam Joseph (JOSEPH, Miriam. **O Trivium**: as artes liberais da lógica, gramática e retórica: entendendo a natureza e a função da linguagem. Tradução e adaptação de Henrique Paul Dmyterko. São Paulo: É Realizações, 2008.).

Este tipo de divisão lógica, por ser aplicação do princípio da não contradição – axioma do pensamento, portanto de maior segurança que qualquer lei científica, segundo o qual uma coisa não pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, ser e não ser – garante sempre, logicamente, a satisfação das regras da divisão lógica. A divisão positiva, por outro lado, não opera baseada no princípio da não contradição. É justamente um exemplo de divisão positiva a do gênero *árvore* em araucária, eucalipto, bordo, etc., citada acima.

Costuma-se dizer que a divisão dicotômica, na medida em que deixa inexplorada o membro divisor negativo, é inferior à positiva, de um ponto de vista científico – nada obstante o fato de esta última, fundada em investigação empírica, ser sempre potencialmente transitória (veja-se, por exemplo, a antiga divisão dos elementos em água, fogo, terra e ar, hoje suplantada pela tabela periódica)<sup>32</sup>.

A *codivisão* é a concorrência de mais de uma divisão sobre um mesmo todo lógico, segundo métodos diversos. A supracitada biblioteca jurídica, por exemplo, tanto pode ser ordenada segundo as áreas do Direito de seus livros quanto segundo o idioma em que foram originalmente escritos. Essas duas formas de classificação estão entre si em relação de coordenação ou *codivisão*. Ou, ainda, o todo lógico *contrato* tanto pode ser dividido entre *onerosos* e *gratuitos* quanto entre *consensuais* e *reais*.

A *subdivisão*, por sua vez, é a realização sucessiva de uma divisão lógica *sobre o resultado da precedente*. Assim, tendo dividido nossa biblioteca segundo as áreas do Direito, e obtido *Direito Civil* como um dos membros divisores, este próprio pode ser dividido em *Direito das Obrigações*, *Direito das Coisas*, *Direito de Família e Sucessões*, etc. Ou, ainda, dividindo o todo lógico *contratos* entre consensuais e reais, esta última espécie pode ser dividida em *comodato*, *depósito*, *mútuo* e *penhor*.

A técnica da divisão lógica, em todas as suas variantes, é de uso e importância frequentíssimos no Direito, na medida em que organiza o conhecimento e permite a imputação de consequências às classificações jurídicas – do que do que já bastam a dar suficiente mostra os exemplos citados. Infelizmente, no entanto, e apesar de este expediente técnico ser, rigorosamente falando, trivial, acontece por vezes de uma classificação jurídica proposta não respeitar as regras da divisão lógica – devendo imperiosamente, nesses casos, ser emendada ou, se tal não for possível, simplesmente abandonada.

---

<sup>32</sup> JOSEPH, Miriam. **O Trivium**: as artes liberais da lógica, gramática e retórica: entendendo a natureza e a função da linguagem. Tradução e adaptação de Henrique Paul Dmyterko. São Paulo: É Realizações, 2008, p. 122.

Como exemplo, veja-se a estruturação lógica proposta pelo Visconde de Seabra para o Código Civil Português de 1867, que dividia “*todo o direito (no sentido determinante ou regulador)*”<sup>33</sup> em quatro subclasses principais de regras: (i) Natureza do ente jurídico (capacidade); (ii) Seus meios de vida (aquisição); (iii) Fruição desses meios (propriedade); e (iv) Conservação (violação, defesa dos direitos). Sobre este arranjo, e suas ramificações ulteriores, diz Teixeira de Freitas, “Entendemos mesmo, e sem medo de exageração, que na estrutura do projecto, e na explicação que se lhe addicciona, não existe o mais fraco vislumbre de uma idéa de methodo”<sup>34</sup>.

Freitas argui que as classificações de Seabra “*resiste[m] á verificação logica*”, porquanto não garantem a exaustividade coletiva dos membros divisores, acima chamada terceira regra da divisão lógica. E note-se que, para Teixeira de Freitas, a verdadeira formulação de um “*completo systematico de um Codigo Civil*” exigiria não apenas “*que nada lhe houvesse escapado, ou nada houvesse de repetições e superabundância*”, isto é, que se respeitasse as regras da exaustividade coletiva e da não sobreposição. Com efeito, distingue ele entre o que chama de mera *divisão* e a *classificação*<sup>35</sup>.

Anteriormente apontou-se que, de um ponto de vista científico, a divisão positiva costuma ser preferida à dicotômica, porque não contém um elemento negativo deixado inexplorado. Pouco instrutivo é. Por exemplo, dividir todos os elementos em hidrogênio e não-hidrogênio: muito amis aproveita ao químico distingui-los em hidrogênio, hélio, etc. É, no entanto, digno de nota que precisamente os dois maiores juristas pátrios da história – Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda – se tenham debruçado explicitamente sobre esta alternativa manifestando preferência, para o âmbito jurídico, pela divisão dicotômica.

O primeiro o faz na mesma obra citada (*Apostilla*), apresentando a dicotomia – na designação “*divisão bifurcada*” ou “*fórmula contraditória*” – como solução às deficiências de método do Projeto Seabra que “não resistiria” a uma verificação lógica<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova Apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do Codigo Civil Portuguez*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859, p.56.

<sup>34</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova Apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do Codigo Civil Portuguez*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859, p.51.

<sup>35</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova Apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do Codigo Civil Portuguez*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859,, p. 51-53.

<sup>36</sup> Conforme Teixeira de Freitas, “O objecto do trabalho (diz Bentham) sendo dividir o campo inteiro da Sciencia, cumpre de necessidade, que o todo das ramificações comprehenda todas as partes do campo. **Cada uma das divisões deve ser exaustiva**, isto é, com a somma das partes igual ao todo dividido, esgotando, por assim dizer, o conteúdo desse todo. **O melhor systema da divisão será pois aquelle, que pela sua fôrma déra prova desta qualidade exaustiva**. Este é o único meio de termos segurança, de que nada se omitira. Esta prova não póde ser fornecida senão pela **divisão bifurcada, onde o signal de negação seja empregado em um ramo de cada**

Pontes de Miranda, por sua vez, também estrutura a sua tipologia dos fatos jurídicos com base em subdivisões dicotômicas. Em primeiro lugar, o todo “*fatos jurídicos lícitos*” é dividido segundo o critério de *presença ou não de ato humano em seu suporte fático*, aplicado dicotomicamente. Se a resposta for negativa, tem-se *fato jurídico stricto sensu*<sup>37</sup>; se positiva, passa-se à segunda subdivisão. A qual é então feita com base no critério de *consideração ou não da vontade no ato humano presente no suporte fático*, novamente em dicotomia. Se a resposta é negativa, tem-se *ato-fato jurídico*; se positiva, procede-se à terceira subdivisão. Aplica-se, enfim e sempre dicotomicamente, o critério da *atribuição ou não de auto-regramento à vontade considerada pelo suporte fático*. Se a resposta é negativa, tem-se *ato jurídico stricto sensu*; se positiva, *negócio jurídico*.

Como, portanto, a classificação ponteana dos fatos jurídicos está estruturada exclusivamente com base em subdivisões dicotômicas: todo fato jurídico (lícito) entra em uma, e apenas uma, das quatro categorias traçadas. Além disso, os critérios escolhidos para as dicotomias (ou, segundo Teixeira de Freitas, o *princípio dominante* de cada subdivisão) são relevantes, pois refletem adequadamente a imputação de certas consequências jurídicas: a discussão sobre validade de um fato jurídico alcança toda a extensão dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos *stricto sensu* (que são conjuntamente chamados de atos jurídicos *lato sensu*), e nada além dela.

Veja-se que a verdadeira estruturação lógica de uma classificação é não raro obscurecida pela maneira com que gramática ou esquematicamente se a explica, e mesmo pelos nomes que se lhe associa. Damos o exemplo pela própria tipologia ponteana. Ocorre, porém, que esta mesma tipologia costuma ser exposta de formas diversas<sup>38</sup>.

---

**par.** É o que se póde chamar – formula contradictoria –. Este methodo de bifurcação exhaustiva, além da vantagem de fornecer a prova de sua omnicompreensão, possui ainda uma outra muito importante, qual a de se saber fixar a extensão de cada um dos ramos, estabelecendo de uma maneira clara e distincta as relações mutuas dos dous ramos entre si, como as que existem entre cada ramo e o todo dividido. As primeiras são relações de diversidade e de separação, as segundas de identidade e de coincidência.” (grifos nossos) in: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Nova Apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do Código Civil Portuguez**, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859 p. 82-83.

<sup>37</sup> Fatos jurídicos *stricto sensu* “são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido, e.g., nascimento, morte, idade; adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha” (PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: bens e fatos jurídicos**. T. II, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1954, p. 187).

<sup>38</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

### 3.3 Os fatos geradores das exceções e sua eficácia

Levando em consideração os conceitos clássicos do direito civil e da teoria do fato jurídico, a exceção, como todos os demais efeitos jurídicos, é uma decorrência de um fato jurídico. Apenas por isso já haveria motivos para estudo dos fatos que lhe dão ensejo. Todavia, no caso da exceção, essa temática é ainda mais relevante, pois a exceção é um contradireito, que só tem razão de ser se direcionada a algum ente eficaz previamente invocado contra o excipiente.

Surgido o fato jurídico a ser neutralizado e oposta sua eficácia ao demandado, surge o contradireito de exceção, cuja eficácia engendra a situação jurídica excipiente. Esta, por sua vez, pode ser exercida ou não. Essa possibilidade de não exercício é uma decorrência do princípio da liberdade de exercício das exceções: “Uma coisa é o direito de excepcionar, outra é a atividade exercida, que constitui a exceção”<sup>39</sup>. O direito de exceção substancial se efetiva pelo seu exercício, que pode ocorrer de diversas formas: “as exceções de direito material podem ser exercidas em juízo ou fora dele” (princípio da indiferença das vias)<sup>40</sup>.

Utilizando a linguagem de Pontes, percebe-se um encadeamento lógico em três etapas, a saber: (i) o ente eficaz (direito, pretensão, ação, exceção) excepcionado é o *posterius* e o fato gerador da exceção, *prius*; (ii) o fato gerador da exceção é o *prius*, e o direito de exceção, *posterius*; (iii) o direito de exceção é o *prius*, e o exercício da exceção, *posterius*. Em tempo: mesmo que a percepção humana não distinga essas realidades de modo empírico, na contemplação do mundo dos fatos, trata-se de uma decorrência lógica do fenômeno jurídico compreendido cientificamente. É um pressuposto, aliás, do pensamento ponteano que ocorram no mundo dos pensamentos os fenômenos da incidência da norma e do início de seus efeitos<sup>41</sup>. A aplicação da norma, seu cumprimento ou descumprimento, são fenômenos de outra natureza,

---

<sup>39</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 228.

<sup>40</sup> RODRIGUES, Otávio L. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor? in MIRANDA, Daniel [et al] **Prescrição e Decadência**. São Paulo: JusPodivm, 2013, p. 414.

<sup>41</sup> Note-se que essa alegação não nega a **exterioridade** do direito. Como explica Giuseppe Lumia, a exterioridade é uma exigência ideológica, de que os fatos da consciência permaneçam fora do âmbito de intervenção estatal. Todavia, o que se desconsidera são “os fatos psíquicos que se exaurem no interior do eu” (LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3 ed. Tradução de Alcides Tomasetti Jr. Milano: Giuffrè, 1981, p. 102-123.). Não é destes fatos que se fala; no plano do pensamento ocorre apenas a primeira “etapa” de efeitos da incidência, que logo em seguida começará a gerar efeitos exteriores.

"*posterius* em relação à incidência [de modo que] o não se efetivarem os efeitos do fato jurídico nascido da incidência é questão que se instaura na dimensão sociológica do direito"<sup>42</sup>.

Segundo Augusto Lukaschek Prado, o ato-fato jurídico (gerador) da prescrição se diferencia da exceção substancial dele originada. Explica o autor que existem dois entes distintos, a saber, “o fato jurídico e a exceção substancial propriamente dita”<sup>43</sup>. Em síntese: “A norma jurídica que prevê determina prazo prescricional, ao incidir, faz nascer um ato-fato jurídico, ao qual, via de regra, se dá o nome, igualmente, de prescrição. De tal ato-fato jurídico, provém uma posição jurídica subjetiva ativa denominada de exceção da prescrição”<sup>44</sup>.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado para as demais exceções. Contudo, percebe-se que nem todas as exceções são originadas dos mesmos fatos jurídicos, mas decorrem de fatos diversos. A **prescrição** é originada de um ato-fato, resultado da incidência de uma norma cujo suporte fático é “composto pelo elemento objetivo (decorso do tempo) e subjetivo (inércia do titular da pretensão)”<sup>45</sup>. A **exceção de contrato não cumprido**, por sua vez, tem origem num plexo em que há um ato-fato (inadimplemento) que necessariamente é situado no bojo de um negócio jurídico do tipo contratual. A **exceção de excussão** resulta também de um plexo: há o ato-fato (inadimplemento) do fiduciário e o ato de acionamento pelo credor, tudo isso no contexto de dois negócios jurídicos (o principal, credor-devedor; e o acessório, credor-fiador-fiduciário). Os exemplos são muitos e não cabe neste trabalho uma exposição exaustiva.

---

<sup>42</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

<sup>43</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 227.

<sup>44</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 226.

<sup>45</sup> BARBOSA, Rafael V. M. Prescrição. **Revista de Processo**, vol. 239, p. 63-95, Jan/2015.

## 4 NATUREZA JURÍDICA E MODALIDADE DAS EXCEÇÕES

Conquanto a exceção possa ser derivada de atos-fatos, convém ressaltar que seu exercício sempre depende da vontade do agente. Aludindo ao ato-fato que origina a prescrição, Pontes assevera que ele “somente produz, no mundo jurídico, o efeito de criar o *ius exceptionis*, isto é, o direito de exceção de prescrição. Direito que se exerce ou não”<sup>46</sup>. O direito de exceção sempre surge; a escolha do excipiente é por exercê-lo ou não.

Como categoria eficaz, a exceção é fenômeno que ocorre sempre no plano da eficácia. Na dicção ponteana, a exceção não “corta” as posições jurídicas a que se opõe, isto é, não nega sua existência, mas obsta seus efeitos. Trata-se de uma “oposição a efeitos”, que “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”<sup>47</sup>.

Convém apontar, ademais, que a exceção tem por vocação se opor à eficácia de outro ente eficaz (direito, ação ou outra exceção). Logo, seu nascimento depende da anterior existência do ente a que se opõe, pois não faria sentido um “contradireito” sem direito ao qual ser contrário. Além disso, “a exceção pressupõe a condição de demandado, judicial ou extrajudicialmente. Muito embora represente posição jurídica ativa (...)”<sup>48</sup>.

### 4.1 A natureza jurídica das exceções substanciais: direito ou posição jurídica?

Existem várias correntes que tratam da natureza jurídica das exceções substanciais<sup>49</sup>. Os autores ora as classificam como direito, ora como uma das posições jurídicas que integram o direito. Sem pretender dar fim à discussão, entende-se importante adotar uma das posições

---

<sup>46</sup> Pontes de Miranda apud PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 226. Grifos no original.

<sup>47</sup> RODRIGUES, Otávio L. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor? in MIRANDA, Daniel [et al] **Prescrição e Decadência**. São Paulo: JusPodvm, 2013. p. 413.

<sup>48</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 227.

<sup>49</sup> Tais teorias, além da que descreveremos, geraram uma série de divergências doutrinárias e podem ser resumidas nas seguintes correntes acerca do tema: (i) aquela que sustenta ser a exceção substancial um direito potestativo; (ii) aquela que adota a noção de *potestâ*; e (iii) aquela que sustenta tratar-se de um contradireito. Um estudo melhor aprofundado a respeito destas, pode ser encontrado em: PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. pps. 230 a 242.

possíveis, porque disso decorrem vários efeitos práticos. Antes, contudo, faz-se necessária breve exposição dos conceitos básicos de direito civil envolvidos.

O entendimento de Giuseppe Lumia<sup>50</sup>, que ainda hoje é plenamente aplicável nessa temática<sup>51</sup>, ensina que *direito subjetivo* é um plexo de posições (ou situações) jurídicas subjetivas elementares. Posição elementar nada mais é que “o lugar que cada um dos sujeitos ocupa no contexto da relação jurídica”. Para Lumia, o fundamento destas posições se encontra na distinção que o jurista italiano traça entre normas primárias e secundárias: primária é a norma que rege o comportamento humano; secundária, a que define competências.

Em decorrência da **norma primária**, nasce a *obrigação* (dever de comportamento), a primeira posição jurídica (passiva); por sua vez, a *pretensão* é seu reverso, no polo ativo: é o poder de exigir a obrigação. Negando a pretensão, porém, a *faculdade* confere ao sujeito passivo a possibilidade de não aquiescer a tal exigência.

Já a **norma secundária** gera o *poder formativo*, que recai diretamente sobre a esfera jurídica da contraparte (sem exigir seu comportamento), à qual resta fadada à posição de *sujeição*. Isso apenas não acontece quando a contraparte possui uma imunidade<sup>52</sup>, isto é, a possibilidade de não se sujeitar. Dito isso, para fins didáticos é possível arrolar as seguintes posições elementares: obrigação; pretensão, faculdade; poder formativo; sujeição; e imunidade.

A partir dessas premissas, resta enquadrar a exceção em algum dos conceitos acima alinhavados. Em sua pesquisa, Augusto Lukaschek Prado traz longo estudo sobre esse enquadramento, que servirá de norte para essa exposição (embora o posicionamento ora adotado divirja do autor na classificação da exceção como poder formativo).

Desde logo descartam-se os conceitos de obrigação e sujeição para definir a natureza da exceção (evidentemente, caso assim fosse, haveria obrigação/sujeição do excepcionado). Afinal, ao contrário destas situações jurídicas, a exceção é um atributo subjetivo ativo. Mesmo que a exceção seja uma matéria de “defesa”, invocada pelo acionado, trata-se de um apanágio que beneficia o excipiente (polo ativo) e não pune o excepto (polo passivo). Em consideração feita sobre a prescrição, mas que pode ser estendida a todas as exceções, diz Rafael Barbosa que a prescrição “não é uma punição para o credor apático, mas um instrumento à disposição

---

<sup>50</sup> LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1981. P. 102-123. Tradução de Alcides Tomasetti Jr., p. 7-9.

<sup>51</sup> TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Comentários aos arts. 1º a 13. In OLIVEIRA, Juarez de (coord.). **Comentários à lei de locações de imóveis urbanos**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 81.

<sup>52</sup> Metaforicamente, a imunidade é uma espécie de guarda-chuva que protege o sujeito passivo do jato de efeitos decorrentes do poder formativo.

daquele que não é devedor e que, por tal razão, caso não existisse a *praescriptio*, seria obrigado a manter, eternamente, documentos comprobatórios da sua condição”<sup>53</sup>

A exceção se distingue da imunidade de maneira ainda mais abissal. Com efeito, a exceção é prescritível (art. 190, CC), o que não existe para imunidade. Além disso, ao contrário da exceção, a imunidade não depende da vontade do excipiente para seu exercício, pois “para a produção de efeitos da imunidade, não é necessária qualquer atuação do titular da posição jurídica, como sói ocorrer com aqueles que titularizam pretensões, faculdades ou poderes formativos”<sup>54</sup>.

As exceções também não podem ser propriamente consideradas faculdades, porque não se opõe apenas a pretensões (tal como as faculdades), mas também a outros entes eficaciais. Além disso, enquanto “as faculdades são poderes (...) de praticar ou de não praticar determinado comportamento (...) as exceções substanciais, por outro lado, produzem efeitos jurídicos nítidos, encobrando a eficácia, permanente ou transitoriamente, das posições jurídicas por elas atingidas. Não se trata, portanto, de mera liberdade ou privilégio (...)”<sup>55</sup>.

Após refutar diversas posições, Prado finalmente enquadra as exceções de direito material como poder formativo, o que faz por exclusão, mesmo concordando que essa concepção não é a mais adequada<sup>56</sup>. Com todo respeito que se tem ao entendimento demarcado pelo jurista, entende-se que não necessidade de tal classificação, que diverge da doutrina majoritária e dos próprios termos legais.

A exceção é um direito. Antes de mais, considere-se o que diz a lei. Embora a doutrina parta de premissas muitas vezes não positivadas (e por vezes até mesmo *contra legem*), fato é que a lei sempre deve ser um parâmetro para a dogmática, sob risco de se desenvolver uma doutrina puramente acadêmica. Isso posto, tem-se que o Código Civil, por exemplo, nos casos em que prevê expressamente as exceções com uma natureza definida, as trata como direitos. É o caso das exceções de retenção, que mormente são chamadas de “direitos de retenção”, a saber: do locatário (art. 571, parágrafo único); do mandatário (art. 681); do transportador (art. 742);

---

<sup>53</sup> BARBOSA, Rafael V. M. Prescrição. **Revista de Processo**, vol. 239, p. 63-95, Jan/2015

<sup>54</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 244.

<sup>55</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 243-244.

<sup>56</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 245.

do comissário (art. 798); do possuidor de boa-fé (art. 1.219; do credor pignoratício (art. 1.433, II); do credor anticrético (art. 1.509, § 1º)<sup>57</sup>.

Mas não apenas a lei aponta nesse sentido. Pontes de Miranda várias vezes se refere ao contradireito de exceção<sup>58</sup>; Pedro Nogueira define a exceção como “direito atribuído ao sujeito passivo de uma data relação jurídica”<sup>59</sup>; Rafael Oliveira aduz ao “contradireito de que o sujeito que é demandado, judicial ou extrajudicialmente, pode valer-se para neutralizar, temporária ou definitivamente, os efeitos do direito, da pretensão, da ação ou da exceção a que se contrapõe”<sup>60</sup>.

Dessa forma, o que se conclui é que a exceção é um direito, nascido em contraposição a outro direito, pretensão, ação ou exceção.

#### 4.2 Classificação das exceções substanciais

Sob clara influência do método cartesiano, Teixeira de Freitas entendia que a divisão e a classificação são necessidades absolutas da ciência. Uma vez que a realidade fenomênica se apresenta numa “síntese complexa”, analisar é o “grande recurso” que a razão humana pode utilizar para compreendê-la, entendendo cada uma de suas secções e, em novo processos de síntese, estabelecendo relações entre elas<sup>61</sup>.

Todavia, a classificação não pode ser aleatória, ou bizantina. Deve-se dividir espécimes de uma mesma categoria, a partir de um elemento de discriminação pré-determinado. Além disso, para que a classificação seja útil, esse *elemento de discrimen* deve ser escolhido conforme necessidades teóricas ou práticas. Sobre isso, diz Teixeira de Freitas:

**Classificar** não é simplesmente dividir, não é somente designar por uma denominação comum os indivíduos que se assemelham á certos respeito. A divisão é instrumento

---

<sup>57</sup> Note-se que, por questão de redação legal, a exceção de retenção do depositário não é expressamente prevista como direito (art. 644). De igual modo, não se utiliza o termo “direito” para se referir à prescrição (art. 190) e à exceção de contrato não cumprido (art. 476). De todo modo, isso não ilide as conclusões a respeito da opção do legislador por considerar a exceção como direito, pois estes dispositivos, se não preveem expressamente, também não negam tal classificação, nem indicam outra.

<sup>58</sup> 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. T. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 6.

<sup>59</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. São Paulo: JusPodivm, 2008, p. 142.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Rafael. Delimitação conceitual de exceção substancial e distinção entre exceções e objeções substanciais. **Revista de Processo**, vol. 193, p. 27-52, Mar/2011.

<sup>61</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Nova Apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do Codigo Civil Portuguez**, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859 p. 51-53.

da analyse; mas, terminada esta, e conhecidas as diferenças e semelhanças (sic) dos entes ou factos observados; **a classificação instrumento da synthese, os distribue, não em series isoladas, mas em classes superiores e inferiores, subordinadas umas às outras, e formando um verdadeiro systema**, que não é um simples *arrançamento* e *superposição*, mas um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas.

Para haver essa união, bem se vê, que **a classificação só pode ser o produto de uma idéa geral, de um principio dominante**. Se a classificação não é fundada sobre um principio, não existe systema; porque as classes já não dependem umas das outras.. A escolha desse principio é a grande difficuldade, e determina as classificações naturaes e as artificiaes..<sup>62</sup> (grifos nossos)

Tal rigor de método não faltava a Pontes de Miranda, que concebeu diversas classificações para a exceção, muitas das quais são utilizadas até hoje.

Se a exceção tem efeito de encobrir a eficácia, importa compreender a duração desse encobrimento; daí a primeira classificação em exceções *dilatórias* e *peremptórias*. As dilatórias encobrem temporariamente a eficácia, pois possuem uma existência finita, temporária; podem perecer pelo simples decurso do tempo (*e.g., pactum non petendo*) ou pela prática de outro ato pelo credor (*e.g.,* exceção de contrato não cumprido, exceção de excussão, retenção de benfeitorias)<sup>63</sup>. Já as exceções peremptórias (ou permanentes), encobrem “para sempre”, em definitivo (*e.g.,* prescrição); a eficácia assim paralisada não pode ser utilizada sequer para compensação. Todavia, não nega o direito, como se pode observar pelo fato de que o pagamento de dívida prescrita não é indevido, nem configura enriquecimento sem causa<sup>64</sup>.

A distinção se justifica pela possibilidade que as exceções dilatórias têm de serem revertidas (“destruídas”) por ato do titular do direito ou pela ocorrência de outro fato jurídico<sup>65</sup>. É caso da exceção de contrato não cumprido, que tem razão de ser apenas enquanto persistir o inadimplemento da obrigação do titular do direito excepcionado; caso o titular implemente a obrigação, a exceção não tem mais fundamento. Ademais, a utilização prática dessa classificação é demonstrada historicamente. Essa classificação já estava presente nas Institutas de Gaio. Embora tenha desaparecido no período Justinianeu, voltou a uso posteriormente e

---

<sup>62</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Nova Apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do Código Civil Portuguez**, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 51-53.

<sup>63</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 256-259.

<sup>64</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 262.

<sup>65</sup> RODRIGUES, Otávio L. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor? in MIRANDA, Daniel [et al] **Prescrição e Decadência**. São Paulo: JusPodivm, 2013, p. 414.

constava, por exemplo, nas Ordenações Filipinas<sup>66</sup>. Embora Otávio Luiz Rodrigues aduza que a classificação é destituída de unidade conceitual pela doutrina<sup>67</sup>, fato é que “goza de significativo prestígio tanto em obras de Direito Civil quanto em obras de Direito Processual”<sup>68</sup>. Em suma, mesmo a distinção remontando às milenares raízes romanas do instituto, “não há substanciais diferenças entre os conceitos do Direito Romano e o conceito contemporâneo de exceção dilatória e peremptória”<sup>69</sup>.

Outra classificação importante é entre exceções *diminutórias* e *parciais*. Estas asseguram equilíbrio entre os direitos das partes, podendo gerar improcedência da ação (*e.g.*, exceção de posse em face do reivindicante). Aquelas corrigem pedido excessivo, para reajustá-lo justamente, diminuindo a condenação (*e.g.*, remissão de dívida, da compensação e da alegação de concorrente)<sup>70</sup>.

Por fim, convém expor a classificação pautada na maior ou menor autonomia da exceção em relação à pessoa do excipiente e do ente eficaz encobrido. Com efeito, as *exceções autônomas*, independentes e impessoais, podem ser transmitidas e exercidas em face de quaisquer pessoas (*e.g.*, exceção de redibição, retenção de benfeitorias). Além disso, não se vinculam a determinado ente eficaz, podendo encobrir qualquer direito, ação, pretensão, exceção eventualmente opostos. São exemplos de exceções *autônomas* a prescrição, a exceção de coisa julgada ou de benfeitorias. Por sua vez, as *exceções não-autônomas*, dependentes e pessoais, têm sujeito e objeto definidos, bem como fundamento no ente eficaz a que encobrem, de modo que “sua direção é a que resulte da natureza, ou da pretensão”<sup>71</sup>.

Três consequências práticas justificam essa classificação. A primeira é a possibilidade de transmissão a outrem (*e.g.*, aos sucessores de um título), que existe apenas nas exceções

---

<sup>66</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 251-252.

<sup>67</sup> RODRIGUES, Otávio L. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor? in MIRANDA, Daniel [et al] **Prescrição e Decadência**. São Paulo: JusPodivm, 2013, p. 414-415.

<sup>68</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 254

<sup>69</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 255.

<sup>70</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 263.

<sup>71</sup> RODRIGUES, Otávio L. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor? in MIRANDA, Daniel [et al] **Prescrição e Decadência**. São Paulo: JusPodivm, 2013 p. 415.

autônomas. A segunda, é que a exceção não-autônoma “só pode ser oposta em face daqueles sujeitos contra os quais se direcionam a posição jurídica em que se baseia.”<sup>72</sup>.

A terceira, é a questão da prescrição das exceções<sup>73</sup>. Segundo o Código Civil, a prescrição tem seu início com a lesão do direito, que faz surgir a pretensão (art. 189, CC); ao passo que “a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão” (190, CC). Afora as críticas dogmáticas que se possa fazer aos termos legais, a melhor interpretação sistemática desses dois artigos é a de que o réu não pode opor indefinidamente uma mesma exceção derivada de pretensão prescrita. Em caráter mais preciso, Pontes destaca que a “exceção não prescreve, se só é fundada em alguma pretensão, que prescreve, com ela pode extinguir-se”<sup>74</sup>. Em outras palavras, caso a exceção se vincule a uma pretensão específica, restará extinta quando ocorrer a prescrição dessa pretensão. Disso decorre, à luz da classificação acima exposta, que apenas as exceções não-autônomas são “prescritíveis”, pois as autônomas, ao não se vincularem a nenhuma pretensão específica, jamais se extinguem. Assim, por exemplo, tem-se que a *exceptio non adimpleti contractus* prescreve juntamente com a contraprestação do devedor<sup>75</sup>.

### 4.3 A exceção da prescrição e o seu reconhecimento de ofício

Nesse íterim, convém um destaque para a prescrição, a exceção que gera maiores perplexidades na doutrina. Como visto, a prescrição “é a exceção surgida em razão da inércia do titular de determinada pretensão, durante lapso temporal previamente fixado na lei, e que, quando alegada pela parte, posiciona-se como fator encobridor da eficácia da pretensão”<sup>76</sup>

Sendo uma exceção, a prescrição tem seu exercício condicionado à livre escolha do titular, podendo ser renunciado. Ocorre que, a partir da Lei nº 11.208/2006, o CPC/73 passou a prever que o juiz poderia declarar de ofício a prescrição. Na ocasião, foi revogado art. 194 do Código Civil, que justamente vedava esse reconhecimento de ofício. Essa disposição foi

<sup>72</sup> PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 266.

<sup>73</sup> RODRIGUES, Otávio L. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor? in MIRANDA, Daniel [et al] **Prescrição e Decadência**. São Paulo: JusPodivm, 2013, p. 418-420.

<sup>74</sup> 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. T. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

<sup>75</sup> RODRIGUES, Otávio L. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor? in MIRANDA, Daniel [et al] **Prescrição e Decadência**. São Paulo: JusPodivm, 2013, p. 418-420.

<sup>76</sup> BARBOSA, Rafael V. M. Prescrição. **Revista de Processo**, vol. 239, p. 63-95, Jan/2015.

mantida pelo CPC/2015 (art. 487, II). Contudo, embora se trate de óbvia limitação à vontade do titular da exceção, não altera a natureza voluntarista da prescrição.

Isso se dá por dois motivos. A uma, porque a prescrição (declarada de ofício ou não), encobre a eficácia da pretensão prescrita sem a negar, tal como qualquer outra exceção. A pretensão permanece latente, mas com eficácia retraída. Isso é comprovado pelo fato de que, se o devedor pagar a dívida prescrita (mesmo com declaração de prescrição pelo juízo), isso não configura enriquecimento sem causa do credor. A duas, porque, quando o devedor de dívida prescrita é acionado extrajudicialmente (*e.g.*, intimação de protesto de título prescrito; notificação extrajudicial), continuará tendo total liberdade em se valer ou não da prescrição.

Ou seja, a declaração de ofício pelo juízo não é algo que afeta a natureza do instituto da prescrição, mas é algo acidental. Decorre do fato de que, a partir de certo momento, o legislador passou a prever a prescrição como matéria de ordem pública, que pode ser alegada a qualquer tempo e declarada de ofício pelo juiz no processo. Trata-se de uma previsão de direito processual que, se afeta o exercício judicial da exceção da prescrição, não tem o condão de lhe alterar a natureza no plano do direito material.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo das exceções materiais, ou substanciais, gera discussões a quem se aventura estudar a eficácia dos fatos jurídicos e a teoria da relação jurídica. Este trabalho buscou esclarecer algumas questões pertinentes a essa temática, partindo de autores clássicos e contemporâneos do direito civil.

A breve notícia histórica realizada sobre as exceções no direito romano revelou que o instituto atual em grande medida guarda semelhança com suas raízes. Como visto, à época não se diferenciavam as exceções material e processual (mesmo porque o direito processual autonomizou-se no século XIX), sendo o nascimento do instituto ligado à defesa processual. Mais precisamente, a exceção surgiu na fase do processo formulário, mas decaiu no período da *extraordinária cognitio*, quando perdeu sua primeira conformação.

A partir da teoria do fato jurídico, tal como sistematizada por Pontes de Miranda e autores ponteanos, compreende-se atualmente as exceções como direitos que afetam outros entes eficaciais. Por oportuno, apresentou-se a premissa lógica dicotômica de que o autor parte para sistematizar a tipologia dos fatos jurídicos. Além disso, buscou ter por base a metodologia traçada por Teixeira de Freitas em sua “Nova Apostilla”.

A partir dessas premissas, admite-se que as exceções – assim como tudo no Direito – sempre nascem de um ou mais fatos jurídicos, e por isso entendeu-se a necessidade de ressaltar as origens de algumas das mais conhecidas exceções do direito brasileiro, como a prescrição e a exceção de contrato não cumprido. A partir da incidência da norma sobre esses fatos geradores, surge o direito de exceção e, por fim, o exercício da exceção.

A exceção é oposição a efeitos, mas não nega os direitos, exceções e ações a que se opõe. Partindo da dicção ponteaniana, aceita pela doutrina recente, diz-se que a exceção *encobre* o ente eficaz do exceptuado (ou excepto). Por “ente eficaz” se quer dizer quaisquer das situações jurídicas subjetivas elementares que integram o direito subjetivo (*i.e.*, pretensões, faculdades, poderes formativos e imunidades), ou ao próprio direito subjetivo integralmente. Essa subdivisão partiu da clássica doutrina de Giuseppe Lumia – bem como de seus desenvolvimentos por autores nacionais – para quem o direito subjetivo é plexo de posições (ou situações) jurídicas subjetivas elementares.

A partir de critérios relevantes do ponto de vista teórico e prático, foi possível também classificar as exceções substanciais. No que diz respeito ao tempo de encobrimento da eficácia, as exceções podem ser *dilatatórias e peremptórias*; sobre o reequilíbrio de direitos ou correção de uma pretensão excessiva *diminuídas e parciais*; quanto à maior ou menor autonomia da exceção em relação à pessoa do excipiente e do ente eficaz encoberto, são *autônomas e não-autônomas*.

Por fim convém ressaltar que a doutrina é consolidada sobre a voluntariedade do titular da exceção invocá-la ou não. Assim, para que não restem dúvidas, procurou-se tecer comentários à parte sobre a poder-dever que tem o juiz de reconhecer a prescrição de ofício, tal como prevê o Código de Processo Civil. Como visto, embora se trate de óbvia limitação à vontade do titular da exceção em âmbito processual, essa prescrição não altera a natureza da prescrição como exceção no plano do direito material.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rafael V. M. Prescrição. **Revista de Processo**, vol. 239, p. 63-95, Jan/2015

**CORPUS IURIS CIVILIS**. ed. MOMMSEN-KRUGER-SCHÖLL. Volumen I (Intitutiones et Digesta). Editio stereotypa duodécima. Berlim: Weidmann, 1911.

JOSEPH, Miriam. **O Trivium**: as artes liberais da lógica, gramática e retórica: entendendo a natureza e a função da linguagem. Tradução e adaptação de Henrique Paul Dmyterko. São Paulo: É Realizações, 2008.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª ed. Tradução de José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3 ed. Tradução de Alcides Tomasetti Jr. Milano: Giuffrè, 1981. P. 102-123.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. São Paulo: JusPodivm, 2008,

OLIVEIRA, Rafael. Delimitação conceitual de exceção substancial e distinção entre exceções e objeções substanciais. **Revista de Processo**, vol. 193, p. 27-52, Mar/2011.

PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. T. II, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1972.

PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: pessoas físicas e jurídicas. T. I, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1972.

PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: bens e fatos jurídicos. T. II, São Paulo: Borsoi, 2ª ed., 1954.

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. T. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Augusto César Lukaschek. **Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RODRIGUES, Otávio L. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor? in MIRANDA, Daniel [et al] **Prescrição e Decadência**. São Paulo: JusPodivm, 2013.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1959.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SIMÕES, Marcel E. Ação em sentido material ainda existe em nosso sistema jurídico? (parte 1), **Revista Conjur** - Direito Civil Atual, 16 mai. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2NpppTz>. Acesso em 07 nov. 2019.

SIMÕES, Marcel E. Ação em sentido material ainda existe em nosso sistema jurídico? (parte 2), **Revista Conjur** - Direito Civil Atual, 16 mai. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2WTewNh>. Acesso em 07 nov. 2019.

SIMÕES, Marcel E. Ação em sentido material ainda existe em nosso sistema jurídico? (parte 3), **Revista Conjur** - Direito Civil Atual, 16 mai. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Cj2KCa>. Acesso em 07 nov. 2019.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Nova Apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do Codigo Civil Portuguez**, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Comentários aos arts. 1º a 13. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). **Comentários à lei de locações de imóveis**