

José Virgílio Lacerda Palma*

O processo e a prescrição, sua aplicabilidade no tempo

Resumo: A Constituição¹ possui dentre os inúmeros princípios e garantias que regem os limites do estado, o preceito democrático de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.² O processo é elemento integrante da função jurisdicional, exercida pelo órgão administrador desta parcela do poder do estado, e o pleito pela ingerência estatal sobre o homem exige a utilização de meios próprios. É a ação o meio de ingresso ao processo, e quando constitucional é incondicionada, mas quando processual é condicionada. As condições da ação, segundo a teoria abstrativista eclética são elementos de sua existência.³ Não obstante, a pretensão em juízo exige a formulação lógica do direito, o que se realiza através da prestação jurisdicional, que é influenciada pelas realidades sociais de cada época, modificando a interpretação legal por política judicial, o que por vezes afasta-se da conclusão de direito mais pertinente à lógica e hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: Direito de ação. Prestação jurisdicional. Novas realidades sociais.

The process and limitation, its applicability in time

Abstract: The Constitution has among the many principles and safeguards governing the limits of the state, the democratic precept that no one shall be deprived of his liberty or property, without due process. The process is an integral element of the judicial function, exercised by the governing body of this portion of state power, and election interference by the state of man requires the use of resources. The action is the means of entry to the file, and when constitutional is unconditional, but when procedure is conditioned. The conditions of action, according to the theory are abstract eclectic elements of his existence. Nevertheless, the claim in court requires the logical formulation of the law, which takes place through the adjudication, which is influenced by the social realities of each season, changing the legal interpretation by judicial policy, which sometimes moves away from completion of law most relevant to logic and legal hermeneutics

Keywords: Right of action. Adjudication. New social realities.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Itu – FADITU. Especialista lato sensu em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Especialista lato sensu em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. E-mail: palmavirgu@hotmail.com.

¹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

² Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. (Coleção Studivm; Temas filosóficos, jurídicos e sociais).

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

Introdução

É premissa deste trabalho científico a diferenciação entre pretensão e postulação, uma vez que a incidência ou não incidência dos efeitos da prescrição e decadência, respectivamente, sobre o direito de ação e sobre o direito material são dependentes da natureza da ação.⁴

As ações de conhecimento se diferenciam quanto ao provimento jurisdicional objeto da demanda, pois terá natureza condenatória, constitutiva ou declaratória em decorrência do tipo de provimento jurisdicional pretendido numa descrição de fato, valor e norma.⁵

Com o advento do Código Civil de 2002 (CC/02),⁶ que entrou em vigor no dia 11 de fevereiro de 2003 todos os prazos prescricionais foram alterados, sendo determinada a regra de transição prevista no art. 2028 do diploma civil.

Tendo em vista ser o direito de ação constitucionalmente previsto, surgiram inúmeros questionamentos acerca da aplicabilidade da transição dos prazos prescricionais previstos pelo Código Civil de 1916 (CC/16)⁷ e os novos prazos previsto no CC/02.

Neste trabalho há o enfoque sobre o direito à ação monitória, cujo prazo prescricional ao tempo do CC/16 era de vinte anos, e com o advento do CC/02 há quem sustente que seu prazo prescricional foi reduzido para 10 anos, a quem sustente que a redução foi para 05 (cinco) anos, e ainda há quem defenda que sua redução foi para três anos.

Para tanto, há que se enfrentar a natureza jurídica das ações de conhecimento – condenatória, constitutiva e declaratória, verificar-se-á em qual ou quais tipos de ações há a sujeição aos efeitos da prescricional e aos efeitos da decadência, para que ao final seja possível analisar qual é a natureza jurídica da ação monitória, se passível dos efeitos da prescrição ou decadência, e qual é o prazo a que se sujeita com o advento do Código Civil de 2002.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v.1: teoria geral do direito civil. 22. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002 e o Projeto de Lei n. 6.960/2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵ REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁶ BRASIL, *Código Civil*. Organização Yussef Said Cahali, 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁷ BRASIL, *Código Civil*. Coordenação Maurício Antonio Ribeiro Lopes. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

1 O Direito Constitucional e o Direito Processual de ação

O direito de ação, constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, trata exclusivamente de previsão de acesso à justiça, como direito e/ou garantia constitucional, matéria de ordem pública, cujos elementos são a imperatividade absoluta e o autorizamento mais que perfeito.⁸

Como todo direito e garantia individual, o direito ao acesso à justiça é norma constitucional de eficácia plena, e tem aplicabilidade absoluta. Contudo, a norma constitucional em comento possui peculiaridade típica das normas constitucionais de eficácia limitada, uma vez que possui previsão no Código de Processo Civil pátrio, artigo 3º e art. 295, II, III, e p. ú., inciso III, regulamentando o direito constitucional de ação, agora, com a roupagem de direito processual de ação.

A doutrina classifica as ações de forma trinar (i) ação declaratória, (ii) ação constitutiva e (iii) ação condenatória), quaternária ((i), (ii), (iii) e ação mandamental), e quinária ((i), (ii), (iii), (iv) e ação executiva *lato sensu*).

Não obstante a classificação que se adote, a natureza jurídica do direito de ação ainda é objeto de discussão entre os estudiosos.

Para os adeptos da teoria civilista ou concretista, ação é direito concreto, pois representa o direito à obtenção de tutela favorável, enquanto os defensores da corrente abstratista têm o direito de ação como o direito ao provimento jurisdicional, ainda que desfavorável a quem o pleiteie.

De toda sorte, viceja em nosso sistema processual o direito de ação abstrato e condicionado. Em sendo assim, sustenta a corrente abstratista eclética, que as condições da ação são condições de existência, enquanto a corrente abstratista pura ou da asserção sustenta que as condições da ação são condições de exercício.⁹

Dessas premissas conclui a vertente eclética, que o trinômio processo+ação+mérito é indispensável, e a resolução de questões relacionadas aos dois primeiros elementos do trinômio antecede logicamente ao exame do mérito da causa, que pode ser julgada com ou sem resolução de mérito, fazendo coisa julgada apenas formal ou formal e material quando da resolução do mérito.

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de (Coord.). *Curso avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2002.

Entretanto, para a vertente da asserção, as condições são requisitos para o exercício regular do direito de ação. Eventualmente envolvem o mérito da causa, sendo de seu interesse apenas o binômio processo+ação, e com isso poder-se-á concluir que faltando qualquer das condições da ação haveria coisa julgada material, resolvendo por definitivo a pretensão/ postulação, ainda que não se verificasse a completa formação da relação processual *inter partes*.

A posição adotada pelo sistema processual pátrio é aquele defendido pela corrente abstrativa eclética, que indica as condições que qualificam o direito abstrato à ação em: (i) legitimidade *ad causam* (ordinária e extraordinária), (ii) interesse de agir (necessidade e utilidade/adequação) e (iii) possibilidade jurídica (quanto à causa de pedir relacionada à qualidade da parte), que dizem sobre o direito condicionado de existência da ação.

2 O processo, suas espécies, e os fenômenos jurídicos da prescrição e decadência

Não se pode olvidar, que o direito de ação se manifesta através do processo. O processo terá provimento declaratório, quando a ação postular a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou mesmo a falsidade de um documento, terá provimento constitutivo quando a ação postular a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, e terá provimento condenatório quando pretender a condenação em obrigação de fazer, não fazer, pagar quantia certa ou entregar alguma coisa.¹⁰

Através do fenômeno material da prescrição extingue-se a pretensão. São requisitos da prescrição a existência de uma ação, em sentido material, exercitável, a inércia do titular da pretensão pelo seu não exercício, a continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo, a ausência de algum fato ou ato que a lei confere eficácia impeditiva (CC, arts. 197, I a III, 198, I, 199, I e II, e 200), suspensiva (CC, arts. 198, I e III, 199, III e 201) ou interruptiva (CC, arts. 202, I a V e § único, 203 e 204; CPC, arts. 219 e §, 263 e 617) do curso prescricional.

A decadência, a seu tempo, é a extinção do direito potestativo pela inação de seu titular, que deixa escoar o prazo legal ou voluntariamente fixado para seu exercício. O objeto da decadência é o direito que por determinação legal ou por vontade unilateral ou bilateral está subordinado à condição de exercício em certo espaço de tempo, sob pena de caducidade.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

A decadência extingue o direito e indiretamente a ação, enquanto a prescrição extingue a pretensão e, por via oblíqua, o direito. O prazo decadencial é estabelecido por lei ou pela vontade, já a prescrição somente por lei.

A prescrição supõe uma ação, em sentido material, cuja origem seria diversa da do direito, a decadência requer uma ação cuja origem é idêntica à do direito. A decadência corre contra todos, exceto nos casos do art. 198, I, do CC (arts. 207 e 208 do CC) e do art. 26, § 2º, da Lei 8.078/90 (CDC), a prescrição não corre contra aqueles que estiverem sob a égide das causas interruptivas ou suspensivas previstas em lei. A decadência decorrente de prazo legal não pode ser renunciada, a prescrição, após sua consumação, pode sê-lo pelo prescribente. Só as ações, em sentido material, condenatórias sofrem os efeitos da prescrição, a decadência só atinge direitos sem prestação, que tendem à modificação do estado jurídico existente.¹¹

3 **Ação monitoria. Sua natureza jurídica. Aplicabilidade dos efeitos de prescrição e decadência**

A ação monitoria é procedimento especial de jurisdição contenciosa. Para melhor entendermos o significado da expressão, é de se fazer uma breve regressão aos termos processo e procedimento e lide.

O processo é o conjunto de atos concatenados e voltados à final prestação jurisdicional, enquanto o procedimento é a forma com que os atos processuais são praticados. A lide, ao seu tempo, é a pretensão qualificada pela resistência.

Com isso, pode-se afirmar que a prestação jurisdicional oriunda da ação monitoria se realiza através de atos especiais que decorrem da pretensão do autor, qualificada pela resistência daquele contra quem se pretende.

Se há procedimento especial de jurisdição contenciosa, é porque existe procedimento comum de jurisdição contenciosa, verdade seja, e esta é. Os procedimentos comuns são os ordinários, sumários e sumariíssimos previstos no CPC e em Legislações especiais.

Encerrado o breve epílogo sobre procedimento, o que nos interessa ao presente estudo é o processo, uma vez que o fato de o procedimento ser especial não elide a realidade da natureza do processo monitorio, que será de conhecimento, executivo, cautelar, mandamental ou executivo lato sensu. Se de conhecimento poderá ser declaratório – próprio ou impróprio –, constitutivo ou desconstitutivo e condenatório.

¹¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

A ação monitória compete a quem pretende, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, o pagamento de soma em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou a entrega de bem move.

Com isso, pode-se afirmar que a ação monitória não possui natureza executiva, pois sua definição afasta expressamente a hipótese de execução, e também se pode afirmar não tratar de processo cautelar, pois não se pretende resguardar um direito, pretende-se efetivar um direito, o que se dá através do processo de conhecimento.

Tendo em vista que a ação monitória guarda relação com o processo de conhecimento, resta saber se é declaratório, constitutivo ou condenatório. Para tanto, façamos mais uma vez o exercício de eliminação.

A ação monitória não pretende criar, extinguir ou modificar uma relação jurídica, mas de outra sorte, pretende efetivar uma relação cuja prova é pré-estabelecida expressamente, e por escrito.

Em verdade, a ação monitória postula o reconhecimento da relação jurídica baseada na prova escrita, para que ao final a declaração judicial de existência desta relação sirva ao postulante como título executivo.

Tanto é declaratória a ação monitória, que os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito consubstanciados na prova escrita, se reconhecidos como válidos darão causa à sentença que declarara a inexistência daquela obrigação, eximindo o postulado do pagamento ou entrega da coisa pretendida.

Contudo, a monitória não é declaratória própria, onde apenas se declara a existência ou inexistência da relação jurídica. A monitória é declaratória imprópria, pois declara a existência da relação jurídica, e, por conseguinte, a sentença se constitui em título executivo judicial.

Como já se fez supor no capítulo anterior, a prescrição atinge apenas os direitos de pretensão contra a ação ou inação de outrem, enquanto a decadência atinge apenas a postulação à criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, e apenas quando a lei expressamente determinar seus efeitos. Já a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, é imprescritível ou lançando mão de em melhor expressão, é ação perpétua.

São constantes as referências a “ações imprescritíveis”, observadas as variações interpretativas, reconhece-se como indiscutíveis as ações declaratórias puras ou próprias, algumas ações de estado, a ação de divisão e a de demarcação, e as ações de nulidade.

Independentemente de qualquer outra consideração, é fato que existem “ações imprescritíveis” no direito brasileiro, para se concluir sobre

esta realidade basta atentamos para as conclusões absurdas a que conduziria a adoção de ponto de vista diferente.

Tenhamos por exemplo um contrato firmado por um menor de idade, ou por um absolutamente incapaz judicialmente declarado, ou a compra e venda de um imóvel de alto valor feita por instrumento particular, apesar de serem atos nulos, passariam a produzir todos os seus efeitos, como se válidos fossem, e não poderiam ter sua nulidade decretada uma vez transcorrido o prazo geral de prescrição. Outra hipótese teratológica seria a do casamento que um pai contraísse com sua própria filha, apesar de ser ato nulo, passaria a produzir efeitos, como se válido fosse, e também não poderia mais ter sua nulidade decretada, depois que se consumasse o prazo prescricional geral.

Por óbvio ninguém pode admitir conclusões desta natureza, nem mesmo invocando tais fenômenos jurídicos – prescrição e decadência – como elementos de concretização do direito. Assim, forçoso é concluir no sentido da existência de algumas ações imprescritíveis.

Ultrapassado em breve epílogo a existência de ações imprescritíveis, nos debruçamos rapidamente sobre sua terminologia. Apenas para fins de conhecimento, o problema da identificação das denominadas “ações imprescritíveis” tem sua solução grandemente facilitada com a fixação daquelas duas regras, já deduzidas acima, destinadas a identificar as ações ligadas à prescrição ou à decadência. Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: são perpétuas (imprescritíveis) todas aquelas ações que não estão sujeitas nem a prescrição nem a decadência.

Por aí se verifica, facilmente, que são perpétuas (imprescritíveis) todas as ações meramente declaratórias, pois o tempo não pode fazer deixar de existir o que existe, ou fazer existir o que não existe; e algumas ações constitutivas, aquelas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei. Quanto às ações condenatórias, não há, entre elas, ações perpétuas (imprescritíveis), pois todas são atingidas, ou por um dos prazos especiais do art. 206 ou pelo prazo geral do art. 205.

Com efeito, já vimos anteriormente que não há qualquer razão para o legislador subordinar as ações declaratórias a prazos, pois o seu uso, ou não-uso, não afeta, direta ou indiretamente, a paz social, uma vez que elas nada criam e nada modificam, apenas declaram a “certeza jurídica”. Já vimos, também, que há até mesmo uma impossibilidade lógica em filiar as ações declaratórias aos institutos da prescrição ou da decadência, uma vez

que elas não são meio de se exercerem pretensões, nem meio de exercício de direitos potestativos.

Quanto às ações constitutivas, a lei só fixou prazo para propositura de algumas delas. A demais ações constitutivas, não estando, como não estão, sujeita a qualquer prazo, devem ser classificadas como perpétuas. Com relação aos direitos exercidos por meio destas ações constitutivas, fica prevalecendo o princípio geral da perpetuidade dos direitos.

Convém acentuar que não existe, com referência às ações declaratórias e às constitutivas, qualquer dispositivo fixando prazo geral para aquelas não atingidas por prazos especiais, de vez que os 206 e 205 só se aplicam às ações condenatórias.

Os resultados da aplicação da regra deduzida acima coincidem com a opinião generalizada a respeito da imprescritibilidade das ações declaratórias, da ação de divisão, de várias ações de estado, inclusive a investigatória de paternidade; da ação de demarcação, e de quase todas as ações de nulidade. Com a mesma regra ficam, pois, eliminadas aquelas discussões irredutíveis a respeito da prescritibilidade da ação investigatória de paternidade, ela é imprescritível porque é constitutiva e não tem prazo especial fixado em lei para o seu exercício.

O mesmo raciocínio exposto no presente capítulo conduz à solução de um outro problema igualmente tormentoso, que exige desenvolvimento maior do que o permitido pela natureza do presente trabalho: o da imprescritibilidade das exceções. Realmente, sendo as exceções, como são, direitos potestativos se não têm prazo de exercício fixado em lei, prevalece, com relação a elas, o princípio da perpetuidade dos direitos. Ou para usar a terminologia ainda em vigor – as exceções são, em princípio, imprescritíveis.

Traçadas as premissas anteriores, e lembrando-se sobre a natureza declaratória imprópria ou impura da ação monitória, tem-se que sofre influxo do prazo prescricional, pois é uma ação de postulação-pretensão, e por interpretação doutrinária e jurisprudencial as declaratórias impróprias não são perpétuas.

Considerações finais

Este trabalho científico teve por objetivo enfrentar uma questão específica, o influxo do tempo sobre o direito de ação. Ante a prolixa extensão do tema, e por corte metodológico, a análise cingiu-se a um tipo de ação específica, a ação monitória, cujas especificidades foram trazidas ao texto

para que ao final se verifique se esta ação sofre ou não os influxos do tempo através dos fenômenos jurídicos da prescrição e decadência.

Como vimos de ver, os efeitos da prescrição atingem tão somente as ações de natureza condenatória, uma vez que sua finalidade precípua – exigir um comportamento de outrem – é elemento necessário à perda do direito de ação.

Em contra partida, os efeitos da decadência atingem as ações de natureza constitutivas, quando expressamente determinado por lei, uma vez que a modificação, extinção e criação de relações jurídicas podem ser limitadas por política estatal e por segurança jurídica.

Por fim, as questões pertinentes às ações perpétuas foram enfrentadas, observando a questão pertinente a sua nomenclatura, comumente denominadas de ações imprescritíveis, cuja terminologia comum incorre em vício que restou bem demonstrado.

Concluiu-se ainda, que são perpétuas as ações declaratórias puras ou próprias, uma vez que algo não deixa de existir pelo decurso do tempo, ou não passa a existir pelas mesmas razões. Também são perpétuas as constitutivas sem previsão de influxo temporal.

Ultrapassados os critérios de aplicabilidade dos efeitos da prescrição e da decadência aos tipos de ação previstos em nosso sistema processual, analisou-se detidamente em qual tipo de ação se amolda a ação monitoria, para ao final observar se sofre ou não influxo do tempo.

Resultou da metodologia empregada, que a ação monitoria possui natureza declaratória imprópria, uma vez que a sentença deste tipo de ação reconhece a existência da relação jurídica que se busca, e condena o demandado à efetivação do direito pretendido. Diante de uma ação que declara e condena tem-se a denominada ação declaratória impura ou imprópria, que em virtude de seu elemento condenatório não é perpétua.

Tanto é verdade, que doutrina e jurisprudência, durante a vigência do CC/16 afirmavam categoricamente que o prazo prescricional da ação monitoria era de vinte anos, prazo geral lá previsto.

Contudo, com o advento do CC/02 algumas questões surgiram. Tenha-se por exemplo a ação monitoria fundada em cheque. Alguns entendem que o prazo prescricional continua sendo o geral, outros entendem que houve a especialização da monitoria para este caso, como para tantos outros, aplicando-se o prazo previsto no art. 206, § 5º, I, do CC, que dispõe que “a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular prescreve em cinco anos”.

Contudo, não são poucos os equívocos interpretativos de quem sustenta que o prazo deixou de ser o geral para ser o específico.

Primeiro porque as hipóteses previstas no art. 206 do CC/02 aplicam-se somente às ações condenatórias, previstas nos procedimentos comuns de jurisdição voluntária, não se pode aplicar por analogia norma restritiva de direito.

É de se observar que a ação monitória encontra-se no título dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, não se pode aplicar a este procedimento prazos previstos para os procedimentos comuns.

Então como se aplicar o prazo geral previsto no art. 205 do CC/02, que também se encontra dentro dos procedimentos comuns? Neste caso a leitura é diferente, pois aplica-se o prazo prescrito no art. 205 quando a lei, inclusive o próprio Código Civil não lhe fixar outro prazo.

Com isso se conclui que as hipóteses do artigo 206 do Código Civil aplicam-se somente ao procedimento comum de jurisdição contenciosa, título onde se encontra, enquanto a disposição do artigo 205 do Código Civil aplica-se às duas hipóteses por expressa determinação legal.

Outra questão importante guarda relação com a interpretação gramatical,¹² uma vez que a hipótese do art. 206, § 5º, I aplica-se às ações de cobrança de dívidas líquidas e certas.

A ação de cobrança, de conhecimento condenatória, não se confunde com a ação monitória, declaratória imprópria. Trata-se de dois tipos de ação de natureza distinta, não se podendo interpretar por analogia ou arrastamento por se tratar de norma restritiva de direito. Se a lei fala em ação de cobrança, é só esta.

Por fim, caso nosso legislador tivesse pretendido diminuir significativamente o prazo as ações monitórias, poderia tê-la suprimido do ordenamento jurídico, pois perderia sentido mantê-la existente com prazo igual às ações condenatórias, perderia a razão de sua existência.

E se não bastasse, se fosse mesmo o interesse do legislador designar prazos diversos para a ação monitória, dependendo do objeto, como no caso do cheque, teria disposto expressamente sobre o tema, afirmando que prescreve no prazo que determinasse os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

Contudo, o legislador brasileiro não pretende, e nem pode pretender causar injustiças,¹³ e por essa razão o prazo prescricional da ação monitória

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação da Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

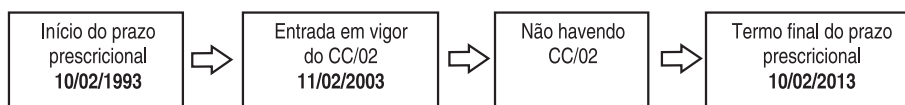
¹³ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*: edição comemorativa do centenário de nascimento do grande brasileiro. São Paulo: Reitoria da Universidade de São Paulo, 1949. v. 1. (Fac-símile do texto original, datilografado e contendo emendas do próprio punho do autor).

é aquele geral previsto no caput do art. 205, do CC, com sua aplicabilidade condicionada à hipótese prevista no art. 2028 do CC.

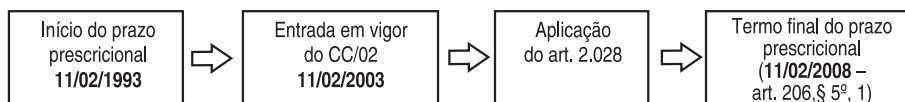
Tomando por base três situações hipotéticas, cujos prazos prescricionais se iniciaram com a vigência do CC/16, pode-se observar que interpretação diversa poderia ocasionar injustiças sem limites, causando situações de fato absolutamente distintas, diante da mesma realidade.

Para tanto, basta aplicar o prazo prescricional às seguintes situações hipotéticas:

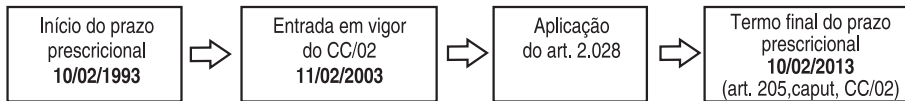
1. Primeira hipótese (CC/16)



2. Segunda hipótese (CC/02)



3. Terceira hipótese (CC/02)



Como se verifica da situação hipotética (1), iniciado o prazo prescricional de vinte anos, em 10/02/1993, em não havendo a entrada em vigor do CC/02, o termo final do prazo seria 10/02/2013, passados vinte anos de seu início.

Com o advento do CC/02, como se verifica da hipótese (2), iniciado o prazo prescricional de vinte anos, em 11/02/1993, e aplicando-se as determinações do art. 2028 do CC/02, não tendo fluído mais da metade do prazo previsto no CC/16 na data de entrada em vigor do CC/02, o prazo deve ser reduzido para três ou cinco anos, encerrando-se em 11/02/2008.

Contudo, como se verifica da hipótese (3), iniciado o prazo prescricional de vinte anos, em 10/02/1993, apenas um dia antes daquele da hipótese (2), e aplicando-se as determinações do art. 2028 do CC/02, tendo fluído mais da metade do prazo previsto no CC/16, o prazo deve permanecer fluído, encerrando-se em 10/02/2013.

Não se pode justificar, que o mesmo fenômeno jurídico – prescrição –, cuja fruição iniciou-se sob a vigência do mesmo diploma legal – CC/16 – possa ser aplicado de uma forma ou de outra, com base na diferença de um dia.

Como justificar ao jurisdicionado que o seu direito começou a fluir em 10/02/1993, por isso irá perdê-lo em 2013, enquanto o mesmo direito que começou a fluir em 11/02/1993 será perdido em 2008. Seria afronta clara aos princípios gerais do direito, ter-se-ia não respeitada a equidade e a isonomia, insegurança jurídica que o direito não permite.

Referências

- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*: edição comemorativa do centenário de nascimento do grande brasileiro. São Paulo: Reitoria da Universidade de São Paulo, 1949. v. 1. (Fac-símile do texto original, datilografado e contendo emendas do próprio punho do autor).
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação da constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- _____. *Código Civil*. Coordenação Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 6. ed. São Paulo: Revisão dos Tribunais, 2001.
- _____. *Código Civil*. Organização Yussef Said Cahali. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002 e o Projeto de Lei n. 6.960/2002). São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997. v. 1.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. (Coleção Studivm; Temas filosóficos, jurídicos e sociais).
- MARQUES, José Frederico, *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

Recebido em 04/09/2012. Aprovado em 01/02/2013.