

VI

PRESCRIÇÃO: ALGUNS TEMAS PROCESSUAIS A PARTIR DA SUA CÉLULA MATERIAL¹

Prescription: some procedure subjects from Its material cell

Rodrigo Mazzei

Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós doutorando (UFES - bolsa CAPES-REUNI). Professor do curso de mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vice-presidente do Instituto dos Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Presidente da Escola Superior da Advocacia no Espírito Santo (ESA-OAB/ES) Email: rmazzei@superig.com.br

Recebido em 10.02.2014

Aprovado em 29.07.2014

RESUMO: O Código Civil de 2002 traz normas de direito material, e algumas com feição também processual, que conferem contorno ao instituto da prescrição, sendo a principal fonte em nossa legislação para se extrair a natureza desse instituto. O presente texto abordará as diferenciações entre prescrição e decadência, bem como os efeitos das alterações oriundas da Lei 11.280 de 2006, que incluiu a prescrição no rol de matérias arguíveis de ofício pelo julgador, o que não significa, porém, que a prescrição seja matéria de ordem pública, haja vista ser passível de renúncia. Ponto de destaque é a necessidade de contraditório antes da pronuncia de prescrição pelo julgador, diretriz em

¹ O presente texto tem raiz em ensaio com maior extensão (e profundidade), a saber: *A prescrição e sua pronúncia de ofício: qual a extensão da revogação do artigo 194 do Código Civil?* Para quem desejar conferir o referido texto, fica o registro que o ensaio primitivo está veiculado nas obras: (a) *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. 2ª. ed. In: Fredie Didier Jr.; Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Juspodivm, 2007, p. 251-282; (b) *Novo Código Civil: questões controvertidas. Parte geral do Código Civil*. In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves. (Org.). São Paulo: Método, 2007, v. 6, p. 545-577. De forma mais resumida (e olhos mais voltados para o *processo*), abordamos a possibilidade de pronunciamento de ofício da prescrição, no seguinte livro: *Reforma do CPC*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2006, p. 424-453.

parte olvidada pelo mais recente texto do Projeto do “novo” CPC, sob o pretexto de aceleração processual, que vai de encontro a preceitos constitucionais e dispositivos orientadores do próprio Projeto.

Palavras-chave: prescrição, regras heterotópicas, Código Civil de 2002, arguição de ofício, contraditório, Projeto do “novo” CPC

ABSTRACT: The 2002 Civil Code brings rules of substantive law, and some also with procedural, which give contouring to exhaustion, being the main source for our law to extract the nature of this institute. This paper will discuss the differences between exhaustion and lapsing (decadência), as well as the effects of changes originated from Law 11.280 of 2006, which included the exhaustion on the list of subjects judged ex officio, which does not mean that the exhaustion is public policy subject, in view of be open to resignation. Highlight is the need for adversarial before exhaustion pronounced by the judge, the guideline in part forgotten by latest text of the Project of the "new" CPC, under the pretext of procedural acceleration, which goes against the constitutional devices and guiding the Project itself.

Keywords: exhaustion, heterotopics rules (regras heterotópicas), Civil Code of 2002, judgment ex officio, adversarial, Project of the "new" CPC.

SUMÁRIO: 1. A prescrição no Código Civil de 2002 - 2. Do efeito limitado da Lei 11.280/06 frente ao núcleo do instituto (prescrição) 3. Compatibilização entre o artigo 219, § 5º, do CPC com o artigo 191 do Código Civil 4. Prescrição não é matéria de ordem pública 5. Efeitos da reforma nos ditames do artigo 193 do Código Civil 6 - 7. Prescrição intercorrente X § 5º do artigo 219 do CPC 8. Prescrição aquisitiva, § 5º do artigo 219 do CPC, função social da propriedade e o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil 9. O Projeto de ‘novo’ Código de Processo Civil e a prescrição – 10. Referências

1. A prescrição no Código Civil de 2002

Apesar de algumas novidades, em que há destaque para o critério diferenciador com a decadência, a prescrição foi mantida no Código Civil de 2002 dentro da estrutura consagrada²: *castigo à negligência*, em prol do ‘interesse público’ (*estabilização de*

² Inácio de Carvalho Neto, de forma sintética, define a prescrição como “a perda da pretensão de reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal estipulado em lei” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume I. Curitiba: Juruá, 2006, p. 206). Confira-se, ainda, Flávio Tartuce (*Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 9ª. ed Volume I. São Paulo: Método, 2013 v. I, p. 432-433).

*determinadas situações jurídicas*³). Com tal norte, o ensaio tem como objetivo apresentar diferenças mais evidentes da prescrição em relação ao que estava consagrado no Código Civil de 1916 e, em sequência, abordar algumas questões processuais que envolvem o instituto, fato este que ficou mais despontado após a reforma processual inserida pela Lei 11.280/06 e que, atualmente, segue em balada progressiva nos trabalhos projetados para um ‘novo’ Código de Processo Civil.

1.1 Critério diferenciador com a decadência⁴⁻⁵

No maior exemplo doutrinário de aplicação do *princípio da operabilidade*,⁶ o legislador civil de 2002 optou por adotar a fórmula

³ Acertada, portanto, a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “(...) não é razoável, para a preservação do sentido de *estabilidade social e segurança jurídica*, que sejam estabelecidas relações perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos à mercê do titular” (*Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Volume I. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 484). No sentido: “A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade de certeza das relações jurídicas, não permitindo que demandas fiquem indefinidamente em aberto” (STJ, REsp 908.599/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, j. 04/12/2008, DJe 17/12/2008).

⁴ Traçamos no corpo do texto a diferenciação com a decadência por ser este o instituto mais afim à prescrição, até mesmo pela natureza material das duas figuras. *Preclusão e perempção*, apesar de representadas por palavras mais próximas do que a decadência, não podem ser confundidas com a prescrição, diante da raiz processual das primeiras. A *preclusão* consiste na perda de faculdade processual, somente tendo efeitos internos à ação em curso. A *perempção* decorre da atuação *contumaz* do autor, dando ensejo a três arquivamentos do mesmo feito (artigo 268, parágrafo único, do CPC). É uma *sanção processual* que não extingue o direito material, nem sua *pretensão*, pois se admite a invocação do ‘direito’ como matéria de defesa. Diferentemente da *preclusão*, a *perempção* projeta seus efeitos para fora do processo. Para pesquisa mais longa, confira-se, com ótimo roteiro comparativo entre a *preclusão* e os institutos, Maurício Giannico (*A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84-106).

⁵ Para os que desejam maior aprofundamento no tema e desejam fazer análise pormenorizada das diferenças com a decadência, vale, pois, a leitura da introdução da clássica obra de Antônio Luís da Câmara Leal (*Da Prescrição e da decadência*. 3. ed. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3-29).

⁶ No sentido, entre vários, confira-se: Milton Paulo de Carvalho Filho (*Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56) e Carlos Roberto Gonçalves (*Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5). Sobre o princípio da operabilidade, de forma mais ampla, confira-se: Rodrigo Reis Mazzei

de Agnelo Amorim Filho para distinguir a prescrição da decadência,⁷ associando a primeira às *ações condenatórias* e a segunda figura às *ações constitutivas*, com a exclusão das *ações puramente declaratórias* dos espectros dos institutos em voga. Por tal passo, está firmado no Código Civil de 2002 - em seu artigo 189 - que violado o direito, nasce para o titular *pretensão*,⁸⁻⁹ a qual se extingue, pela prescrição (observados os prazos dos artigos 205 e 206 da referida codificação). Não se trata apenas da formação dos contornos da prescrição em si, mas também de fixação das hipóteses ligadas à figura no bojo do Código Civil, eis que as situações não constantes nos artigos 205 e 206 devem ser recepcionadas como decadência, mormente se a natureza da ação for constitutiva negativa.¹⁰

(*Notas iniciais à leitura do novo código civil*. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p.CXXIII-CXXVIII).

⁷ Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, consta em: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 7, n. 300, p. 725-744, out. 1961. Em excelente texto, de publicação recente, Humberto Theodoro Júnior aborda toda teoria do professor paraibano, a saber: Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In *Reflexos no novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 177-203. Com boa resenha, confira-se: Flávio Tartuce (*Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 9ª. Ed Volume I. São Paulo: Método, 2013 v. I, p. 469-471).

⁸ Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “[...] pretensão é fenômeno processual, pois trata-se de expressão sinônima de mérito, de pedido, de fundo do litígio, de objeto litigioso. Ora, a afirmação de um direito material, do ponto de vista processual, é uma pretensão (ou pedido, ou lide, ou mérito, etc.)” (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 39-40).

⁹ É interessante destacar que a utilização do termo *pretensão* afasta, a um só tempo, tanto a teoria da prescrição enquanto extintiva do direito material como a teoria da prescrição como extintiva do direito de ação, esta última anteriormente adotada pelo Código Civil de 1916.

¹⁰Aplicando o entendimento, na I Jornada de estudo sobre o Código Civil de 2002, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, editou-se o Enunciado n. 14: “Artigo 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o artigo 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer”.

Ademais, ao se vincular a prescrição ao *nascimento da pretensão* e a decadência ao *exercício de direito potestativo*, fez-se didático divisor entre as duas figuras, pois o último, em essência, é direito sem pretensão, já que não pode ser objeto de violação.¹¹⁻¹² Além da distinção efetuada com base na análise da *pretensão* e do *direito potestativo*, colhe-se do atual Código Civil outras diferenças frisantes entre a prescrição e a decadência, podendo se sintetizar com olhos específicos no direito material:

(a) Somente haverá prazo prescricional se a lei assim tratar (artigos 205 e 206), não podendo as partes fazer qualquer tipo de alteração nos prazos legais (artigo 192). A decadência comporta divisão, podendo decorrer da lei (*decadência legal*) ou da fixação pelas partes para o exercício do direito potestativo (*decadência convencional*). No caso da decadência convencional, como é óbvio, a fixação do prazo se sujeitará à vontade (= *convenção*) das partes (artigo 211).

(b) Segue-se a idéia de que a fluência dos prazos decadenciais é imune a obstáculos de impedimento,¹³ de suspensão ou de interrupção (artigo 207), enquanto a prescrição possui expressamente a regulação de hipóteses que impedem e

¹¹ Ademais, segundo Humberto Theodoro Júnior: “Enquanto, frente aos ‘direitos à prestação’, a ação nasce da lesão e serve para a proteção do direito contra a violação, no caso dos direitos potestativos, a ação constitutiva não é meio de proteção, é forma de exercício do próprio direito, o qual não depende do sujeito passivo, nem pode por ele ser violado” (Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In *Reflexos no novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 182).

¹² Registre-se, contudo, que parte da doutrina considera o critério diferenciador ultrapassado. No sentido, por todos, colhe-se crítica de César Fiuza (Ainda a Prescrição e a Decadência. In: *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: IOB Thompson, 2004, p. 334-335).

¹³ Regra que comporta exceção, conforme artigo 208 do Código Civil, pois não há fluência de prazo decadencial contra o absolutamente incapaz, absorvendo-se o disposto no artigo 198, I.

suspendem o prazo prescricional (artigos 197, 198, 199, 200 e 201), assim como que permitem a interrupção do lapso temporal do instituto (artigos 202, 203 e 204).

(c) Não é possível a renúncia da *decadência legal* (artigo 209), ao passo que a prescrição – de um modo geral - é perfeitamente renunciável (artigo 191), sendo a última, por tal passo, *disponível*.

Embora o roteiro acima não seja exaustivo, os pontos destacados demonstram que o legislador optou por diferenciar a prescrição da decadência no Código Civil de 2002.¹⁴

1.2 Regras processuais sobre a prescrição no corpo do Código Civil de 2002

É enganosa a afirmativa de que o legislador seguiu cegamente a diretriz do item ‘j’ da Exposição de Motivos do nosso segundo diploma civil, a qual dispõe sobre a eliminação no Código Civil de “quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado”. Ao contrário do que pode se imaginar da simples leitura da orientação, na realidade existe, no Código Civil, gama bem razoável de normas com vínculo processual, ou seja, o

¹⁴ Com quadro bem detalhado e didático com as diferenças entre prescrição e decadência na atual codificação civil, confira-se: Flávio Tartuce (*Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 9ª. Ed Volume I. São Paulo: Método, 2013 v. I, p. 470).

legislador se valeu muitas vezes de *regras heterotópicas*¹⁵ e *bifrontes*¹⁶, trazendo no ventre do Código Civil boa quantidade de

¹⁵ A expressão regra *heterotópica* combina o termo *héteros*, de origem grega que transmite a idéia de diferente, desigual, com a designação *topikòs*, de mesma etimologia, que alude a lugar. Assim, pela literal locução, regulação heterotópica é aquela que se situa em lugar diferente do que, a *priori*, deveria estar posicionada. Significa então que um dispositivo que se possa atribuir a característica de ser heterotópico é aquele cuja localização no texto normativo não coincida com a matéria que ele se lança a regulamentar. Em termos práticos, é o caso, por exemplo, de dispositivos de direito processual que estão inseridos no bojo do Código Civil e, em contramarcha, de regras de direito material que estão postadas no Código de Processo Civil. De forma próxima (e com sua autoridade máxima), José Carlos Barbosa Moreira esclarece que: “Nem sempre é fácil determinar a melhor localização de tal ou qual dispositivo, e o legislador se deixa guiar muitas vezes por critérios que variam de um país para outro, ou relegam a plano inferior preocupações de índole científica. Daí a ocorrência de intromissões e de superposições: regras pertinentes ao direito civil insinuam-se em códigos processuais, ou vice-versa (a doutrina chama-lhes *heterotópicas*) ou então certos assuntos vêm tratados a um só tempo no Código Civil e no Código de Processo Civil” (O novo Código Civil e o Direito Processual. In *Reflexos no Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 105-106). Nada obstante a ótima doutrina transcrita, merece – desde já – realçar que os dispositivos heterotópicos não podem ser confundidos com as chamadas regras *bifrontes*, nas quais coexistem, simultaneamente, núcleos de direito material e processual. Nestes casos, não se poderia, a rigor, falar em heterotopia, uma vez que, por se tratar de dispositivo ambivalente, o deslocamento seria apenas parcial. No tema, confira-se Rodrigo Mazzei: Algumas Notas sobre o (‘dispensável’) artigo 232 do Código Civil. In: *Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262; *Enfoque processual do art. 928 do Código Civil*. In RBDPro – *Revista Brasileira de Direito Processual*., n. 59, p. 48-51. Sobre o conceito de dispositivo heterotópico, confira-se também: Leonardo José Carneiro da Cunha (Algumas regras do novo Código Civil e sua repercussão no processo – prescrição, decadência, etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 5, p. 69, 2003). Confira-se, ainda, as notas de rodapé seguintes.

¹⁶ Chamamos de dispositivos *bifrontes* os que possuem dupla faceta (material e processual). Aproveitamos aqui a expressão - *bifronte* - já trazida em estudo de Enrico Tullio Liebman ao examinar dispositivos contidos no Código Civil italiano de 1942 (Conforme Norma processuali nel codice civile. In *Problemi del Processo Civile*. Milano: Morano Editores, 1962, p. 158). No Código Civil de 2002 a exemplificação é bem variada. Exemplo pode ser extraído da conjugação dos artigos 478 e 479 do Código Civil de 2002. Note-se que o artigo 479 complementa a concepção do artigo 478, com grande influência dos princípios do equilíbrio e da conservação do contrato, demonstrando a raiz material dos dispositivos. No entanto, em plano que advém de atividade processual, há na parte final do artigo 478 uma remissão expressa aos efeitos da sentença, e no artigo 479, por sua vez, se desenha previsão de atividade do réu (*contra pedido*). A terminologia *bifronte* é usada, de forma mais habitual, para se referir a institutos que são tratados tanto pelo direito material, como o direito processual, como é o caso da prova e a coisa julgada, por exemplo. No sentido: Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p.42).

regramentos com carga processual¹⁷. Em alguns momentos foi feliz e em outros não, havendo boa abordagem da doutrina a respeito.¹⁸

No caso específico da prescrição, não há como negar a inserção de normas com repercussão processual no Código Civil de 2002, destacando-se:

- (a) Artigo 193 - ao permitir a alegação da prescrição pelo interessado em qualquer grau de jurisdição;¹⁹
- (b) Artigo 194 (revogado pela Lei 11.280/06 – que trouxe também redação ao § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil de 1973) – que dispunha que prescrição deveria ser tratada como matéria de *exceção*,²⁰ não podendo o Judiciário suprir sua alegação, salvo para favorecer o absolutamente incapaz;

¹⁷ Há, sem dúvida, ponto de contato entre o dispositivo heterotópico e o bifronte, pois em ambos os casos há o deslocamento do foco do diploma em que estão inseridos, já que se examina direito processual em diplomas com índole de direito material (ou vice-versa). Entretanto, nas normas bifrontes – diante da hibridez do dispositivo – o mesmo dispositivo gera conseqüências materiais e processuais, de modo que sua posição geográfica, ao menos em parte, está simétrica à essência do instituto que está sendo regulado.

¹⁸ Sobre as boas e más relações do Código Civil de 2002 com o Direito Processual Civil recomendamos a leitura dos textos que formam a coletânea *Reflexos no Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Juspodivm, 2006, em especial os estudos O novo Código Civil e o Direito Processual (de autoria de José Carlos Barbosa Moreira), Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil (de lavra de Alexandre Freitas Câmara) e O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual (escrito por Humberto Theodoro Júnior). Merece também leitura as observações de Fredie Didier Jr. (*Regras processuais no novo Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004) e os artigos que compõem a obra coletiva *Questões processuais do Código Civil de 2002*. Rodrigo Mazzei (Coord.). Barueri: Manole, 2006 (que, inclusive, contém texto específico de Sérgio Shimura sobre a prescrição no Código Civil de 2002).

¹⁹ Igualmente no caso de decadência, conforme conjugação dos artigos 210 e 211 do Código Civil de 2002.

²⁰ Lembre-se que no caso da decadência a possibilidade de suprimento dependeria da natureza da figura (artigo 210). Quando se tratar de *decadência legal* o juiz deve atuar de ofício, preenchendo a alegação, postura que não pode ser adotada em se tratando de *decadência convencional*.

(c) Artigo 202, I - ao prever que a interrupção da prescrição se dará pelo despacho do juiz que ordenar a citação.

Excetuando-se o disposto no artigo 193, que já possuía paradigma anterior no artigo 162 do Código Civil de 1916, os artigos 194 e 202, I, seguiram linhas não traçadas pelo diploma pretérito.²¹

No que se refere ao artigo 202, I, do Código Civil, esforço intelectual permite a sua compatibilização com o artigo 219, § 1º, do CPC.²² Ainda que a interrupção da prescrição se opere com a *decisão positiva* de determinação da citação (artigo 202, I, Código Civil), os efeitos de tal ato judicante serão retroativos à data de ajuizamento da ação (artigo 219, § 1º, do Código de Processo Civil)²³.

O artigo 194 (repita-se, revogado), causou impacto maior, redundando na superação do então § 5º do artigo 219 do CPC. Resumidamente, o artigo 194 do Código Civil – seguindo o caminho de vincular prescrição à *pretensão* – superou a superfície da redação primitiva do § 5º do artigo 219, para permitir que o Judiciário pudesse suprir a alegação de prescrição para favorecer o absolutamente incapaz em questões patrimoniais²⁴.

²¹ O artigo 202, III, do Código Civil de 2002 – apesar de ser uma novidade – não possui natureza (ou forte carga) processual, razão pela qual não foi destacado no rol acima.

²² Artigo 219 [...] § 1º - A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

²³ O entendimento foi cristalizado no enunciado 417 da IV Jornada de estudos sobre o Código Civil de 2002, de realização do Conselho da Justiça Federal, que possui o seguinte teor: “Art. 202, I: O art. 202, I, do CC deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição produzido pelo despacho que ordena a citação é retroativo até a data da propositura da demanda.”

²⁴ Por tais razões, na III Jornada de estudos sobre o Código Civil de 2002, de realização do Conselho da Justiça Federal, firmou-se o verbete 155: “Artigo 194: O artigo 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração *ex officio* da prescrição de direitos patrimoniais em favor

Ocorre que o artigo 194 foi revogado pela Lei 11.280/06 e a atividade reformadora implementou nova redação ao § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil de 1973, a fim de que a *prescrição* de modo geral (e não apenas na situação invulgar do *absolutamente incapaz*, antes trazida no artigo 194 do Código Civil de 2002) passasse a ser *pronunciada* de ofício pelo órgão judiciário. Com colorido diferenciado, mas mantendo a idéia de que o órgão julgador deve *pronunciar* a prescrição de ofício, o tema voltou a ser tratado no labor para o ‘novo’ Código de Processo Civil, em que se percebe que não há qualquer restrição à matéria de fundo que envolve a *pretensão*, ou seja, pelo texto atual reformador, ratifica-se a idéia de que a prescrição (em qualquer hipótese) deverá ser argüida de ofício²⁵.

Há, como se percebe facilmente, o tratamento de questões atinentes à prescrição tanto no Código Civil de 2002, como no atual Código de Processo Civil (mantendo-se a postura no texto que vem sendo confeccionado para sua substituição).

Ademais, há uma série de temas que envolvem a prescrição que, apesar de não serem especificamente de processo, surgem a partir de posturas processuais adotadas pelas partes (enquanto litigantes em processos judiciais) e demandam a análise a partir da célula material

do absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do artigo 219 do CPC”. Tal enunciado ficou, contudo, superado pela nova redação do artigo 219, § 5º, do CPC (vide adiante). De todo modo, vale salientar que a se seguir a concepção no atual Código Civil de que só haverá prescrição quando ocorrer violação de um direito que gere para o seu titular uma *pretensão*, o então § 5º do artigo 219 do CPC perdeu qualquer utilidade, pois, pelo critério adotado na nova codificação civil, não há sentido na expressão “*prescrição não patrimonial*”. Ora, sabemos que as ações condenatórias não se dissociam do direito patrimonial.

²⁵ O tema será tratado adiante em tópico próprio (item 9), mas, desde já, é possível citar os artigos 333, parágrafo primeiro, e 497, inciso IV, ambos referentes ao texto (substitutivo) de autoria do Deputado Paulo Teixeira (datado de 20.03.2013).

do instituto. No sentido, de modo exemplificativo, pode ser citar algumas questões:

- (a) O artigo 190 somente se refere às exceções que estão atreladas diretamente à própria pretensão, não alcançando outras situações em que a exceção é independente do exercício da pretensão do autor.²⁶⁻²⁷
- (b) As ações judiciais movidas pelo devedor para a discussão e/ou revisão do valor que lhe está sendo cobrado, embora não estejam estampadas de forma bem visível no rol do artigo 202 do Código Civil de 2002, poderão ser tratadas como hipóteses de interrupção do prazo prescricional.²⁸
- (c) Eventual não observância pelo credor dos prazos legais fixados para o acesso da via executória não pode ser traduzida como a *prescrição da pretensão do credor*, ou seja, a consequência da perda do referido prazo estará sitiada num plano (basicamente) processual.²⁹

²⁶ Basta pensar que para se compensar créditos, não é necessário que a raiz de ambos seja comum. O prazo de prescrição da pretensão, em tal hipótese, não se confunde com o prazo prescricional vinculado a pretensão que será a mola mestra da compensação, como exceção. Os artigos 368 e 369 do Código Civil apenas reclamam que a compensação deve ser feita entre dívidas líquidas e vencidas e de coisa fungíveis, sem fazer exigência acerca de identidade na relação pretensão- exceção.

²⁷ No sentido, Enunciado 415 da IV Jornada de estudos sobre o Código Civil de 2002 (Conselho da Justiça Federal): “O art. 190 do Código Civil refere-se apenas às exceções impróprias (dependentes/não autônomas). As exceções propriamente ditas (independentes/autônomas) são imprescritíveis”.

²⁸ No sentido, Enunciado 417 da IV Jornada de estudos sobre o Código Civil de 2002 (Conselho da Justiça Federal): “Art. 202: A propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição”.

²⁹ No sentido, Enunciado 463 da IV Jornada de estudos sobre o Código Civil de 2002 (Conselho da Justiça Federal): Art. 897: A prescrição da pretensão executória não atinge o próprio direito material ou crédito que podem ser exercidos ou cobrados por outra via processual admitida pelo ordenamento jurídico.

Portanto, há de se ter bastante atenção ao se examinar temas que envolvam a prescrição e que tenham como pano de fundo algum litígio judicial, pois há área de contato do instituto com o direito processual em vários dispositivos, bem assim alguns fenômenos ligados à prescrição poderão ocorrer no ventre de processos judiciais, situação que reclamará não apenas a interpretação a partir das regras processuais, mas, acima de tudo, com submissão ao gabarito material da figura jurídica.

2. Do efeito limitado da Lei 11.280/06 frente ao núcleo do instituto (prescrição)

É salutar a depuração entre as regras puramente materiais e as que possuem reflexos processuais, uma vez que as primeiras, como já gizamos, estão absolutamente imunes à reforma implementada pela Lei 11.280/06 (que revogou o disposto no artigo 194 do Código Civil)³⁰, bem assim a outros dispositivos do Código de Processo Civil e de outros ambientes processuais.

Como vimos antes, a prescrição não foi igualada à decadência em todos os seus termos, havendo apenas uma equivalência em alguns efeitos da *decadência legal*. Mais ainda, no Código de 2002 permanece íntegro o núcleo material da prescrição, consagrado em nosso sistema legal anterior.

³⁰ Bem próximo: Luciano Athayde Chaves (*A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 150-151).

Diante disso, não se pode pensar que os dispositivos que regulam as hipóteses de impedimento, suspensão e interrupção da contagem do prazo prescricional (artigos 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203 e 204) tenham sido afastados pela reforma processual (Lei 11.280/06). O grande problema (que, na verdade, é pontual) está em compatibilizar o atual artigo 219, § 5º, do CPC com o artigo 191 do Código Civil, uma vez que, segundo o dispositivo de direito material, a prescrição pode ser *renunciada* por quem lhe aproveita.

3. Compatibilização entre o artigo 219, § 5º, do CPC com o artigo 191 do Código Civil

De fato, há aparente paradoxo. Em uma ponta o artigo 191 do Código Civil de 2002 indica que a prescrição é matéria *disponível*, pois, uma vez consumada, o beneficiado poderá abrir mão da situação favorável. Contudo, de outro lado, o § 5º do artigo 215 do atual Código de Processo Civil determina que o julgador deve se *pronunciar de ofício* sobre a prescrição. Raciocínio açodado poderá levar à conclusão de que, com a reforma processual, o atual § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil revogou o artigo 191 do Código Civil, encaixando a prescrição no rol das matérias indisponíveis. A premissa é falseada, uma vez que, conforme alertamos, a Lei 11.280/06 somente pode ser aplicada para fins processuais, não atingindo o instituto da prescrição em sua célula de direito material.

4. Prescrição não é matéria de ordem pública

Apesar da reforma legislativa ter conferido ao magistrado poderes para *pronunciar* de ofício à prescrição, o atual § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil não a transformou em matéria de ordem pública, eis que esta categoria jurídica é deveras incompatível com a característica de *disponibilidade* da prescrição, prevista no artigo 191 do Código Civil de 2002.³¹ Na concepção que seguimos, as normas consideradas de ordem pública estão dentro do rol das matérias tidas pelo legislador como *estruturantes*, sem qualquer margem de disposição para as partes e (ou) adequação pelo Judiciário. São normas com *absoluta cogência*, não podendo ser afastadas, ainda que por vontade (ou a requerimento) do próprio interessado.³² Sendo a

³¹ No sentido de que a Lei 11.280/2006 transformou a prescrição em matéria de ordem pública, confira-se o entendimento de Misael Montenegro Filho, em *Cumprimento da Sentença e outras Reformas Processuais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 158. Cassio Scarpinella Bueno, de maneira menos conclusiva, parece adotar a mesma orientação em seu *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98: “[...] É como se dissesse, para todos os fins, que o prazo prescricional passou a ser de ordem pública, de interesse público, e que, por isto mesmo, é reconhecido ao juiz o dever de negar seguimento a qualquer ação que não tenha sido exercida dentro do prazo legal”. Assim também Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (*Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 302).

³² Reconhecemos que há uma grande dificuldade para o alcance da expressão “ordem pública”, pois, como bem assevera Maria Coeli Simões Pires, “a noção de ordem pública, por sua equivocidade, provoca perplexidade no campo da doutrina, da jurisprudência e do direito positivo” (*Direito adquirido e ordem pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 398). De todo jeito, nos parece ser necessário fixar pontos mínimos, uma vez que a confusão no uso do conceito acaba por criar, de fato, “perplexidades”, não sendo permitido, dentro da linha que defendemos, alargar por demasia o conceito de ordem pública. Isso implicaria, por exemplo, em opor obstáculos na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a interpretação restritiva do seu artigo 1º, que enaltece o seu caráter de “ordem pública” (Artigo 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de *ordem pública* e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias), poderia inviabilizar atos de natureza dispositiva que contém naquele diploma, afastando, por exemplo, a possibilidade de transação em hipóteses em que o direito do consumidor é perfeitamente disponível (a variação do grau de disponibilidade das normas do CDC indica que, dentro daquele corpo legislativo, coexistem regras de ‘ordem pública’, em que não há possibilidade de flexibilização – p. exemplo o artigo 51 – com outras que, nada obstante o ‘interesse público’ que marca o microssistema, admitem certa flexibilização (p. exemplo o artigo 18, § 2º). Daí porque o intérprete, pensamos, há de diferenciar a ‘ordem pública’ (situação absolutamente aguda) do ‘interesse público’. Há

renúncia ato dispositivo, a manutenção do artigo 191 do Código Civil de 2002 demonstra que a prescrição não passou a integrar o quadro dos dispositivos de ordem pública, pois as premissas são díspares na essência. Se há *renúncia*, por certo, *há campo para disposição a critério do interessado*, o que é *incompatível* com a concepção de ordem pública.

Não suficiente, vale lembrar ainda que, nos termos do artigo 882 do Código Civil,³³ a dívida prescrita não pode ser repetida, demonstrando-se, claramente, que a prescrição é matéria de cunho disponível.³⁴ Se assim não fosse, o pagamento não poderia ser tido como saudável, quitando a obrigação natural.³⁵ Teria o juiz que não vislumbrasse o pagamento indevido (já que era hipótese de prescrição), num momento posterior, o dever de ofício de determinar a devolução da quantia paga, pois o procedimento do devedor estaria contrariando preceito de ordem pública?

Na realidade, o poder de pronúncia (de ofício) da prescrição, conforme será explicitado adiante, depende do necessário concurso da vontade do devedor, pois a manifestação do desejo de renúncia

matérias em que se vislumbrará o interesse público, mas isso não as tornará indisponíveis, como é o caso hoje da prescrição.

³³ Artigo 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

³⁴ No tema Nelson Rosendal faz a seguinte observação: “Uma dúvida intriga os estudiosos: será que submetida a prescrição ao regime da indisponibilidade, poderá o devedor que efetuar o pagamento voluntário de débito prescrito obter a repetição de indébito? A resposta é negativa. Permanece intacto o artigo 882 do Código Civil. Mesmo para os que entendem que agora a prescrição gera a perda da pretensão do credor, a relação obrigacional será preservada. O débito subsiste, pois apenas sucumbiu a exigibilidade” (Prescrição: Da exceção à objeção. In: Cristiano Chaves de Farias, (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 189).

³⁵ No sentido: Fabiano Carvalho (*Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89).

constitui obstáculo à prolação de sentença com fundamento no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, sendo o magistrado compelido a julgar com espede no inciso I, do mesmo dispositivo, caso não ocorra nenhum outro obstáculo que impeça a resolução da própria pendenga.³⁶

5. Efeitos da reforma nos ditames do artigo 193 do Código Civil

Em busca de aceleração processual e considerando que estatisticamente são raros os casos em que o devedor renuncia à prescrição consumada em seu favor, com o atual § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, o legislador criou ferramenta para que o julgador suscite a matéria que passou despercebida pela parte beneficiária, pois se tal litigante não vier a renunciar da posição que possui, o resultado final da ação será mais rapidamente alcançado, abreviando-se a demanda judicial. O escopo da reforma está ligado, portanto, à dotação de mais poder (*processual*) ao julgador no desembaraço e finalização de ações, pois a pretensão respectiva foi alcançada pelo prazo prescricional.

A participação ativa do magistrado agilizará o resultado final da controvérsia, pois a *pronúncia de ofício* poderá precipitar a extinção

³⁶ Há, no entanto, situações especialíssimas em que o legislador optou por transformar a prescrição em matéria de ordem pública, impedindo a sua disponibilidade, notadamente por meio de renúncia. No sentido, muito antes da reforma processual inserida pela Lei 11.280/2006, a Lei nº 8.112/90 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais,) cuida da prescrição como matéria de ordem pública, ao dispor em seu artigo 112: “A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração”. Observe-se no particular que se trata de norma específica, para determinado microssistema. Aqui, no artigo 112 da Lei 8.112/90, o legislador buscou expressamente alcançar a célula material, pois, ao dispor que a prescrição não pode ser “relevada”, impediu a administração de optar pela renúncia, bem como de exercer qualquer outro ato de disponibilidade que se encontre na esfera do direito material e não da relação jurídica processual. Neste caso, não há dúvida que a prescrição será tratada como objeção.

da ação (com resolução de mérito). Contudo, reiteramos que isso não significa dizer, *data venia*, que a prescrição tenha sido transformada genericamente em matéria de ordem pública.

Note-se que mesmo que a prescrição vislumbrada seja afastada, depois de ouvidas as partes interessadas pelo julgador, a formação de tal '*incidente*' poderá ter efeito positivo na marcha processual, eis que se consolidará decisão sobre a matéria que, se não recorrida, receberá os efeitos da preclusão. Evita-se, com tal procedimento, invocação posterior da prescrição, com base no artigo 193 do Código Civil (que se repita, tem escopo processual e não material), em contra marcha dos atos de ascendência processual, aplicando-se à questão decidida os efeitos do artigo 471 do Código de Processo Civil.³⁷

6. Da necessidade de contraditório

Como se viu, tendo o artigo 193 do Código Civil de 2002 índole heterotópica (ou seja, atinente ao processo apesar de inserido no ventre da codificação civil) os efeitos da reforma processual (Lei n. 11.280/2006) o alcançam, diferentemente dos artigos 191 e 882 do Código Civil de 2002 que não estão voltados apenas para a relação jurídica processual. Logo, nos casos dos artigos 191 e 882, a recepção do novel legislativo deve se dar de forma mais cautelosa, com respeito ao direito material ditado nas respectivas normas.

³⁷ Sem dúvida, o artigo 471 do CPC detém peso para sepultar os efeitos do artigo 193 do Código Civil, pois, havendo decisão respeitante à prescrição (ainda que para afastá-la), a questão não poderá ser novamente analisada pelo mesmo julgador, mormente por ser a prescrição uma matéria de natureza disponível. Bem próximo, confira-se: Nelson Rosenthal (Prescrição: Da exceção à objeção. In: Cristiano Chaves de Farias (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 191).

Com tal bússola, é certo que o § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil não permite que o julgador, sem prévia oitiva das partes, possa extinguir o processo com base na prescrição. O contraditório é, sem dúvida, necessário para que se promova a extinção do processo com motivação envolvendo a prescrição, ainda que cogitada pela primeira vez pelo órgão judiciário³⁸. O tema merece ser analisado com mais vagar, senão vejamos:

6.1 Da necessidade de intimação do réu ('devedor')

Sem reboços, não se deve admitir a dispensa da prévia oitiva da parte que se beneficia com a prescrição, haja vista que esta pode, perfeitamente, apresentar renúncia nos termos do artigo 191 do Código Civil. O atual § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil não abalou tal direito material do demandado. É inviável impor marcha processual que implique na perda de um direito material (aqui o disposto no artigo 191, do Código Civil), notadamente quando o réu possui o legítimo interesse de ver julgado improcedente o pedido do autor, em razão de ter adimplido a obrigação, mesmo que de outra forma que não o *pagamento*, pois este não é única forma de *extinção das obrigações*.³⁹

³⁸ A confirmar nossa assertiva, ao menos no que tange ao artigo 191 do Código Civil, foi aprovado o Enunciado nº 295, da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos: “Artigo 191. A revogação do artigo 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no artigo 191 do texto codificado.” Em sua justificativa de aprovação, consta o seguinte: “Os contornos do instituto da prescrição civil permanecem substancialmente os mesmos, na medida em que a alteração promovida pela Lei nº 11.280/2006 é pontual, alterando apenas o mecanismo de seu funcionamento em juízo.”

³⁹ Correta (e didática) a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho quando afirmam que: “(...) o pagamento traduz o fim natural de toda obrigação. Todavia, existem outras formas especiais de extinção das obrigações, as quais a doutrina costuma denominar *pagamentos especiais* ou *indiretos*. Metaforicamente, podemos dizer que se o pagamento é a

Observe-se que a comprovação de que as obrigações foram quitadas (ainda que por outra forma que não o *pagamento direto*) para determinadas pessoas, como é o caso dos empresários (artigo 966 do Código Civil), tem significado que não é puramente existencial, na medida em que a “imagem de bom pagador” poderá lhe propiciar vantagem (patrimonial) em determinadas situações, como por exemplo, a tomada de empréstimos bancários e acesso as linhas de crédito. É ingênuo se pensar, *data máxima vênia*, que a renúncia à prescrição está ligada apenas às questões de cunho moral, sem influência patrimonial alguma⁴⁰. Dessa forma, o interesse do requerido (*de ter a declaração judicial de que a obrigação reclamada foi extinta pelo pagamento, por exemplo*) poderá extrapolar a órbita do direito não patrimonial, uma vez que, repita-se, a *declaração judicial de bom pagador*, por si só, em determinadas circunstâncias, colocará a parte em ranking de valor mais alto do que aquela que ‘*se livrou das dívidas*’ em razão da pronúncia da prescrição.

‘*morte natural*’ de uma obrigação, não podemos deixar de reconhecer que, juridicamente, há outras formas de ‘*morte*’ de uma obrigação, sem que se siga a via ordinária concebida para todas formas de vida (...)’ (*Novo Curso de Direito Civil*. Volume II. Obrigações. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131). Nestas condições, não podemos descartar outras formas de extinção das obrigações diversas do pagamento (e suas modalidades variadas), como é o caso da dação em pagamento, novação, compensação e remissão, por exemplo. Em todos os casos acima postos exemplificativamente, uma vez configurada a extinção da obrigação, não poderia o devedor originário ser posto – salvo situações especialíssimas – no pólo passivo de ação judicial que vise a execução forçada da obrigação original, extinta por uma forma prevista em lei (e tratada na doutrina como *pagamentos especiais* ou *indiretos*). Ainda que com variações, sobre outras formas de extinção da obrigação que não o pagamento, confira-se (entre vários): Álvaro Villaça Azevedo (*Teoria geral das obrigações*. 8^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149), Inácio de Carvalho Neto (*Extinção indireta das obrigações*. 3^a. ed.. Curitiba: Juruá, 2005, p. 33-35) e Flávio Tartuce (*Manual de Direito Civil*. 3^a. Ed.. São Paulo: Método, 2013, p. 345).

⁴⁰ Afinal, como bem lembra Antônio Menezes de Cordeiro: “A hipótese de um devedor, beneficiado com a prescrição, não querer usar, nada tem de anormal: poderão prevalecer as pactos morais ou, até, patrimoniais pragmáticos: o comerciante preferirá pagar o que deve do que constar, na praça, que recorreu a prescrição, com prejuízo para o seu credor legítimo” (*Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Tomo 4. Coimbra: Almedina, 2005, p.165 - n. 79).

De toda sorte, a análise do sistema legal, indica que a declaração judicial da *extinção da obrigação* pode ter outros efeitos em favor do devedor, além dos morais e dos que se vinculam a sua imagem que, como se viu, pode deter reflexo patrimonial. Por exemplo, se aquele que não é devedor for acionado para o adimplemento da obrigação prescrita (já extinta pelo *cumprimento*), o afastamento da prescrição - através da válvula de renúncia do artigo 191 do Código Civil - abrirá espaço para ação de reparação contra o autor da cobrança judicial, nos termos do artigo 574 do Código de Processo Civil⁴¹. Isso porque o requerido somente poderá se valer do artigo 574 se a sentença, através de capítulo decisório específico, declarar a *inexistência da obrigação*, situação incorrente quando é pronunciada a prescrição, que em *mérito periférico*⁴² é analisada antes do núcleo da pendenga (*'obrigação adimplida ou não'*).⁴³

⁴¹Artigo 574 - O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

⁴² É comum trata a prescrição como “preliminar de mérito”, expressão que – embora consagrada – não é de perfeita técnica, é cria espaço para se tratar a questão como hipótese de *falso de mérito* ou de *questão processual (preliminar) de maior potência*. Optamos pelo uso da terminologia de *mérito periférico*, que posiciona a prescrição topograficamente no mérito da causa, mas em seu liminar, ou seja, nas suas primeiras camadas (a *periferia*). Tal percepção é útil, inclusive, para efeito da cronologia da cognição, pois a resolução do mérito deve passar por uma sequência lógica cognitiva até alcançar os temas tratados pelo mérito em seu núcleo (*mérito nuclear*). Mais ainda, a expressão (*mérito periférico*) permite compreender que, existem matérias (como é o caso da prescrição) em que a decisão (embora com resolução de mérito) não implica em *rejeição do pedido* (tema reservado para o *mérito nuclear*), mas de solução outra, tomada a partir das primeiras camadas do mérito. Com análise, ainda que breve, sobre mérito periférico e mérito nuclear, indicando suas diferenças, confira-se: Rodrigo Mazzei. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 573-575.

⁴³ Vale lembrar também que os efeitos da prescrição e da absolvição no Direito Penal não são iguais, mormente se projetadas para o Direito Civil. Há posição de que “somente no caso de ser a denúncia improcedente, surge o direito ao exercício da indenizatória no cível” (STJ, REsp. 34.807/PR, Rel. Ministro Hélio Mosimann, 2ª Turma, j. 13.12.1995, DJ 12.02.1996, p. 2414). Com entendimento próximo, em pesquisa, encontra-se acórdão de improcedência de pedido

Em outro exemplo, talvez até mais agudo, devemos nos lembrar do disposto no artigo 940 do Código Civil⁴⁴, pois somente poderá o devedor gozar da reparação ali posta se a dívida reclamada pelo credor não estiver prescrita. Ora, se o insucesso do pedido do autor for a improcedência no núcleo da controvérsia, demonstrando o requerido que a dívida já está adimplida, o autor se sujeitará ao pagamento de verba em favor do réu, abrindo as portas inclusive para eventual indenização quanto ao dano de ordem moral. No entanto, se for declarada a prescrição, por não se julgar a existência da obrigação em si, mas apenas o afastamento da pretensão pela consumação do tempo, não terá aquele que figurou como réu o mesmo benefício da sentença de improcedência que reconheceu o adimplemento da obrigação pelo pagamento.⁴⁵⁻⁴⁶

indenizatório por dano moral, em situação que o autor – que teve a punibilidade extinta pela prescrição - afirma ter sofrido dor íntima por notícia que narrou fatos de uma possível conduta criminosa sua (TJES, ap. civ. 024.01.015951-5, rel. Des. Maurílio de Almeida Abreu, 4ª Câmara Cível, j. 18/05/2004, p. 10/09/2004).

⁴⁴ Artigo 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*. (destaque nosso).

⁴⁵ Observe-se que os artigos 574 do Código de Processo Civil e 940 do Código Civil, apesar de postados em diplomas distintos, merecem ser tratado como dispositivos que regulam direito material (*indenização*) que surge em decorrência de *fato processual* (sentença que declara o adimplemento – mesmo que parcial - da obrigação que ensejou a cobrança judicial). Tal fato traz vínculo processual aos dispositivos em tela, pois a violação está atrelada à declaração que deve ser feita em sentença, permitindo que seja, ao menos com tal enfoque, tratar os artigos 574 do Código de Processo Civil e 940 do Código Civil como *bifrontes*, situação totalmente descartada quando se examina o parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor (“art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor *cobrado* em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”). A regra constante na lei consumerista é, pois, de (puro) direito material, não se calcando em qualquer fato processual, bastando, pois, que a cobrança seja indevida (mesmo que extrajudicial e/ou de dívida prescrita, ao contrário do que está disposto nos artigos 574 do Código de Processo Civil e 940 do Código Civil).

A parte final do artigo 940 do Código Civil se justifica exatamente pelo fato da prescrição não formar uma certeza quanto ao direito controvertido, razão pela qual o réu, suposto devedor, para alcançar os efeitos positivos da referida norma, deve renunciar à prescrição.⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹ Forçoso, assim, reconhecer que não se trata de um

⁴⁶ Em especial se partimos da premissa de que o reclame do réu não necessita ser veiculado por reconvenção. Confira-se, no sentido, acórdão em volta do artigo 1.531 do Código Civil de 1916, ‘antecessor’ do artigo 940 atual: “Restituição em dobro. Dívida já paga. Reconvenção. A demanda sobre dívida já paga permite a imposição da obrigação de restituir em dobro, independentemente de reconvenção. Artigo 1531 do Civil”. (STJ, REsp. 229.259/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 27.05.2003, DJ 01.09.2003 p. 290); mais recente: “A aplicação da penalidade do pagamento do dobro da quantia cobrada indevidamente [artigo 1.531] pode ser requerida por toda e qualquer via processual, notadamente por meio de embargos à monitoria”(STJ, REsp. 608.887/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 18.08.2005, DJ 13.03.2006, p. 315) Em sentido inverso: A aplicação do artigo 1.531 do Código Civil está sujeita à reconvenção. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no Ag 326.119/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, j. 17.04.2001, DJ 04.06.2001, p. 176). A discussão – para nós – foi eliminada com o Código Civil de 2002, que é norteado pelo *princípio da operabilidade*, de modo que se conspiraria contra os ditames do artigo 940 exigir reconvenção para se obter seu resultado. Tanto assim que existem vários dispositivos que, pelo seu perfil, podem permitir *contrapedido* por parte do réu, como é o caso dos arts. 157, § 2º, 479 e 1.241. No sentido: Rodrigo Mazzei (Aspectos panorâmicos do “tempo” na “realização do direito”. *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Bruno Freire e Silva e Rodrigo Mazzei (Coords.). Curitiba: Juruá, 2006, p. 531-533).

⁴⁷ Corroborando com nossa opinião, Inácio de Carvalho Neto e Érica Harumi Fugie, acerca do artigo 940 do Código Civil, comentam: “O credor que pedir em juízo mais do que lhe for devido, ficará obrigado a pagar o devedor o equivalente do que ele exigir. Ressalva a lei a hipótese de prescrição. Perdendo o credor a causa pelo reconhecimento da prescrição, não será obrigado a indenizar o devedor. Embora se tenha aí uma hipótese de cobrança indevida, impede a lei indenização neste caso porque a prescrição pode ser dispensada pelo devedor, além de poder ser para o credor causa de justificada dúvida” (*Novo Código civil comparado e comentado: contratos e obrigações extracontratuais*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003, v. III., p. 259).

⁴⁸ No sentido: Nelson Rosendal (Prescrição: Da exceção à objeção. In: Cristiano Chaves de Farias (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 190).

⁴⁹ Note-se, contudo, que o artigo 941 do Código Civil indica que não se aplicará a punição pecuniária “se o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que provar sofrido”. A regra, em esforço interpretativo, dá ensejo ao argumento de que a decisão que pronuncia a prescrição sem ouvir o réu deve ser equiparada à postura do autor que desiste da ação (se não há movimentação processual contra o réu, este não terá direito a indenização). O raciocínio é sedutor, mas necessita ser compreendido num contexto mais amplo, na medida em que, como debatido no corpo do texto, afasta a possibilidade do autor renunciar a prescrição, e tal ato possui facetas variadas, tanto de cunho extrapatrimonial (moral) como de imagem com reflexos patrimoniais (o bom pagador). Sobre o legítimo interesse do devedor renunciar à prescrição, confira-se: Antônio Menezes de Cordeiro: (*Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Tomo 4. Coimbra: Almedina, 2005, p.165 - n. 79).

simples “capricho” a intimação prévia daquele que se beneficia com a prescrição. Em revés, suprimir a oitiva do réu poderá importar em prejuízo que envolve o direito material deste, já que, consoante artigo 191 do Código Civil, detém a faculdade de renunciar ou não à prescrição consumada dentro da sua esfera jurídica.

No particular, é interessante ressaltar que, transcorrido integralmente o prazo de resposta sem qualquer manifestação do demandado, não poderá o magistrado presumir ter havido renúncia tácita à prescrição, em razão da regra prevista no artigo 114 do Código Civil de 2002,⁵⁰ segundo a qual os atos de renúncia devem ser interpretados estritamente,⁵¹ até mesmo porque o artigo 193 do mesmo diploma faculta ao interessado a possibilidade de alegação da prescrição em qualquer grau de jurisdição.⁵²

⁵⁰ Artigo 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

⁵¹ A utilização do artigo 114 do Código Civil de 2002 como baliza interpretativa para a hipótese prevista no artigo 191 deste mesmo Diploma é também recomendada por Roberto Senise Lisboa [*Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. Camilo Carlos Eduardo Nicoletti et al (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 281].

⁵² Perfeitas as observações de Fredie Didier Jr. sobre o *princípio da cooperação*: “Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação de juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir. (...) Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas as partes sejam intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso posta em contraditório, antes de decidida. Eis o dever de consultar. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tanta influência na solução da controvérsia” (*Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador, Juspodivm, 2006, p. 72-73).

6.2 Da necessidade de intimação do autor ('credor')

O contraditório obrigatório não está voltado apenas para os que estão no pólo passivo, tendo mira também todos aqueles que, como *parte*, compõem o processo. Isso porque devemos ter atenção ao *princípio da cooperação* que, como é curial, faz com que o magistrado tenha a necessidade de dialogar com (todas) as partes, na busca de decisão final hígida.

Apesar de no atual Código de Processo Civil não constar norma específica que abrigue a faceta citada do *princípio da cooperação*⁵³, determinando que o julgador faça a prévia oitiva das partes – antes de decidir - quando verificar a existência de matéria que poderá ser declarada de ofício (e não foi suscitada pelo interessado), imperioso se torna destacar que o seu conteúdo encontra-se permeado por este vetor (que possui raiz constitucional, fincada num *modelo processual democrático*⁵⁴). De toda sorte, mesmo que partíssemos de outra premissa (legislação infraconstitucional), a interpretação inteligente e vertical da lei processual nos leva também a mesma conclusão (*necessidade de contraditório prévio*).⁵⁵

⁵³ Presentes nos textos para o 'novo' CPC desde a fase inicial. Vale conferir o trecho inicial (Parte Geral) entre os artigos 1º e 12 do texto (*substitutivo*) do Deputado Paulo Teixeira (alguns citados no item 10 do presente artigo).

⁵⁴ No tema: Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15-16) e Hermes Zaneti Junior (*Processo constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 03-11).

⁵⁵ O direito estrangeiro também nos permite tal conclusão. Por exemplo: o poder de decisão do juiz, sem qualquer contraditório, não é adotado no Código de Processo Civil português que expressamente prevê no n° 3 de seu artigo 3º: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo em caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito e de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. Nesse sentido, bem fundamentado: Fernando Luso Soares; Duarte Romeira Mesquita; Wanda Ferraz de Brito, *Código de Processo Civil anotado*, 12. ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 117-118. Igualmente

Com efeito, o artigo 327 do atual Código de Processo Civil determina que se o réu alegar qualquer das matérias do artigo 301 do mesmo diploma, deverá o juiz ouvir o autor antes de decidir sobre a questão ali localizada, nada obstante a permissão contida nos artigos 267, § 3º e 301, § 4º da codificação processual, para que o julgador *de ofício* conheça da questão. É absolutamente ilógico pensar que somente haverá contraditório se a matéria for deduzida pelas partes. O requerido, ao observar que há matéria a seu favor que pode ser conhecida de ofício, furtar-se-ia de apresentar postulação no sentido, passando a trilhar '*caminhos meta-jurídicos*', na tentativa de que '*o julgador sozinho descubra a questão*' que deve ser pronunciada. Como se procederia tal empreitada? Uma '*reza*' para iluminar as idéias do julgador? Um "*sussurro no ouvido*" do magistrado?⁵⁶

Assim, adequando o artigo 327 do Código de Processo Civil de 1973 ao princípio do contraditório (*valor-fonte*⁵⁷ da Carta Magna de 1988), realçado no particular pelo *princípio da cooperação*, o julgador deve ouvir as partes previamente, mesmo em se tratando de matéria de

na França, consoante a parte final do atual artigo 16 da codificação processual ("o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. *Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes para apresentar suas observações.*"). Com esteira semelhante, confira-se ainda os itens (2) e (3) da ZPO Alemã (de acordo com a Lei de 27.07.2001).

⁵⁶ Note-se que na perspectiva do autor a intimação se revela fundamental, pois, consoante indaga Nelson Rosenvald: "O magistrado possui uma 'bola de cristal' para antever a inexistência de causas suspensivas ou interruptivas ao curso da prescrição"? (Prescrição: Da exceção à objeção. In: Cristiano Chaves de Farias (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 190).

⁵⁷ Expressão feliz cunhada pelo professor Hermes Zaneti Junior (*Processo constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 190).

ordem pública ou de interesse público (e imune à preclusão), antes de prolatar decisão final sobre a questão argüida de ofício.⁵⁸

Apesar da prescrição não estar encartada no artigo 327 do atual Código de Processo Civil, a leitura atenta do dispositivo anterior (artigo 326), absorvido a partir de leitura *cooperativa* demonstra que a alegação de prescrição gera contraditório obrigatório,⁵⁹ pois se trata de fato extintivo do direito do autor.⁶⁰⁻⁶¹ Se o artigo 326 obriga o julgador a ouvir o autor sobre a prescrição argüida pelo réu, igualmente, caso seja a matéria pronunciada pelo órgão judicial, deverá ocorrer a oitiva tanto do autor quanto do réu. O primeiro para que convença o julgador de que está errado, permitindo-lhe, inclusive, argüir eventuais causas

⁵⁸ Bem próximo, confira-se: José Roberto dos Santos Bedaque [Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (Coords.). São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38-42]. Segundo o autor (que cita Comoglio) “[...] admitir que questões sejam solucionadas sem a prévia manifestação das partes, mesmo aquelas cujo exame de ofício é possível, importa conferir significado ilusório ao direito de defesa. Para que o contraditório seja pleno e efetivo, deve realizar-se antes da decisão, sob pena de nulidade. Trata-se de exigência de um processo justo e leal, sem surpresas para os participantes” (op. cit., p. 42).

⁵⁹ Próximo: STJ, REsp. 309.814/RJ, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, j. 02.08.2001, DJ 03.09.2001 p. 272.

⁶⁰ Segundo Antônio Cláudio da Costa Machado “fatos extintivos são a decadência, a prescrição, o pagamento, a remissão, o desaparecimento da coisa (...) Basta a alegação de qualquer desses fatos – ou outros que na classificação se enquadrem – para que nasça o dever do juiz, sob pena de nulidade do processo, de abrir vista da contestação ao autor para réplica (...)” (*Código de Processo interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2004. p. 449)

⁶¹ O artigo 326 merece interpretação ampla, no sentido de prestigiar contestação que, com base no princípio da eventualidade, contenha conjuntamente defesa direta e indireta. Assim, é perfeitamente possível afirmar que ocorreu a prescrição da pretensão e que, mesmo que o prazo não tivesse se consumado, a dívida estaria paga. Pensar em inverso importaria em violação ao princípio constitucional da ampla defesa. Em lição lapidar, Cleanto Guimarães Siqueira sustenta a necessidade de compatibilização do artigo 300 do CPC, com o artigo 5º, LV, da Constituição Federal (*A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo e conhecimento*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 261-264)

suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional,⁶²⁻⁶³ e o segundo, em outra esfera, para demonstrar que as luzes da decisão estão em foco correto (ou que, nos termos do artigo 191 do Código Civil, irá renunciar à prescrição, pois deseja julgamento quanto à própria controvérsia e não a simples extinção da pretensão do autor).

Lembre-se, outrossim, que a necessidade de respeito ao contraditório sob o ângulo do autor foi anotada na composição do atual § 4º do artigo 40, da Lei 6.830/80, o que reforça a necessidade de uma releitura da nossa legislação processual com agasalho ao princípio da cooperação que informa e qualifica o contraditório nos embates judiciais.

7. Prescrição intercorrente X § 5º do artigo 219 do CPC

Não constando qualquer ressalva no § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil o alcance da reforma abarca também a prescrição intercorrente. Reforça esta assertiva o disposto no atual §

⁶² No sentido: Luciano Athayde Chaves que cita, para o processo do trabalho, o verbete 258 do Tribunal Superior do Trabalho: “A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação a pedidos idênticos” (*A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 155).

⁶³ Afinal, como bem pontua Gustavo Kloh Müller Neves: “[...] o reconhecimento da prescrição de ofício somente retira do devedor o ônus da alegação, mas não modifica a natureza fática da prescrição (o que pode determinar a necessidade de atividade probatória mais intensa e delongada), tampouco torna irrelevantes as alegações feitas por credor e devedor acerca dos fatos que cercam a situação prescricional” (*Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 114). Daí porque, com razão Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, quando ponderam que: “[...] a autorização que com a Reforma foi dada ao juiz, para que reconheça a ocorrência da prescrição, não o isentará de verificar, com cautela, se efetivamente ocorreu a prescrição” (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 45).

4º do artigo 40, da Lei 6.830/80⁶⁴ que permite, no âmbito das execuções fiscais, o reconhecimento da prescrição intercorrente pelo julgador, depois de ouvida a Fazenda Pública.

Observe-se que pela paridade necessária e diante do fato de que a pronúncia de ofício provocará efeitos para exeqüente e executado, cremos que a intimação não deve ser dirigida apenas à Fazenda Pública (como se extrai da literalidade do disposto no § 4º do artigo 40, da Lei 6.830/80), mas também ao executado, em razão do disposto no artigo 191 do Código Civil, já que, em princípio, seria possível a renúncia da prescrição intercorrente pelo executado⁶⁵, caso a dívida tenha sido paga no curso da execução – um fato superveniente (artigo 462 do CPC) - e o exeqüente, apesar do adimplemento, insistir na execução, até mesmo porque não nos parece correto isentar a Fazenda Pública das irás dos artigos 574 do Código de Processo Civil e 940 do Código Civil⁶⁶.

Infelizmente, a posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça está calcada em interpretação bem restritiva ao § 4º do artigo 40, da Lei 6.830/80, firmando-se entendimento não só de que apenas a Fazenda deve ser intimada (para argüir situações que demonstrem a

⁶⁴ Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (...) § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. [\(Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#).

⁶⁵ O texto do Projeto para o “novo” Código de Processo Civil (*substitutivo* do Deputado Paulo Teixeira) prevê que a intimação deve ser para todas as partes, consoante consta em seu artigo 940 (*‘Extingue-se a execução quando: (...) V – ocorrer a prescrição intercorrente. Parágrafo único. Na hipótese de prescrição intercorrente, deverá o juiz, antes de extinguir a execução, ouvir as partes, no prazo comum de quinze dias’*). Confirma-se, adiante, a análise de vários dispositivos do referido Projeto que tratam da prescrição.

⁶⁶ Cremos, inclusive, que o artigo 574 do CPC é um exemplo de responsabilidade objetiva processual, assemelhando-se no particular ao disposto no artigo 811, parágrafo único, do CPC, tema último bem assentado nos nossos Tribunais. No sentido: STJ, REsp 30.368/RS, Rel. MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª. Turma, j. 07/06/1994, DJ 31/10/1994, p. 29501.

suspensão ou interrupção da prescrição⁶⁷), como também de que não é necessário que a intimação cogite que há risco da prescrição ser pronunciada.⁶⁸

8. Prescrição aquisitiva, § 5º do artigo 219 do CPC, função social da propriedade e o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil

O § 5º do artigo 219 do atual Código de Processo Civil não faz nenhuma alusão específica à espécie de prescrição que poderá ser suscitada de ofício pelo julgador. Intuitivamente, pela tradição do dispositivo legal, parece ter o legislador se preocupado apenas e tão somente com a *prescrição extintiva*, não sendo possível que a *prescrição aquisitiva* (usucapião) seja declarada de ofício. Contudo, o § 5º do artigo 219 pode adquirir colorido diferenciado às experiências

⁶⁷ No sentido: “A novel Lei 11.051, de 30 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80, possibilitando ao juiz da execução a decretação de ofício da prescrição intercorrente, desde que ouvida previamente a Fazenda, para que possa suscitar eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Precedentes: REsp 913.704/PR (DJ de 30.04.2007); REsp 747.825/RS (DJ de 28.03.2007); REsp 873.271/RS (DJ de 22.03.2007); REsp 855.525/RS (DJ de 18.12.2006); Edcl no REsp 835.978/RS (DJ de 29.09.2006); REsp 839.820/RS (DJ de 28.08.2006). (...) Tratando-se de norma de natureza processual, a sua aplicação é imediata, inclusive nos processos em curso, competindo ao juiz da execução decidir acerca da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos.” (STJ, AgRg no Ag 1358534/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 07/04/2011); “Nos termos do art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, a prescrição intercorrente ocorre quando - proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão - o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos por culpa da exequente, podendo, ainda, ser decretada ex officio pelo magistrado, desde que previamente ouvida a Fazenda Pública. (...) 2. A finalidade da prévia oitiva da Fazenda Pública, prevista no art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, é a de possibilitar à Fazenda a arguição de eventuais causas de suspensão ou interrupção da prescrição do crédito tributário”. (STJ, AgRg no REsp 1271917/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 27/02/2012).

⁶⁸ No sentido: “O § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 autoriza que o juízo da execução decrete, de ofício, a prescrição intercorrente, caso verifique que da decisão que ordenou o arquivamento tenha decorrido o prazo prescricional. O preceito legal referido exige, apenas, a prévia oitiva da Fazenda Pública, não impondo que na intimação haja especificação sobre eventual reconhecimento da prescrição” (STJ, REsp 1286031/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 28/11/2011)

pretéritas, a partir da sua conjugação com o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil⁶⁹ (que prevê que poderá o julgador atuar de ofício para assegurar a *função social da propriedade*), razão pela qual é possível surgir indagação sobre a possibilidade de reconhecimento da *prescrição aquisitiva* de ofício pelo julgador, tendo em vista o reforço legal efetuado pelo § 5º, do artigo 219, do Código de Processo Civil.

De plano, o § 5º, do artigo 219, do CPC não altera a situação legal existente antes de sua aparição no mundo jurídico. Isso porque o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil é uma plataforma aplicável apenas para as chamadas *cláusulas gerais restritivas*,⁷⁰

⁶⁹ Artigo 2.035(...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁷⁰ As *cláusulas gerais* são dispositivos com amplitude dirigida ao julgador, em forma de diretrizes. Ao mesmo tempo em que contemplam critérios objetivos, estes não são fechados, cabendo ao Estado-Juiz, em valoração vinculada ao caso concreto, preencher o espaço da abstração da cláusula geral. Da possibilidade de existência de cláusulas gerais com técnicas diferenciadas na sua tipologia, a doutrina tem classificado tal instituto, quanto à sua estrutura, em três espécies, a saber: *a) restritivas*: as cláusulas gerais surgem para delimitar ou restringir determinadas situações que decorrem de regra ou de princípio jurídico. A função social da propriedade, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, é um exemplo de cláusula geral restritiva, na medida que afeta as faculdades inerentes do proprietário previstas no *caput* (usar, gozar, dispor e reaver); *b) regulativas*: são utilizadas como princípio para regular situações fáticas sem desenho acabado na legislação, como é o caso do abuso do direito (artigo 187 do CC/2002); *c) extensivas*: permitem o alargamento da regulação jurídica, através do uso de regras e princípios de outros textos legais, como ocorre na parte final do parágrafo 1º do artigo 1.228, ao remeter à conformidade do uso da propriedade *com o estabelecido na lei especial*. Sobre a sistematização das cláusulas gerais, confira-se: Rodrigo Mazzei (Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. *In. Comentários ao Código Civil brasileiro*: parte geral (arts. 1º a 103). Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coords.) Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXXIX-XCIV) e de forma mais curta (Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. *In Reflexos no novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 32-58). Confira-se, ainda, no tema: André Osório Gondinho (Codificação e cláusulas gerais, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-35, jan./mar. 2000) e Judith Martins-Costa (O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 24-48, jul. 1998).

utilizadas para delimitar ou restringir determinadas situações que decorram de regra ou de princípio jurídico.

A função social da propriedade, nos termos do § 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, é exemplo de *cláusula geral restritiva*, na medida que afeta as faculdades inerentes ao proprietário previstas no *caput* (usar, gozar, dispor e reaver).⁷¹ Assim, o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil permite a intervenção judicial de ofício do magistrado em atuação de *repressão*, para que seja afastada pretensão fora do gabarito das diretrizes de ordem pública do Código Civil, em especial se contidas em negócios jurídicos, daí porque o uso da expressão “convenções” na referida norma.

Dessa forma, a *prescrição aquisitiva* poderá ser declarada como meio de *coibir* atitude que viola a função social da propriedade, o que não significa dizer que o julgador poderá conhecê-la de ofício e deferir a usucapião ao possuidor, *criando pedido*. Não é este, absolutamente, o alcance de uma *cláusula geral restritiva*.

Será possível, e isto já acontecia antes do atual § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, que o julgador analise a *prescrição aquisitiva* como fator de *motivação* para sua decisão, independentemente de ter sido suscitada pelo interessado, se tal se fizer necessário em ação que envolva discussão - com aplicação concreta - da *função social da propriedade*. Em hipótese, pensamos ser viável que o magistrado, mesmo sem expressa referência do réu possuidor, possa julgar improcedente pedido do proprietário se for

⁷¹ Tratamos da função social da propriedade no seguinte texto: A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. *Função do direito privado no atual momento histórico*. Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

verificado que o imóvel em questão já tiver sido absorvido pela *prescrição aquisitiva*, mormente em situação em que se verifique a *posse qualificada*,⁷² uma variante direta da função social da propriedade.

A decisão judicial, portanto, não desprezará a arquitetura do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil de 2002 que, repetimos, somente pode ser absorvida como *cláusula geral restritiva*, ou seja, de atividade de controle (= *repressão*). No entanto, para que a prescrição aquisitiva seja declarada em favor do possuidor, mister se fará ação própria ou a alegação em sede de defesa, na forma de *contra pedido* (*pedido contraposto*), com a utilização da novidade inserida pelo artigo 1.241 do Código Civil⁷³⁻⁷⁴ que, na nossa visão, aplica-se

⁷² De forma bem resumida, pode-se dizer que se as acessões e/ou benfeitorias introduzidas pelo possuidor criarem *bônus social* (= *resultado positivo à sociedade*), a posse respectiva se *qualificará*, gerando *situação de vantagem* em benefício do possuidor. Teori Albino Zavaski afirma que a posse qualificada é "marcada por elemento fático caracterizador da função social: é a posse exercida a título de moradia e enriquecida pelo trabalho ou por investimentos" (A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 844).

⁷³ Artigo 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁷⁴ Note-se que o artigo 1.241, sem correspondente no Código Civil de 1916, não faz qualquer indicação restritiva de que a declaração de aquisição da propriedade imóvel pela usucapião somente poderia ser alcançada mediante ação a ser movida pelo possuidor, devendo ser entendido também que tal resultado poderá ser obtido através da apresentação de *contrapedido* pelo possuidor, enquanto réu de ação reivindicatória ou possessória. Pensar diferente significa afirmar que a novidade do Código Civil de 2002 é uma regra inócua, tendo em vista nosso sistema sempre admitiu a ação de usucapião (figurando o possuidor no polo ativo), com regulação procedimental no artigo 941 e seguintes do CPC. Ademais, a interpretação restritiva ao artigo 1.241 do Código Civil de 2002, além de desprezar que o diploma atual se valeu da *recodificação* (por aproveitar aqui soluções já contidas em outros corpos legais) implicará em leitura disforme ao *princípio da operabilidade*, pois, por tal diretriz, os dispositivos da codificação devem ser aplicados para a resolução do embates, afastando-se discussões de cunho acadêmico. Não é por acaso que no Código Civil de 2002 estão presentes várias hipóteses de *pedido contraposto*, não sendo o artigo 1.241 uma estrela solitária, consoante é possível se aferir dos arts. 479 e 157, § 2º, do mesmo diploma. Especificamente comentando o artigo 1.241,

para todas as formas de usucapião, em resultado à postura de *recodificação*, alargando, assim, as hipóteses antes existentes no artigo 13 do Estatuto da Cidade⁷⁵ e no artigo 7º da Lei 6.969/81.⁷⁶⁻⁷⁷ Portanto, não será possível invocar o § 5º do artigo 219 para fins de reconhecimento da usucapião, formando coisa julgada em favor do possuidor, sem que ocorra *pedido* no sentido pelo interessado, ainda que formulado na contestação como *contra pedido*.⁷⁸

confira-se Marcelo da Rocha Rosado (Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada. *Questões processuais no novo Código Civil*. Rodrigo Mazzei (Coord.) Barueri: Manole, 2006, p. 230-242).

⁷⁵ Artigo 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

⁷⁶ Artigo 7º. A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no registro de imóveis.

⁷⁷ Proposição nossa no sentido foi abonada pela Comissão de Direito das Coisas da IV Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho da Justiça Federal, resultando na edição do enunciado nº 315, a saber: “Artigo 1.241. O artigo 1.241 do Código Civil permite que o possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formule pedido contraposto e postule ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros.”

⁷⁸ Em Portugal, contudo, há norma expressa no sentido de que as matérias de ordem pública no Direito do Trabalho permitem atuação muito maior do que o controle repressivo, admitindo-se, inclusive, o julgamento extra e ultra petita, conforme artigo 74º do Código de Processo do Trabalho (artigo 74º. Condenação extra vel ultra petita: O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte de aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514º do Código de Processo Civil, de preceito inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho). Assim, para efetuar uma condenação em quantidade superior ao pedido ou em objeto diferente dele, o juiz tem que respeitar duas condições: (a) causa de pedir há de manter-se sempre a mesma; (b) condenação há de resultar da aplicação de normas inderrogáveis. No sentido, vale conferir a doutrina do luso Carlos Alegre: “No processo civil comum, os termos da interposição da acção da respectiva contestação constituem os precisos limites dentro os quais se mantém a controvérsia e a decisão do tribunal deve corresponder-lhes, sem o que a decisão tomada será objetivo de nulidade. Não é assim na jurisdição do trabalho, dada a existência de normas legais ou de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho inderrogáveis pela vontade das partes. O tribunal pode movimentar-se na acção, sem que a limitação dos termos em que foi proposta ou contestada constitua impedimento a fazer coincidir “*o que é direito*” com a intenção do demandante em pedir tudo a quanto tem direito, eventualmente condenado em conformidade. No fundo, trata-se de fazer coincidir a “*pretensão substantiva*” (fundamento imediato do pedido) com o “*pedido processual*” (o pedido efectivamente formulado).(...). Para efectuar uma condenação em quantidade superior ao pedido ou em objecto diferente dele, o juiz só tem que respeitar duas condições: - a causa de pedir há de manter-se sempre a mesma; - a condenação há de resultar da aplicação de normas inderrogáveis de leis ou de instrumentos de

Poderá, sem dúvida, o julgador declarar, mesmo sem pedido, a ocorrência da prescrição aquisitiva como *motivação* que impedirá a retomada de bem que já se encontra *funcionalizado*, isto é, exercendo sua *função social*.⁷⁹ No entanto, tal postura não formará coisa julgada, a teor do atual artigo 469, I, do Código de Processo Civil.

Independentemente da vinculação a uma *cláusula geral restritiva*, não podemos deixar de registrar que a expressão *prescrição aquisitiva* é ainda utilizada muito mais para prestigiar consolidação histórica que a envolve do que para apontar, tecnicamente, o fenômeno jurídico.⁸⁰

O maior ponto comum entre a *usucapião* com a *prescrição* está em serem institutos que surgem a partir da fluência do tempo nas relações jurídicas. No entanto, existem diferenças estruturais, pois a usucapião é figura que irá constituir um novo direito, inclusive de natureza real em benefício daquele em favor de quem o tempo está fluindo, enquanto que a prescrição, em revés, está intimamente ligada aos chamados direitos pessoais, sendo ferramenta de sedimentação de

regulamentação colectiva aos fatos especificados ou quesitados como aos factos a que se refere o artigo 514^o. do Código de Processo Civil (factos notórios e fatos do conhecimento oficial do juiz)” (*Código de Processo do Trabalho Anotado e Atualizado – DL 38/2003*. Coimbra: Almedina, p. 203-205). Também no tema, Nuno Sebastião (*A condenação além do pedido no CPT*. Coimbra: Almedina, 1983).

⁷⁹ Adotando expressamente nossa posição, confira-se TJRS Apelação Cível nº 70022078778, 19ª Câmara Cível, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 13/05/2008).

⁸⁰ As raízes são bem longínquas, conforme adverte Lenine Neguete: “Do fato de haver JUSTINIANO confundido num mesmo título (C., Livro VII) a matéria das prescrições e da usucapião, antes perfeitamente diferenciadas, surgiu com o tempo a necessidade de se adotar a distinção introduzida por BOHMER entre prescrição extintiva ou liberatória e prescrição aquisitiva ou usucapião (*Da prescrição aquisitiva*. 3. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981, p. 15). Fique esclarecido que o autor destacado, apesar de se valer da expressão *prescrição aquisitiva* no título de sua obra, demonstra de forma cuidadosa, na sua ótica, pontos de divergência da usucapião com a prescrição extintiva (op. cit., p 15-19).

relações jurídicas em que não se manifestou a pretensão.⁸¹ Sendo assim, *usucapião* e *prescrição* são dois institutos díspares não sendo correto transportar, cegamente, regramentos de um para o outro,⁸² afastando-se, portanto, o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil das hipóteses de usucapião, até porque, como gizamos, a expressão *prescrição aquisitiva* tem vínculos mais íntimos a fundamentos históricos do que aos contornos próprios da prescrição.⁸³

Não suficiente os argumentos já postos, a inaplicabilidade de abarcar o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil nas hipóteses de usucapião fica evidente na medida em que tal dispositivo está intimamente ligado às causas extintivas. Basta, pois, verificar a norma em seqüência, já que o artigo 220 é esclarecedor sobre a alçada do

⁸¹ Acerca da impossibilidade de se entender a usucapião como forma de *prescrição 'aquisitiva'*, próximo ao nosso texto, confira-se: Carlos Frederico Barbosa Bentivegna. [*Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. Camilo Carlos Eduardo Nicoletti et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 919], e Carlos José Cordeiro (*Usucapião constitucional urbano: aspectos de direito material*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 89-91)

⁸² Não se esquecendo que em certos momentos a missão é necessária. Em exemplo frisante, note-se que há válvula comunicante entre a prescrição (extintiva) e a usucapião no artigo 1.244 do Código Civil, no que se refere às situações de suspensão e interrupção da fluência dos prazos (“Artigo 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.”) Em sentido próximo, confira-se: Fábio Caldas de Araújo (*O usucapião no âmbito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 79-80).

⁸³ Correta, ao nosso sentir, a conclusão tirada por Carlos José Cordeiro: “A par das diferenças e afinidades apresentadas entre os dois institutos, deve-se considerar que o uso da expressão *prescrição aquisitiva* como sinônima de usucapião já ganhou vida, através dos tempos, tanto nos livros de doutrina como nos julgados dos tribunais, de forma que o interprete, devidamente advertido de sua diferenciação, poderá utilizar as palavras de maneira indistinta, desde que afastando no sentido estrito o significado de prescrição” (*Usucapião constitucional urbano: aspectos de direito material*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 90-91). A premissa é importante já que a expressão *prescrição aquisitiva* continua sendo invocada por boa doutrina como sinônimo de usucapião, como é o caso das obras de J. Virgílio Castelo Branco Rocha Filho (*Usucapião especial e constitucional rural*. Curitiba: Juruá, 2003) e Miguel Angel Bustos Argañarás (*Prescripción adquisitiva. Usucapión*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005).

artigo antecessor.⁸⁴ Assim, a leitura conjunta dos artigos 219 e 220 do Código de Processo Civil demonstra a impropriedade de se pretender projetar os ditames do § 5º do artigo 219 para as hipóteses de usucapião.

9. O Projeto de ‘novo’ Código de Processo Civil e a prescrição

Nos trabalhos vinculados ao Projeto de ‘novo’ Código de Processo Civil há vários dispositivos que trazem o instituto da prescrição, podendo se encontrar algumas novidades em relação à codificação processual atual, nada obstante ser também de fácil localização algumas regras que repetem (mesmo que com um desenho diferenciado) regulações já existentes.

De forma muito abreviada, e seguindo a cronologia do Projeto - utilizando-se o texto do *substitutivo* do Deputado Paulo Teixeira - a prescrição pode ser encontrada nos seguintes artigos: 104, 240, 303, 312, 333, 497, 539, 549, 818, 937, 940, 990, 1.026 e 1.069.

Entre as regulações que não podem ser tratadas propriamente como novidades, mas como consolidação (ainda que como aperfeiçoamento e/ou adaptação) de regras processuais já existentes no sistema processual, é possível citar os seguintes dispositivos do Projeto (conforme texto do *substitutivo* do Deputado Paulo Teixeira):

⁸⁴ Artigo 220. O disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei.

- (a) Artigo 104⁸⁵ – O dispositivo admite, tal qual o artigo 37 do Código de Processo Civil atual, a postulação por advogado sem mandato para se evitar a consumação da prescrição.⁸⁶
- (b) Artigo 240⁸⁷ - A regra prevê que a citação interrompe o prazo prescricional (artigo 219 do CPC atual⁸⁸). Há, no entanto, uma melhora na redação, pois o dispositivo projetado evidencia (e deixa claro) que a interrupção, além de retroagir à data da propositura da ação e se dará mesmo que a citação seja determinada '*por juiz incompetente*', não fica sujeita a prazos fixos e que a parte não pode ser prejudicada por embaraços da máquina judiciária. Observa-se, no entanto, que a redação do § 5º do artigo 219 atual não foi repetida no Projeto, muito embora pela leitura de outros dispositivos fique evidente que a prescrição poderá ser argüida de ofício pelo órgão julgador, consoante previsto nos artigos 333, § 1º, e 497, IV, do texto projetado.

⁸⁵ Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar decadência ou prescrição, bem como para praticar atos considerados urgentes.

⁸⁶ Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes.

⁸⁷ Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juiz incompetente, torna eficaz a litispendência para o réu, faz litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 do Código Civil. § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juiz incompetente, retroagirá à data da propositura da ação. (...)

⁸⁸ Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. § 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. § 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. § 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. § 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

- (c) Artigo 303⁸⁹ – Não há grande mudança no que tange à prescrição em relação ao artigo 303 do Projeto e o atual artigo 811 do Código de Processo Civil.⁹⁰, já que em ambos o autor responderá perante o réu pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da tutela cautelar, assegurando ao último a reparação, que poderá se dar nos próprios autos. As mudanças na verdade estão em outras partes do artigo 303 do texto projetado, quando aduz situações que trata ao longo do projeto como ‘*tutela antecipada cautelar*’ e ‘*reparação por dano processual*’.
- (d) Artigo 312⁹¹ – Os trabalhos legislativos praticamente repetem o que hoje consta do artigo 810 do Código de Processo Civil⁹², salvo a mudança redacional, que torna o dispositivo com melhor arquitetura técnica e simétrica ao Projeto, quando afirma que o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse.
- (e) Artigo 497⁹³ – O artigo em voga dispõe no sentido de que a sentença que pronuncia a prescrição tem o condão de resolver a

⁸⁹ Art. 303. Independentemente da reparação por dano processual, o autor responde ao réu pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da tutela antecipada cautelar, se: (...) IV - o juiz acolher a alegação de decadência, ou da prescrição da pretensão do autor. (...)

⁹⁰ Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: (...) IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

⁹¹ Art. 312. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

⁹² Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

⁹³ Art. 497. Haverá resolução de mérito quando for (...): IV – pronunciada, de ofício ou a requerimento, a decadência ou a prescrição; (...) Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do art. 333, §1º, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

questão de mérito (hipótese tratada atualmente no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil⁹⁴). Em novidade, o inciso IV do dispositivo aduz que, para a resolução do mérito, pouco importa se a prescrição foi invocada pelo interessado ou argüida de ofício pelo órgão julgador, fazendo apenas a (importante) ressalva de que tal decisão somente poderá ser proferida após contraditório, ouvindo-se as partes, se pronunciada pelo órgão julgador, consoante parágrafo único do dispositivo (que faz a ressalva de uma hipótese – o artigo 333, §1º⁹⁵).

(f) Artigo 539⁹⁶ – Segundo o inciso VII do dispositivo analisado, em linha assemelhada ao desenho do atual artigo 475-L, inciso VI, é possível a impugnação ao cumprimento de sentença, alegando a prescrição (desde que superveniente ao momento em aperfeiçoado o título) como causa de trancamento da pretensão do credor.⁹⁷

(g) Artigo 549⁹⁸ – A regra, através de seu inciso VII, repete o que hoje está inserido no inciso VI do artigo 730 em vigor⁹⁹, a fim

⁹⁴ Art. 269. Haverá resolução de mérito: (...) IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição (...)

⁹⁵ Dispositivo que adiante comentaremos.

⁹⁶ Art. 539. Transcorrido o prazo previsto no art. 537 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de quinze dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: (...) VII – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

⁹⁷ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (...) VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

⁹⁸ Art. 549. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, mediante carga, remessa ou por meio eletrônico, para, querendo, no prazo de trinta dias e nos próprios autos, impugnar a execução, cabendo nela arguir: (...) VII – qualquer causa impeditiva,

de que a prescrição superveniente seja considerada como matéria arguível pela Fazenda Pública em sede de impugnação à execução.

(h)Artigo 818¹⁰⁰ – O dispositivo – que se volta aos efeitos da citação na execução (interrompendo a prescrição) – possui boa harmonia com o disposto no artigo 240 do Projeto (que trata da citação de um modo geral) e, embora mais extenso do que o atual artigo 617 do Código de Processo Civil ¹⁰¹, não traz mudanças que podem ser tidas como relevantes, sendo, na verdade, fruto de aperfeiçoamento redacional.

Além dos dispositivos acima destacados, há inserções de artigos que não tratam da prescrição no Código de Processo de Civil em vigor, bem assim de regulações que são desdobramentos de novos institutos contemplados no Projeto (conforme texto do *substitutivo* do Deputado Paulo Teixeira):

modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

⁹⁹ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (...)VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; (...)

¹⁰⁰ Art. 818. Na execução, a interrupção da prescrição opera-se pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juiz incompetente, desde que seja realizada com observância ao disposto no § 2º do art. 240. Parágrafo único. A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

¹⁰¹ Art. 617. A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219.

- (a) Artigo 937¹⁰² – O dispositivo em voga reformula o atual artigo 791 do Código de Processo Civil¹⁰³, passando a regular de forma mais detalhada a suspensão da execução quando não forem encontrados bens penhoráveis. O texto projetado prevê que durante a suspensão do processo para localização de bens penhoráveis não há fluência de prazo prescricional, mas passado o prazo para a diligência (um ano), sem manifestação do credor (exequente), inicia-se a contagem da prescrição intercorrente que poderá ser decretada de ofício, depois de ouvidas as partes a respeito.
- (b) Artigo 940¹⁰⁴ - Há aqui uma alteração no texto do artigo 794 do Código de Processo Civil em vigor¹⁰⁵, no sentido de alocar a prescrição intercorrente no rol de hipóteses aptas a extinguir a execução, situação que já advinha do sistema, mas que não estava explicitado no dispositivo específico. De toda sorte, merece ser destacado que o Projeto, no parágrafo único do artigo 940, faz – novamente – a expressa alusão à necessidade

¹⁰² Suspende-se a execução: (...) III – quando o executado não possuir bens penhoráveis; (...) § 1o Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual não correrá o prazo de prescrição. § 2º Decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o executado ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. (...) § 4o Decorrido o prazo de que trata o §1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente. O juiz, depois de ouvidas as partes, poderá, de ofício, reconhecer esta prescrição e extinguir o processo.

¹⁰³ Art. 791. Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A); II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III; III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

¹⁰⁴ Art. 940. Extingue-se a execução quando: (...) V – ocorrer a prescrição intercorrente. Parágrafo único. Na hipótese de prescrição intercorrente, deverá o juiz, antes de extinguir a execução, ouvir as partes, no prazo comum de quinze dias.

¹⁰⁵ Art. 794. Extingue-se a execução quando: I - o devedor satisfaz a obrigação; II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III - o credor renunciar ao crédito.

de prévia oitiva das partes, fixando-se para tal o prazo comum de 15 (quinze) dias.

(c) Artigo 1.069¹⁰⁶ - Apesar de quebrar a seqüência cronológica que estamos seguindo na abordagem dos dispositivos que tratam da prescrição no Projeto, o artigo 1.069 deve ser examinado em seqüência ao artigo 940, eis que o dispositivo aqui comentado é fundamental para a pronúncia da prescrição intercorrente prevista no artigo 940, inciso V. Com efeito, pelo disposto no artigo 1.069 o termo inicial da prescrição estampada no dispositivo que trata da *extinção da execução* dever ser aplicado inclusive para as execuções em curso, contando-se, tal prazo, obviamente, a partir da vigência no ‘novo’ Código de Processo Civil. Note-se, pois, que tal dispositivo deve ser interpretado à luz do que está cravado na Parte Geral do texto projetado (artigo 14¹⁰⁷), que impede o não respeito aos atos processuais e situações jurídicas já estabilizadas, antes da entrada em vigor da ‘nova’ codificação.

(d) Artigo 990¹⁰⁸ – No trecho compreendido entre os artigos 988 e 1.000, o texto projetado traz para o ventre do Código de Processo Civil os contornos do *incidente de resolução de demandas repetitivas*. Entre os regramentos vinculados ao

¹⁰⁶ Art. 1.069. O termo inicial do prazo da prescrição prevista no inciso V do art. 940 contar-se-á, inclusive para as execuções em curso, a partir da vigência deste Código.

¹⁰⁷ Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

¹⁰⁸ Art. 990. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao juízo de admissibilidade do incidente, levando em consideração a presença dos pressupostos do art. 988. (...) §5º Admitido o incidente, suspender-se-á a prescrição das pretensões nos casos repetitivos com a mesma questão de direito.

instituto, está previsto no artigo 990, §5º, que admitido o incidente será *suspensa* a prescrição das pretensões nos casos repetitivos com a mesma questão de direito. Cabe, no particular, fazer três observações: (i) trata-se de *suspensão* do prazo prescricional e não de *interrupção*, de modo que o incidente irá *frear* o prazo da prescrição, que passará a fluir com a contagem de prazo até o momento da *freada*, isto é da *suspensão* (ou seja, o prazo não volta à estaca zero, mas sim se *reinicia* a contagem já iniciada); (ii) a seguir a literalidade do dispositivo comentado, para que ocorra a *suspensão* do prazo prescricional será necessário o *juízo positivo de admissibilidade do incidente*, isto é, o incidente deverá ser *recepcionado* para a apreciação (e deliberação)¹⁰⁹; (iii) a decisão positiva de admissibilidade deverá ter efeito *ex tunc*, retroagindo à data de apresentação do *incidente de resolução de demandas repetitivas*, com aplicação de inteligência consolidada em outros institutos (inclusive a citação, artigo 240 do Projeto);

(e) Artigo 1.026 – O Projeto, através do artigo 1.026¹¹⁰, faz uma reforma no atual artigo 515 da codificação processual¹¹¹,

¹⁰⁹ O que implica em dizer que o trancamento na órbita de admissão do incidente – se efetuada interpretação literal do § 5º artigo 990 do Projeto – não gerará suspensão alguma do prazo prescricional das pretensões nos casos repetitivos com a mesma questão de direito.

¹¹⁰ Art. 1026. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I – reformar sentença fundada no art. 495; II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-los; IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação. §4º Quando reformar sentença que reconhecer a

passando a prever de forma expressa no § 4º do dispositivo projetado que ao se reformar sentença que reconheceu a prescrição (ou decadência) deverá o órgão judicial examinar e julgar o (restante) do mérito, dispensando o retorno do processo ao juiz de base. Na realidade, trata-se de providência já consagrada pelos nossos Tribunais (a partir do que se rotulou como análise da *'causa madura'*¹¹²), pois se a prescrição e a decadência fazem parte do *'mérito da causa'* (ainda que de forma periférica) não haveria qualquer motivo para a baixa dos autos para nova decisão de base. Ocorre que, pela literalidade do disposto no § 4º do artigo 1.026, há uma falsa impressão de que o órgão julgador *sempre* deverá prosseguir no julgamento do mérito da causa quando reformar sentença (decisão), pois não há a ressalva feita no § 3º do mesmo dispositivo de que tal esforço

decadência ou a prescrição, o tribunal julgará o mérito, examinando as demais questões de mérito, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

¹¹¹ Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. § 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação

¹¹² No sentido: “Deveras, é cediço no E. STJ que a prescrição decretada no juízo singular, uma vez afastada, permite ao tribunal ad quem julgar as demais questões suscitadas no recurso, ainda que não tenham sido analisadas diretamente pela sentença e desde que a causa encontre-se suficientemente “madura”. (Precedentes da Corte Especial: EREsp 89240 / RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 10.3.2003; EREsp 299246 / PE, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 20.05.2002)” (STJ, REsp 1113408/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, j. 28/09/2010, DJe 08/10/2010); “Conforme jurisprudência assente nesta Corte, reformando o Tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, estando suficientemente debatida e instruída a causa, é permitido ao Órgão ad quem adentrar no mérito da controvérsia, julgando as demais questões, sem que tal iniciativa importe em supressão de instância (CPC, art. 515, § 3º)” (STJ, AgRg no Ag 1072232/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. 24/03/2009, DJe 14/04/2009).

do órgão julgador só deve ocorrer se “*a causa estiver em condições de imediato julgamento*”. Inviável, pois, tal literal interpretação, pois vale lembrar que não é incomum que a prescrição e a decadência sejam pronunciadas sem que se tenha efetuado dilação probatória quanto à matéria de fundo (*mérito nuclear*)¹¹³. Assim, deve ser aplicada a ressalva do § 3º do artigo 1.026 também para os casos de prescrição (e decadência), ou seja, o órgão judiciário somente deve enfrentar o restante do mérito da causa se houver condições para imediato julgamento¹¹⁴.

Propositalmente, deixamos para o fechamento os comentários ao artigo 333 do Projeto¹¹⁵ (*substitutivo* do Deputado Paulo Teixeira),

¹¹³ No tema, confira-se: Rodrigo Mazzei. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 573-575.

¹¹⁴ No sentido: A prescrição, como fundamento para a extinção do processo com resolução de mérito, habilita o Tribunal ad quem, por ocasião do julgamento da apelação, a apreciar-la in totum *quando a causa é exclusivamente de direito ou encontra-se devidamente instruída*, permitindo o art. 515, § 1º do CPC que o Tribunal avance no julgamento de mérito, sem que isso importe em supressão de instância. Precedentes: RESP 274.736/DF, CORTE ESPECIAL, DJ 01.09.2003; REsp 722410 / SP, DJ de 15/08/2005; REsp 719462 / SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 07/11/2005.” (STJ, REsp 908.599/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, j. 04/12/2008, DJe 17/12/2008) – destacamos.

¹¹⁵ Art. 333. Independentemente da citação do réu, o juiz, em causas que dispensam a produção de prova em audiência, julgará liminarmente improcedente o pedido que: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – for manifestamente improcedente, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; V – contrariar enunciado de súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em cinco dias, contados da data em que tiver sido informado da interposição do recurso. § 4º Se houver retratação, o juiz deverá comunicá-la ao tribunal imediatamente, de preferência por meio eletrônico; se não houver retratação, o relator determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de quinze dias. § 5º Na aplicação deste artigo, o juiz observará o disposto no art. 521.

pois o dispositivo – pela sua redação – merece ser observado (e criticado) com atenção.

O artigo 333 dispõe que poderá o juiz – *sem citação* do requerido – julgar *liminarmente*¹¹⁶ improcedente o pedido, elencando, em seus incisos, as hipóteses para tal julgamento abreviado (e sem contraditório prévio). Ao se ler o rol do artigo 333 percebe-se que as matérias ali eleitas estão atreladas ao *mérito nuclear*, isto é, ao âmago de fundo das questões. A prescrição, por sua vez, não se encarta em tal tipo de matéria, pois apesar de compor o *mérito* da causa, sua localização topológica é *periférica* ao núcleo do debate. No entanto, apesar da aparente sutil (mas, na realidade, abissal) diferença, a prescrição foi arrolada no parágrafo único do artigo 333, autorizando o órgão judiciário a *'julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição'*.

Com toda a carga (ainda que com devidas adaptações), o texto projetado em comento retorna ao embaraço que, atualmente, ocorre na interpretação do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil em vigor, na medida em que a célula material da prescrição (artigo 191 do Código Civil de 2002) permite ao (suposto) devedor a renúncia. Como vimos antes, a renúncia da prescrição não se justifica apenas por motivo extra patrimonial (*demonstração que a pretensão foi*

¹¹⁶ O conceito de *decisão liminar*, em seu sentido técnico, é puramente topológico, isto é, no início do processo, no seu “limiar”. No sentido, com boa pesquisa doutrinária, confirma-se Luiz Orione Neto (*Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 7-16). Assim, a expressão não pode ser utilizada como sinônimo de *tutela de urgência*, até porque a última é gênero da *tutela de urgência liminar*, isto é *deferida no 'início do processo'*). Segundo Eduardo de Avelar Lamy:” A tutela jurisdicional terá natureza urgente quando cuidar de situações em que determinado pronunciamento jurisdicional necessitar ser proferido em curto período de tempo, através de cognição sumária, por meio de técnicas antecipatórias ou assecuratórias, dada a possibilidade de dano ao direito material envolvido” (*Flexibilização da tutela de urgência*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 39).

absorvida pela extinção da obrigação, por exemplo), mas também por colocar aquele que é devedor em posição de pleitear indenização já tarifada pela lei material, consoante artigo 940 do Código Civil (*pagamento pelo credor do dobro exigido, em caso de comprovação de pagamento pelo devedor*).

Assim, o parágrafo único do artigo 333 do Projeto, sob o pretexto de aceleração processual, cria uma situação de mutilação à renúncia da prescrição no âmbito processual, bem assim da possibilidade do requerido se valer de uma norma de caráter material (artigo 940 do Código Civil de 2002) que lhe coloca numa posição favorável e em punição ao autor (credor temerário).¹¹⁷

Vale salientar que a prescrição em todos os demais momentos processuais [que não a admissão do processo (com o trancamento liminar, com decisão de mérito – artigo 333)] somente poderá ser decidida e declarada depois de efetuado o contraditório das partes, isto é, para o credor e devedor, pois a *modulagem material da prescrição* permite manifestações de ambos que implicam no seu afastamento, seja pela suspensão ou interrupção de prazos (em regra suscitados pelo credor) ou pela renúncia (ato privativo do devedor). Basta, no particular, observar o disposto nos artigos 437, 937 e 940 do Projeto (e abordados no presente ensaio).

Além do desnivelamento do parágrafo único do artigo 333 em relação aos artigos 437, 937 e 940 do mesmo Projeto, percebe-se que não há uma submissão do dispositivo ao que é anunciado na Parte

¹¹⁷ Ao que parece, com todo respeito, a prescrição é tratada indistintamente como *matéria de ordem pública*, situação que é falseada (já que aplica apenas como exceção – como é o caso do artigo 112 da Lei nº 8.112/90), retirando do devedor a possibilidade da *renúncia*. Ora, não se pode renunciar a um direito que é tratado como de ordem pública, pois um dos pilares deste é a indisponibilidade.

Geral do texto projetado, pois ao se afastar – sem rodeios – direito material do devedor (artigos 191 e 940 do Código Civil), o artigo 1º do Projeto¹¹⁸ pode ficar abalado por um dispositivo interno. Isso porque, ao manter o desnível que há entre o parágrafo único do artigo 333 e os demais dispositivos, estará se apontando para o prestígio de situação pontual que o *contraditório* (necessário para o exercício de direitos do devedor) será suprimido, alijando-se diretriz que é tida como *valor fonte* do modelo democrático do processo.¹¹⁹

A questão é tão delicada que, se mergulharmos no tema ficará evidenciado também que o parágrafo único do artigo 333 não guarda respeito ao previsto no artigo 9º do Projeto¹²⁰, pois estará se permitindo que seja proferida sentença contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. A ‘*sentença será contra o devedor*’, sem dúvida, pois lhe suprime direito material, ou seja, sem que a parte possa exercer um direito material (no caso, em especial, a renúncia da prescrição), disposto no artigo 191 do Código Civil e até, eventualmente, um direito indenizatório.

Não suficiente os argumentos aqui postos, como a renúncia demanda ato inequívoco do interessado, conforme disposto no artigo 114 do Código Civil de 2002, sequer é possível se presumir a renúncia

¹¹⁸ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas e os valores consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹¹⁹ O conceito de paridade das partes, previsto no artigo 7º do Projeto, vai muito além do tratamento igualitário das partes, mas de que estas sejam tratadas igualmente ao longo de todo processo, primando sempre pelo contraditório em todas as questões que lhes são afetas (Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório).

¹²⁰ Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo nos casos de tutela antecipada de evidência previstos no parágrafo único do art. 306 e nos de tutela antecipada de urgência.

sem a oitiva prévia do (suposto) devedor, pois tal fato implicaria em criar presunção não existente no sistema e que, de certa maneira, também iria de encontro ao que está esculpido no artigo 10 do Projeto (impossibilidade de decisão sem a análise prévia do fundamento pelos interessados, ainda que se trate de matéria que possa ser conhecida de ofício).¹²¹

Note-se que pela conjugação dos artigos 333 e 335 do Projeto¹²² (que trata da audiência de conciliação), em caso da aplicação da improcedência liminar (artigo 333), sequer haverá audiência de conciliação, de modo que o (suposto) devedor somente será chamado para se manifestar para, eventualmente, exercer seu direito material caso o autor (alegado credor) venha a recorrer (§ 4º do artigo 333), pois, se este assim não o fizer, o requerido somente é intimado do trânsito em julgado (§ 2º do artigo 333). Observe-se, pois, o imbróglio causado por regras de processo, em descompasso a compressão da célula material da prescrição prevista no Código Civil de 2002 que, repita-se, admite a renúncia, não podendo ser tratada como matéria de ordem pública (a exceção de situações excepcionadas pelo legislador).

Com tais observações, deixamos a questão para reflexão, eis que certamente – se os textos do Projeto que aqui examinamos forem transformados em lei – haverá campo fértil para discussões.

¹²¹ Art. 10. O órgão jurisdicional não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

¹²² Confira-se: Art. 335. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e *não for o caso de improcedência liminar do pedido*, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.