

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Programa de Pós-Graduação em Direito
Faculdade Mineira de Direito

**NÃO AUTOMATICIDADE DA PRESCRIÇÃO NO MODELO
CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Bruno Ferreira Bini de Mattos

Belo Horizonte
2008

Bruno Ferreira Bini de Mattos

**NÃO AUTOMATICIDADE DA PRESCRIÇÃO NO MODELO
CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira.

Belo Horizonte
2008

Bruno Ferreira Bini de Mattos

Não automaticidade da prescrição no modelo constitucional do processo civil brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

José Marcos Rodrigues Vieira

José Marcos Rodrigues Vieira (Orientador) - PUC Minas / UFMG

Humberto Theodoro Júnior

Humberto Theodoro Júnior - UFMG

Juliana Cordeiro de Faria

Juliana Cordeiro de Faria - UFMG

Dedico este trabalho a todos os meus Mestres no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da PUC/MG, Professores Fernando Horta Tavares, Flaviane de Magalhães Barros, José Marcos Rodrigues Vieira, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Rosemiro Pereira Leal e Vicente de Paula Maciel Júnior.

Agradecimentos

Foi-me dito no início do curso de meu mestrado, lamento não me recordar por quem, que o Prof. José Marcos Rodrigues Vieira, na condição de orientador, possui a invejável qualidade de *“colocar as coisas nos seus devidos lugares”*. Passada a orientação e finalizado o trabalho, meu agradecimento não pode se centrar em outro ponto que não este: obrigado, Professor, por *“colocar as coisas nos seus devidos lugares”* em minha orientação, sendo-lhe grato também pela enorme disponibilidade e irrestrita dedicação, outras de suas grandes qualidades.

Agradeço ainda aos Professores Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, pelas valorosas e contributivas considerações feitas por ocasião do exame de minha pesquisa. São apontamentos científicos que transcendem os limites deste trabalho, e que serão constante objeto de reflexão. Muito obrigado!

Agradeço também a todos aqueles que fazem parte do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/MG, responsáveis pela excelência da Instituição, bem como a todos os colegas de mestrado, cuja companhia tornou bastante prazeroso todo o percurso acadêmico da Pós-Graduação, especialmente aos amigos Sérgio Henriques Zandona Freitas, Rodrigo Suzana Guimarães, Lucas Cruz Neves, Henrique Nogueira Macedo e Érico Vinícius Prado Casagrande. Obrigado, amigos!

Por fim, agradeço àquelas pessoas fundamentais e que estão sempre presentes: meu pai, José Eustáchio Bini de Mattos, minha mãe, Norma Lúcia Ferreira de Mattos e minha irmã, Ana Flávia Ferreira Bini de Mattos (com agradecimento extensivo ao grande Rodrigo). Agradeço à sempre companheira Anapaula Maria Bento de Carvalho (Companheiríssima, na verdade), disposta constantemente a acreditar em mim, e também ao grande amigo, interlocutor e colega de graduação, pós-graduação e advocacia, André Couto e Gama.

RESUMO

Com esta pesquisa foi realizado estudo da regra introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, e que conferiu nova redação ao disposto no § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil brasileiro, prevendo que “*o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição*”. A regra cuida da cognição da prescrição no processo civil, e exige interpretação conforme os sistemas civil e processual civil instituídos. Assim, inicialmente foi estudado o instituto da prescrição civil, o qual encontra configuração legal nas regras de direito material. Percebeu-se que após o advento do Código Civil brasileiro de 2002, o tratamento que a prescrição recebeu no sistema civil brasileiro deixou de lado antigas tradições para adotar uma moderna percepção da prescrição, como instituto cuja força liberatória incide sobre a pretensão de direito material, esta nascida da violação do direito. Em seguida, estudou-se a novidade legislativa constante do Código de Processo Civil, concluindo-se que a prescrição conservava a natureza jurídica de exceção substancial, ainda após o advento da lei nº. 11.280/06. Pelo método do direito processual civil comparado ficou demonstrado que o sistema romano-germânico, conforme se vê na legislação e doutrina dos Estados que adotam esse sistema, informa-se pela tese segundo a qual deve a prescrição ser alegada pela parte a quem aproveita, em se tratando de direitos disponíveis, e não de ofício pelo juiz. Além disso, o fato de poder ser a prescrição civil renunciada, além de ser possível a interrupção, suspensão ou impedimento de seu lapso temporal, tornam ainda menos recomendável a aplicação literal da nova regra. Ao final se concluiu, com base na disciplina do devido processo constitucional e na principiologia informativa da função jurisdicional do Estado Democrático de Direito, que o provimento jurisdicional em que se pronuncia a prescrição será adequado aos sistemas civil e processual civil se a prescrição civil for razão de discussão processual informada por argumento da parte a quem aproveita. Com isso se pode também concluir pela verificação de uma estrutura normativa procedimentalizada de exceção substancial de prescrição como instituto indispensável ao reconhecimento da prescrição quando forem versadas no processo pretensões decorrentes de direitos disponíveis.

Palavras-Chave: Processo Civil; Pronúncia de Ofício da Prescrição Civil; Pretensão; Exceção Substancial de Prescrição; Devido Processo Constitucional

ABSTRACT

With this research it has been accomplished a study of the introduced rule in the Brazilian legal order by the act n. 11.280, from 16th February 2006, and that conferred new redaction to the disposed in the § 5º of the article 219 of the Brazilian Civil Law Code, foreseeing that “*the judge shall pronounce, ex officio, the prescription*”. The rule considers the cognition of the prescription (statute of limitations) in the civil procedural law, and requires interpretation according to the substantive law and civil procedural systems established. So, initially it was studied the institute of the civil prescription (statute of limitations), that presents legal configuration in the rules of the substantive law. It was noticed that after the institution of the new Brazilian Civil Code from 2002, the treatment that the prescription received in the Civil System omitted old traditions to accept a modern perception of the prescription, as an institute which the settlement power incises over the pretension of substantive law (Anspruch); this one emerged from the violation of a substantive right. Following, the legislative advent into the Civil Procedural Law has been studied, concluding that prescription maintained the juridical nature of substantial exception, still after the publication of the act n. 11.280/06. By the method of comparative Civil Procedural Law it has been demonstrated that the civil law system, according to the legislation and doctrine of the States that use this system, is confirmed by the thesis in which the prescription shall be argued by the interested party, when regards disposal rights, and not *ex officio* by the judge. Besides, the fact that the civil prescription can be resigned, being also possible the interruption, suspension or impediment of its temporal lapse, turns even less recommended the literal application of the new rule. It has been concluded in the end, based on the discipline of the constitutional due process of law and on the principles that inform the jurisdictional function of the Law Democrat State, that the jurisdictional provision in which the prescription is pronounced it shall be adequate to the civil and civil procedural systems if the prescription is the reason of procedural discussion informed by argument from the interested part. It can also be concluded by the verification of a proceeding normative structure of substantial exception of civil prescription as indispensable institute to the recognition of the prescription when versed in the process pretensions due to disposal rights.

Key-words: Procedural Law; Pronounce *ex officio* of the Civil Prescription (statute of limitations); Pretension (Anspruch); Substantial Exception of Prescription; Constitutional Due Process of Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A NOVA DOGMÁTICA E A ANÁLISE DE INSTITUTOS JURÍDICOS.....	10
2 ASPECTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO CIVIL.....	13
2.1 Compreensão da prescrição civil e de institutos que a disciplinam.....	14
2.1.1 <i>A pretensão, sua resistência e o percurso da lide extraprocessual à lide intra-autos</i>	14
2.1.2 <i>Estudos sobre a pretensão e a prescrição</i>	21
2.2 A prescrição e a obrigação natural no Código Civil de 2002.....	27
3 A INOVAÇÃO LEGISLATIVA: COGNOSCIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO CIVIL, DE OFÍCIO, PELO MAGISTRADO.....	31
3.1 A prescrição cognoscível <i>ex officio</i> : exceção ou objeção?.....	34
3.2 Compreensões necessárias sobre a cognoscibilidade de ofício da prescrição em aproximação à respectiva exceção substancial.....	38
4 A COGNOSCIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO CIVIL PELO MAGISTRADO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMPARADO.....	46
4.1 Reflexões sobre o método comparativo e o processo civil.....	47
4.2 Considerações conclusivas sobre o método comparativo.....	51
4.3 A cognoscibilidade da prescrição em ordenamentos romano-germânicos.....	51
5 PROBLEMAS ASSOCIADOS À NOVA SISTEMÁTICA DO CONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO CIVIL PELO MAGISTRADO.....	56
5.1 A configuração científica da prescrição civil no plano processual.....	57
5.1.1 <i>Pretensão e processo jurisdicional</i>	61

5.2 A manutenção da possibilidade de renúncia à prescrição civil no ordenamento jurídico brasileiro.....	65
5.3 A manutenção da possibilidade de que o lapso prescricional seja interrompido, suspenso ou impedido.....	68
5.4 Insuficiências da tese de intimação das partes.....	70
5.5 O retorno a uma velha discussão: a ocorrência da prescrição civil <i>ope exceptionis</i> ou <i>ipso iure</i>	80
5.6 Conteúdo da decisão jurisdicional de prescrição.....	84
6 A PRONÚNCIA DA PRESCRIÇÃO CIVIL PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA.....	87
6.1 O direito de defesa como antecedente lógico-jurídico da exceção de prescrição civil.....	88
6.2 Análise dogmático-jurídica a partir da disciplina do processo constitucional.....	97
6.3 Análise dogmático-jurídica a partir da principiologia da função jurisdicional do Estado Democrático de Direito.....	102
6.4 A exegese da regra do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil brasileiro em conformidade com a disciplina do processo constitucional.....	110
CONCLUSÕES.....	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	123

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo o estudo da pronúncia da prescrição civil no processo jurisdicional. Pronúncia que tradicionalmente é condicionada por lei à manifestação da parte a quem a prescrição aproveita, quando se tratar de direitos disponíveis, tem-se que recente alteração legislativa positivou no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de que o magistrado pronunciará, de ofício, a prescrição civil. A matéria está disciplinada em sentido bem diverso daquele registrado na tradição dos ordenamentos jurídicos de raízes romano-germânicas.

O estudo da prescrição civil, a partir de sua conceituação pelo Código Civil brasileiro, é etapa inicial da pesquisa, explorando a inovação em que se constitui o acatamento da teoria que relaciona a prescrição civil à pretensão de direito material, fundamental ao desenvolvimento do estudo. Bem delimitado o instituto de direito material, há suporte para que se verifique a pertinência da cognoscibilidade da prescrição no processo jurisdicional, pontuando-se as principais distinções entre a sistemática anterior e aquela que vige a partir da reforma apontada.

O desenvolvimento da pesquisa leva em consideração os sistemas civil e processual civil extraídos do ordenamento jurídico brasileiro, e analisa a nova previsão legal da cognoscibilidade da prescrição civil pelo magistrado a partir desta sistematização legal. Orienta-se também a análise pela disciplina do devido processo constitucional, a partir das bases teóricas de sua instituição. Trata-se de estudo que se desenvolve sobre a evolução científica dos direitos e garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito, tendo por linha o processo na construção desse modelo de Estado em que expressamente se constitui o Estado brasileiro (conforme dispõe a regra do *caput* do artigo 1º da Constituição Republicana de 1988).

Compreender as inovações científicas e os institutos processuais a partir das reformas no processo brasileiro, notadamente através daquela reforma que alterou a dinâmica da cognoscibilidade da prescrição civil no processo (aqui sob enfoque do processo civil individual), elaborar uma crítica a partir das compreensões dos direitos e garantias do processo no Estado Democrático de Direito, eis, em última análise, o esclarecimento da realidade processual que se pretende alcançar quanto à

cognoscibilidade da prescrição civil, elucidando-se o conteúdo das normas que disciplinam a matéria.

1 A NOVA DOGMÁTICA E A ANÁLISE DE INSTITUTOS JURÍDICOS

Dentre as recentes alterações legislativas empreendidas no ordenamento jurídico nacional pela lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, há aquela que se pretende aqui particularizar e que alterou a redação da regra do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil brasileiro - CPC, prevendo que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Longe da mera análise de sua redação, o que se pretende é o estudo da alteração alinhado às suas implicações no sistema processual civil.

O estudo se voltará, assim, para a análise da prescrição civil sob o ponto de vista de sua natureza, a que se confere renovada necessidade de aprofundamento científico em razão da recente alteração legislativa apontada. Afinal, à prescrição, que sempre foi tomada como exceção substancial, atribuiu-se agora uma característica típica das objeções, apontando para uma renovação de sua caracterização, que merece, desta forma, o devido aprofundamento. É esta particular característica do instituto (sua natureza jurídica) que serve de núcleo a partir do qual deve ser desenvolvido o trabalho, seguindo-se de perto, para tanto, a orientação de San Tiago Dantas, segundo quem

(...) o trabalho do jurista, - não o trabalho de quem cultiva a Filosofia, mas a Dogmática do Direito, - começa na aplicação da norma jurídica, de modo que já pressupõe um direito elaborado¹.

Instituída aquela previsão de pronúncia *ex officio* da prescrição civil, cabem os trabalhos científicos a seu respeito, ou, “*criada a norma, plasmado o instituto, inicia-se o trabalho da Dogmática Jurídica²*”, que aqui vem necessariamente acompanhada da crítica científica. E a invocação, para tanto, da “*nova dogmática*” a que alude San Tiago Dantas decorre da necessidade de que se esclareça o significado das

¹ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. Nova dogmática jurídica. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 241-245, out./dez. 2002, p. 244.

² SAN TIAGO DANTAS. Nova dogmática jurídica, p. 241-242.

atividades interpretativa e aplicativa do direito, que, em última medida, informam a “*Ciência do Direito Positivo*”, ou “*Dogmática Jurídica*”, expressões cujo significado e conteúdo são aproximados por Miguel Reale³.

A novidade que surge quando se menciona uma nova dogmática não decorre de uma reformulação, mas de um aprimoramento na forma pela qual seja tomada a dogmática tradicional. De fato, apreendendo-se de San Tiago Dantas a orientação de que ao jurista cabem as atividades de “*fixar*” e “*unir*”, tem-se a exigência de que seja a pronúncia da prescrição conciliada ao sistema (ato de unir), buscando-se a integridade do sistema criado (ato de fixar)⁴. É necessário ao jurista, para a compreensão da inovação legislativa, harmonizá-la ao sistema processual civil, em estrita atenção às orientações que lhe são anteriores, e que informam a atenção aos direitos e garantias constitucionais do processo, ao lado de sua correlata previsão na infraconstitucionalidade.

O ato de “*unir*” a que se refere San Tiago Dantas, tentativa de “*reduzir a uma unidade inteligível*” a multiplicidade de normas dispostas, tem clara proximidade com a noção de ciência que é dada por Aroldo Plínio Gonçalves: tem por atividade principal a “*procura de semelhanças não aparentes, da unificação, no entendimento, do que se encontra fragmentado e disperso em algum plano da realidade*”⁵. A idéia de unificação ressaí, à evidência, dos conceitos apresentados pelos dois juristas.

A adoção da dogmática jurídica, nos termos ora expostos, parece ter surgido especialmente para que fosse deixada para trás a carga negativa que se lhe atribui, aproximando-a injustificadamente de uma busca não esclarecida de resultados, sem qualquer conteúdo científico. Ou, como indica Miguel Reale:

*Muitas confusões surgem pelo uso da palavra “dogmática”, por entenderem alguns estudantes, levados pela aparência verbal, que essa pesquisa implicaria a aceitação, sem discussão, das verdades jurídicas como se tratasse de regras absolutas e infalíveis*⁶.

³ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 326.

⁴ Cf. SAN TIAGO DANTAS. *Nova dogmática jurídica*, p. 243.

⁵ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 21.

⁶ REALE. *Lições preliminares de direito*, p. 326.

O que não deve ocorrer é a tomada errônea da expressão “dogma” como se se tratasse de uma imposição violenta à consciência⁷, destituída de qualquer conteúdo crítico. Invoca-se novamente o magistério de Reale, que há algum tempo já indicava que o ordenamento jurídico é para o jurista um conjunto de normas a partir das quais seu trabalho se opera, perquirindo-se não por sua existência formal (já que inegavelmente existentes as normas), mas por seu alcance e eficácia, sendo a dogmática “o momento em que a Ciência Jurídica atinge a sua expressão culminante e própria⁸”. A dogmática, portanto, não se afasta da análise da evolução científica dos institutos jurídicos, de modo a ser assim percebida:

por ser o seu objeto (...) de antemão estabelecido, e não por ser dogma para o jurista, como nos séculos XVIII e XIX foi compreendido pela Escola de Exegese⁹.

É justamente sobre esse objeto previamente concebido que a ciência jurídica se volta, sob pena de, renunciando a persistir na investigação do direito positivo “e as complexas relações a que pode ser submetido pela análise”, renuncie a ciência a si própria, como “competência explicativa da realidade” a qual elege como domínio de seu trabalho¹⁰. Não é diferente o caso da ciência do direito processual, que, apresentando também como subdivisão a dogmática jurídica¹¹ (ou, ainda, a dogmática do direito processual), investigará condutas tendo por referência modelos instituídos no ordenamento jurídico vigente. E na precisa lição de Aroldo Plínio Gonçalves:

Sobre essa realidade normativa, dada pelas leis que organizam e disciplinam a jurisdição e o instrumento de sua manifestação, o Direito Processual - enquanto ciência, na acepção de atividade que produz conhecimento - trabalha, elabora seus conceitos, unifica pontos dissociados e fragmentados, descobre semelhanças não aparentes em seu campo de investigação, desenvolve sua tarefa de racionalização, de construção, reúne, no mesmo conjunto, normas, pelos critérios específicos da conexão da matéria, criando, assim, categorias e institutos jurídicos, e organiza, a partir desses dados, os

⁷ Cf. REALE. *Lições preliminares de direito*, p. 326.

⁸ Cf. REALE. *Lições preliminares de direito*, p. 326-328.

⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

¹⁰ Cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 14.

¹¹ Cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 29-30.

*campos de seu desdobramento que podem, sob o aspecto didático-metodológico, constituir-se em novas disciplinas autônomas*¹².

O avanço científico dos institutos jurídicos, e aqui, em especial, da prescrição civil, sua configuração e harmonização ao sistema, não pode olvidar a dogmática jurídica, sob pena de se deixar de lado importante expressão da ciência jurídica nos atos de interpretação e aplicação das normas, ou seja, correndo-se o risco de se ver prejudicada a realização do ordenamento jurídico.

2 ASPECTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO CIVIL

Uma análise da natureza jurídica da prescrição civil exige sejam antes considerados outros aspectos relevantes de sua enunciação, buscando-se sua configuração jurídica. É o ordenamento jurídico e, principalmente, a inferência de significado da prescrição que os estudiosos extraem daquele ordenamento, para sua particularização e modelação científica, que orientam esta compreensão inicial do instituto. Assim, os contornos teóricos iniciais da prescrição são imprescindíveis para o prosseguimento de nossa investigação. É bom que se alerte que se cuida neste trabalho tão somente da prescrição civil extintiva, com o que, a um só tempo, são afastadas eventuais manifestações do fenômeno prescricional em outros ramos da ciência jurídica que não o direito civil e o processual civil, como, por exemplo, a prescrição no direito penal, no direito do trabalho ou no direito tributário, afastando-se, igualmente, a chamada prescrição aquisitiva, a qual comumente se denomina usucapião¹³.

¹² GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 46-47.

¹³ Adota-se, assim, a sistematização da prescrição como abraçada tanto pelo Código Civil brasileiro de 1916 como no Código Civil em atual vigência, comportando a prescrição aquisitiva (usucapião) na parte especial do texto legislativo (na parte referente aos direitos reais), e a prescrição extintiva na parte geral, como fenômeno aplicável “a todos os setores do direito privado”, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição e decadência no novo Código Civil: alguns aspectos relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 23, p. 128-147, mai./jun. 2003, p. 128-129. Pondera Luiz Frederico Carpenter que inobstante opiniões em contrário, como as de Coelho Rodrigues e Carvalho de Mendonça no Brasil, e de Fadda e Bensa na Itália, a legislação civil brasileira acabou por consagrar a teoria dualista da prescrição, cuidando da prescrição aquisitiva e da extintiva em partes diversas do Código Civil, prosperando, assim, a tese fortemente defendida

2.1 Compreensão da prescrição civil e de institutos que a disciplinam

Não se olvida a grande importância que a prescrição civil tem para a ordem jurídica. Doutrina e jurisprudência, não raro, vêm-se às voltas com o assunto. Contudo, o próprio conceito de prescrição, e mesmo sua natureza jurídica são alguns dos aspectos do instituto que não são abordados de forma pacífica, notadamente com a recente alteração promovida pela lei nº. 11.280/06. Do trato de aspectos concernentes à prescrição advêm conseqüências que fazem com que o tema não possa deixar de ser desenvolvido.

O estudo da natureza jurídica da prescrição civil tem como precedentes lógicos a análise do momento em que a prescrição se concretiza, buscando elucidar em qual oportunidade e sobre qual instituto jurídico se operam seus efeitos, evidenciando-os. Assim, e tendo em vista a recente alteração por que passou a sua pronúncia no processo, pretende-se oportunizar a identificação da natureza jurídica da prescrição civil: se conservado seu caráter de exceção, como largamente defendido pela doutrina, ou se adquirida, em virtude da mencionada mudança, a natureza de objeção, buscando-se subsídios para a compreensão do procedimento de sua cognição *ex officio*.

2.1.1 A pretensão, sua resistência e o percurso da lide extraprocessual à lide intra-autos

A regra que pode ser considerada como a matriz da prescrição civil no ordenamento jurídico brasileiro é aquela expressa no artigo 189, do Código Civil vigente (lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). De fato, informa a regra mencionada que *“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”*, nos prazos a que alude a lei. Posiciona-se a pretensão, assim, após a violação do direito, e como instituto sobre o qual se operará a eficácia liberatória da prescrição. Por esta opção legislativa, que promoveu considerável

modificação teórica em relação ao sistema anteriormente vigente (o da lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o revogado Código Civil brasileiro), vê-se que é a pretensão elemento fundamental à compreensão da prescrição, com o que se parte para o estudo desta¹⁴.

Para Carnelutti a pretensão é, como instituto jurídico, a “*exigência de subordinação de interesse alheio ao interesse próprio*”¹⁵, tendo-se aqui o interesse como uma “*posição favorável à satisfação de uma necessidade*”¹⁶ (para não se fugir à terminologia do *Sistema* carneluttiano). Trata-se de posicionamento cuja atualidade permite seja tomado como norte para uma interpretação do instituto adequada às intenções deste estudo, desde que se perceba que a pretensão, assim considerada, manifesta-se ainda em terreno pré-processual. Essa exigência de subordinação, quando resistida por aquele cujo interesse se pretende seja subordinado, faz surgir a lide, “*como idéia extraprocessual a cuja justa composição está adstrito o processo*”¹⁷, e que neste momento ainda é o “*fenômeno pré-processual carneluttiano puro*”¹⁸. A lide, assim, é resultado da pretensão resistida, do conflito de interesses a partir do qual restou incerto ou descumprido o direito material, na medida em que à pretensão, como afirmação de um direito, foi oposta resistência. É atual a lição de Lopes da Costa, quando aproxima conceitos referentes à lide carneluttiana e a pretensão:

*Se o autor da lesão ou da ameaça ao direito reconhece a legitimidade da exigência, a ordem jurídica estará restabelecida. Em caso contrário, surge um conflito*¹⁹.

Trata-se de pretensão que não se confunde com o direito à prestação que restou violado, nem mesmo se confundindo com o direito de acesso à jurisdição²⁰,

¹⁴ A pretensão aqui, como se verá, é pré-processual, “*do próprio campo da actio nata*”, como se vê em VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A singularidade interruptiva da prescrição civil. *In*: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 102.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. II, p. 30.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. I, p. 55.

¹⁷ CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 13.

¹⁸ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 38 e 69.

¹⁹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, v. I, p. 54.

²⁰ Cf. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 9.

considerações relevantes diante da constante confusão que se faz, acreditando-se que a prescrição incida sobre o próprio direito, ou mesmo sobre a ação processual. O sistema anterior (do Código Civil de 1916) conservava a idéia de que a prescrição atuava sobre a ação, referindo-se, como se há de ver, à ação material, que no sistema civil agora vigente corresponde justamente à pretensão a que alude a norma do artigo 189, do Código Civil de 2002, fundada na *actio nata* romana²¹. A pretensão, assim, não é coetânea ao direito subjetivo, surgindo apenas após a violação deste, nos seguintes termos:

*O instante do nascimento da pretensão bem pode ser traduzido pelo que os romanos designavam de actio nata. Sua principal consequência prática seria a de marcar o termo inicial do prazo da prescrição*²².

Foi Windscheid quem inicialmente adotou a expressão *Anspruch*²³, para nós significando pretensão, e considerando a tese abraçada pelo Código Civil de 2002 em relação à pretensão, tem-se da lição de Humberto Theodoro Júnior que na análise do conceito alemão de *Anspruch*, Windscheid teria conferido uma nova denominação àquilo que Savigny denominara ação em sentido material. Com isso, a pretensão (*Anspruch*) de Windscheid (adotada pela regra do artigo 189 do Código Civil) corresponde à ação de direito material, como identificada por Savigny. Assim, prossegue Theodoro Júnior, é a ação em sentido material que será objeto da prescrição, a “*pretensão de obter a prestação devida*”²⁴. O Código Civil adota exatamente essa noção, originalmente consagrada nas codificações alemã e suíça, aproximando os conceitos da ação de direito material e da pretensão material, aquela bem diversa da ação processual, e esta nem de perto coincidente à pretensão processual.

Ovídio Baptista da Silva, anos antes da entrada em vigor do atual Código Civil, já apontava que o direito, a partir de quando possa ser exigido, está “*munido*” de pretensão. Por outro lado, a ação de direito material, na visão do autor, situa-se

²¹ A pretensão, na lição de José Marcos Rodrigues Vieira, é posterior ao direito subjetivo (este o violado, na leitura da norma do artigo 189 do Código Civil de 2002), e *prius* em relação à ação (processual), como se vê em VIEIRA, A singularidade interruptiva da prescrição civil, p. 101.

²² FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 19.

²³ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 12.

²⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR. *Prescrição e decadência no novo Código Civil*, p. 131.

em um momento posterior, exatamente após a resistência daquela pretensão nascida. Assim, segundo entende, uma vez violado o direito, e surgida a pretensão, se a esta é oposta resistência, surgirá a ação de direito material²⁵. A compreensão que se pretende elaborar neste estudo, entretanto, com base em doutrina mais atual, procura aproximar aqueles conceitos que Ovídio Baptista da Silva preferia ver como realizados em seqüência, um posterior ao outro. Traça-se aqui entendimento pelo qual a pretensão de direito material, ainda que para certos fins, substituirá a ação de direito material²⁶.

Muitos foram os esforços empreendidos no sentido de se compreender a regra do artigo 189 do Código Civil. Um resultado desses esforços foi sintetizado no enunciado nº. 14 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²⁷, que, indubitavelmente, reflete muito do que se construiu na doutrina sobre o tema. O enunciado, subdividido em duas partes, aponta que *“o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo”*. Assim, a pretensão é decorrência da exigibilidade do direito (o que se dá após sua violação), e seu surgimento fixa o início do prazo da correlata prescrição. Aponta o enunciado, ainda, que *“o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer”*, com o que complementa a noção que vimos estudando acerca da aludida regra.

Voltando-se à concepção carneluttiana de lide, tem-se que o interessado (pessoa da *“pretensão resistida”*) tem condições para invocar a tutela jurisdicional do Estado. Com isto, pretende-se adentrar o âmbito processual para a composição do litígio instaurado, transpondo-se a lide do mundo dos fatos, pré-processual, para os autos²⁸. Com a transposição da lide leva-se aos autos igualmente a pretensão, com a afirmação de sua resistência, podendo-se então afirmar que *“teoria não há que*

²⁵ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação (1983). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19-25.

²⁶ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

²⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 45, jan./fev. 2007, p. 212.

²⁸ Cf. VIEIRA. *Da ação cível*, p. 61. Afirma Lopes da Costa que *“pode então o titular”* do direito violado *“exigir, pretender que tal atitude (lesão ou ameaça ao direito) se modifique; (...) Surge aí a pretensão”*, cf. LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1947, v. I, p. 53.

não explique a transição do direito material para o direito processual (...) sem o recurso à pretensão²⁹”.

Como se vê, a fase de transposição da lide a que se referiu nos encaminha para o campo do processo, com a lide já devidamente transposta aos autos (o que não se dá, necessariamente, de forma integral, mantendo-se, ainda que em resquício, no âmbito pré-processual³⁰), considerando-se que agora *“é uma realidade técnica, intra-autos³¹”*. Sua extensão ao longo do processo é percebida por José Marcos Vieira, que identifica na sistemática do julgamento antecipado da lide, oportunizada na norma do artigo 330, do Código de Processo Civil brasileiro, *“a admissão de julgamento não antecipado, assim se revelando a duração da lide no processo³²”*. De todo modo, a pretensão compõe aquilo que se deduziu no processo.

Tendo-se por certo que a prescrição civil é, antes de tudo, um instituto jurídico oriundo de um comando legal (positivo, portanto), tem-se que a norma do artigo 189 do Código Civil brasileiro fixou, como se viu, que *“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”*, dentro daqueles prazos assinalados. A prescrição, em certa medida, consolida a lesão ao direito subjetivo, após o transcurso do prazo estabelecido em lei³³. Optou-se, assim, pelo nascimento da pretensão uma vez violado o direito, e pela extinção daquela pela via da prescrição. O exercício do direito processual de ação revela a pretensão de um direito material, e para que reste clara a extensão da expressão a que se refere a norma em comento, veja-se que

“embora a ZPO também fale em Anspruch, este, a afirmação do direito no processo, não tem nada que ver com o

²⁹ VIEIRA. *Da ação cível*, p. 33.

³⁰ Cf. VIEIRA. A singularidade interruptiva da prescrição civil. Segundo o autor, *“o mérito é a lide nos limites do pedido. A lide, mais ampla, remanesce extra-autos, se ainda há pretensão exercitável”*. E, ainda da lavra de Vieira: *“A extinção de uma pretensão não significa, porém, a extinção de todas as pretensões. Nem julgar de meritis significa diretamente julgar do direito material. (...) A extinção de uma pretensão não se comunica a outra, porque são diversas as lides a que se referem”*. Extrai-se, assim, de suas considerações, que não é o direito material o objeto do processo, mas *“a lide nos limites do pedido”*. (Cf. VIEIRA. A singularidade interruptiva da prescrição civil, p. 109 e 112-113). Pontes de Miranda, a esse respeito, assim considera: *“Se há concorrência de pretensões, o exercício de uma não extingue a outra (...) Apenas a satisfação de uma torna sem objeto a outra”*, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 1. ed. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: BookSeller, 2000, tomo V, p. 528.

³¹ VIEIRA. *Da ação cível*, p. 61.

³² VIEIRA. *Da ação cível*, p. 81.

³³ Cf. NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e decadência no direito civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 24.

correspondente do BGB (§ 194). Aquele não significa mais que um direito pretendido; este, um direito existente³⁴”.

Recorde-se que a pretensão ora acolhida no ordenamento jurídico brasileiro é aquela moldada por Windscheid, e igualmente acolhida na norma do § 194 I do BGB alemão (à semelhança de outros tantos ordenamentos jurídicos romano-germânicos), indicando ser o direito de exigir de outrem uma ação ou uma omissão³⁵. Logo, está-se diante da ação material, da pretensão anterior ao processo, sendo que com a redação do mencionado artigo 189, “a pretensão, tanto quanto a prescrição, pertence (volta a pertencer) ao direito material³⁶”. Não haveria que se falar em prescrição de pretensão que não possuísse fundamento³⁷, ou seja, não haveria pronúncia de prescrição, senão que incidente sobre pretensão a qual, nascida (e, portanto, fundada), extinguiu-se antes que fosse interrompido, suspenso ou impedido seu respectivo lapso tempo-prescricional. Quando há provimento jurisdicional que reconheça a prescrição o que se tem é um pronunciamento de mérito (conforme regra do artigo 269, inciso IV, do CPC³⁸), pronunciando-se então como estando extinta a pretensão, reconhecendo-se que teria nascido esta da violação do direito, não sendo mais dedutível, entretanto.

Já a ação em sentido processual, admitindo-se-lhe um caráter abstrato, corresponde também a quem não tem o direito subjetivo material afirmado, como preleciona Carnelutti, em posição bastante atual, vindo daí a “*lógica necessidade de considerar como pressuposto (do processo) não o direito subjetivo material, mas unicamente a pretensão³⁹*”. A pretensão que efetivamente integra os autos não deve, necessariamente, resultar da violação de um direito subjetivo, já que “a pretensão

³⁴ VIEIRA. A singularidade interruptiva da prescrição civil, p. 103.

³⁵ Cf. FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 10.

³⁶ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A condenação civil e o cumprimento de sentença. In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 132.

³⁷ Neste sentido assim se posiciona Agnelo Amorim Filho: “*sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação*”. Cf. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 7-37, 1962, p. 18.

³⁸ Cf. ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113. Cândido Dinamarco entende se tratar de “*falso caso de julgamento de mérito*”, já que o julgado se limita a negar que o autor tenha direito ao julgamento do objeto do processo, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, p. 196.

³⁹ CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, v. II, p. 775. Com grifos nossos.

*pode se formular por quem tiver o direito, mas também por quem não o tiver: tanto pretensão é pretensão fundada quanto infundada*⁴⁰. E mesmo Chiovenda, referindo-se ao conceito de *Anspruch*, como trabalhado por Windscheid, indica que esta não significa exatamente uma pretensão fundada⁴¹.

Portanto, tem-se no processo uma pretensão somente afirmada, não importando se ao final será considerada fundada ou infundada⁴², mas que se for reconhecidamente extinta pela prescrição civil consumada, haverá de ser, anteriormente, tomada como fundada (mas não mais exercitável). É a diferença pontual que separa a pretensão processual da pretensão material⁴³, de modo que aquela, deduzida no processo, pode ser fundada ou não (procedente do direito material ou não), enquanto que esta, surgida da violação do direito (regra do artigo 189), é fundada, corresponde a um direito (violado).

No tocante aos direitos cujas pretensões (advindas de sua violação) estão sujeitas à prescrição, os ensinamentos de Chiovenda ainda são os que orientam as lições mais atuais. Em sua sistematização da ciência processual, o autor italiano expõe que os direitos subjetivos (que conceitua como a aspiração de um bem da vida garantido pela vontade da lei) se dividem em direitos a uma prestação (tendentes a um bem da vida obtenível mediante a prestação de outrem, como afirma) e direitos potestativos (que, como expõe, são aqueles tendentes à modificação de estado jurídico existente, independentes de prestação de outrem)⁴⁴.

⁴⁰ CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, v. II, p. 31.

⁴¹ Cf. CHIOVENDA. *A ação no sistema dos direitos*, p. 80.

⁴² Daí que se afirma não ser o fundamento jurídico um elemento da pretensão, podendo ser esta fundada ou infundada, sendo a “*fundabilidade*” elemento estranho à ontologia da pretensão, cf. VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Lide prejudicial constitucional não decidida e coisa julgada. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 47, p. 163-179, jul./dez. 2005, p. 171.

⁴³ Para que a prescrição se opere sobre uma dada pretensão esta haverá de ser fundada, ou, como aponta Lopes da Costa, em posição atualíssima, “*a pretensão é concreta, vale dizer, só existe quando a ela, em verdade, corresponder um direito*” (LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1947, v. I, p. 57). Pela dicção da regra do artigo 189 do Código Civil, o direito foi violado, com o que nasceu pretensão, que assim será concreta, fundada. Com efeito, leciona Nelson Luiz Pinto que desde os estudos de Adolf Wach se reconhece que “*a pretensão de direito material não podia ser confundida com a pretensão deduzida no processo*”, cf. PINTO, Nelson Luiz. O fundamento da pretensão processual como objeto da prescrição e da decadência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 60-84, abr./jun. 1984, p. 62.

⁴⁴ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: BookSeller, 1998, v. I, p. 26-27. É justamente a partir das lições do mestre italiano que Agnelo Amorim Filho traça seus estudos acerca da prescrição e da decadência, cf. AMORIM FILHO. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 10-12. E os estudos de Agnelo Amorim Filho, por sua vez, são seguidos de perto por incontáveis estudiosos que cuidaram do tema de modo profundo. Por todos: PINTO. O fundamento da pretensão processual como objeto da prescrição e da decadência, p. 76-77.

Para fins de estudo da prescrição civil, atenta-se para os primeiros, já que “como é pela ação condenatória que se impõe a realização de prestação ao demandado, é nas causas desta natureza que pode ocorrer a prescrição⁴⁵”. Ou seja, é sobre os direitos a uma prestação, na divisão proposta por Chiovenda, que incidirá, após violação e surgimento da pretensão, a prescrição, atuando sobre essa última. Sujeitam-se à prescrição as “ações condenatórias” (e apenas elas), assim, à razão de prescreverem, em linguagem atual, as pretensões subjacentes àquelas “ações”, pretensões de obtenção de uma prestação⁴⁶. A dedução de pretensão perante um órgão jurisdicional provoca, assim, a instauração de processo cujo pedido é de natureza condenatória, instauração decorrente do direito público subjetivo de ação processual, público como demonstração de que refoge à relação jurídica privada, para ser oposto contra o próprio Estado, monopolizador da atividade jurisdicional. Serão prescritíveis, em última medida, as pretensões deduzidas no processo e que sejam decorrentes de direitos patrimoniais, os quais, em regra, são disponíveis, salvo no caso de favorecimento de incapaz⁴⁷.

2.1.2 Estudos sobre a pretensão e a prescrição

Inevitavelmente o estudo da pretensão faz com que se chegue à prescrição civil, pela razão de uma decorrer necessária e logicamente da outra, idéia que foi

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 285. Por “ação condenatória”, aqui, quer-se compreender como sendo o provimento jurisdicional que formula ordem contida em lei, determinando o cumprimento de prestação, conforme CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 230-231. O Código Civil brasileiro de 2002 acolheu justamente a tese de Agnelo Amorim Filho, que associa a prescrição às “ações condenatórias”, cf. MAZZEI, Rodrigo. Reconhecimento ex officio da prescrição. *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 427. E José Marcos Vieira, aproximando o aspecto patrimonial do direito e a condenação pretendida no processo, informa que “a sentença condenatória objetiva a responsabilidade patrimonial do devedor”, cf. VIEIRA. A condenação civil e o cumprimento de sentença, p. 149-150.

⁴⁶ Cf. ALVIM WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 115-116. O mesmo em: AMORIM FILHO. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 20; e em: ALVIM, Teresa Celina de Arruda. Prescrição e decadência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 57-71, jan./mar. 1983, p. 62. Reconhece-se que “não podendo conter pretensões, os direitos potestativos não estão sujeitos à prescrição”, cf. LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1947, v. I, p. 59.

⁴⁷ Para a teorização concernente às pretensões prescritíveis: NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 188.

adotada no artigo 189 do Código Civil de 2002, vale dizer: a prescrição se opera sobre a pretensão, a qual resultará de um direito violado (ou, melhor, da violação do direito). César Fiuza afirma que a prescrição tem o condão de atingir a responsabilidade, de modo que pelo advento de termo prescricional o devedor não mais responderia pelo inadimplemento do direito a uma prestação. Pelo decurso do prazo se extinguiria a responsabilidade do devedor de um direito a uma prestação⁴⁸. Como se percebe, o autor tem suas idéias baseadas nos conceitos de Chiovenda, notadamente na sistematização que o autor italiano elaborou em relação aos direitos subjetivos, acima exposta.

Em considerações que aparentemente seguem o mesmo caminho, Carnelutti afirma, posicionando a prescrição *“fora do processo”*, que o instituto é *“meio pelo qual, por meio do transcurso do tempo, e sob determinadas condições, alguém (...) fica liberado de uma obrigação”*⁴⁹. Afirma ainda Carnelutti que a prescrição *“está constituída pela duração do descumprimento e de sua tolerância”*⁵⁰. Também o estudo elaborado por Harry Westermann sobre o BGB alemão parte da junção sistemática entre a atuação da prescrição e a responsabilidade. Embora afirme que desde o surgimento da pretensão o interessado tem condições de impedir sua prescrição, sustenta que *“a prescrição não significa extinção da pretensão, mas, dá ao devedor um direito de recusar a prestação”*, sendo que o *“responsável não pode mais ser constrangido à prestação”*⁵¹.

Há que se considerar, contudo, que a responsabilidade integra também o quadro advindo do descumprimento de um dever jurídico, ao lado do direito de se exigir a prestação (o que compõe a pretensão). À exigência de subordinação que qualifica a pretensão, como vimos, corresponde a respectiva sujeição à exigência, a que se denomina responsabilidade⁵², pelo que esta não poderia, realmente, desconectar-se da pretensão que se configurou com a violação do direito a que alude a norma do artigo 189 do Código Civil brasileiro. A manifestação de reconhecimento da prescrição, que se opera no processo, não descarta da responsabilidade, mas, ao incidir sobre a pretensão, reflete-se sobre aquela, pois a

⁴⁸ Cf. FIUZA, César. *Direito civil* - curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 253.

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. III, p. 600-601.

⁵⁰ CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, v. III, p. 601.

⁵¹ WESTERMANN, Harry. *Código Civil alemão* - parte geral: BGB - Allgemeiner Teil. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 25.

⁵² Cf. FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 21 e 45.

exigência de subordinação de interesse alheio, que caracteriza a pretensão⁵³, depende seja possível responsabilizar aquele cujo interesse se pretenda ver subordinado.

Atualmente não há razões para que não se entenda a pretensão como o instituto sobre o qual se opera a prescrição. Trata-se de visão que não se iniciou com o advento do Código Civil de 2002, já que a pretensão guarda proximidade com a mesma ação de direito material aludida no sistema anterior ao daquele Código. A manutenção do termo ação para se referir ao que mais modernamente se denomina pretensão (ambas em sentido material), como leciona César Fiuza, talvez persistisse no sistema anterior em razão de inércia histórica, eis que para os romanos não existiam direitos subjetivos, mas “ações”, de modo que a prescrição somente poderia representar a perda da “ação”, não de algum direito⁵⁴. Deveras, era sobre a *actio* que incidia a prescrição romana.

Humberto Theodoro Júnior é contundente em afirmar que, “*em linguagem moderna, extingue-se a pretensão*”⁵⁵, entendendo esta como a possibilidade de se fazer valer um direito subjetivo e oferecendo suporte científico para a afirmação de que a ação em sentido material é a moderna pretensão, a cuja extinção o direito alemão teve o mérito de aproximar a prescrição. Na verdade, leciona o autor, a disposição da regra do artigo 189 do Código Civil brasileiro contém uma simplificação do fenômeno, na medida em que após o decurso completo do lapso prescricional, não ocorre a imediata extinção da prescrição. O que se verifica é a configuração de todas as condições para que possa ser exercida a exceção processual de prescrição, esta sim a verdadeira inibidora da pretensão surgida da violação do direito⁵⁶, como oportunamente se demonstrará.

Na obra de Caio Mário da Silva Pereira, atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, há a afirmação de que tem origem na dogmática alemã a opção do Código Civil brasileiro vigente de partir da idéia de pretensão para conceituar a incidência da prescrição. A visão é a de que a pretensão a que alude a norma do artigo 189 do Código Civil é a pretensão exigível judicialmente, surgindo para o interessado “a

⁵³ Cf. CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, v. II, p. 30.

⁵⁴ Cf. FIUZA. *Direito civil*, p. 253.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 284.

⁵⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR. Prescrição e decadência no novo Código Civil, p. 130. Aponta o jurista, ainda, que com a opção expressa na regra do artigo 189 evita-se a confusão entre o objeto sobre o qual incide a prescrição civil e a ação processual, a qual, já modernamente emancipada do direito material, constitui-se como um “*direito autônomo e abstrato*”. A opção pela pretensão, assim, tem plena justificativa científica.

faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito". Tanto é assim que o jurista aponta que a *"pretensão deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer"*⁵⁷.

A pretensão, assim, ganha relevo por assinalar verdadeiro ponto de contato entre o direito material e o direito processual. A pretensão que compõe o mérito do processo se funda antes deste, mas é nele revelada. Assim, pode-se reafirmar a constatação de que *"teoria não há que não explique a transição do direito material para o direito processual sem o recurso à pretensão"*⁵⁸. Logo, a aproximação entre a pretensão e a prescrição civil introduz outra questão, tocante à operação da prescrição, se anterior ou posterior ao processo. A questão assim posta é um inevitável resultado que entendemos decorrer da opção que se fez de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a pretensão em sua configuração atual. E é certo que para o deslinde da questão se faz necessária uma prévia análise do caráter que usualmente se atribui à prescrição, o de uma exceção substancial, o que, entretanto, possui momento próprio e oportuno neste estudo. Por ora apenas é colocada a questão como entendemos existir.

Entendemos que para Caio Mário Pereira a prescrição opera-se já extra-*autos*, uma vez que enfatiza o autor a pretensão como sendo aquela *"exigível judicialmente"*. E se é exigível, podendo não o ser, fato é que a prescrição, incidindo sobre a pretensão, operar-se-ia antes do processo, independentemente de se exigir a pretensão. Há outra forma de se observar o fenômeno prescricional, pela qual se afirma a dependência da prescrição em relação ao processo⁵⁹, de modo que aquela somente se operaria *ope exceptionis*, vale dizer, dependeria de uma exceção para se concretizar. O assunto impescinde de anterior análise da prescrição como uma exceção, o que é desenvolvido em tópico apropriado.

No que toca à justificativa para a existência da prescrição, muitas são as teses elaboradas. Como já se advertiu, este estudo se realiza a partir de um Direito posto, considerando-se o ordenamento jurídico como ponto de partida da pesquisa científica jurídica, notadamente quando se busca o aprimoramento de institutos

⁵⁷ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 682.

⁵⁸ VIEIRA. *Da ação cível*, p. 33.

⁵⁹ Neste sentido, afirmando ser a prescrição um instituto processual, não se operando *"pleno iure"*, mas sim a partir de uma prestação jurisdicional, Rosemiro Leal, para quem é a prescrição a perda de prazo para a obtenção, em procedimento instaurado, de *"ato ou sentença reconhecedora de direitos"*, cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 178.

jurídicos. Essa possível condição das normas já legisladas, de existência anterior ao seu estudo, não impede sobre elas se exerça análise crítica, inclusive no sentido de se perquirir o algo que seja anterior até mesmo à sua inserção no direito positivado, ou seja, a sua justificativa. É mediante essa lógica que autores se debruçam sobre as razões para que seja sistematizada no ordenamento jurídico a prescrição civil.

Dentre as mais interessantes considerações a esse respeito está aquela elaborada por Pontes de Miranda, que afirma visar a prescrição à segurança e à paz públicas, não se pretendendo proteger ao devedor que confia na inexistência da dívida, mas sim ao não devedor que não mais tem prova da inexistência de débito. É essa a sua afirmação mais relevante, já que, para o autor, a finalidade da prescrição, antes de tudo, é proteger àquele que resiste a uma pretensão inexigível (“*ineficaz*”), sendo que a sentença deverá ser prolatada no sentido de que se encontraria encoberta a eficácia da pretensão, na expressão usada pelo tratadista⁶⁰.

Cabe aqui a ressalva de que Pontes de Miranda trabalha em sua obra tanto com a pretensão processual quanto com a material. A construção de Pontes de Miranda em relação à resistência que se impõe a uma pretensão infundada parece fazer referência, assim, à pretensão processual, pelo que não se pode estar considerando a mesma pretensão que faz iniciar a contagem de prazo prescricional. Aquela (infundada), é processual, e será assim considerada (como infundada) pelo processo. Já a pretensão material, necessariamente fundada para fins de prescrição, é a que fez iniciar o lapso prescricional. Note-se, mais uma vez, que se afirma a pretensão como necessariamente fundada apenas para fins de se considerar prescrita, ou seja, de se reconhecer a ocorrência do fenômeno prescricional.

Neste particular, recorda André Fontes que coube a Adolf Wach a distinção entre pretensão material e pretensão processual, o que se verificou ante a necessidade de se considerar que além da “*exigência que se faria valer contra o devedor*” haveria também uma exigência de tutela de direitos, oposta contra o Estado. Com isso é que se pode afirmar que a pretensão processual é apenas afirmada, não sendo necessariamente fundada, característica que se procurará no processo⁶¹. E é justamente por essa cisão que se pode contemplar no BGB alemão (na norma de seu § 194 I) a pretensão como direito de exigir de outro uma ação ou

⁶⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 1. ed. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: BookSeller, 2000, tomo VI, p. 316.

⁶¹ Cf. FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 40.

omissão, e na ZPO alemã a pretensão como exigência feita em uma demanda, de caráter público e, portanto, não se constituindo como uma expressão do direito subjetivo privado⁶².

Carlos Alberto A. de Oliveira, igualmente com base em Wach, aponta a diferenciação que fragmenta as pretensões processual e material, indicando nesta última a exigência dirigida contra o próprio particular que deixara de cumprir com a prestação devida⁶³. É com este suporte que conclui Oliveira, de modo bastante relevante, que alguns autores, a partir de Wach, defenderiam que para determinados efeitos a pretensão material veio a substituir a ação de direito material, como já tivemos a oportunidade de salientar.

Nelson Luiz Pinto afirma que é o fundamento da pretensão processual o atingido pela prescrição⁶⁴. Sem abandonarmos, entretanto, nossa convicção em torno da extinção da pretensão de direito material pela prescrição, admitiremos que é o fundamento da pretensão processual que se extingue, reconhecendo que é justamente a pretensão de direito material esse fundamento do que se deduz no processo, o que em certa medida é afirmado também por Nelson Luiz Pinto. Afinal, extrai-se de suas considerações justamente o aspecto de que é a pretensão processual que revela a pretensão de direito material no processo. Neste sentido se manifestou também Carlos Alberto A. de Oliveira:

*Advirta-se que a pretensão processual não é assimilável à pretensão de direito material, pois esta apenas constitui o fundamento da primeira, é dirigida contra o devedor, está sujeita a objeções, exceções e prescrição, e existe ou não existe (...)*⁶⁵.

Essas considerações acerca da pretensão nos encaminham para um estudo da prescrição após o advento do Código Civil de 2002, vale dizer, com a introdução em nosso ordenamento jurídico daquela conceituação teórico-científica da pretensão material como trabalhada originalmente pelos estudiosos alemães.

2.2 A prescrição e a obrigação natural no Código Civil de 2002

⁶² Cf. FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 40-41.

⁶³ Cf. OLIVEIRA. *Efetividade e tutela jurisdicional*, p. 88.

⁶⁴ Cf. PINTO. *O fundamento da pretensão processual como objeto da prescrição e da decadência*, p. 79-81.

⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 306.

O Código Civil brasileiro adotou, como já está claro, a prescrição com a função de extinguir a pretensão, esta advinda da violação de um direito. A pretensão é pré-processual (material), e já se afirmou que a doutrina de Carnelutti apresenta-se adequada à leitura do artigo 189 do Código Civil brasileiro, na medida em que, violado o direito, manifesta o interessado a exigência de subordinação de interesse alheio ao seu próprio interesse⁶⁶. Gustavo Müller Neves entende que a opção expressa na norma do artigo 189, pela pretensão como objeto de extinção pela prescrição, é uma escolha que se dá na medida em que se preserva o “núcleo do direito, que poderá ser espontaneamente atendido⁶⁷”, pelo que o direito não se extingue, permanecendo inteiro, apenas destituído de pretensão correlata (figura que evidencia toda a autonomia a qual caracteriza os dois institutos).

Neste ponto é interessante verificar-se aquele entendimento que, citado anteriormente, invoca a permanência da pretensão mesmo com o advento da prescrição, pensamento sintetizado pela assertiva de César Fiuza, de que “a pretensão, rigorosamente, não se extingue⁶⁸”. Segundo entendemos, a tese é, antes de tudo, kelseniana. Com efeito, encontra-se em Hans Kelsen a noção primeira de que o sistema jurídico é composto tanto de obrigações como de coerção para que aquelas se cumpram. O direito, assim, reflete a própria obrigação, e uma vez que esta se extinguiria, extinguir-se-ia, em Kelsen, o próprio direito⁶⁹. O grande problema reside em que há certa unanimidade de que, uma vez operada a prescrição, o que surge é a chamada obrigação natural, que no sistema kelseniano seria de difícil

⁶⁶ Ainda que em conceituação bastante afastada temporalmente da realidade do Código Civil de 2002, a lição de Carnelutti parece atual na medida em que justifica a norma do artigo 189 na sistemática adotada pelo ordenamento jurídico. Tanto que para a doutrina posterior ao advento do Código Civil vigente, a pretensão é o “poder de exigir de outrem, coercitivamente, o cumprimento de um dever jurídico, vale dizer, é o poder de exigir a submissão de um interesse subordinado (do devedor da prestação) a um interesse subordinante (do credor da obrigação) amparado pelo ordenamento jurídico”, linhas que reproduzem, em essência, a tese carneluttiana (Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; *Novo curso de direito civil* - parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 478).

⁶⁷ Cf. NEVES, Gustavo Kloh Müller. Prescrição e decadência no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil* - estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 429.

⁶⁸ FIUZA. *Direito civil*, p. 252-253. Raciocínio que leva alguns autores a entenderem que “a prescrição apenas consiste no poder do devedor de recusar o cumprimento da pretensão, pois ela, mesmo prescrita, subsistirá”, cf. FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 52.

⁶⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 35; GONÇALVES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32-34.

adequação, vez que destituída de coatividade legal, destituída de sanção. Não se pretende reduzir toda a tese levantada ao sistema de Kelsen, o que não fazem nem mesmo os autores que entendem que a prescrição atue sobre a responsabilidade obrigacional. Mas a idéia ainda se prende a um sistema normativo em que, aparentemente, a pretensão não tenha merecido tratamento como ora lhe é dada no ordenamento jurídico brasileiro.

Entendemos, por outro lado, que não há razão para se entender que não seja justamente a pretensão o objeto da prescrição, construção teórica que com aplausos da doutrina se adotou no sistema civil brasileiro. O rigor no entendimento de que a pretensão subsiste passa pela noção de que há ainda a hipótese de adimplemento da obrigação. Contudo, trata-se de obrigação que se descaracteriza, deixando de ser obrigação civil, justamente por ausente a pretensão material, extinta por atuação da prescrição. Estamos, assim, com aqueles que entendem que *“ainda que reconhecida a prescrição, continua a existir materialmente a obrigação”⁷⁰*. Por isso é que se pretende adotar nesta pesquisa a acima apontada concepção carneluttiana de pretensão, de exigência de subordinação de interesse alheio a interesse próprio, até porque advertidos de que no ordenamento alemão, origem teórico-dogmática da pretensão a que alude o artigo 189 do Código Civil brasileiro, os conceitos de pretensão (*Anspruch*) e obrigação se coincidem⁷¹. Assim, o que se pretendeu com a redação da regra do artigo 189, conforme entendemos, foi ultrapassar de forma definitiva a idéia de que o direito subjetivo poderia ser extinto pela prescrição.

A ocorrência do fenômeno prescricional não impede seja satisfeita a obrigação à razão de se verificar, na hipótese, a subsistência de obrigação natural, que é aquela obrigação para a qual *“o credor não dispõe de ação judicial para exigir do devedor o pagamento, mas, no caso deste ser feito, pode retê-lo”⁷²*, de modo que

⁷⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. II, p. 44. Do raciocínio exposto extraem os autores a idéia de permanência da irrepetibilidade de pagamento de dívida prescrita.

⁷¹ Cf. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II., p. 105. Em outra oportunidade, mas seguindo a mesma linha, afirma Lopes da Costa que *“à pretensão do titular do direito corresponde a prestação do obrigado. Isso é obrigação”*. Cf. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 115. O autor, ademais, deixa claro que já vinha defendendo fosse adotada no Brasil a *Anspruch* tedesca.

⁷² AMARAL, Francisco. *Direito civil* - introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 566.

“a obrigação jurídica prescrita converte-se em obrigação natural⁷³”. Trata-se da mesma obrigação natural que já fora abordada pelos romanos, advinda da “obrigação civil degenerada”, metamorfoseada em obrigação natural⁷⁴. Neste caso, afirma Cretella Júnior que o devedor ficava liberado “*jure civili*”, obrigando-se “*jure naturali*⁷⁵”, o que se dá não mais com possibilidade de recurso à *actio*, mas através de apelo a um dever de ordem moral. O adimplemento de dívida prescrita, logo, é pagamento, assim já reconhecido pelos clássicos, que o afastam de figuras como a doação⁷⁶. A idéia, portanto, é a de que se paga, ainda que prescrita a pretensão em que se fundava a dívida.

É exatamente por se entender ser válida a prestação adimplida, ainda que extemporaneamente em relação ao prazo fixado em lei, que alguns autores constroem a posição segundo a qual a pretensão não se extinguiria, de modo que o cumprimento posterior, já operada a prescrição, seria convalidado pelo direito⁷⁷. Caio Mário da Silva Pereira, na elaboração de suas *Instituições* quando ainda vigorava o Código Civil de 1916, falava em “*extinção da relação jurídica*” no caso de prescrição extintiva, filiando-se, à época, à posição de que “*é o próprio direito que perece*”. Assim se posicionava em razão de entender “*esdrúxula*” a possibilidade de o ordenamento jurídico reconhecer o direito (afirmando, assim, a vinculação entre sujeitos), mas recusar meios para que tal fosse exercido⁷⁸.

Ainda na percepção do autor, o adimplemento de prestação prescrita segue uma orientação de consciência, na medida em que é possível se renunciar à prescrição. O direito estaria extinto, sendo adimplida prestação não mais de ordem obrigacional, mas de ordem moral. Com esta construção, Caio Mário Pereira negava veementemente a subsistência, desde Roma, da obrigação natural, como um

⁷³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. *Novo curso de direito civil*, p. 476. Também neste sentido, dentre os clássicos: CHIRONI, Giampietro. *Istituzioni di diritto civile italiano*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1912, v. I, p. 260.

⁷⁴ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano - O Direito Romano e o Direito Civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 234.

⁷⁵ Cf. CRETELLA JÚNIOR. *Curso de Direito Romano*, p. 234. Aproxima-se a “obrigação natural”, na visão do autor, das “obrigações morais” ou “de consciência”, cuja exigência não poderia ser feita pela *actio*, senão “por motivos de ordem pessoal ou social” (*Curso de Direito Romano*, p. 233-235).

⁷⁶ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean; *Tratado de derecho civil - segun el tratado de Planiol*. Trad. Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1965, tomo V, p. 632. Ainda: FRANCESCHINI, José Gaspar Gonzaga. Prescrição e decadência. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, p. 69-104, 1979, p. 88.

⁷⁷ Por todos: FIUZA. *Direito civil*, p. 252-253.

⁷⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 433-435.

instituto jurídico, entendendo que o que resta é apenas um dever moral de solver⁷⁹. A posição do jurista, entretanto, em nosso sentir não afasta a verificação concreta de efeitos jurídicos da obrigação natural, vez que é expressamente adotada no ordenamento jurídico brasileiro a irrepetibilidade do objeto da obrigação cumprida, para a qual a prescrição correlata já se verificara. É o que se vê na norma do artigo 882 do Código Civil em vigor, segundo a qual “*não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível*”. Portanto, embora verificada a prescrição, nem por esta razão deixará de existir o direito materialmente⁸⁰, o que garante a hipótese de adimplemento, ainda que operada a extinção sobre a pretensão.

A obrigação natural, portanto, entendida como resultado da atuação do fenômeno prescricional, tem efeitos jurídicos significativos, com o que, qualquer que seja a razão que leve o devedor a solver a dívida, predispõe o ordenamento jurídico a irrepetibilidade desta prestação. É que extinta como resta a pretensão, não há o que se deduzir em juízo, impedindo-se manifestação jurídica do interessado no sentido de ver subordinado o interesse alheio ao seu próprio. Com relação à hipótese de se indicar o próprio direito como objeto da prescrição, esta já era refutada pelas considerações de Luiz Frederico Carpenter, forte nas lições dos juristas franceses: “*a prescrição é sem influência sobre o direito (Recht)*”, sendo “*sobre a ação (Anspruch) que a prescrição age*⁸¹”, pelo que se vê que mesmo a doutrina clássica já afasta a idéia de extinção de direitos pela via da prescrição⁸².

Posteriormente, a sustentação dessas considerações pode ser buscada na obra do mesmo Caio Mário Pereira, já com a atualização de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem o Código Civil de 2002 pretendeu abordar a “*pretensão exigível*”

⁷⁹ Cf. PEREIRA. *Instituições de direito civil*, 2001, p. 436. Inclusive, veja-se que os alemães denominam a exceção de prescrição de “*exceção de consciência*”, cf. LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1959, v. II., p. 100.

⁸⁰ Cf. ALVIM WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 115.

⁸¹ CARPENTER. *Da prescrição*, p. 280.

⁸² É o que se extrai das considerações de Humberto Theodoro Júnior, para quem “*a prescrição (é) causa de extinção da pretensão (actio, no sentido romano de ação de direito material) e não do direito subjetivo material*”, com grifos nossos. Cf. THEODORO JÚNIOR. *Prescrição e decadência no novo Código Civil: alguns aspectos relevantes*, p. 133. Igualmente, José Marcos Rodrigues Vieira, que, com apoio em Pontes de Miranda, afirma ser a dicção “*prescrição do direito*” elipse reprovável, já que o que pode prescrever é a pretensão (ou a ação) que se irradia do direito. Cf. VIEIRA. *A singularidade interruptiva da prescrição civil*, p. 100.

*judicialmente*⁸³”, buscada na *Anspruch* alemã. Ora, a obrigação natural, como compreendida desde a Cidade Antiga, não se dota da possibilidade de exigência em juízo, não podendo ser compreendida a pretensão fora de seu conteúdo técnico. A pretensão é pretensão pelo lapso de tempo que o direito positivo assim a concebe (por uma convenção legal, portanto), sendo que com o término do transcurso deste, torna-se algo muito mais aproximado da expectativa⁸⁴, componente da aludida obrigação natural (ou, na lição de Caio Mário Pereira, componente do que chama de dever moral, ao qual se refere desde o Código Civil de 1916 e ainda atualmente).

A obrigação natural, logo, é dotada de efeitos jurídicos próprios, trazidos expressamente para o ordenamento jurídico brasileiro, mas a ausência de pretensão, extinta pela prescrição, confirma a tão só existência daquela. Assim, a pretensão com a modelação atual que se lhe empresta permite seja compreendida a extensão da prescrição civil, que incide diretamente na pretensão, constituindo-se obstáculo para a dedução desta em juízo, obstáculo não existente antes da prescrição. O assunto é de extrema relevância para as considerações necessárias a este estudo a respeito da natureza da prescrição civil.

3 A INOVAÇÃO LEGISLATIVA: COGNOSCIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO CIVIL, DE OFÍCIO, PELO MAGISTRADO

Como já registrado nas linhas antecedentes, a prescrição civil é agora, mantidas suas características anteriores, pronunciável de ofício pelo magistrado, sem que haja qualquer ressalva expressa. Para tanto, a lei nº. 11.280/06 promoveu alteração na regra do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, revogando, ademais, a norma do artigo 194 do Código Civil brasileiro. Com efeito, dispunha o artigo 194 que o juiz não possa “*suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz*”. Essa norma corresponde, em certa medida, à

⁸³ Cf. PEREIRA. *Instituições de direito civil*, 2004, p. 682. Igualmente a lição de que se trata de “*pretensão de poder exigir, judicialmente, que o devedor cumpra a prestação assumida*”, conforme GAGLIANO. *Novo curso de direito civil*, p. 478.

⁸⁴ Na lição de Perlingieri, trazida por André Fontes, a “*expectativa constitui uma situação jurídica subjetiva instrumental para a aquisição de uma outra situação jurídica subjetiva, e é assim caracterizada em razão de sua relação com a situação final à qual está vinculada*” (Cf. FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 107).

regra expressa no artigo 166 do Código Civil revogado (de 1916), pela qual o juiz não poderia “conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pela parte⁸⁵”.

Antes mesmo da inovação da lei nº. 11.280/06 a prescrição já sofrera, recentemente, considerável alteração no que tange à sua cognoscibilidade. Aponta Humberto Theodoro Júnior que a regra do § 5º do artigo 219, CPC, vedava que o juiz conhecesse de ofício da prescrição de direitos patrimoniais. E com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (lei nº. 10.406/02), indica o jurista que ocorrera derrogação daquela norma processual apontada, com a criação de regra especial em relação ao favorecimento de absolutamente incapazes, quando então se permitia ao magistrado pronunciar-se sobre a prescrição, de ofício (regra do artigo 194 do Código Civil)⁸⁶. Reconhecia o jurista, assim, que com a regra do artigo 194 do Código Civil quebrara-se a clássica distinção entre objeção e exceção, sendo que a prescrição, historicamente tratada como exceção, teria a partir da lei nº. 10.406/02 regime de objeção⁸⁷. Mais tarde afirmaria o próprio autor que a medida se justificava, já que os direitos dos absolutamente incapazes são, em nosso sistema, indisponíveis, com o que tuteláveis pelo magistrado por iniciativa própria⁸⁸.

O Código de Processo Civil brasileiro, entretanto, conservou intocada sua redação até recentemente, no que se refere à regra do § 5º do artigo 219 (“não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”), a qual se manteve expressa embora se afirmasse derogada, como acima visto. Foi esta a regra que conviveu, tanto com as disposições do Código Civil de 1916, como, até há algum tempo, com o que dispunha o Código Civil de 2002. Com a revogação expressa do artigo 194 do

⁸⁵ Aproximação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 elaborada por VENOSA, Sílvio de Salvo (org.). *Novo Código Civil: texto comparado: Código Civil de 2002, Código Civil de 1916*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 79.

⁸⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 46, p. 135-160, jan./jun. 2005, p. 139-140. A tese é também abarcada pelo enunciado nº. 155 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em que se lê que “o art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração ex officio da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC”, cf. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 47, mai./jun. 2007, p. 223. O enunciado, entretanto, perdeu seu objeto com a revogação do artigo 194 a que faz referência.

⁸⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual, p. 140-141.

⁸⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50.

Código Civil vigente, contudo, e com a alteração da redação do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, pela lei nº. 11.280/06, tem-se, no que se refere à pronúncia da prescrição civil pelo magistrado, que esta se dará de ofício. Não há mais no Direito positivo ressalva expressa, seja com relação à patrimonialidade ou não dos direitos, seja em referência à condição jurídica do sujeito favorecido (se incapaz ou não)⁸⁹. As ressalvas outrora verificáveis determinavam se a prescrição seria pronunciada de ofício pelo magistrado (hipóteses de direitos indisponíveis, não-patrimoniais ou tocantes a absolutamente incapaz) ou se a cognição *ex officio* era vedada.

Se o advento do Código Civil de 2002 já promovera considerável ruptura na clássica distinção entre objeções e exceções para fins de estudo da prescrição, pelo que dispunha seu artigo 194, imagina-se que, em face da lei nº. 11.280/06, a atenção às alterações deva ser redobrada. Antes de seu desenvolvimento, entretanto, faz-se necessária a advertência com relação à opção que aqui se fez. Com efeito, a nova redação do mencionado parágrafo acena para ato de pronúncia do magistrado. Por se tratar de pronúncia que se daria sem provocação da parte (conclusão inicial a que se chega pelo fato de a regra não indicar nenhuma ressalva, como ocorria anteriormente⁹⁰), entendemos tratar-se de previsão que impõe ao magistrado a cognição da prescrição de ofício. O magistrado apenas pronuncia a prescrição e assim o faz, reconhecendo que a pretensão se extinguiu⁹¹. Logo ao primeiro contato, demonstrado inequivocamente que a pronúncia da prescrição é regra cogente, faz com que se entenda estendida ao magistrado a atividade cognitiva da prescrição, como ocorre, em geral, com questões de ordem pública.

É com essa consideração inicial que se pretende abordar a iniciativa do legislador, a partir do entendimento de que seja atribuída ao juiz a realização de atividade cognitiva da prescrição, do que decorreria a respectiva pronúncia. Ou seja, a pronúncia a que se refere a nova norma do § 5º do artigo 219 é antecedida, lógica e procedimentalmente, de atividade cognitiva realizada no processo, com aqueles elementos apresentados pelas partes, e que poderia se dar de ofício pelo juiz. Por essa razão é que, para o desenvolvimento deste estudo, optou-se por entender que

⁸⁹ Cf. ALVIM WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 118.

⁹⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 45. Recorde-se que a redação anterior do § 5º do artigo 219 assim dispunha: “*não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato*”. A ressalva, portanto, existia no regime anterior, e tocava à patrimonialidade ou não do direito envolvido.

⁹¹ Cf. ALVIM WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 118.

a nova disposição do Código de Processo Civil acena a uma cognoscibilidade da prescrição civil, de ofício, pelo magistrado. Interessam-nos as implicações decorrentes dessa primeira impressão.

3.1 A prescrição cognoscível *ex officio*: exceção ou objeção?

Viu-se no desenvolvimento dos pontos anteriores que ainda é controvertida a questão de qual seja o elemento atingido pela prescrição, tendo-se que o atual Código Civil brasileiro adotou a pretensão em sentido material. O aspecto, entretanto, que maior interesse desperta atualmente é o que envolve a indagação acerca da natureza jurídica da prescrição, se de exceção ou de objeção.

Em relação a esta questão, é certo que a recente lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, impondo que o “juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, confere novo fôlego ao debate⁹². E não porque teria sido simplesmente alterada sua natureza jurídica. A discussão não se desenvolve a partir de uma visão maniqueísta de exceção e objeção como extremos, sendo que cabe enquadramento da prescrição em uma ou outra. Desde logo se pode afirmar que a doutrina majoritária confirma, mesmo após o advento da lei nº. 11.280/06, que a prescrição conserva a natureza de exceção. O debate se desenvolve enucleado em particularidade mais específica: a atribuição à prescrição de uma característica típica das objeções, a cognição de ofício pelo juiz. A convivência harmônica entre a nova previsão e toda a configuração legal da prescrição (sua disposição no sistema civil e processual civil) é o que se deve buscar.

Pontes de Miranda afirma que a prescrição é exceção que alguém possui em relação àquele que não exerceu, no tempo devido fixado por alguma regra jurídica, a

⁹² Muitos comentadores da novidade legislativa apontaram que esta problemática da cognoscibilidade da prescrição, de ofício, pelo magistrado, foi introduzida já há algum tempo antes da lei nº. 11.280/06, pela lei nº. 11.051, de 2004, que acrescentou o § 4º ao artigo 40 da Lei de Execução Fiscal (lei nº. 6.830/80), permitindo o reconhecimento da prescrição, de ofício, desde que ouvida a Fazenda Pública. Por todos: NEVES. *Prescrição e decadência no direito civil*, p. 112. A hipótese, contudo, opera-se com interpretação restritiva, em casos excepcionais. Além disso, acreditamos que a introdução da nova regra no texto do CPC altera substancialmente a processualidade da prescrição, de modo que as respostas encontradas para as dúvidas geradas pela alteração de 2004 não são suficientes às dúvidas atuais.

sua pretensão, sendo limite temporal à eficácia desta⁹³. Essa compreensão já nos aponta a idéia de que a prescrição criaria um direito de resistência, exercitável mediante a possibilidade de se argüir uma exceção. Na visão do autor, para que a prescrição se concretize são necessários alguns requisitos, quais sejam: a existência de pretensão possível, a possibilidade de que essa seja objeto de prescrição (sua prescritibilidade) e o tempo⁹⁴. Estaria apta a ser exercitada a exceção de prescrição quando atingido o último momento do prazo prescricional, oportunidade em que poderia ser invocada, pela exceção⁹⁵. Vê-se, pois, que os requisitos da prescrição são percebidos no mundo dos fatos, para que somente então possa aquela se operar no mundo jurídico.

Com essas considerações, pode-se afirmar que é justamente da forma como apresentada por Pontes de Miranda que a prescrição é ordinariamente entendida pela doutrina, ou seja, como exceção⁹⁶, à justificativa de que não se opera “*pleno iure*” em relação a direitos patrimoniais, como também aponta Caio Mário da Silva Pereira, alcançando, segundo entende, “*todos os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado*”, podendo se estender aos “*efeitos patrimoniais de direitos imprescritíveis*”⁹⁷. No sentido de ser a prescrição uma exceção, leciona Humberto Theodoro Júnior que aos direitos materiais, às pretensões que destes emanam e às “*ações*” que os asseguram podem ser opostas as exceções, as quais, enquanto contradireitos, supõem (reconhecem) a existência daqueles direitos, embora neguem a obrigação que, antes da operação da prescrição, decorria destes⁹⁸.

⁹³ Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, tomo VI, p. 135.

⁹⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, tomo VI, p. 146.

⁹⁵ Ensina André Fontes que da exceção se pode falar em sentido material e em sentido processual. A material (também chamada substancial ou contradireito) é meio autônomo com o qual se pretende neutralizar a pretensão, mas não a destruir. A processual é o meio pelo qual o demandado se defende (Cf. FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 49-50). Já de Carnelutti se extrai a seguinte posição: “(...) a exceção não é mais do que uma razão. Mas é uma razão da discussão, diferente da defesa. A diversidade consiste em que a exceção desloca, e a defesa não, a contenda do campo em que se contém a razão da pretensão, ou seja, das normas e dos fatos em que se funda a pretensão”. E arremata Carnelutti expondo que “não se distingue, como acontece com a defesa, em exceção de direito ou de fato, porque a exceção, ao afirmar um fato extintivo ou uma condição impeditiva ou modificativa, supõe, necessariamente, juntamente com um fato, na norma que atribua a eficácia de extinguir, de impedir ou de modificar um efeito jurídico” (cf. CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, v. II, p. 38).

⁹⁶ A exceção de prescrição se opõe à eficácia da pretensão, conforme Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, tomo VI, p. 43. Para Lopes da Costa, “o que caracteriza a prescrição é que ela não se decreta sem provocação do interessado”, marca das exceções (Cf. LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1959, v. II., p 103).

⁹⁷ Cf. PEREIRA. *Instituições de direito civil*, 2004, p. 685 e 689.

⁹⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR. Prescrição e decadência no novo Código Civil, p. 138. Na lição de Chiovenda, “a exceção é, por conseguinte, um contradireito perante a ação e por isso mesmo um

Também compreendendo a prescrição como exceção, afirma André Fontes que se trata de exceção na modalidade peremptória, na medida em que a recusa à exigibilidade da prestação se dá em caráter definitivo⁹⁹. Ainda, por ser instituída com suporte em motivo de ordem pública, mas no interesse privado daquele que dela se beneficie, dependeria necessariamente de requerimento de seu beneficiário, enquanto exceção substancial. Por ficarem seus efeitos reduzidos ao patrimônio daquele a quem aproveita é que a prescrição, embora nela se veja uma motivação de ordem pública, de estabilidade do direito¹⁰⁰, sempre foi, no sistema processual brasileiro, uma exceção, a depender da manifestação da parte para que surtisse efeitos jurídicos.

A prescrição até poderia se apresentar sob figura diversa daquela de exceção, na hipótese de poder ser requerida pelo Ministério Público, por exemplo, e mesmo se pronunciável de ofício pelo magistrado. E é justamente a última dessas hipóteses (cognição de ofício) que a lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, alterando a redação da norma do § 5º do artigo 219, do Código de Processo Civil. A possibilidade de pronúncia *ex officio* é típica das objeções, que se diferenciam das exceções, já que estas são atinentes ao interesse privado, enquanto aquelas se voltam eminentemente à ordem pública, como expõe Eduardo Couture, que traça seu posicionamento a partir de Oskar von Bülow e da diferenciação que o jurista alemão elaborou entre os pressupostos processuais e este meio de defesa que exerce o demandado - as exceções¹⁰¹.

Neste particular, partindo-se do ângulo do conhecimento da defesa por parte do órgão jurisdicional, tem-se a classificação em objeção para *“indicar a defesa que pode ser conhecida de ofício, e em exceção em sentido estrito para indicar a defesa*

direito de impugnação, quer dizer, um direito potestativo destinado à anulação da ação”, conforme CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 408.

⁹⁹ Cf. FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 50.

¹⁰⁰ Cf. FRANCESCHINI. Prescrição e decadência. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação, p. 78-79. Idem em: AMORIM FILHO. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 18, em que afirma o autor que *“o principal fundamento da prescrição é a necessidade de serem fixadas as relações jurídicas incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se dita incerteza em um lapso determinado de tempo”*. E Humberto Theodoro Júnior explica que é unânime a posição quanto à *“inconveniência social que representa a litigiosidade perpétua em torno das relações jurídicas”*, informando, ainda, ser *“opinião tranqüila”* a colocação da prescrição entre institutos de ordem pública, cf. THEODORO JÚNIOR. Prescrição e decadência no novo Código Civil, p. 135.

¹⁰¹ Cf. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 93.

que só pode ser conhecida quando alegada pela parte¹⁰²”. Carnelutti se vale da expressão “exceções indicáveis por ofício” para se referir àquelas cujos conteúdos “podem ser postos em sentença mesmo quando não tenham sido afirmados pela parte contra a qual se dirige a pretensão”, e que se opõem à “exceção em sentido substancial”, quando então é imposto ônus à parte (um claro desdobramento do “ônus da razão” em seu Sistema)¹⁰³.

Para Lopes da Costa a exceção substancial é exceção na medida em que o juiz dela não conhece sem manifestação do interessado, e é substancial enquanto referente ao mérito, não a algum aspecto processual¹⁰⁴. Diante dessa inicial contraposição entre exceção e objeção, e considerando-se a nova disposição legislativa referida acima, a questão poderia se aparentar resolvida, já que a prescrição se torna matéria cognoscível de ofício, e, assim sendo, adquire caráter de objeção. Já há, inclusive, manifestações doutrinárias neste sentido, afirmando-se que “a prescrição, assim como a decadência, deixa de ser exceção, passando a ser considerada objeção substancial¹⁰⁵”.

Contudo, se do que a doutrina se utiliza como fundamento para a fundamentação das objeções são as denominadas questões de ordem pública, tem-se que estas seriam, a princípio, irrenunciáveis, já que atenderiam não a um interesse privado, mas a um interesse público. Portanto, a prescrição apresentaria, ao mesmo tempo que a possibilidade de ser renunciada (como se vê na regra do artigo 191 do Código Civil de 2002¹⁰⁶), o ensejo de ser pronunciada de ofício pelo órgão jurisdicional, sem ressalvas. Nesta toada, considerando-se que o mérito é, tecnicamente, a pretensão como expressa no pedido, e que a pretensão pode ser extinta pelo acolhimento de exceção¹⁰⁷, restariam ampliadas as possibilidades de manifestação do órgão jurisdicional, inclusive por atuação de ofício, sem a provocação dos interessados. Lide, mérito, pedido e pretensão são elementos que

¹⁰² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 274.

¹⁰³ Cf. CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, v. II, p. 122.

¹⁰⁴ Cf. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, v. II, p. 179.

¹⁰⁵ WAMBIER; ALVIM WAMBIER; MEDINA. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, p. 42. Os autores, entretanto, afirmam a manutenção das diferenças substanciais entre prescrição e decadência, insistindo em que somente haveriam se aproximado sob o aspecto processual de sua pronúncia.

¹⁰⁶ Cuja redação é: “a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

¹⁰⁷ Cf. VIEIRA. *A singularidade interruptiva da prescrição civil*, p. 109.

passam a formar elenco ampliado de pontos sobre os quais o magistrado poderá se manifestar *ex officio*, em uma leitura inicial que se faz da nova redação do § 5º do artigo 219, ainda que em hipóteses particularizadas.

Tendo-se, ainda, que aquilo que efetivamente estiver de fora do pedido remanesce como pretensão exercitável¹⁰⁸, faz-se merecedor de considerações científicas o alcance daquela manifestação do órgão jurisdicional, agora exercitável de ofício. Isso, por entendermos que não haja possibilidade de abrangência na manifestação jurisdicional de mérito (recorda-se aqui a norma do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil), de pretensão exercitável, a qual se encontre fora do mérito deduzido em juízo (pretensão não exercitada). A cognoscibilidade da prescrição, não há dúvida, não pode se prestar a tal fim.

Se a alteração legislativa foi capaz de trazer tantas e tais questões para a ciência processual civil brasileira, fazem-se necessárias algumas compreensões acerca de seu delineamento teórico, o que será enfrentado a seguir.

3.2 Compreensões necessárias sobre a cognoscibilidade de ofício da prescrição em aproximação à respectiva exceção substancial

Embora a pronúncia de ofício da prescrição seja novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o tema já fora abordado na doutrina, inclusive por quem defendesse a hipótese. Câmara Leal, ao informar que diversos Códigos Civis, a exemplo do francês, prevêm que a decretação da prescrição dependeria de manifestação do interessado, já evidenciava que doutrinadores como Raymond Theodore Troplong, ao argumento de se tratar de medida de ordem pública, defendiam a decretação da prescrição de ofício¹⁰⁹, criticando a disposição legal contida na legislação francesa, que prevê o contrário. Coube a Luiz Frederico Carpenter a difusão da concepção de Troplong no Brasil. Dentre os importantes destaques dados à obra de Troplong, sua defesa no sentido de que ao juiz seja

¹⁰⁸ Cf. VIEIRA. *A singularidade interruptiva da prescrição civil*, p. 109-110.

¹⁰⁹ Cf. CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 79-80.

conferida a possibilidade legal de conhecer de ofício da prescrição¹¹⁰ interessa a este trabalho.

Carpenter, aderindo integralmente às considerações de Troplong, que reproduz, afirma que nenhum contraditor do jurista francês foi capaz de refutá-las. Os argumentos de Troplong seguem uma orientação existente desde Roma, aduzindo o autor francês que, em tema de prescrição, seria mais adequado que se preferisse o sistema do “*direito pretoriano*” da Cidade Antiga, em que não se fazia distinção, em matéria de defesa, entre o que procederia do direito civil romano (*ex ipso iure*) e o que somente se operaria por oposição àquele mesmo direito civil (*ope exceptionis*)¹¹¹. Defende, considerando a unidade e homogeneidade do direito civil de hoje, devessem ser abolidas as exceções, sendo todas as defesas *ipso iure*. Advirta-se que Troplong assim se manifestara no início do século XX, e ainda assim é de ver que aduzia suas considerações sobre o mesmo texto legal hoje em vigor em França, o Código Civil napoleônico, na regra de seu artigo 2223.

Os fundamentos que aduz Troplong para defender sua posição, entretanto, têm, a nosso sentir, o gravíssimo problema de considerarem apenas a regra, omitindo-se quanto às exceções àquela regra. Embora Carpenter endosse na íntegra as palavras do jurista francês, vê-se que as teses se fragilizam, especialmente se consideradas na sistemática da prescrição que vige já desde o Código Civil brasileiro de 1916 (ao qual a obra de Carpenter se refere), não se passando diferente com o atualmente em vigor. É que a idéia apresentada por Troplong - de que o demandado se defende lançando mão de todos os meios possíveis (empregando meios, por vezes, “*puerilíssimos*”) devendo, pois, ser-lhe suprida a ignorância ou inexperiência com que deixe de argüir a prescrição¹¹² - esbarra no problema de que é possível (ainda que pouco provável) pretenda o demandado ver o pleito julgado a seu favor, sem que para tanto seja a prescrição pronunciada. Invocam-se, para tanto, as disposições do Código Civil que prevêm indenizações àquele que é indevidamente demandado por dívida quitada, e desde

¹¹⁰ Cf. CARPENTER. *Da prescrição*, p. 228-239.

¹¹¹ Cf. CARPENTER. *Da prescrição*, p. 230-232. A distinção é simples: pela defesa *ex ipso iure* se buscava no próprio direito civil romano um meio de se opor à *actio*, a qual, afinal, também se fundara no *ius civile* de Roma. Já as exceções, igualmente oponíveis a uma ação, advinham de fontes outras que não o direito civil, como, por exemplo, um meio de defesa instituído pelo próprio *praetor*.

¹¹² Cf. CARPENTER. *Da prescrição*, p. 233 e 236.

que não prescrita¹¹³. Não é apenas por se tratar de hipótese eventualmente remota, que haveríamos de subverter o sistema.

Outro argumento preponderante em defesa da pronúncia da prescrição pelo magistrado, de ofício, reside em que se trata de matéria fundada na ordem pública, e que como tal não deve fugir à cognoscibilidade do juiz, independentemente de manifestação da parte a quem aproveita¹¹⁴. Trata-se de ponto a que certamente se voltará neste estudo, mas que desde logo demanda registro: há autores que apontam na prescrição a conjugação tanto do interesse de ordem pública quanto da livre disponibilidade que tem o particular sobre seu patrimônio, com o que a tese voltada apenas para um daqueles elementos se esvazia. Aliás, neste particular, Câmara Leal afirma que as críticas apresentadas por Troplong ao sistema francês, que impede a pronúncia da prescrição, de ofício, pelo magistrado, não procedem. Para Câmara Leal, embora seja a prescrição instituição de ordem pública, é de ordem privada quanto aos seus efeitos, regulando relações jurídicas entre particulares, *“extinguindo as ações que protegem direitos privados”*, tanto que poderá ser renunciada¹¹⁵. Conclui Câmara Leal seu raciocínio, afirmando que a prescrição é benefício colocado à disposição do prescribente, ao qual este poderá renunciar, sendo incompatível com tal liberdade a investidura no juiz *“do poder de decretar a prescrição contra a vontade do beneficiário”*¹¹⁶.

E Carpenter prossegue deduzindo razões para que a tese de Troplong prospere, embora as mais relevantes ponderações sejam justamente aquelas acima declinadas. Emblemática, porém, é a frase com a qual encerra sua argumentação: *“a corrente segundo a qual a prescrição deve operar ipso facto ou ipso iure, vai se engrossando cada vez mais, e dia virá em que há de ser vencedora”*¹¹⁷. Em certa medida, vê-se agora uma alteração legislativa que reativa a hipótese lançada por Luiz Frederico Carpenter.

Um breve contato entre a história do direito processual civil e a novel possibilidade de que o magistrado pronuncie, de ofício, a prescrição, faz com que se chegue à conclusão de que o modelo processual brasileiro terá adquirido uma

¹¹³ Cf. CIANCI, Mirna. A prescrição na lei 11.280/2006. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 148, p. 32-45, jun. 2007, p. 35.

¹¹⁴ Cf. CARPENTER. *Da prescrição*, p. 234.

¹¹⁵ Cf. CÂMARA LEAL. *Da prescrição e da decadência*, p. 80. A consideração é também mencionada por Carpenter, que, entretanto, mantendo-se alinhado à posição de Troplong, tenta refutá-la, cf. CARPENTER. *Da prescrição*, p. 235.

¹¹⁶ CÂMARA LEAL. *Da prescrição e da decadência*, p. 80-81.

¹¹⁷ CARPENTER. *Da prescrição*, p. 239.

característica bastante marcante do processo formulário romano. Deveras, em Roma, quando do período em que eram editadas pelo pretor as *formulas*, introduziu-se a prática de se apor, antes daquelas, as *praescriptiones*. No caso de estas ressalvarem direitos do réu em oposição às pretensões do autor, denominavam-se *praescriptiones pro reo*, figura que mais tarde se transformou na *exceptio*, meio de defesa concedido pelo pretor ao demandado, a fim de afastar a incidência da pretensão do autor¹¹⁸. De modo bem aproximado o legislador brasileiro, hoje, faz constar quase como que uma *exceptio* anterior à *formula* a advertência ao magistrado para que dê atenção à eventual ocorrência do fenômeno prescricional.

Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹⁹ afirma que, sob certa perspectiva, pode-se entender que, se a prescrição fulminou a pretensão, não poderia o magistrado deixar de se manifestar a seu respeito, como, aliás, já poderia fazer com relação a outras causas que levassem à improcedência do pedido. José Carlos Barbosa Moreira afirmava, em idéias desenvolvidas antes da reforma empreendida pela lei nº. 11.280/06, que seria incompreensível que um magistrado reconhecesse pretensão que fora extinta pela prescrição, “*dando ganho de causa*” ao seu titular, apenas por não haver a parte contrária suscitado a prescrição. A eventual sentença favorável ao autor, simplesmente por não haver o réu suscitado em sua defesa a prescrição, não seria razoável, na opinião do jurista¹²⁰. Não podendo o magistrado pronunciar a prescrição de ofício, como se extraia da redação do artigo 194 do Código Civil, de se entender, seguindo a linha de Barbosa Moreira, que nem o direito, nem a pretensão, seriam extintos pela prescrição. Tal idéia, de entender como sendo razoável que se a pretensão efetivamente se extinguiu deva o juiz do fato conhecer, ainda que o réu permaneça inerte, parece ser a orientação da nova redação do § 5º do artigo 219. Contudo, entendemos haver um considerável número de razões para que a prescrição seja matéria (ou fosse, antes da reforma) restrita ao campo das defesas processuais, razões que se informam especialmente pela configuração que o instituto da prescrição tem em nosso ordenamento jurídico.

A norma do artigo 189 do Código Civil brasileiro (aqui não se considerando o que dispõe a nova redação dada ao § 5º do artigo 219 do CPC) demonstra a

¹¹⁸ Cf. VIEIRA. *Da ação cível*, p. 21.

¹¹⁹ Cf. ALVIM WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 117.

¹²⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e o direito processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2007, p. 105-122.

dependência, até então (antes da lei nº. 11.280/06), de que necessariamente seja formulada exceção de prescrição para que esta se configure. Ocorrerá, como determina a regra disposta no artigo do Código Civil, a extinção da pretensão desde que manejada a respectiva exceção. Não nos parece ser da dicção da regra que a pretensão automaticamente será extinta pela prescrição, mas sim que se extinguirá se manejada aquela exceção, como pontuam numerosos juristas. Por isso é que, mais do que dizer que a pretensão, rigorosamente, não se extingue, entendemos deva ser considerado que a pretensão se extingue, a rigor, somente se manejada a respectiva exceção de prescrição.

O assunto, como se vê, interessa ao processo jurisdicional, e enquanto tal deve ser estudado dentro da sistemática em que a nova norma do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil se insere, buscando-se pela procedimentalidade da cognição *ex officio* da matéria. Neste sentido já eram elaboradas as lições de Calmon de Passos muito antes da recente reforma, quando confrontava a norma do § 5º do artigo 219, com sua antiga redação, com a possibilidade de indeferimento da petição inicial quando o juiz verificasse a prescrição (norma do artigo 295, inciso IV, do CPC, em redação que não se alterou). Assim lecionava o processualista baiano:

O inciso IV do art. 295 precisa ser entendido em harmonia com o disposto no art. 219, § 5º. (...) O verdadeiro alcance do inciso IV é o de autorizar o juiz a indeferir a inicial quando (...) evidente a prescrição; esta, contudo, unicamente nos casos em que seja de natureza não patrimonial o direito reclamado¹²¹.

O posicionamento, em sua coerência, já indicava que se a norma do § 5º do artigo 219, como originalmente concebida, autorizava o conhecimento e imediata decretação da prescrição pelo magistrado, na hipótese de litígio sobre direitos não-patrimoniais, deveria o disposto no inciso IV do artigo 295 seguir a mesma orientação. O mérito da colocação do jurista nem é o de solucionar alguma questão, senão que o de compreender as normas sistematicamente, pelo que a solução de qualquer questão é possível, como consequência.

Não poupou Calmon de Passos, contudo, críticas à inclusão da prescrição como hipótese de indeferimento da petição inicial, com a possibilidade de que o juiz se pronunciasse sobre o mérito, aproximando-se ao caso a coisa julgada material. O

¹²¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. III, p. 213.

equivoco, de ordem técnica, centra-se na figura do indeferimento, que não se verificaria na hipótese, segundo o autor, mas sim a apreciação do mérito, com sua resolução¹²². Aparentemente, o que concebia o legislador com a norma do artigo 295, inciso IV, seria a configuração de algum direito não-patrimonial que se submetesse à prescrição, hipótese considerada raríssima, senão impossível¹²³.

A nova redação que se conferiu ao § 5º do artigo 219, CPC, foi clara em positivar que o juiz pronunciará a prescrição, e igualmente nos parece claro que tal pronunciamento é conteúdo de sentença, já que pronunciando a prescrição, como visto, julga-se de mérito, via sentença (“*chamar-se-á sentença ao pronunciamento do juiz*¹²⁴” já era a lição de Moniz de Aragão). E não que a nova sistemática, que permite ao magistrado o pronunciamento, de ofício, da prescrição civil, venha a levantar discussão acerca da necessária observância da garantia do contraditório. Embora considerável maioria dos comentadores da nova redação do § 5º em comento venham enfatizando a observância do contraditório, isso já era observado na interpretação da mesma norma do CPC antes da recente reforma, e ainda quando em vigência o Código Civil de 1916, como se pode colher da seguinte lição de Moniz de Aragão:

*O § 5º deste artigo autoriza o juiz a decretar desde logo a prescrição, se estiver inequivocadamente demonstrada. Contudo, na hipótese de alguma dúvida toldar a clareza da prescrição, deverá o juiz deixar de declará-la, aguardando a manifestação de seu beneficiário. Apenas no caso de ser ela certa e líquida, poderá ser decretada ao limiar da causa. De não a declarar nesse momento nada lhe impedirá vir a fazê-lo depois, quando desaparecida a dúvida existente ao início*¹²⁵.

O contraditório, assim, não será afastado da aplicação da nova norma, como já se entendia não deveria ser. Ao que tudo parece indicar, o reconhecimento de prescrição independeria de manifestação advinda de iniciativa das partes, as quais, a partir do conhecimento do magistrado, e intimadas a se manifestar, apresentariam

¹²² Cf. CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 213.

¹²³ Afirma ser hipótese raríssima FRANCESCHINI. Prescrição e decadência. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação, p. 96-97. Já no sentido de ser impossível a concepção de um exemplo de direito não patrimonial que se submeta à prescrição, posição à qual aderimos: ALVIM. Prescrição e decadência, p. 70; GONÇALVES. *Prescrição e decadência*, p. 153-154.

¹²⁴ MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, p. 39.

¹²⁵ MONIZ DE ARAGÃO. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 201.

suas razões quanto à possibilidade de que o juiz a pronunciasse, declinando sua concordância ou discordância. O que aparentemente está claro é que não pode ser adotado tal entendimento sem que se busque a coerente procedimentalidade posterior àquele conhecimento pelo magistrado. Esta é apenas a idéia que advém de um primeiro contato com a norma, analisando-se sua nova redação em conjunto com a garantia constitucional do contraditório (regra do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Republicana de 1988). O estudo, entretanto, deve ser mais específico, tendo por contexto o sistema processual civil brasileiro.

A alteração legislativa causou alguma perplexidade em parte da doutrina nacional. Desde logo ficou destacado que a razão por detrás dessa reforma específica da cognoscibilidade da prescrição foi a de imprimir maior celeridade aos processos. Aliás, a Exposição de Motivos do Projeto Legislativo que mais tarde se converteria na lei nº. 11.280/06, como lembra Humberto Theodoro Júnior, traz clara a intenção de que se permita ao juiz decretar, sem a necessidade de provocação das partes, a prescrição, por meio de liminar indeferimento da petição inicial¹²⁶.

Ao lado daquela prefalada celeridade processual, o que também parece servir de motivação para aqueles que defendem a pronúncia da prescrição pelo magistrado, de ofício, é o fato de que não seria moralmente aceitável que uma prestação jurisdicional fosse fundada em pretensão prescrita. A hipótese nos remete a considerações necessárias sobre esse caráter axiológico da norma, procedendo-se à distinção entre o caráter valorativo de sua elaboração e aquele de sua aplicação. O sistema jurídico brasileiro reservou aos órgãos legislativos a função de elaboração e complementação do ordenamento jurídico. Neste sentido, leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que compete aos órgãos dotados de função legislativa a *“edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado, assim, o direito positivo”*. Já os órgãos jurisdicionais são competentes para *“pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado”*, tendo por base justamente o ordenamento como constituído pelas normas editadas pelo Estado¹²⁷.

¹²⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 43-45. Trata-se de entendimento que levaria em conta a aplicação sistemática das regras do § 5º do artigo 219 e do inciso IV do artigo 295, ambas do Código de Processo Civil.

¹²⁷ Cf. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 75-76.

O jurisdicionado deduz à apreciação do órgão jurisdicional sua pretensão, pretendendo seja reconhecida, ao final do processo, como fundada, com o que terá o provimento jurisdicional, posto à sua disposição para satisfação daquela pretensão. A perquirição realizada no processo com a direção do magistrado objetiva a estruturação de um provimento jurisdicional. E embora haja notável doutrina¹²⁸ que apregoe alguma orientação ideológica do magistrado, que o nortearia em sua função jurisdicional, temos entendido que toda essa orientação ideológica se dá em sede legislativa, quando da complementação do ordenamento jurídico pelos órgãos competentes para tal¹²⁹.

Se de fato a imposição moral de não se fundar um provimento jurisdicional em pretensão que, embora fundada, restasse prescrita, for a nova orientação que se pretendeu imprimir ao processo jurisdicional civil brasileiro, com a mudança da regra do § 5º do artigo 219 do CPC, dever-se-á reconhecer essa influência ideológica quando da elaboração da norma (mais especificamente quando da edição da lei nº. 11.280/06, que efetivamente alterou o Código de Processo Civil naquele particular). Não seria motivado por um critério subjetivo de moral que o magistrado pronunciaria a prescrição, mas por força de um comando legal. Por esta razão é que nos opomos à afirmação de que a regra da cognoscibilidade *ex officio* da prescrição observaria um imperativo moral. Observa, isso sim, a lei¹³⁰.

A moral, ou qualquer outro valor que permeie a impossibilidade de que seja reconhecida pretensão prescrita, não mais importará ao magistrado, que agora a conhecerá apenas por força de lei, sujeito ao princípio da legalidade. A regra, neste ponto, seria suficientemente clara, e já destacamos que ainda tem o condão de afastar qualquer ressalva à pronúncia pelo magistrado, de ofício, da prescrição. Contudo, duas considerações são relevantes neste ponto. Os propósitos da alteração legislativa não mencionam qualquer aspecto moral tocante à prescrição. O único elemento considerado pelo legislador, como acima se viu, foi o de imprimir maior celeridade aos julgamentos dos processos. Ademais, até aqui somente se considerou a regra em sua dimensão isolada, sem apontá-la em suas implicações no

¹²⁸ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 77-138; DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 34-35.

¹²⁹ Cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 179-188.

¹³⁰ Lei como expressão pela qual se sintetiza o ordenamento jurídico, marca do princípio da reserva legal, constitucionalmente assegurado. A decisão, assim, é fundamentada nas normas que compõem o ordenamento jurídico (lei), cf. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional. *In*: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 225.

sistema processual e de direito material que vigoram no Estado brasileiro. É sob esta perspectiva, assim, que o trabalho passa a ser elaborado a partir deste ponto, em que já se apontaram as fundamentais considerações da cognoscibilidade da prescrição, de ofício, pelo magistrado.

Com efeito, exige-nos a inovação um aprofundamento que considere o ordenamento jurídico brasileiro como já estruturado (legislado), o que também passa por uma justificativa de sua configuração no que toca ao tema da prescrição e de sua pronúncia. E considerando as raízes que informam as origens de nosso ordenamento jurídico, o método do direito comparado se nos apresenta como ponto de partida ideal para o início da busca dessa estruturação. É o estudo a que se procede nas linhas seguintes.

4 A COGNOSCIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO CIVIL PELO MAGISTRADO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMPARADO

Pretende-se apontar neste capítulo algumas particularidades do direito comparado e sua aplicação ao processo civil, definindo-se uma metodologia de trabalho para que se possa analisar a forma como outros ordenamentos jurídicos cuidam da cognoscibilidade da prescrição pelo magistrado. Trata-se de um esforço de busca das razões que justifiquem a adoção do método comparativo para análise da nova sistemática processual civil de pronunciamento pelo juiz da prescrição, de ofício, como introduzido recentemente no direito brasileiro. O tema, foco central da pesquisa, requer seja dada atenção ao caráter processual que toca à prescrição, no caso, sua apreciação *ex officio* pelo magistrado.

Nos estudos comparativos é possível, não raro, o encontro de muitas das proposições que o tema encerra em sua generalidade. Ou seja, uma “*teoria geral*” do direito processual civil comparado, muitas vezes, encontra-se diluída em textos que se propõem a estudar um dado instituto ou mesmo certos ordenamentos jurídicos. Busca-se identificar algumas peculiaridades desta “*teoria*” em textos produzidos sobre o assunto, pretendendo-se verificar muito mais as bases, um “*informe geral*”,

como quer Antonio Gidi¹³¹, um estudo voltado ao método do direito processual civil comparado, do que propriamente a conceituação de uma “teoria geral” deste.

4.1 Reflexões sobre o método comparativo e o processo civil

Cumprido informar, inicialmente, que aqui se toma o direito processual civil comparado como um método. No caso presente, trata-se de um método que se aplica à ciência processual civil¹³², associando-se a um objeto sobre o qual opera, o que nos remete diretamente ao estudo do direito estrangeiro¹³³. E sendo traço marcante do método comparativo o confronto entre ordenamentos jurídicos distintos, a fim de que possam ser promovidas adaptações e melhorias, importante, desde logo, fixar-se a concepção de que os ordenamentos jurídicos são “sistemas abertos”, eliminando-se, assim, alguma idéia (ilusória) de *completeza* do sistema¹³⁴.

Para que fique bem delimitada a noção que se tem do método comparativo, relevante ter-se em evidência seus objetivos e a justificativa de sua aplicação. Esse estudo passa necessariamente pela constatação de que o método comparativo traz uma tendência de universalização dos institutos, sendo legítimo que se tome certo instituto de forma universalizada se se encontrar apto a enquadramento em todos os ordenamentos jurídicos em que sua viabilidade for constatada, o que toca aos objetivos e à justificativa do método de direito comparado. Neste sentido, vê-se que alguns institutos já atingiram, em certa medida, uma universalização conceitual, de modo a serem acolhidos em caráter ampliado por prestigiosa doutrina. É o que se constata, por exemplo, com relação ao princípio do contraditório, tido por Cândido

¹³¹ Cf. GIDI, Antonio. Enseñando Derecho Procesal Civil Comparado. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 476. Aqui em tradução livre. Aroldo Plínio Gonçalves traça a noção de teoria geral como aquele momento em que se estabelecem elementos comuns e correlações lógicas entre ordens jurídicas que são comparadas a partir de suas noções, conceitos e distinções fundamentais. Estes elementos comparecerão com alguma uniformidade nas ordens jurídicas dotadas de nível de maturidade aproximado, cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 30.

¹³² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 10.

¹³³ Cf. VIGORITI, Vincenzo. L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 123, p. 173-180, mai. 2005, p. 173.

¹³⁴ Cf. MOCCIA, Luigi. Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (per una teoria dell'ordinamento giuridico “aperto”). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (Dott. A. Giuffrè), Milano, anno L, n. 1, p. 181-193, marzo 1996, p. 190.

Rangel Dinamarco como um “*princípio universal*”, pelo rompimento de fronteiras nacionais, especialmente após o tratamento que lhe conferiu o legislador francês do *Nouveau Cône de Procédure Civile*¹³⁵.

A limitação de validade do ordenamento jurídico ao território do Estado é fator decisivo para o estudo comparativo¹³⁶. Muitos outros ramos científicos não têm sua amplitude geográfica limitada por um fator interno, como ocorre com o Direito, a limitar sua própria amplitude, e a se ver limitado em razão de o ordenamento alienígena lhe negar vigência em seu território, o que é verificado na esmagadora maioria dos casos. O rompimento destas barreiras nacionais se justifica pelo método de comparação, sendo as normas processuais apontadas por alguns autores como mais adequadas às atividades comparativas do que as normas materiais, já que o caráter técnico (“*funcional*”) daquelas e o envolvimento mais aprofundado destas com os valores e ideologias sociais gerariam uma diferente disposição de cada um dentro dos ordenamentos jurídicos¹³⁷. Ou seja: a funcionalidade (marca das normas processuais) é bem menos variável do que as culturas de cada país (a influenciarem mais diretamente as normas materiais¹³⁸).

Pode-se afirmar que o principal foco do direito comparado é a confrontação de sistemas jurídicos, vendo-se que “*comparison is a condition to a legal study with higher scientific quality*¹³⁹”, designativa do “*direito estudado e ensinado comparativamente*¹⁴⁰”. O método de direito comparado centra-se, assim, no “*diálogo entre culturas jurídicas, como valor de civilidade e fator de progresso do direito*¹⁴¹”, sendo este progresso, em última análise, seu objetivo final. Logo, a finalidade do

¹³⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 220. É o que decorre da regra do artigo 16 do *Nouveau Cône*, pela qual “*o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar, ele mesmo, o princípio do contraditório*”, cf. VIEIRA. Lide prejudicial constitucional não decidida e coisa julgada, p. 178. Ainda em: BRÉTAS C. DIAS. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional, p. 233-234.

¹³⁶ MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Reconhecimento de decisão judicial estrangeira no Brasil e o controle da ordem pública internacional no Regulamento (CE) 44: análise comparativa. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 118, p. 173-186, nov./dez. 2004, p. 173.

¹³⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Comparative civil procedure in Brazil. *Revista de Direito Comparado do Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 329-334, mar. 1998, p. 330-331. Vem à mente a síntese pela qual Aroldo Plínio Gonçalves se referiu à técnica, caracterizando-a como o “*conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades*”, cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 23.

¹³⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 90, p. 46-56, abr./jun. 1998, p. 48.

¹³⁹ GUERRA FILHO. Comparative civil procedure in Brazil, p. 330.

¹⁴⁰ MOCCIA, Luigi. Comparazione e studio del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (Dott. A. Giuffrè), Milano, anno LVII, n. 3, p. 973-991, settembre 2003, p. 981-982.

¹⁴¹ MOCCIA. Comparazione e studio del diritto, p. 991. Aqui em tradução livre.

estudo comparativo é o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos comparados. Essa finalidade aponta para a justificativa do método, que é, segundo Dinamarco, uma utilidade prática, evidenciando que sem a utilidade não se legitima a comparação jurídica¹⁴². E sendo a tentativa de se solucionar problemas uma hipótese de utilidade prática, como cremos, tem-se justificada a adoção do método de direito comparado neste estudo, em que se analisa a cognoscibilidade de ofício da prescrição pelo magistrado, como hipótese legal recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre a utilidade da comparação se manifesta Taruffo:

*Hoje se reconhece unanimemente que só é possível proceder com utilidade à análise comparatística sobre a base de um “projeto cultural” pressuposto e empreendido por quem efetua a análise. Esta, portanto, jamais é passiva, neutra ou indiferente: longe disso, é condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparatista, seja pelos fins em vista dos quais ele realiza seu próprio trabalho*¹⁴³.

Com efeito, já temos razões suficientes para entender que o método do direito comparado apresenta como contribuição fundamental “o melhor conhecimento e aprimoramento do direito nacional”¹⁴⁴. Bem por isso cuidou Taruffo de evidenciar que o estudo comparado voltado à realização de reformas na sistemática processual de dado ordenamento deverá atentar para a verificação de seu funcionamento efetivo, além de se ater à principiologia geral em que se fundam os ordenamentos em confronto¹⁴⁵. Nas palavras de Ana Lúcia Tavares, o direito comparado não deve ser encarado como instrumento de unificação, mas de harmonização, de modo a se preservar cada um dos ordenamentos envolvidos na comparação¹⁴⁶. Preservação

¹⁴² Cf. DINAMARCO. Processo civil comparado, p. 56.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003, p. 141-142.

¹⁴⁴ DINAMARCO. Processo civil comparado, p. 50.

¹⁴⁵ Cf. TARUFFO. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*, p. 142.

¹⁴⁶ Cf. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A crescente importância do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Comparado do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 155-188, 2º sem. 2000, p. 185. Da leitura de alguns textos se denota uma importante lição que é colhida também na obra de Dinamarco (Processo civil comparado, p. 54-56): a cautela na tradução dos termos jurídicos estrangeiros. Com efeito, a expressão *harmonização* aqui utilizada se presta à harmonia do instituto *comparado* como consta em um ordenamento e em outro. À harmonia de suas acepções. Já a expressão *armonizzazione*, como tomada em alguns textos italianos, tem o sentido de “um processo elaborado pelo legislador ou por uma comissão de tipo diverso”, ou seja, que guarda atenção, ao que entendemos, a um necessário processo de formalização. A advertência, outrossim, vale para a expressão dentro do próprio ordenamento e idioma italianos, cf. LERNER, Pablo. A

que não deve ser entendida no sentido de isolamento total do ordenamento jurídico, mas no sentido de se garantir que somente serão produzidos efeitos, a partir do método comparativo, se nenhum prejuízo daí advier. Em última expressão, a marca deixada deve fazer-se sentir de modo harmonioso (e útil) com o sistema que o próprio ordenamento contempla.

E vem à mente, neste particular, a lição de Vincenzo Vigoriti, quando afirma que o objetivo do comparativista não é o de selecionar um dado instituto em um ordenamento jurídico e o comparar com a sua modelação em outros sistemas. Em verdade, afirma, parte o comparativista de um problema detectado na sociedade de um certo Estado, buscando em outros sistemas legais as eventuais soluções que se conferiu a problema semelhante¹⁴⁷. Deve, em suma, atentar o estudioso para a atuação “*em concreto*” do instituto, de modo a aspirar uma contribuição de melhoria, de aprimoramento, do próprio Direito¹⁴⁸, residindo aí a legitimidade do método, a qual já nos apressávamos em afirmar. A advertência é relevantíssima para esta pesquisa, já que a nova regra do § 5º do artigo 219, CPC, apresenta, como visto, alguns problemas no que se refere à sua interpretação e aplicação. Igualmente relevante é a consideração de Othon Sidou:

*(...) o Direito Comparado (...) é o campo jurídico dedicado à investigação comparativa dos diversos sistemas em aplicação, para efeito do aprimoramento do direito. Daí se intui que é um direito mais comparativo do que imitativo, e mais investigativo do que comparativo, num perene processo de reconstrução*¹⁴⁹.

A utilidade prática é, assim, essencial ao estudo comparativo. Está-se, pois, com Cândido Dinamarco quando este afirma que o direito comparado somente se legitima pela utilidade de sua aplicação. Se não fosse importante esse destaque não teria o autor evidenciado a lembrança em suas substanciosas conclusões¹⁵⁰. Logo, pretende-se, ao final dessas breves considerações acerca do método de direito comparado, perquirir em que medida este poderá ser útil às atividades de

proposito dell'armonizzazione, del diritto comparato e delle loro connessioni. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (Dott. A. Giuffrè), Milano, anno LIX, n. 2, p. 489-516, giugno 2005, p. 491.

¹⁴⁷ Cf. VIGORITI, Vincenzo. Mauro Cappelletti e altri: davvero impossibile la *class action* in Italia? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 131, p. 83-95, jan. 2006, p. 83-84.

¹⁴⁸ Cf. VIGORITI. L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica, p. 174.

¹⁴⁹ SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 1.

¹⁵⁰ Cf. DINAMARCO. *Processo civil comparado*, p. 56.

interpretação e aplicação no momento em que o ordenamento jurídico brasileiro passa a contemplar uma inovação da envergadura daquela introduzida pela lei nº. 11.280/06, tocante à cognoscibilidade da prescrição civil.

4.2 Considerações conclusivas sobre o método comparativo

A tarefa a que se pretendeu neste capítulo não passava pelo esgotamento de qualquer assunto, mas sim pela apresentação de bases científicas sobre as quais a análise de outros ordenamentos jurídicos poderia se justificar metodologicamente. Ao se invocar um estudo do direito comparado processual civil, não se pretendia entregá-lo em seus contornos, mas, assumidamente, analisar as peculiaridades da disciplina para o norte da pesquisa central que se realiza neste trabalho. Do que aqui se percebeu, pode-se inferir que o direito comparado é método colocado à disposição da ciência jurídica, a fim de que pelas experiências assumidas por outros Estados se possa experimentar (colocar à prova) a evolução do próprio sistema. Tem-se divulgado à exaustão a utilidade ínsita à técnica, predicado que se estende ao método comparativo, e que se buscou evidenciar nestas despreziosas linhas introdutórias da análise comparativa a que se procede no seguinte tópico.

4.3 A cognoscibilidade da prescrição em ordenamentos romano-germânicos

Como já visto, a lei nº. 11.280/06 conferiu nova redação à norma do § 5º do artigo 219, do Código de Processo Civil brasileiro, positivando que o *“juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”*, revogando o disposto no artigo 194¹⁵¹ do Código Civil brasileiro, aparentemente para conferir espaço no ordenamento jurídico a uma nova concepção da prescrição, especialmente em relação ao seu conhecimento pelo magistrado, de forma não provocada. A regra do artigo 194, ora

¹⁵¹ Assim dispunha a regra do revogado artigo 194, CC: *O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz*. Ressalva que se justificava por serem os direitos de incapazes indisponíveis, com o que tuteláveis também por atividade *ex officio* do juiz.

revogado, permitia fosse suprida pelo juiz, de ofício, a prescrição, na hipótese de favorecimento de absolutamente incapaz, permissão que se amplia com a nova redação do § 5º do artigo 219, CPC.

A justificativa para que o magistrado suprisse a alegação de prescrição naquelas hipóteses sempre encontrou respaldo doutrinário, vez que as pretensões de absolutamente incapazes não podem ser extintas pela prescrição¹⁵², por se tratarem de pretensões fundadas em direitos indisponíveis, sujeitos, em verdade, à decadência, sendo que a referência a eles sob o rótulo da prescrição decorre de defeito técnico que remonta à velha discussão em torno da diferenciação entre prescrição e decadência¹⁵³.

A redação da regra do artigo 166 do Código Civil de 1916, que foi expressamente revogado pelo vigente Código (conforme norma de seu artigo 2045), tratava o assunto de forma bem aproximada à do artigo 194 em comento, o que se conclui por inferência doutrinária¹⁵⁴, dispondo aquela revogada regra que o *“juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes”*. Atualmente, não há uma disposição geral sobre a cognoscibilidade da prescrição, pelo magistrado, no âmbito do direito civil brasileiro, restringindo-se a matéria à regra processual do artigo 219, § 5º, do CPC, com aquela novel redação que acima se apontou. Assim foi traçada a história mais recente da pronúncia da prescrição civil no ordenamento jurídico brasileiro.

A prescrição como instituto que, na maioria dos casos, necessariamente deva ser suscitado pelo particular, e não como algo sobre o que possa o magistrado, de ofício, pronunciar-se, é a forma como a prevêm os ordenamentos jurídicos que

¹⁵² Nesse sentido é a norma do inciso II do artigo 198, do Código Civil brasileiro: *Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; (...). São absolutamente incapazes, segundo o Código Civil: Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.*

¹⁵³ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 42. Na Itália, inclusive, há regra expressa no sentido da imprescritibilidade de direitos indisponíveis (artigo 2934 do *Codice civile*), embora, diferentemente do que ora se adota no Brasil, aluda-se à extinção dos direitos pela prescrição, não da pretensão. A imprecisão técnica do Código Civil de 1916 na distinção entre prescrição e decadência, inclusive, fez com que se chegasse à *“bizarra”* conceituação da decadência como *“prescrição de direitos não-patrimoniais”*, cf. LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1959, v. I, p. 113.

¹⁵⁴ Conclusão a que se chega quando da comparação entre o Código Civil brasileiro de 1º de janeiro de 1916 (lei nº. 3.071) e o Código Civil brasileiro de 10 de janeiro de 2002 (lei nº. 10.406), cujas normas dos respectivos artigos 166 e 194 são aproximadas como tendo conteúdos *“correspondentes”*. É o que se vê, por exemplo, em VENOSA. *Novo Código Civil: texto comparado: Código Civil de 2002, Código Civil de 1916*, p. 79 e 556.

deitam suas raízes, à semelhança do brasileiro, no sistema romano-germânico, cuja caracterização científica é assim posta por Othon Sidou:

*Sistema jurídico é o universo de preceitos e instituições que, resultantes de um tronco comum, guardam os traços matriarcais e têm desenvolvimento metódico e semelhante. E família jurídica, denominação devida ao jurista Franz Wieacker, vem a ser uma espécie, de que o sistema é o gênero*¹⁵⁵.

E com relação específica ao processo civil tem-se o seguinte:

*Na universalidade de preceitos e instituições processuais, são três os sistemas jurídicos; explique-se: o procedimento civil em aplicação no mundo civilizado se enquadra num desses elementos: sistema de direito continental; sistema de common law e sistema muçulmano*¹⁵⁶.

O sistema romano-germânico a que nos referimos é outra denominação do apontado sistema continental, assim chamado por se desenvolver por toda a extensão do continente europeu, à exceção da Grã-Bretanha. Nesta, o sistema romano-germânico é conhecido como *civil law*¹⁵⁷. Logo, para que uma comparação entre ordenamentos seja feita neste trabalho, tendo-se por ponto de partida o ordenamento jurídico brasileiro, deve-se atentar para a sistematização que coloca o Estado brasileiro dentre os que adotam o sistema romano-germânico, com o que se pode atingir o fim de utilidade prática que informa o estudo comparativo.

Assim colocada a questão, vê-se dentre alguns dos Estados que adotam o sistema romano-germânico, por exemplo, em comparação jurídica sincrônica¹⁵⁸, que os ordenamentos jurídicos alemão, argentino, espanhol, francês, italiano, português e suíço, fixam regra segundo a qual não compete ao magistrado o conhecimento de ofício da prescrição¹⁵⁹, ainda que em alguns poucos ordenamentos a conclusão não

¹⁵⁵ SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 71.

¹⁵⁶ SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 71.

¹⁵⁷ Cf. SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 71 e 112.

¹⁵⁸ Comparação concomitante entre ordenamentos, que se opõe à comparação diacrônica, mais voltada a aspectos históricos de comparação, cf. BRÉTAS C. DIAS, Ronaldo. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 567.

¹⁵⁹ Nesse sentido dispõem os ordenamentos desses Estados apontados, respectivamente: Redação da 1ª parte do § 222 do BGB alemão: “Decorrida a prescrição, o obrigado pode recusar a prestação;”, cf. CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004, v. I, p.

decorra do que está expresso na norma, mas de sua interpretação pela doutrina e pela jurisprudência, firmando-se aquele entendimento¹⁶⁰.

Nota-se que as legislações desses Estados, em especial os europeus, aspiraram o liberalismo que despontou na Europa de forma bastante acentuada no século XIX, para que predominasse em sua configuração a sistemática processual privatista, cuja marca, aqui evidenciada, é a de deixar às partes a iniciativa dos atos processuais, relegando ao magistrado funções “condutoras”, e não de iniciativa¹⁶¹. Câmara Leal acrescenta que a iniciativa das partes com relação à arguição de prescrição é da tradição também dos Estados boliviano, chileno, peruano, uruguaio, venezuelano e japonês¹⁶². Gustavo Müller Neves, sintetizando a questão, aponta que, na atualidade, à exceção apenas do Brasil, os demais ordenamentos romano-germânicos mantiveram a tradição da impronunciabilidade da prescrição de ofício¹⁶³,

86. Outra é a redação que lhe atribuiu Carpenter, embora conservada a igualdade de significados: “*Completo o prazo da prescrição, o sujeito passivo da ação pode recusar-se a fazer a prestação.*”, cf. CARPENTER. *Da prescrição*, p. 277. Já a redação do artigo 3964 do Código Civil argentino é assim disposta: “*El juez no puede suplir de oficio la prescripción*”, cf. ALVIM, Arruda. Lei 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º. do art. 219 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 143, p. 13-25, jan. 2007, p. 24. Na Espanha, embora a legislação seja omissa com relação a uma norma expressa neste sentido, a doutrina capitaneia a idéia. Inúmeros (e históricos) julgados apontando que a prescrição deve ser alegada pela parte a quem aproveita, e não de ofício, pelo magistrado, são apresentados por BORRELL Y SOLER, Antonio M. *Derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1955, tomo I, p. 548. Corroborando com a idéia de que na Espanha a prescrição se condiciona à manifestação do interessado tem-se THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 53. O Código Civil francês cuida da questão da seguinte forma, em seu artigo 2223: “*Les juges ne peuvent pas suppléer d’office le moyen résultant de la prescription*”, cf. ALVIM. Lei 11.280, de 16.02.2006, p. 24. Na Itália, a seu turno, a regra do artigo 2938 do Código Civil é assim expressa: “*Il giudice non può rilevare d’ufficio la prescrizione non opposta*”, cf. CIANCI. A prescrição na lei 11.280/2006, p. 36. Assim dispõe o artigo 303º. do Código Civil português: “*O tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público*”, cf. ALVIM. Lei 11.280, de 16.02.2006, p. 24. Por derradeiro, tem-se a seguinte redação do artigo 142 do Código de Obrigações suíço: “*Le juge ne peut suppléer d’office le moyen résultant de la prescription*”, cf. ALVIM. Lei 11.280, de 16.02.2006, p. 24.

¹⁶⁰ Na Alemanha: ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho civil (parte general)*. 1. ed. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944, v. II, p. 489. Considerando, assim, que o BGB não se posiciona expressamente quanto à tese de se tratar a prescrição de uma exceção. Na Argentina: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973, tomo III, p. 310. Na Espanha: BORRELL Y SOLER. *Derecho civil español*, p. 548. Em França: RIPERT; BOULANGER; *Tratado de derecho civil*, p. 632. Ainda: GUILLOUARD, L. *Traité de la prescription*. Deuxième édition. Paris: A. Pedone, 1901, tome I, p. 279-287. Na Itália: CHIRONI. *Istituzioni di diritto civile italiano*, p. 254. E, por fim, em Portugal: DE MONCADA, Luís Cabral. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 734.

¹⁶¹ Cf. SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 117.

¹⁶² Cf. CÂMARA LEAL. *Da prescrição e da decadência*, p. 79. Humberto Theodoro Júnior menciona previsão legislativa no mesmo sentido constante do Código Civil de Quebec, dentre muitos outros, cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 47.

¹⁶³ Cf. NEVES. *Prescrição e decadência no direito civil*, p. 06.

de modo que o Estado brasileiro, assim, passa a percorrer um “*caminho em que trafejará sozinho*”¹⁶⁴.

Fato é que os ordenamentos jurídicos apontados deixam bem evidente que não é da tradição do sistema romano-germânico permitir-se que o magistrado pronuncie a prescrição civil sem a devida provocação. E assim o é, tanto na legislação quanto nos apontamentos que a doutrina faz acerca do tema, como visto. Assim, com o método comparativo aplicado ao caso em estudo, longe de se ter apontado no direito alienígena os próximos passos que poderão ser seguidos no Estado brasileiro, apenas é deixado à mostra que é justamente no ordenamento deste Estado que pioneiramente a matéria haverá de ser tratada. Com quais conseqüências - é a resposta que se busca nesta pesquisa.

Uma última consideração: sabe-se que a vedação da pronúncia da prescrição pelo magistrado, de ofício, sempre foi da tradição do direito brasileiro¹⁶⁵, como ocorre em relação aos demais ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica. E a sistemática que até então vigia no Estado brasileiro (pela regra do revogado artigo 194), era igualmente vigente em todo o direito comparado, uma vez que se trata de norma que “*espelha a essência da prescrição, conferindo-lhe o caráter de uma defesa de direito material*”¹⁶⁶. E se é da tradição do sistema, deve-se proceder à alteração com a maior das cautelas, o mesmo sendo observável quando, já efetivada a alteração (como ora ocorre), interprete-se a regra no conjunto do sistema. Portanto, segundo entendemos, a atividade comparativa, nesse caso particular, é aquela a que se denominaria “*espontânea*”, em que a “*doutrina comparatista se faz conselheira*”¹⁶⁷, sem que se pretenda deixar desde logo um registro pessimista acerca da novidade legislativa.

¹⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 43, p. 110-121, set./out. 2006, p. 111.

¹⁶⁵ Cf. ALVIM WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 116. Ainda: Cf. ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo - ou de como o art. 3º da lei 11.280/2006 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 280-296, jan./mar. 2006, p. 280-282 e 288.

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 37.

¹⁶⁷ Cf. SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 127.

5 PROBLEMAS ASSOCIADOS À NOVA SISTEMÁTICA DO CONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO CIVIL PELO MAGISTRADO

Esta pesquisa, orientada para uma tentativa de interpretação da regra de cognoscibilidade da prescrição civil no ordenamento jurídico brasileiro, deixa evidenciados alguns problemas concernentes à nova orientação legal. São problemas que vão desde a demonstração de sua inadequação às tradições jurídicas brasileiras até o conflito que a regra impõe quando confrontada com as demais normas que regulam a prescrição civil. Apontam-se no presente tópico alguns desses problemas que se pôde destacar desde logo, para que a integração da regra ao ordenamento não se realize sem a necessária atenção aos pontos mais conturbados que dela decorrem.

Não faltaram autores, nacionais e estrangeiros¹⁶⁸, que elogiassem a inovação que permite seja pronunciada pelo magistrado, de ofício, a prescrição civil. Não se descarta, é certo, que a atividade de ofício dos magistrados pode, em certos casos, transcender as questões instituídas apenas com suporte na ordem pública, para atender também para questões em que o interesse público esteja justamente manifestado em atos de defesa de interesses de particulares.

Deve-se procurar ver, antes, se realmente teria sido o caso de se estender essa consideração à prescrição civil, advertindo-se, como já fizemos no item 3, a dificuldade de separação da atividade cognitiva e da pronúncia pelo órgão jurisdicional. Criar-se-iam condições ainda mais arbitrárias, caso se entendesse que a pronúncia da prescrição pudesse se realizar, ainda que insuficientemente desenvolvida a atividade cognitiva (como o seria sem a devida participação do interessado).

¹⁶⁸ Como, por exemplo, entre os nacionais: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Prescrição de ofício: da crítica ao direito legislado à interpretação da norma em vigor. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 145, p. 163-172, mar. 2007, p. 169-171. E dentre os estrangeiros: SZTAJNBERG, Walter. La prescripción extintiva e la paz social. *Inter-American Bar Association Law Review*, Washington, v. 5, feb. 2007, inclusive destacando seu desejo de que a inovação fosse adotada por todos os países das Américas.

5.1 A configuração científica da prescrição civil no plano processual

Antes de se apontar os problemas decorrentes da novel redação do § 5º do artigo 219, CPC, é importante que seja traçada a configuração da prescrição civil no plano processual, a partir das idéias já desenvolvidas nas linhas anteriores desse estudo, já que é no processo que a prescrição será, afinal, pronunciada. Já se advertiu que no plano processual a prescrição situa-se dentre aquelas hipóteses em que há julgamento de mérito, como se vê expresso na norma do artigo 269, inciso IV, do CPC brasileiro.

É nesse sentido que já se afirmou (com rigor de verificação) que no sistema brasileiro não haveria exceção de prescrição: na medida em que não existam exceções peremptórias neste sistema, expõe Othon Sidou que no Estado brasileiro há, “*rigorosamente*”, apenas três espécies de exceção, todas elas dilatórias, a se saber: exceção de incompetência relativa, de impedimento e de suspeição. E com base nas lições de Paul Cuche, aponta Sidou que as chamadas exceções peremptórias, já teorizadas desde Roma, encontram-se entre a defesa propriamente dita (defesa “*de mérito*”) e a exceção dilatória, já que não são meros obstáculos temporários ao desenvolvimento do processo (exceções dilatórias), não sendo possível também se as enquadrar entre as defesas existentes. Seriam, assim, um “*tertium genus*”, a que se denomina em França como *fin de non recevoir*¹⁶⁹.

A evocação da prescrição, no sistema processual francês, encontra respaldo na figura do *fin de non recevoir*, definido como o “*meio tendente a declarar o adversário irrecebível em sua demanda, sem exame do fundo do litígio*¹⁷⁰”. Nesse sentido, colocava Pothier a prescrição junto à exceção de coisa julgada, na categoria das exceções de improcedência (*fins de non recevoir*), exceções caracterizadas por determinadas causas que impedem o credor de exigir judicialmente o crédito. Com o exercício dessa exceção, fica impedido o magistrado de averiguar os fatos que eventualmente trariam reconhecimento do crédito¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cf. SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 216-217. Aponta Rosemiro Leal o que lhe parece ser uma inversão promovida no CPC brasileiro, em que se denominou como preliminares as defesas “*contra o processo*”, entre as quais se encontra a “*defesa substancial*” de prescrição, cf. LEAL. *Teoria geral do processo*, p. 186-187.

¹⁷⁰ Cf. SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 214.

¹⁷¹ Cf. RIPERT; BOULANGER; *Tratado de derecho civil*, p. 634.

Avaliada a questão rigorosamente, percebe-se que não haveria uma exceção de prescrição no sistema processual brasileiro. Com efeito, a exceção - na norma do artigo 304, CPC - como uma modalidade de defesa indireta do réu, deveria ter efeito apenas dilatório, visando adiar o “*prosseguimento da causa*”, até que se decida a questão suscitada. Certas legislações e a doutrina é que são responsáveis por ampliar o conteúdo das exceções, incluindo hipóteses que configuram as chamadas exceções peremptórias, cujo fim é pôr termo ao processo, impedindo, modificando ou extinguindo o efeito jurídico decorrente dos fatos alegados pelo autor¹⁷².

As considerações sobre o tema desenvolvidas por Barbosa Moreira, no tocante à sistemática adotada no ordenamento jurídico brasileiro, parecem-nos ideais para se encerrar o tema. Expõe o jurista, em total atenção ao sistema do CPC de 1973, que a contestação é a modalidade de resposta através da qual o réu “*se defende no plano do mérito*”, podendo se tratar de defesa direta ou defesa indireta, sendo esta segunda a que nos interessa em tema de prescrição. Invoca o réu a defesa indireta quando, no caso específico da prescrição civil, sem que negue as afirmações elaboradas pelo autor, apresenta fato extintivo da pretensão constante da inicial, sendo ônus do réu sua alegação:

*A este último tipo de defesa indireta correspondem as chamadas exceções materiais ou substanciais (...), as quais não devem ser confundidas com as exceções processuais, as únicas a que o Código aplica tal denominação*¹⁷³.

O percurso traçado pelos estudiosos, portanto, deixa de lado aquele rigorismo que se indicou, para que se ofereça a concepção da prescrição como exceção, mas exceção substancial, pois tocante não a um aspecto formal do processo, senão que ao próprio direito material e que será deduzida na peça de contestação. O demandado, sem desconhecer o fato constitutivo afirmado pelo autor, aponta fato extintivo da pretensão deduzida¹⁷⁴. O desenvolvimento da idéia é atribuível à doutrina, que, em peso, formulou a compreensão de que as “*verdadeiras*”

¹⁷² Cf. SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 215.

¹⁷³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38-39. Vê-se, assim, as razões para que se afirme que, a rigor, somente a incompetência relativa, o impedimento e a suspeição são argüíveis por exceção, já que nesse caso se está tratando das três hipóteses legalmente previstas de exceções no sentido processual, “*o único relevante para o Código*”, como aponta Barbosa Moreira (p. 42).

¹⁷⁴ Cf. LLAMBIAS. *Tratado de derecho civil*, p. 307.

prescrições (aquelas que se voltam a direitos patrimoniais disponíveis), necessariamente deveriam ser exercitadas por meio de exceção substancial, de iniciativa do devedor, com o que o direito material e o direito processual se harmonizam. Já na linguagem de autores clássicos, tem-se que “a prescrição dá ao devedor uma exceção peremptória contra o credor, um meio de defesa¹⁷⁵”. Aponta-se, assim, que o regime de direito material da prescrição é de exceção, pertencendo exclusivamente à parte interessada¹⁷⁶.

Como já tivemos oportunidade de apontar, modernamente foi acatada a tese desenvolvida pelos alemães de que a prescrição atua sobre a pretensão. Contudo, indo além, vê-se que não é simplesmente a prescrição que atua sobre a pretensão, extinguindo-a. Uma leitura do instituto feita exclusivamente a partir da regra do artigo 189, do Código Civil, poderia induzir o intérprete a entender não apenas dessa forma, mas também como se a prescrição se operasse de pleno direito, pelo simples transcurso do tempo¹⁷⁷. Na verdade, tem-se, com o avanço científico da prescrição civil, que é a exceção de prescrição que poderá neutralizar eficientemente a pretensão, como elucida Humberto Theodoro Júnior: o decurso do prazo prescricional gera para o interessado uma exceção, a possibilidade de argüí-la em seu favor, e esta, se utilizada, inibe a pretensão do autor no processo em que se busque sua realização¹⁷⁸, daí decorrente sua eficácia liberatória. E a razão para que assim seja é muito simples: o decurso do lapso temporal previsto em lei não terá o condão de, automaticamente, extinguir a pretensão. Há a necessidade de que seja exercitada a respectiva exceção, especialmente porque se poderá verificar a renúncia à prescrição civil, com o que deixará o interessado de manusear a exceção. Na hipótese, a rigor, não haverá atuação de eficácia liberatória da prescrição sobre a pretensão, eis que não estará eficientemente extinta esta por uma simples atuação *ipso iure* do fenômeno prescricional.

O avançado da pesquisa permite, assim, que se entenda aquela postura de se dizer que nem mesmo a pretensão seria extinta pela prescrição, mas de um ângulo diverso. Como se demonstrou anteriormente, não há razão para que se

¹⁷⁵ RIPERT; BOULANGER. *Tratado de derecho civil*, p. 631. Aqui com tradução livre.

¹⁷⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 41-43.

¹⁷⁷ Cf. TEIXEIRA, Sílvia Maria Benedetti. O instituto jurídico da prescrição com a vigência da lei nº 11.280/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 44, p. 15-25, nov./dez. 2006, p. 21-22.

¹⁷⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 48 e 51. O autor desenvolve a idéia de que os prazos prescricionais como dispostos na legislação são prazos a partir dos quais surge para o interessado uma defesa, a exceção de prescrição.

sustente a idéia de que a pretensão não se extingue, desde que, esmiuçado o fenômeno prescricional, perceba-se que é a exceção de prescrição que, afinal, inibirá a pretensão. Dizer-se apenas que a prescrição extingue a pretensão é, como já se afirmou, simplificar o fenômeno. Na verdade, vêem-se surgidas as condições para a invocação da exceção de prescrição, tão logo preenchidos os lapsos temporais constantes da legislação pertinente, que atuará extinguindo a pretensão material jurisdicionalmente pleiteada.

A exceção, como já vimos das lições de Chiovenda (capítulo 3, item 3.1), situa-se como um contradireito, podendo, inclusive, ser objeto de demanda autônoma (cujo objetivo seria a declaração de extinção da pretensão pela concretização do fenômeno prescricional), com o que tradicionalmente não se permite ao magistrado a sua pronúncia de ofício. E desde os ensinamentos de Chiovenda, com a teorização dos chamados direitos potestativos, tem-se que “a exceção é (...) um contradireito perante a ação e por isso mesmo (...) um direito potestativo destinado à anulação da ação¹⁷⁹”. Reconhece-se, desde então e até hoje, que seja a exceção de prescrição um direito potestativo, notadamente diante da regra que autoriza a renúncia àquela (artigo 191 do Código Civil brasileiro), com o que se configura, nesse ponto, injustificável que se relegue a nada a vontade do particular a quem se depositou toda a autonomia de livremente dispor de sua defesa¹⁸⁰, como bem lhe aprouver.

Tomando-se novamente o método do direito comparado, percebe-se que na Itália, atualmente, vige regra pela qual é o próprio direito que se extinguiria pela prescrição, como já apontado (capítulo 4, item 4.3). Ainda assim, aponta Humberto Theodoro Júnior, conserva-se no sistema italiano a exigência de que a prescrição seja levantada por meio de exceção, vedada a atuação *ex officio* do magistrado. Com isso a doutrina italiana se encoraja a observar que a norma legal não conserva a força de definir cabalmente uma figura jurídica em desacordo com a “*própria sistemática que adota para discipliná-la*”. Afirma Theodoro Júnior que em dadas

¹⁷⁹ Cf. CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 408. Idem, afirmando que a alegação de prescrição é direito potestativo: LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1959, v. II, p. 101; FONTES. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 49-50. E no sentido de que pode ser a prescrição objeto de ação autônoma: ALVIM. *Prescrição e decadência*, p. 66.

¹⁸⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 66. Em igual sentido: LLAMBÍAS. *Tratado de derecho civil*, p. 310.

situações não será do legislador a palavra final, quando este atue em franca contraposição à “*natureza das coisas*”. Sê-lo-á da ciência do direito¹⁸¹.

Mirna Cianci, com suporte nas obras de Pontes de Miranda e de Fredie Didier Júnior, informa que os “*contradireitos do réu em face do autor*”, gênero ao qual pertencem as exceções substanciais, podem ser objeto de uma demanda autônoma, de modo que seu conhecimento, de ofício, pelo juiz, implica em ofensa ao princípio da demanda, conforme normas dos artigos 128 e 460 do CPC brasileiro¹⁸². Veja-se o que escreve Lopes da Costa sobre as exceções substanciais:

Por ser a exceção substancial um direito, um direito que até, em certas espécies, também pode ser feito valer sob a forma de ação (...), ao juiz, sem provocação da parte, que a tal direito pode renunciar, não é lícito levantar de ofício a exceção, pelo mesmo motivo por que a lei proíbe iniciar o processo: ne procedat iudex ex officio¹⁸³.

Portanto, daquela contraposição entre exceção e objeção a que nos referimos no início do trabalho, entendemos que para a prescrição civil permanece a configuração de exceção substancial. O raciocínio já inicia alguma aproximação entre o conteúdo do mérito da demanda como proposta pelo autor e o conteúdo da defesa do demandado. Por agora, contudo, remetemo-nos à apreciação de algumas das características pontuais da prescrição, quais sejam: a possibilidade de sua renúncia, os obstáculos oponíveis ao transcurso do lapso prescricional e as condições de sua concretização, se *ipso iure* ou *ope exceptionis*, o que se desenvolve nas linhas seguintes, iniciando-se com o indispensável traçado da relação havida entre o processo jurisdicional e as pretensões de direito material.

5.1.1 Pretensão e processo jurisdicional

As bases em que atualmente se alicerça o direito processual civil permitem uma análise científica da própria técnica processual. É o que aqui se pretende. Com

¹⁸¹ Cf. THEODORO JÚNIOR. Prescrição e decadência no novo Código Civil, p. 133.

¹⁸² Cf. CIANCI. A prescrição na lei 11.280/2006, p. 32.

¹⁸³ LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1947, v. II, p. 187.

efeito, o que se tem pela aplicação do ordenamento jurídico, no que toca à relação entre o direito material e o direito processual, é justamente a dedução de pretensões pelo processo jurisdicional. O processo se desenvolve como técnica com as atenções voltadas para as pretensões, que são o elemento pelo qual se fundamentam os procedimentos. Estes, a seu turno, enquanto modelos constantes da lei (ordenamento jurídico), devem estar orientados à satisfação das pretensões. Pelo processo jurisdicional, assim, busca-se a satisfação de pretensões, podendo-se entendê-lo como a estrutura normativa e dialética pela qual se pretende o devido acertamento das relações de fato e de direito conflituosas entre os envolvidos¹⁸⁴, sendo a pretensão, aí, “*instituto de direito material ou, se se quer maior precisão, instituto pré-processual*”¹⁸⁵.

Ovídio Baptista da Silva, tanto em artigo doutrinário em que procura defender-se de ataques que lhe haviam sido feitos, como em outro de lavra bem mais recente, afirma que o que o “*processo protege*” são as “*pretensões emanadas do direito subjetivo*” e não propriamente o direito subjetivo. Assim, entende, o que a sentença reconhece é uma pretensão do titular de um direito (um “*poder exigir*”), sendo cada pretensão uma “*exigibilidade*” própria de um direito¹⁸⁶. O processo assume frente ao direito material, assim, uma relação integrativa, substancial, como pontua Calmon de Passos¹⁸⁷. É pelo processo jurisdicional, outrossim, que se realiza o ordenamento jurídico.

Nossos estudos vêm nos mostrando e nos convencendo de que para que tudo isso se concretize os procedimentos devem estar tecnicamente estruturados conforme a pretensão que se deseje seja satisfeita, com o que os resultados pretendidos poderão ser satisfatórios. Logo, na estruturação dos procedimentos legais, deve-se sempre ter em consideração a pretensão objetivada, a fim de que do ajuste entre a pretensão, de ordem material, e o procedimento que se estrutura para sua satisfação, decorra o resultado mais satisfatório possível. Serão as

¹⁸⁴ Cf. BRÊTAS C. DIAS. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional, p. 218-219.

¹⁸⁵ VIEIRA. A singularidade interruptiva da prescrição civil, p. 117.

¹⁸⁶ Conforme, recentemente: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 19, p. 22-40, jul./ago. 2007, p. 35. E já há alguns anos: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 78.

¹⁸⁷ Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68.

peculiaridades de cada pretensão que informarão a técnica de elaboração do procedimento, de modo que a técnica haverá de se relacionar com o procedimento, tanto em sua estruturação (previsão no ordenamento jurídico de procedimentos adequados à satisfação de pretensões), como em sua atuação (provocação de órgão jurisdicional estatal com o objetivo de se instaurar procedimento legalmente previsto).

Não é por outra razão que, para a elaboração das considerações acima desenvolvidas, acolhemos a noção de que a técnica é um conjunto de procedimentos adequados à obtenção de determinados resultados úteis, como pontuado por Aroldo Plínio Gonçalves. Com efeito, sua obra conferiu bastante relevância à estrutura técnica do processo, registrando que a técnica é um *“conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”*. E a partir dessa conceituação, Aroldo Plínio não mais afasta, ao longo de todo o percurso de sua obra, a técnica e o procedimento, como também não os afasta da ciência, uma vez que *“a ciência do direito tem desenvolvido e aprimorado suas técnicas para apreender o fenômeno jurídico e realizar seu trabalho de construção jurídica”*¹⁸⁸.

Estas mesmas considerações científicas também vêm nos demonstrando uma outra necessária relação entre a ciência, a técnica e o procedimento previsto em lei para a satisfação de pretensões. Com efeito, através do entrelaçamento de regras e princípios constitucionais do processo elabora-se um sistema normativo que define o modelo constitucional de processo. Este é um modelo que deve ser observado quando da elaboração da norma processual, ou seja, a técnica pela qual será introduzida no ordenamento jurídico uma norma processual deve seguir rigorosamente o modelo processual que é extraído das regras e princípios constitucionais. Os órgãos públicos aos quais a Constituição da República atribui competência para o exercício da função legislativa, estruturando o ordenamento jurídico do Estado, devem observar, quando da utilização da técnica para a elaboração de normas processuais, aquele modelo ditado pela Constituição. A mesma disciplina deve ser observada quando da aplicação das normas processuais editadas.

¹⁸⁸ Cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 22-23 e 35-36.

Deveras, cabe aos aplicadores das normas processuais a atenção a este modelo processual ditado pela Constituição, ainda que na elaboração dessas mesmas normas se tenha deixado de atender àquele modelo. Nessa última hipótese, caberá ao intérprete da norma a sua integração ao ordenamento jurídico, sempre informado pela disciplina normativo-constitucional do devido processo, com o que se vê que toda técnica associada às normas processuais, de sua elaboração à sua aplicação, deve ser influenciada pelo modelo constitucional de processo. Neste sentido, vão as seguintes considerações conclusivas:

Tenha-se sempre em mente que a técnica normativa de construção do procedimento obriga o legislador a fazê-lo conforme as diretrizes do modelo constitucional do processo. Se o legislador assim não o fez, (...) incumbe ao intérprete fazer a integração da norma posta em vigor, valendo-se da técnica de interpretação conforme o devido processo constitucional¹⁸⁹.

Esses apontamentos serão muito relevantes para a continuidade da exposição. Trata-se, como se vê, de modelação procedimental que se deve observar qualquer que seja a pretensão de direito material que se deduza em juízo, e que sirva de fundamento ao processo jurisdicional. Por óbvio, o apontado modelo constitucional de processo haverá de ser observado também quando no processo jurisdicional se intentar ver reconhecida a ocorrência da prescrição civil, extintiva da pretensão de direito material processualmente deduzida.

A extinção da pretensão pela prescrição, como já se apontou, demonstra que o direito permanece, vendo-se, ainda, que sendo a exceção de prescrição civil o mecanismo tecnicamente adequado a se buscar a pronúncia de extinção da pretensão, isto se dá no curso do mesmo processo que se iniciara com a dedução daquela pretensão. E se é no processo jurisdicional que a pretensão de direito material é deduzida, é também nesse mesmo processo que a pretensão se extingue, pronunciada como tal, pelo manuseio da respectiva exceção substancial. Apontam-se, a partir de agora, razões para que a prescrição civil de pretensões decorrentes da violação de direitos disponíveis permaneça entendida como exceção substancial.

¹⁸⁹ Cf. BRÊTAS C. DIAS. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional, p. 248.

5.2 A manutenção da possibilidade de renúncia à prescrição civil no ordenamento jurídico brasileiro

Obstáculo de difícil transposição para a viabilidade da idéia de um pronunciamento da prescrição, de ofício, pelo magistrado, é o da possibilidade de renúncia àquela, verdadeiro “*direito material do devedor*”¹⁹⁰. Como a possibilidade de renúncia não foi revogada expressamente pelo legislador reformista, cuidou-se de analisar a hipótese de o haver sido por inferência doutrinária, hipótese rechaçada por respeitáveis autores, afirmando-se que o intérprete do direito deve reservar um espaço para aplicação da regra que dispõe sobre a renúncia à prescrição¹⁹¹, o que conta com nossa total adesão.

Deveras, não se pode inferir da revogação do artigo 194 do Código Civil que outras regras tenham tido a mesma sorte daquela, de modo a se alterar em substância a disciplina da prescrição civil¹⁹². Esta permanece renunciável, devendo a interpretação da regra do § 5º do artigo 219 do CPC ser adequada, não apenas à sistemática processual civil, mas igualmente às condições em que se disposta prescrição no ordenamento positivo. Se a renúncia pode ser tácita, como se percebe da regra do artigo 191 do Código Civil, resta incompatível com essa possibilidade a idéia de pronúncia de ofício da prescrição, já que até mesmo de forma tácita (com a simples recusa em se manusear a exceção substancial respectiva) poderá o interessado renunciar àquela. Expõe José Gaspar Franceschini:

*(...) se a prescrição é de ordem pública, porque a segurança dos direitos interessa à paz da sociedade, não se pode esquecer que seus efeitos são de ordem privada. Ao indivíduo cabe o direito de renunciar à prescrição consumada, porque não se pode deixar de respeitar o escrúpulo de consciência daquele que não quer libertar-se da dívida, (...) ou daquele que tem interesse em demonstrar que não é devedor*¹⁹³.

¹⁹⁰ Cf. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. II, p. 262.

¹⁹¹ Por todos: ALVIM. Lei 11.280, de 16.02.2006, p. 23-24.

¹⁹² Neste sentido: ALVIM WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 118. Igualmente: MATTIETTO, Leonardo. A nova sistemática da prescrição civil - declaração de ofício pelo juiz e renúncia do devedor. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 44, p. 7-14, nov./dez. 2006, p. 11.

¹⁹³ FRANCESCHINI. Prescrição e decadência. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação, p. 97.

Humberto Theodoro Júnior, à época em que defendeu que a regra do artigo 194 do Código Civil de 2002 houvera derogado a regra do § 5º do artigo 219 do CPC, afirmou que se “*passou por cima da distinção teórica entre exceção e objeção substancial, aplicando a uma, em alguns casos, o regime processual da outra*”, concluindo sua análise da seguinte maneira:

É sempre bom ter presente que o legislador não fica jungido às construções teóricas do doutrinador, quando busca disciplinar concretamente as relações sociais por meio do direito positivo. Ao jurista é que cabe conformar suas teorias à nova ordem jurídica imposta pelo legislador¹⁹⁴.

É bom que se ressalte, entretanto, que essas colocações davam-se quando os direitos tocantes a absolutamente incapazes passaram a ter a respectiva prescrição pronunciável pelo magistrado em atividade de ofício, o que, em grande medida, coadunava-se com o direito positivo vigente, dada a indisponibilidade dos direitos daqueles. O quadro atual é bastante diverso, como o próprio jurista vem defendendo. Desvirtuou-se a distinção entre exceção e objeção que é presente não apenas entre os estudiosos (e entendemos já seria bem suficiente), mas no próprio ordenamento jurídico, em especial no que toca à configuração da prescrição civil em nosso direito material.

Com efeito, sobrelevando-se a natureza jurídica da prescrição civil como uma exceção substancial, vê-se que, para que seja extinta a pretensão, há a necessidade de que seja exercitada a respectiva exceção, já que não assim se verificando, não apenas o direito subsistirá (até por não ser este o instituto sobre o qual incide a prescrição), como também a própria pretensão. Ainda que transcorrido o lapso prescricional disposto em lei, permanecerá subsistente a pretensão se não foi eficazmente extinta pelo manuseio de exceção¹⁹⁵.

A possibilidade de renúncia à prescrição civil observa um predicado atinente ao princípio da autonomia da vontade¹⁹⁶, sendo claro ao intérprete que sua renúncia se ajusta à natureza patrimonial dos direitos aos quais se associa o instituto¹⁹⁷. Classicamente se define a renúncia à prescrição a partir da conjugação de dois

¹⁹⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual, p. 141.

¹⁹⁵ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 50-51.

¹⁹⁶ Cf. GONÇALVES. *Prescrição e decadência*, p. 150.

¹⁹⁷ Cf. CÂMARA LEAL. *Da prescrição e da decadência*, p. 65.

elementos: o subjetivo, que consiste na “*vontade de renunciar*”, e o objetivo, tocante ao “*modo de renunciar*” (se expressa ou tacitamente)¹⁹⁸. Certo é que, positivada como está a hipótese de renúncia, pelo motivo ou forma que se dê, a pronúncia da prescrição de ofício pelo magistrado gera um grave problema, já que a argüição de prescrição, podendo se operar em qualquer grau de jurisdição (conforme regra do artigo 193 do Código Civil), obsta se entenda renunciada tacitamente aquela.

Caio Mário da Silva Pereira indica diferença substancial entre o ato de renúncia e a inércia do titular de um direito, sendo que pela inércia apenas se deixa de exercer um direito, sem que tal atitude se traduza em abdicação, de modo que também o não-exercício é uma forma de utilização. E, ainda antes da reforma operada pela lei nº. 11.280/06, assim afirmava o jurista:

Mas não implica renúncia o fato de o devedor deixar de argüi-la liminarmente, com a apresentação de sua defesa, pois que lhe é lícito invocá-la em qualquer grau de jurisdição (Código Civil, art. 193)¹⁹⁹.

Alexandre Freitas Câmara indica que é a coexistência entre a possibilidade de renúncia à prescrição e sua cognoscibilidade pelo magistrado, de ofício, que torna absolutamente incoerente o sistema jurídico material em termos de prescrição, com o que entende que foi deixada de lado qualquer preocupação sistemática²⁰⁰. Realmente, como apontado, mantida a hipótese de renúncia à prescrição (regra do artigo 191 do Código Civil), e estabelecido que a argüição de prescrição pode se concretizar em qualquer grau de jurisdição (conforme norma do artigo 193 do Código Civil), demonstrando que poderá ser suscitada em diferentes momentos do processo, fica difícil sustentar a viabilidade da novel disposição constante da regra do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil brasileiro, em contraposição às demais normas que cuidam da prescrição civil. Como se disse, é obstáculo de difícil transposição para que se aplique a novidade legislativa.

¹⁹⁸ Cf. CARPENTER. *Da prescrição*, p. 160.

¹⁹⁹ Cf. PEREIRA. *Instituições de direito civil*, 2004, p. 472 e 685.

²⁰⁰ Cf. CÂMARA. *Reconhecimento de ofício da prescrição*, p. 114-115.

5.3 A manutenção da possibilidade de que o lapso prescricional seja interrompido, suspenso ou impedido

A relação de dependência que sempre existiu entre a prescrição civil e a manifestação da parte interessada, exigindo-se que nunca se prescindisse da correlata exceção para se concretizar aquela, encontra também justificativa na ausência de rigidez do decurso do lapso prescricional fixado em lei. Deveras, prevê a legislação pertinente um considerável número de hipóteses em que o decurso temporal da prescrição se interrompe, suspende-se ou mesmo é impedido de se iniciar, com o que não são fatais seus prazos. São circunstâncias que não ficam adstritas ao caráter de ordem pública da prescrição, mas, ao contrário, são pertinentes à esfera patrimonial dos interessados, e somente estes têm condições de apresentar todas as possíveis ocorrências que tenham influenciado no transcurso do lapso prescricional. É por estas razões que Câmara Leal indica a ausência de causas que obstaculem o transcurso do lapso prescricional como “*condição elementar*” da prescrição civil²⁰¹.

De tudo isto resta impossibilitado ao juiz pronunciar, sem o concurso das partes, a prescrição, já que destituído de condições para aferir a consumação ou não do decurso do tempo previsto. Embora seja o instituto fundado na ordem pública, como se viu, sua vinculação à ordem privada, e mais especificamente, à ordem patrimonial dos interessados, torna-o diverso daquelas matérias fundamentalmente públicas, como as condições da ação. Desde logo, com isso, podemos afirmar nosso desacordo com a idéia de o magistrado imediatamente pronunciar a prescrição, em uma hipótese pela qual estaria indeferindo a petição inicial com fundamento jurídico nas regras do inciso IV do artigo 295 e § 5º do artigo 219, ambos do CPC, ainda que referente a direitos patrimoniais e disponíveis. Explica Arruda Alvim que a compatibilização entre as regras expostas decorria da antiga redação conferida ao § 5º do artigo 219, o que se altera substancialmente com a alteração da lei nº. 11.280/06²⁰².

²⁰¹ Cf. CÂMARA LEAL. *Da prescrição e da decadência*, p. 28.

²⁰² Cf. ALVIM. Lei 11.280, de 16.02.2006, p. 25. Aparentemente seria a pronúncia sumária da prescrição o objetivo traçado com a reforma introduzida pela lei nº. 11.280/06, e que mereceu severas críticas de Humberto Theodoro Júnior, em: THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 64-65. José Carlos Barbosa Moreira defende a possibilidade de o juiz apreciar

Diante da não-fatalidade dos prazos prescricionais, não é recomendável, ou mesmo imaginável, que a inicial seja indeferida, de plano, com julgamento de mérito (norma do artigo 269, inciso IV, CPC), por entender o magistrado que se operara a prescrição. Essa hipótese, portanto, descarta-se desde logo. De outro lado, a teorização de uma pronúncia *ex officio* da prescrição em momento posterior do desenvolvimento do processo, em seus mais relevantes destaques, ainda será oportunamente tratada. A que aqui se descarta é aquela que se associa ao indeferimento da petição inicial, como acima exposto.

E embora seja restritivo o rol de hipóteses pelas quais se obsta o transcurso do lapso prescricional civil, veja-se que há casos em que a hipótese em si se desdobra em uma incontável gama de situações, como ocorre, por exemplo, com a regra inscrita no inciso VI do artigo 202 do Código Civil brasileiro, pela qual se interrompe a prescrição *“por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”*. Vê-se que é hipótese aberta a inúmeros eventos possíveis. Sabe-se que a questão envolvendo a prescrição civil necessariamente envolve fatos, suporte para a verificação do transcurso do lapso temporal e, especialmente, da ocorrência de eventuais interrupções, suspensões ou impedimentos desse transcurso. Se não for a parte interessada a responsável pelo levantamento da prescrição, permitindo manifeste-se a outra parte no sentido de haver obstado o decurso do lapso temporal, estará o processo se valendo eficientemente daquilo que de fato ocorreu pré-processualmente. Neste particular, interessante a advertência de José Marcos Rodrigues Vieira:

(...) a litis contestatio é equívoca, podendo traduzir a relação substancial e podendo dela discrepar, no todo ou em parte (...). O processo, para afastar ou minorar o risco da sentença injusta, deve encarecer a cognição do fenômeno pré-processual²⁰³.

O que decorre da lição do jurista é a certeza de que o fenômeno pré-processual a que alude, sabendo se tratar da lide carneluttiana, comporta eventuais obstáculos impostos ao livre transcurso dos prazos prescricionais disciplinados na

questões de mérito no *“despacho liminar”*, quando então se poderá chegar à improcedência do pedido, como na mencionada hipótese de aplicação das regras do inciso IV do artigo 295 e § 5º do artigo 219, ambas do CPC. Com isso se amplia excepcionalmente o objeto do dito despacho, *“que se converte, aí, em sentença”*, cf. BARBOSA MOREIRA. *O novo processo civil brasileiro*, p. 23 e 96.

²⁰³ VIEIRA. Lide prejudicial constitucional não decidida e coisa julgada, p. 164.

legislação pertinente. Na hipótese em estudo, a equivocidade da *litis contestatio* está em que o processo não está suficientemente instruído para que o magistrado possa pronunciar a prescrição, já que eventos que podem não ter sido ainda narrados nos autos modificariam substancialmente o julgado. Trata-se de um conjunto de eventos que compõem a “porção de lide que remanesceu extra-autos²⁰⁴”.

Aliás, o próprio Carnelutti, quando teve a oportunidade de acentuar toda a complexidade da *fattispecie* normativa, enfatizava justamente aquela concernente à prescrição. Apontando genericamente que a *fattispecie* é resultado da conjugação entre uma “situação jurídica” e um fato, exemplifica na prescrição a ocorrência do fenômeno normativo (*fattispecie*) não apenas a partir do “fato temporal” (transcurso do prazo legalmente previsto), mas a partir da conjugação desse “fato temporal” com a “situação jurídica” de “exoneração da obrigação²⁰⁵”, e que atualmente entre nós é a extinção da pretensão.

Logo, a configuração da norma do artigo 189 do Código Civil pode ser analisada por essa ótica trazida por Carnelutti, vendo-se que a norma comentada alude à extinção da pretensão de direito material pela prescrição civil, ao mesmo tempo em que invoca a verificação do decurso de determinados prazos legais para que se registre o fenômeno. Reside justamente naquele “fato temporal” toda a problemática que envolve a pronúncia da prescrição, de ofício, pelo magistrado, já que a matriz da *fattispecie*, sem a qual a pretensão não se extinguirá, é justamente um “fato” passível de ser interrompido, suspenso ou mesmo impedido. Daí, portanto, já se pode extrair a importante certificação de que a prescrição é matéria cuja *fattispecie* inclina o instituto para o elenco das exceções substanciais, já que pouco recomendada a ingerência estatal de sua provocação, como se vem apontando.

5.4 Insuficiências da tese de intimação das partes

Como acima foi afastada a hipótese de indeferimento de plano da petição inicial, com a qual o juiz reconheceria liminarmente a prescrição e a pronunciaria,

²⁰⁴ VIEIRA. Lide prejudicial constitucional não decidida e coisa julgada, p. 165.

²⁰⁵ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1942, p. 309-310.

outras hipóteses de interpretação da regra devem ser analisadas. Pelo modelo constitucional de processo, tem-se que o juiz, necessariamente, haveria de submeter a hipótese de prescrição às partes, pois somente com o exercício do contraditório, instituído no processo a partir da manifestação de ambas as partes, estaria apto o magistrado a se pronunciar sobre a prescrição civil. Aroldo Plínio Gonçalves, neste particular, lembra que na instrução probatória do processo o magistrado, ainda que legitimado a atuar de ofício, deverá submeter às partes as provas, a fim de que se realize plenamente o contraditório. Com suporte nas obras de grandes nomes do direito processual civil brasileiro, aponta que é a garantia do contraditório que assegurará a igualdade de participação das partes no processo²⁰⁶.

No sistema processual civil brasileiro o juiz é diretor do processo (regra do artigo 125, CPC), fazendo atuar o ordenamento jurídico, conforme primeira parte da regra do artigo 126, CPC. Contudo, também é responsável por assegurar às partes o contraditório, o que decorre tanto da Constituição (regra do inciso LV do artigo 5º) como da infraconstitucionalidade (artigo 125, inciso I, CPC). O contraditório, em sua expressão mais atual, vem sendo entendido, como nos lembra Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, forte na obra de José Lebre de Freitas, como a garantia de participação das partes na prática de todos os atos processuais, bem como de que as partes possam influenciar no sentido de uma decisão jurisdicional favorável aos seus interesses, em procedimento de indispensável sintonia técnica com o devido processo constitucional²⁰⁷.

Analisando a amplitude do campo de atuação do magistrado no processo civil comparado, aponta Othon Sidou o grande avanço que, a este tocante, se teve na passagem do Código de Processo Civil de 1939 para o vigente, de 1973. Informa que o Código vigente “*vai muito além*” do de 1939 no que se refere à atuação do

²⁰⁶ Cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 123-127.

²⁰⁷ Cf. BRÊTAS C. DIAS. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional, p. 232-233. Em decisão recente o Supremo Tribunal Federal apresentou visão moderna do princípio do contraditório, como se depreende deste breve trecho da ementa: “(...) 3. *Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica*”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº. 481.015 / DF. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado a 01º/02/2005. Acórdão unânime publicado no D.O.U. aos 08/09/2006.

juiz, destacando a ampla atuação do juiz ante a produção de prova pericial, podendo formular quesitos para o esclarecimento da causa (regra do artigo 426 do CPC vigente), formar sua convicção a partir do conjunto de provas dos autos (artigo 436) e mesmo determinar a realização de nova perícia, de ofício (artigo 437), além da expressa possibilidade de determinar o comparecimento pessoal das partes para interrogatório acerca de fatos da causa, qualquer que seja o estado do processo (regra do artigo 342)²⁰⁸. Todos estes atos de direção, entretanto, não prescindem do contraditório, garantia constitucional do processo.

Luigi Paolo Comoglio lembra que, em França, as garantias decorrentes do contraditório não se operam essencialmente no confronto das partes, convertendo-se em um dever para o magistrado, de modo que este deva aplicar a si mesmo o princípio, patrocinando o prévio debate das partes sobre cada questão de fato e de direito pertinente à causa. O magistrado francês, assim, tem o dever de atuar de ofício na provocação das partes para o prévio debate das questões²⁰⁹. Doutrina bem moderna, igualmente fundada na legislação francesa, aponta o grande avanço do sistema francês, erigindo-se o princípio do contraditório como universal a partir do Código de Processo Civil da França²¹⁰, o que é sentido também na Itália, com a nova dimensão dada à garantia do contraditório. Com efeito, constitucionalmente consagrada a garantia do “*giusto processo*”, progrediu-se para uma concepção do contraditório equivalente à do modelo francês, no sentido de que a audiência das partes, diante de questões suscitadas de ofício, é um dever do magistrado²¹¹.

Toda esta temática envolvendo o princípio do contraditório importa à análise da cognoscibilidade da prescrição civil, de ofício, pelo juiz. Via de regra, o afã legislativo é seguido pelo correlato afã doutrinário, apressando-se os juristas a comentar as inovações legislativas, não raro a duras penas, sob o risco de se comentar o velho como se novo fosse. Nos comentários que se seguiram à novel previsão de que o magistrado pronunciará, de ofício, a prescrição, não faltaram autores a defender a necessidade de que, antes de pronunciá-la, deveria o juiz intimar as partes, notadamente a fim de se certificar de sua real configuração²¹²,

²⁰⁸ Cf. SIDOU. *Processo civil comparado*, p. 120.

²⁰⁹ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998, p. 114-115.

²¹⁰ Cf. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 220.

²¹¹ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2006, v. I, p. 76-78.

²¹² Conforme, por exemplo, ALVIM WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 118.

inclusive com a sustentação da tese de que a reforma melhor andaria se alterasse o CPC também para incluir uma regra que determinasse ao magistrado a intimação da parte interessada para que, decorrido o lapso prescricional, manifestasse a exceção correlata, caso lhe aprouvesse²¹³.

Não obstante o inegável mérito dos autores que partiram em defesa da manifestação das partes, em contraditório, para que o magistrado possa, então, pronunciar a prescrição, temos que a solução encontrada parece não socorrer suficientemente uma interpretação sistemática da alteração legislativa. Em nosso entender, ultrapassada a consideração relevantíssima de que o contraditório deveria ser assegurado no processo, mesmo que para a pronúncia da prescrição, haveria de ser apontado um momento procedimental em que o magistrado intimaria as partes a respeito de sua percepção da ocorrência de prescrição, com correlata intenção de pronunciá-la, salvo se o contrário resultasse da manifestação dos interessados.

Neste sentido, entende Rodrigo Mazzei que tanto o autor quanto o réu devem ser intimados a se manifestar sobre possível pronúncia da prescrição civil pelo magistrado. Para tanto, afirma que o réu deve ser ouvido, justamente à razão de lhe ser facultada a renúncia à prescrição, como acima já traçamos. E pode ocorrer de o réu não desejar, afinal, que seja pronunciada a prescrição a seu favor, seja por um imperativo de ordem “*moral*”, seja pela intenção de que o julgado lhe seja favorável independentemente de transcorrido o lapso prescricional, com o que, inclusive, poderá se valer de determinadas hipóteses de reparação civil previstas em lei. É o caso, por exemplo, como lembrado por Mazzei, do disposto na regra do artigo 940 do Código Civil, em que, às hipóteses para que caiba a reparação, são ressalvados os casos em que se verificar a prescrição²¹⁴.

Já a intimação do autor, na visão de Rodrigo Mazzei, é decorrência do princípio do contraditório, e embora construa seu raciocínio por outra vertente, acaba por reproduzir bem de perto a argumentação de Aroldo Plínio Gonçalves, a que nos referimos linhas acima, de que, mesmo quando possa atuar de ofício, deverá o magistrado ouvir as partes interessadas. Assim, conclui pela “*oitiva geral*” das

²¹³ Cf. ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo, p. 290-291.

²¹⁴ Cf. MAZZEI. Reconhecimento ex officio da prescrição, p. 433-436. Dispõe o Código Civil brasileiro: Art. 940. *Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.* Os grifos são nossos.

partes, afirmando ser imperativo que sejam ouvidas a respeito da possibilidade de pronúncia da prescrição, embora tal determinação não decorra expressamente do CPC brasileiro²¹⁵. É visão que, salvo algumas pequenas alterações, apresenta-se à profusão na doutrina nacional.

Como visto, há que se apontar um momento procedimental em que possa se realizar tal intimação das partes. Cogite-se, em um momento inicial, da associação entre a idéia de uma prescrição civil cognoscível de ofício pelo magistrado e a hipótese de emenda da petição inicial, dada a estreita relação existente entre a prescrição civil e a causa de pedir remota. Essa possibilidade deve ser analisada fundamentadamente, e sua crítica, como se exige, deve também ser fundamentada. A emenda da petição inicial (regra do artigo 284, CPC) se apresenta como traço característico da visão do juiz como diretor do processo. Parece-nos claro que, se qualquer das partes se manifestar acerca da prescrição, ou mesmo que ambas o façam, não haverá problema na pronúncia da prescrição e na conseqüente resolução do mérito, quando então o provimento final estará acolhendo (ou deixando de acolher) as razões das partes.

É justamente diante do silêncio das partes que a cognição de ofício da prescrição exige compreensão. Esse é o ponto chave do raciocínio. Para o caso de silêncio a respeito da prescrição por parte do autor, a doutrina indica a possibilidade de que seja este intimado a se manifestar sobre hipótese de verificação do fenômeno prescricional. Não é apontado com clareza, contudo, em qual momento se daria tal intimação. Na cogitação de que seja determinada pelo juiz a emenda da inicial, diante da possibilidade de ocorrência de prescrição, conforme dispõe a norma do artigo 284, CPC²¹⁶, apontaria o magistrado dificuldades de julgamento de mérito (em que se inclui a prescrição, conforme artigo 269, IV, CPC).

²¹⁵ Cf. MAZZEI. Reconhecimento ex officio da prescrição, p. 436-440. Há outros comentadores da reforma empreendida pela lei nº. 11.280/06, entretanto, que sustentam expressamente apenas a intimação do autor da demanda, para que esse possa apresentar eventuais razões pelas quais o lapso prescricional se houvera suspenso ou interrompido, cf. WAMBIER; ALVIM WAMBIER; MEDINA. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, p. 45.

²¹⁶ Embora trabalhada em sede de antecipação dos efeitos da tutela, guiado, portanto, pelo *periculum in mora principaliter*, a tese da emenda da inicial já foi levantada por José Marcos R. Vieira. A grande diferença da hipótese aqui levantada, entretanto, é que na ocasião o jurista mineiro aludia à demora do autor em ingressar em juízo com seu requerimento de antecipação de tutela, invocando de modo pioneiro a *"falta de interesse processual no pedido de antecipação de tutela"*, cf. VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. I, p. 90-107, 1. sem. 1998, p. 100.

É de se recordar, nesse caso, o caráter cogente da pronúncia da prescrição civil, já que a regra do § 5º do artigo 219, CPC, não traz qualquer ressalva à sua pronúncia. Recordar-se-ia, ainda, que apenas é defeso ao juiz conhecer de questões não suscitadas “a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” (norma do artigo 128, CPC). Aqui residiria um problema a ser ultrapassado, qualquer fosse a escolha do hermeneuta: tanto a defesa da cognição de ofício da prescrição, quanto sua refutação, dependeriam de coerente exegese dessa regra. Afinal, o tema volve a como seja percebida a prescrição, se como questão a que a lei exige iniciativa da parte, ou pronunciável pelo magistrado de ofício.

Uma primeira análise da lei traz que a cognoscibilidade *ex officio* da prescrição é disposição normativa que possibilita a manifestação do magistrado no sentido de determinar ao autor a elucidação dos fatos narrados na inicial, um ônus processual para o qual o próprio Código prevê sanção, conforme regra do parágrafo único do artigo 284. É certo que pareceria inviável materialmente que em toda nova demanda fosse realizada pelo juiz uma aprofundada análise inicial, a tal ponto que desde logo pudesse detectar a hipótese de prescrição. Até o advento da alteração da legislação processual, nosso sistema dependia, para o acolhimento de prescrição civil referente a pretensão decorrente de direito disponível, fosse essa deduzida como conteúdo de defesa do réu, já que é a prescrição exceção substancial.

Embora se justificasse a evolução da cognição da prescrição, pelo ímpeto do legislador em evitar que demandas se arrastassem por longos anos até que, de uma hora para outra e após grande dispêndio de tempo, fossem definidas pelo reconhecimento de prescrição, entendemos que o caminho deva ser outro. Com efeito, não há qualquer problema em que a prescrição seja conhecida após tramitação regular do processo, desde que esta seja a sorte que se dê ao litígio, em estrita coerência com o ordenamento vigente. Revogada que fosse a nova regra, e retornando-se à sistemática anterior, poder-se-ia concluir por um inevitável retorno ao que antes se ensinara. A realidade atual, contudo, é outra, vez que vige regra de pronúncia da prescrição, como atividade de ofício do magistrado.

Junto à manifestação do autor há que se avaliar também a necessária manifestação do réu, decorrência do contraditório, em especial por ser a este que a prescrição eventualmente aproveitaria, mas que a ela poderá renunciar, pelos mais variados motivos e com permissão legal. Se o autor se manifestasse sobre a prescrição quando da emenda da inicial, apontando sua inoccorrência, cumpriria ao

réu, como ônus processual, alegar “*toda a matéria de defesa*” (conforme norma do artigo 300, CPC), manifestando-se “*precisamente sobre todos os fatos narrados na Inicial*” (artigo 302, CPC), incluída sua emenda. Quanto à condição de ônus é expresso o Código, na regra do parágrafo único do artigo 302, quando alude ao “*ônus da impugnação específica dos fatos*”.

No que se refere à emenda da petição inicial, vê-se que a doutrina lhe aponta uma “*dupla função*”: a de “*esclarecer o juiz sobre elementos da causa*” e dar ao “*réu amplitude em sua defesa, pois somente poderá o réu exercê-la totalmente caso tenha perfeita apreensão do que está expressado na petição inicial*”²¹⁷. E a hipótese assim se fundamentaria:

*E, se o órgão judicial não concorda com as alegações das partes deve fundamentar as razões de sua discordância (art. 1º, caput e 93, IX, CR/88), e mais, se possui uma terceira opinião, deve submetê-la à procedimentalidade discursiva, proporcionando a essas partes a possibilidade de manifestarem-se acerca de seu entendimento, para somente após proferir o provimento. Na pior das hipóteses, o magistrado deveria advertir às partes das irregularidades ou deficiências de suas conclusões e alegações*²¹⁸.

Contudo, entende-se que a configuração da prescrição civil, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o magistrado apresente essa “*terceira opinião*”. Quando estiver envolvido direito disponível, dada a disponibilidade que envolve não apenas o direito, mas também a própria exceção substancial, sustentar-se que o juiz apresentaria “*opinião*” contrária à manifesta disponibilidade dos envolvidos geraria um entrave à sistemática do fenômeno prescricional.

Voltemos a mais considerações acerca da emenda da inicial. Se o autor, mesmo diante da determinação de que emende a inicial²¹⁹, não se manifesta, cabe ao réu argüir a prescrição, não em razão de impugnar fatos trazidos pelo autor (este, recorde-se, não os trouxe), mas em função de lhe competir alegar “*toda a matéria de*

²¹⁷ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I, p. 273.

²¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Preclusão como fator de estruturação do procedimento. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. IV, p. 198-199.

²¹⁹ O que poderia, inclusive, ser determinado mais de uma vez, a fim de que fossem realmente elucidados os fatos constantes da inicial, cf. WAMBIER; TALAMINI; ALMEIDA. *Curso avançado de processo civil*, p. 274.

defesa (...) com que impugna o pedido do autor” (conforme regra do artigo 300, CPC). Como se percebe, as condições para a operacionalização do disposto na nova redação do artigo 219, § 5º, CPC, demandam uma interpretação sistemática das normas processuais, como já fora alertado por Humberto Theodoro Júnior, em linhas inaugurais de interpretação da nova regra²²⁰. Aponta o jurista que:

*a decretação autoritária e sumária da prescrição, sem a necessária provocação da parte, ofende ainda a garantia do devido processo legal, por não respeitar os interesses tanto do credor como do devedor*²²¹.

Entretanto, Theodoro Júnior prefere recomendar a revogação da inovação legislativa, de *lege ferenda*, indicando, ainda, que enquanto tal não se verifique, sejam minimizadas suas impropriedades por intermédio de aplicação da regra apenas a casos específicos²²². Segundo entendemos, afastada deve ficar, desde logo, a hipótese de incidência do novel (e controverso) artigo 285-A, do CPC, para o caso de aplicação da regra de cognoscibilidade *ex officio* da prescrição. É que a nova hipótese de julgamento de improcedência trazida pela lei nº. 11.277, de 07/02/2006, para “*casos idênticos*”, exige se trate de matéria controvertida exclusivamente “*de direito*”, o que invariavelmente fugirá ao alcance da prescrição civil, instituto jurídico alinhado aos fatos, como já se apontou. No mesmo sentido, embora se tente a aproximação entre a pronúncia de ofício da prescrição civil e a hipótese legal de emenda da inicial, como esboçado neste tópico, temos que o raciocínio não se sustenta quando envolvidos direitos disponíveis.

Lopes da Costa adverte que “*conhecer ex officio não implica pesquisar inquisitorialmente*²²³”. Intimadas as partes para se manifestarem acerca de eventual prescrição, tem-se que tal manifestação versará fatos, cuja pesquisa “*não se faz inquisitorialmente, mas se entrega principalmente à iniciativa da parte*”, buscando-se no processo algo que, “*em falta de outro nome, se chama verdade formal*²²⁴”. Omissas as partes, entretanto, deve a regra ser adequada à sistemática processual civil, com o que se deveria buscar uma omissão eloquente, talvez a partir do

²²⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 41-69.

²²¹ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 67.

²²² Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 69.

²²³ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III, p. 23.

²²⁴ LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1959, v. III, p. 70-72.

fenômeno da preclusão, compreendendo-se o processo como “*uma estrutura progressiva de preclusões*”²²⁵. Afinal, reconhece-se que a preclusão “*gera inúmeras conseqüências jurídico-processuais, o que por si só já reafirma sua condição de fato jurídico processual autônomo*”²²⁶.

Neste sentido, dir-se-á, com base na regra do artigo 471 do CPC, que uma vez decidida no processo a questão envolvendo a prescrição, será vedado retomar a discussão a seu respeito. Essa regra, pela qual “*nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide*”, de fato, haverá de incidir sobre questões decididas. Disso não se duvida. A jurisprudência, inclusive, confirmou em diversas ocasiões a existência de preclusão quando se decide sobre a ocorrência de prescrição em despacho saneador²²⁷. Contudo, a invocação da regra como solução para os imbróglios trazidos pela lei nº. 11.280/06, à semelhança de outras tantas soluções, peca pela consideração apenas de uma situação ideal, desconsiderando exceções que modificam a análise. Os efeitos decorrentes da regra do artigo 471 incidem sobre “*questões já decididas*”, entendendo-se que, se já foi realizada no processo decisão tocante à prescrição, não se poderá manusear o disposto no artigo 193 do Código Civil para que a prescrição seja alegada em momento posterior²²⁸.

A situação idealizada por esse posicionamento é configurada pela manifestação das partes envolvidas no processo, que, intimadas a se manifestarem sobre a prescrição, expressam sua posição, sobre a qual, afinal, se forma o julgado de solução de questão não mais passível de ser revolvida. Não se considera, assim, a hipótese de silêncio das partes. O sistema processual civil brasileiro (e também o sistema civil), a nosso ver, não comporta uma norma pela qual se poderia imputar às partes, por seu silêncio, o julgamento da prescrição, a favor de quem quer que fosse. O silêncio do réu não poderia indicar nem que estivesse aceitando o favorecimento que a prescrição lhe traria, com julgamento de improcedência do feito, nem que a ela estivesse renunciando, uma vez que o silêncio processual, segundo cremos, não importa em renúncia tácita, eis que não inequívoca²²⁹.

²²⁵ VIEIRA. Teoria geral da efetividade do processo, p. 91.

²²⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Pedido de reconsideração e preclusão *pro judicato* no processo civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 7, n. 42, jul./ago. 2006, p. 106.

²²⁷ Como lembrado por NEVES. *Prescrição e decadência no direito civil*, p. 106.

²²⁸ Cf. MAZZEI. Reconhecimento ex officio da prescrição, p. 432-433. Positiva o artigo 193 do CC: “*A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita*”.

²²⁹ Dispõe o artigo 191, CC, a respeito da renúncia tácita: *A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição*.

Ademais, para que a prescrição seja renunciada deverá, necessariamente, ter se consumado (artigo 191, CC). Se não há elementos para que se conclua pela sua consumação, não se pode entender tenha ocorrido renúncia, sob pena de se admitir decidir por renunciada prescrição ainda não consumada (prescrição apenas aparentemente consumada), subvertendo-se todo o sistema do instituto. De igual sorte, o silêncio do autor não importaria em que assumisse como destinada à improcedência sua demanda, mesmo após intimação para emenda de sua inicial. Se invocada pelo réu a prescrição, como fato extintivo da pretensão deduzida na inicial (artigo 333, II, CPC), seria indubitavelmente um ônus processual do autor apresentar suas razões para afastar a prescrição, como se vê da interpretação conjunta das regras do artigo 326 e inciso I do artigo 333, ambas do CPC²³⁰. Mas diante apenas da manifestação do magistrado, se silente o autor, retorna-se à hipótese de que o réu ainda possa renunciar à prescrição, em um círculo vicioso que torna a nova disposição do § 5º do artigo 219 uma regra de difícilíssima acomodação no ordenamento jurídico nacional.

Por estas razões é que vem sendo apresentado pela doutrina entendimento segundo o qual, permanecendo silentes as partes envolvidas, deverá prosseguir o processo²³¹, com o que concordamos. Logo, a cogitação envolvendo a interpretação da nova disposição legal em conjunto com as regras que envolvem a emenda da inicial não fornece conclusões adequadas para a aplicação da regra do § 5º do artigo 219, CPC. Embora se tenha cogitado da emenda da inicial como momento procedimental em que se poderia fazer valer aquela disposição doutrinária de que o princípio do contraditório informaria a incidência da nova regra do § 5º, temos que a idéia não serve à sua interpretação, daí afirmarmos a insuficiência da tese, não obstante reconhecimento dos esforços daqueles que a defendem.

Assim, não obstante o empreendimento da doutrina para que o princípio do contraditório fosse suficiente para acomodar a regra da cognoscibilidade da prescrição civil, de ofício, pelo magistrado, ao sistema processual civil brasileiro,

²³⁰ São as regras do CPC: Art. 326. *Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe impuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.* E o artigo 333, com seu inciso I: *O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; (...).* Disso ainda decorre uma hipótese interessante no tocante à prescrição: o autor terá oportunidade de comprovar, por meio de documentos, eventuais obstáculos ao transcurso do lapso prescricional, acaso suscitada a prescrição pelo réu.

²³¹ Cf. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 152-153.

tem-se que a hipótese não é suficiente. Somadas as insuficiências da invocação do princípio do contraditório à manutenção da possibilidade de renúncia à prescrição, à possibilidade de se a argüir em qualquer grau de jurisdição, e à não fatalidade de seu transcurso temporal, vem-se caminhando para uma compreensão de que é a norma hostil a toda sistematização que a prescrição civil tem no ordenamento jurídico brasileiro. E a nova disposição legal foi ainda capaz de reavivar uma antiga discussão, conforme se demonstra a seguir.

5.5 O retorno a uma velha discussão: a ocorrência da prescrição civil *ope exceptionis* ou *ipso iure*

Não ressoa na doutrina de modo unânime solução para a questão de se a prescrição opera *ope exceptionis* ou *ipso iure*. E nos parece claro que a nova disciplina da cognoscibilidade de ofício da prescrição confere fôlego renovado à discussão, dada a profusão das duas idéias pela doutrina. Vê-se, a este respeito, que Luís Cabral de Moncada afirma que “a prescrição produz os seus efeitos automaticamente; isto é, independentemente de ser invocada em juízo como exceção”, sendo esta a visão também sustentada por autores clássicos, entendendo que a prescrição civil opera de pleno direito²³². Outra é a visão de Cândido Dinamarco e Humberto Theodoro Júnior, para quem a prescrição opera *ope exceptionis*, não *ipso iure*²³³, vale dizer, não basta o decurso do lapso de tempo para que a prescrição se consuma, carecendo se opere via exceção²³⁴.

Câmara Leal é outro dos autores que defendem a consumação imediata da prescrição, conjuntamente com o término do lapso prescricional. Entende o autor que a necessidade de que seja declarada a prescrição pela via jurisdicional, para que possa então se consumir, implicaria na exigência de requisito não previsto em

²³² Cf. DE MONCADA. *Lições de direito civil*, p. 734. Dentre os clássicos: CHIRONI. *Istituzioni di diritto civile italiano*, p. 260.

²³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 442. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 59.

²³⁴ Também esse o entendimento de RIPERT; BOULANGER. *Tratado de derecho civil*, p. 632. Luiz Frederico Carpenter, inclusive, aduz que o fato de o juiz não poder conhecer da prescrição de ofício é consequência de não se operar *ipso iure*, cf. CARPENTER. *Da prescrição*, p. 228.

lei, pelo que afirma se operar *pleno iure*. Seguindo esta orientação, assim se manifesta:

*A prescrição existe e opera o seu efeito liberatório, ou extintivo da obrigação, desde que se consuma, pela expiração do prazo prescricional. A invocação dela em juízo é apenas uma afirmativa de que ela existe, e não uma condição de sua existência*²³⁵.

E a razão para que assim entenda decorre da compreensão de que a prescrição tanto poderá ser objeto de exceção, como também de ação própria²³⁶. Isso, contudo, como entendemos, não inviabiliza a tese de que depende de exceção para que se concretize. Não cuidou Câmara Leal de apontar que, uma vez ocorrente *ipso iure*, deveria ser reconhecida de ofício pelo juiz, hipótese que descarta em sua obra, indicando, na verdade, haver adotado posição intermediária na polêmica. O fato de que possa ser deduzida também em ação autônoma apenas faria com que mais uma vez se veja que a prescrição depende de manifestação jurisdicional para que se concretize sua eficácia liberatória. E como a via da exceção é a mais comum para tal eficácia, como o próprio Câmara Leal admite em sua obra, diz-se da prescrição concretizável *ope exceptionis*.

Assim, muito mais substancial nos parece a defesa de que a prescrição opere por via de exceção, já que não se configura como causa extintiva automática da pretensão. Deveras, a possibilidade de renúncia à prescrição por aquele que dela se beneficiaria demonstra de modo incontestável que a atuação da prescrição não é automática. Conserva-se o direito, junto à respectiva pretensão, nascida de sua violação, e somente com o manuseio da respectiva exceção substancial, opera a prescrição. E ainda que se pretenda viabilizar o reconhecimento jurisdicional de prescrição, o caminho mais adequado ainda seria o de demanda autônoma, em que seria reconhecido o preenchimento de todas as condições impostas à concretização da prescrição.

Afirma Enneccerus que seria “*pouco decoroso*” que o ordenamento jurídico protegesse relações jurídicas através de previsão de concretização *ipso iure* da prescrição, já que em muitas hipóteses a renúncia àquela aparenta ser a medida

²³⁵ CÂMARA LEAL. *Da prescrição e da decadência*, p. 55 e 67-68.

²³⁶ Como já se viu, tratar-se-ia de ação declaratória: incabível, porém, a rigor, por versar fato e não relação jurídica.

mais adequada, como, por exemplo, no comércio, em que prevaleceria a idéia de que o crédito sempre deve ser quitado²³⁷ (aspecto “ético” da prescrição). E embora o tema pareça, apesar de controverso, de simples resolução neste trabalho, a razão para que se tenha afirmado acima o retorno da discussão é muito simples: com a possibilidade de que o magistrado conheça de ofício a prescrição, abala-se sua conceituação como exceção. Ou seja, o trauma acaba sendo muito maior, não se subvertendo apenas a idéia de que a prescrição necessite ser alegada pela via de exceção para operar, mas também a de que se trate propriamente de uma exceção, pois agora com nítidos contornos de objeção. A prescrição não operaria apenas se alegada via exceção, *ope exceptionis*, podendo o magistrado pronunciá-la *ex officio*, com o que seria devido entendê-la verificada *ipso iure*, que é, afinal, justamente o que ocorre à decadência por ocasião de seu pronunciamento em juízo.

Esta pronúncia de ofício pelo magistrado confirmaria, assim, que a prescrição se efetive extra-autos, em momento anterior, *ipso iure*, portanto. Tanto que caberia ao magistrado sobre ela se pronunciar (é o que poderia, em um primeiro momento, decorrer da interpretação da nova redação da regra do § 5º do artigo 219, CPC). Não por razão diversa, Chironi já afirmara que a decadência se apresenta como uma “*prescrição especial*” que, por particulares considerações de ordem pública, não se submete a interrupções, suspensões ou impedimentos, pelo que pode ser pronunciada de ofício²³⁸. A aproximação do regime da prescrição do da decadência, na obra do autor italiano, é bastante acentuada, como se percebe.

Entende-se, por tudo isso, que se conserve a prescrição civil, não apenas como exceção substancial, mas também como não passível de verificar-se *ipso iure*. Humberto Theodoro Júnior indica, com Serpa Lopes, que se deve ver, ao lado da necessária idéia de que a prescrição é elemento de defesa (exceção substancial), que “*não se pode ver na prescrição consumada qualquer resquício de ordem pública*”²³⁹. Como se expôs ao longo deste estudo, não faltam autores que vêem no instituto da prescrição civil motivações de ordem pública, mas no resguardo de interesses privados. A tese permeia muitas obras, e não nos parece diferir tanto daquela acima apresentada. É que a dita ausência de resquício de ordem pública se volta para um impedimento de que a prescrição seja pronunciada de ofício pelo juiz.

²³⁷ Cf. ENNECCERUS. *Derecho civil*, p. 489. Igualmente: THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 52, fazendo expressa referência às lições de Menezes Cordeiro.

²³⁸ Cf. CHIRONI. *Istituzioni di diritto civile italiano*, p. 253.

²³⁹ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 62.

Assim, não há problema em que se reconheça, e se sustente, o fundamento da prescrição na ordem pública, como expusemos anteriormente, desde que os efeitos daí decorrentes não ultrapassem toda a sistemática voltada para as conveniências do legitimado ao manuseio da exceção de prescrição. Mantida a ordem pública junto ao intento de que as pretensões não se conservem infinitamente, não haveria qualquer problema em instituir a prescrição com esteio na ordem pública. O que não se imagina é que se permita, com base naquela ordem, a pronúncia da prescrição pelo magistrado, de ofício, subvertendo-se as condições institutivas da prescrição civil - fundada na *“liberdade individual no tratamento dos interesses e direitos pessoais disponíveis”*²⁴⁰.

Quer-se crer que a inovação legislativa tem várias inadequações, pelas razões que se vem expondo. Corroborando a idéia, vê-se que mesmo autores que afirmam que a prescrição civil se concretiza imediatamente após o transcurso do prazo estabelecido (*ipso iure*), defendem que se sustente seu conhecimento apenas pela manifestação da parte a que aproveita, sem que dela conheça o magistrado em atividade de ofício²⁴¹. Assim, mesmo com a reforma legislativa que aparentemente haveria de conferir à prescrição características de objeção, a natureza jurídica de exceção há de ser ressaltada, já que o novo enunciado legal não tem o condão de alterar-lhe a substância. Traz-se, na verdade, nova luz ao tema, demonstrando que pelas principais características da prescrição (ressaltando-se a possibilidade de renúncia e de que seja interrompida, suspensa ou impedida), não só não seria objeção, como também não poderia jamais dela conhecer o magistrado, sem que fosse provocado por meio de exceção substancial.

A alteração legislativa, contrariando o que há de regulamentação da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, ao invés de permitir se sustente a possibilidade de que se tenha convertido a prescrição civil em objeção, reforça sua condição de exceção, na medida em que demonstra ainda mais a relevância de que seja sempre verificável *ope exceptionis*, não operando de pleno direito. Ou seja, percebe-se com a inovação legal que, de fato, nenhuma dúvida deveria haver se a prescrição opera *ipso iure* ou por meio de exceção, já que, a vigorar aquela primeira tese, mais sustentável dela conhecesse de ofício o magistrado. Por outro lado, percebendo-se a insuficiência teórica que ainda há para sua pronúncia de ofício pelo

²⁴⁰ THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 64.

²⁴¹ Cf. DE MONCADA. *Lições de direito civil*, p. 734.

magistrado, a inovação apenas fornece mais conteúdo para que se entenda, junto a seu descompasso em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a natureza de exceção da prescrição, ao lado da necessidade de que opere *ope exceptionis*.

5.6 Conteúdo da decisão jurisdicional de prescrição

Os problemas detectados nos tópicos antecedentes ainda nos remetem a mais um inconveniente da alteração legislativa promovida pela lei nº. 11.280/06, e que diz respeito ao conteúdo da decisão que pronuncia a prescrição civil. Como já visto anteriormente, na lição de Ovídio Baptista da Silva, o que se busca reconhecer em uma sentença é a pretensão do titular de um direito, entendendo-a como um “*poder exigir*”, dando-se a cada pretensão a noção de uma “*exigibilidade*” própria de um direito²⁴². A sentença que pronuncia a prescrição o faz reconhecendo que a pretensão teria sido extinta, por tudo quanto consta dos autos, decidindo de mérito, com o que a decisão se estabilizará tão logo passe em julgado, decorrência da coisa julgada material.

A prescrição civil, visto que o decurso do lapso temporal que a informa é limitado por fatos, tanto em seu início quanto em seu derradeiro momento, é matéria sobre a qual se decide a partir da análise de fatos. Deve-se saber o que deu ensejo ao início do transcurso do lapso prescricional, saber-se também da ausência de eventos interruptivos, suspensivos ou impeditivos da prescrição (ou de sua cessação) para, afinal, cientificar-se seguramente de que se concluiu todo o transcurso do tempo determinado por lei para configuração de requisito do fenômeno prescricional. Lembrando-se que a lei alude à violação do direito como marco inicial da pretensão, a verificação segura da ocorrência da lesão é ponto fundamental a ser considerado. Assim, o que se vê é que a aplicação das regras prescricionais não deve ser feita sem cautela, vez que essa aplicação é “*ato de argumentação e decisão fundamentada, e não operação automática*”²⁴³.

E de igual forma o transcurso do lapso prescricional, a sua duração, importa ao que aqui se estuda. A nosso ver, a feliz associação que Carnelutti estabeleceu

²⁴² Cf. BAPTISTA DA SILVA. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*, p. 35.

²⁴³ Cf. NEVES. *Prescrição e decadência no direito civil*, p. 63.

entre a dinâmica e a estática do direito demonstra que, de alguma forma, a própria “*duração*” seja um fato relevante para o direito, fazendo-se referência aqui à “*duração*” temporal. Tem-se, assim, a “*duração*” entendida como a “*expressão do fato puramente temporal*”²⁴⁴. A prescrição é, pois, conceito tocante à dinâmica do direito, na medida em que se informa por “*uma omissão prolongada no tempo (por um certo tempo)*”. E arremata Carnelutti, afirmando que decorre daí a orientação de que o lapso prescricional admita suspensão e interrupção, já que importa à prescrição que uma omissão tenha uma determinada duração²⁴⁵ (ou seja, independe o fato de esta duração haver comportado interrupções, suspensões ou impedimentos em seu transcorrer; importa, sim, que dure pelo prazo previsto em lei).

Reconheça-se, com a profunda construção carneluttiana, que a fatalidade do transcurso decadencial revela toda a estática do direito, invariável e insuscetível de modificações pelos fatos, enquanto que o dinamismo da prescrição é denunciado pelo conjunto numeroso de possibilidades de sua interrupção, suspensão ou mesmo impedimento. Verificado que o lapso de tempo previsto no ordenamento jurídico fluiu em sua inteireza, permite-se seja fundamentada decisão que, de mérito, pronunciará a prescrição. Esta pronúncia, entretanto, e seguindo-se o que se vem defendendo neste trabalho, deverá ser precedida de exceção substancial, na hipótese de se tratar de direitos patrimoniais disponíveis. Por essa razão é que não somos da mesma opinião de Elpídio Donizetti Nunes, quando afirma que a prescrição estaria agora, ao lado das condições da ação e dos pressupostos processuais, inserida no sistema como uma objeção processual²⁴⁶.

As condições pelas quais a prescrição está positivada no ordenamento jurídico brasileiro não permitem, pela simples revogação da regra do artigo 194 do Código Civil, transmude-se de exceção para objeção (recorde-se que a prescrição é instituto eminentemente positivo, cuja fonte primeira é a lei, inexistindo a modalidade convencional que a decadência, por exemplo, comporta). Igualmente, a modificação legislativa não terá o condão de levar a questão tocante à prescrição para o âmbito puramente processual, por se tratar de apreciação que continuará tocante à matéria

²⁴⁴ Cf. CARNELUTTI. *Teoria geral do direito*, p. 57.

²⁴⁵ Cf. CARNELUTTI. *Teoria geral do direito*, p. 468. Para que a lógica carneluttiana fique ainda mais clara, veja-se que à decadência importa que “*um poder se exerça numa certa distantia temporis*”, conquanto se refere à estática do direito. Fixada a “*distantia temporis*” para a decadência, importa-lhe que se percorra essa “*distantia*”, o que se dá integralmente, daí que não se interrompa ou se suspenda.

²⁴⁶ Cf. NUNES. *Curso didático de direito processual civil*, p. 189.

de fundo do litígio, não perdendo, como entendemos, seu aspecto substancial. A idéia de que a prescrição civil seria uma objeção processual já fora desenvolvida por Wellington Moreira Pimentel, no seguinte sentido:

A inocorrência da decadência ou de prescrição é uma condição da ação. Se o juiz verificar, desde logo, que ocorreu a decadência ou prescrição de direitos não patrimoniais, indeferirá de plano a inicial, diante da inviabilidade da ação²⁴⁷.

Embora o autor se refira à prescrição de direitos não patrimoniais, tem-se por certo que atentava para os direitos que, à época de sua análise, podiam ter a correlata pretensão pronunciada de ofício pelo magistrado (direitos não patrimoniais). O que aproxima a idéia acima daquela apresentada por Elpídio Donizetti Nunes é a de se enquadrar a verificação de prescrição civil dentre objeções processuais, de modo que o magistrado pudesse apreciá-la de ofício. E se é verdade que escrevessem os autores em épocas distintas, reconhecendo-se que a posição de Elpídio Donizetti Nunes se sustenta pela nova disposição do § 5º do artigo 219, CPC, vê-se que ambos estão a caracterizar a prescrição civil como objeção processual, ainda que Elpídio Donizetti apenas por aproximação às condições da ação, enquanto que Wellington Pimentel por inclusão da verificação de prescrição como condicionante da ação.

A nosso sentir, entretanto, a prescrição civil não seria, agora, uma condição da ação, nem mesmo possuiria natureza de objeção processual. Sua caracterização no ordenamento jurídico nacional, previstos obstáculos ao livre transcurso de seu lapso temporal, e positivada hipótese de sua renúncia, faz com que seja tema voltado ao livre dispor dos interessados, com o que desaconselhável seja prevista sua pronúncia por atividade de ofício do magistrado. Haverá um claro descompasso entre o que pretendem os particulares, partes no processo, e o conteúdo da decisão jurisdicional, acaso nessa se pronuncie a prescrição sem que a parte a quem aproveita aponte a questão. A dependência que a prescrição civil tem dos fatos que a orientam, como se viu nessas últimas linhas, é justificativa suficiente para que se demonstre o desacerto legislativo da nova disposição legal de cognoscibilidade da prescrição, de ofício, pelo magistrado.

²⁴⁷ Cf. PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. III, p. 217.

6 A PRONÚNCIA DA PRESCRIÇÃO CIVIL PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

O que deve ser destacado novamente é que vige no ordenamento jurídico brasileiro a regra segundo a qual o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição civil. Considerando-se a manutenção da regra com a redação que lhe é dada, é certo que se torna incumbência do aplicador do direito sua interpretação em conformidade à sistemática processual civil, orientando-se pelo devido processo constitucional. Do que se viu no desenvolvimento dos tópicos antecedentes, pode-se afirmar a existência de alguns problemas que vêm dificultando a adequação da regra ao ordenamento jurídico. Dentre os problemas destacados no capítulo precedente não se fez constar eventual vício de inconstitucionalidade, justamente à razão de que entendemos não haver na regra do § 5º do artigo 219 do CPC brasileiro ofensa, ao menos direta, a preceito constitucional. Sob essa ótica, pode-se chegar a uma etapa importante da integração de uma dada norma ao ordenamento jurídico, sendo incumbência do intérprete desenvolver técnica interpretativa da regra em conformidade com o devido processo constitucional²⁴⁸.

A pesquisa realizada com as bases lançadas pela ciência do direito positivo, ou pela dogmática jurídica, como quer San Tiago Dantas, permite se chegue mesmo à conclusão de *“imprestabilidade da lei”*. É que após criada a norma, e *“plasmado o instituto”*, no caso desse estudo, a cognoscibilidade da prescrição civil, permite-se um debruçar crítico sobre a lei²⁴⁹ e que aqui é feito com suporte na configuração que a prescrição civil já recebe no ordenamento jurídico brasileiro desde antes da edição da lei nº. 11.280/06. Expõe Arruda Alvim que *“parece não haver um genuíno interesse público que explique porque a prescrição deveria deixar de ser objeto de exceção”*. Deveras, dada a configuração legal da prescrição civil, entende o jurista ser possível que o interessado na prescrição civil deseje que ela não seja

²⁴⁸ Cf. BRÊTAS. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional, p. 249. No sentido de comportar a regra alguma inconstitucionalidade, tocante à ingerência do Estado sobre a *“atividade econômica”* dos particulares: ALBUQUERQUE JÚNIOR. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo, p. 289-291. E apontando inconstitucionalidade na lei nº. 11.280/06 por contrariedade aos *“valores constitucionais”* da isonomia, adequação e segurança jurídica e, ainda, por invadir a autonomia da vontade: CÂMARA. Reconhecimento de ofício da prescrição, p. 116-117.

²⁴⁹ Cf. SAN TIAGO DANTAS. Nova dogmática jurídica, p. 242.

pronunciada no processo²⁵⁰, pelas mais variadas razões. Com o que vimos expondo, portanto, e mais ainda com o que será elaborado nas linhas que se seguem, ousamos afirmar que, à interpretação da nova regra do § 5º do artigo 219, CPC, não basta o princípio clássico de hermenêutica “*onde o legislador não distingue, não se deve distinguir*”, já que o “*engano*” apontado deverá ser corrigido pelo intérprete, enquanto não se altere a legislação²⁵¹: mesmo porque, como visto, certos artigos de lei, no sistema do Código Civil, distinguem.

Em estudo sobre o que denomina “*requisito da inércia*” do juiz, Rosemiro Leal pondera que, no que tange aos direitos disponíveis, “*em que prevalece a liberdade das pessoas de movimentar ou não a jurisdição para exercê-los*”, o magistrado não poderá provocar a atuação jurisdicional do Estado em substituição à parte interessada²⁵². Como já foi demonstrado, toda a atuação do fenômeno prescricional envolve direitos patrimoniais disponíveis. Entendemos, outrossim, que o “*requisito da inércia*” do juiz é válido tanto para a provocação da atividade jurisdicional quanto para a defesa processual que se realiza com suporte em direito disponível. E uma vez que a exceção substancial é o caminho mais coerente com o sistema civil brasileiro para que se faça atuar a prescrição, tratando-se de direito disponibilizado ao interessado, que pode, inclusive, renunciar a ela, essas noções são introdutórias do tópico seguinte, desenvolvido em torno da autonomia do direito de defesa.

6.1 O direito de defesa como antecedente lógico-jurídico da exceção de prescrição civil

Para que se entenda a prescrição civil dentro da extensão pretendida neste trabalho, fazem-se necessárias breves considerações acerca do direito de defesa, buscando-se não um esgotamento do assunto, mas uma aproximação deste à idéia que aqui se traça da prescrição civil. Com efeito, entende-se que a prescrição é uma

²⁵⁰ Cf. ALVIM. Lei 11.280, de 16.02.2006, p. 23. Idem em: ALVIM. *Manual de direito processual civil*, p. 261-263.

²⁵¹ Cf. ALVIM. Prescrição e decadência, p. 60. É de se esclarecer que as considerações da autora tiveram por objeto a ausência de distinção entre a prescrição e a decadência no Código Civil de 1916. Valemo-nos de suas considerações, entretanto, ao justificável argumento de que também para a regra do § 5º do artigo 219 do CPC brasileiro vale a afirmação.

²⁵² Cf. LEAL. *Teoria geral do processo*, p. 118.

exceção substancial, tocante ao próprio direito material, compondo, conforme sistemática processual civil, a matéria de fundo do eventual litígio. Objetivando o titular da pretensão o seu reconhecimento jurisdicional, e desde que preenchido o lapso temporal legal correspondente para se permitir a invocação da prescrição, haverá possibilidade de que seja manuseada a exceção substancial de prescrição em defesa daquele contra quem se quer ver reconhecida a pretensão. O paralelo aqui traçado é entre o exercício do direito de ação e o exercício do direito de defesa. São precisas, a respeito, as linhas traçadas por Kazuo Watanabe:

Entre ação e exceção (no sentido amplo, de defesa) há um paralelo tão íntimo que, embora não se possa dizer constitui a exceção uma verdadeira ação autônoma, faz parte, inegavelmente, do próprio conceito de ação, no sentido de que esta não somente confere ao autor o direito de pedir a tutela jurisdicional para determinada pretensão sua como também atribui ao réu o direito correlato de contradizer e de reclamar do órgão jurisdicional que julgue a ação levando em conta suas alegações²⁵³.

A posição de Watanabe segue de perto aquilo que Eduardo Couture já escrevia há alguns anos sobre a defesa processual. De fato, o autor uruguaio afirma que analisa a defesa como “a ação do demandado”, baseando-se no clássico texto atribuído a Ulpiano: “*reus in exceptione actor est*”²⁵⁴. As considerações de Couture formarão a linha principal sobre a qual se pretende estudar o direito de defesa. O jurista rio-platense, em edição de obra posterior a seu falecimento, traça um expresso paralelo entre o direito de ação e o direito de defesa, respectivamente atribuíveis ao autor e ao réu de uma demanda. Assim, sustenta a noção de que a defesa processual é um “conjunto de atos legítimos tendentes a proteger um direito”, afirmando, com Wach, a existência de “um interesse do demandado à tutela jurídica que rechace a ação infundada”²⁵⁵.

A associação entre ação e defesa, em sua obra, é de irrepreensível tessitura, com o que se pode chegar à ousadia de afirmar a coexistência da defesa ao lado da clássica tríade em que se estrutura o direito processual civil: jurisdição, ação e processo. A estes elementos, tomados como base metodológica e científica de

²⁵³ WATANABE, Kazuo. Ação dúplice. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, p. 138-143, jul./set. 1983, p. 140.

²⁵⁴ Cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 89. Trecho com tradução livre.

²⁵⁵ Cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 91-93. Trecho com tradução livre.

estudo e da teoria e prática do processo²⁵⁶, crescer-se-ia, conforme se pode entender, a defesa. A idéia, de todo modo, embora desenvolvida acima a partir da obra de Couture, pode ser também extraída, em certa medida, dos escritos do próprio Ramiro Podetti, quando este considera paritariamente as posições do autor e do demandado, para fins de análise da ação. A “*ação infundada*” assim o é sob a ótica do autor, sendo, contudo, uma proteção ao direito do demandado, se sob a visão deste se encara aquele desfecho da demanda²⁵⁷.

Aprofundando seus estudos sobre a autonomia da defesa processual, assevera Couture que a discussão em torno de ser o direito de ação abstrato ou concreto desenvolve-se de modo análogo no tocante à defesa. Assim, para os abstrativistas, na mesma medida em que há o direito abstrato de ação, que assiste ao demandante, há o correlato direito abstrato de defesa, assistindo ao demandado. O direito de defesa, portanto, vai além de um contradireito, pois que independe de se atribuir prévia razão ao conteúdo de defesa de seu titular²⁵⁸.

O que fica claro é que o autor busca um fundamento comum tanto para a defesa cujas razões foram acolhidas na sentença, quanto para a defesa cujas razões não tiveram a mesma sorte, à exata semelhança do que mais comumente se faz, em relação ao direito de ação, para se buscar o fundamento comum “*a la demanda triunfante y a la demanda rechazada*”. Chega-se a afirmar a existência de um direito substancial de se defender, que seria “*tão substancial*” quanto o próprio direito que se discute em juízo. O “*caráter cívico*” da defesa está em que há um íntimo paralelo entre a eventualidade da defesa e a liberdade da parte autora de pleitear suas pretensões perante um órgão jurisdicional²⁵⁹.

Vê-se, logo, que lutar pela rejeição do direito do autor se constitui em um verdadeiro direito do réu, de modo que a sentença que desacolhe uma pretensão daquele confere um “*provimento declaratório negativo*” ao réu, instituindo-se a bilateralidade que confere natureza dialética ao processo, ampliando-se o campo de atividade lógica do magistrado²⁶⁰. A autonomia teórica da defesa, especialmente em

²⁵⁶ Cf. PODETTI, Ramiro J. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 338.

²⁵⁷ Cf. PODETTI. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, p. 383.

²⁵⁸ Cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 93-95.

²⁵⁹ Cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 95-97. Observa Rosemiro Leal que o instituto da defesa assume “*exceção plena*”, com o que anuncia uma paridade entre a ação e a exceção como defesa plena, “*forma de exclusão da ação*”, cf. LEAL. *Teoria geral do processo*, p. 187.

²⁶⁰ Cf. WATANABE. *Ação dúplice*, p. 140.

sede de argüição de prescrição, remonta à Cidade Antiga, desnudado que na gênese da prescrição se conferia uma exceção extintiva da *actio* a favor daquele contra quem era editada a fórmula pelo pretor romano. É que, até o século VI, toda *actio* romana era perpétua, época em que se instituiu uma “*parte introdutória*” na fórmula editada pelo pretor (e que era o traço marcante do período formulário romano), a denominada *praescriptio*, conferindo-se temporalidade à fórmula, a ser observada pelo magistrado romano. Como já apontado, no mesmo período se tinha a *exceptio*, em cujo teor o réu, admitindo os fatos narrados pelo autor, outros alegava a fim de extinguir, impedir ou modificar a pretensão do autor²⁶¹.

O direito de defesa, assim, coloca-se como antecedente da prescrição civil, antecedente lógico, porque a defesa somente se realiza na medida em que seja assegurada, e antecedente jurídico, à razão de se permitir a defesa por intermédio de instituto jurídico-processual específico, qual seja, a exceção substancial. Uma vez que a prescrição é passível de renúncia, surgidas as condições de exercício da exceção, o seu titular dela fará uso, ou não, em conformidade apenas com suas conveniências²⁶². Referindo-se ao ordenamento jurídico italiano, mas apontando premissas que valeriam para o panorama das garantias constitucionais do processo (o “*giusto processo*”) tanto na Itália como no Brasil, informa Comoglio que, dentre as normas mais significativas, encontram-se a que prevê a sujeição dos juízes apenas à lei (o que informa o princípio da legalidade) e aquela pela qual todos podem defender os próprios direitos e interesses legítimos em juízo, assegurando-se aos interessados a inviolabilidade do direito de defesa e os meios para se defender²⁶³.

A manutenção da prescrição civil nas exatas condições em que esta já vinha sendo tratada há algum tempo, como uma exceção substancial, garantiria não

²⁶¹ Cf. CÂMARA LEAL. *Da prescrição e da decadência*, p. 4-5. Ainda: PINTO. O fundamento da pretensão processual como objeto da prescrição e da decadência, p. 66-67; e FRANCESCHINI. Prescrição e decadência. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação, p. 71-72. Informa-se a esse respeito, ainda, que foi Justiniano quem aproximou os conceitos da *praescriptio* que antecedia a fórmula e que extinguiu a *actio* do autor, daquela *praescriptio* que anulava a pretensão reivindicatória, o que serviu para que se chegasse à secular aproximação entre prescrição aquisitiva (usucapião) e extintiva. O último traço histórico de seu estudo autônomo, como adotado na legislação brasileira, anterior, portanto, à unificação sob Justiniano, remonta à Constituição de Teodósio II, a partir de quando foram introduzidos limites temporais para o exercício, em juízo, dos direitos, cf. THEODORO JÚNIOR. Prescrição e decadência no novo Código Civil, p. 132.

²⁶² Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 59. Importante recordar-se o ensinamento de Lopes da Costa, segundo quem a exceção substancial é toda aquela cujo conteúdo não pode ser conhecido pelo magistrado de ofício, sendo também representativo de um direito que se possa fazer valer por meio de ação, cf. LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, 1947, v. II, p. 188.

²⁶³ Cf. COMOGLIO. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*, p. 95-98.

apenas a sintonia entre o direito processual e o direito material (e toda a disciplina que envolve a prescrição), como também asseguraria um provimento final no processo, coerente com a dinâmica da prescrição no direito material. Se a prescrição pode ser renunciada e se os prazos a ela correlatos não são fatais, muita insegurança resultaria de um julgamento que ignore a manifestação das partes a seu respeito. A disponibilidade da exceção substancial de prescrição é um predicado que decorre de toda a sistematização que o instituto recebeu do direito material, forçando sua compreensão como uma defesa, que, afinal, pode ser exercida ou não.

No que toca ao direito de defesa, compõem a idéia de um processo *“leal”* e *“correto”*, como menciona Comoglio, tanto o direito de ser ouvido e julgado por um magistrado imune a uma *“ciência”* ou *“informação privada”*, quanto a garantia de que se decida a causa com base nas provas e outros elementos produzidos em contraditório processual²⁶⁴. O magistrado, nessa visão, não tem reduzida sua reconhecida posição de diretor do processo. O que se pretende é, a partir de todas as particularidades que ainda envolvem a configuração da prescrição civil (e elas são muitas), entender-se que somente pode ser conduzida no processo, por meio de uma exceção substancial, reflexo da garantia processual de defesa.

Assim, antecedente lógico de qualquer mecanismo de defesa é a própria garantia fundamental de defesa. Esta, em sua conceituação teórica, informa as condições gerais em que se realiza, no processo, a defesa do interessado. É certo que o titular de determinada pretensão queira defendê-la por meio de processo, no qual seja afirmada em provimento final. Contudo, a defesa a que aqui se refere é aquela manifestada em sede de resistência à pretensão. É legítimo que a lei confira ao magistrado alguma competência para atuação de ofício, como ocorre nos casos das objeções processuais, de que são exemplos as condições da ação e os pressupostos processuais. Neste caso, a atuação do agente público se justifica, na medida em que se volta para aspectos públicos do processo, independentemente dos reflexos que suas decisões possam fazer sentir junto ao patrimônio dos particulares envolvidos. Bem diferente é o que ocorre com elementos que, por dizerem muito mais respeito à esfera patrimonial do particular, devam ficar restritos às conveniências deste. Esta é a linha em que, entendendo-se a defesa como

²⁶⁴ Cf. COMOGLIO. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*, p. 113-114.

garantia fundamental, haver-se-á de fundar a resistência à pretensão deduzida, que poderá, conforme o caso, ser manifestada via exceção substancial.

O processo se inicia pela manifestação de uma parte interessada (a titular da pretensão afirmada), o que decorre do princípio da demanda, e é estabilizado pela manifestação daquela que resiste à pretensão²⁶⁵. Para problemas detectados no exercício da pretensão, na manifestação do interessado, ou mesmo na formação do processo (o processo é também forma), a lei reserva ao juiz a competência para atuação de ofício, ainda que em relação ao mérito, como ocorre com a decadência legal (não a convencional). Daí a sistematização das objeções processuais. Mas legitimamente deduzida a pretensão em juízo, o que decorre de exclusiva opção do interessado, entendemos que não há argumento que justifique imposição diversa ao demandado, no que toca a resistir ou não e como resistir à pretensão deduzida. Este poderá resistir à pretensão de modo direto, buscando sua improcedência (afirmará que a pretensão não tem “*procedência*”, não “*procede*” do direito material). Mas poderá também, por via indireta, opor exceção substancial de prescrição, caso assim entenda. O fundo do litígio, não se duvida, será examinado em uma como noutra hipótese, até por ser a improcedência, “*como julgado de mérito que é*”, no caso da prescrição civil, o “*encontro de ato ou fato jurídico subsequente-extintivo*” daquela pretensão deduzida²⁶⁶. Cumpre-se a função jurisdicional de todo modo, e sem interferências injustificáveis na liberdade dos particulares.

Ademais, entendemos que levar a pretensão material (e sua eventual extinção pela prescrição) para o campo dos elementos que podem ser apreciados pelo magistrado, de ofício, não é algo que se operaria pela simples revogação da regra do artigo 194, do Código Civil. Nem mesmo a nova redação que se deu ao § 5º do artigo 219, CPC, traria esta possibilidade. Uma revolução deveria ser tomada junto à configuração que se dá à prescrição no direito material, e à incidência que esta tem, modernamente, sobre a pretensão material (regra do artigo 189, Código Civil, alhures apreciada). Enquanto a prescrição civil estiver sujeita a interrupções, suspensões, impedimentos e à renúncia, impossível afastá-la da natureza de exceção substancial, sem que sérios prejuízos sejam trazidos à sua sistematização, promovendo-se, ainda, patente desequilíbrio entre o direito material e o direito processual.

²⁶⁵ Cf. VIEIRA. Teoria geral da efetividade do processo, p. 92.

²⁶⁶ Cf. VIEIRA. Lide prejudicial constitucional não decidida e coisa julgada, p. 170.

Recordando-se a lição de Carnelutti²⁶⁷, constata-se a grande dificuldade de se atribuir ao magistrado condições legais de pronunciar, por si só, a ocorrência da prescrição, uma vez que esta se sujeita às intempéries de um sistema que a conduz em estrito dinamismo, norteadas pelas hipóteses de interrupção, suspensão e impedimento de seu regular transcurso. Dinâmica, pois que dinamizada pelos fatos, a prescrição somente poderá ser seguramente verificada no processo, em sua ocorrência ou não, a partir de direta associação ao direito de defesa. Caso renunciada (sob meio que se constitui em ato jurídico), demonstrará que é impossível que sobre ela se manifeste o juiz, de ofício, sem a configuração de graves prejuízos ao sistema de direito material do instituto.

Nesse sentido, ousamos um passo a mais para afirmar que, diante de toda a configuração em que se institui a prescrição civil nos sistemas processual civil e civil, a arguição de prescrição, por meio de exceção, se posta como pressuposto processual da sentença que a reconheça, como se infere de algumas considerações de Couture. Afirma o autor uruguaio que a exceção de prescrição se coloca como um pressuposto processual de uma sentença favorável ao reconhecimento da prescrição. Vale dizer, a arguição de prescrição por intermédio de exceção substancial é antecedente necessário à sentença que reconheça o fenômeno prescricional. É correto, na visão de Couture, perceber-se a invocação dessa defesa indireta (exceção de prescrição) como pressuposto processual de sentença que pronuncie a prescrição, havendo aí uma pretensão do demandado que justifique seja rechaçada a demanda²⁶⁸.

E, se tomada a exceção de prescrição como o meio adequado para reconhecimento processual do fenômeno, na linha que vem sendo aqui traçada, pode-se inferir que a pronúncia de ofício da prescrição acaba por se converter em julgamento que vai além do conteúdo do pedido eventualmente manifestado pelo interessado. Afirma Couture, a este particular, que o que se atribui ao demandado é “a eventualidade da defesa”, assim como o que se atribui à parte autora é a liberdade de se manifestar perante o órgão jurisdicional²⁶⁹. Bilateralidade, portanto, que é extensível às deduções da pretensão e de sua resistência. Trata-se de noção do reconhecimento do fenômeno prescricional que, uma vez entendida, precisa ser

²⁶⁷ Cf. CARNELUTTI. *Teoria geral do direito*, p. 309-310.

²⁶⁸ Cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 108-110.

²⁶⁹ Cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 97.

confrontada com aquilo que é disposto na legislação pertinente, vale dizer, a cognoscibilidade de ofício pelo magistrado.

Também não se pretende defender a idéia de que a possibilidade de o magistrado pronunciar a prescrição civil de ofício levaria o sistema processual civil brasileiro, invariavelmente, a um viés de autoritarismo. Michele Taruffo elucida, a esse propósito, que há grandes diferenças entre um juiz “ativo” e um juiz “autoritário”, reconhecendo, naquele primeiro, algumas atribuições próprias de sua condição²⁷⁰, de direção do processo jurisdicional. A ausência de sintonia que aqui se aponta, portanto, não é a que se dê entre o regime democrático brasileiro e a nova previsão (noção que, fundamentadamente, pode-se defender), mas o descompasso entre a sistemática da prescrição no direito civil e os contornos de nosso processo civil, em especial no que se refere ao direito de defesa, como demonstrado.

Ainda segundo Taruffo, com atribuir mais “*poderes instrutórios*” ao juiz, o Estado não exerceria apenas uma escolha de cunho técnico, mas adotaria uma opção de cunho substancialmente ideológico. Sua atitude, entretanto, não ficaria entre opções de regimes autoritários ou liberais, como informa o jurista italiano, mas seria norteadas pelas ideologias que envolvem “*as funções do processo civil e das decisões que o concluem*”²⁷¹. No caso brasileiro, como já se viu, as constantes alterações legislativas incidentes sobre a sistemática processual civil vêm se realizando com a propugnação por uma efetividade processual que se assemelha à idéia de que o processo deve tramitar do modo mais célere possível. As alterações vão nesse sentido, o que se verifica também com relação à nova redação do § 5º do artigo 219 do CPC: acredita-se que quanto mais ampliadas as hipóteses de se chegar a uma sentença de mérito, mais efetivo seja o processo jurisdicional.

Essa é a confessada “*ideologia*” que norteia o legislador reformista (utilizando-se da expressão empregada por Taruffo), criando-se condições legais de que o magistrado, ultrapassando a disponibilidade do direito de defesa, marcante característica da exceção substancial de prescrição civil, prolate sentença de mérito em uma hipótese em que antes lhe era vedada essa possibilidade. Do posicionamento de Michele Taruffo sobressai ainda um ponto interessante: o de que a acentuação da atuação do magistrado permitiria uma aproximação ainda maior

²⁷⁰ Cf. TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 133, p. 239-266, mar. 2006, p. 254.

²⁷¹ Cf. TARUFFO. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa, p. 255.

entre o provimento final e a “*verdade dos fatos*”. Entretanto, em matéria de prescrição civil, nem mesmo a tese vem em socorro da reforma empreendida pela lei nº. 11.280/06. Com efeito, sendo verdade ou não que a pretensão se prescrevera, importa que esta se informa por um conjunto de condições que volvem à livre disponibilidade do particular. Não é que o interessado não queira que uma “verdade fática” chegue à fundamentação do julgado, mas sim que possa opor tal “verdade” (a de que a prescrição se concretizara) segundo sua própria conveniência (inclusive dispensar-se de apresentá-la).

E ainda há que se considerar que, diante dos objetivos traçados no cerne da reforma empreendida pela lei nº. 11.280/06, tocantes à efetividade processual, resta a dúvida de se realmente a restrição de que a prescrição civil seja cognoscível apenas após manifestada pelo interessado, pela via da exceção substancial, geraria entraves à efetividade processual. Com efeito, não se apresenta justificável a pronúncia da prescrição pelo magistrado sem a provocação da parte a quem aquela aproveita. Ainda que avançado o feito às suas etapas derradeiras, e mesmo que decorridos vários anos desde que o processo se instaurara, a decisão que acolhe a prescrição manifestada pelo interessado é de mérito e é oportuna, resolve o processo com a solução final esperada. Pensar o contrário seria aceitar que a vedação de pronúncia da prescrição após anos e anos de tramitação do feito faria por indesejável, senão inadmissível o processo cujo desfecho se desse, após igual duração prolongada de tramitação, por acordo celebrado pelas partes e homologado pelo órgão jurisdicional. Parece-nos, afinal, correta a lição aqui já reproduzida, segundo a qual não há genuíno interesse público que possa explicar porque a prescrição civil deva deixar de ser objeto exclusivo de exceção substancial.

Não se deve esquecer, por fim, a dinâmica dialética que informa a exceção de prescrição civil. Explica-se: da manifestação daquele a quem a prescrição aproveita, por meio de exceção substancial, ainda não estará autorizado o magistrado a reconhecer e pronunciar a prescrição. Ouvir-se-á aquele contra quem a prescrição é oposta, a partir de quando estará dialeticamente pontuada a questão. Do silêncio deste poderá decorrer até mesmo a presunção de que é verdadeira a alegação de prescrição, reconhecendo-se como um ônus a demonstração de que não se operara o fenômeno prescricional. Essa possibilidade, entretanto, somente é verificável, segundo entendemos, a partir da exceção substancial devidamente manifestada pela parte a quem a prescrição aproveita. Nenhuma presunção legal, por outro lado,

pode decorrer de eventual cognoscibilidade da prescrição pelo próprio magistrado, ou seja, o silêncio das partes não lhes poderá ser nocivo, como já exposto e defendido nesta pesquisa.

Há algumas linhas atrás se procurou pontuar que a integração de novidade legislativa ao ordenamento jurídico vigente deve guardar coerência não apenas com a sistemática já instituída, mas igualmente deve ser orientada pela disciplina do devido processo constitucionalmente estruturado. É a um estudo dessa integração, atenta ao processo constitucional, que se propõe o tópico seguinte.

6.2 Análise dogmático-jurídica a partir da disciplina do processo constitucional

A associação entre Constituição e processo vem sendo objeto de estudos de inúmeros doutrinadores, notadamente em razão da consagração que a Constituição faz de linhas essenciais do sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico do Estado. Não se trata o devido processo constitucional de um ramo autônomo do direito processual, *“mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição²⁷²”*.

A ampliação das atividades desempenhadas pelo Estado faz com que se reflita sobre a conveniência de implementação de sistemas ou instrumentos de controle, efetivados por intermédio de técnicas, a fim de que seja assegurado que os agentes públicos atuem em conformidade com a Constituição e o ordenamento jurídico infraconstitucional. Trata-se, assim, de preocupação com a eficácia das normas constitucionais por meio de instrumentos processuais específicos. Dentre esses instrumentos se destaca o devido processo constitucional, que se apresenta, na síntese elaborada por Baracho, como *“metodologia de garantia dos direitos fundamentais²⁷³”*. Tais direitos fundamentais, embora reconhecidos, historicamente se demonstravam *“inexistentes”*, vez que sua eficácia dependia de posterior

²⁷² Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 122-123.

²⁷³ Cf. BARACHO. *Processo constitucional*, 1984, p. 2 e 126; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1. e 2. sem. 1999, p. 119.

desenvolvimento legislativo, dado não serem auto-aplicáveis. Necessitavam, assim, de correspondentes garantias fundamentais²⁷⁴, notadamente pela sua relevância para o regime democrático, já que na democracia os direitos fundamentais são inafastáveis por se postarem como pressupostos da instalação processual da movimentação do próprio sistema democrático²⁷⁵.

Do conjunto de todas essas noções, decorre a qualificação do devido processo constitucional como garantia fundamental, categoria que compreende “as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (Processo Constitucional) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade²⁷⁶”. Daí, também, a consideração de que todas as proclamações de direitos, para que possam ser eficazes, dependem de instrumentos hábeis que as assegurem, de modo que a verdadeira garantia das disposições fundamentais da Constituição consiste em sua proteção processual, com o que a doutrina moderna já percebera que a “*simples elevação de certos princípios à natureza de preceitos constitucionais não era suficiente para garantir sua eficácia*”, inferindo-se que a garantia das disposições fundamentais consiste em sua proteção processual²⁷⁷. Em outras palavras:

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas Constituições do Século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os tornam efetivos e exeqüíveis²⁷⁸.

André Del Negri aponta que o devido processo constitucional é instituição de regência de todo e qualquer procedimento, tendo por finalidade tutelar a elaboração de provimentos produzidos pelos órgãos estatais, exerçam estas funções

²⁷⁴ Cf. BARACHO. Teoria geral do processo constitucional, p. 124-125.

²⁷⁵ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 31.

²⁷⁶ BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 111. Já por direitos fundamentais adota-se também a posição defendida por Ronaldo Brêtas, segundo a qual se tratam de “*direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional*” (p. 111). Daí a afirmação de Baracho de que “*certos textos constitucionais levam à distinção entre os direitos consignados na Constituição e as garantias desses direitos, que são os meios processuais que tornam possível a sua proteção e eficácia*”, cf. BARACHO. *Processo constitucional*, 1984, p. 183.

²⁷⁷ Cf. BARACHO. *Processo constitucional*, 1984, p. 138-139 e 183.

²⁷⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997, p. 106. Nesse sentido, igualmente, Eduardo Couture, referindo-se a uma “*proclamação programática de princípios processuais*” nas Constituições do Século XX, com escassas exceções, cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 151.

administrativas, jurisdicionais ou legislativas. Estes procedimentos, a seu turno, compõem o devido processo legal, sendo que os procedimentos de produção de provimentos de natureza legislativa, em razão da regência do devido processo constitucional, denominam-se devido processo legislativo²⁷⁹.

Assim, tem-se que já na elaboração da lei nº. 11.280/06, deveria o legislador guardar a máxima atenção ao modelo constitucional do processo, permitindo que as alterações promovidas por aquela nova lei não guardassem descompasso, nem com relação à Constituição, nem com relação à infraconstitucionalidade. Como já apontado anteriormente, deve o legislador atentar para a técnica de elaboração de procedimentos, informando-se pela disciplina do devido processo constitucional. A mesma exigência é feita quando o provimento legislativo objetive a remodelação dos procedimentos como legalmente previstos, justamente o que deve ocorrer com relação à lei nº. 11.280/06 e a alteração que esta promove na redação do § 5º do artigo 219, CPC.

Dispondo sobre a cognoscibilidade da prescrição civil, deveria o legislador atentar para a disciplina do devido processo constitucional. Contudo, ao pretender (declaradamente, como se viu) que o magistrado pronuncie, de ofício, a prescrição, a nova disposição legal traz uma séria de embaraços às sistemáticas civil e processual civil, no tocante à cognição daquele instituto no processo jurisdicional. Com efeito, o método do direito comparado deixa evidenciado que a escolha contrária, não apenas o que dispõem as legislações de outros Estados cujas origens remontam ao sistema romano-germânico, mas se indispõe com a própria tradição do direito brasileiro. E, se tecnicamente os procedimentos são legislados e instituídos para que possam ser satisfeitas determinadas pretensões, também como já visto, certo é que há na nova disposição legal um conflito, não apenas concernente à pretensão cuja satisfação objetive o autor em sua demanda, mas igualmente no que toca à pretensão do demandado em que seja apreciada a prescrição civil no provimento final do processo jurisdicional.

As considerações, como se vê, valem também para a disciplina da produção de provimentos jurisdicionais, que é o que nos interessa. Se a regra do § 5º do artigo 219, CPC brasileiro, agora dispõe que o juiz pronunciará, de ofício e sem qualquer ressalva, a prescrição civil, deve-se perceber desde logo, por tudo o quanto aqui se

²⁷⁹ Cf. DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo - teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 74.

apontou, a grande impropriedade da novel disciplina. E se o legislador desconsidera em sua atividade de complementação do ordenamento jurídico as imposições do devido processo constitucional, deve-se atentar, na aplicação da nova regra, para aquilo que Calmon de Passos bem nomeou como “*devido processo constitucional jurisdicional*”²⁸⁰. Ou seja, a disciplina do processo constitucional, não acolhida de modo suficiente quando da implementação da nova norma pelo legislador, deve agora ser observada quando da aplicação do ordenamento jurídico vigente.

Contudo, antes de se realizar este salto do devido processo constitucional como disciplina de observância obrigatória pelos agentes dos órgãos legislativos para a imposição da disciplina junto ao processo jurisdicional, mais algumas linhas a respeito do processo constitucional se fazem necessárias. Uma das premissas iniciais a que se vincula o processo constitucional é a de reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais, ou do “*império*” daquela sobre estas²⁸¹, de modo que incumbe ao processo constitucional a tutela desse princípio como forma de proteção dos direitos fundamentais. Logo, não é excessivo reiterar que o processo constitucional é “*metodologia de garantia dos direitos fundamentais*”²⁸², sendo o processo, diante de sua dimensão constitucional, a “*garantia das garantias*”, legítima “*matriz política de todo direito*”²⁸³.

E, vista a atual condição do Estado, cada vez mais transformado em centro da vida política, jurídica, social e econômica, regido por um sistema de princípios e regras de aperfeiçoamento da ordem jurídica, tem-se que o processo constitucional deve ser o instrumento eficaz para que sejam consagrados, respeitados, mantidos e restaurados os direitos fundamentais²⁸⁴, verdadeira garantia fundamental. Italo Augusto Andolina, a este respeito, assim se manifesta: *é o mesmo que dizer que o “processo” - ainda que não (sempre) o processo jurisdicional - continua a colocar-se como o centro de gravidade do sistema de garantias*²⁸⁵.

²⁸⁰ CALMON DE PASSOS. *Direito, poder, justiça e processo*, p. 69.

²⁸¹ Cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 148.

²⁸² Cf. BARACHO. Teoria geral do processo constitucional, p. 89 e 118-119. Em igual sentido pontifica Ronaldo Brêtas, para quem a eficiência na prestação jurisdicional se associa à necessidade de que os operadores do direito não vejam o processo como mero instrumento técnico da jurisdição, mas como metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais, cf. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1. sem. 2005, p. 239.

²⁸³ Cf. VIEIRA. *Da ação cível*, p. 92.

²⁸⁴ Cf. BARACHO. *Processo constitucional*, 1984, p. 361-364.

²⁸⁵ ANDOLINA, Italo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 87, p. 63-69, jul./set. 1997, p. 69.

São essas as condições em que se edifica a disciplina do processo constitucional, as quais devem ser observadas pelos órgãos legislativos, e, à sua falta, devem ser acatadas quando da aplicação das normas instituídas, quando realizado o ordenamento jurídico vigente. O processo constitucional, assim, haverá de ser observado pelo intérprete e pelo aplicador da nova disposição do § 5º do artigo 219, do Código de Processo Civil, disciplinando-os na aplicação daquilo que ora se prevê na legislação em vigor.

Anteriormente já foi demonstrado nosso entendimento pelo qual nem mesmo a observância do princípio do contraditório permitiria fosse aplicada satisfatoriamente a regra. É que, não obstante se trate o contraditório de princípio constitucional aplicável a todos os processos, com a mais atual conceituação que se lhe possa oferecer, temos que a sistemática processual civil brasileira não comporta um momento em que o magistrado pudesse apreciar, de ofício, a prescrição civil, submetendo às partes a hipótese de sua pronúncia, sem que isso implicasse em graves danos ao instituto da prescrição como sistematizado pelo direito material. É que a configuração da prescrição pelo direito civil impõe, também como se viu, alguns impedimentos a que o juiz a pronuncie por sua iniciativa sem que disso decorram riscos de danos às partes envolvidas, o que advém tanto da possibilidade de que o lapso prescricional seja interrompido, suspenso ou impedido, como de que seja a prescrição renunciada por aquele a quem ela aproveitaria. São hipóteses que o magistrado fica incapacitado de aferir sem o concurso das partes, pelas mais variadas razões, e que se somam, ainda, à orientação - que é marca característica dos ordenamentos filiados ao sistema romano-germânico - de que a prescrição civil é matéria de exceção substancial. Por fim, viu-se que, ainda que intimadas as partes a se manifestarem, de seu silêncio nenhuma conclusão que lhes prejudique pode ser extraída, como a renúncia à prescrição ou mesmo a concordância de que tenha se operado a prescrição, pois não é o que permite a sistemática civil do instituto.

Portanto, para que a regra do § 5º do artigo 219 seja aplicada de modo a não malferir toda a sistemática civil e processual civil que toca a matéria, não basta que sejam intimadas as partes a se manifestarem. Deve o magistrado observar a regra de pronúncia da prescrição civil, de ofício, exclusivamente naquelas hipóteses em que o mérito processual não verse pretensões decorrentes de direitos disponíveis. Na hipótese de se tratar de pretensões advindas de direitos disponíveis, deverá o juiz, a fim de preservar a sistemática processual vigente, bem como a configuração

em que se estrutura o instituto da prescrição, deixar que esta seja objeto exclusivo de defesa, nos limites traçados em capítulo anterior deste estudo. Segundo entendemos, atuando dessa forma não estará o juiz desobedecendo a lei, muito pelo contrário: através da leitura da infraconstitucionalidade pela orientação do devido processo constitucional, estará garantindo vigência àquela sistematização da prescrição e de seu reconhecimento no processo jurisdicional como disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro, em atenção, ainda, à tradição jurídica do Estado brasileiro. A prescrição civil, matéria de defesa reservada à arguição por exceção substancial, no caso de direitos disponíveis, deverá continuar a ser assim entendida.

E para as demais hipóteses, vale dizer, para o caso de se versar direitos indisponíveis no processo jurisdicional, embora a impropriedade de se associar a esses direitos a prescrição civil, temos como incontroversa a conclusão de que deva o magistrado submeter a possibilidade de pronunciá-la às partes processuais. É novamente a disciplina do processo constitucional informando a atuação do aplicador da legislação vigente, aqui, entretanto, sem que se contrarie as sistemáticas civil e processual positivadas. Essas, as condições que se entende sejam juridicamente mais adequadas à aplicação da regra do § 5º do artigo 219.

Importante que se reafirme a compreensão pela qual a morosidade do Estado na prestação jurisdicional não encontra relação com os processos jurisdicionais em que se tenha por fundamento pretensão de direito material já sujeita à prescrição. Não cremos que a permissão trazida pela redação do § 5º do artigo 219 do CPC contribua, de algum modo, para reduzir as mazelas que a atividade jurisdicional estatal comporte. Tal posição, associada à idéia logo acima traçada de como deve ser aplicada a novel regra alterada pela lei nº. 11.280/06, remete o estudo à análise da função jurisdicional do Estado, com os olhos voltados ao exercício de tal função no Estado Democrático de Direito.

6.3 Análise dogmático-jurídica a partir da principiologia da função jurisdicional do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é compreendido como princípio institucional derivado da articulação dos princípios do Estado de Direito e do Estado

Democrático. Tendo-se essa idéia em mente, por Estado de Direito se pode entender aquele em cujo ordenamento, a um só tempo, são prescritas “regras relativas ao exercício do poder pelo Estado” e assegurados aos indivíduos, “como sanção dessas regras, o poder jurídico de atuarem perante um órgão jurisdicional, com o propósito de obterem a anulação ou a revogação dos atos estatais que as tenham infringido²⁸⁶”. Já o conceito de Estado Democrático, por seu turno, passa pela idéia fundamental de democracia, a qual se relaciona à fonte de legitimação do poder, “que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado, uno e indivisível, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito²⁸⁷”.

Dessas básicas conceituações se pode extrair que o Estado Democrático de Direito, como princípio a que se vinculam todos os órgãos estatais no exercício de suas funções e atividades competentes, nos termos da Constituição, em decorrência de um imperativo lógico do sistema constitucional deve ser entendido como:

(...) um Estado submetido às regras do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito²⁸⁸.

São considerações básicas que entendemos suficientes para a elaboração científica de um alicerce de nosso trabalho, a depender do entendimento de que a função jurisdicional somente se operacionaliza por intermédio daquele modelo constitucional de processo como acima transcrito. Igualmente importante é a idéia de vinculação dos órgãos estatais ao princípio do Estado Democrático de Direito, órgãos dentre os quais se enquadram aqueles dotados constitucionalmente de competência para o exercício da função jurisdicional.

No exercício de dita função, tais órgãos se submetem a uma principiologia bem específica, com o que se estabelece um conjunto de princípios, os quais

²⁸⁶ Cf. BRÊTAS C. DIAS. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário, p. 230; BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13-14, p. 150-163, 1./2. sem. 2004, p. 153.

²⁸⁷ Cf. BRÊTAS C. DIAS. Fundamentos do Estado Democrático de Direito, p. 159.

²⁸⁸ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 131; BRÊTAS C. DIAS. Fundamentos do Estado Democrático de Direito, p. 155. Com grifos conforme o original. O autor se vale, para a elaboração das considerações aqui reproduzidas, dos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho e de José Afonso da Silva, como faz constar expressamente em sua obra.

exprimem o “*conteúdo complexo de idéias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico*”. Esses princípios foram ordenados por Ronaldo Brêtas em quatro, a saber: princípio do juízo natural, da vinculação ao Estado Democrático de Direito, da fundamentação das decisões e da eficiência. Vejamos brevemente a conceituação de cada um deles na obra de mencionado autor²⁸⁹.

Pelo primeiro dos princípios indicados, o do juízo natural, entende-se a antítese do juízo pós-constituído ou de exceção, já que o órgão jurisdicional e sua competência devem ser instituídos, delimitados e determinados segundo critérios gerais fixados previamente no ordenamento jurídico, e não depois de determinadas contingências ou situações específicas que demandarão a atenção do Estado. No caso brasileiro, o princípio do juízo natural encontra previsão, como garantia fundamental, no enunciado conjugado das normas do artigo 5º, inciso XXXVII e inciso LIII, da Constituição Republicana de 1988²⁹⁰.

No que se refere à vinculação ao segundo princípio enunciado, o do Estado Democrático de Direito, inicialmente remete-se o leitor ao que já se abordou sobre o tema no início deste tópico, em que se elaborou a noção da expressão como aqui adotada. A vinculação ao Estado Democrático de Direito decorre “*de imperativo lógico do próprio sistema constitucional, pois se origina da idéia de uma nova ordem normativa jurídico-fundamental*” que se configura pelo entrelaçamento entre o Estado de Direito e a Democracia, como aponta Ronaldo Brêtas. Portanto, ao prolatarem as decisões jurisdicionais, deverão os órgãos estatais se orientar pela vinculação ao Estado Democrático de Direito, o qual se otimiza pela incidência de outros dois princípios, o da “*supremacia constitucional*” (a que já se aludiu como premissa a qual se vincula o processo constitucional) e o da “*reserva legal*” (irrestrita obediência dos órgãos jurisdicionais ao ordenamento jurídico instituído)²⁹¹.

Outro princípio diretivo da função jurisdicional é o da fundamentação das decisões. Trata-se de princípio cuja importância pode ser constatada por sua recepção em diversos ordenamentos jurídicos, impondo-se aos órgãos jurisdicionais o dever de motivação de todos os pronunciamentos decisórios. O objetivo principal do acolhimento desse dever jurídico é o de se evitar “*intromissões ideológicas*” do

²⁸⁹ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 119-158.

²⁹⁰ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 129-131.

²⁹¹ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 131-145.

agente julgador em suas decisões, uma “*intromissão*” que, em última análise, confronta-se com a principiologia de estruturação do Estado Democrático de Direito, como leciona Ronaldo Brêtas. Lembra o autor, ainda, que se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional, e se há necessária participação das partes no desenvolvimento do processo, o dever de fundamentação das decisões decorre da necessidade de justificação, por parte do órgão julgador, das razões a partir das quais proferiu determinada decisão²⁹².

Com a fundamentação das decisões alçada à condição de princípio, e com sua acolhida nos ordenamentos jurídicos mais modernos, intenta-se, em suma, o controle de constitucionalidade da função jurisdicional (verificação de adequação do pronunciamento decisório ao ordenamento jurídico vigente), o afastamento da interferência de ideologias do agente julgador no ato de decidir, a verificação da racionalidade do pronunciamento decisório e a possibilidade de melhor estruturação técnico-jurídica dos recursos eventualmente interpostos contra essas decisões²⁹³. Por fim, apresenta-se o princípio da eficiência como componente daquela matriz principiológica direcionadora da função jurisdicional. De fato, trata-se de princípio imposto a todo o Estado, devendo todos os seus órgãos se pautar pela prestação de serviços de forma eficiente, o que implica em serviços adequados, prestados em obediência ao ordenamento jurídico e por meios racionais e técnicas modernas para a produção, a tempo e modo, do efeito pretendido²⁹⁴.

A eficiência, dessa forma, é compreendida em consonância com as garantias fundamentais que compõem o devido processo legal, já que orienta a determinação imposta na norma do artigo 93, inciso XIII, da Constituição Republicana de 1988, de que haverá, nos órgãos jurisdicionais, um número de juízes proporcional à demanda judicial e à respectiva população. Trata-se de comando obediente ao princípio da eficiência, e que se coaduna com a razoável duração do processo (sem dilações indevidas) que foi incorporada, de forma expressa, ao devido processo legal pela

²⁹² Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 145-146. Expõe o jurista que essa justificação “*se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional sobre a prevalência do ordenamento jurídico e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão*” (p. 147).

²⁹³ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 150-151; BRÊTAS C. DIAS. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito*, p. 575.

²⁹⁴ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 153-156.

introdução do inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição de 1988²⁹⁵. A eficiência da função jurisdicional, assim, está em total congruência com as garantias que compõem o devido processo legal.

Toda esta principiologia regente da função jurisdicional deverá ser observada pelo órgão jurisdicional em sua atuação, e para fins do objeto aqui estudado, deve-se atentar para o conjunto desses princípios em aproximação à regra do § 5º do artigo 219, CPC. Com relação ao princípio do juízo natural nenhuma grande consideração é necessária, visto que bastante a certeza de que o órgão jurisdicional e sua competência tenham sido previamente instituídos, exatamente como acima se cuidou de conceituar a espécie. Conhecer da prescrição, a requerimento, não significa submeter-se, parcialmente, ao requerido. O confronto da regra introduzida pela lei nº. 11.280/06 com os demais princípios apontados é que demanda maiores reflexões.

Com efeito, apontou-se que a vinculação do órgão jurisdicional ao princípio do Estado Democrático de Direito será otimizada pelo princípio da reserva legal, por meio de irrestrita obediência do órgão estatal ao ordenamento jurídico instituído. Ora, foi objeto de demoradas considerações a constatação de que a sistemática da prescrição civil, como instituída no ordenamento jurídico brasileiro, traz várias dificuldades a que se integre a nova norma do § 5º do artigo 219 às demais disposições legais. Estando o órgão jurisdicional adstrito ao ordenamento jurídico vigente, vê-se que não deve desconsiderar as hipóteses de interrupção, suspensão ou impedimento do transcurso do lapso prescricional, possibilidades previstas em lei e que compõem a configuração da prescrição civil como instituto de direito positivo.

Ademais, a permissão legal de que se renuncie à prescrição também haverá de ser observada pelo magistrado, que não poderá pronunciar a ocorrência do fenômeno prescricional em exclusão da hipótese de que aquele a quem este interessa possa a ele renunciar. Foi por esta razão que se cuidou de pontuar que no sistema processual civil brasileiro, em se tratando de direitos disponíveis, mais adequado que se reserve a prescrição civil a matéria cuja arguição dependa de exceção substancial. E isso, para além de observar o que o método de direito comparado mostra ser da tradição do direito brasileiro, permite também seja conservada a conceituação teórica da prescrição civil, que decorre da própria

²⁹⁵ Cf. BRÊTAS C. DIAS. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário, p. 232-234.

legislação que a institui e configura. Foi, enfim, por estas razões que se insistiu em que seja entendida a prescrição como exceção substancial, atinente ao direito de defesa, e que pelo princípio do Estado Democrático de Direito deixa evidenciado o dever do órgão jurisdicional de observar o ordenamento jurídico vigente, em especial a configuração em que se institui a prescrição.

Há que se destacar, aqui, toda a relevância de aproximação do princípio do Estado Democrático de Direito ao princípio da congruência e ao princípio dispositivo. Estabelecendo paralelo entre estes princípios, afirma Ronaldo Brêtas que o princípio da congruência decorre do fato de que, se o Estado somente intervém, para a realização dos interesses tutelados pelo direito material, após manifestação do particular (princípio dispositivo), evidente que caberá também ao particular invocar, ou não, um fato jurídico correlato a seu direito²⁹⁶. É, como se vê, justamente a dinâmica que tradicionalmente se associa à exceção de prescrição.

O princípio dispositivo, classicamente abordado através da expressão *nemo iudex sine actore*, aplica-se à hipótese em estudo. Trata-se de princípio que consagra a “expressão da liberdade de dispor sobre o próprio direito²⁹⁷”. O brocardo apontado, assim, a nosso entender, deve ser interpretado para além de uma restritiva noção de que o processo se instaura pelo particular. É, sem dúvida, essa a configuração de sua acolhida no Código de Processo Civil brasileiro, mas uma vez aproximado seu comando à exceção substancial de prescrição, vê-se que resulta a expressão latina de uma condicionante de que dispõe o particular com relação à interferência do Estado na esfera de seus direitos, valendo dizer, afinal, que “proteção não é imposição²⁹⁸”. Para o caso da exceção de prescrição, dada sua incontestável relação com o patrimônio dos envolvidos, a expressão vale para determinar que o Estado não interferirá senão quando provocado por meio da exceção substancial apontada, na exata medida do que consta da regra do artigo 2º do CPC brasileiro, pedra de toque do devido processo legal: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer”.

Volvendo-se à principiologia da função jurisdicional como aqui estudada, tem-se que as linhas anteriores já bem demonstram a relevância do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais ao tema da pesquisa. Deveras, se por

²⁹⁶ Cf. BRÊTAS C. DIAS. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, p. 573.

²⁹⁷ Cf. OLIVEIRA. Efetividade e tutela jurisdicional, p. 106.

²⁹⁸ Cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 175.

meio deste princípio melhor se pode verificar tanto a adequação do pronunciamento decisório ao ordenamento jurídico vigente, quanto a racionalidade da decisão, tem-se por certo que o magistrado não possui plenas condições legais para pronunciar de ofício a prescrição civil de pretensões decorrentes de direitos disponíveis. Ou seja, na pronúncia da prescrição civil, de ofício, o magistrado terá dificuldades em fundamentar racionalmente sua decisão, com suporte no ordenamento jurídico vigente, uma vez estando constatado que este mesmo ordenamento estrutura a prescrição civil como instituto cujo reconhecimento no processo, pelas inúmeras razões declinadas, dependa de manifestação da parte a quem ela aproveita, quando se versar direitos disponíveis.

Por derradeiro, tome-se para análise o quarto daqueles princípios diretivos da função jurisdicional: o da eficiência. Entende-se, como já visto, que a função jurisdicional do Estado, a fim de que seja eficiente, não precisa que um conjunto de alterações legislativas desconfigurem o ordenamento jurídico, seja pela desvirtuação dos elementos básicos de institucionalização da prescrição civil, seja por afronta ao sistema de garantias constitucionalmente estatuído²⁹⁹. Com efeito, algumas das recentes alterações na legislação processual civil foram conseqüência do advento da emenda constitucional nº. 45, publicada oficialmente aos 31 de dezembro de 2004, e que introduziu a norma do inciso LXXVIII junto ao artigo 5º da Constituição de 1988, com a previsão da garantia de prazo razoável para a solução de litígios.

Essa emenda constitucional ampliou o conceito normativo de devido processo legal, o qual passou a ser composto também pelo direito fundamental a um processo de razoável duração, bem como dos meios que possam garantir a celeridade de sua tramitação³⁰⁰. O direito a um processo de razoável duração, previsto em convenções internacionais com a denominação de duração razoável do procedimento³⁰¹, e que na Constituição italiana, com suas recentes alterações, é adequado a “qualquer processo³⁰²”, preconiza que o povo terá não apenas direito à jurisdição, mas também

²⁹⁹ Cf. TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 222-223.

³⁰⁰ Cf. BRÉTAS C. DIAS. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário, p. 232.

³⁰¹ Cf. COMOGLIO. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*, p. 108. Registra o autor que a Convenção Européia de 1950 e a Convenção Americana de 1969 codificam esse direito, indicando-o como um princípio (p. 108).

³⁰² Cf. TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 103, p. 156-174, jul./set. 2001, p. 169.

terá “o direito a que este serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável”³⁰³”.

O direito à razoável duração do processo, na lição de Giuseppe Tarzia, compreende, antes de tudo, soluções no âmbito da organização judiciária, impondo-se ao Estado a implementação de órgãos e a adequada alocação de agentes públicos suficientes para uma tempestiva tutela jurisdicional³⁰⁴. Nesse sentido, leciona Ronaldo Brêtas que a norma do inciso XIII, do artigo 93 da Constituição de 1988, igualmente incluída pela emenda constitucional nº. 45/2004, determina que o número de juízes na unidade jurisdicional seja proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população, pelo que se pretendeu otimizar a prestação jurisdicional atrelada ao princípio da eficiência (conforme a regra do artigo 37 da Constituição de 1988)³⁰⁵. Logo, vê-se que a possibilidade de ser a prescrição civil pronunciada pelo magistrado, de ofício, não é medida que se orienta pelo princípio da eficiência da prestação jurisdicional, ao menos no que toca à caracterização desse princípio como defendida nesta pesquisa.

Aparentemente, não será a novel regra do § 5º do artigo 219 um comando legal que poderá contribuir de forma eficaz para o melhoramento das atividades estatais que envolvem a prestação da função jurisdicional. Pode-se até ver pronunciada a prescrição civil de ofício pelo magistrado, mas a hipótese não parece contribuir em nada para o aprimoramento das relações entre as normas de direito material e as normas processuais civis. A institucionalização legal da prescrição civil impõe raciocínio do jurista que, em última análise, segue em sentido oposto ao pretendido pela reforma introduzida pela lei nº. 11.280/06.

De fato, mais do que se pretender a atuação do direito material pelo processo, tem-se que por este se aprecia ameaça de lesão ou mesmo lesão configurada a direito (em consonância com a regra constitucional do inciso XXXV do artigo 5º). A alegação da prescrição civil de pretensões decorrentes de direitos disponíveis, facultado ao particular, como é, seu exercício, afasta que seja atuada no processo sem que este mesmo particular julgue conveniente submetê-la à apreciação. A fim

³⁰³ BRÊTAS C. DIAS. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário, p. 232.

³⁰⁴ Cf. TARZIA. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile, p. 174.

³⁰⁵ Cf. BRÊTAS C. DIAS. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário, p. 233. Indica o jurista, em sua obra (p. 237), que em um primeiro momento a jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem pode ser considerada para fins de se alcançar o sentido da expressão razoável duração do processo como acolhida no ordenamento jurídico brasileiro.

de que o provimento jurisdicional satisfaça as condições constitucionais de sua estruturação, deve-se permitir a dinâmica argumentativa dos envolvidos, tanto sobre fatos quanto sobre o direito³⁰⁶, em especial se a tratativa versar direitos disponíveis.

6.4 A exegese da regra do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil brasileiro em conformidade com a disciplina do processo constitucional

No sistema processual civil brasileiro convive, desde 1974, a hipótese específica de decretação de ofício da prescrição civil, no caso de direitos não patrimoniais, conforme antiga redação do § 5º do artigo 219, com a hipótese de indeferimento da petição inicial quando verificada a prescrição (regra do artigo 295, inciso IV, CPC)³⁰⁷. A nova redação do § 5º (lei nº. 11.280/06) força o estudioso a uma harmonização dessa com o ordenamento vigente, até porque a regra é “*cogente*”, não deixando “*margem à discricionariedade do juiz porque inexistente segunda opção*”³⁰⁸.

A integração da nova norma deve ser compreendida em face, tanto da legislação processual civil (em cujo texto legal é inserida), quanto das normas de direito material, principalmente porque no Código Civil vigente a prescrição recebe tratamento de uma “*gama razoável de normas com vínculo processual*”³⁰⁹, valendo-se o legislador, muitas vezes, de regras heterotópicas³¹⁰, e uma vez mais ao fazer com que a lei nº. 11.280/06 alterasse não apenas a redação do Código de Processo Civil, mas revogasse expressamente o artigo 194 do Código Civil de 2002. O que se sabe é que não há entre normas processuais e materiais qualquer hierarquia, senão que diferenças quanto a seus respectivos conteúdos. Contudo, a reforma levada a

³⁰⁶ Cf. BRÊTAS C. DIAS. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, p. 572.

³⁰⁷ Até a recente alteração do § 5º do artigo 219 pela lei nº. 11.280/06, tanto dito § 5º quanto a norma do artigo 295, e todos os seus incisos, detinham redação introduzida pela lei nº. 5.925, de 1º/10/1973, a qual, no período de *vacatio legis* do CPC de 1973, tratou de alterar substancialmente a lei que introduziria o Código de Processo Civil (lei nº. 5.869, de 11/01/1973). O CPC, assim, entrou em vigor com a necessária harmonização dos dispositivos em comento.

³⁰⁸ Cf. LOPES, Caetano Levi. A prescrição pronunciada de ofício e seus reflexos no direito material e no direito processual. In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

³⁰⁹ MAZZEI. Reconhecimento ex officio da prescrição, p. 428-429.

³¹⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 66-67.

efeito nestes termos, desconsiderando a cientificidade que invoca a cisão, provoca incômodos na doutrina, na medida em que deixa de ouvir os “*especialistas na matéria*”³¹¹, o que no caso da lei nº. 11.280/06 se realizou em desatenção ao “*direito substancial, onde predomina a autonomia da vontade*”³¹².

Seria bem desejável que o heterotopismo da lei nº. 11.280/06 fosse seu único inconveniente, o que, viu-se, não ocorre. Todos os problemas que vimos demonstrando apontam para a integração da regra ao ordenamento jurídico vigente com algumas peculiaridades, sempre sob a orientação da disciplina do devido processo constitucional. Com efeito, resta indubitado que a exposição dos fatos pelo demandante, como forma de alicerçar o seu pedido, poderá ser realizada de forma ainda mais meticulosa, a ponto de que a causa de pedir remota reste elucidada e sejam evidenciados, não apenas o não advento do término do lapso prescricional, mas igualmente eventuais fatos que tenham interrompido, suspenso ou impedido o seu transcurso. Mas a essa hipótese (que não é algo além de uma hipótese) não poderá prender-se o magistrado, devendo sempre considerar que, embora não suficientemente elucidada a causa de pedir no que se refere à prescrição civil, poderá a aparência de sua concretização levá-lo a engano.

Sendo ainda considerada a possibilidade de renúncia à prescrição civil, conforme regra do artigo 191 do Código Civil brasileiro, não cabem conclusões acerca da prescrição, apenas após manifestação do autor da demanda, senão que também o demandado pode apresentar alegações que interfiram na decretação da prescrição. Como se percebe, são considerações referentes ao ponto de contato entre o direito processual e o direito material, que, entretanto, permanecem divididos no que toca a seus respectivos conteúdos, com o reconhecimento de cisão que desautoriza a conclusão de que além da norma do artigo 194 do Código Civil, expressamente revogada, também as disposições de interrupção, suspensão e impedimento do prazo prescricional estariam revogadas.

Como bem elucidada Humberto Theodoro Júnior, a revogação do artigo 194 do Código Civil não conduz a uma automática implantação de regra em sentido contrário àquela. Nesse sentido, tomando a prescrição em toda sua configuração no âmbito do direito material, informa que, se é renunciável a prescrição já consumada (de modo tácito ou expresso), se é alegável em qualquer grau de jurisdição (artigo

³¹¹ Cf. CÂMARA. Reconhecimento de ofício da prescrição, p. 113.

³¹² ALVIM. *Manual de direito processual civil*, p. 261.

193 do Código Civil) e se o pagamento de dívida prescrita é irrepitível, o sistema da prescrição civil é todo comprometido com sua livre disponibilidade. Trata-se de uma visão resumida e pontual dos grandes problemas que se enfrenta ao se tentar integrar a nova regra ao sistema vigente. É por isso que entende o citado autor que mesmo diante da expressa revogação do artigo 194 do Código Civil, conservada está a estrutura jurídica da prescrição civil, caracterizada como exceção de direito material quando se relacione a direitos patrimoniais disponíveis, única interpretação possível da regra³¹³.

Portanto, com relação a direitos disponíveis, imprescindível que a prescrição civil se mantenha no campo das exceções substanciais, subordinando-se, assim, ao manuseio pela parte interessada. Trata-se de medida que mantém coerentes as regras de direito material e de direito processual, permitindo sua sistematização integrada. Em linhas anteriores, fez-se uma aproximação entre o direito de ação e o direito de defesa, apontando-se a autonomia científica desse último. Essa mesma autonomia se associa fortemente à caracterização da prescrição civil como exceção substancial, a qual, em razão das características que informam a prescrição, é manuseada conforme conveniência daquele a quem aproveita. Assim, da mesma forma que o *“elemento fundamental do direito de ação”* é a *“faculdade de pedir proteção jurídica”*, a mesma faculdade toca àquele que dispõe de defesa legalmente prevista. Essa faculdade é característica marcante de um *“processo civil democrático”* - cujo exercício compete exclusivamente ao indivíduo, faculdade que se manifesta tanto para o autor como para o demandado - não havendo diferenças, nesse particular, entre a demanda e a exceção³¹⁴.

Embora a prescrição civil extinga a pretensão, não se justifica a pronúncia daquela pelo magistrado, de ofício, somente à justificativa de que não deva ser julgado procedente um pedido fundado em pretensão que restaria extinta. Mantida a hipótese em relação aos direitos indisponíveis, a tese até se fortalece, trabalhada, como é, há muitos anos, pela doutrina e acolhida na tradição dos Estados filiados ao sistema romano-germânico.

Já o caráter público que se reconhece à prescrição civil volta-se muito mais à estabilidade (segurança) do direito positivo do que aos fins aparentemente

³¹³ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 56-57 e 67-69. Idem em: ALVIM. Lei 11.280, de 16.02.2006, p. 24.

³¹⁴ Cf. PODETTI. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, p. 384-386.

pretendidos, ou possíveis, com a nova redação do § 5º do artigo 219, CPC³¹⁵. Essa estabilidade, que entendemos ser a mais relevante justificativa da prescrição, independe de que possa o magistrado pronunciá-la de ofício. A estabilidade é alcançada pelo simples fato de que o direito positivo comporta vasto rol de prazos prescricionais, variáveis conforme a pretensão de direito material, e oponíveis conforme a conveniência do interessado, no caso de direitos disponíveis. Aquele a quem a prescrição aproveita poderá invocá-la, quando então se atingirá a razão última do instituto, a estabilidade das relações jurídicas; ou poderá ainda a ela renunciar, reconhecendo a pretensão que lhe é oposta ou a ela se opondo sem invocação da prescrição, com o que não haverá qualquer instabilidade, senão a mesma estabilidade objetivada pelo manuseio efetivo da exceção de prescrição.

Ao intérprete e aplicador da regra, diante de direitos disponíveis, caberão essas reflexões, a fim de não subverter toda a sistemática da prescrição civil. O provimento jurisdicional, como elemento processual de expressão do direito material, deve ser estruturado em conformidade com tais considerações. Com efeito, colhe-se na própria Constituição de 1988 um bloco de direitos e garantias fundamentais que orientam toda a sistemática de estruturação, tanto do procedimento, como da própria decisão jurisdicional, como a isonomia (*caput* do artigo 5º)³¹⁶, o direito de ação (artigo 5º, XXXV)³¹⁷, o direito de apresentação de defesa (artigo 5º, incisos LV)³¹⁸, o princípio do contraditório (artigo 5º, LV)³¹⁹ e a própria garantia do devido processo

³¹⁵ Nesse sentido: ALVIM. Lei 11.280, de 16.02.2006, p. 24; FRANCESCHINI. Prescrição e decadência. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação, p. 78-79; AMORIM FILHO. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 18; MAZZEI. Reconhecimento ex officio da prescrição, p. 426; e LOPES. A prescrição pronunciada de ofício e seus reflexos no direito material e no direito processual, p. 10-12.

³¹⁶ Neste sentido: COMOGLIO. Garanzie costituzionali e “giusto processo”, p. 110. Para Baracho, “as garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo”, cf. BARACHO. Teoria geral do processo constitucional, p. 90.

³¹⁷ Diversos são os autores que apontam o direito de ação como um direito constitucional, verdadeiro atributo da cidadania, pelo qual o jurisdicionado pleiteia o exercício da atividade jurisdicional do Estado através da garantia do devido processo legal. Por todos: BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 107-118.

³¹⁸ O direito de defesa, parêntese ao direito de ação e também de ordem constitucional, é destacado como ponto essencial do processo constitucional por vários autores. Por todos: BARACHO. Teoria geral do processo constitucional, p. 92 e 127. Em sua obra, indica Baracho que o direito de ação e o direito de defesa são assegurados aos indivíduos de forma completa, o que é característica do processo constitucional. Como já visto, para Eduardo J. Couture o direito de defesa é de ordem constitucional, compondo, ao lado do direito de ação, o devido processo, cf. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 149-152.

³¹⁹ Entendido por Comoglio como “*garantia mínima de um processo justo*”, pelo que jamais poderia ser suprimido, cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Accesso alle Corti e garanzie costituzionali. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 275.

legal (artigo 5º, LIV)³²⁰. São, todos, direitos e garantias fundamentais que a própria doutrina alienígena cuidou de reconhecer em nossa Constituição, evidenciando um “rico quadro de garantias fundamentais³²¹”, quadro que informa, necessariamente, a estruturação do provimento decisório final do processo jurisdicional.

O processo, pelo qual se busca a realização do ordenamento jurídico estatal, tem também por finalidade a resolução de questões de fato e de direito apresentadas pelas partes, tudo a compor o conteúdo do provimento jurisdicional. E pela orientação dos direitos e garantias fundamentais acima declinados e devido à vinculação ao princípio do Estado Democrático de Direito, o processo há de ser entendido como “*metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais*”. Logo, o que se percebe é a configuração científica de um processo jurisdicional desenvolvido por meio da “*inafastável estrutura metodológica normativa (devido processo legal)*”, que se realiza de maneira dialética entre os envolvidos³²². É dessa estrutura que advirá, como ato final, o provimento jurisdicional.

Por oportuno, registre-se que a doutrina nacional, por influência dos italianos, vem fazendo uso do vocábulo “*provimento*”, ao se referir aos “*pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais*”, a significar o ato estatal imperativo que reflete a manifestação política do Estado, e que no Brasil também são chamados “*decisão jurisdicional, providência jurisdicional, medida jurisdicional ou pronunciamento jurisdicional*³²³”. E considerado o princípio da fundamentação das decisões, tem-se que a fundamentação desse provimento será o “*resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos*” pelas partes que se submeterão aos seus efeitos³²⁴.

³²⁰ A doutrina estrangeira reconhece o avanço em que se configura a positivação do devido processo legal na Constituição Republicana de 1988, na norma do artigo 5º, LIV, não apenas por se tratar do primeiro texto constitucional brasileiro que o prevê expressamente, mas também pela possibilidade de ampliação de seu conceito normativo, em movimento de “*constitucionalização*” não apenas do direito de ação, mas também do direito ao processo, cf. COMOGLIO. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*, p. 139-140. Para a ampliação do conceito normativo do devido processo legal, entre nós, BRÊTAS C. DIAS. *Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário*, p. 232-233.

³²¹ Cf. COMOGLIO. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*, p. 140-142. O autor reconhece, ainda, que a própria sistemática processual civil brasileira, traçada fundamentalmente após 1973, deve adequar-se aos princípios estruturais que são dispostos na Constituição de 1988, indicando, a título de exemplificação, o direito de ação constitucional e o contraditório (p. 143-145).

³²² Cf. BRÊTAS C. DIAS. *As Reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional*, p. 218 e 226.

³²³ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 85-86.

³²⁴ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito*, p. 571.

A este respeito, expõe Carnelutti que o ponto (fundamento da pretensão ou da defesa), uma vez que sobre ele recaia dúvida, converte-se em questão. Logo, a questão é um “*ponto duvidoso, de fato ou de direito*”³²⁵. E Ronaldo Brêtas, valendo-se destas lições de Carnelutti, conclui que no processo as razões de justificação das partes (argumentos), envolvendo as razões da discussão (questões) produzidas em contraditório, serão a base para as razões da decisão, no que se pode encontrar, inclusive, a essência do dever de fundamentação das decisões³²⁶. Assim, tratando-se de direitos disponíveis, essencial que se observe a metodologia de estruturação da decisão jurisdicional que pronuncie a prescrição civil em coerência com o processo constitucional. Surgidos incontroversos os pontos que fundamentam a pretensão deduzida no processo, outros lhes serão opostos, quais sejam, os pontos de defesa igualmente indubitáveis. A controvérsia dos pontos é que fará surgir a questão, que se resolverá, como acima se viu, pela apresentação dos argumentos das partes envolvidas (suas razões de justificação), e que se convertem em razões de discussão no processo.

Ora, em se tratando de direitos disponíveis, não há porque se sustentar que a prescrição civil, matéria de defesa que é, não seja tomada como ponto argumentativo cuja arguição seja de exclusividade da parte a quem aproveita. Se o interessado se manifesta por meio de exceção substancial de prescrição, o magistrado, apreciando analiticamente os argumentos trazidos pelas partes, pronunciará ou não a prescrição, conforme seja o caso. A prescrição de pretensões decorrentes da violação de direitos disponíveis é informada fortemente por sua disponibilidade, como mecanismo de defesa do qual se poderá fazer uso ou a que se poderá renunciar, conforme conveniências do interessado apenas. PARA QUE O PROVIMENTO JURISDICIONAL SEJA, PORTANTO, ADEQUADO À ESTRUTURAÇÃO DA PRESCRIÇÃO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, E PARA QUE SEJA PROLATADO EM CONFORMIDADE COM A PRINCIPIOLOGIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL A QUE NOS REFERIMOS, SEMPRE QUE SE VERSAR DIREITOS DISPONÍVEIS, DEVE-SE DEIXAR QUE A PRESCRIÇÃO CIVIL SEJA RAZÃO DE DISCUSSÃO INFORMADA POR ARGUMENTO DA PARTE A QUEM APROVEITA.

³²⁵ Cf. CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, v. II, p. 39.

³²⁶ Cf. BRÊTAS C. DIAS. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, p. 571.

Não se duvida de que a interpretação e aplicação das normas seja tarefa árdua. As eventuais dificuldades encontradas nestas atividades de interpretação e aplicação das normas, contudo, haverão de ser sanadas pela disciplina do devido processo constitucional, como já apontado. A respeito da busca pela integração sistemática das normas, percebe-se que alguns estudiosos mencionam a procura, por meio da técnica processual de interpretação, de soluções “*endoprocessuais*”³²⁷. A nosso ver, a lição deve ser complementada com a afirmação de que a busca pela integração das normas se oriente pelo devido processo constitucional. Como afirmado, é incumbência do próprio legislador, atuando tecnicamente a partir da disciplina do processo constitucional, a edição de leis que prevejam estruturas normativas procedimentalizadas. Os procedimentos previstos no Código de Processo Civil, voltados à satisfação de pretensões específicas, têm sua concepção orientada para atendimento às peculiaridades da pretensão a que procuram satisfazer. Mas essa modelação é também adequada à disciplina do processo constitucional. Será na omissão do legislador em atender a tal disciplina que o intérprete e aplicador da norma processual deverá se orientar pelo devido processo, como instituído pela Constituição, a fim de garantir à estrutura normativo-procedimental conformidade com o processo constitucional e sua principiologia.

O mesmo se aplica à decisão jurisdicional. Como ato final da estrutura normativa aludida, tem-se que também sua estruturação se informa pelo devido processo constitucional. Portanto, a manifestação de poder do Estado, exercido em nome da comunidade política que o compõe, “*é realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional)*”, somente podendo agir o Estado “*dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente*”³²⁸, garantindo-se aos destinatários do ato imperativo estatal a devida participação em sua estruturação. Se há como se falar, em termos gerais, de uma estrutura normativa procedimentalizada de dedução de pretensões, o que se pretendeu ao longo do desenvolvimento deste estudo foi traçar uma orientação que, afinal, permita seja entendida uma ESTRUTURA NORMATIVA PROCEDIMENTALIZADA DE EXCEÇÃO SUBSTANCIAL DE PRESCRIÇÃO, como instituto indispensável ao

³²⁷ Como se vê, por exemplo, em: HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional - a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 73.

³²⁸ Cf. BRÊTAS C. DIAS. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, p. 569.

reconhecimento do fenômeno prescricional no processo jurisdicional, quando versadas pretensões decorrentes de direitos disponíveis.

Trata-se de encarar a estrutura do processo em coerência com o direito material, de onde advém, incontestavelmente, a disciplina primeira da prescrição, bem como de se analisar a pronúncia da prescrição no processo a partir da disciplina do devido processo constitucional, aliada à apontada principiologia do exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito. E isso tudo especialmente porque, *“dada sua dimensão constitucional, de garantia das garantias, o processo termina por ser a matriz política de todo direito, contribuindo para o próprio sistema do direito material”³²⁹*.

CONCLUSÕES

A prescrição é instituto jurídico constantemente colocado no centro de polêmicas, o que ainda se verifica na atualidade, não obstante se trate de instituto milenar, que remonta ao Direito Romano. Uma nova etapa da construção científica da prescrição civil foi realizada com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, consagrando-se a tese segundo a qual o que se extingue pela prescrição é a pretensão, sendo esta nascida da violação de um direito.

E, se o legislador de 2002 ousou consagrar tese até então não constante da legislação brasileira, tem-se que o fez com suporte em vasta elaboração doutrinária que se erigiu sobre o tema, e após outros Estados adotarem em seus ordenamentos jurídicos a pretensão como objeto sobre o qual incide o efeito liberatório da prescrição civil. De modo bastante diferente, agiu-se em relação à lei nº. 11.280/06, que, revogando a regra do artigo 194 do Código Civil, atribuiu nova redação à norma do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil. Pelo método do direito comparado se pode constatar que a disposição não é da tradição dos Estados cujos ordenamentos jurídicos deitam raízes no sistema romano-germânico, caso do brasileiro, vindo daí a diferença entre as posturas legislativas no que toca à extinção

³²⁹ VIEIRA. *Da ação cível*, p. 92.

da pretensão pela prescrição, do Código Civil, e a novidade da lei nº. 11.280/06. No primeiro caso, havia sólida construção científica; no segundo, a inovação é pioneira.

Com a inovação legislativa, passou a integrar a legislação brasileira regra pela qual o magistrado pronunciará, de ofício, a prescrição, não sendo expressamente evidenciada qualquer ressalva a essa pronúncia. Um estudo da legislação civil evidencia, entretanto, amplo conjunto de características pertinentes à prescrição civil, que, atribuindo ao instituto seus contornos legais, proporciona alguma dificuldade na atividade de integração da nova disposição legal ao sistema civil e ao sistema processual civil brasileiros. De fato, é conservada na legislação a possibilidade de renúncia à prescrição, quando então aquele a quem a prescrição aproveita abre mão de sua eficácia liberatória. Logo, sendo de livre disponibilidade do interessado o manuseio, ou não, da exceção substancial de prescrição, tem-se na possibilidade de renúncia à prescrição um obstáculo de difícil transposição para a integração da regra ao sistema jurídico pátrio.

Ademais, mantêm-se na sistemática civil da prescrição as várias hipóteses pelas quais o transcurso do lapso tempo-prescricional é interrompido, suspenso ou impedido, com o que se conservou a não-fatalidade de seus prazos. Dado que tais eventos modificativos do livre transcorrer dos prazos prescricionais são informados fundamentalmente por fatos jurídicos, pouco provável que o magistrado possa pronunciar a prescrição com segurança sem o concurso das partes. São estas as detentoras da ciência dos fatos, são as únicas autorizadas a apontar eventos que não apenas fazem iniciar o decurso do tempo prescricional, evidenciando a violação do direito, mas igualmente eventos que influenciem na contagem dos prazos de prescrição legalmente instituídos.

Assim percebidas as condições em que se institui a prescrição civil no ordenamento jurídico brasileiro é de buscar-se a integração da nova regra ao sistema. Foi com esse intuito que se chegou à consideração de que, mesmo por força do princípio do contraditório, a norma não poderia ser integrada ao sistema em sua literalidade, sem qualquer espécie de ressalva. Deveras, ainda que o magistrado, diante da possibilidade de que se haja consumado a prescrição, submeta às partes a hipótese, de seus atos não se retirarão conclusões que ofendam as disposições que o tema encerra, sabido que a prescrição é renunciável, que pode ser argüida em qualquer grau de jurisdição (regra do artigo 193 do Código

Civil) e que não são fatais seus prazos legais, mas suscetíveis de interrupção, suspensão e impedimento.

A prescrição civil, assim, configura-se como exceção substancial, com o que, nem mesmo após a reforma da lei nº. 11.280/06, teria sido alterada sua natureza jurídica para a de objeção. A interpretação e aplicação da nova regra devem orientar-se por esta estruturação, que decorre da lei, ficando claro que a prescrição deve ser estudada como matéria de defesa, exceção substancial que é, vendo-se no direito de defesa o próprio direito de ação do demandado. Por esta razão é que o direito de defesa se posta como antecedente da prescrição civil, antecedente lógico porque a defesa somente é concretizada se for assegurada, e antecedente jurídico, à razão de se permitir a defesa por meio do instituto jurídico-processual da exceção substancial. Em relação a direitos disponíveis, portanto, melhor que se mantenha a prescrição como exceção.

Há que se observar também o desenvolvimento de técnica interpretativa em conformidade com a disciplina do devido processo constitucional. Com efeito, é o substrato constitucional de normas processuais que informa não apenas a técnica da atividade de legislar, mas igualmente as técnicas de interpretação, integração e aplicação das normas editadas, que passam a compor o ordenamento jurídico. Para que estas atividades de legislação, interpretação, integração e aplicação sejam coerentes com a sistemática constitucional e infraconstitucional, tem-se na disciplina do processo constitucional a garantia de observância dos direitos fundamentais assegurados no ordenamento jurídico.

E, considerando-se que a prescrição civil será pronunciada em um processo jurisdicional, por órgão estatal com competência constitucionalmente atribuída e delimitada, certo é também que a principiologia da função jurisdicional do Estado informe a dinâmica de aplicação da regra do § 5º do artigo 219, CPC. Assim, estuda-se a vinculação dos órgãos jurisdicionais a quatro princípios, quais sejam: o do juízo natural, o do Estado Democrático de Direito, o da fundamentação das decisões e o da eficiência. O princípio do juízo natural garante a prévia instituição e delimitação de competência dos órgãos jurisdicionais, enquanto que a vinculação ao princípio do Estado Democrático de Direito, além de assegurar a supremacia da Constituição, ainda garante a irrestrita obediência dos órgãos jurisdicionais ao ordenamento jurídico instituído, o que informa o princípio da reserva legal.

Uma vez assegurado e observado o princípio da reserva legal na atividade jurisdicional, como otimizador do princípio do Estado Democrático de Direito, percebe-se que o magistrado, ao aplicar a regra do § 5º do artigo 219, CPC, não poderá se desviar da configuração que a lei confere à prescrição civil, para o caso de direitos disponíveis, que é justamente o de uma exceção substancial, matéria de defesa, portanto. Já pelo princípio da fundamentação das decisões se garante a possibilidade de verificação tanto da adequação do pronunciamento jurisdicional ao ordenamento jurídico, quanto da racionalidade das decisões, inferindo-se que o magistrado acaba por não se dotar de plenas condições legais para pronunciar, de ofício, a prescrição de pretensões advindas de direitos disponíveis. Assim, na pronúncia *ex officio* da prescrição civil o juiz deparará dificuldades de fundamentar racionalmente sua decisão no ordenamento jurídico vigente, vez que este mesmo ordenamento está comprometido com a estruturação da prescrição civil como instituto cujo reconhecimento no processo depende de manifestação da parte a quem aproveita, quando versados direitos disponíveis.

Ainda, percebe-se pelo princípio da eficiência que todos os órgãos estatais devem se pautar pela prestação de serviços de forma eficiente, vale dizer, por meio de serviços adequados, prestados em estrita obediência ao ordenamento jurídico e por meios racionais e técnicas modernas a serviço do efeito pretendido. Não está claro, conforme entendemos, que a cognoscibilidade da prescrição civil, de ofício, pelo magistrado, possa encaminhar a atividade jurisdicional para os rumos traçados pelo princípio da eficiência. Por todas essas razões, decorrentes da disciplina do devido processo constitucional e da principiologia diretiva da função jurisdicional do Estado Democrático de Direito, é que, distinguindo onde a lei (o sistema do Código Civil) ainda distingue, não se deve aplicar a nova regra do § 5º do artigo 219, CPC, às pretensões decorrentes de direitos disponíveis. O magistrado não deve pronunciar, de ofício, a prescrição civil dessas pretensões, mantendo-a como exceção substancial, a ser manuseada pela parte a quem aproveita, que tem inclusive a possibilidade de a ela renunciar.

Ao atuar dessa forma, o juiz não desobedecerá aos preceitos do ordenamento jurídico, mas sim, a partir de leitura das regras infraconstitucionais sob orientação do processo constitucional, garantirá vigência à sistemática da prescrição civil e da dinâmica de seu reconhecimento no processo, exatamente como disciplinadas no ordenamento jurídico (recorde-se a regra do artigo 2º do CPC, matriz do devido

processo legal: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer”). Atende-se, ademais, à própria tradição romano-germânica do Estado brasileiro, conservando-se, de modo justificado, a prescrição civil como matéria argüível por exceção substancial. E para o caso de serem versados direitos indisponíveis (embora imprópria a associação da prescrição civil a estes direitos), tem-se que o magistrado deverá submeter a possibilidade de sua pronúncia aos interessados, já então como reflexo da disciplina do processo constitucional na atuação do aplicador da legislação, sem que se contrarie a sistemática civil e processual positivada.

Uma vez que a pronúncia da prescrição se realizará por meio de provimento jurisdicional, essencial que seja observada a metodologia de sua estruturação em conformidade com o processo constitucional. Tratando-se de direitos disponíveis, não há porque se sustentar que a prescrição civil não seja ponto argumentativo cuja argüição seja de exclusividade da parte interessada. Se esta se manifesta por meio de exceção substancial de prescrição, o magistrado, apreciando os argumentos das partes, pronunciará ou não a prescrição, analisando as circunstâncias que a envolvem. Logo, para que o provimento jurisdicional seja adequado à estruturação da prescrição civil no ordenamento jurídico brasileiro, bem como para que seja prolatado conforme os princípios diretivos da função jurisdicional do Estado, deve-se deixar que a prescrição seja razão de discussão informada por argumento da parte a quem aproveita.

Constatado, assim, na atualidade, o desenvolvimento teórico de uma estrutura normativa procedimentalizada de dedução de pretensões perante um órgão jurisdicional, permite-se seja entendida, por tudo quanto restou evidenciado, a existência de estrutura normativa procedimentalizada de exceção substancial de prescrição, instituto indispensável a que se reconheça o fenômeno prescricional no processo, pelo menos quando versadas pretensões decorrentes de direitos disponíveis. Trata-se de perceber-se a estrutura do processo em coerência com o direito material, do qual se extrai a disciplina da prescrição (com toda a liberdade ao particular que o tema encerra), bem como de se analisar a pronúncia da prescrição no processo a partir da orientação do devido processo constitucional, que se faz aliada à principiologia diretiva da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, bastante coerente com o modelo italiano de “*giusto processo*”.

Chega-se, enfim, ao esclarecimento da realidade normativa processual, em especial com relação ao advento da novidade legislativa introduzida pela lei nº. 11.280/06. De fato, recordando-se a lição de San Tiago Dantas, naquela orientação esboçada no início deste estudo, vê-se que cabem ao jurista as atividades de “*fixar*” e “*unir*”, e no que se refere ao objeto central aqui estudado, tem-se por atendida a exigência de conciliação da regra de cognoscibilidade de ofício da prescrição civil com o sistema (ato de unir), como apontado, alcançada, ainda segundo entendemos, a nova integridade do sistema (ato de fixar), tudo em conformidade com a evolução científica dos institutos estudados e com a disciplina do devido processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo - ou de como o art. 3º da lei 11.280/2006 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 280-296, jan./mar. 2006.

ALVIM, Teresa Celina de Arruda. Prescrição e decadência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 57-71, jan./mar. 1983.

ALVIM, Arruda. Lei 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º. do art. 219 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 143, p. 13-25, jan. 2007.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. II. 704 p.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 576 p.

AMARAL, Francisco. *Direito civil - introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 674 p.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 7-37, 1962.

ANDOLINA, Italo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 87, p. 63-69, jul./set. 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação (1983). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 320 p.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 320 p.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 19, p. 22-40, jul./ago. 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 410 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1. e 2. sem. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 355 p.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e o direito processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2007. 512 p.

BORRELL Y SOLER, Antonio M. *Derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1955, tomo I. 618 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº. 481.015 / DF. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado a 01º/02/2005. Acórdão unânime publicado no D.O.U. aos 08/09/2006.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 45, jan./fev. 2007.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 47, mai./jun. 2007.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13-14, p. 150-163, 1./2. sem. 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 240 p.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1. sem. 2005.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional. In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 284 p.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1085 p.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. III. 492 p.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 138 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 43, p. 110-121, set./out. 2006.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 436 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. 142 p.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1942. 520 p.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. I. 792 p.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. II. 888 p.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. III. 952 p.

CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. *Da prescrição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, v. I. 444 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: BookSeller, 1998, v. I. 520 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. 136 p.

CHIRONI, Giampietro. *Istituzioni di diritto civile italiano*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1912, v. I. 491 p.

CIANCI, Mirna. A prescrição na lei 11.280/2006. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 148, p. 32-45, jun. 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 359 p.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garantias constitucionais e “justo processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Acesso alle Corti e garantias constitucionais. *In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. 868 p.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2006, v. I. 720 p.

CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004, v. I. 210 p.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1997. 526 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano - O Direito Romano e o Direito Civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 348 p.

DE MONCADA, Luís Cabral. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995. 851 p.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo - teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 120 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 90, p. 46-56, abr./jun. 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 1490 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. I. 314 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III. 820 p.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho civil (parte general)*. 1. ed. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944, v. II. 766 p.

FIUZA, César. *Direito civil - curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 1028 p.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 152 p.

FRANCESCHINI, José Gaspar Gonzaga. Prescrição e decadência. Análise do problema conjuntamente com a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, p. 69-104, 1979.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; *Novo curso de direito civil - parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I. 498 p.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Prescrição de ofício: da crítica ao direito legislado à interpretação da norma em vigor. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 145, p. 163-172, mar. 2007.

GIDI, Antonio. Ensenando Derecho Procesal Civil Comparado. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. 1ª ed. São Paulo: DPJ, 2005. 868 p.

GONÇALVES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 284 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 220 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Comparative civil procedure in Brazil. *Revista de Direito Comparado do Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 329-334, mar. 1998.

GUILLOUARD, L. *Traité de la prescription*. Deuxième édition. Paris: A. Pedone, 1901, tome I. 550 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 456 p.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional - a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. 176 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. 427 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. 207 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. 339 p.

LERNER, Pablo. A proposito dell'armonizzazione, del diritto comparato e delle loro connessioni. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (Dott. A. Giuffrè), Milano, anno LIX, n. 2, p. 489-516, giugno 2005.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973, tomo III. 768 p.

LOPES, Caetano Levi. A prescrição pronunciada de ofício e seus reflexos no direito material e no direito processual. In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 284 p.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, v. I. 357 p.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, v. II. 383 p.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I. 452 p.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II. 426 p.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III. 490 p.

MATTIETTO, Leonardo. A nova sistemática da prescrição civil - declaração de ofício pelo juiz e renúncia do devedor. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 44, p. 7-14, nov./dez. 2006.

MAZZEI, Rodrigo. Reconhecimento ex officio da prescrição. *In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 544 p.

MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Reconhecimento de decisão judicial estrangeira no Brasil e o controle da ordem pública internacional no Regulamento (CE) 44: análise comparativa. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 118, p. 173-186, nov./dez. 2004.

MOCCIA, Luigi. Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (per una teoria dell'ordinamento giuridico "aperto"). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (Dott. A. Giuffrè), Milano, anno L, n. 1, p. 181-193, marzo 1996.

MOCCIA, Luigi. Comparazione e studio del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (Dott. A. Giuffrè), Milano, anno LVII, n. 3, p. 973-991, settembre 2003.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II. 504 p.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. Prescrição e decadência no Código Civil. *In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). A Parte Geral do novo Código Civil - estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 476 p.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e decadência no direito civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 138 p.

NUNES, Dierle José Coelho. Preclusão como fator de estruturação do procedimento. *In: LEAL, Rosemiro Pereira. Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. IV. 312 p.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1016 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). Polêmica sobre a ação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 320 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). Polêmica sobre a ação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 320 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I. 465 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 20. ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I. 718 p.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Pedido de reconsideração e preclusão *pro judicato* no processo civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 7, n. 42, jul./ago. 2006.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. III. 626 p.

PINTO, Nelson Luiz. O fundamento da pretensão processual como objeto da prescrição e da decadência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 60-84, abr./jun. 1984.

PODETTI, Ramiro J. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil.* Buenos Aires: EDIAR, 1963. 421 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 1. ed. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: BookSeller, 2000, tomo V. 650 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 1. ed. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: BookSeller, 2000, tomo VI. 616 p.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 167 p.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 393 p.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean; *Tratado de derecho civil - segun el tratado de Planiol.* Trad. Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1965, tomo V. 670 p.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. Nova dogmática jurídica. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 241-245, out./dez. 2002.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo).* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. 379 p.

SZTAJNBERG, Walter. La prescripción extintiva e la paz social. *Inter-American Bar Association Law Review*, Washington, v. 5, feb. 2007. Disponível em: www.iaba.org. Acesso aos 22.08.2007.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 133, p. 239-266, mar. 2006.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 103, p. 156-174, jul./set. 2001.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A crescente importância do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Comparado do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 155-188, 2º sem. 2000.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. 736 p.

TEIXEIRA, Sílvia Maria Benedetti. O instituto jurídico da prescrição com a vigência da lei nº 11.280/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 8, n. 44, p. 15-25, nov./dez. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I. 645 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição e decadência no novo Código Civil: alguns aspectos relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 23, p. 128-147, mai./jun. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 46, p. 135-160, jan./jun. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 226 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo (org.). *Novo Código Civil: texto comparado: Código Civil de 2002, Código Civil de 1916*. São Paulo: Atlas, 2002. 916 p.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. I, p. 90-107, 1. sem. 1998.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 240 p.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Lide prejudicial constitucional não decidida e coisa julgada. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 47, p. 163-179, jul./dez. 2005.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A singularidade interruptiva da prescrição civil. *In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 284 p.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A condenação civil e o cumprimento de sentença. *In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 284 p.

VIGORITI, Vincenzo. L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 123, p. 173-180, mai. 2005.

VIGORITI, Vincenzo. Mauro Cappelletti e altri: davvero impossibile la *class action* in Italia? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 131, p. 83-95, jan. 2006.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 594 p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. II. 336 p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I. 624 p.

WATANABE, Kazuo. Ação dúplice. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, p. 138-143, jul./set. 1983.

WESTERMANN, Harry. *Código Civil alemão - parte geral: BGB - Allgemeiner Teil*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 232 p.