



HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA*, 3A EDIÇÃO REVISTA ATUALIZADA E REFORMULADA, RIO DE JANEIRO, 2024, P. 401.

Il Professore Humberto Theodoro Júnior, alla pari del suo compianto (e celebrato anche nel nostro Paese: v. per esempio la recensione dello scrivente al volume curato da E. de Carvalho Gomes, E.A. Marx Neto e M. Andrade Féres, *Estudios de direito privado. Liber amicorum para João Baptista Villela*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, n. 38/2017, p. 267 ss.) Collega sempre della *Universidade Federal de Minas Gerais* João Baptista Villela, rientra nel novero dei Maestri brasiliani che più si sono distinti nel dialogo giuridico privatistico tra Italia e Brasile e nella diffusione di elaborazioni italiane in Brasile. Lo conferma, da ultimo, la terza e ampiamente rinnovata edizione del suo studio in tema di prescrizione e decadenza, che qui si recensisce.

Piuttosto di ripercorrere interamente i contenuti del volume, ci limiteremo a considerare alcune tra le questioni nello stesso affrontate che paiono più interessanti dal punto di vista del confronto con il diritto italiano e degli spunti di riflessione che possono trarsi per il medesimo.

Per quanto concerne, innanzi tutto, l'oggetto della prescrizione e al tempo stesso la sua distinzione dalla decadenza, il Codice civile brasiliano del 1916 regolava esplicitamente solo il primo istituto, con una disciplina che aveva dato luogo a numerose difficoltà e dispute interpretative. Il Codice civile del 2002, attualmente vigente, stabilisce (art. 189) invece che ciò che si prescrive è la pretesa (*pretensão*), da intendersi come azione in senso materiale (non in senso processuale dal punto di vista moderno: p. 6 s.) ovvero come «direito de exigir em juízo a prestação inadimplida» (p. 5), mentre il medesimo Codice regola separatamente la decadenza (artt. 207-211), da intendersi allora riservata ai diritti soggettivi, specialmente potestativi (p. 150). In tal modo, il diritto brasiliano ha ritenuto di allinearsi a una concezione propria, nella modernità, soprattutto (ma non solo) del diritto tedesco, e al tempo stesso di discostarsi dalla diversamente formulata disciplina italiana – sia pure criticata da parte della nostra dottrina – secondo cui la prescrizione ha per oggetto non la pretesa ma il diritto soggettivo (art. 2934 c.c.it.). Si tratta di una impostazione non condivisa unanimemente in Brasile ma approvata senz'altro dal nostro Autore, il quale persuasivamente ammonisce che «problema [...] não se resolve abstratamente, dentro da teoria geral do direito», in quanto, «no campo do direito positivo, não se investiga a verdade absoluta, mas a realidade da construção normativa estabelecida pelo legislador» (p. 4).

La medesima impostazione, del resto, ha il merito di offrire un chiaro, sebbene discutibile dal punto di vista teorico e non sempre soddisfacente nelle sue applicazioni pratiche, criterio positivamente sancito di distinzione tra prescrizione e decadenza, che continua invece a mancare in Italia. Sono così, nel diritto brasiliano, considerate senz'altro sottoposte a decadenza, e non a prescrizione, le azioni costitutive, attraverso le quali si esercita un diritto potestativo, e quelle puramente dichiarative, che mirano solo a ottenere certezza sulla esistenza oppure non di una relazione giuridica (p. 20 ss.).

Sempre coerentemente con l'impostazione in discorso, il *dies a quo* della prescrizione è in generale collegato alla nascita della pretesa derivante dalla violazione di un diritto soggettivo (art. 189 c.c.br.). Tale violazione deve peraltro interpretarsi in senso ampio, come sinonimo di semplice «insatisfação do direito», in quanto sono sottoposte a prescrizione anche pretese le quali a volte nascono senza che il debitore abbia commesso una vera e propria violazione del diritto del creditore (p. 8 s.).

Sembra a Theodoro Júnior evidente che, nel diritto brasiliano, come da insegnamento tradizionale formatosi già nel vigore del Codice civile del 1916, la prescrizione rimane una «figura puramente objetiva, formada à base do decurso do tempo e da inércia do credor», la cui decorrenza dipende in altre parole solo dalla



nascita della pretesa e dalla inerzia del suo titolare. Non manca, peraltro, un orientamento di parte della dottrina e della giurisprudenza (recepito pure nella *Súmula* 278 del *Superior Tribunal de Justiça*) che tenta di affermare un criterio soggettivo secondo cui rileverebbe, per spostare in avanti il *dies a quo* della prescrizione, pure l'eventuale ignoranza del titolare del diritto circa la lesione subita e il suo autore (p. 9 e 28 ss.). Si tratta, però, di un orientamento criticabile alla luce sia della formulazione letterale dell'art. 189 c.c.br. sia della circostanza che, quando il diritto brasiliano attribuisce rilevanza sul decorso della prescrizione all'ignoranza del titolare del diritto, lo fa espressamente e tassativamente, per esempio nella fattispecie di cui all'art. 206, § 1, II, b, c.c.br. (p. 32 ss.).

La tesi, come abbiamo veduto accolta esplicitamente dal Codice civile brasiliano, secondo cui la prescrizione estingue solo la pretesa, intesa come azione in senso materiale ovvero sia potere di esigere in giudizio la prestazione inadempnuta (o ancora potere di reagire contro la violazione del diritto soggettivo), e non anche il diritto soggettivo, cioè il credito alla base della stessa pretesa, ha altresì il merito di fornire un'agevole giustificazione alla regola, presente anche in Brasile (ma collocata in tema di indebito: art. 882 c.c.br.), sulla irripetibilità di quanto è stato pagato in adempimento di un debito prescritto (p. 11 e 60), che nel nostro Paese (art. 2940 c.c.it.) è invece oggetto di intenso dibattito.

Secondo Theodoro Júnior, l'estinzione della pretesa, prodotta dalla prescrizione (*rectius*: dal sollevamento da parte del debitore e dall'accoglimento giudiziale dell'eccezione di prescrizione, non dal semplice compimento del termine), incide in qualche modo anche sul diritto soggettivo, però solo nel senso di far perdere al suo titolare il potere di attuarlo giudizialmente, ciò che può denominarsi non una estinzione ma solo una «debilitação» del diritto soggettivo (p. 12). In questa prospettiva si spiegano le norme secondo cui, pure in Brasile, il debitore può rinunciare alla prescrizione già compiuta (art. 191 c.c.br.) o anche solo evitare di sollevare la relativa eccezione (cfr. l'art. 193 c.c.br.), non potendo inoltre il giudice rilevarla d'ufficio, come prevedeva espressamente l'art. 194 c.c.br., peraltro abrogato dalla l. n. 11.280 del 2006, la quale introdusse una – duramente criticata dal nostro Autore – previsione di segno opposto nel Codice di procedura civile del 1973 (art. 219, § 5), poi però sostituita da una regolamentazione del Codice di procedura civile del 2015 (art. 487, II e *parágrafo único*) che sembra tornare a un assetto simile a quello originario, precisando che il giudice può rilevare d'ufficio solo le prescrizioni – così come le decadenze – in relazione alle quali abbia prima concesso alle parti che ne beneficerebbero l'opportunità di esprimersi, e quindi esse abbiano quantomeno tacitamente (non rinunciandovi) acconsentito all'applicazione dell'istituto (p. 60 s. e 95 ss.; anche se non è questa l'interpretazione del *Superior Tribunal de Justiça*, il quale continua criticabilmente ad affermare che la prescrizione può essere dichiarata d'ufficio dal giudice in qualsiasi tempo e grado di giurisdizione). Simili regole effettivamente contraddicono la tesi dell'efficacia della prescrizione senz'altro estintiva del diritto soggettivo e nel diritto italiano, ove pure sono presenti, dovrebbero portare ad affermare che la prescrizione non estingue nemmeno la pretesa, non essendo quest'ultima contemplata dalla nostra legge, bensì fa sorgere, in capo al debitore, la legittimazione a rifiutare la prestazione sollevando apposita eccezione, comunque giungendosi a esiti sotto il profilo in esame non molto distanti da quelli brasiliani.

Venendo al fondamento della prescrizione, Theodoro Júnior, allineandosi a una internazionalmente assai diffusa anche se a parere di chi scrive discutibile concezione, afferma innanzi tutto che l'istituto serve a soddisfare il «superior e geral interesse à certeza e à segurança no meio social» e pertanto è di ordine pubblico, come confermato dalle previsioni che escludono che i termini di prescrizione possano essere derogati convenzionalmente (art. 192 c.c.br.) e vietano la rinuncia alla prescrizione non ancora compiutasi (art. 191 c.c.br.). La pubblicazione in esame, peraltro, a differenza di molte altre, ha il pregio di non disconoscere come alla prescrizione debbano in realtà attribuirsi anche varie finalità ulteriori (tra le quali spicca la protezione della posizione squisitamente privata del debitore) e soprattutto di evidenziare come l'istituto serva essen-



zialmente a risolvere «questões práticas de conveniência e oportunidade» (p. 14 s.), ciò che dovrebbe spingere gli studiosi della materia ad adottare una prospettiva di tal fatta, evitando concettualizzazioni magari eleganti e raffinate ma contrastanti con il diritto positivo.

La massima *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua*, normalmente, è affermata dagli ordinamenti giuridici nazionali (si pensi, per esempio, a quello italiano) solo con riguardo a specifiche fattispecie, rimanendo così altamente controverso se essa abbia oppure non portata generale, sebbene in favore della tesi affermativa militi la fondamentale ragione che non si può imporre a un soggetto di attivarsi a tutela di un interesse già soddisfatto, in presenza del quale nemmeno dovrebbe, pertanto, compiersi la prescrizione. Il diritto brasiliano stabilisce invece che «a exceção prescreve no mesmo prazo em que a prescrição» (art. 190 c.c.br.), sembrando a prima vista negare in termini assai netti tale massima. Theodoro Júnior chiarisce invece come la citata regola debba essere letta alla luce della distinzione tra eccezioni improprie o dipendenti, le quali presuppongono una corrispondente pretesa che poteva essere esercitata anche in via di azione dal medesimo soggetto (si pensi, per esempio, a un vizio del bene venduto, che potrebbe giustificare una eccezione del compratore convenuto per il pagamento del prezzo ma anche l'esperimento da parte sua dell'azione redibitoria), ed eccezioni propriamente dette o indipendenti, le quali sono invece autonome ovvero svincolate da una corrispondente pretesa (si pensi, per esempio, all'eccezione di pagamento oppure all'eccezione di compensazione prodottasi prima del compimento della prescrizione). Per questa via, si attribuisce all'art. 190 c.c.br. un significato assai diverso, se non opposto, da quello summenzionato, riferendolo solo alle eccezioni improprie (con riguardo alla garanzia per vizi nella compravendita, una regola di segno contrario è peraltro contenuta nell'art. 1495, 3° co., c.c.it.) e non anche a quelle propriamente dette, da considerarsi così, anche nel diritto brasiliano, imprescrittibili (p. 63 ss.).

Assai interessante, innanzi tutto per la sua chiarezza, è poi la regola secondo cui «a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu successor» (art. 196 c.c.br.). La regola in parola, specialmente per quanto concerne la successione *mortis causa* (ma il suo ambito di applicazione è più ampio, concernendo anche la successione *inter vivos*: p. 112 s.) corrisponde all'assetto del diritto italiano, pure per il quale (a differenza di altri diritti stranieri) l'apertura della successione non ha in linea di principio alcuna incidenza sulla prescrizione, come si desume, sia pure meno chiaramente che in Brasile, dalla presenza in senso contrario solo di una causa di sospensione, considerata eccezionale, relativa ai rapporti giuridici tra l'erede e l'eredità accettata con beneficio d'inventario (art. 2941, n. 5, c.c.it.).

Le cause di sospensione (in senso ampio, comprensive degli impedimenti al decorso) brasiliane sono tripartite in soggettive bilaterali (art. 197 c.c.br.), soggettive unilaterali (art. 198 c.c.br.) e oggettive o materiali (art. 199 c.c.br.). È fondamentale soprattutto la distinzione tra le prime due categorie, considerate tassative, e la terza, di cui non è esclusa l'applicabilità analogica (p. 118).

Parte della dottrina si è spinta persino a riconoscere una sospensione generale per forza maggiore, nonostante che la legge brasiliana non la contempli. Con il suo consueto rigore, Theodoro Júnior sostiene invece che «em princípio [...] não se devem acolher fatos distintos daqueles que a lei enumera para ampliar ou embaraçar a fluência da prescrição», perché «só a lei tem poder nesse terreno», aggiungendo peraltro la menzione di alcune regole processuali (artt. 222 e 223 c.p.c.br.) attraverso le quali si potrebbe giungere a conseguenze simili a quelle di una sospensione per forza maggiore, sebbene più circoscritte sotto il profilo temporale, assegnando cioè rilevanza solo a gravi impedimenti oggettivi appena venuti meno i quali il titolare del diritto abbia prontamente agito per farlo valere, sia pure dopo il compimento della prescrizione (p. 119, ove pertanto si ragiona, più che di una sospensione, di una *restitutio in integrum*, anche se il nostro Autore non adotta questa terminologia).

Le cause soggettive bilaterali sarebbero denominate, da un giurista italiano, di sospensione per i rapporti



tra le parti e infatti sia nell'art. 197 c.c.br. sia nell'art. 2941 c.c.it. è contemplato innanzi tutto il vicolo di coniugio, sebbene il primo, a differenza del secondo, veda la rilevanza di tale vincolo espressamente limitata alla «constância da sociedade conjugal», con esclusione pertanto della separazione giudiziale e persino di quella di mero fatto (p. 122 ss.)

Similmente, le cause di sospensione soggettive unilaterali corrispondono in linea di massima a quelle italiane per la condizione del titolare, anche se spicca la notevole differenza che secondo il diritto brasiliano – in linea con altri ordinamenti giuridici come quello francese – la prescrizione non corre contro il soggetto assolutamente incapace (art. 198, I, c.c.br.), il quale peraltro in seguito alla modifica dell'art. 3 c.c.br. realizzata con la legge n. 13.146 del 2015 è solo il minore di sedici anni (salva comunque l'estensione della disciplina in discorso al maggiorenne completamente privo di discernimento e che pertanto si trovi nella stessa impossibilità di agire del citato minore: p. 127 ss.), mentre il diritto italiano – analogamente a quello tedesco – si limita a considerare, al fine in discorso, il caso in cui l'incapace sia privo di un rappresentante legale (art. 2942, n. 1, c.c.it.).

Le cause oggettive di cui all'art. 199 c.c.br., integrando ostacoli all'inizio del computo del termine, sono impedimenti al decorso piuttosto che vere e proprie cause di sospensione. Si tratta di ipotesi che il giurista italiano solitamente denomina impedimenti giuridici, perché in presenza degli stessi non può ancora dirsi sorta una pretesa esigibile, considerandoli non tassativi in quanto espressivi di un principio generale sulla loro rilevanza che per lo più si ritiene sancito già solo dall'art. 2935 c.c.it. (si pensi, per citare un solo esempio, alla pendenza di una condizione sospensiva).

Le cause di interruzione brasiliane, similmente a quelle italiane (v. gli artt. 2943 e 2944 c.c.it.), sono ripartite in due gruppi, comprendenti rispettivamente atti del titolare della pretesa (art. 202, I-V, c.c.br.) e atti del debitore, cioè di colui in favore del quale può operare la prescrizione (art. 202, VI, c.c.br.) (p. 145 e 150).

Non mancano peraltro significative differenze, tra le quali spicca la regola assai originale (a sua volta contenuta nell'art. 202) secondo cui «a interrupção [...] somente poderá ocorrer uma vez». Ciò segna il superamento della diversa disciplina del Codice civile brasiliano del 1916 (nonché, tra gli altri, del diritto italiano attualmente vigente), che non dettava alcun limite al riguardo, così permettendo al creditore, tramite l'espedito di ripetute interruzioni, di produrre una «imprescritibilidade por via indireta» che secondo Theodoro Júnior si poneva in contrasto con il fondamento di certezza dell'istituto (p. 147).

Inoltre, a differenza di quanto previsto nell'ult. co. dell'art. 2943 c.c.it., in Brasile l'atto proveniente dal creditore idoneo a interrompere la prescrizione deve essere giudiziale, non bastando a tal fine una costituzione in mora (o simile atto) stragiudiziale (l'interruzione per semplice atto stragiudiziale è prevista, dall'art. 202, VI, c.c.br., con esclusivo riguardo al riconoscimento del diritto da parte del debitore, sotto questo profilo in linea con l'art. 2944 c.c.it.).

Nel complesso, l'approccio brasiliano verso l'interruzione, specialmente se confrontato con quello italiano, è dunque assai restrittivo e così favorisce il prodursi della prescrizione, piuttosto che non.

Per quanto concerne poi la durata della prescrizione, senza approfondire pure i numerosi termini speciali contemplati dalla legge brasiliana (si pensi, per citare un solo esempio, a quello triennale fissato dall'art. 206, § 3, V, c.c.br. con riferimento alla «pretensão de reparação civil», tradizionalmente considerato relativo alla sola responsabilità aquiliana: p. 244 ss. e 294 ss.), è interessante soprattutto notare che il Codice civile attualmente vigente, come sappiamo del 2002, pur essendo recente (tenuto conto delle tempistiche con cui, normalmente, un simile testo normativo viene integralmente rinnovato), ha scelto un termine ordinario unico (superando la precedente distinzione tra azioni personali e azioni reali) decennale (art. 205 c.c.br.), identico a quello italiano (art. 2946 c.c.it.). Si rafforza pertanto nello scrivente la convinzione che dieci anni, se da un lato non sono pochi, dall'altro nemmeno sono necessariamente troppi, a maggior ragione se comparati con il



JUS CIVILE

tradizionale termine ordinario trentennale, proprio per esempio dei diritti tedesco e francese prima delle rispettive riforme del 2002 e del 2008, così come, sia pure solo per le azioni personali, del Codice civile brasiliano del 1916 (art. 177) nella sua versione originaria, peraltro modificata già con la legge n. 2437 del 1955, che con encomiabile lungimiranza iniziò ad abbreviare tale termine, portandolo a venti anni (p. 241 ss.).

L'auspicio conclusivo è che queste righe contribuiscano a rivelare allo studioso italiano della prescrizione e della decadenza, perlomeno se incline a confrontarsi anche con ordinamenti giuridici stranieri, che egli potrebbe trarre beneficio dall'esame pure del diritto brasiliano, preferibilmente consultando la magistrale pubblicazione qui recensita, che merita di essere diffusa e considerata anche in tanti altri Paesi.

[MAURO TESCARO]