



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Olympio José Matos Leite de Carvalho e Silva

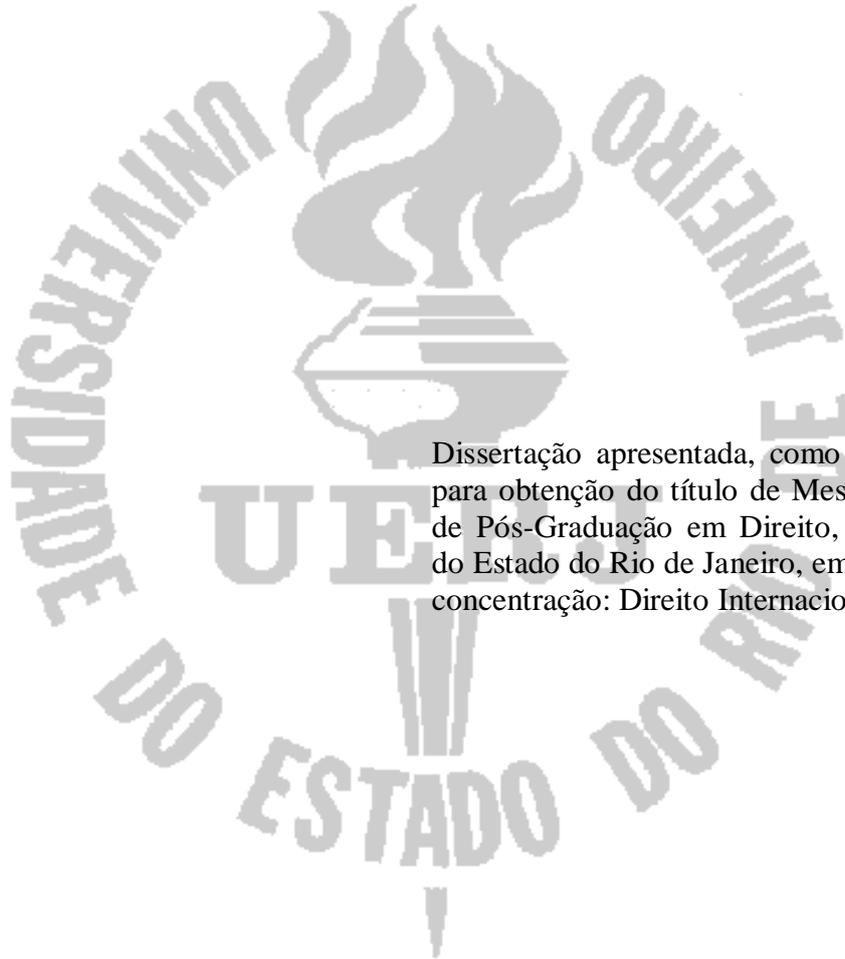
A prescrição no direito internacional privado brasileiro

Rio de Janeiro

2011

Olympio José Matos Leite de Carvalho e Silva

A prescrição no direito internacional privado brasileiro



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em Direito. Área de concentração: Direito Internacional

Orientadora: Prof^ª. Dra. Carmen Tiburcio

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S583p Siva, Olympio José Matos Leite de Carvalho e.

A prescrição no direito internacional privado brasileiro / Olympio José Matos Leite de Carvalho e Silva. – 2011.
181 f.

Orientador: Carmen Tiburcio.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional privado - Teses. 2. Ordem pública (Direito) - Teses. 3. Prescrição (Direito) – Teses. I. Tiburcio, Carmen. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.9

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Olympio José Matos Leite de Carvalho e Silva

A prescrição no direito internacional privado brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em Direito. Área de concentração: Direito Internacional

Aprovado em 23 de agosto de 2011.

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dra. Carmen Tiburcio (Orientadora)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof^ª. Dra. Marilda Rosado

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Eduardo Takemi Kataoka

Faculdade de Direito da FGV

Rio de Janeiro

2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à Prof^ª. Carmen Tiburcio por ter aceitado ser minha orientadora no mestrado, me guiado no caminho correto e ajudado muitíssimo a organizar minhas ideias, pelos conhecimentos transmitidos também nas aulas de Arbitragem e Processo Internacional, indispensáveis para a realização desta dissertação, e pela paciência. Em seguida, à Prof^ª. Marilda Rosado, pelas discussões e conhecimentos transmitidos na disciplina de Direito Internacional Contemporâneo, muitos dos quais utilizados neste trabalho, além de dicas providenciais durante a qualificação.

Agradeço enormemente aos meus colegas do Castro, Barros, Sobral, Gomes Advogados. Ao José Augusto Leal e Alexandre Catramby pelo apoio incondicional, por terem suportado a sobrecarga de trabalho decorrente de minhas ausências, pelas discussões e críticas de trabalhos, além dos conhecimentos jurídicos generosamente transmitidos nos últimos 11 anos e que ajudaram a formar o meu (ainda que não tão desenvolvido) raciocínio jurídico. Ao Gabriel Mathias, Rodrigo Mattos, Marco Deluigi, Livia Brüzzi, Carlos Ximenes e Luiz França por toda a paciência em discutir os assuntos mais complexos, dar sugestões e ajudar a organizar as ideias, revisar e criticar o texto e tudo o mais. Sem o Gabriel e o Rodrigo as falhas na parte processual seriam muito maiores. Sem os conhecimentos compartilhados pelo Marco, por sua vez, a parte de arbitragem provavelmente não teria sequer sido incluída. Ao Sergio Sobral, por ter me permitido trabalhar no caso que originou todas as dúvidas que me levaram a este trabalho e por todo conhecimento e inspiração transmitidos não só naquela ocasião, mas em todos esses anos. À bibliotecária Michele Romano, por todo o empenho em buscar os livros e artigos mais difíceis.

Fica aqui também um agradecimento especial a Camilla Gomes e Jamile Abraham pelas pesquisas indispensáveis para essa dissertação, achando inclusive os acórdãos mais “escondidos”, doutrinas do século XIX e outros textos que só com muito empenho e dedicação, além de astúcia, seria possível.

Ao meu caríssimo Rafael Atab de Araujo, que não satisfeito de ter me suportado durante os 5 anos da graduação, ainda embarcou ao mesmo tempo comigo nessa aventura do mestrado e me auxiliou em praticamente todas as disciplinas do curso.

Agradeço à minha querida sobrinha Luísa, aqui representando a minha família, pelo apoio e pela compreensão pelas ausências durante o curso do mestrado, em especial nesse

último ano, primeiro de sua vida, e que será compensado no segundo (tanto que o nome do tio estará na relação das primeiras palavras).

Ao Thiago Marinho Nunes, pelos textos emprestados, discussões e pela enorme generosidade de ter me permitido acesso à sua tese ainda não publicada, que foi de enorme valia.

E, por fim, aos Professores Jacob Dolinger e Barbosa Moreira, gênios maiores de nossa faculdade e de nosso direito, sem cuja obra, e sem cuja genialidade, clareza de ideias e a generosidade em compartilhá-las e trabalhar para o desenvolvimento de nosso direito, esse trabalho não seria possível. Não posso deixar de dizer que o livro *Direito Internacional Privado: Parte Geral* do Professor Jacob, e as magníficas e interessantíssimas aulas da Prof^a. Vera Jatahy, foram o que salvaram esse então desiludido aluno de quarto período de fazer o vestibular de economia e seguir por outros rumos. Foi a obra jurídica que mais prazer tive até hoje em ler e que fez nascer, naquele momento, não só minha paixão pelo direito internacional, mas com a ciência jurídica como um todo. E aqui fica um agradecimento póstumo também a Pontes de Miranda, cuja obra de direito civil, internacional e processual, cuja abrangência e complexidade não tem paralelos até hoje, foi também primordial para ligar os pontos que permitiram que tratasse de um instituto com tantas facetas como a prescrição.

RESUMO

SILVA, Olympio J. M. L. de Carvalho e. *A prescrição no direito internacional privado brasileiro*. 2011. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Este trabalho trata do funcionamento da prescrição extintiva relacionada a ações pessoais, além da decadência, no âmbito do direito internacional privado. Primeiramente é feita uma breve análise histórica e comparatista do direito de regência da prescrição em relações de caráter internacional antes de se demonstrar a solução abarcada pelo direito brasileiro: a regência pela lei que rege a obrigação (*lex causae*). Apesar de ser um instituto de direito civil, substantivo, a prescrição possui muitas ligações com o direito processual, uma vez que o principal efeito de sua consumação é tonar inexigível uma obrigação e, em decorrência, pôr fim a um processo. Assim, o autor detalha em seguida as questões que são regidas pela *lex causae* e as que são regidas pela *lex fori* (aqui abrangendo também a *lex arbitri*) em matéria de prescrição no direito brasileiro, antes de tratar minuciosamente de como se opera a exceção da ordem pública para afastar a aplicação da *lex causae* estrangeira em matéria de prescrição no Brasil (incluindo também regras de aplicação imediata – *lois de police* – brasileiras). Ao final, cuida-se da prescrição na homologação e execução de sentenças estrangeiras no Brasil.

Palavras-chave: Prescrição. Decadência. Direito internacional privado. Ordem pública. Homologação e execução de sentenças judiciais e arbitrais estrangeiras.

ABSTRACT

This work deals with the operation of limitation periods (prescription) related to actions in personam in the domain of the conflict of laws. It starts with a historical and comparatist analysis of its governing law in international relations before the rule adopted by the Brazilian law is shown: the law of the obligation as the governing law of the limitation rules (*lex causae*). Although limitation of actions is considered a substantive issue under Brazilian law, it is closely connected with procedural law in many aspects, since its main effect is to render an obligation unenforceable and thus terminate a lawsuit. Therefore, the author presents in detail the issues that are governed by the *lex causae* and the issues that are governed by the *lex fori* (also comprising the *lex arbitri*) related to limitations under Brazilian law, before he deals thoroughly with the operation of the public policy exception to the application of a foreign *lex causae* in such a matter (also comprising Brazilian imperative rules – *lois de police*). And finally, this work handles the operation of statutes of limitation in proceedings for recognition and enforcement of foreign judicial and arbitral decisions in Brazil.

Keywords: Limitation of actions. Prescription. Conflict of laws. Public policy. Recognition and enforcement of foreign judicial and arbitral decisions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
Convenção de Nova York	Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, feita em Nova York, em 10 de junho 1958, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, e que entrou em vigor no Brasil com a promulgação do Decreto nº 4.311/2002.
CPC	Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73)
LIDB ou Lei de Introdução	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (nova denominação, dada pela Lei nº 12.376/2010, à Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 4.657/42)
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
v.u.	votação unânime

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	12
1	O DIREITO QUE REGE A PRESCRIÇÃO.....	17
1.1	Antecedentes históricos.....	17
1.1.1	<u>Story.....</u>	18
1.1.2	<u>Savigny.....</u>	20
1.1.3	<u>Pimenta Bueno.....</u>	21
1.2	No Direito Comparado.....	22
1.2.1	<u>Direito Comunitário Europeu.....</u>	22
1.2.2	<u>Inglaterra.....</u>	23
1.2.3	<u>Portugal.....</u>	26
1.2.4	<u>Estados Unidos da América.....</u>	27
1.2.5	<u>Espanha.....</u>	28
1.2.6	<u>Argentina.....</u>	29
1.2.7	<u>Alguns outros países.....</u>	30
1.2.8	<u>Convenções internacionais das quais o Brasil não é parte.....</u>	30
1.3	No Direito Brasileiro.....	31
1.3.1	<u>O Código Bustamante.....</u>	32
1.3.2	<u>A Lei de Introdução, o Código Civil e a interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico.....</u>	39
1.3.3	<u>Projetos de lei não aprovados.....</u>	47
1.3.4	<u>O direito comparado como ferramenta auxiliar na interpretação das regras de conexão.....</u>	48
1.3.5	<u>A regra especial da Convenção de Genebra destinada a regular certos conflitos de lei em matéria de letras de câmbio e notas promissórias.....</u>	55
1.3.6	<u>O conflito de qualificações: prescrição definida como questão substancial pela <i>lex fori</i> e como questão processual pela <i>lex causae</i>.....</u>	57
1.4	Justificativa para uma aplicação universal da <i>lex causae</i> para a prescrição.....	63
2	A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO.....	66
2.1	Aplicação do direito estrangeiro em geral.....	66

2.2	O que é regido pela <i>lex causae</i> em matéria de prescrição.....	69
2.2.1	<u>Extinção da pretensão ou do direito.....</u>	70
2.2.2	<u>Prescrição intercorrente.....</u>	70
2.2.3	<u>Renúncia à prescrição.....</u>	72
2.2.4	<u>Alteração dos prazos prescricionais.....</u>	74
2.2.5	<u>Responsabilidade daqueles que deram causa à prescrição.....</u>	75
2.2.6	<u>Prescrição contra sucessor.....</u>	76
2.2.7	<u>Causas de impedimento da prescrição.....</u>	76
2.2.7.1	Prescrição entre cônjuges, ascendentes e descendentes, tutelados e tutores e curatelados e curadores.....	76
2.2.7.2	Prescrição contra incapazes, ausentes do país em certas situações e servindo as forças armadas em tempos de guerra.....	77
2.2.8	<u>Interrupção e suspensão da prescrição.....</u>	79
2.2.8.1	Interrupção da prescrição regida pelo direito brasileiro por processo proposto no exterior.....	79
2.2.9	<u>Repetição de dívida prescrita.....</u>	80
2.2.10	<u>Pretensão de anulação de um ato.....</u>	80
2.2.11	<u>Pretensão de execução de um julgado (prescrição superveniente ao término do processo).....</u>	81
2.2.11.1	Direito que regerá a prescrição superveniente ao término do processo judicial.....	83
2.2.12	<u>Pretensão exercida por meio de arbitragem.....</u>	86
2.2.12.1	Direito que regerá a prescrição superveniente ao término do processo arbitral.....	88
2.3	Questões de direito processual relacionadas à prescrição.....	89
2.3.1	<u>Propositura e término de uma ação judicial.....</u>	90
2.3.1.1	Propositura de ação judicial.....	90
2.3.1.2	Processo proposto perante Juiz incompetente.....	98
2.3.1.3	Fim de um processo judicial.....	99
2.3.1.4	Reconvenção.....	99
2.3.2	<u>Instauração e término de uma arbitragem</u>	100
2.3.2.1	Quando é instaurado o processo arbitral com sede no Brasil.....	103
2.3.2.2	Término do processo arbitral com sede no Brasil.....	106

2.3.3	<u>Efeitos processuais do reconhecimento da prescrição (ou da rejeição da alegação de prescrição) em um processo judicial ou arbitral.....</u>	106
2.3.4	<u>Quando a parte pode alegar em um processo.....</u>	107
2.3.5	<u>Deveres e poderes do Juiz referentes à prescrição.....</u>	108
2.3.6	<u>Prazos processuais, inclusive para ajuizamento de ação rescisória e ação anulatória de sentença arbitral e impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional.....</u>	112
2.3.7	<u>Prazo para impetrar mandado de segurança contra ato administrativo.....</u>	115
2.3.8	<u>Prazo prescricional para cobrança de honorários de sucumbência e reembolso de custas e despesas processuais.....</u>	115
2.4	A exceção das leis de polícia (<i>lois de police</i>), ou leis de aplicação imediata do foro.....	116
2.4.1	<u>Prescrição de pretensões contra a Fazenda Pública.....</u>	117
2.4.2	<u>Prescrição para reclamar certos depósitos no Brasil.....</u>	119
2.4.3	<u>Concurso universal de credores e recuperação judicial.....</u>	120
2.5	A limitação da ordem pública.....	122
2.5.1	<u>Primeiro nível: a prescrição e a ordem pública no direito interno brasileiro.....</u>	124
2.5.2	<u>Segundo nível: a prescrição e a ordem pública na aplicação do direito estrangeiro no Brasil.....</u>	126
2.5.2.1	Quando a aplicação do direito estrangeiro no que toca à prescrição pode violar a ordem pública, e consequências.....	131
2.5.3	<u>Terceiro nível: a prescrição e a ordem pública em atos e declarações de vontade consumados no exterior e em sentenças estrangeiras.....</u>	139
2.5.4	<u>Prazos prescricionais previstos em fontes internacionais como fonte auxiliar para se estabelecer o que seria inaceitável para o ordenamento jurídico brasileiro.....</u>	143
3	A PRESCRIÇÃO NA HOMOLOGAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL.....	147
3.1	Algumas noções gerais sobre homologação de sentença estrangeira.....	147
3.2	Inexistência de prazo para ajuizamento de ação de homologação de sentença estrangeira.....	148
3.3	Prescrição rejeitada ou acolhida pela sentença estrangeira.....	150

3.4	Prescrição não analisada pela sentença estrangeira.....	152
3.5	Espécies de sentenças estrangeiras que podem ser homologadas e quais os efeitos que produzirão no Brasil no que pertine à apreciação da prescrição.....	153
3.6	Prescrição superveniente ao trânsito em julgado da sentença estrangeira....	157
3.7	Prescrição decidida em processo no Brasil e a ação de homologação de sentença estrangeira sobre a mesma matéria.....	162
3.8	Óbice à prescrição pela ação de homologação de sentença estrangeira.....	163
3.9	Efeitos da sentença estrangeira que independem de homologação, no que pertine à prescrição.....	165
4	CONCLUSÃO.....	167
	REFERÊNCIAS.....	173

INTRODUÇÃO

O decurso do tempo é um fato que pode trazer uma série de efeitos. Um efeito dos mais relevantes, reconhecido desde a época dos romanos¹, se relaciona ao exercício de direitos e pretensões: no Brasil e no exterior o Direito limita, com algumas exceções, o período em que o titular de um direito pode exercê-lo ou demandar e obter um provimento jurisdicional determinando seu cumprimento. Em nosso ordenamento jurídico, tal limitação se opera por meio de dois fenômenos: a prescrição e a decadência, que são institutos idênticos ou equivalentes a outros existentes alhures².

O comentário ao art. 10.1 dos *Princípios Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais 2010*³, elaborados por juristas de diversos países dos cinco continentes, bem espelha a universalidade de tais institutos:

Todos os sistemas legais reconhecem a influência da passagem do tempo sobre os direitos. Há dois sistemas básicos. Em um sistema, a passagem do tempo extingue direitos e ações. No outro, a passagem do tempo opera apenas como uma defesa contra um processo judicial.⁴

Tais limitações no tempo do exercício de direitos ou pretensões decorrem da necessidade de garantir *segurança jurídica*, evitando a alteração de situações consolidadas há muito tempo e protegendo expectativas legítimas decorrentes do não exercício do direito ou da pretensão por um prazo razoável, e também de garantir a *justiça*, ao evitar que alguém seja condenado em um processo no qual não pôde exercer seu direito de defesa adequadamente⁵.

¹ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 62. e NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1. Há que se ressaltar, no entanto, que havia ações de exercício perpétuo no Direito Romano.

² A prescrição e a decadência são, portanto, *atos jurídicos* que têm entre seus elementos constitutivos a passagem do tempo e que produzem efeitos jurídicos (KATAOKA, Eduardo Takemi. Considerações sobre o problema da prescrição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 348, p. 437-443, 1999).

³ Os Princípios foram elaborados pela Unidroit, Instituto Internacional pela Unificação do Direito Privado, com o propósito, expresso em seu Preâmbulo, de serem adotados por referência a contratos em que as partes elegeram a aplicação de princípios gerais de direito ou *lex mercatoria* ou em que não escolheram lei alguma, e também para auxiliar a interpretação de tratados internacionais ou da lei nacional ou ainda suplementá-los e servir de modelo para legisladores nacionais ou internacionais. Houve atualização em 2010 (a versão anterior era de 2004), mas não houve alteração com relação aos artigos que tratam da prescrição. Os Princípios foram endossados pela UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law em 2007 e estão disponíveis em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>>. Acessado em: 27 jun. 2010).

⁴ O texto em língua estrangeira é: “All legal systems recognize the influence of passage of time on rights. There are two basic systems. Under one system, the passage of time extinguishes rights and actions. Under the other system, the passage of time operates only as a defense against an action in court”.

⁵ Há também quem fundamente a prescrição e a decadência também como “sanção pela inação”, como Cécile Briguenet-Maruel, em trecho em que trata tanto da prescrição extintiva quanto da aquisitiva: “Ce principe trouve son fondement dans la sanction de l’inaction, la recherche de la sécurité juridique profitant à un état de fait établi et la difficulté de conserver les

Nesse sentido é a Nota Explanatória da Secretaria da UNCITRAL relativa à *Convenção das Nações Unidas sobre Prescrição na Venda Internacional de Bens*⁶:

Os propósitos básicos de tais limitações no tempo é evitar a instituição de processos em uma data tão avançada que as provas relacionadas à pretensão provavelmente não seriam confiáveis ou teriam sido perdidas e proteger contra a incerteza e a injustiça que resultaria de uma parte ter que se manter exposta a pretensões não exigidas por um período de tempo extenso.⁷

A nossa doutrina segue a mesma orientação, como exemplifica a clássica lição de Pontes de Miranda, que, pela clareza de ideias, cumpre mencionar:

A perda ou a destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se – contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito – pretensões ou ações ignoradas ou tidas por irrelevantes. O fundamento da prescrição é *proteger o que não é devedor* e pode não mais ter prova da inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia (...).⁸

No direito brasileiro, a passagem do tempo pode ensejar dois fenômenos: a prescrição e a decadência. Em resumo⁹, a prescrição atinge todas as *pretensões*¹⁰ condenatórias (ou seja, decorrentes da violação de obrigações de dar, fazer ou não fazer), mas não atinge os *direitos*

preuves au-delà d'un certain laps de temps". (*Réforme de la prescription civile: loi du 17 juin 2008*. Paris : Editions Francis Lefebvre, 2008). Tal visão da referida doutrina francesa certamente decorre da redação do art. 2.219 do Código Civil francês, que dispõe que a prescrição é "resultante da inação de seu titular por um certo lapso de tempo". Há pelo menos um julgado do STJ que afirma que "constitui penalidade para o titular desidioso, por não ter exercido seu direito, no prazo fixado pela lei" (REsp 254.258/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 27.04.2004, v.u.). Pontes de Miranda, como será demonstrado a seguir, considerava que "o fundamento da prescrição é *proteger o que não é devedor*". Assim, criticou o "fundamento espúrio" de se tratar a prescrição como uma "penalidade", como era feito pelas Ordenações Filipinas (que afirmavam que a prescrição decorria da "*negligência*, que a parte teve de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida") (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 3, p. 92).

⁶ A Convenção foi celebrada em Nova York em 1974 e adotada em Viena em 1980, entrando em vigor internacionalmente em 1988. O texto integral da Convenção e a Nota Explanatória estão disponíveis em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html>. Segundo referido site da UNCITRAL na internet, acessado em 27.06.2010, a Convenção adotada foi ratificada e está hoje em vigor em 20 países e a Convenção original em mais 2 países.

⁷ Na redação original da Convenção: "The basic aims of the limitation period are to prevent the institution of legal proceedings at such a late date that the evidence relating to the claim is likely to be unreliable or lost and to protect against the uncertainty and injustice that would result if a party were to remain exposed to unasserted claims for an extensive period of time".

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996. V.4, p. 92.

⁹ Não é escopo desse trabalho, que visa apenas tratar de aspectos de direito internacional privado, discorrer de maneira aprofundada sobre a diferença entre prescrição e decadência. A conceituação utilizada neste parágrafo está, em geral, baseada na clássica obra de Agnelo Amorim Filho "Do critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis" (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, n. 7, p. 725-750, 1960), que terminou por ser seguida pela maior parte da doutrina e encampada no Código Civil de 2002, que veio a tratar separadamente e de maneira clara e correta dos dois institutos (o Código de 1916 fazia referência apenas a prescrição mesmo quando tratava de prazos decadenciais). Pontes de Miranda em geral seguia a mesma linha, apesar de ser referir, em lugar de *decadência*, a *prazos preclusivos e caducidade*, e de afirmar que extinguíam a ação de direito material.

¹⁰ Pretensão é a "faculdade de alguém para exigir de outrem o cumprimento de uma prestação" (KATAOKA, Eduardo Takemi. Considerações sobre o problema da prescrição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 348, p. 437-443, 1999).

violados¹¹, de forma, por exemplo, que não cabe repetição do pagamento de dívida prescrita¹². É prevista somente na lei, que não autoriza que as partes alterem seus prazos¹³ ou que a ela renunciem antes de consumada¹⁴. Os prazos prescricionais podem ser interrompidos ou suspensos em diversas hipóteses (inclusive por protesto judicial apresentado pelo credor)¹⁵.

Já a decadência atinge certos (mas não todos) *direitos potestativos*¹⁶, que são extintos se não exercidos dentro dos prazos previstos em lei ou criados pela vontade das partes¹⁷, os quais não podem ser interrompidos ou suspensos¹⁸, salvo raras exceções previstas em lei.

Em suma, a prescrição é um fenômeno relacionado a ações condenatórias e a decadência a ações constitutivas, enquanto as ações declaratórias sempre veiculam pretensões perpétuas (imprescritíveis).

Outros ordenamentos jurídicos possuem institutos idênticos ou semelhantes. Portugal e Espanha, por exemplo, conhecem ambos¹⁹. Na Inglaterra, há apenas os *statutes of limitation*, alguns dos quais impedem o prosseguimento da ação judicial (“bar the remedy”) e outros extinguem o direito (“extinguish the right”)²⁰.

Neste trabalho trataremos de aspectos da prescrição, decadência e institutos estrangeiros assemelhados que interessam ao Direito Internacional Privado: quais as regras de conexão que indicam o direito aplicável a tais fenômenos em relações jurídicas de caráter

¹¹ Sem querer nos aprofundar sobre a questão, que foge ao escopo deste trabalho, cumpre mencionar que havia grande discussão na doutrina brasileira se a prescrição atingiria o direito ou não, discussão essa que se arrefeceu com a promulgação do Código Civil de 2002. Este, em seu artigo 189, dispõe expressamente que a prescrição extingue a *pretensão*, na linha do que antes já lecionavam Agnelo Amorim Filho (Do Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, n.7, p. 725-750, 1960) e Aída Glanz, em artigo em que chegou a tal conclusão após estudo de direito comparado quanto a esta questão (A prescrição e a decadência no direito privado brasileiro e no direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 672, p. 65-71, 1991), dentre muitos outros. Cumpre ressaltar, outrossim, a posição, que nos parece corretíssima, de Barbosa Moreira, que aponta que, quando reconhecida a prescrição, não ocorre sequer a extinção da pretensão (entendida como *poder de exigir*), mas sim sua ineficácia (Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 366, p. 119-126, 2003).

¹² Artigo 882 do Código Civil.

¹³ Artigo 192 do Código Civil.

¹⁴ Artigo 191 do Código Civil.

¹⁵ Conforme artigos 197 a 204 do Código Civil.

¹⁶ Direito *potestativo* é “aquele que confere ao seu titular o poder de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este último possa se opor”. A ele corresponde o *estado de sujeição* (KATAOKA, Eduardo Takemi. Considerações sobre o problema da prescrição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 348, p. 437-443, 1999).

¹⁷ Artigo 211 do Código Civil.

¹⁸ Artigo 207 do Código Civil.

¹⁹ A decadência é chamada, no entanto, de *caducidade* em Portugal. Na Espanha, a nomenclatura é *prescripción e caducidad*.

²⁰ “English law distinguishes two kinds of statutes of limitation: those which merely bar a remedy and those which extinguish a right” (DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 196).

internacional e quando o direito estrangeiro que as rege pode ser afastado pelo juiz nacional, de que forma tal direito deve ser aplicado pelo juiz brasileiro, qual o campo de aplicação da *lex fori* em tal mister e, ao final, como tal matéria é tratada em homologação de sentenças estrangeiras.

Trata-se de tema relevante, mas sobre o qual a literatura é escassa. Pretende-se, com esse trabalho, auxiliar advogados, juízes e operadores do direito em geral em processos judiciais em trâmite no Brasil e também em arbitragens internacionais²¹.

Este trabalho se limitará, ainda, à prescrição relacionada às ações pessoais²² em matéria cível, comercial e trabalhista. Ou seja, não se tratará aqui de prescrição ou decadência em matéria penal e fiscal²³, ou da prescrição relacionadas às ações reais²⁴, ou ainda do usucapião, também conhecido como *prescrição aquisitiva*²⁵.

Apesar de relevante para solucionar diversas questões jurídicas no âmbito do direito interno, a distinção entre prescrição e decadência não possui especial relevância para os fins deste trabalho. Isto porque a regra de conexão que aponta o direito aplicável à prescrição ou à decadência em uma determinada relação jurídica internacional de natureza cível, comercial ou trabalhista é a mesma no direito brasileiro e na maior parte dos países. Além disso, são poucas as diferenças na aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional em um caso ou no outro (ou no caso de instituto estrangeiro semelhante a um ou outro).

Assim, para fins de simplificação, utilizaremos apenas o termo “prescrição” no trabalho como englobando também a *decadência* ou outros institutos estrangeiros assemelhados a um ou outro, exceto nas poucas passagens em que trataremos de regras específicas aplicáveis somente à decadência e faremos referência expressa à mesma. Da mesma forma, as referências relativas a “pretensão prescritível” ou termos análogos também

²¹ Este trabalho contém elementos que poderão auxiliar os árbitros em seu mister, apesar de não estarem obrigados a seguir as regras de conexão brasileiras nas arbitragens internacionais com sede no Brasil, como ressaltado no item 2.2.12.

²² As ações pessoais, na lição de Câmara Leal, são “as que têm por fim fazer valer direitos que decorrem de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, quer assumida voluntariamente pelo sujeito passivo, quer imposta pela lei”. Tal definição é feita por oposição às *ações reais*, que o referido doutrinador define como “as que têm por fim fazer valer o direito de propriedade, ou alguns dos direitos que lhe são elementares, sobre uma determinada coisa” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 224).

²³ Com relação às quais, princípios diversos são aplicáveis. Barbosa Moreira, ao tratar da prescrição penal, aponta que certos traços de tal instituto “tornam difícil uma construção unitária da figura da prescrição, capaz de cobrir ambos os campos, o civil e o penal”, em especial o fato de que o Estado, titular da ação penal, “não exige o que quer que seja do infrator, que somente fica *sujeito* à pena” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 366, 2003. p. 123, nota de rodapé nº 12).

²⁴ As ações reais possuem especificidades próprias que não serão aqui tratadas, como regras que indicam qual a sua lei de regência, contidas no Código Bustamante, diversas das regras aplicáveis às ações pessoais.

²⁵ Instituto que possui diferenças significativas em relação à prescrição *extintiva*, que é objeto deste trabalho.

dirão respeito aos *direitos potestativos sujeitos à extinção por decadência* ou a outros institutos estrangeiros atingidos pela passagem do tempo, exceto quando mencionada a existência de uma regra diversa aplicável somente a estes últimos.

1 O DIREITO QUE REGE A PRESCRIÇÃO

1.1 Antecedentes históricos

Antes de tratarmos das regras de conexão atualmente adotadas, cumpre fazer um breve retrospecto histórico.

No século XIX e início do século XX, havia grande polêmica sobre qual o direito que regeria a prescrição em relações jurídicas de caráter internacional. Quatro correntes principais existiam²⁶, sustentando, respectivamente, a aplicação:

- da lei do domicílio²⁷ ou da nacionalidade²⁸ das partes;
- da lei que rege a criação da obrigação²⁹;
- da lei do local de cumprimento da obrigação³⁰; e
- da lei do foro³¹.

As legislações muito raramente tratavam da questão, que ficava inteiramente ou quase inteiramente a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Nesse ponto, a seguir, trataremos das lições a respeito da matéria de dois juristas cujas obras de direito internacional privado assumiram relevância além das fronteiras de seus países

²⁶ Listadas por Edgar H. Ailes (Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, p. 474-502, 1932-1933).

²⁷ Segundo Edgar H. Ailes, a regra da aplicação da lei do domicílio do devedor para a prescrição foi pregada por diversos doutrinadores da Europa continental desde o século XVIII, como Bouthier, Boullenois, Merlin, Brocher, Labbé, Surville, Fiore e Von Bar (Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, p. 474-502, 1932-1933). Ailes também menciona que teria sido atribuído ao clássico doutrinador francês Pothier a aplicação da regra do foro do domicílio do credor, mas que, aparentemente, se trata de incorreta interpretação de seu *Tratado da Prescrição* de 1761 (ob.cit, p. 476).

²⁸ Segundo Edgar H. Ailes, Pillet advogou a lei da nacionalidade do devedor em artigo de 1896, mas depois abandonou essa ideia em obra de 1924. Despagnet, em 1910, advogou a lei de nacionalidade de ambas as partes, se fosse a mesma, ou a *lex loci solutionis*, se diversas. Ambas as proposições eram isoladas na doutrina (Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, 1932-1933. p. 474/475).

²⁹ Era apoiada por uma clara maioria da doutrina da Europa continental, como Savigny, de quem trataremos mais à frente, Foelix, Laurent, Asser, Aubry & Rau, Weiss, Mihel e Valery, além do Professor Lorenzen nos Estados Unidos da América (AILES, Edgar H. Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, 1932-1933. p. 478).

³⁰ Segundo Edgar H. Ailes, essa era a posição defendida por Troplong, Massé, Lehr, Phillimore e, em certa medida, por Savigny (AILES, Edgar H. Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, 1932-1933. p. 483). Quanto a Savigny, Ailes justifica a sua inclusão nesse rol porque o mesmo professaria que as obrigações seriam regidas pela lei do local de seu cumprimento, que seria a sua sede (ob.cit., p. 484). Na verdade, Ailes nos parece que confunde duas questões: Savingy, como será demonstrado no item 1.1.2 a seguir, claramente lecionou que a lei que rege a obrigação rege também a prescrição. Se a lei que rege a obrigação é do local em que foi contraída, do cumprimento das partes, a escolhida por elas etc. é uma questão completamente diferente (e que não é objeto deste trabalho).

³¹ Regra tradicional dos países do *common law*, originária da Inglaterra, da qual trataremos com algum detalhe mais adiante.

e que nos influenciam até hoje. Logo após, traremos a lição que provavelmente é a mais antiga da doutrina brasileira sobre tal questão, também dessa época em que não estava definida claramente no Brasil ou na maior parte das nações, e que, apesar de não ter o alcance internacional das outras duas, permanece atual e demonstra quão avançado já era o estudo do direito no Brasil do século XIX.

1.1.1 Story

Joseph Story foi juiz da Suprema Corte dos E.U.A. e professor da Universidade Harvard³². Em 1834, publicou o *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic*, grande obra de direito internacional privado que teve grande influência, não só nos E.U.A., mas também na Europa³³.

Story lecionou que “todas as ações devem ser propostas dentro do período prescrito pela lei local do país onde a ação é proposta (*lex fori*), ou então seriam consideradas prescritas”, o que estaria sendo amplamente reconhecido pelo *common law* e pela doutrina internacional³⁴.

Isso porque, em seu entender, não haveria dúvida de que *statutes of limitation or prescription of suits* (institutos do *common law* que correspondem à nossa prescrição) “são questões que afetam estritamente o remédio [processual], e não questões relacionadas ao mérito”. Seu objeto seria “fixar certos períodos, dentro dos quais todas as ações devem ser propostas perante a Justiça de um Estado, seja ela proposta por ou contra” cidadãos do Estado ou estrangeiros³⁵. Estaria ligada à mera regulação dos processos e não dos direitos³⁶.

³² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte especial)*: Direito civil internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. 2: Contratos e obrigações no direito internacional privado. p. 142.

³³ Cf. Jacob Dolinger (2008, p. 142-144), que menciona comentários de Dicey (grande jurista inglês do final do século XIX cuja obra sobre direito internacional privado, atualizada até hoje, é provavelmente a mais respeitada na Inglaterra), Savigny (de que trataremos adiante) e Foelix (grande jurista francês da mesma época). A versão a que tivemos acesso e na qual nos baseamos neste trabalho, no entanto, é a de 1841.

³⁴ O texto em língua estrangeira é: “It has accordingly become a formulary in international jurisprudence, that all suits must be brought within the period prescribed by the local law of the country where the suit is brought, (*lex fori*), otherwise the suits will be barred; and this rule is as fully recognised in foreign jurisprudence as it is in the common law” (STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic [1841]*. [S.l.]: General Books LLC, 2009. p. 609).

³⁵ Em inglês: “§576. In regard to statutes of limitation or prescription (...) of suits, there is no doubt that they are strictly questions affecting the remedy, and not questions upon the merits. They go *ad litis ordinationem*, and not *ad litis decisionem*, in a just juridical sense. The object of them is to fix certain periods, within which all suits shall be brought in the Courts of a

As leis que estabelecem prazos prescricionais, segundo Story, seriam fundamentadas na mais nobre política pública de evitar fraudes e deficiência de provas decorrente da ambiguidade e obscuridade ou antiguidade das transações. Teriam fundamento na “presunção de que a pretensão é extinta, ou deve ser considerada extinta, quando não é objeto de litígio no foro adequado, dentro do período prescrito”³⁷.

Referido doutrinador fazia outras críticas à regra de submeter à prescrição à lei que rege a obrigação, como:

- toda nação deve ter o direito de estabelecer ela própria os prazos, modos e circunstâncias que devem reger as ações propostas perante a sua Justiça;
- estrangeiros não teriam direito a assoberbar a Justiça de outros países nos quais decidem litigar, com demandas antigas, atrapalhando a administração da Justiça entre os cidadãos dos referidos países; e
- estrangeiros não teriam direito a se valer dos prazos prescricionais de seus próprios países, a prevalecer sobre os prazos do foro³⁸.

Story advogou, portanto, a aplicação da regra tradicional do *common law* inglês (de que trataremos no item 1.2.2 mais à frente) e escocês³⁹, segundo a qual a prescrição é uma questão processual regida pela *lex fori*, regra essa que foi seguida nas ex-colônias britânicas, incluindo os E.U.A.

State, whether they are brought by or against subjects, or by or against foreigners.” (STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic [1841]*. [S.l.]: General Books LLC, 2009. p. 608).

³⁶ “Considered in their true lights, statutes of limitation or prescription are ordinarily simple regulations of suits and no of rights. They regulates the times in which rights may be asserted in courts of justice, and do not purport to act upon those rights.” (STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic [1841]*. [S.l.]: General Books LLC, 2009. p. 611).

³⁷ “And there can be no just reason, and no sound policy, in allowing higher or more extensive privileges to foreigners, than are allowed to subjects. Laws, thus limiting suits, are founded in the noblest policy. They are statutes of repose, to quiet titles, to suppress frauds, and to supply de deficiency of proofs, arising from the ambiguity and obscurity, or the antiquity of transactions. They proceed upon the presumption, that claims are extinguished, or ought to be held extinguished, whenever they are not litigated in the proper forum, within the prescribed period..” (STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic [1841]*. [S.l.]: General Books LLC, 2009. p. 608).

³⁸ “Every nation must have a right to settle for itself the times, and modes, and circumstances, within and under which suits shall be litigated in its on Courts. There can be no pretence to say, that foreigners are entitled to crowd the tribunals of any nation with suits of their own, which are stale and antiquated, to the exclusion of the common administration of justice between its own subjects. As little right can foreigners have to insist, that the times and modes of proceeding insuits, provided by the laws of their own country, shall supersede those of the nation in which they have chosen to litigate their controversies, or in whose tribunals they are properly parties to any suit.” (STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic [1841]*. [S.l.]: General Books LLC, 2009. p. 610).

³⁹ Quanto ao direito escocês no século XIX sobre a questão, vide os comentários de William Guthrie em sua tradução da obra de Savigny para o inglês, que menciona inclusive o caso escocês *Lipmann v. Don*, também citado por Story (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 267-272).

1.1.2 Savigny

O professor alemão Friedrich Carl von Savigny foi, nas palavras de Jacob Dolinger, “o grande inovador do moderno Direito Internacional Privado, discordando com veemência das teorias territorialistas de Huber e de seus contemporâneos”⁴⁰. Tratou da matéria no oitavo volume, escrito em 1849, do seu *Sistema de Direito Romano atual*⁴¹, que é provavelmente a mais influente obra da matéria existente até hoje. Nela lançou uma série de ideias que terminaram por ser implementadas por diversos ordenamentos jurídicos, como a de *comunidade de direito entre os diferentes povos*⁴², ponto de vista a partir do qual se deve encontrar a localização da sede de cada relação jurídica e aplicar o direito nela vigente⁴³, e a de que deve haver igualdade de tratamento das questões jurídicas pelos juízes dos diversos países, por meio de regras que apontem para a mesma solução⁴⁴.

Seguindo essa linha de raciocínio, Savigny afirmou que a prescrição, como as demais defesas que se pode opor ao cumprimento de uma obrigação, deve ser regida pela mesma lei que rege a obrigação:

Entre as defesas pelas quais uma obrigação pode ser invalidada, a mais geral em sua aplicação, e assim a mais importante, é a da *prescrição*. Isso ainda demanda uma análise especial, porque autores têm expressado uma grande variedade de opiniões a respeito, de forma que o conflito geral de opiniões que já foi mencionado a respeito das exceções em geral, aqui aparece de forma mais proeminente. Em particular, se diferentes períodos de prescrição existem no local escolhido para cumprimento da obrigação, onde assumimos que a sede da obrigação esteja, e no local onde a ação é efetivamente proposta (como o domicílio do devedor), a questão surge. Qual o prazo prescricional que deve ser aplicado?

⁴⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 147.

⁴¹ *System des heutigen römischen Rechts*, no original, em alemão.

⁴² Termo utilizado por Jacob Dolinger, que teve acesso à tradução francesa da obra (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 147). Na tradução para o inglês a que tivemos acesso, o tradutor fez referência à *international common law of nations* e a *community of law among independent states* (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 69-71).

⁴³ Quanto a este ponto da obra de Savigny, confira-se também Jacob Dolinger (*Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 147).

⁴⁴ Savigny afirma que é uma consequência necessária da igualdade de tratamento no julgamento de nacionais e estrangeiros que “in cases of *conflict of laws*, the same legal relations (cases) have to expect the same decision, whether the judgment be pronounced in this state or in that” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 69-70).

Muitos afirmam que as leis que regem a prescrição são leis processuais e, assim, devem ser aplicadas a todas as ações propostas dentro do território, sem respeitar a lei local da obrigação.

De acordo com a doutrina verdadeira, a lei local da obrigação deve determinar o prazo prescricional, não a lei do local da ação; e essa regra, que acabou de ser formulada com relação a exceções em geral, é adiante confirmada, no caso de prescrição, pelo fato de que os diversos fundamentos que a ensinam se relacionam com a própria substância da obrigação. Além disso, essa opinião sempre foi reconhecida como correta por não poucos autores.⁴⁵

Tal regra terminou por ser implementada nos países de tradição romano-germânica, como será demonstrado a seguir.

2.1.3 Pimenta Bueno

No direito brasileiro, aparentemente quem primeiro tratou em doutrina da questão de qual a lei que rege a prescrição foi José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente. Em sua obra de 1863 (muito anterior, portanto, ao primeiro Código Civil brasileiro e ao Código Bustamante, de que trataremos mais à frente), já defendia que a prescrição seria regida pela *lex causae*.

Ao tratar do princípio *locus regit actum*, Pimenta Bueno lecionou que a lei do local celebração do contrato regeria o “fundo do contracto” ou a “contrariedade oposta por alguma das partes para invalida-lo”. Em seguida, narrou que esta mesma lei que criou o direito e estabeleceu a validade do ato regeria também a prescrição extintiva, fazendo referência a Foelix, jurista francês da 1ª metade do século XIX:

Sempre que tratar-se de estatuir sobre o fundo do contracto, ou de atender á contrariedade oposta por alguma das partes para invalida-lo, dever-se-ha, em qualquer parte em que a questão se mova, decidir segundo os termos da lei do lugar em que elle foi feito. Consequentemente entendemos que se a parte oppuzer, em relação a moveis ou obrigação pessoal, a prescrição extinctiva, esta será regulada por essa lei do lugar, e não por outra,

⁴⁵ Tradução livre do seguinte trecho: “Among the defences by which an obligation may be invalidated, the most general in its application, and therefore the most important, is that of *prescription*. This still demands special consideration, because writers have expressed a great variety of opinions regarding it, yet so that the general conflict of opinion which has already been mentioned as to exceptions in general, here appears somewhat more prominently. In particular, if different periods of prescription exist at the stipulated place of fulfilment, where we assume the seat of the obligation to be, and at the place where the action is actually brought (as at the domicile of the debtor), the question arises, Which period of prescription shall be applied?”

Many say that laws as to prescription are laws of procedure, and must therefore be applied to all the actions brought within their territory, without respect to the local law of the obligation.

According to the true doctrine, the local law of the obligation must determine as to the term of prescription, not that of the place of the action; and this rule, which has just been laid down in respect to exceptions in general, is further confirmed, in the case of prescription, by the fact that the various grounds in which it rests stand in connexion with the substance of the obligation itself. Besides, this opinion has always been acknowledged to be correct by not a few writers.” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 249-250).

como opinião alguns. A prescrição nesse caso nada tendo com o estatuto pessoal, e valendo defesa, tende a destruir, a aniquilar o direito do credor, não pôde pois ser regida senão pela mesma lei que creou esse direito, e estabeleceu a validade do acto, assim como a procedência dos factos que o aniquilão. Foelix 1º 220.⁴⁶

1.2 No Direito Comparado

O Direito Comparado é, nas palavras de Jacob Dolinger, “a ciência (ou o método) que estuda, por meio de contraste, dois ou mais sistemas jurídicos, analisando suas normas positivas, suas fontes, sua história e os variados fatores sociais e políticas que as influenciam”⁴⁷. Talvez uma melhor denominação seria Comparação de Direitos, mas mantém-se aqui a denominação tradicional em função de seu amplo reconhecimento.

Antes de tratarmos das regras de direito internacional privado brasileiras relativas à prescrição, faremos uma breve análise das regras conflituais de outros sistemas jurídicos, estudo esse que acreditamos auxiliará a própria compreensão de nosso direito internacional privado a respeito da matéria.

2.2.1 Direito Comunitário Europeu

Em 1980, alguns países europeus celebraram a *Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, que, em seu art. 10(1)(d) veio a dispor que a lei aplicável (de acordo com as regras da convenção) ao contrato regularia também “As diversas causas de extinção das obrigações, bem como a *prescrição* e a *caducidade* fundadas no decurso de um prazo”. Seguiu, assim, claramente o ponto de vista dos países de tradição romano-germânica⁴⁸ e a orientação de Savigny, predominante nos Estados signatários.

⁴⁶ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia imp. e const. De V. Villeneuve, 1863. p. 115.

⁴⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 41.

⁴⁸ São os países da Europa continental (ou seja, com a exclusão das ilhas britânicas, nas quais se localizam o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e a República da Irlanda), também chamados de países da família do *civil law*, cujos sistemas jurídicos têm origem no Direito Romano, e suas ex-colônias em geral, incluindo a América Latina. A expressão é usada em geral como oposição aos países do *common law*, a outra família jurídica ocidental, com origem no direito inglês.

A Convenção veio recentemente a ser substituída pelo Regulamento (EC) nº 593/2008, muitas vezes designado de *Regulamento de Roma I* (nomenclatura que se adotará neste trabalho), o qual se aplica aos contratos celebrados após 17 de dezembro de 2009 e que contém regra idêntica⁴⁹.

Tanto a Convenção de Roma como o Regulamento de Roma I se aplicam também a contratos de trabalho.

No que diz respeito às obrigações extracontratuais, entrou em vigor mais recentemente, no âmbito da União Europeia, o Regulamento (CE) nº 864/2007⁵⁰, conhecido como *Regulamento de Roma II*, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais em matéria cível e comercial⁵¹. Referido regulamento dispõe que a lei que rege tais obrigações (de acordo com suas regras) rege também a prescrição e a caducidade⁵². O mesmo se aplica apenas a eventos danosos posteriores à sua entrada em vigor, que se deu em 11 de janeiro de 2009. Para eventos anteriores, aplica-se a regra de conexão nacional de cada país, uma vez que, antes de sua entrada em vigor, não existia norma comunitária ou convenção que uniformizasse tais regras de conexão no âmbito dos países que formam a União Europeia.

1.2.2 Inglaterra⁵³

⁴⁹ O art. 12º (1)(d) do Regulamento dispõe o seguinte: “1. A lei aplicável ao contrato por força do presente regulamento regula nomeadamente: (...) d) As diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade”.

⁵⁰ Que se aplica a todos os países-membros, com exceção da Dinamarca (item 40 do Preâmbulo).

⁵¹ Há uma série de matérias que são excluídas do âmbito do Regulamento, como responsabilidade do Estado por atos de império, responsabilidade decorrente de violações de direitos da personalidade (como difamação), direito de família, certas obrigações decorrentes de letras de câmbio, cheques e outros títulos negociáveis, entre outros (art. 1º). No entanto, são expressamente incluídas no âmbito do Regulamento, entre outras, a responsabilidade por produtos defeituosos (art. 5º), concorrência desleal (art. 6º), danos ambientais (art. 7º), violação de direitos de propriedade intelectual (art. 8º).

⁵² Art. 15º. A lei aplicável às obrigações extracontratuais referidas no presente regulamento rege, designadamente: (...) h) As formas de extinção das obrigações, bem como as regras de prescrição e caducidade, incluindo as que determinem o início, a interrupção e suspensão dos respectivos prazos.

⁵³ A Inglaterra e o País de Gales formam uma jurisdição única, ou seja, compartilham o mesmo direito (leis editadas pelo mesmo Parlamento e o *common law* criado por suas cortes, que formam um único sistema judicial). Assim, as menções neste artigo à Inglaterra (ou o direito inglês) na verdade compreendem também o País de Gales, que não é mencionado apenas para fins de simplificação. Além disso, algumas vezes se mencionará apenas a Inglaterra ou o direito inglês com referência a leis, convenções ou Regulamentos adotados por todo o Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte (que possui outras duas jurisdições: a Escócia e a Irlanda do Norte), o que também só é feito para fins de simplificação, tendo em vista que, para a elaboração deste trabalho, não foi analisado o direito escocês e o da Irlanda do Norte, naquilo em que não é formado por normas que se aplicam a todo o Reino Unido.

O direito inglês faz distinção entre dois tipos de *statutes of limitation*: aqueles que impedem o prosseguimento da ação judicial (“bar the remedy”) e os que extinguem o direito (“extinguish the right”)⁵⁴. Tal distinção, que guarda semelhanças com a que o direito brasileiro e de outros países de tradição romano-germânica fazem entre prescrição e decadência, não possui importância para a Justiça inglesa quando a lei inglesa é a *lex causae*: se enquadrando em um ou outro, o prazo disposto no direito inglês é aplicado⁵⁵.

No campo do direito internacional privado, no entanto, referida distinção alcançava relevância muito maior. A regra tradicional do *common law* inglês era de que a prescrição (aqui entendida como os *statutes of limitation* que impedem o prosseguimento da ação) seria questão de direito processual e, em consequência, “seria regida pela lei inglesa, como a lei do foro, e quaisquer disposições sobre prescrição da lei aplicável seriam ignoradas”. As razões para rejeição da tese de que se trataria de questão de direito material pode ser encontrada no voto de Lord Brougham em *Don v. Lippmann*⁵⁶, um julgado da *House of Lords* (mais alto tribunal do Reino Unido) de 1837, no qual se discutiu se seria aplicável o prazo da lei francesa (que regia o contrato entre as partes) ou o previsto na *lex fori*⁵⁷:

Se afirma que a prescrição se relaciona à própria natureza do contrato. Em primeiro lugar, se afirma que a parte está obrigada por um dado período de tempo, e somente por tal período: essa é uma interpretação forçada da obrigação. A parte não se vincula de maneira alguma por um determinado período de tempo, mas apenas para fazer algo em um certo dia ... A lei não supõe que ela está no momento da celebração do contrato contemplando o período no qual ela poderá estar livre de cumpri-lo em função da passagem do tempo. O argumento de que a prescrição é da natureza do contrato supõe que as partes têm em mente apenas o descumprimento da avença. Nada é mais contrário à boa-fé do que tal suposição.⁵⁸

⁵⁴ “English law distinguishes two kinds of statutes of limitation: those which merely bar a remedy and those which extinguish a right” (DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 196).

⁵⁵ DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 196/197.

⁵⁶ *Don v Lippmann* (1837) 5 C1 & Fin 1.

⁵⁷ No caso, a lei escocesa. Trata-se de um caso escocês, mas a *House of Lords* era também a corte mais alta da Inglaterra e esse julgado é mencionado em livros ingleses como precedente, como Cheshire, North & Fawcett (*Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 75-76, 80) e DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 50).

⁵⁸ No original: “It is said that the limitation is of the very nature of the contract. First, it is said that the party is bound for a given time, and for a given time only: that is a strained construction of the obligation. The party does not bind himself for a particular period at all, but merely to do something on a certain day.... The law does not suppose that he is at the moment of making the contract contemplating the period at which he may be freed by lapse of time from performing it. The argument that the limitation is of the nature of the contract, supposes that the parties look only to the breach of the agreement. Nothing is more contrary to good faith than such a supposition.” (AILES, Edgar H. *Limitation of actions and the conflict of laws*. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, p. 474-502, 1932-1933).

Decidiu-se, então, pela aplicação da *lex fori*, nesse que é talvez o julgado mais citado a respeito da questão nos países do *common law*⁵⁹, apesar de não ser o primeiro⁶⁰.

Diferentemente, com relação aos *statutes of limitation* da lei estrangeira que extinguem o direito (por exemplo, a decadência do direito brasileiro, como já apontado), os tribunais ingleses consideravam a regra estrangeira como de direito material e a aplicava⁶¹.

Apesar de já fazer parte da então Comunidade Econômica Europeia, a Inglaterra não aderiu à Convenção de Roma na época de sua adoção. Por sua influência, entretanto, em 1984, o Parlamento inglês promulgou o *Foreign Limitation Periods Act 1984*, que veio a “dispor que qualquer lei relacionada à prescrição seja tratada, no que diz respeito a casos em que se é dado efeito a lei estrangeira ou a decisões judiciais estrangeiras, como uma questão de substância em vez de uma questão de processo”⁶². Foi revogada, assim, a regra tradicional do *common law*.

A Inglaterra posteriormente aderiu à Convenção de Roma⁶³ e hoje estão em vigor no país os Regulamentos de Roma I e II, mas há algumas poucas matérias em que a *lex fori* sobre a prescrição é relevante em processos ajuizados no país referentes a obrigações regidas por lei estrangeira e que estão fora do âmbito dos Regulamentos. Um exemplo é difamação⁶⁴, em relação à qual na Inglaterra se exige que a pretensão não esteja prescrita nem no foro nem no local do delito para que a ação possa prosseguir⁶⁵.

⁵⁹ Além das obras inglesas mencionadas mais acima, é citado com frequência por doutrinadores dos E.U.A., como Story e Edgar H. Ailes, além, é claro, dos escoceses, como nos comentários de William Guthrie nos comentários que fez em sua tradução para o inglês do vol. 8 do *System des heutigen römischen Rechts* de Savigny (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 267-272).

⁶⁰ Edgar H. Ailes cita um julgado de 1705 e diversos do século XIX nesse sentido (Ibid.).

⁶¹ “Until 1984, English law was committed to the view that statutes of limitation, if they merely specified a certain time after which rights could be enforced by action, affected procedure and not substance. This meant that limitation was governed by English law, as the law of the forum, and any limitation provision of the applicable laws was ignored. Where, however it could be shown that the effect of a statute of limitation of the foreign applicable law was no just to bar the plaintiff’s remedy, but also to extinguish his cause of action, then the English courts would be prepared to regard the foreign rule as substantive and to be applied in England.” (CHESHIRE; NORTH; FAWCETT. *Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 80/81).

⁶² Eis o preâmbulo do *Foreign Limitation Periods Act 1984*: “An Act to provide for any law relating to the limitation of actions to be treated, for the purposes of cases in which effect is given to foreign law or to determinations of foreign courts, as a matter of substance rather than as a matter of procedure”.

⁶³ A Convenção passou a fazer parte do ordenamento jurídico inglês apenas com a promulgação do *Contracts (Applicable Law) Act 1990*, que entrou em vigor em 1º de abril de 1991.

⁶⁴ Excluída expressamente do âmbito de aplicação do Regulamento de Roma II (art. 1º (2)(g)).

⁶⁵ CHESHIRE; NORTH; FAWCETT. *Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81.

Há que se ressaltar que a regra tradicional do *common law* veio a ser criticada⁶⁶ e tem sido posta em dúvida em outros países de tal família jurídica, ex-colônias britânicas, como no Canadá e na Austrália⁶⁷.

1.2.3 Portugal

O artigo 40.º do Código Civil português estabelece que a prescrição e a decadência (lá designada de “caducidade”) são regidas pela *lex causae*:

Artigo 40: (Prescrição e caducidade)
A prescrição e a caducidade são reguladas pela lei aplicável ao direito a que uma ou outra se refere.

Luís de Lima Pinheiro afirma que referido dispositivo “consagra inequivocamente a concepção substantiva, estabelecendo uma conexão dependente com a lei reguladora do direito a que a prescrição ou caducidade se refere”. Além disso, promove “solução idêntica” à dos Regulamentos de Roma I e II, de que tratamos no item 1.2.1 e que também estão em vigor em Portugal⁶⁸.

João Baptista Machado afirma que o referido art. 40.º seria até mesmo dispensável:

Assim haveria de ser, mesmo que não houvesse disposição expressa. Com efeito, estar um direito sujeito a determinada lei significa justamente que o conteúdo desse direito, a sua modificação, extinção, etc., são regulados por essa lei.⁶⁹

Quanto à abrangência do dispositivo, Baptista Machado leciona que “à lei referida no art. 40.º competirá decidir quanto a todo o regime da prescrição e da caducidade: prazos e modos de os contar, causas de suspensão e interrupção, etc.”⁷⁰.

Deve-se ressaltar, no entanto, os “preceitos especiais” das Convenções Destinadas a Regular Certos Conflitos de Leis em Matéria de Letras e Livranças e em Matéria de Cheques (arts. 5.º e 6.º, respectivamente), segundo os quais “o prazo para o exercício do direito de

⁶⁶ CHESHIRE; NORTH; FAWCETT. *Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81.

⁶⁷ DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 198.

⁶⁸ PINHEIRO, Luís de Lima Pinheiro. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009. V. 2, p. 246.

⁶⁹ MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2009. p. 357.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 357.

ação são determinados pela lei do lugar de emissão ou criação do título”⁷¹.

1.2.4 Estados Unidos da América

Os Estados Unidos, sendo uma ex-colônia britânica, herdou a visão tradicional do *common law* inglês de considerar a prescrição uma questão processual, regulada pela *lex fori*. Edgar H. Ailes afirma que a supremacia da *lex fori* na questão da prescrição foi estabelecida em Nova York em 1803⁷² e que a Suprema Corte teria alcançado tal conclusão também em seus primórdios e cita um julgado de 1839⁷³. Menciona também um caso de Maryland de 1805 no qual se decidiu pela aplicação da prescrição do Estado da Pennsylvania, no qual ocorreu a venda de terras na Carolina do Sul e cujo preço era cobrado na ação⁷⁴.

Tal visão ainda é prevalecente, mas outras regras surgiram.

O direito internacional privado é, nos E.U.A., matéria de competência dos estados, que podem possuir regras de conexão distintas. O *American Law Institute* produziu o *Restatement of Law of Conflict of Laws*, consolidação e reordenamento dos princípios decorrentes da jurisprudência dos diferentes estados sobre direito internacional privado. Referida obra, na sua segunda “edição” (*Restatement Second*), no que toca à prescrição, determina a aplicação da *lex fori*, mas permite que o juiz considere prescrita a ação mesmo que não ultrapassado o prazo da lei do foro quando (i) a manutenção da ação não atenda a interesse substancial do foro e (ii) a ação estiver prescrita de acordo com o direito de estado que tenha uma relação mais significativa com as partes e com o ocorrido⁷⁵.

⁷¹ PINHEIRO, Luís de Lima Pinheiro. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009. V. 2, p. 246.

⁷² Nash v. Tupper, 1 Caines (N.Y.) 402 (1802) apud AILES, Edgar H. Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, p. 474-502, 1932-1933.

⁷³ McElmoyle v. Cohen, 13 Pet. (38 U. S.) 312 (1839) apud AILES, Edgar H. Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, p. 474-502, 1932-1933).

⁷⁴ Harper v. Hampton, 1 H. & J. (Md.) 622 (1805) apud AILES, Edgar H. Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, p. 474-502, 1932-1933.

⁷⁵ § 142. Statute Of Limitations. Whether a claim will be maintained against the defense of the statute of limitations is determined under the principles stated in § 6. In general, unless the exceptional circumstances of the case make such a result unreasonable: (1) The forum will apply its own statute of limitations barring the claim. (2) The forum will apply its own statute of limitations permitting the claim unless: (a) maintenance of the claim would serve no substantial interest of the forum; and (b) the claim would be barred under the statute of limitations of a state having a more significant relationship to the parties and the occurrence.

Alguns poucos estados americanos⁷⁶, por sua vez, adotam as regras do *Uniform Conflict of Laws Limitations Act*, obra criada por uma comissão de juristas como uma proposta de lei a ser adotada pelos estados e que foi aprovada pela *American Bar Association* em 1983. Esse *Act* atribui, na sua seção 2ª, natureza substantiva à prescrição, determinando que, quando uma ação é “baseada substancialmente” na lei de mais de um estado ou país, a *lex fori* definirá qual delas será aplicável para a prescrição⁷⁷. Nos comentários à referida, seus autores assim afirmam:

Essa seção trata prazos prescricionais como substantivos, a serem regidos pelas leis de prescrição do estado cuja lei rege outras questões substantivas inerentes à ação. Isso é verdade mesmo se o prazo prescricional da lei substantiva de regência for maior ou menor do que o da lei do foro.⁷⁸

Independentemente da adoção ou não do *Act* mencionado acima, há pelo menos duas situações e em que os juízes de vários estados normalmente reconhecem natureza substancial ao prazo prescricional de outro estado ou estrangeiro, que visaria extinguir o direito e não somente impedir o prosseguimento da ação. A primeira se dá com relação a ações (“claims”) criadas por *statutes* (as leis promulgadas pelo Legislativo), como em *Wrongful Death Acts* ou *Shareholders Liability Acts*⁷⁹. A segunda, com os “borrowing statutes”: a maior parte dos estados criou leis dispondo que a ação será considerada prescrita se estiver prescrita no local de origem ou onde ocorreu a causa de pedir, ainda que o tribunal não aplique a lei de tal local para reger o mérito da disputa⁸⁰.

1.2.5 Espanha

⁷⁶ Seis estados (Colorado, Minnesota, Montana, Carolina do Norte, Dakota, Oregon e Washington), conforme levantamento feito em 2004 por SCOLES, Eugene F; HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J; e SYMEONIDES, Symeon C. (*Conflict of laws*. 4th ed. St. Paul: Thomson West, 2004. p. 130).

⁷⁷ § 2. Conflict of Laws; Limitation Periods. (a) Except as provided by Section 4, if a claim is substantively based: (1) upon the law of one other state, the limitation period of that state applies; or (2) upon the law of more than one state, the limitation period of one of those states chosen by the law of conflict of laws of this State, applies. (b) The limitation period of this State applies to all other claims.

⁷⁸ No original: “This section treats limitation periods as substantive, to be governed by the limitations law of a state whose law governs other substantive issues inherent in the claim. This is true whether the limitation period of the substantively governing law is longer or shorter than that of the forum’s law”.

⁷⁹ SCOLES, Eugene F. et al. *Conflict of laws*. 4th ed. St. Paul: Thomson West, 2004. p. 131.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 133-134.

O artigo 10(10) do Código Civil espanhol dispõe que “a lei reguladora de uma obrigação se estende aos requisitos do cumprimento e às consequências do descumprimento, assim como à sua extinção”⁸¹.

De tal artigo, bem como da Convenção de Roma e os Regulamentos de Roma I e II (vide item 1.2.1 acima), também vigentes na Espanha, se tem que a prescrição é regulada pela lei de regência da obrigação, conforme lecionam Luis Diéz-Picazo y Ponce de León⁸² e José Carlos Fernandes Rozas y Sixto Sanchez Lorenzo⁸³.

1.2.6 Argentina

A prescrição é considerada um instituto de direito substantivo⁸⁴ na Argentina e, conseqüentemente, é regida pela lei que rege a obrigação (*lex causae*). A esse respeito, há que se mencionar a doutrina de Werner Goldschmidt:

Por el Derecho que regula el crédito, se rige igualmente la prescripción extintiva, su comienzo, suspensión, interrupción, plazo y efectos (v. s. del 14/5/1957, caso “Méndez Campos, Carlos v. Telles, Mario Fernando, suc.”, de la C. Com. 1ª de La Plata, sala 2ª, en JA 1957-III-210, y nuestro estudio “La prescripción liberatoria en el DIPr. Argentino”, en LL 88-433 y ss.).⁸⁵

No mesmo sentido é a lição de Ricardo Balestra:

⁸¹ No original: “10. La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción”.

⁸² “Por regla general, los autores españoles se inclinan por considerar la prescripción extintiva como una cuestión de fondo y la contemplan dentro de las causas de extinción de obligaciones. En este sentido, se inclinan por considerar aplicable la misma ley que regule el contrato, solución que tiene su apoyo, entre nosotros en el art. 10.10 CC y que parece acogida, en el art. 10 del Convenio de Roma que expresamente somete a ley del contrato la prescripción y la caducidad. Hay, sin embargo, que puntualizar que ello sólo será posible en la prescripción extintiva de acciones o de pretensiones que tengan su fundamento en una previa relación contractual. En los demás casos será preciso aplicar la ley de la relación jurídica sustantiva de la que las acciones deriven. Así, las acciones para reclamar daños extracontractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiera producido el hecho dañoso de que deriven y a las acciones dimanantes de una gestión de negocios o de un enriquecimiento sin causa se ele aplicarán las restantes reglas del art. 10.9 CC.” (LEÓN, Luis Diéz-Picazo y Ponce de. *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 2 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2007. p. 52).

⁸³ “Otras causas de extinción, como la pérdida de la cosa, la condonación de la deuda, la confusión de los derechos, *la prescripción y la caducidad* – estos dos últimos merced a la calificación sustantiva del art. 10.1.ºd) del Convenio de Roma – quedan sujetos a la *lex contractus*.” (ROZAS, José Carlos Fernandes; LORENZO, Sixto Sanchez. *Derecho Internacional Privado*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2007. p. 469).

⁸⁴ “Para los del sistema continental europeo y países como el nuestro constituye un instituto del derecho civil, sustantivo.” (BALESTRA, Ricardo R. *Derecho Internacional Privado*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 310).

⁸⁵ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 10. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p. 733.

Conforme el fundamento expresado por Savigny respecto de la prescripción, este fundamento consiste en la necesidad de fijar las relaciones inciertas de derecho, encerrando dicha incertidumbre en un lapso determinado.

En el sistema continental europeo y en nuestro derecho, la prescripción es un modo extintivo de la obligación, modo que, por lo tanto, queda sujeto a la ley que rige la obligación respectiva.⁸⁶

Há que se ressaltar que a Argentina é signatária dos Tratados de Montevideu de 1889 e 1940 (de que trataremos no item 1.2.8), todos os quais possuem regras nesse sentido.

1.2.7 Alguns outros países

Jacob Dolinger afirma que também os ordenamentos jurídicos da Alemanha, Bélgica, França, Itália, Québec (província do Canadá), Peru, Suíça e Turquia subordinam a prescrição ao direito que rege a obrigação⁸⁷.

Haroldo Valladão, em sua obra de 1973, afirmava que tal regra era prevista em leis da Costa Rica, Tcheco-Eslováquia e Polônia⁸⁸.

1.2.8 Convenções internacionais das quais o Brasil não é parte

Uma série de convenções internacionais sobre conflito de leis em matérias as mais diversas possuem disposições a respeito do direito aplicável para reger a prescrição, sempre apontando para a *lex causae*. Já mencionamos a Convenção de Roma de 1980 no item 1.2.1 e trataremos das duas convenções ratificadas pelo Brasil que contêm tais tipos de normas nos

⁸⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 10. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p. 315.

⁸⁷ DOLINGER, Jacob. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, out./dez. 2001. p. 361-363.

⁸⁸ Assim se manifestou Valladão ao tratar das razões pelas quais escolheu a regra da *lex causae* em seu Anteprojeto Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de 1964 (do qual trataremos mais à frente): “O princípio do Anteprojeto foi estabelecido para as obrigações no Código de Costa Rica, art. 6º, Lei da Tcheco-Eslováquia, 13, Lei da Polônia, 1965, 13, Cód. Civ. Português, 1967 (...)” (*Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. V. 2, p. 35).

itens 2.3.1⁸⁹ e 2.3.5⁹⁰ (ao discorrermos sobre o direito brasileiro, do qual fazem parte). Além dessas, outras seis podem ser mencionadas⁹¹:

- Tratado de Direito Civil Internacional - Montevidéu – 1889

Art. 51 - La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

- Tratado de Direito Civil Internacional - Montevidéu – 1940

Art. 51 - La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

- Convenção Interamericana sobre Lei Aplicável a Contratos Internacionais, México 1994, assinada (mas ainda não ratificada) pelo Brasil

Art. 14 - A lei aplicável ao contrato em virtude do capítulo 2 desta convenção rege principalmente: (...) d) as várias maneiras pelas quais as obrigações podem ser cumpridas e a prescrição.

- Convenção da Haia sobre Acidentes Rodoviários de 1971

Art. 8 - A lei aplicável determinará, principalmente: (...) 8) regras sobre a prescrição

- Convenção da Haia sobre Responsabilidade pelos Fatos de Produtos de 1973

Art. 8 - A lei aplicável por esta Convenção determinará principalmente: (...) 9) regras de prescrição

- Convenção da Haia sobre Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Produtos – 1986

Artigo 12 - a lei aplicável ao contrato de venda por força dos Artigos 7, 8 e 9, governará, principalmente: (...) g) as várias maneiras de extinção das obrigações bem como a prescrição...

1.3 No Direito Brasileiro

⁸⁹ Código Bustamante.

⁹⁰ Convenção destinada a regular certos Conflitos de Lei em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias e Protocolo.

⁹¹ DOLINGER, Jacob. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, out./dez. 2001. p. 358-359.

A regra de conexão geral que, em nosso ordenamento jurídico, determina qual o direito que rege a prescrição em relações jurídicas de caráter internacional está contida no *Código Bustamante*, do qual trataremos em primeiro lugar neste capítulo. Em seguida, demonstraremos que a mesma regra pode ser extraída do art. 9º da LIDB e da interpretação sistemática de dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil. Em terceiro lugar, trataremos dos projetos de lei que previram expressamente uma tal regra geral mas que não chegaram a ser aprovados.

Quanto às letras de câmbio e notas promissórias, há regra especial prevista na *Convenção destinada a regular certos Conflitos de Lei em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias e Protocolo*, que será tratada ao final deste capítulo.

1.3.1 O Código Bustamante

A *Convenção de Direito Internacional Privado*, assinada em 1928 por diversos países do continente americano presentes na Sexta Conferência Internacional Americana, veio a ser conhecida como *Código Bustamante*, em homenagem ao jurista Antonio Sánchez y Bustamante, que a projetou⁹². Entrou em vigor no Brasil quando da promulgação do Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, tendo sido ratificado por 15 países⁹³.

Beat Walter Rechsteiner afirma, corretamente, que o Código, que tem 437 artigos, é “o tratado mais importante de direito internacional privado ratificado pelo Brasil” e “a mais ampla codificação, no âmbito da nossa disciplina, que tem por base uma convenção internacional”⁹⁴.

Com relação à lei aplicável à prescrição, o art. 229 do Código Bustamante dispõe o seguinte:

Art. 229. A prescrição extintiva de acções pessoais é regulada pela lei a que estiver sujeita a obrigação que se vai extinguir.

⁹² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 73.

⁹³ Além do Brasil, o Código Bustamante foi ratificado por Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, El Salvador e Venezuela (Ibidem, p. 73).

⁹⁴ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 149/150.

Trata-se de norma clara e que positiva a tradição dos países da família romano-germânica, e que também se aplica para obrigações de natureza comercial, como disposto no art. 295 do Código⁹⁵. A ela fazem referência Jacob Dolinger⁹⁶, Espínola e Espínola Filho⁹⁷, Oscar Tenório⁹⁸, Clovis Bevilacqua⁹⁹, Pontes de Miranda¹⁰⁰, Luiz Olavo Baptista¹⁰¹ e Ricardo Ramalho Almeida¹⁰² ao afirmarem que a prescrição é regida pelo direito que rege a obrigação (ou seja, pela *lex causae*).

A redação do dispositivo não se coaduna mais com a atual concepção majoritária da prescrição no Brasil como um instituto que não extingue nem *ações* nem *obrigações*, mas somente *pretensões* (como tratamos na Introdução). Isso, no entanto, não atrapalha em nada a sua aplicação.

O Código não possui, no entanto, regra atinente à lei aplicável à decadência, mas entendemos que o art. 229 pode ser utilizado por analogia. Aliás, como a decadência, essa

⁹⁵ Art. 295. A prescrição das acções originadas em contractos e actos commerciaes ajustar-se-á às regras estabelecidas neste Codigo, a respeito das acções civeis.

⁹⁶ DOLINGER, Jacob. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, out./dez. 2001. p. 358.

⁹⁷ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1944. v. 2, p. 627/628.

⁹⁸ “...reger-se-á em princípio a prescrição pelo sistema jurídico competente para o direito que prescreve, ou seja, para a prescrição de direitos e obrigação, o estatuto da obrigação (...). Estes preceitos doutrinários estão integrados no Código Bustamante.” (TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. 2 v, p. 219).

⁹⁹ Referido mestre, citando o art. 229 do Código Bustamante, leciona que “a prescrição extingue a ação, fere o direito em um de seus elementos, deve depender da mesma lei, que preside a existência do direito, isto é, da lei que preside a formação do vínculo obrigacional ou a constituição do direito defendido pela ação, que se trata de saber se está ou não prescrita” (BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 272). Veja que seu Projeto do Código Civil Brasileiro continha, no art. 21 da sua Introdução, a seguinte regra: “A prescrição extintiva é regida pela lei do lugar em que se originou a obrigação (...)”. Tal regra terminou por não constar do Código como veio a ser promulgado em 1916 (sem ter sido substituída por nenhuma outra), mas Bevilacqua, lecionou que não é por isso que a prescrição se regularia pela lei do lugar onde as ações forem propostas (ou seja, não se lhe seria aplicável o art. 15 da Introdução, que dispunha que “os meios de defesa são regidos pela lei do lugar onde se mover a ação” (Ibidem, p. 271-272).

¹⁰⁰ Pontes de Miranda afirma que “a ordem jurídica a que pertence o direito é a que regula a prescrição” e, em nota de rodapé, faz referência ao art. 229 do Código Bustamante e ao art. 51 do Tratado de Montevideú, que mencionamos mais acima (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. V. 1, p. 550). Afirma também que deve-se evitar “dizer ‘lei do contrato’, porque há obrigações que não nascem do contrato e que seguem a mesma regra (Ibidem, p. 547).

¹⁰¹ Baptista não é expresso, mas parece dar a entender que essa seria a sua opinião ao lecionar que, nos países do *civil law* a “lei escolhida para reger o contrato (...) também imperará sobre as questões relativas à prescrição e seus efeitos. Em razão disso, geralmente os juristas oriundos de países do sistema ‘romano-germânico’, como é o nosso país, não costumam preocupar-se com esse problema; a prescrição, como outras matérias substantivas, para eles, cai sob o império da lei aplicável, e não merece um tratamento apartado”. Em passagem mais à frente, cita o art. 229 do Código Bustamante (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124-128).

¹⁰² Almeida afirma, inclusive, que “é incontestável que a prescrição é regida pela *lex causae*” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 298-299).

sim, extingue o direito (e, por consequência, a obrigação), por mais forte razão deve ser submetida à lei que o criou. Não há, nesse campo, nem mesmo divergência com os países *common law*, cujos tribunais aplicam normalmente os *statutes of limitation* estrangeiros que promovem a extinção dos direitos a ele submetidos (ou seja, *a lex causae*), como demonstramos ao tratar da Inglaterra acima.

Cumprе esclarecer que a LIDB¹⁰³ não regula inteiramente a matéria tratada pelo Código Bustamante e, assim, não o revogou senão especificamente naquilo em que conflita com o Código¹⁰⁴. Não há, em tal lei ou mesmo em qualquer diploma posterior, norma geral sobre a regra de conexão aplicável à prescrição em litígios internacionais (pelo menos não diretamente, e trataremos da aplicação de seu art. 9º à questão, com o mesmo resultado da aplicação das regras do Código Bustamante, no item a seguir). Assim, referidos artigos 229 e 295 ainda estão em vigor.

O Código é, no entanto, pouco utilizado pelos juristas. Alguns, como Amílcar de Castro, apontam até mesmo seu desuso, citando previsão do internacionalista francês Niboyet¹⁰⁵.

Beat Walter Rechsteiner não vai tão longe, mas afirma que o Código “quase não tem aplicação na prática”. Segundo ele, as razões para tanto seriam (1) sua abrangência (“refere-se, inclusive, a matérias que não pertencem ao direito internacional privado propriamente, como o direito penal internacional e a extradição”), (2) seu conteúdo muitas vezes vago, o que levou vários países a declararem reservas quanto à sua aplicação, (3) suas regras, que, “em parte, não correspondem mais às tendências modernas do direito internacional privado”, e (4) “o seu campo de atuação, em virtude do reduzido número de causas de direito privado com conexão internacional nos países vinculados juridicamente ao Código”¹⁰⁶.

¹⁰³ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, nova denominação da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), dada pela lei nº 12.376/2010.

¹⁰⁴ O art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução dispõe que “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Na verdade, a lei interna não revoga o tratado, pois o meio de se fazê-lo seria a denúncia. No entanto, como tratados são recebidos com *status* de lei ordinária (com exceção daqueles que tratam de direito humanos em certas situações), a lei interna posterior suspende sua vigência. A jurisprudência do STF sempre entendeu que a lei ordinária prevalece sobre tratado anterior. O primeiro julgado que decidiu diretamente a questão do conflito entre tratado que não trate de matéria tributária ou de extradição e lei ordinária foi o RE 80.004, julgado entre 1975 e 1977, mas, conforme corretamente aponta Jacob Dolinger (*Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 100-106.), tal posição já podia ser extraída de julgados anteriores.

¹⁰⁵ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 6. ed. aum. e atual. Notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 103.

¹⁰⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – teoria e prática*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 150-151.

Não concordamos com a primeira razão, pois uma maior abrangência logicamente importa em uma maior aplicação prática, mas o fato de conter regras de direito penal e extradição, muitas delas revogadas tacitamente por leis posteriores, realmente depõem contra sua aplicação. A segunda também não influi na aplicação do tratado pelo Brasil, que não fez qualquer reserva. A terceira e a quarta razões indicadas é que parecem realmente justificar a pouca aplicação do Código Bustamante no Brasil, em especial a última, mas são as mesmas causas pelas quais quase todos os diplomas de direito internacional são pouco aplicados e pouco conhecidos no país¹⁰⁷. E, em qualquer caso, não há que se falar em revogação por desuso.

Além disso, há alguma controvérsia sobre o seu campo de aplicação. Jacob Dolinger afirma que “a doutrina brasileira é basicamente contrária à aplicação do Código nas relações com partes de país outro do que os 15 Estados que o ratificaram”¹⁰⁸.

Amílcar de Castro leciona que as disposições do Código “só devem ser obedecidas entre os Estados que a ele aderiram”¹⁰⁹, uma vez que isto é disposto expressamente em seu art. 2º¹¹⁰. No mesmo sentido são as opiniões de Haroldo Valladão¹¹¹, Humberto Theodoro Júnior¹¹², Aducto Fernandes¹¹³ e Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão¹¹⁴.

¹⁰⁷ O número de causas de direito internacional privado no país, no entanto, tende a aumentar com a crescente inserção do Brasil no comércio internacional, recebimento de mais imigrantes e investimentos externos. E, com isso, imagina-se, não só o Código Bustamante mas a própria disciplina de direito internacional privado assumirá maior relevo e será mais conhecida e suas regras mais aplicadas.

¹⁰⁸ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 6. ed. aum. e atual. Notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 75.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 103.

¹¹⁰ Art. 2º: “As disposições desse Código não serão aplicáveis senão às Republicas contractantes e aos demais Estados que a elle aderirem”.

¹¹¹ Valladão afirma que “Na aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais, o princípio básico é que só obrigam os Estados contratantes e, daí, ser inadmissível aplicá-los numa questão de DIP entre nacionais de Estados que não o ratificaram”. Em seguida critica uma decisão do TRT de Belém que aplicou o Código Bustamante a um contrato entre um brasileiro e uma companhia inglesa, justamente em função do que dispõe o seu art. 2º (*Direito Internacional Privado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. V. 1, p. 214).

¹¹² Em parecer que tratou especificamente de prescrição de notas promissórias emitidas nos Estados Unidos da América, Theodoro afastou a aplicação do Código Bustamante da seguinte forma: “Os Estados Unidos não são signatários do Código Bustamante. Logo, o conflito de normas de ordem pública entre o Brasil e aquele País não se submete a regras especiais do referido diploma de direito internacional” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 731. A decisão proferida em primeira instância foi confirmada na Apelação Cível nº 409.921-8, j. 10.11.2004, Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, v.u.).

¹¹³ “A aprovação do Código Bustamante veio criar, para os Estados da América, que o aceitaram, uma duplicata de sistemas em relação ao Direito Internacional Privado. Todos os Estados pactuantes constituíram-se em *União*, no domínio do Direito Internacional Privado. Para eles é esse Código que vigora. Entre os Estados não pactuantes do mesmo diploma, aplicam-se os princípios gerais de Direito Internacional Privado, na conformidade da doutrina e segundo as Convenções a que os Estados interessados tenham aderido, sem o abandono de suas próprias leis territoriais. Essa dualidade no continente Americano

Há também quem entenda que o Código só seria aplicável a litígios envolvendo os países contratantes, mas suas regras seriam aplicáveis subsidiariamente a todos os demais.

Essa é a opinião de Espínola e Espínola Filho, que, em obra posterior à LIDB, afirmaram que o Código Bustamante foi “incorporado à legislação interna brasileira, para disciplinar, obrigatoriamente, as relações com as outras 14 Repúblicas americanas, que também o ratificaram”, mas que é “de consulta subsidiária indispensável em todos os outros casos”¹¹⁵. E, ao tratar da prescrição, mencionam expressamente o art. 229 do Código, corroborando sua aplicação, como já mencionamos¹¹⁶.

No mesmo sentido, Luis Fernando Franceschini afirma que “improcede a objeção” de que determinado preceito do Código Bustamante, “por ser originário de convenção internacional, estaria a se aplicar, apenas, às relações entre privados cuja nacionalidade os vinculasse aos Estados-partes desse Tratado”. Em tal caso, advoga que, com a incorporação do Código ao nosso ordenamento pátrio, “na ausência de uma disposição expressa em nosso ordenamento (...), a integração analógica autorizada pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil se impõe”¹¹⁷.

E, por fim, há os que advogam a aplicação universal do Código Bustamante, como Jacob Dolinger¹¹⁸, Jürgen Samtleben¹¹⁹ e Thiago Marinho Nunes¹²⁰, posição que entendemos

torna-se inconveniente que vem agravar cada dia mais o problema dos conflitos *interespaciais* e *intertemporais*, proporcionando ensejo a que, no mesmo Estado, sejam dadas soluções diferentes a relações jurídicas semelhantes” (FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955. p. 117-118).

¹¹⁴ Ao tratarem de homologação de sentenças estrangeiras, referidos doutrinados advogam sua aplicação apenas às sentenças provenientes dos países signatários (ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 171).

¹¹⁵ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1944. v. 2, p. 444.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 627-628.

¹¹⁷ FRANCESCHINI, Luis Fernando. Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional. In: FRANCESCHINI, Luis Fernando; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Direito Internacional Privado*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 26-264.

¹¹⁸ “[...] o Código Bustamante é aplicado no Brasil para todas as relações jurídicas, não só para aquelas com os demais signatários do mesmo, mas também para as relações jurídicas com países que sequer assinaram o Código.” (DOLINGER, Jacob. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 352-365 out./dez. 2001. p. 358).

¹¹⁹ Em sua obra detalhada sobre o Código Bustamante, para a qual se debruçou sobre a jurisprudência de diversos países signatários, Samtleben lecionou o seguinte: “El *carácter general* del Tratado viene ya expresado en su denominación de Código. En realidad, el Código Bustamante no fue modelado especialmente para gobernar las relaciones de los Estados contratantes, sino que fue concebido más bien como una codificación general del derecho internacional privado. Así, diferentes reglas del Tratado solo pueden tener importancia en relación con terceros Estados. Esta tendencia universalista del Tratado ha favorecido mucho su aplicación extracontractual. La circunstancia de que el “Código” contiene una codificación completa del derecho internacional privado ha conducido no pocas veces a los tribunales a suponer, sin más, que las disposiciones del Tratado, como regulación general, son aplicables también frente a Estados no contratantes.” Em outros trechos, Samtleben também demonstra que não faria sentido ter regras de direito internacional privada distintas dependendo da origem das partes no litígio, como prova do direito estrangeiro, ordem pública, competência internacional por prorrogação

correta. Aliás, ao tratar da questão da abrangência do Código quanto à sua aplicação especificamente à questão da prescrição, Dolinger muito apropriadamente ressalta que “não faria sentido que a prescrição fosse regida pela *lex locit actus* em um caso e pela *lex fori* em outro caso”¹²¹.

Apesar do Código Bustamante não ser popular no meio jurídico, justamente em razão do incipiente número de causas que tratam de direito internacional privado em trâmite perante a Justiça brasileira, não podemos concordar plenamente com a afirmação de Beat Walter Rechsteiner de que “os juízes não conhecem o Código Bustamante ou não querem aplicá-lo”¹²².

Na verdade, a jurisprudência não só tem aplicado regras do Código, como as tem aplicado mesmo em casos em que uma das partes não é de país signatário da Convenção, com exceção apenas das disposições que concedem benefícios aos estrangeiros provenientes de tais países.

Na sentença estrangeira nº 993, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação universal do Código Bustamante e aplicou suas disposições para a homologação de uma sentença proveniente de Portugal, mencionando lição de Clóvis Bevilacqua:

Observou-se, algures, aplicar-se no Brasil o Código Bustamante exclusivamente aos súditos dos países que o adotaram. Não parece apoiado em boa razão e acerto: os tratados, sim, apenas obrigam as partes contratantes, mas um Código, seja qual for a sua origem, é lei do país que o promulgou, rege o direito por ele regulado, qualquer que seja a nacionalidade das pessoas que naquele território o invoquem. O professor Clóvis Bevilacqua, ao comentar o Código Civil, ensinou aplicar-se a lei pessoal do marido para determinar o regime dos bens entre os cônjuges. Sobrevindo o Código Bustamante, entendeu o mestre estar eliminada a exegese por ele proferida no art. 8º da Introdução ao Código, em virtude da regra geral do art. 187 do repositório de normas civis adotado em Havana... É este, hoje, o direito internacional privado vigente no Brasil. Não opôs exceção alguma; não o restringiu aos súditos de países que participaram da Conferência de Havana.¹²³

etc. E menciona que há casos em que foi aplicado pela jurisprudência latino-americana para regular relações com Estados não signatários (SAMTLEBEN, Jürgen. *Derecho Internacional Privado en América Latina: teoría e práctica del Código Bustamante*. Tradução de Carlos Bueno-Guzmán. Buenos Aires: Depalma, 1983. V. 1, p. 179-182).

¹²⁰ NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 173.

¹²¹ DOLINGER, Jacob. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 352-365 out./dez. 2001. p. 358.

¹²² ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 151.

¹²³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 75-76.

O Supremo também aplicou o Código Bustamante a litígio envolvendo Portugal em outro julgado antigo, o RE 14.658/SP¹²⁴. Além disso, mais recentemente, em 1996, na Extradução 662/Peru¹²⁵, decidiu que “o Código Bustamante – que constitui obra fundamental de codificação do direito internacional privado – não mais prevalece, no plano do direito positivo interno brasileiro, no ponto em que exige que o pedido extradicionário venha instruído com peças do processo penal que comprovem, ainda que mediante indícios razoáveis, a culpabilidade do súdito estrangeiro reclamado (art. 365, 1, in fine)”. No caso, decidiu que seu art. 365, 1, teria sido derogado pelo Estatuto do Estrangeiro, mas, implicitamente, apontou que se encontra em vigor quanto ao restante.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aplicou o Código de Bustamante a um litígio envolvendo empresa dos E.U.A. e contrato regido pelas leis do Estado de Connecticut¹²⁶, ao passo que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região o aplicou a uma ação de alimentos ajuizada por alimentando domiciliado no Chile contra seu pai domiciliado no Brasil¹²⁷. E nem os E.U.A. nem o Chile são signatários da convenção.

O Tribunal Superior do Trabalho por sua vez, reconheceu a violação ao art. 198 do Código Bustamante em julgado de 2001 para dar provimento a Recurso de Revista e determinar que fosse aplicável o direito de Nova York à relação entre um empregado de empresa brasileira contratado naquela cidade e que lá trabalhou¹²⁸. Tal norma do Código é considerada o fundamento da Súmula 207 da referida Corte (“A relação jurídica é regida pelas

¹²⁴ No caso, o STF aplicou o art. 61 do Código Bustamante, que apontou que seria de ordem pública internacional as proibições de legitimar filhos não naturais. No caso, o art. 358 do Código Civil de 1916, vigente à época, proibia reconhecimento de filhos adulterinos e, com base no art. 61 do Código Bustamante, se entendeu que violaria a ordem pública a aplicação da lei portuguesa no que o permitia. O STF dispôs que “Embora Portugal não haja ratificado esse código, ele foi aprovado por lei no Brasil e assim o critério por ele fixado, quanto ao conceito de lei de ordem pública é nacional, não obstante a imprópria denominação que lhe deram de ordem pública internacional. O conceito de ordem pública pode variar, no espaço e no tempo: de um país para outro, e, no mesmo país, de uma época para outra. Mas seria inconcebível que, num dado país e ao mesmo tempo, uma lei se pudesse considerar como sendo e não sendo de ordem pública, conforme a nacionalidade das pessoas interessadas” (j. 03.07.1950, pela 1ª Turma do STF, sendo Relator o Min. Luis Gallotti, v.u.).

¹²⁵ J. 28.11.1996, pelo Pleno do STF, sendo Relator o Min. Celso de Mello.

¹²⁶ Apelação Cível do processo nº 0009243-68.2002.8.19.0203, j. 09.03.2010, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, v.u., Relator Des. Pedro Freire Raguene. No caso, o Tribunal aplicou o art. 409 (que trata da prova do direito estrangeiro) e os arts. 322 e 323 do Código (que tratam de submissão à jurisdição estrangeira).

¹²⁷ Apelação Cível nº 2003.70.00.000467-7/PR, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Edgard Antônio Lippmann Júnior, DJ 21/05/2007. No caso, o Tribunal aplicou o art. 67 do Código, que dispõe que “Sujeitar-se-ão à lei pessoal do alimentado o conceito legal de alimentos, a ordem de sua prestação a maneira de os subministrar e a extensão desse direito”.

¹²⁸ Recurso de Revista nº 567200-1999-5555-1-0, j. 12.12.2001, 2ª Turma do TST, v.u., Relatora Juíza Convocada Maria de Assis Calsing.

leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”), e é aplicada com frequência pela Justiça do Trabalho¹²⁹.

As decisões judiciais que se valem do Código Bustamante são escassas, mas isso não significa, de modo algum, que o Código esteja em desuso, mesmo porque a jurisprudência brasileira é de fato escassa com relação a quase todas as questões de direito internacional privado. E o fato é que o Código não foi revogado, nem mesmo tacitamente, com relação aos artigos mencionados e, por isso, faz parte do nosso ordenamento jurídico.

E, como já mencionado, entendemos que a regra do art. 229 do Código, que indica o direito aplicável e que não concede direitos ou garantias aos estrangeiros que pertençam aos Estados contratantes¹³⁰, é regra geral e deve ser aplicada pelo juiz brasileiro em qualquer relação jurídica, independente da nacionalidade ou do domicílio das partes. E seria mesmo ilógico, em um sistema legal, que as regras de conexão variassem de acordo com a nacionalidade ou o domicílio da parte.

Além disso, como prega Jacob Dolinger, o Código Bustamante pode ser utilizado pelo menos como fonte doutrinária por aqueles que entendem que ele não seria aplicável a processos que envolvessem estrangeiros de outros países¹³¹.

1.3.2 A Lei de Introdução, o Código Civil e a interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico

Mesmo que não houvesse em nosso ordenamento jurídico a regra expressa do Código Bustamante, ou mesmo que se pudesse compreender que tal regra não vigeria para relações

¹²⁹ Exemplos recentes: Recurso Ordinário nº 01496-2005-029-02-00-2 (2ª Turma do TRT da 2ª Região, j. 20.01.2010, v.u., Relatora Rosa Maria Zuccaro) e Recurso Ordinário nº 02258-2003-060-02-00-4 (12ª Turma do TRT da 2ª Região, j. 18.09.2008, v.u., Relator Adalberto Martins)

¹³⁰ No PPE 315/Áustria, o Min. Celso de Mello, do STF, em decisão monocrática, indeferiu pedido de cidadão austríaco para que lhe fosse concedida prisão especial com base nos arts. 1º e 2º do Código Bustamante, que asseguram aos estrangeiros “que pertençam a qualquer dos Estados contratantes”, os mesmos direitos e garantias individuais “que se concedam aos nacionais”, nos seguintes termos: “não se reveste de qualquer pertinência a invocação, pelo ora requerente, que é súdito austríaco, do Código Bustamante, eis que essa importantíssima Convenção de Direito Internacional Privado (...) tem aplicabilidade espacialmente restrita, limitando-se, em sua incidência jurídica, unicamente, aos Estados (e respectivos nacionais) que compõem o sistema interamericano, consoante enfatiza, sem maiores disceptações, o magistério de autorizados doutrinadores (IRINEU STRENGER, “Curso de Direito Internacional Privado”, p. 197/209, item n. 8, 1978, Forense; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, “Tratado de Direito Internacional Privado”, vol. I/123-124, 2ª ed., 1977, RT; AMILCAR DE CASTRO, “Direito Internacional Privado”, p. 126, item n. 55, 4ª ed, 1987, Forense, v.g.)” (Decisão de 31.07.1998, mantida posteriormente pelo Pleno do STF, que, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto contra a mesma, sem acrescentar qualquer fundamento no que pertine à aplicação do Código Bustamante)

¹³¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 76.

com Estados não signatários da convenção, a mesma solução seria alcançada por uma interpretação sistemática de nosso ordenamento e pelos princípios gerais que o regulam. Tal solução abrange também a decadência, com relação à qual o Código Bustamante foi omissivo.

Em 1942, foi promulgada a Lei de Introdução, que, em seu art. 9º, dispôs que “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Trata-se do *lex loci actus*, regra de conexão geral sobre o direito aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais¹³².

Nos parece decorrência lógica que o direito que rege a obrigação também dirá quando ela se tornou inexigível em razão da prescrição. Essa é a opinião de Oscar Tenório:

Procurando através do direito comparado a interpretação do direito brasileiro, podemos concluir que a matéria da prescrição liberatória ou extintiva está compreendida na regra do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, onde se diz que para qualificar e reger as obrigações, terá aplicação a lei do país em que se constituírem. É, para empregarmos a linguagem de Savigny, a lei da sede da obrigação que determina a prescrição. No direito brasileiro, onde não há disposição expressa, os termos ‘qualificar’ e ‘regem’ podem ser entendidos como abrangendo a prescrição.¹³³

Espínola e Espínola Filho, aliás, tratam da questão da lei aplicável à prescrição em seus comentários ao art. 9º da LIDB, nos quais fazem a referência ao art. 229 do Código Bustamante que mencionamos no item anterior.

A conclusão de que o direito que rege a obrigação rege também a prescrição é corroborada pelo fato de que o nosso ordenamento jurídico claramente reconhece a prescrição como uma questão de direito material e não de direito processual.

A prescrição é regulada no Código Civil, lei material por excelência, que prevê os prazos prescricionais para cada tipo de pretensão, as causas de interrupção e suspensão etc., havendo regras especiais em leis materiais esparsas.

O Código de Processo Civil apenas dispõe sobre as implicações processuais da prescrição¹³⁴: quando um processo deve ser considerado proposto para fins de se verificar se a pretensão prescritível foi exercida no prazo, quando o Juiz pode declarar a ocorrência da prescrição, qual a consequência de tal reconhecimento para o processo judicial etc. E o art.

¹³² Como mencionado, trata-se de regra geral, havendo regras especiais para determinadas matérias, e que também não se aplica quando as partes, no exercício da autonomia de sua vontade, escolhem outro direito para reger suas obrigações (a polêmica em torno das limitações ou mesmo da admissão de tal autonomia pelo nosso ordenamento jurídico, no entanto, não é objeto deste trabalho).

¹³³ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. V. 2, p. 222.

¹³⁴ As leis processuais, no entanto, dispõem sobre prazos decadenciais para se adotar determinadas medidas judiciais, do que se tratará mais adiante.

269 do CPC dispõe que a sentença que reconhece a prescrição é sentença *de mérito*, que faz coisa julgada material (art. 269, IV, do CPC).

Por causa disso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “A prescrição se situa no âmbito do direito material e não do direito processual. O que prescreve não é o direito subjetivo público de ação, mas a pretensão que decorre da violação do direito subjetivo”¹³⁵.

E questões de direito material, concernentes à “própria substância da obrigação”, como no caso, são regidas pela *lex causae*, conforme a lição de Savigny já citada acima.¹³⁶

O mestre português Machado Villela, em sua obra de 1921 sobre o Código Civil brasileiro (anterior, portanto, ao Código Bustamante e à Lei de Introdução), já assim lecionava:

As condições de persistência de uma obrigação devem estar dependentes da lei normalmente competente para reger essa obrigação, a qual determinará quando ela se extingue pela prescrição. “O regime da prescrição”, escreve DREYFUS, “é um elemento essencial na regulamentação da obrigação: não poderia admitir-se uma dualidade de competências legislativas”¹³⁷.

A lição de Clovis Bevilacqua já mencionada acima, por sua vez, apesar de se referir expressamente à regra do art. 229 do Código Bustamante, parece mesmo dela prescindir ao tratar do próprio princípio imanente de nosso ordenamento jurídico quanto à matéria. Vale mais uma vez citá-la:

a prescrição extingue a ação, fere o direito em um de seus elementos, deve depender da mesma lei, que preside à existência do direito, isto é, da lei que preside à formação do vínculo obrigacional ou à constituição do direito defendido pela ação, que se trata de saber se está ou não prescrita.¹³⁸

Sobre a razão pela qual não seria aplicável a *lex fori* à prescrição, referido mestre assim se manifestou:

Dizia o art. 15, Introdução: “os meios de defesa são regidos pela lei do lugar onde se move a ação”. A prescrição é meio de defesa do réu. Poder-se-ia concluir, que o lugar da ação decidirá dos prazos da prescrição e de suas condições jurídicas. O absurdo é evidente, porque

¹³⁵ AgRg no AG 139.004-3/MG, 1ª Turma do STF, j. 04.08.95, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02.02.96. Tal posição seguiu decisões anteriores, proferidas em cartas rogatórias, de que “a prescrição da pretensão ajuizada na justiça rogante, por ser pertinente ao mérito da ação, extrapola do quadro processual da rogatória” (CR 4649-9, Pleno, j. 02.12.1987, Rel. Min. Rafael Mayer, v.u.). No mesmo sentido, foram os acórdãos do AgRg na CR 5885-3 (Pleno, j. 04.11.1992, Rel. Min. Sydney Sanches, v.u.) e do AgRg na CR 6529-9 (Pleno, j. 25.09.1996, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u.).

¹³⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 250.

¹³⁷ VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921. p. 334.

¹³⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 272.

a prescrição, no direito pátrio, é matéria de direito substantivo e não de direito processual, como no direito anglo-americano.¹³⁹

No mesmo sentido é a lição de Haroldo Valladão, que, em seu Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de 1964, propôs a seguinte regra em seu art. 31: “A prescrição extintiva rege-se pela mesma lei que regula a substância do ato”. As razões para tal escolha decorreram da concepção do nosso ordenamento jurídico de que a prescrição é uma questão de direito material e da posição de nossa doutrina, além da adoção de tal regra por outros países do sistema romano-germânico:

Seguiu, assim, para regular a prescrição, extintiva e liberatória, o sistema da lei que regula a substância do ato, isto é, que a extinção de um direito se rege pela mesma lei que o disciplina, pela *lex causae*, que decide do seu conteúdo, de sua substância.

[...]

A vinculação da prescrição extintiva ao direito que ela atinge, e, pois, sua subordinação à lei que disciplina a substância do negócio é princípio proclamado pela suprema doutrina brasileira, [...]. Decorre logo do tratamento da prescrição extintiva no direito substantivo, nos Códigos Civil, Comercial, Penal, e não no direito adjetivo, nos respectivos Códigos de Processo. Também [...] e a maioria da doutrina, inclusive modernamente na Itália [...]; na França, [...].

No direito dos Estados Unidos há uma tendência a *excluir* da regra de que a prescrição (*limitation*) aí se rege sempre pela *lex fori*, os prazos estabelecidos pela lei criadora do direito (*substantive time limits*), verdadeiros *prazos de caducidade* [...]. No Brasil, a diferença entre caducidade e prescrição não poderia ser a de matéria substantiva e processual, pois ambas são substantivas, implicam a perda do direito [...].

O princípio do Anteprojeto foi estabelecido para as obrigações no Código de Costa Rica, art. 6º, Lei da Tcheco-Eslováquia, 13, Lei da Polônia, 1965, 13, Cód. Civ. Português, 1967, 40 (prescrição e caducidade), no Trat. Dir. Civ. Internac. De Montevideu, art. 5, pelo Instituto de Direito Internacional, Resolução nº I, de Viena, 1924, sobre “Conflitos em Matéria de Prescrição Liberatória”, Ann. 1924, vol. 31, e no Código Bustamante, art. 128. Em forma genérica está no Projeto húngaro, art. 26, e no Projeto do Código Internacional Frankenstein, art. 50.¹⁴⁰

De fato, a doutrina brasileira é praticamente unânime em afirmar que o direito que rege a obrigação também rege também a prescrição, devendo-se mencionar também que esta é a posição, em lições que não mencionam o Código Bustamante ou que dele parecem prescindir, de Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio¹⁴¹, Carvalho Santos¹⁴², Pontes de

¹³⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 271, nota de rodapé nº 1.

¹⁴⁰ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. V. 2, p. 34-36.

¹⁴¹ Em artigo publicado em 1998 no *Texas International Law Journal* sobre o direito internacional privado brasileiro, assim lecionam: “As regras sobre prescrição estão igualmente fora do alcance da lei processual do foro porque dizem respeito à faculdade de fazer valer o direito em discussão. Por isto a prescrição está sujeita ao mesmo sistema jurídico do que a matéria principal do caso” (Volume 33, pp. 425-461 (1998)). No original: “Statutes of limitation are equally outside the domain of the procedural law of the forum because they concern the ability to enforce the right in question. Therefore, statutes of limitation are subject to the same rule of law as the main subject of the case”. A tradução acima foi feita pelo próprio Prof. Jacob Dolinger e constou de “Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 352-365 out./dez. 2001.p. 361”.

¹⁴² “A questão mais controversa diz respeito à extinção das obrigações pela prescrição. Parecendo preferível a doutrina consubstanciada no art. 52 do Tratado de Montevideu: ‘a prescrição extintiva das ações pessoais rege-se pela lei que estão submetidas as obrigações correlativas’. É que a duração da obrigação atinge o conteúdo do direito e é natural que se

Miranda¹⁴³, Aducto Fernandes¹⁴⁴, Wilson de Souza Campos Batalha¹⁴⁵, Luiz Olavo Baptista¹⁴⁶ e André de Albuquerque Cavalcanti Abbud¹⁴⁷.

Uma das poucas vozes dissonantes em nossa doutrina é a de Irineu Strenger, que, sem muita convicção e sem maior fundamentação, afirma que “Os prazos de prescrição das ações pessoais dependem da *lex fori*; esta regra não é universalmente aceita, e o princípio é discutível”¹⁴⁸. No entanto, mais à frente, na mesma obra, referido doutrinador faz outra afirmação que parece expressar o entendimento de que nem sempre a *lex fori* regula a prescrição:

Outra questão que gera consideráveis dificuldades é a de determinar onde cessam as questões de processo, sempre regidas pela *lex fori*, e onde começam as questões de fundo, desde que suscitem um conflito de leis. Essa situação se cria quando disposições que pertencem originariamente ao processo foram editadas em função de considerações de fundo, como uma prescrição que envolve créditos ou débitos para extingui-los (...). Nessas circunstâncias nos perguntamos se as questões em foco são regidas pela lei do tribunal, à qual estão submetidas, enquanto procedimento, ou pela lei declarada aplicável ao fundo.¹⁴⁹

presuma que as partes, ainda sobre este ponto, como sobre todos os outros que interessam ao conteúdo do direito, quiseram se submeter à *lex loci contractus*; Apresentando ainda este systema, como acentuam os tratadistas, a vantagem de fixar, no momento da formação das obrigações, o tempo de sua duração, sem que este tempo possa ser alterado pela vontade das partes.” (SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*: Principalmente do ponto de vista prático. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. V. 1, p. 168).

¹⁴³ Como já mencionado, Pontes de Miranda faz referência apenas uma vez em uma nota de rodapé ao Código Bustamante, mencionando-o juntamente com o Tratado de Montevidéu (do qual o Brasil não é signatário), no seu capítulo de 8 páginas que trata da lei aplicável a prescrição. Seu entendimento sobre a aplicação da regra no direito brasileiro parece prescindir do Código, sendo que cita um artigo seu no *Recueil des Cours* em que lecionou que “La prescription est régie par la loi qui a gouverné l’affaire juridique ou le droit (...) La loi qui donne la vie à um droit et par cela même la plus indiquée pour déterminer les causes susceptibles d’entraîner son extinction” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. V. 1, p. 550). Quanto à decadência, nenhuma referência é feita ao Código Bustamante (que, aliás, dela não trata mesmo): “Os prazos peremptórios ou de decadência proveem da lei ou do contrato. A lei que os criou é a que rege as suas conseqüências. Se derivados de vontade, tudo se passa como a respeito das demais estipulações das partes. Só o estatuto da obrigação poderá decidir em tal matéria” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. V. 2, p. 228-229).

¹⁴⁴ Aducto parece ter tratado apenas da decadência: “Nos prazos peremptórios ou de decadência são inerentes à lei do contrato. A lei que os criou é a que rege todas as suas conseqüências. Se derivados da vontade, tudo deve ser conforme ficou estipulado pelas partes contratantes.” (*Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955. p. 412).

¹⁴⁵ “A aplicabilidade do estatuto da obrigação parece-nos fora de dúvida, pois a prescrição constitui modalidade de extinção das obrigações; só se poderia cogitar a incidência da *lex fori* em sistemas nos quais, como o anglo-americano, a prescrição constitui exclusivamente instituto de direito processual e não de direito material.” (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2ª ed. rev. e aum., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. V. 2, p. 278).

¹⁴⁶ Vide lição mencionada no item anterior.

¹⁴⁷ Ao tratar do reconhecimento, no Brasil, de prescrição relativa à pretensão veiculada em sentença arbitral estrangeira, Abbud afirma que “Evidentemente, cogita-se aqui de prescrição ou decadência ocorrida segundo a lei de regência da matéria submetida à arbitragem, e não segundo a lei substancial brasileira” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 258).

¹⁴⁸ STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p.26.

¹⁴⁹ STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p.28. Em seu parecer apresentado no processo que originou a Apelação Cível nº 409.921-8, de que trataremos mais à frente, Strenger faz afirmação na mesma linha: “Outra questão é determinar onde cessam as questões de processo sempre regidas pela *lex fori*, e onde começam as questões de fundo, as quais suscitam um conflito de leis. Essa hipótese ocorre quando disposições que surgem ordinariamente no processo são editadas no domicílio particular, em função de considerações de fundo: assim ocorre com uma prescrição

Curiosa, por sua vez, é a opinião de Câmara Leal, que reputa que a prescrição deve ser regida pela *lei do lugar em que a ação deve ser intentada*, ainda que seja diferente da *lex causae*¹⁵⁰. Para as ações pessoais, seria então a lei do domicílio do réu ou do foro do contrato¹⁵¹ e, para as ações de estado, a do domicílio do autor¹⁵². Esses seriam os locais onde se iniciaria a *inércia* consistente no não exercício da ação e que, com sua continuidade, acarreta na consumação da prescrição¹⁵³.

Tal raciocínio está atrelado à concepção de Câmara Leal (que escreveu muito antes do Código Civil de 2002) de que a prescrição extingue a *ação*, e não a pretensão¹⁵⁴: “a ação é que determina a competência da lei que deve reger a prescrição, porque ela é o objeto desta, de

assinada para certos créditos, pois se uma prescrição extingue a ação, outra pode ser fixada, tendo em conta a natureza do crédito. Nessas circunstâncias essas questões são regidas pela lei do tribunal indicado, enquanto processo, mas não pela lei declarada aplicável ao fundo, dada a incompatibilidade de regimes.” (fl. 738 dos autos do processo nº 002499032226-5, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG, do qual decorreu a referida apelação, julgada pela Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais em 10.11.2004, Rel. Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, v.u.). Como já mencionamos na Introdução, a concepção atualmente vigente no Brasil e respaldada pelo Código Civil de 2002 é a de que a prescrição não extingue a ação nem o crédito, mas somente a pretensão, de forma que não conseguimos conceber referida distinção pelo menos sob o ponto de vista do direito material ou das normas conflituais brasileiras. Talvez o ilustre jurista esteja se referindo a leis estrangeiras, mas não conseguimos bem compreender sua posição e a quais situações se aplicaria na prática (confira-se também nossos comentários feitos à posição de Rodrigo Octávio mais a frente).

¹⁵⁰ “A ação, sob o ponto de vista objetivo, é o meio de fazer valer o direito ameaçado ou violado, mediante intervenção da autoridade judiciária; ela se desenvolve pelo processo judicial, cuja forma a lei determina. É a lei do lugar onde a ação é intentada que rege sua forma processual. A ação, portanto, é regulada pela *lex fori*, pela lei do lugar em que é proposta. Essa mesma lei, por conseguinte, deve reger a prescrição. (...) Pouco importa que o direito protegido pela ação tenha sua origem em outro lugar, sob o domínio da *lex loci actus*; se a ação deve ser exercitada em lugar diferente, e esse lugar pertence a território de nacionalidade diversa da do lugar ou ato ou origem do direito, é à *lex fori* que a ação fica sujeita, isto é, à lei do lugar do seu exercício, e essa será, portanto, lei igualmente competente para reger a prescrição, cujo objeto é a mesma ação a ela também subordinada.” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*: teoria geral do direito civil. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 94-95).

¹⁵¹ “As ações pessoais, que têm por objeto as obrigações, devem ser, em regra, propostas no foro do domicílio do réu, ou no foro do contrato, quando expressamente eleito, de modo que a prescrição dessas ações fica sujeita à lei do domicílio do réu, ou do foro do contrato, conforme seja o competente para o exercício da ação.” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*: teoria geral do direito civil. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 95).

¹⁵² “As ações de estado, como projeções diretas das pessoas em suas relações de família, devem ser intentadas no lugar em que essas relações se exteriorizam, que é o domicílio das partes, tendo preferência o do réu, quando diversos os domicílios do autor e do réu. A prescrição das ações de estado deve ser, pois, regida pela lei do domicílio do autor, quando esse determine a competência do foro para o exercício da ação. (...) a prescrição... aí se inicia, pela inércia do titular da ação, e aí deve consumir-se, pela continuidade dessa inércia” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*: teoria geral do direito civil. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 95-96).

¹⁵³ “Se essa inércia consiste no não exercício da ação, é claro que ela deve ser considerada como nascida no lugar onde a ação deveria ser iniciada, e não o foi. Aí, onde a ação deveria ser proposta, é que se verifica a inércia do titular, pela abstenção em propô-la, e aí, portanto, começa a correr a prescrição, devendo, pois, ficar subordinada à lei desse lugar.” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*: teoria geral do direito civil. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pp. 94-95).

¹⁵⁴ Câmara Leal afirma que “a prescrição só pode ter por objeto a ação, e não o direito, posto que este sofra também os seus efeitos, porque ela, extinguindo a ação, o torna inoperante”. Em seguida, afirma que a prescrição extingue a *ação executiva* dos direitos creditórios resultantes de títulos cambiais, mas que eles ainda podem ser exigidos por meio de ação ordinária (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*: teoria geral do direito civil. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 11).

modo que, estando a ação sujeita à *lex fori*, está será também a lei reguladora da prescrição¹⁵⁵.

Tal solução, que parece conduzir à aplicação da *lex fori* e que se assemelha com a regra da *lei do cumprimento da obrigação* dos antigos¹⁵⁶, no entanto, gera incertezas. Por exemplo, qual a lei que rege a prescrição quando a ação não é proposta no foro de domicílio do réu? Veja que a nossa Justiça, como a de outras nações, tem competência para julgar ações pessoais contra pessoas domiciliadas no exterior. O que acontece quando o devedor muda de domicílio, em especial se para um local em que vigente um prazo prescricional menor (e quiçá já ultrapassado quando de sua mudança)? Certamente o credor não tinha tal foro (e tal prazo prescricional) em mente quando negociou com o devedor e não se pode dizer que sua inércia ocorreu em tal lugar.

E há também a posição um tanto quanto ambígua de Rodrigo Octavio, que advoga a aplicação da *lex fori* para a *prescrição da ação*¹⁵⁷ e da *lex causae* para a *prescrição extintiva do direito ou da obrigação*¹⁵⁸. De suas lições não fica claro se entendia existir prazos prescricionais distintos para extinguir a ação e o direito ou se, ao tratar da prescrição da ação, estaria se referindo ao sistema adotado alhures (por exemplo em países do *common law* na época). A concepção atual prevalecente no direito brasileiro é que a prescrição não extingue a ação nem o direito, mas sim a pretensão, de forma que é difícil compreender bem a sua

¹⁵⁵ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*: teoria geral do direito civil. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 96. Cumpre ressaltar que Câmara Leal menciona, logo após o trecho acima transcrito, o preceito do art. 229 do Código Bustamante, mas sem fazer qualquer comentário relativo a ele.

¹⁵⁶ Reportamo-nos aqui ao item 1.1, em que tratamos das quatro correntes principais que existiam no século XIX e início do século XX. Edgar H. Ailes, em seu artigo de 1932-1933, apontou que a adoção da *lex loci solutionis* já naquela época não era “apoiada por decisões modernas” (Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, p. 474-502, 1932-1933). Uma das justificativas que Ailes afirmou que era usada por quem pregava tal regra era de que “prescription is essentially a penalty inflicted upon the creditor because of his negligence, and his negligence occurs at the place of performance”, muito semelhante à justificativa de Câmara Leal. Ailes mencionou, corretamente, que essa seria “a most superficial and distorted analysis of a statute of limitations”, uma vez que a prescrição não teria sido criada para punir (quanto a tal discussão, tratamos superficialmente na nota de rodapé nº 5) e porque é difícil (e nos parece mesmo artificial) se buscar onde ocorreu a negligência do credor, por exemplo, quando o local da celebração do contrato, do domicílio do devedor, do cumprimento da obrigação e do foro forem diferentes (Ibidem, p. 483-484).

¹⁵⁷ “Quanto à *prescrição da ação*, por sua íntima conexão com o andamento da causa, a dúvida tem menor importância. Essa prescrição se deve regular pela *lex fori*. Está definida na lei positiva de cada Estado, é matéria de ordem pública, sob o duplo aspecto do direito substantivo e do direito processual; parece claro que a solução dada por sua lei não se pôde furtar o Juiz.” (OCTAVIO, Rodrigo. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932. V. 1, p. 392-393).

¹⁵⁸ Com relação à *prescrição extintiva do direito ou da obrigação*, Octavio menciona a regra do art. 51 do Tratado de Montevidéu, “pela aplicação da lei reguladora da obrigação, isto é, da lei sob cujo império a obrigação se realizou” e afirma que “Tal principio realmente parece o mais racional, pois a prescrição, que corresponde a um dos modos de pôr termo legal á obrigação assumida, é um dos elementos da obrigação e não deve obedecer a outra lei senão a que regula a mesma obrigação” (OCTAVIO, Rodrigo. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932. V. 1, p. 393).

doutrina¹⁵⁹.

A jurisprudência, apesar de escassa, tem seguido a orientação de que a *lex causae* rege a prescrição.

No Recurso Ordinário nº 00158.2003.056.02.00-4¹⁶⁰, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) reformou sentença que havia julgado improcedente reclamação trabalhista porque ajuizada após o prazo bienal prescricional previsto na legislação brasileira, uma vez que tal questão seria regida pela lei de Nova York, local em que o empregado foi contratado e onde prestou serviços, e cujo direito regeria a relação jurídica existente entre as partes. Tal julgado assentou também que a prescrição é “tema genuinamente de direito material”.

A mesma Turma do referido Tribunal, em ocasião anterior, ao julgar improcedente uma reclamação trabalhista em que se formulara “pedidos sustentados na legislação brasileira”, ressaltou que “nada obsta que o recorrente promova nova demanda contra as mesmas reclamadas, arrimado na legislação da Nigéria, *inclusive no tocante à prescrição*, visto que a causa de pedir será manifestamente distinta”¹⁶¹. No caso, entendeu-se que a lei da Nigéria regeria o contrato de trabalho em discussão.

Também se deve mencionar acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro) no Agravo de Instrumento nº 2008.02.01.016468-1¹⁶², que tratou de execução de sentença italiana de separação judicial, homologada pelo STF, que condenara o réu a prestar alimentos à exequente. O réu ofertou exceção de pré-executividade, alegando que a pretensão estaria prescrita de acordo com a lei brasileira, mas o Tribunal dispôs que “Nos termos do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, para qualificar e reger as obrigações aplica-se a lei vigente no país em que se constituíram, não restando dúvida, portanto, de que a lei aplicável é a italiana”. Como não havia ainda se esgotado o prazo prescricional italiano, foi rejeitada a exceção¹⁶³.

¹⁵⁹ Há que se ressaltar, no entanto, que Haroldo Valladão extraiu de tais lições que Octavio se filiaria à doutrina que compreende que há “vinculação da prescrição extintiva ao direito que ela atinge” (*Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. V. 2, p. 35).

¹⁶⁰ 3ª Turma, j. 21.06.2005, Relatora Mercia Tomazinho, v.u.

¹⁶¹ Recurso Ordinário nº 02368.1997.077.02.00-9, 3ª Turma, j. 10.02.2004, Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros, v.u..

¹⁶² Novo nº (CNJ) 0016468-66.2008.4.02.0000, 6ª Turma Especializada, j. 23.03.2009, Relator Des. Fed. Guilherme Couto de Castro, v.u. Há Recurso Especial contra tal decisão, admitido pelo TRF, ainda pendente de julgamento perante o STJ (conforme verificação em 10.06.2011): REsp 1.229.218/RJ.

¹⁶³ É interessante notar que, nesse caso, tanto o excipiente quanto o excepto apenas trataram da ocorrência ou não de prescrição pelo direito brasileiro. A aplicação da lei italiana se deu de ofício pelo Juiz Federal de 1ª instância, Dario Ribeiro Machado Junior, da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 9º da LIDB, o qual

1.3.3 Projetos de lei não aprovados

Nos parece interessante aqui fazer um análise da evolução dos projetos de lei que visavam regular a questão de qual o direito que regeria a prescrição em relações jurídicas de caráter internacional, não só como curiosidade histórica, mas também porque a demonstração da evolução do pensamento jurídico no Brasil sobre a matéria ajuda a corroborar nosso entendimento esposado acima.

Apesar da lição de Pimenta Bueno, de 1863, de que tratamos no item 1.1.3, os dois primeiros projetos que continham regra expressa para tratar da questão no século XIX adotaram outras orientações¹⁶⁴.

O *Projecto do código civil brasileiro* de Felício dos Santos, de 1884, dispunha, no seu art. 37, que a prescrição “extintiva é regulada pela lei do lugar em que fôr exigida a obrigação”. Apesar de tal raciocínio conduzir à *lex fori*, ele decorria de seu entendimento de que a obrigação deveria ser exigida no local de sua situação, cuja lei a regeria (ou seja, a *lex fori* seria a *lex causae*)¹⁶⁵. No entanto, objetava a aplicação de lei estrangeira quanto à prescrição também com fundamento na ordem pública, de que trataremos mais adiante.

E Coêlho Rodrigues, por sua vez, em seu *Projecto do Código Civil Brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar*, de 1893, propunha a adoção da regra do domicílio do devedor¹⁶⁶.

assinou às partes “o prazo de trinta dias para que esclareçam e comprovem a este juízo, nos termos do art. 337 do CPC, os dispositivos legais italianos referentes à prescrição da ação de alimentos vigentes entre 1991 e 2001” (decisão de 08.06.2007, Processo nº 2005.51.01.000520-8).

¹⁶⁴ Note-se que o Esboço de Teixeira de Freitas para o Código Civil não tratou expressamente da questão (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. V. 2, p. 35).

¹⁶⁵ Nos comentários ao referido dispositivo, Felício dos Santos reconheceu que as posições sobre a lei aplicável à prescrição eram divergentes e afirmou que a regra que propôs “não faz mais do que aplicar a doutrina do art. 23, que declara que os bens moveis são regulados pela lei de sua situação”. Como dinheiro seria uma “cousa movel”, “a prescrição será regulada pela lei da situação, isto é, do lugar da demanda”. E isso ocorreria também com qualquer “prestação de facto”, pois seu descumprimento se resolve em perdas e danos em dinheiro. (SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do código civil brasileiro e comentário*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1884. p. 50/51). Por causa disso, Valladão listava o projeto de Felício entre os que propugnavam a “vinculação da prescrição extintiva ao direito que ela atinge, e, pois, sua subordinação à lei que disciplina a substância”, na lição mencionada linhas acima (*Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. V. 2, p. 35).

¹⁶⁶ “Art. 33. A prescrição extintiva é regida pela lei do domicilio do devedor (...)” (RODRIGUES, Antônio Coêlho. *Projecto do Código Civil Brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. p. VI).

Tais ideias foram abandonadas nos projetos posteriores, que passaram a propor expressamente a adoção da regra da lei da obrigação para reger a prescrição.

O projeto de Código Civil de Clovis Bevilacqua, de 1899, continha, na redação original do art. 21 da sua Introdução, a seguinte regra: “A prescrição extintiva é regida pela lei do lugar em que se originou a obrigação (...)”¹⁶⁷. Tal projeto sofreu modificações antes de sua aprovação em 1916 e a referida regra terminou por não constar da Introdução ao Código, que ficou desprovido de regra expressa sobre a matéria. Bevilacqua, no entanto, lecionou que não é por isso que a prescrição se regularia pela lei do lugar onde as ações forem propostas e, como já mencionado anteriormente, advogou a aplicação da lei que rege a obrigação (que parece que era o que tinha em mente no referido art. 21, parecendo não ter se atentado na redação para as obrigações originadas em um local, mas regidas pela lei de outro).

Na mesma linha foi o *Projeto de Código de Direito Internacional Privado*, de Lafayette Rodrigues Pereira, de 1911. No seu art. 65, o mesmo dispunha que a “A prescrição extintiva é regida pela lei que regula a obrigação”¹⁶⁸.

E a mesma orientação foi seguida no anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas¹⁶⁹, elaborado em 1964 por Haroldo Valladão, então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e Professor Catedrático de Direito Internacional Privado da Faculdade Nacional de Direito. Este previa, em seu art. 31, que “A prescrição extintiva rege-se pela mesma lei que regula a substância do ato”¹⁷⁰.

1.3.4 O direito comparado como ferramenta auxiliar na interpretação das regras de conexão

¹⁶⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 271.

¹⁶⁸ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 298.

¹⁶⁹ Como menciona, com propriedade, o Professor Leonardo Greco, “o referido anteprojeto sobrepairá até os nossos dias como um repositório da doutrina liberal que inspira o Direito Internacional Privado brasileiro e um exemplo do universalismo, da abertura e da paridade de tratamento que sempre o Direito brasileiro conferiu aos nacionais de outros países e às decisões judiciais estrangeiras, independentemente de qualquer instrumento internacional convencional” (GRECO, Leonardo. A competência internacional da Justiça brasileira. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, n. 7, dez. 2005. p. 178. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/05.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2011.).

¹⁷⁰ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. V. 2, p. 252. O parágrafo único de tal dispositivo, por sua vez, dispunha que “Será, todavia, decretada no Brasil se atingir o prazo da prescrição ordinária na lei brasileira”, regra que criticaremos no item 2.5.2 mais à frente.

Entendemos que, pelo menos no que diz respeito às regras de conexão, o direito comparado também pode ser utilizado pelos demais operadores do direito, em especial juízes, advogados e doutrinadores, como auxílio à interpretação da própria norma legal nacional¹⁷¹ naquilo em que ela não é de todo clara e precisa, ou em caso de lacuna, seja quando não houver norma a respeito (lacuna *normativa*, como denominada por Maria Helena Diniz), quando a norma não corresponder mais aos fatos sociais (lacuna *ontológica*) ou quando o preceito normativo existente, se aplicado, trará solução insatisfatória ou injusta em função da evolução do Direito (lacuna *axiológica*)¹⁷².

Não discordamos da lição de Irineu Strenger de que “os Estados prescrevem suas regras de solução de conflitos de leis de maneira que lhe parecer melhor, independentemente das regras adotadas por outros povos”¹⁷³. No entanto, no mister de elaborar suas regras de conexão, os Estados, ainda que de maneira independente (isto é, sem ser forçados a tanto), se valem com muita frequência das experiências de seus pares na comunidade internacional; ou seja, se valem do direito comparado, exatamente da mesma forma (ou talvez até com mais intensidade) com que fazem com as leis referentes a outros ramos do direito.

Os países europeus membros da então Comunidade Econômica Europeia, aliás, depois de aprofundados estudos de direito comparado, longa discussão e apesar das diferenças existentes em suas legislações, conseguiram uniformizar as regras de conexão sobre a lei aplicável a diversas matérias. Há também diversos tratados internacionais fora do âmbito da União Europeia que uniformizam regras de conexão, alguns mencionados no item anterior.

A busca pelos Estados de regras de conexão que estejam de acordo com o “padrão” mundial (próximas às que são adotadas por seus pares) se torna mais importante em um mundo cada vez mais globalizado, em que as relações jurídicas internacionais ganham importância cada vez maior em comparação com as relações puramente domésticas. Com o desenvolvimento do comércio internacional, os Estados passam a competir entre si de maneira

¹⁷¹ Jacob Dolinger aponta também que “deste estudo resulta uma visão mais clara do direito próprio de cada Estado, pois não há melhor chave para a compreensão do que fixar com nitidez as distinções entre os sistemas, com base em análise de profundidade” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 41). Peter Gottwald, por sua vez, apontou que os estudos de Direito Comparado “podem ajudar a encontrar princípios subjacentes e, em decorrência, aprofundar o entendimento de seu próprio direito, algumas vezes ajudar a refletir, defender ou aprimorar a própria posição nacional ou as razões para tal posição” (“...those studies may help to find underlying principles and thus deepen the understanding of the own law, sometimes help to reflect, defend or improve the own national position or the reasons for this position”) (GOTTWALD, Peter. Comparative civil procedure. *Ritsumeikan Law Review*, n. 22, mar. 2005. p. 24).

¹⁷² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 105.

¹⁷³ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 6. ed. p. 100-101 apud BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34.

mais acirrada, competição esta que envolve também conceder segurança jurídica aos investidores por meio de regras de direito internacional privado previsíveis e aceitáveis internacionalmente.

Nesse contexto, se levar em consideração o direito de outros países, em especial de tradição jurídica semelhante (em relação ao Brasil, entende-se que seriam em especial os países europeus e americanos de tradição romano-germânica), é de grande valia para se obter a correta interpretação das regras de conexão nacionais. Ao se deparar com um texto legal pouco claro e na falta de indicações em contrário, o intérprete deve partir do pressuposto de que o legislador não teria intenção de criar uma regra de conexão completamente diferente do padrão mundial ou que afrontasse a prática mundial.

Pode se dizer que se estaria no campo, inclusive, da interpretação sistemática, se se considerar que um determinado sistema jurídico não se fecha em si mesmo e se levar em consideração o Direito com um todo, em seu caráter transnacional.

A crescente inter-relação entre os povos, e mesmo entre ordenamentos jurídicos das diferentes nações, implica em que os fatos sociais sejam cada vez mais parecidos ao redor do mundo. Além disso, a consciência do direito se torna cada vez mais próxima entre os diferentes povos, sua evolução cada vez mais trilha o mesmo caminho ao redor do mundo, em especial em questões eminentemente internacionais (como as regras conflituais). Assim, uma solução dada por uma regra de conexão considerada injusta ou insatisfatória em diversos países tende a ser considerada também injusta ou insatisfatória no Brasil. Se apurar que há um consenso ou ampla aceitação de uma determinada regra de conexão pela comunidade internacional talvez seja a melhor forma de se verificar que a regra conflitual que lhe seria antagônica, adotada por um determinado país, é insatisfatória ou injusta.

Nesse ponto, vale trazer à tona a posição do Superior Tribunal de Justiça de que “o judiciário não pode ficar infenso às exigências do progresso e a essa dinâmica do desenvolvimento mas atento à realidade que deles decorre. Provocado, chamado a compor eventuais litígios, não há de ficar estático mas sim dar a regra jurídica interpretação adequada a essa realidade, distribuindo justiça sem ferir o direito”¹⁷⁴.

A proposição que aqui se faz não é nova.

René David, em sua clássica obra sobre os sistemas de direito contemporâneo, afirma que “os Estados devem elaborar e aceitar, na matéria, soluções uniformes. Além das Convenções internacionais, a jurisprudência deve em cada país levar em consideração,

¹⁷⁴ REsp nº 36.120/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 21.09.1993, v.u.

quando estabelece uma regra de conexão, a maneira pela qual o problema que lhe foi posto é atualmente resolvido pela lei ou jurisprudência em outros países”¹⁷⁵.

Mais adiante, referido mestre faz a seguinte lição quanto ao papel do Direito Comparado na interpretação do direito nacional:

A lei pode ter um caráter nacional; o direito não se identifica jamais, de fato, com a lei; a ciência do direito tem, por sua natureza mesma de ciência, um caráter transnacional. O que é editado, escrito, julgado em um outro país, de mesma estrutura e com a mesma tradição que o nosso, não é indiferente à maneira como o direito de nosso próprio país será explicado, interpretado e, por vezes, renovado, mesmo fora de toda a intervenção do legislador. Como poderia ser de outra forma? O legislador, se ele pode se vangloriar de controlar o desenvolvimento do direito, não pode pretender regrar todos os seus detalhes. Ele remete necessariamente sua aplicação a outros, juristas e juízes, e concede até com frequência, deliberadamente, uma ampla latitude a estes para se pronunciarem, no contexto de certas fórmulas gerais que são voluntariamente ou por necessidade imprecisas. O direito comparado pode ser utilizado, de maneira ¹⁷⁶perfeitamente legítima, para guiar os juristas na interpretação que eles farão dessas fórmulas.

René David, aliás, vai além e parece sugerir a utilização do Direito Comparado para solucionar lacunas *ontológicas* e lacunas *axiológicas*, como propusemos acima:

Aquele que estudou apenas o direito francês, acha que essas oposições são naturais e é tentado a lhes atribuir um caráter necessário. O direito comparado nos faz ver que elas não são aceitas em todos os lugares, que elas podem estar em declínio ou ter sido até mesmo abandonadas em certos países; isso conduz a nos interrogarmos, além de sua origem, sobre suas justificativas e suas forças reais nos sistemas do nosso direito nacional atual ¹⁷⁷.

Battifol, também em clássica obra, recomendava que o intérprete das normas de direito internacional privado tivesse sempre em mente alcançar uma “harmonia internacional das soluções”, o que nos parece indicar que deveria, dentro das possibilidades, buscar interpretar tais normas de maneira consentânea com a solução dada por outros países para a mesma questão:

¹⁷⁵ “Les États doivent élaborer et accepter, en la matière, des solutions uniformes. En dehors des Conventions internationales, la jurisprudence doit dans chaque pays prendre en considération, lorsqu’elle établit une règle de conflit, la manière dont le problème, qui se pose à elle, a d’ores et déjà été résolu par loi ou jurisprudence dans les autres pays”. (DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 4. Aufl. Paris: Dalloz, 1971. p. 12).

¹⁷⁶ “Le loi peut bien avoir un caractère national; le droit, lui, ne s’identifie jamais en fait à la loi; la science du droit a, par sa nature même de science, un caractère transnational. Ce qui est édicté, écrit, jugé dans un autre pays, de même structure et de même tradition que le nôtre, n’est pas indifférent à la manière dont le droit de notre propre pays sera expliqué, interprété, et parfois renouvelé, en dehors même de toute intervention du législateur. Comment en serait-il autrement ? Le législateur, s’il peut se flatter de contrôler le développement du droit, ne peut prétendre en régler tous les détails. Il en remet nécessairement l’application à d’autres, juristes et juges, et concède même souvent, de façon délibérée, une ample latitude à ceux-ci pour se prononcer, dans le cadre de certaines formules générales qui sont volontairement ou par nécessité imprécises. Le droit comparé peut être utilisé, de façon parfaitement légitime, pour guider les juristes dans l’interprétation qu’ils feront de ces formules”. (DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 4. Aufl. Paris: Dalloz, 1971. p. 9).

¹⁷⁷ “Celui que n’a étudié que le droit français trouve ces oppositions naturelles, il est tenté de leur attribuer un caractère nécessaire. Le droit comparé nous fait voir qu’elles ne sont pas reçues partout, qu’elles peuvent être en déclin ou avoir été abandonnées mêmes en certains pays ; il conduit à nous interroger, au-delà de leur origine, sur leur justification et leur portée réelles dans le systèmes de notre droit national actuel”. (DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 4. Aufl. Paris: Dalloz, 1971. p. 7-8).

Se for necessário procurar um objetivo suscetível de guiar o legislador, o juiz, o intérprete na elaboração das soluções do direito internacional privado, e que seja ao largo de uma proteção individual, que parece insuficiente, um programa que se apresenta todo oposto, no que procede à consideração dos conjuntos e ao mesmo tempo além disso modesto, preciso e adaptado, é o da *harmonia internacional das soluções*.

[...]

Não há dúvidas que essas faltas de harmonia vão diretamente contra os interesses individuais pelas incoerências e surpresas que elas geram¹⁷⁸.

Na doutrina brasileira, Marilda Rosado também aponta que o Direito Comparado pode ser utilizado na tarefa de interpretação do direito nacional em certas situações:

A análise comparatista faz-se presente na interpretação do ordenamento jurídico pátrio, surgindo diante da necessidade de interpretação de normas para perquirir a que melhor se adéqüe a um regramento de comando duvidoso, ou mesmo diante de uma lacuna no Direito Nacional. Tal posicionamento também encontra respaldo em Kötz e Zweigert, que afirmam ainda que o método comparativo deve ser incluído nos critérios tradicionalmente aplicados na interpretação de normas nacionais.¹⁷⁹

Carlos Maximiliano também expressou a mesma posição quanto ao papel do direito comparado como auxiliar na interpretação do direito nacional:

O Processo Sistemático, levado às suas últimas consequências, naturais, lógicas, induz a pôr em contribuição um elemento moderníssimo – o *Direito Comparado*. Efetivamente, deve confrontar-se o texto sujeito a exame, com os restantes, da mesma lei ou de leis *congêneres*, isto é, com as disposições relativas ao assunto, quer se encontrem no Direito nacional, quer no estrangeiro; procura-se e revela-se a posição da regra normal no sistema jurídico hodierno, considerado no seu complexo.

(...) o Direito Comparado, desde que se tornou o fanal dos elaboradores de normas, também passou a auxiliar vigorosamente o intérprete. Confronta-se o dispositivo sujeito a exame, com outros sobre o mesmo assunto vigorante entre povos cultos, e da interpretação atribuída a regras semelhantes redigidas por legisladores estranhos, conclui-se o sentido e o alcance do texto nacional.¹⁸⁰

Francisco de Paula Baptista, por sua vez, em seu estudo sobre hermenêutica jurídica, ainda no século XIX, já vislumbrava tal uso para o direito comparado, que intitulava de “paralelismo”¹⁸¹:

Por meio do paralelismo pode-se não só vencer, em certos casos, a obscuridade nas leis, como, em outros, suprir suas lacunas segundo os termos e pensamentos de outra lei mais precisa e completa, qualquer que seja o lugar em que se ache e a matéria sobre que verse,

¹⁷⁸ “S’il faut rechercher un objectif susceptible de guider le législateur, le juge, l’interprète dans l’élaboration des solutions du droit international privé, et qui aille au delà d’une protection individuelle, apparue insuffisante, un programme se présente tout opposé, en ce qu’il procède de la considération des ensembles et en même temps d’ailleurs modeste, précis et adapté, c’est celui de l’*harmonie internationale des solutions*. (...) Il n’est pas douteux que ces manques d’harmonie vont directement contre les intérêts individuels par les incohérences et les surprises qu’ils engendrent”. (BATTIFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris : Dalloz, 1956. p. 212-213).

¹⁷⁹ ROSADO, Marilda. Importância do Direito Comparado. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 686.

¹⁸⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 107-108.

¹⁸¹ BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Hermenêutica Jurídica*. Atualização de Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 42. (Clássicos do Direito Brasileiro). Trata-se da reedição da 3ª edição, de 1872.

ainda que seja lei estrangeira¹⁸². Exige toda a circunspeção e critério no apreciar a relação íntima e científica, que existe entre as duas leis comparadas, e prende uma à outra por iguais motivos de justiça, equidade e bem público¹⁸³.

Mais adiante, referido autor leciona o seguinte: “A interpretação fundada em disposições paralelas tem duplo fim: suprir as lacunas de uma lei com outra lei, e supri-las, evitando a incoerência no sistema geral do direito”¹⁸⁴.

Jacob Dolinger, por sua vez, afirma que resulta do estudo comparativo “uma visão mais clara do direito próprio, pois não há melhor chave para a compreensão do que fixar com nitidez as distinções entre os sistemas, com base em análise de profundidade”¹⁸⁵.

Battifol, em 1956, apontava que os legisladores, juízes e advogados, naquela época, não davam a devida atenção ao Direito Comparado¹⁸⁶, mas imaginava que “esse estado de espírito poderia certamente evoluir e evoluirá sem dúvida com a multiplicação das relações internacionais e o progresso dos estudos comparativos”¹⁸⁷.

¹⁸² Reproduz-se aqui nota de rodapé contida nesse ponto na obra original: “Exemplo: Segundo as nossas leis civis, os filhos e filhas se não podem casar sem consentimento de seus pais, tutores ou curadores, sob pena de ficarem desnaturalizados de suas famílias, inábeis para delas herdarem e pedirem alimentos (Ordenação. Liv. 4. Tít. 88, § 1, 2 e 3, alterada pela L. de 19 de junho de 1775, § 5), havendo antigamente recurso da injusta denegação do consentimento para o Desembargo do Paço e Corregedores ou Ouvidores de Comarcas (Leis de 29 de novembro de 1775 e de 6 de outubro de 1784), atribuição esta hoje em dia pertencente aos Juízes de Órfãos (Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4). Mas, todas essas leis são mudas a respeito das causas, que podem tornar justa ou injusta a denegação do consentimento, resultando daí um vazio na legislação pátria, que segundo as relações íntimas do direito se preenche com o Código da Prússia, p. 2, t. 1, arts 59 e seguintes, que considera causas legítimas todas as que fazem recluir razoavelmente um matrimônio infeliz, bem como se os esposos não têm modo, nem meios de se alimentarem, se algum deles é dado a vícios torpes, etc.” BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Hermenêutica Jurídica*. Atualização de Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 42. (Clássicos do Direito Brasileiro).

¹⁸³ Reproduz-se aqui nota de rodapé contida nesse ponto na obra original: “Neste método de interpretação cresce a dificuldade, e faltam regras positivas, de sorte que é com os recursos de um espírito penetrante e destro em exames aprofundados que o intérprete poderá alcançar a verdade, e tal é a razão por que alguns juriconsultos bisonhos, que fazem da posse material dos textos seu grande tesouro, tanto o desdenham; outros, porém, o aplicam mal, plantando a desordem no domínio das leis e da jurisprudência. A interpretação fundada em disposições paralelas tem duplo fim: suprir as lacunas de uma lei com outra lei, e supri-las, evitando a incoerência no sistema geral do direito. (...)”¹⁸³ BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Hermenêutica Jurídica*. Atualização de Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 42. (Clássicos do Direito Brasileiro).

¹⁸⁴ BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Hermenêutica Jurídica*. Atualização de Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 42. (Clássicos do Direito Brasileiro).

¹⁸⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 41.

¹⁸⁶ “Ajoutons qu’en fait la plupart des législateurs ont travaillé dans l’indifférence et l’ignorance complète à l’égard des solutions étrangères, quand ils ne posaient pas des règles parfaitement contraires à toute harmonie internationale (cf. les art. 14 et 15 C. civ. français ; la loi du 14 juill. 1819) ; devant les tribunaux internes les arguments de droit comparé sont quasi-inconnus ; rares sont les conseils des parties en mesure d’obtenir une information sûre et d’en tirer profit convenablement ; rares sont les juges prêts à admettre qu’un système juridique n’est pas clos sur lui-même : l’opinion est fortement enracinée que le droit d’un pays est assez complexe pour qu’on n’aggrave pas les difficultés par l’introduction d’éléments hétérogènes à son développement et dont la valeur sera toujours difficile à interpréter” (BATTIFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris : Dalloz, 1956. p. 216).

¹⁸⁷ “Cet état d’esprit pourrait certes évoluer et évoluera sans doute avec la multiplication des relations internationales et le progrès des études comparatives” (BATTIFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris : Dalloz, 1956. p. 216).

Acreditamos que já alcançamos referida evolução. Quanto ao reconhecimento pelos juízes da função do Direito Comparado como ferramenta para a interpretação do direito nacional, Marilda Rosado, mencionando Kötz e Zweigert, cita declaração do Presidente Odersky, do Bundesgerichtshof alemã:

(...) ao dar sua decisão, o juiz nacional não é somente autorizado a considerar as posições de outras cortes e sistemas jurídicos; ele também pode, quando aplicando sua própria lei e naturalmente dando grande peso para sua própria interpretação e desenvolvimento, considerar os casos apropriados em que esse argumento permite a ele que, ao final, adote as soluções de outros sistema jurídicos, e esse argumento ele deve usar com frequência crescente à medida em que a integração europeia progride.¹⁸⁸

O nosso Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem se utilizado com frequência do direito comparado como ferramenta hermenêutica para buscar a melhor interpretação da Constituição Federal. Por exemplo, o Exmo. Min. Gilmar Mendes, em seu voto na Ação Direta de Constitucionalidade nº 3.510¹⁸⁹, utilizou princípios do direito alemão para viabilização da ferramenta de resolução de antinomias através da ponderação e hermenêutica constitucional, bem como comparou o direito alemão, australiano, espanhol, francês e mexicano para tal mister. Referida Corte também fez uso do direito comparado quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 310¹⁹⁰, como, por exemplo: o direito alemão, francês, espanhol e dos E.U.A., dentre outros¹⁹¹.

¹⁸⁸ No original: “in giving his opinion, the national judge is not only entitled to engage with the views of other courts and legal systems; he is also entitled, when applying his own law and naturally giving full weight to its proper construction and development, to take note of the appropriate cases this argument enables him at the end of the day to adopt the solutions of other legal systems, and it is an argument he should use with increasing frequency as the integration of Europe proceeds” (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. An introduction to comparative law. apud ROSADO, Marilda. Importância do Direito Comparado. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 687).

¹⁸⁹ Proposta pela Procuradoria Geral da República – à época representada pelo Ilmo. Procurador Geral Claudio Fonteles – contra o art. 5º e §§ da Lei 11.105/2004 (lei de biossegurança).

¹⁹⁰ Arguida contra a Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

¹⁹¹ O STF citou os seguintes diplomas legais estrangeiros: Código de Imprensa da Alemanha (Pressekodex); Lei sobre a liberdade de imprensa de 1881 da França (Loi du 29 juillet sur libèrtè de la presse; Lei de Liberdade de Comunicação de 1986 (Loi n.º86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la libèrtè de communication "Loi Léotard"); Decreto-Lei de 1º de Abril de 1977 da Espanha; Art. 1º da Constituição dos Estados Unidos da América; art. 18, n. 3, art. 24, art. 25, art. 26, art. 27, art. 37, inc. 1, art. 38 da Constituição de Portugal de 1976 "versão 1997"; Declaração de Chapultepec de 1994; Opinião Consultiva n. 7/86 da Corte Interamericana de Direitos Humanos; art. 12 da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (Virginia Bill of Rights); New Hampshire, art. XII, Carolina do Sul, art. XLIII, Delaware, art. 1º, sec. 5, Pennsylvania, art. XII, Maryland, art. XXXVIII, Georgia, art. IV, sec. 3, Massachusetts, art. XVI; 1ª Emenda Constitucional dos Estados Unidos da América de 1791; art. 1º, número1, art. 2º número 1, art. 5º número 1 e 3, art. 14, art. 103 número 1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz); art.20, art. 53 n. 1 da Constituição da Espanha de 1978, Lei de Imprensa da Espanha de 1938, art. 2º da Lei 14/1966 (Lei de Imprensa da Espanha), Decreto-Lei de 1º de Abril de 1977 da Espanha, art.1º da Ley Orgánica 2/1984, Ley Orgánica 2/1997, Lei 11/1998 (Lei Geral das Telecomunicações da Espanha), Lei 10/2005 da Espanha; art. 3º, art. 15, art. 16, art. 17, art. 33 da Lei 18/2003 (Lei de Imprensa de Portugal), Lei 32/2003 de Portugal, Lei 4/2001 de Portugal; art. 6º e 7º da Constituição dos Estados Unidos do México; art. 27 da Ley sobre delitos de imprenta de 12 de abril de 1917 do México; Lei Federal de Rádio e Televisão de 1960 do México (reformada em 2006), Lei Federal de Telecomunicações de 1995 do México (reformada em 2006); art. 12 do Human Rights Act de 1998 do Reino Unido, European Communities Act DE 1972, British Telecommunication Act de 1981, Broadcasting Act de 1990, Demation Act de 1996, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da França, art.5º, art. 6º, art. 7º, art. 39, art.

Ora, se o Direito Comparado pode ser utilizado para auxiliar na interpretação da Constituição Federal, com muito mais razão pode exercer o mesmo papel com relação a regras de direito internacional privado.

Nesse contexto, nos parece que o quase consenso internacional hoje existente sobre a aplicação da lei que rege a obrigação para definir a prescrição a que ela está sujeita advoga a sua aplicação pelo juiz brasileiro. Como demonstrado no item 1.1, no século XIX havia grande polêmica sobre a questão, apesar da referida regra já ser defendida por Savigny e, no Brasil, por Pimenta Bueno, dentre outros vários juristas ilustres.

A doutrina e a jurisprudência evoluíram e a elas se seguiu a lei (*stricto sensu*) para o quase consenso acima indicado. Até mesmo a Inglaterra, berço da família jurídica que abrangia os únicos “opositores” à regra de conexão acima mencionada, alterou sua legislação para se entregar à aplicação da *lex causae* para a prescrição. E hoje, como já mencionado no item 1.2.2 e 1.2.4 acima, a regra da aplicação da *lex fori* está sujeita a questionamentos de outros países do sistema do *common law*.

E há convenções internacionais, e são várias, indicando expressamente o mesmo caminho, o que também foi seguido pelos projetos de lei brasileiros do último século.

Assim, mesmo que se considere que o Código Bustamante não está em vigor, ou que não se aplica a litígios que envolvam Estados não signatários, o quase consenso internacional sobre a matéria vem a corroborar que o direito brasileiro dá a mesma solução.

1.3.5 A regra especial da Convenção de Genebra destinada a regular certos conflitos de lei em matéria de letras de câmbio e notas promissórias

48 par. 7º da Lei sobre a liberdade de imprensa de 1881 da França (Loi du 29 juillet sur liberté de la presse), art. 6º, art. 27 par. 2º Lei de Liberdade de Comunicação de 1986 (Loi n.º86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication "Loi Léotard"); art. 1º, art. 3º, art. 16, art. 31, art. 33 da Lei 19733/2001 do Chile; art. 1º, art. 3º da Lei 26937 do Peru, art. 1º, art. 2º, art. 3º, art. 19, art. 21 da Lei 16099 do Uruguai, art. 1º, art. 4º, art. 6º, art. 7º, art. 8º, art. 9º, art. 11, art. 12, art. 13 do Código de Imprensa da Alemanha (Pressekodex); art. 3º, art. 4º, art. 7º, art. 14, art. 17, art. 15, art. 24, art. 41, art. 47, art. 49, art. 56 do Tratado interestadual Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien de 1991 da Alemanha; Carta de Lei de 20 de setembro de 1830. Além disso, citou os seguintes julgados estrangeiros: Caso Patterson vs. Colorado (1907), caso Abrams vs. United States (1919), caso Whitney vs. Califórnia (1927), caso United States vs. Williams (2008), caso New York Times vs. Sullivan 376 US 254, (1964); sentença n. 6/1981, 12/1982, 104/1986, 171/1990 do Tribunal Constitucional da Espanha; caso Handyside sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 07/12/1976; caso Schenck v. United States 249 U.S. 47, 52 (1919); caso Virginia v. Black (2003), caso Abrams v. United States 250 US 616 (1919), caso Lüth (BVerfGE 7, 198, 1958), caso Pierce v. United States (1920), Gitlow v. New York (1925); Rosenblatt v. Baer (1966), Curtis Publishing Co. v. Butts, Associated Press v. Nalker (1967), Rosenbloom v. Metromedia (1971); caso Spiegel (BVerfGE 20, 62, 1966), Schmid-Spiegel (BVerfGE 12, 113, 1961), Blinkfüer (BVerfGE, 25, 256, 1969), Solidaritätsadresse (BVerfGE 44, 197, 1977), BVerfGE 30, 173; Decisão da Corte Constitucional v. 30, p. 173; caso Lebach (BVerfGE 35, 202), caso Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport (93 ILR, p. 652).

No que diz respeito a letras de câmbio e notas promissórias, o art. 5º da *Convenção destinada a regular certos Conflitos de Lei em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias e Protocolo*, que passou a integrar nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 57.663/66, possui regra específica, em seu artigo 5º:

Artigo 5º. Os prazos para o exercício do direito de ação são determinados para todos os signatários pela lei do lugar de emissão do título.

Tal solução se coaduna com o disposto no 9º da Lei de Introdução (“para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”), como mencionado acima. Deve ser feita, no entanto, a ressalva de que a referida Convenção determina, como regra geral, a aplicação da lei do local de pagamento para reger os “efeitos das obrigações do aceitante de uma letra e do subscrito de uma nota promissória”¹⁹², apesar de submeter a forma de tais títulos à lei do local de sua emissão¹⁹³.

Vale ressaltar, no entanto, que referida Convenção foi adotada em conjunto com a *Convenção para adoção de uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias* (mais conhecida como LUG – Lei Uniforme de Genebra), que dispõe, dentre outras coisas, a respeito de prazo prescricional. Assim, com relação aos países que adotam referida lei uniforme, não é necessário fazer maiores indagações com relação a tal prazo, que é o mesmo adotado no Brasil.

No entanto, quando o país em que emitida a nota não é signatário da lei uniforme, a regra de conexão do art. 5º da *Convenção destinada a regular certos Conflitos de Lei em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias* normalmente apontará para um prazo prescricional distinto. Na Apelação Cível nº 409.921-8¹⁹⁴, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais aplicou o prazo prescricional mais longo da lei de Nova York, local de emissão das notas promissórias objeto do litígio e que regulava o contrato de empréstimo celebrado entre as partes, para resolver e rejeitar a alegação de prescrição formulada pelos devedores, que advogavam a aplicação do prazo mais curto do direito brasileiro (ou seja, da LUG). O fato de os E.U.A. não serem signatários da referida Convenção foi considerado irrelevante.

¹⁹² Art. 4º.

¹⁹³ Art. 3º. A forma das obrigações contraídas em matéria de letras e notas promissórias é regulada pela lei do país em cujo território essas obrigações tenham sido assumidas.

¹⁹⁴ Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, v.u., j. 10.11.2004.

1.3.6 O conflito de qualificações: prescrição definida como questão substancial pela *lex fori* e como questão processual pela *lex causae*

Para se definir qual o direito que rege uma determinada situação jurídica que possui conexão com mais de um ordenamento jurídico, o primeiro passo é enquadrar a referida situação em uma das várias categorias jurídicas existentes, processo que é definido como *qualificação*. Definida a categoria, recorre-se então à regra de conexão correspondente e aplica-se o direito por ela indicado. Na visão de Savigny, encontra-se o local da sede jurídica da situação e aplica-se o direito vigente em tal local. Por exemplo, o estado e a capacidade da pessoa se localizam no seu domicílio ou no país de sua nacionalidade, a coisa onde estiver situada e o ato jurídico no local onde tiver sido praticado ou onde deva ser cumprido¹⁹⁵.

A qualificação, no entanto, não é uniforme ao redor do mundo. Mesmo ordenamentos jurídicos que possuam regras de conexão idênticas podem determinar a aplicação de uma lei diferente a uma mesma situação jurídica em função da diversidade de qualificação. A isso se chama *conflito de qualificações*.

Como demonstrado, nosso direito qualifica a prescrição como um instituto de natureza substantiva e, assim, aplica a ele a lei que rege a obrigação (o que, por sua vez, leva ao processo de qualificação e de busca da sede da obrigação, que não é objeto deste trabalho).

Outros sistemas, no entanto, como também já relatado, consideram a prescrição uma questão processual, regida pela *lex fori*. Em tais países, em regra, o juiz aplica o prazo prescricional previsto em sua lei mesmo a litígios que tenham que ser decididos de acordo com direito material estrangeiro.

O que deve fazer o juiz brasileiro então quando se deparar com um tal conflito, quando a regra de conexão brasileira determina a aplicação de um ordenamento jurídico estrangeiro que considera a prescrição uma questão de direito processual? Deverá ele qualificar a prescrição de acordo com a *lex fori* (como uma questão de direito substancial, portanto, regida pela lei que rege a obrigação) ou de acordo com a *lex causae* (como uma questão de direito processual, regida pela *lex fori*)?

¹⁹⁵ Valemo-nos, nesse ponto, em especial da lição de Jacob Dolinger e de seus exemplos (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 297-298 e 369-370).

A doutrina majoritária, inclusive no Brasil, afirma que a qualificação deve ser dada pelo sistema jurídico do foro¹⁹⁶, entendimento que consideramos correto. O sistema jurídico do foro é o único que pode definir, pelo menos no primeiro momento, qual é a *lex causae*; se utilizar de uma lei estrangeira potencialmente aplicável (que só pode ser definida, a nosso ver, após averiguação de acordo com a *lex fori*) para definir a *lex causae* certamente causaria confusão e incerteza. O Projeto de lei nº 4.905/95, que também visa substituir a LIDB, propõe resolver expressamente a questão no seu art. 16, dispondo que “a qualificação destinada à determinação da lei aplicável será feita de acordo com a lei brasileira”.

Sendo a qualificação definida pela *lex fori*, ao juiz brasileiro cabe aplicar a *lex causae* para solucionar a questão da prescrição independentemente da qualificação que a *lex causae* dá à matéria. Deve, portanto, aplicar o prazo prescricional de Nova York ainda que a lei de Nova York o considere como sendo processual. Ou seja, deverá julgar a questão exatamente como julgaria um juiz novaiorquino aplicando a sua própria lei a um litígio a ele submetido.

Essa interessante questão foi discutida na Apelação Cível nº 409.921-8¹⁹⁷, julgada pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais e mencionada no item anterior, que tratou de notas promissórias emitidas em Nova York. Os devedores alegaram que a pretensão estaria prescrita, uma vez que seria aplicável o prazo prescricional da lei brasileira (no caso, a Lei Uniforme de Genebra, que prevê prazo mais curto que a lei de Nova York e que teria se esgotado antes do ajuizamento da execução), porque, dentre outras coisas, a lei de Nova York qualificaria a prescrição como uma questão processual, regulada pela lei do foro, e que, em consequência, a Justiça brasileira não poderia aplicar tal prazo.

Foi apresentado, em tal processo, parecer de Irineu Strenger, que indicou a existência de conflito de qualificações e, além de opinar pela ofensa à ordem pública na aplicação da lei estrangeira no caso (e para reforçar tal opinião), afirmou que não se poderia aplicar um instituto da lei processual de Nova York (a prescrição) no processo brasileiro:

¹⁹⁶ Essa é a opinião de Jacob Dolinger, que cita ser a posição majoritária também na França e casos em que o STF discutiu longamente qual seria a qualificação dada pela lei brasileira à outorga uxória para fiança, sem sequer cogitar da qualificação dada pelos outros sistemas jurídicos potencialmente aplicáveis, além de parecer de Paulo Dourado de Gusmão no mesmo sentido (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 374-375; 379-380 e 386-390). No seu parecer sobre prescrição no direito internacional, Jacob menciona que essa seria também a lição de Amílcar de Castro e o que determina o art. 6º do Código Bustamante quando dispõe que “Em todos os casos não previstos por este Código, cada um dos Estados contratantes aplicará a sua própria definição às instituições ou relações jurídicas que tiverem de corresponder aos grupos de leis mencionados no artigo 3º” (DOLINGER, Jacob. *Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 352-365 out./dez. 2001. p. 363-364). No mesmo sentido leciona Florisbal de Souza del’Olmo. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 37).

¹⁹⁷ Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, v.u., j. 10.11.2004. Trata-se do processo nº 002499032226-5, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG.

Aplicada ao caso presente a qualificação da prescrição pelo direito americano verifica-se tratar-se ali de direito processual e qualquer que seja o seu desempenho colide com a solução da lei material brasileira o que impede sua adoção pela impossibilidade de fazer valer extraterritorialmente leis formais, restritas segundo concepção unânime à *lex fori*.
(...)

Em face do conflito de qualificações e sendo impossível ao direito brasileiro trasladar regras de processo que estão estritamente vinculadas a *lex fori* de cada Estado, a aplicação da lei autóctone se impõe, como medida obrigatória de salvaguarda dos interesses nacionais.¹⁹⁸

Humberto Theodoro Júnior também apresentou parecer no referido processo, no mesmo sentido:

(...) a justiça brasileira, ao solucionar a cobrança de cambiais emitidas nos Estados Unidos, não poderia aplicar a regra de prescrição da lei de origem porque ali o tema pertence ao direito processual. Teria de observar, apenas no tocante à prescrição, o direito brasileiro, já que inviável a incidência de direito processual estrangeiro em causa em curso perante a justiça nacional.¹⁹⁹

Já Jacob Dolinger ofereceu parecer em sentido contrário, pregando a aplicação do prazo prescricional de Nova York, uma vez que a qualificação é dada pela *lex fori*:

(...) a qualificação da prescrição – direito processual ou substantivo – é da competência da *lex fori*, enquanto que a prescrição propriamente dita, ou seja o prazo prescricional, é regido pela lei americana, que rege as notas promissórias.

(...) assim como uma norma legal estrangeira que seja chocante à nossa ordem pública não é aplicável em nosso território, mas só naquilo que seja incompatível com nosso direito, admitindo-se aplicar as demais regras do sistema jurídico estrangeiro que não contemham atentado à nossa ordem pública, assim também as qualificações do direito estrangeiro, que são diferentes das nossas, não são por nós aceitas, sem prejuízo da aplicação da norma material da legislação estrangeira.²⁰⁰

E, por fim, nesse mesmo sentido, há que se mencionar também o parecer de J.J. Calmon de Passos:

A arguição de que a matéria prescricional, em New York, é de natureza processual, além de irrelevante, do ponto de vista teórico, é também irrelevante do ponto de vista da solução do litígio, pois seria, quando muito, se de seriedade se revestisse o argumento, do interesse da ordem jurídica norte-americana.²⁰¹

Também se discutiu nos pareceres uma passagem de Frankenstein a respeito de um caso antigo referente a uma execução de título de crédito constituídos nos E.U.A. perante tribunal alemão, na qual o réu invocou a prescrição de acordo tanto com a lei alemã como com a dos E.U.A. O tribunal não aplicou o prazo prescricional alemão sob o fundamento de

¹⁹⁸ Fls. 738 e 751 dos autos do processo nº 002499032226-5, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG.

¹⁹⁹ Fl. 573 dos autos do processo nº 002499032226-5, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG.

²⁰⁰ Fls. 713-714 dos autos do processo nº 002499032226-5, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG. Tal parecer também foi publicado sob o título “Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado” na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 226. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2001, p. 364.

²⁰¹ Fl. 692 dos autos do processo nº 002499032226-5, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG.

que sua regra de conexão determinava que a lei americana seria a competente, mas se recusou também a aplicar esta última, pois ela qualificava a prescrição como instituto processual²⁰².

Dolinger afirma que Frankenstein, que defendia a aplicação da *lex causae* à prescrição²⁰³, criticou referida decisão e propugnou a aplicação da qualificação determinada pela *lex fori*. E, de fato, o desacerto do tribunal é patente sob qualquer aspecto, pois ensejou denegação de justiça ao recusar a apreciação de uma questão jurídica posta pela parte no processo sob o fundamento de que nenhuma lei lhe poderia ser aplicável, tornando, na prática, a pretensão do autor imprescritível.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, como já mencionado no item anterior, entendeu pela aplicação do prazo prescricional mais longo da lei de Nova York. Apesar de não ter se aprofundado sobre a questão do conflito de qualificações, considerou que o fato da *lex causae* conferir natureza processual a tal prazo não impediria a sua aplicação, que é determinada pela regra conflitual brasileira (art. 5º da Convenção de Genebra, tratada no item anterior), pois ela não prejudica o sistema judiciário nacional e nem ofende a ordem pública:

Como se vê, não há espaço para a aplicação do art. 17 da LICC, seja pelo próprio comando da norma do referido art. 5º, seja porque é inacolhível a alegação de que o fato de lá a prescrição ser tratada como de natureza processual impediria sua aplicação em nosso país. É verdade que as leis processuais são de ordem pública e assim uma lei de caráter processual estrangeira não pode ser aplicada no Brasil. Mas isso deve ser interpretado sem que se perca de vista a lógica, eis que a proibição da aplicação de lei processual alienígena em nosso país objetiva evitar que o processo e os procedimentos adotados internamente sofram uma desorganização de tal ordem que venha afetar o próprio sistema Judiciário. E não se pode falar que o prazo prescricional de natureza processual do Estado de Nova York causaria a indesejada desorganização em nosso sistema, restando evidente que o aludido prazo não é incompatível com o direito processual pátrio. Além disso, raciocínio inverso levaria ao absurdo, data venia, pois tornaria estéreis, sem qualquer utilidade, as normas contidas nos já citados art. 4º (parte final) e art. 5º.²⁰⁴

Nos parece que essa é a correta solução da questão e decorre também do fato de que é a qualificação dada pela lei brasileira que deve ser levada em consideração pelo juiz brasileiro, de forma que este deve aplicar o direito estrangeiro determinada por nossa regra de conexão sem atentar para a qualificação que é dada para a mesma questão pela *lex causae*. E,

²⁰² Aparentemente, trata-se de um julgado do Supremo Tribunal Alemão de 1882, mencionado por Pontes de Miranda, que afirma também que, em 1910, o mesmo tribunal “julgou a prescrição conforme o Direito norteamericano, sem examinar se a natureza processual de prescrição norteamericana não exigia a aplicação do Direito alemão como *lex fori*”. (*Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. V. 1, p. 343).

²⁰³ Bevilacqua assim descreve o entendimento de Frankenstein sobre a regra de conexão referente à prescrição: “Teoricamente, diz ele, é difícil qualquer dúvida. Se todo direito subjetivo está sujeito à mutabilidade do tempo, no qual nasce e morre, traz em si, ao nascer, o germe de sua extinção pela prescrição. Daí resulta o seguinte postulado científico: a prescrição rege-se pela lei, à que o direito está submetido.” (*Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 273).

²⁰⁴ Voto concorrente da Juíza Albergaria Costa. Os demais votos não trataram expressamente da questão da natureza processual conferida ao prazo pela *lex causae*.

como reconhecido no acórdão mencionado, fazer diferente significaria afrontar o que dispõe a regra expressa do art. 5º da referida Convenção de Genebra, no que diz respeito a notas promissórias e letras de câmbio, e a do art. 229 do Código Bustamante, nos demais casos.

No mesmo sentido é a lição de Oscar Tenório:

Pelo critério estabelecido no Código Bustamante desaparece a controvérsia relativa à qualificação da prescrição para os Estados que, no seu direito interno, consideram a instituição como de direito material. A diversidade de conceituações (o direito inglês, como vimos, conceitua a prescrição como direito processual), tem que determinar o abrandamento da regra geral. Nos países onde a prescrição é de direito material, a lei do juiz é aplicável, porque cabe ao juiz qualificar, no sistema jurídico, a prescrição. A *lex fori* qualifica, portanto, o instituto da prescrição liberatória; e da qualificação depende a lei a ser aplicada.²⁰⁵

Mesmo Wilson de Souza Campos Batalha, que é adepto da teoria da qualificação por etapas, parece alcançar a mesma solução. Batalha prega que se deve distinguir três tipos de qualificação: a qualificação da *situação* ou da *relação jurídica* para a escolha da norma de Direito internacional aplicável (que se dá de acordo com a *lex fori*), a qualificação do *elemento de conexão* (também definida pela *lex fori* e que forma, com a anterior, o gênero *qualificação de competência* ou *primária*) e, por último, a qualificação dos *conceitos do Direito estrangeiro* cuja aplicabilidade já foi assentada (esta última definida pela *lex causae* e também chamada de *segunda qualificação* ou *qualificação de mérito*)²⁰⁶.

Dentre os exemplos de qualificação da *situação jurídica* que se apresenta no foro, ele cita saber “se a prescrição constitui assunto de Direito privado ou de Direito processual”²⁰⁷, o que é então definido pela *lex fori*. Sendo assim, à *lex causae*, na *qualificação de mérito*, restaria qualificar apenas “a situação jurídica, internamente, dentro de seu próprio direito, sem qualquer ligação com o problema conflitual”²⁰⁸ (ou seja, acreditamos, se a prescrição extingue o direito ou só a pretensão, se se trata de prescrição comercial ou consumerista etc.). Nos parece que, seguindo tal raciocínio, não sobraria campo para se apurar (novamente) se a prescrição é “assunto de Direito privado ou de Direito processual” na *qualificação secundária*, e que, portanto, é irrelevante o que *lex causae* tiver a dizer sobre isso²⁰⁹. E esse

²⁰⁵ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. V. 2, p. 221.

²⁰⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2ª ed. rev. e aum., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. V. 1, p. 191-198.

²⁰⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2ª ed. rev. e aum., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. V. 1, p. 191.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 201.

²⁰⁹ No item que trata da “qualificação substancial ou processual”, Batalha alerta que “Em alguns pontos o problema qualificatório apresenta dificuldades, como ocorre com a prescrição, que o Direito anglo-norte-americano considera assunto processual, ao passo que os Direitos europeu continental e sul-americano consideram pertinente ao *meritum causae*”. Logo em seguida, afirma que “a qualificação deve ser dada, inicialmente, pela *lex fori*, que definirá o Direito aplicável. Fixado o

resultado é, a nosso ver, correto. Há que se ressaltar que Batalha leciona que o direito internacional privado brasileiro considera a prescrição uma questão de direito material regida pela *lex causae*²¹⁰.

E é com esse espírito que entendemos que deve ser interpretada a exceção do art. 9º da LIDB, que, como já mencionado, dispõe que, “Para *qualificar* e reger as *obrigações*, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Referido dispositivo apenas determina, por exemplo, que é a *lex causae* que qualifica uma obrigação por ela regida (de acordo com as regras conflituais brasileiras) como tendo natureza comercial ou consumerista, ou se decorre de responsabilidade contratual ou extracontratual, se se trata de compra e venda ou locação etc. E, em consequência de tal qualificação, que se dá “internamente, dentro do próprio direito” indicado pela referida regra conflitual, é que se vai definir qual o regime de prescrição aplicável à obrigação dentre os previstos na *lex causae*²¹¹.

Em última análise, aliás, se verificar que a *lex causae* considera a prescrição uma questão de natureza processual, regida pela *lex fori*, e então, por causa disso, aplicar o direito brasileiro, poderia ser considerado *reenvio*, o que é proibido pelo art. 16 da LIDB. Diz-se “em última análise” pois, a rigor, regras conflituais não conferem caráter processual a outras normas. Tal caráter decorre da própria interpretação da norma pelo seu sistema jurídico. De qualquer forma, o resultado final seria o mesmo do reenvio.

Ainda quanto ao conflito de qualificações, é interessante fazer referência, mais uma vez, à matriz do sistema do *common law*. A lei inglesa, como já dito, normalmente estabelece a prescrição em suas leis processuais, como um impedimento à ação (“statutes of limitation that bar the remedy”). Quando os tribunais ingleses são chamados a resolver litígios de acordo com lei estrangeira, no entanto, aplicam as normas estrangeiras sobre prescrição ainda que sejam também consideradas em seu país de origem como tendo natureza processual.

Isso decorre do já mencionado *Foreign Limitation Periods Act 1984*, que veio a “dispor que qualquer lei relacionada à prescrição seja tratada, no que diz respeito a casos em que se é dado efeito a lei estrangeira (...), como uma questão de *substância* em vez de uma questão de *processo*”²¹². Referido ato dispõe expressamente que as normas estrangeiras que

Direito aplicável, a qualificação será fornecida por esse mesmo direito, colhendo-se, segundo essa qualificação, a norma interna pertinente.” (Ibidem, p. 348-349).

²¹⁰ Vide lição citada no item 1.3.2.

²¹¹ Confira-se também as lições de Batalha quanto ao art. 9º da LIDB (Ibidem, p. 229 et seq.).

devem ser aplicadas pelos juízes ingleses com relação à prescrição compreendem “a lei processual ou substancial aplicável”²¹³.

Como se vê, o direito inglês dá a mesma solução que o direito brasileiro para os conflitos de qualificações referentes a prescrição.

1.4 Justificativa para uma aplicação universal da *lex causae* para a prescrição

A existência de prazos prescricionais distintos, dependendo de onde é ajuizada a ação, pode ser um grande estímulo ao *forum shopping* e levar a uma grande insegurança jurídica. Em especial a aplicação da regra de que a prescrição é determinada pela *lex fori* (adotada nos países que consideram a prescrição uma questão processual): como os prazos prescricionais variam muito e ninguém tem conhecimento das legislações de todos os países do mundo, as partes em relações jurídicas internacionais (principalmente empresas que operam em várias jurisdições) podem ficar sujeitas a ações totalmente inesperadas.

Story não concordava com essa crítica e, em resposta a ela, afirmava que “se a parte decide residir em um determinado território, ela então se sujeita às leis daquele território no que diz respeito a todas as ações ajuizadas contra si”²¹⁴. Entendemos que tal entendimento não tem fundamento, pois a adoção universal da regra da *lex fori* não deixaria o devedor sujeito apenas aos prazos prescricionais do país de seu domicílio. Como a maior parte dos países do mundo (talvez todos) permite que seus juízes julguem processos propostos contra pessoas domiciliadas no exterior em certas hipóteses, e hoje o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras é um instituto quase universal, o devedor ficaria sujeito a ser demandada em prazos diferentes em outros países (insegurança jurídica, portanto)²¹⁵.

²¹² Eis o preâmbulo do *Foreign Limitation Periods Act 1984*: “An Act to provide for any law relating to the limitation of actions to be treated, for the purposes of cases in which effect is given to foreign law or to determinations of foreign courts, as a matter of substance rather than as a matter of procedure”.

²¹³ Seção 4(2): “... ‘relevant law’, in relation to any country, means the procedural and substantive law applicable, apart from any rules of private international law, by the courts of that country”.

²¹⁴ “§ 579. The reasoning sometimes insisted upon by foreign jurists, in opposition to this plan and intelligible doctrine, is (...) that it subjects the party to different prescriptions in different places, and therefore leaves his rights in uncertainty. The latter objection may be answered by the obvious consideration, that, if the party chooses to reside within any particular territory, he thereby subjects himself to the laws of that territory, as to all suits brought by or against him...” (STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic [1841]*. [S.l.]: General Books LLC, 2009. p. 610).

²¹⁵ As demais críticas feitas por Story e que mencionamos no item 1.1.1 também não procedem, a nosso ver. Ora, não há dúvida de que cada nação pode sim estabelecer ela própria os prazos prescricionais para todas as pretensões que venham a ser objeto de ação perante a sua própria Justiça, o que decorre da soberania. O que se discute aqui é qual seria a melhor regra de

Savigny, diferentemente, melhor visualizava o problema quando sustentou que a adoção da regra da *lex causae* como definidora da prescrição (cfr. item 1.1.2 acima) não seria apenas correta, mas sim recomendada pela *justiça*. Isso porque “todo exercício caprichoso da vontade livre de uma parte em detrimento do oponente é excluído pela clara definição do prazo prescricional que dela resulta”. Assim, o credor não poderia mais escolher um determinado foro somente porque possui o prazo prescricional mais longo ou o devedor modificar seu domicílio apenas porque possui o prazo mais curto (há que se ressaltar que uma das regras de conexão referentes à prescrição em discussão na época era a que apontava para a lei de domicílio do devedor, que seria, em regra, o local de cumprimento da obrigação de acordo com o ordenamento jurídico de vários países)²¹⁶.

De fato, a aplicação universal da *lex causae* para definir o prazo prescricional relativo a uma mesma obrigação diminui sensivelmente a insegurança jurídica e a sujeição de uma parte aos caprichos da outra. No entanto, não põe fim a elas, uma vez que jurisdições distintas podem ter regras de conexão diferentes para determinação da *lex causae*. Já com relação a obrigações contratuais a respeito das quais as partes escolheram a lei aplicável, que certamente abrange uma parte significativa (provavelmente a maior parte) dos litígios internacionais, a adoção da regra termina por garantir a segurança jurídica com relação à prescrição. Isso porque é hoje universal ou quase universal o reconhecimento da escolha de lei pelas partes em relações jurídicas que tenham algum elemento internacional²¹⁷.

conexão para a prescrição, qual atenderia melhor a *justiça*. Quanto à crítica a estrangeiros assoberbarem o Judiciário com ações referentes a pretensões muito antigas e à sua pretensão de fazer prevalecer a lei de seu país à lei do foro, há que se chamar a atenção para o fato de que ações que versam pretensões regidas por direito estrangeiro não necessariamente são propostas por estrangeiros. Podem ser propostas por nacionais que praticaram atos no exterior ou de outra forma se submeteram a leis estrangeiras (ou seja, nacionais podem ter interesse em ver aplicado o direito estrangeiro a determinadas obrigações). Além disso, dificilmente são em número suficiente para assoberbar o Judiciário de qualquer país (no Brasil, são mesmo raríssimas). Isso sem falar que a lei estrangeira pode prever prazo prescricional menor.

²¹⁶ Savigny ao tratar da “doutrina verdadeira”, de acordo com a qual “the local law of the obligation must determine as to the term of prescription”, assim dispôs: “This doctrine is not only correct in principle, but it is also recommended by a certain equity, since every capricious exercise of free will by one party to the detriment of the opponent, is excluded by the clear settlement of the period of prescription that results from it. Thus the plaintiff cannot select for his action just that one of several concurring jurisdictions under which there is the longest term of prescription. In like manner, the defendant cannot, by changing his domicile to a place where there is a shorter term of prescription, obtain that advantage to himself, seeing that both the local law and the special forum of the obligation are immutably fixed for the debt contracted by him in his former domicile.” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 249-250).

²¹⁷ Com relação ao direito brasileiro, confira-se, por todos, Jacob Dolinger, que rebate uma a uma todas as objeções da parte da doutrina brasileira que entende que o art. 9º das LIDB proibiria a escolha (*Direito Internacional Privado (Parte especial): Direito civil internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. 2: Contratos e obrigações no direito internacional privado. p. 421 et seq.). Com relação ao reconhecimento universal, Dolinger menciona laudo de 1977 que julgou a arbitragem instaurada entre a California Asiatic Oil Company e a Texaco Overseas Petroleum Company contra a Líbia, em que uma das questões debatidas foi se as partes teriam direito de designar a lei ou o sistema jurídico para reger o contrato. O árbitro teria se pronunciado da seguinte forma: “A resposta para a questão não apresenta dúvida alguma: todos os sistemas jurídicos, sejam quais forem, adotam o princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais” (ob.cit, p. 481). Entre autores

estrangeiros, vale citar Juenger, que também verificou o consenso internacional a respeito: "...as far contracts, the lifeblood of international commerce, are concerned, most civilized nations have long recognized that the parties to an agreement are free to stipulate the law they wish to govern their respective rights and duties. The principle of party autonomy is now firmly established in the laws of all developed countries and has acquired true international stature by having been enshrined in choice-of-law conventions." (JUENGER, Friedrich K. The lex mercatoria and private international law. 1133 *Louisiana Law Review*, n. 60, Summer 2000. p. 5).

2. A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO

2.1 Aplicação do direito estrangeiro em geral

Como mencionado, em litígios internacionais, o juiz brasileiro poderá ter que aplicar o direito estrangeiro para decidir se ocorreu ou não prescrição.

A aplicação do direito estrangeiro relativo à prescrição não difere da aplicação do direito estrangeiro em geral. O juiz brasileiro deverá aplicá-lo da mesma que o juiz estrangeiro²¹⁸ aplicaria a sua própria lei²¹⁹, com a limitação da ordem pública, de que se tratará mais adiante. A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, em vigor no Brasil desde 1996²²⁰, contém, em seu art. 2º, regra expressa nesse sentido:

Artigo 2. Os juízes e as autoridades dos Estados Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juizes do Estado cujo direito seja aplicável, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e o conteúdo da lei estrangeira invocada.

Cumpra, no entanto, realçar a advertência de Tullio Ascarelli sobre o estudo do direito comparado e que também deve ser observada quando da aplicação do direito estrangeiro: “o que é necessário estudar é o *direito* comparado e não simplesmente a *legislação* comparada, se não se quiser correr o risco de tirar conclusões que, pelo fato de não serem completas, seriam afinal erradas”²²¹.

De fato, para aplicar o direito estrangeiro da mesma forma que o faria o juiz estrangeiro, é importante levar em consideração não só o que diz o texto da lei estrangeira,

²¹⁸ Nesse sentido é a lição de Maristela Basso: “... o juiz nacional deve aplicar o direito substancial estrangeiro como se fosse juiz no país de cuja legislação se trata – o mais próximo possível de como julgaria o juiz estrangeiro. Deve chegar o mais próximo possível da decisão que o juiz local proferiria.” (BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2009. P. 256).

²¹⁹ Deve-se ressaltar que o art. 16 da Lei de Introdução impede o reenvio, de forma que, se a lei estrangeira indicada pela regra de conexão do direito brasileiro determina a aplicação de outra lei para solucionar a questão, isso será irrelevante para o juiz brasileiro. Ou seja, o juiz brasileiro aplicará o direito estrangeiro da mesma forma que o juiz estrangeiro aplicaria seu próprio direito caso a questão fosse regulada pelo mesmo.

²²⁰ A Convenção foi concluída em Montevideu, Uruguai, em 1979, e foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.979, de 09.08.1996.

²²¹ ASCARELLI, Tullio. Premissas ao estudo do direito comparado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 466, p. 11-23, maio 1942. p. 14.

mas também a interpretação que lhe é dada pela jurisprudência, a doutrina e os operadores do direito em geral, em consonância com os princípios e as “premissas implícitas” em vigor no ordenamento jurídico alienígena. Nesse sentido, Nadia de Araújo leciona que “a interpretação há de ter em conta o sistema jurídico estrangeiro como um todo, e não apenas a interpretação literal, devendo-se conservar o valor e o sentido do sistema ao qual pertence”. Referida doutrinadora aponta como exemplo a ser seguido o julgamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 93.131/MG, no qual interpretou a lei portuguesa com base na opinião de doutrinadores portugueses, buscando a interpretação dada em Portugal, e reformou acórdão estadual que lhe havia dado outra interpretação²²².

Outra observação importante é feita por Jacob Dolinger, a respeito das normas do direito estrangeiro que devem ser levadas em consideração. Dolinger alerta que “o magistrado deverá atentar para a lei estrangeira na sua totalidade, seguindo todas as suas remissões, incluídas suas regras de direito intertemporal, normas relativas à hierarquia das leis, seu direito convencional, seu direito estadual, municipal, cantonal, zonal, seu direito religioso, suas leis constitucionais, ordinárias, decretos, etc.”²²³.

Outrossim, “sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas do Direito Internacional Privado, caberá ao Juiz fazê-lo, ainda de ofício”, como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 254.544/MG²²⁴. Não vamos adiantar nesse ponto se o juiz deverá declarar prescrita a pretensão sem provocação das partes (abordaremos tal questão mais adiante, no item 2.3.5), mas é certo que, quando se deparar com uma alegação de prescrição, o juiz brasileiro deverá aplicar ao caso o direito que rege a prescrição conforme determinado pelas normas de direito internacional privado, ainda que as partes ou uma das partes tenha invocado a aplicação do direito de outra nação²²⁵.

²²² ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 270-271.

²²³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 285.

²²⁴ REsp 254.544/MG (3ª Turma, j. 14.08.2000, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, v.u.), no qual o STJ afirmou que “incide também aqui a regra de que o juiz aplica de ofício o direito”, o que significa que, para o juiz brasileiro, o direito estrangeiro é *direito* e não *fato*. O STJ poderia ter mencionado também o art. 408 do Código Bustamante, não revogado pela LIDB, que dispõe que “Os juizes e tribunaes de cada Estado contractante applicarão de officio, quando fôr o caso, as leis dos demais”. Referido dispositivo, a nosso ver, deve ser interpretado como um determinação que abarca também a aplicação do direito de países não signatários, pelos motivos expostos no item 1.3.1. No julgado em questão, o STJ esclareceu que, apesar de não poder obrigar a parte que não invocou o direito estrangeiro e prová-lo, “o magistrado determinará as diligências que considerar pertinentes para que se esclareça o ponto” regido pelo direito estrangeiro e que, “se não conseguir resultado, o julgamento de mérito haverá de ser, entretanto, proferido, aplicando o juiz as normas jurídicas que entender adequadas”. Uma providência que o juiz poderá tomar, se não houver colaboração das partes na prova do direito estrangeiro, é pedir auxílio a autoridades estrangeiras na forma autorizada por tratados de cooperação judiciária que o Brasil possui com diversas nações.

²²⁵ É claro que, nas hipóteses em que ambas as partes alegam que o direito de um determinado país rege sua relação jurídica em um litígio que envolve direitos disponíveis, tal alegação poderá ser considerada com uma escolha de direito aplicável que

No entanto, a prescrição, apesar de ser um instituto de direito material em nosso ordenamento jurídico, tem sua aplicação prática no processo (judicial ou arbitral), meio pelo qual, aliás, normalmente é exercida a pretensão prescritível. Assim, as leis processuais possuem uma série de regras que acabam por regular certos aspectos da prescrição e que podem influenciar ou determinar a ocorrência da prescrição em um caso concreto. E, como é sabido, cabe à *lex fori* regular o processo e as questões processuais, mesmo quando o litígio envolve a aplicação de direito estrangeiro. A antiga lição de Savigny sobre a questão ainda é atual:

O juiz deve sempre aplicar a lei de seu próprio Estado, se a questão concerne não uma relação de direito substantivo, mas uma questão processual. A essa categoria pertencem não somente formas e regras do devido processo, mas também, em parte, as regras do direito de ação. Aqui, no entanto, se a demarcação é geralmente muito difícil, muito cuidado deve ser usado, e atenção deve sempre ser dada à verdadeira natureza e propósito dos institutos jurídicos analisados. Muitas regras são apenas na aparência regras de processo e, na verdade, concernem a própria relação jurídica.²²⁶

Nessa esteira, Dinamarco ensina que a positivação do *princípio da territorialidade das normas processuais* “reside basicamente no art. 1º do Código de Processo Civil”²²⁷ e que seu fundamento seria a soberania do Estado²²⁸.

o juiz deverá seguir. Não faz parte do escopo deste trabalho discutir, no entanto, as limitações que parte da doutrina levanta com relação à autonomia da vontade na escolha de direito aplicável. Em qualquer caso, na ausência de escolha e quando houver desacordo entre as partes sobre qual o direito aplicável à relação jurídica ou somente com relação à prescrição, o juiz deverá aplicar o direito determinado pelas regras de conexão de nosso ordenamento jurídico.

²²⁶ No original: “The judge must always apply the law of his own state, if the question concerns not a relation of the substantive law, but a point of legal procedure. To this category belong not only forms and rules of procedure proper, but also, in part, the rules of the law of actions. Here, however, as the demarcation is often very difficult, great caution must be used, and regard must always be had to the true nature and purpose of the particular legal institutes. Very many rules are only in appearance rules of procedure, and really concern the legal relation itself.” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 146-147)

²²⁷ Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

²²⁸ “Destinando-se basicamente à disciplina de uma função estatal, que é a jurisdição, é natural que a lei processual se imponha exclusivamente no território do Estado que a edita. É inerente à soberania de cada Estado, no contexto internacional, a regência de suas próprias atividades por lei nacional e nunca por lei estrangeira. Essa é a superior razão de ordem política que afasta a submissão do juiz de um Estado soberano à lei processual ditada por outro Estado. Como agente estatal, o juiz atua segundo as leis processuais emanadas de fontes materiais e formais de seu país, nada mais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 1, p. 93). De fato, a regência do processo por leis nacionais é uma questão de soberania, mas não é correta a afirmação de que Estados soberanos “nunca” permitem que seus juízes orientem o processo de acordo com leis processuais estrangeiras. O princípio é realmente quase universal, mas um exemplo é citado na nota de rodapé 276, mais à frente. Apesar de ser raríssimo e talvez não recomendável em função das dificuldades que poderia causar à administração da Justiça, os Estados soberanos podem sim abdicar de parte da sua soberania para permitir que seus juízes sigam regras processuais estrangeiras em certas situações. Não nos parece que isso seja mais grave, no sentido de redução da soberania estatal, do que permitir que as partes escolham seus juízes “privados” para decidir suas controvérsias de acordo com as regras procedimentais que definirem, como ocorre na arbitragem, ou mesmo do que a submissão do Estado ou seus nacionais à jurisdição de tribunais internacionais.

Em geral, o Código Civil brasileiro consubstancia regras de direito material (que não são aplicáveis em casos regidos por direito estrangeiro) e o Código de Processo Civil consubstancia regras de direito processual (que são aplicáveis a qualquer demanda apreciada pela Justiça brasileira), com algumas poucas exceções. A seguir trataremos do campo de aplicação da *lex causae* e da *lex fori* no que diz respeito à prescrição, tratando de regras sobre a matéria contidas em ambos os Códigos e em algumas leis esparsas brasileiras e nos valendo também do direito comparado.

E, após, ainda nesse capítulo, trataremos das exceções: regras materiais do ordenamento jurídico brasileiro referentes à prescrição que afastam a aplicação da *lex causae* estrangeira e a exceção da ordem pública.

2.2 O que é regido pela *lex causae* em matéria de prescrição

O âmbito de aplicação de lei estrangeira indicada pela regra de conexão para solucionar a questão da prescrição deve ser, seguindo a lição de Savigny acima, o mais amplo possível. No direito comparado, o já mencionado *Foreign Limitation Periods Act 1984* inglês dispõe que a lei estrangeira que reger a prescrição regerá também sua aplicação, extensão, redução ou interrupção²²⁹. Já o Regulamento de Roma II dispõe, em seu art. 15º(h), que a *lex causae* rege a prescrição, bem como “o início, a interrupção e suspensão dos respectivos prazos”²³⁰.

Entendemos que não é diferente no Brasil. Alguns exemplos de questões a serem solucionadas pelo direito que rege a obrigação, além da própria interpretação e da extensão do prazo prescricional, são: (i) se uma determinada pretensão se enquadra em um determinado prazo ou em outro (ou seja, o enquadramento da pretensão, que vai depender da qualificação da obrigação, de que tratamos no item 1.3.6), (ii) o termo inicial do prazo prescricional e se, por exemplo, se começa a fluir da data em que o credor tomou conhecimento do dano e de sua autoria ou da data em que o dano foi causado, independente de seu conhecimento, (iii) se o prazo prescricional pode ser interrompido, se pode ser interrompido apenas uma vez (como

²²⁹ Seção 4(1)(a).

²³⁰ O Regulamento de Roma I não entra em tal nível de detalhe e apenas dispõe, como já apontado, no art. 12º (2)(d), que “A lei aplicável ao contrato por força do presente regulamento regula nomeadamente (...) As diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade”.

dispõe, por exemplo, o art. 202 do nosso Código Civil) ou mais vezes, (iv) as causas de interrupção e suspensão do prazo e situações em que o mesmo não corre, e quando o prazo se reinicia ou volta a correr, (v) se as partes podem ou não modificar os prazos prescricionais e se há limites para tanto, (vi) se o devedor pode renunciar ou não ao prazo prescricional, e se pode fazê-lo antes e depois da prescrição ter se consumado, (vi) se, caso tenha pago dívida prescrita, o devedor poderá demandar a repetição de tal pagamento ou não.

Trataremos mais detalhadamente de algumas questões a seguir e, para efeitos de comparação e como forma de auxiliar a análise, faremos referência a normas do Código Civil brasileiro.

2.2.1 Extinção da pretensão ou do direito

Como já mencionamos, o art. 189 do Código Civil dispõe que a prescrição extingue a pretensão, mas não o direito, que permanece íntegro, mas se torna inexigível. Já a decadência, no direito brasileiro, extingue o próprio direito potestativo.

Pode ser, no entanto, que a *lex causae* estrangeira dê outros efeitos para a passagem do tempo. Pode ser, por exemplo, que não faça distinção entre prescrição e decadência, ou disponha que a prescrição extingue o direito subjetivo, ou ainda que não se pode demandar a declaração da nulidade de um determinado ato ou negócio jurídico após transcurso de certo lapso de tempo (ao passo que nosso ordenamento jurídico reconhece a imprescritibilidade das pretensões declaratórias).

Em qualquer caso, é a lei material que rege o direito, a pretensão ou ato jurídico (incluindo negócio jurídico) que disporá as consequências do transcurso do tempo sobre referido direito, pretensão ou ato, de forma que o art. 189 do Código Civil e a doutrina e jurisprudência brasileiras não deverão ser levados em consideração quando o julgador se deparar com aplicação de lei estrangeira sobre a matéria.

2.2.2 Prescrição intercorrente

A prescrição intercorrente também é regulada pela *lex causae*, que pode prever inclusive prazo diferente (mais longo ou mais curto) do que o prazo original. Assim, se o autor abandonar o processo em trâmite no Brasil, sem tomar as diligências que lhe forem cabíveis, por período superior ao prazo de prescrição intercorrente previsto no direito estrangeiro que rege a obrigação em disputa, então tal processo deverá ser extinto.

A lei estrangeira aplicável ao litígio pode também, é claro, não prever a possibilidade de ocorrência de prescrição intercorrente, hipótese na qual, por consequência, o juiz brasileiro não poderá reconhecê-la mesmo que o processo fique parado por longos anos.

Naturalmente, no entanto, que a *lex fori* é que dirá se uma das partes do processo deixou de cumprir as diligências que lhe cabia para movimentá-lo, por se tratar de questão processual. Quanto ao processo do trabalho, a Súmula nº 114 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe que não ocorre prescrição intercorrente e o faz por razões de ordem processual: o processo deve ser movimentado pelo juiz trabalhista de ofício e o reclamado deve cumprir a condenação sem necessidade de ato do credor. Esse entendimento tem sido às vezes mitigado, mas, se prevalecer, não será possível se reconhecer prescrição intercorrente prevista em lei estrangeira no referido ramo do Judiciário, pela referida razão processual mencionada.

Há que se ressaltar, outrossim, que é a *lex causae* quem definirá se uma determinada situação corresponde a prescrição intercorrente ou não. Por exemplo, o direito brasileiro considera que, após o trânsito em julgado da ação, se inicia prazo de prescrição intercorrente²³¹ para o credor dar início à execução do julgado²³², idêntico ao que existia anteriormente²³³.

²³¹ Nesse sentido, mais uma vez, se faz referência à lição de Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, p. 92-93).

²³² Isso se dá hoje por pedido do credor ao Juiz de intimação do executado para pagar a condenação, nos termos do art. 475-J do CPC (incluído pela lei 11.232/2005), não podendo ser iniciada *ex officio* pelo Juiz, pelo menos nas Justiças cível e federal.

²³³ Apesar de anterior à reforma da lei 11.232/2005, a Súmula 150 do STF (“Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”) ainda é aplicável ao caso, como reconhece Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, p. 93) e é assente na doutrina e jurisprudência. A título de curiosidade, cumpre ressaltar que, em sua clássica obra sobre prescrição, Câmara Leal externava a opinião de que o prazo para a execução seria o geral do art. 177 do Código de 1916 (20 anos), que considerava ter natureza decadencial. Referido doutrinador se inspirou na “tendência acentuada” do então “direito moderno para o prazo prescricional da ação não influir relativamente à execução do julgado, ficando este sujeito ao prazo mais amplo e ordinário da prescrição”, mencionando a prescrição trintenária do direito alemão, francês e italiano (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 212-216).

Outros sistemas jurídicos, diferentemente, possuem prazo prescricional específico para pretensões estabelecidas por processos judiciais, como em sentença judicial condenatória ou em acordo homologado em juízo²³⁴, aplicável para a sua execução.

Pode ser, por exemplo, que a *lex causae* possua uma regra de que o prazo prescricional de uma determinada pretensão é de 5 anos, outra de que a prescrição intercorrente ocorre em metade do prazo prescricional original e uma terceira de que o prazo prescricional da pretensão de execução de um julgado é de 10 anos. No caso do ajuizamento de uma ação no Brasil em que se discuta uma obrigação regida por referido direito estrangeiro, com o trânsito em julgado da sentença que venha a condenar o réu a cumprir tal obrigação, o prazo prescricional para que inicie a execução de tal sentença será de 10 anos e não de 5 ou de 2,5 anos. E o fato do direito brasileiro qualificar como de prescrição intercorrente tal prazo é irrelevante, pois tal qualificação será feita pela *lex causae*, conforme determina o art. 9º da LIDB²³⁵.

2.2.3 Renúncia à prescrição

O art. 191 do Código Civil²³⁶ contém regra de direito material sobre quando ocorre renúncia tácita ou expressa.

Já o art. 193, que dispõe que “a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita”, a nosso ver, veicula, ao mesmo tempo, uma regra processual e outra material.

A regra processual transparece mais facilmente da literalidade da norma: em um processo no Brasil, o interessado poderá alegar a prescrição a qualquer momento, em qualquer

²³⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 112-117. Em inglês, Zimmermann se refere a “prescription of a claim established by legal proceedings” e, em tal obra, faz recomendações para o legislador ao criar normas sobre prescrição, partindo de uma comparação com vários países, e para a hipótese em questão aponta que o prazo prescricional de 10 (dez) anos seria razoável (p. 114), prazo este bastante mais longo do que o prazo geral de 3 (três) anos que recomenda para a maior parte das pretensões (p. 92).

²³⁵ Para maiores detalhes, vide item 1.3.6.

²³⁶ Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

grau de jurisdição²³⁷. Ou seja, não ocorre o fenômeno da *preclusão*, de natureza processual, caso não seja alegada na Contestação²³⁸.

Já a regra material está subjacente: não configura renúncia tácita à prescrição a ausência de alegação da mesma na primeira oportunidade que o devedor tiver para responder ao pleito do credor, seja processualmente, seja fora do processo. Deve ser lida em conjunto com a parte final do art. 191 do Código: “tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”. Ou seja, deixar de responder no prazo a um pleito formulado pelo credor, ou responder com alegações ou defesas outras que não a prescrição, não é um ato incompatível com a prescrição e não configura renúncia tácita²³⁹.

A regra material será aplicada pelo juiz estrangeiro que julgar prescrição regida pelo direito brasileiro, mas não pelo juiz brasileiro que decidir tal questão de acordo com lei estrangeira. Aliás, pode ser que o direito estrangeiro considere renúncia tácita não se alegar a prescrição na primeira oportunidade após o pleito do credor, caso em que, por exemplo, o Juiz brasileiro não poderá decretar a prescrição se não alegada em Contestação (ou até mesmo na resposta a uma notificação extrajudicial, dependendo do que dispuser o direito estrangeiro). E isso não porque a lei estrangeira o proíba de apreciar alegação de prescrição “em qualquer grau de jurisdição”; o juiz brasileiro deverá sim apreciar tal alegação após a Contestação, como a regra processual determina, mas, no exemplo em questão, deverá rejeitar tal alegação, em função da renúncia tácita, que se operou de acordo com a lei material estrangeira.

²³⁷ Apesar de não ser objeto desse trabalho esmiuçar as regras processuais brasileiras, há que se ressaltar que o STJ e o STF têm entendido que o art. 193 do Código Civil não se aplica em sede de recurso especial ou extraordinário, nos quais a prescrição só pode se apreciada se houver prequestionamento na instância inferior, ou seja, se a instância inferior a tiver apreciado. Nesse sentido, AgRg no REsp 1.174.588/SP (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi, j. 17.05.2011, v.u.), REsp 717.936/DF (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06.10.2005, v.u.), AI 789.492/RS (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, v.u.), EDs no RE 70.982/GB (STF, Pleno, Rel. Min. Thompson Flores, j. 22.05.1974, v.u.) e RE 70.908/PE (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Thompson Flores, j. 17.05.1971), dentre outros. Veja que as hipóteses de cabimento de recurso especial e extraordinário estão previstas na Constituição Federal, que dispõe que seu objeto é violação a lei federal e à Constituição Federal, entre outras poucas matérias, o que pode se entender como um limitador das questões que tais Cortes podem apreciar em tais vias. Nesse sentido, o STF tem se recusado a apreciar alegação de prescrição também porque isso envolveria interpretação da lei federal, o que foge à competência da Corte prevista na Constituição Federal. Nesse sentido, AgRg no RE 569.206/SP (2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. 22.03.2011, v.u.).

²³⁸ Dinamarco trata do referido dispositivo justamente no capítulo sobre “preclusão e fases procedimentais”, afirmando que o mesmo dispõe que não preclui a possibilidade de praticar “ato do processo”; no caso, o ato de alegar a ocorrência de prescrição e requerer a extinção do processo (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, p. 468-469).

²³⁹ Humberto Theodoro Júnior parece ter opinião diferente. O ilustre jurista mineiro afirma que, “como figura do direito substancial, a prescrição se apresenta como uma defesa (exceção) de que o devedor pode livremente dispor, a qualquer tempo e até mesmo de forma tácita (CC, arts. 191 e 193). Isto quer dizer que basta o devedor não invocar a exceção respectiva para ter-se como renunciado o favor legal da prescrição” (*Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V 2. p. 454). Não podemos concordar com essa interpretação do Código Civil brasileiro, pelo menos não genericamente. Parece-nos que, em certas situações, dependendo do teor da contestação, se poderá inferir que houve renúncia à prescrição, mas certamente serão situações excepcionais.

E a regra processual consubstanciada no art. 193 do Código Civil, naturalmente, não deverá ser observada pelo juiz estrangeiro, uma vez que não cabe à lei brasileira dispor em que momento poderá ou não poderá ser apreciado determinado tipo de alegação em um processo no exterior, ou quais são as matérias que podem ser alegadas na fase recursal²⁴⁰. O juiz estrangeiro, no entanto, quando aplicar o direito brasileiro à prescrição, não poderá considerar que houve renúncia tácita por que ela não foi alegada na primeira defesa ou mesmo em momento posterior no processo, ainda que sua lei (material) assim disponha. E deverá, se sua lei processual permitir, acolher alegação de prescrição em qualquer momento no processo se realmente configurada e não tiver ocorrido renúncia por motivo outro que não sua falta de alegação em oportunidade anterior no processo.

Quanto à decadência, o art. 210 do Código Civil, que dispõe que “deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”, veicula somente regra processual, observável somente pelo juiz brasileiro, que deverá segui-la mesmo se a decadência for regida por direito estrangeiro que não contenha regra (processual) que determine o mesmo ao juiz.

Já a regra material brasileira sobre a renúncia à decadência legal está toda contida no art. 209, que a reputa nula. Isso significa que juízes estrangeiros não poderão dar validade à renúncia da decadência fixada na lei brasileira. No entanto, na mesma linha de raciocínio exposta acima, o juiz brasileiro não poderá declarar nula a renúncia fixada em lei estrangeira que a permita.

Quanto ao art. 211 do Código Civil²⁴¹, que trata da decadência convencional, tudo se passa como no art. 193: consubstancia uma regra material (não importa renúncia tácita a ausência de alegação) e outra processual (pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, mas juiz não pode suprir a alegação²⁴²).

2.2.4 Alteração dos prazos prescricionais

²⁴⁰ Irineu Strenger corretamente afirma que “A *lex fori* estabelece em que condições é possível à pessoal utilizar-se de recursos quando perdedora de uma disputa” (*Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p. 27).

²⁴¹ Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

²⁴² Confira-se o item 2.3.5 quanto à possibilidade do juiz brasileiro poder hoje decretá-la de ofício em função da regra do art. 219, § 5º, c/c art. 220 do CPC.

É a *lex causae* quem define se as partes podem ou não acordar prazos prescricionais, seja para reduzi-los, seja para aumentá-los ou seja mesmo para criá-los, quando inexistente para uma determinada pretensão, e em que condições e dentro de quais limites. Ou mesmo para criar hipóteses de interrupção ou suspensão não previstas em lei.

O fato do art. 192 do Código Civil proibir tal tipo de disposição com relação à prescrição e de o art. 211 permitir que as partes criem prazos decadenciais é de todo irrelevante quando a lei brasileira não for a *lex causae*.

Nesse sentido é a lição de Pontes de Miranda: “é a lei regedora do direito que decide se a vontade das partes pode encurtar ou espaçar os prazos de prescrição”²⁴³.

2.2.5 Responsabilidade daqueles que deram causa à prescrição

O representante que causar prejuízo a seu representado, inclusive por não tomar os atos que lhe cabiam para evitar a prescrição de uma pretensão do representado ou por deixar de alegar oportunamente a prescrição de uma pretensão contra ele exigida, será responsável por seus atos e omissões de acordo com o direito que rege a sua obrigação para com o representado.

Nesse sentido, o art. 195 do Código Civil, que dispõe que “os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que deram causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente”, só tem aplicação a relações entre relativamente incapazes e assistentes, e entre pessoas jurídicas e representantes legais, regidas pelo direito brasileiro. E é aplicado em tais casos independentemente de qual a lei que regia a obrigação que se tornou inexigível em razão da prescrição ou que foi reconhecida judicialmente apesar de prescrita em razão da ausência de alegação.

Naturalmente, o direito brasileiro não deixa desprotegidos os incapazes que sofrem danos porque seus representantes (em uma relação de representação regida pelo direito brasileiro) deixaram prescrever uma pretensão fundada em direito estrangeiro quando o direito estrangeiro permite tal prescrição em face do incapaz. O art. 195 do Código não contempla expressamente esta situação tão-somente porque nosso legislador civil não tinha em mente relações jurídicas com elementos de estraneidade quando elaborou o Código, e não

²⁴³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. V. 1, p. 552.

porque pretendeu afastar a responsabilidade em tais situações. E, em qualquer caso, as regras gerais de responsabilidade civil são suficientes para que o representante responda.

2.2.6 Prescrição contra sucessor

É a *lex causae* que define o que ocorre com a obrigação quando o devedor falece ou a sociedade é liquidada, inclusive no que diz respeito à prescrição. O artigo 196 do Código Civil, que dispõe que “a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor”, só é aplicável quando o direito brasileiro reger a prescrição. Outros ordenamentos jurídicos podem prever, por exemplo, para determinados tipos de pretensões, que a morte interrompe a prescrição, ou que a suspende até que seja definido quem é o sucessor, ou até que põe fim à obrigação.

2.2.7 Causas de impedimento da prescrição

Os artigos 197 a 200 do Código Civil determinam que a prescrição não corre contra determinadas pessoas, ou em determinadas circunstâncias. Entendemos que são todas regras de direito material e que se aplicam somente a obrigações regidas pelo direito brasileiro. Trataremos do campo de aplicação de cada uma separadamente a seguir.

2.2.7.1 Prescrição entre cônjuges, ascendentes e descendentes, tutelados e tutores e curatelados e curadores

O art. 197 do Código Civil brasileiro dispõe que não corre a prescrição (i) entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal, (ii) entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar e (iii) entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Referida regra se aplica apenas a obrigações regidas pelo direito brasileiro entre cônjuges, entre ascendentes e descendentes, entre tutelados e tutores e entre curatelados e curadores. Se a prescrição referente à obrigação regida pelo direito francês de um cônjuge brasileiro ou alemão para com o outro (seja de que nacionalidade for e seja qual for a lei do regime de casamento entre eles) flui ou não durante a sociedade conjugal é questão solucionada pelo direito francês, que rege os direitos e deveres entre tais cônjuges.

Nesse sentido é a opinião de Pontes de Miranda:

Há preceitos de lei que mandam suspender-se a prescrição durante o casamento ou a vigência da sociedade conjugal. (...) O estatuto é o da obrigação: a lei que a domina decide de qualquer interrupção ou suspensão. É o mesmo o que se há de resolver quanto a acção entre ascendentes e descendentes durante o pátrio poder, entre tutores e tutelados, entre os que guardam e os que mandaram guardar coisas (penhor, depósito, mandato, etc.).²⁴⁴

2.2.7.2 Prescrição contra incapazes, ausentes do país em certas situações e servindo as forças armadas em tempos de guerra

O artigo 198 do Código Civil dispõe que não corre qualquer prescrição “contra” certas pessoas a quem a lei confere proteção: (i) os absolutamente incapazes, (ii) os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados e dos Municípios e (iii) os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Como aponta Yussef Said Cahali²⁴⁵ e Carlos Alberto Dabus Maluf²⁴⁶, tal dispositivo, na verdade, trata da prescrição das pretensões que tais pessoas tiverem contra alguém, e não impede que corra o prazo prescricional das pretensões que outros tiverem contra elas. Cahali afirma que tal regra complementar “o sistema de proteção devida aos absolutamente incapazes e se insere na tradição do nosso direito”.

Entendemos que tal dispositivo só é aplicável quando a lei brasileira for a *lex causae*. Ou seja, se a prescrição corre ou não em face do incapaz, seja qual for sua nacionalidade ou domicílio, dependerá do que dispõe a lei que rege a obrigação em questão. Trata-se, a nosso

²⁴⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. V. 1, p. 553.

²⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 86.

²⁴⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código civil comentado: prescrição, decadência e prova: artigos 189 a 232*. São Paulo: Atlas, 2009. V. 3. Código Civil Comentado. Coord. de Álvaro Villaça. p. 54.

ver, de questão qualificada como de direito obrigacional, e não de questão relacionada à capacidade da parte. Nesse sentido, mais uma vez, é o escólio de Pontes de Miranda:

Se ocorre que há entre os sujeitos um incapaz (credor), a lei dêle não pode impedir que corra a prescrição, se a lei do devedor (ou a que, lei-conteúdo, regeu o negócio) ou, em geral, dominante, não consigna a causa de suspensão.²⁴⁷

Regras semelhantes quanto aos incapazes são encontradas em várias legislações, mas normalmente com limitações que a lei brasileira não prevê. Zimmermann aponta que a tendência que há hoje no direito europeu para redução dos prazos prescricionais atingiu tal hipótese, de forma que há ordenamentos jurídicos que só preveem que a prescrição não corre quando o incapaz não possui representante. Essa seria a solução dada pelo direito alemão, austríaco, grego e italiano, por exemplo²⁴⁸. Segundo referido autor, não seria necessário protegê-lo em relação a terceiros quando possui representante, sendo que ele normalmente será protegido pela suspensão da prescrição em face do representante²⁴⁹ (suspensão essa prevista também no direito brasileiro²⁵⁰).

Vale ressaltar, no entanto, que o art. 7º da Lei de Introdução dispõe que a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras relativas à capacidade e os direitos de família, o que, entre outras coisas, se inclui a representação do incapaz. Disso decorre que, para o juiz brasileiro apurar se o réu é ou não incapaz (ou era ou não incapaz em determinado momento do passado), e se está ou não representado (ou estava no passado), deverá se ater ao que dispõe a lei de seu domicílio. Assim, para obrigações regidas pela lei brasileira cujo credor for um estrangeiro, o juiz, para verificar se ele é ou não incapaz (e, portanto, se a prescrição está ou não correndo, de acordo com o art. 198, I, do Código), deverá atentar para a lei de seu domicílio e não para o art. 3º do Código Civil brasileiro.

E a prescrição das pretensões do incapaz em face de seu representante é regida pela lei que rege a relação jurídica entre ambos, a qual, de acordo com a regra de conexão do direito internacional privado brasileiro, é a lei do domicílio do incapaz.

²⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. V. 1, p. 553.

²⁴⁸ E o direito inglês e o francês não teriam tal limitação.

²⁴⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 134-135.

²⁵⁰ Art. 198 do Código Civil: “Não corre a prescrição: (...) II – entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III – entre tutelados e curatelados e seus tutores e curadores, durante a tutela ou curatela”.

2.2.8 Interrupção e suspensão da prescrição

Todas as hipóteses de interrupção e suspensão da prescrição são regidas pela *lex causae*, que define também quando (e se) o prazo volta ou recomeça a correr, quantas vezes pode ocorrer suspensão ou interrupção, por quanto tempo etc. Assim, os arts. 200 a 204 do Código Civil são aplicáveis somente em caso de obrigação regida pelo direito brasileiro²⁵¹.

Há que se ressaltar interrupção da prescrição é um *efeito de direito material* que pode decorrer de uma série de atos, inclusive processuais, como a citação no direito brasileiro, do que trataremos melhor no item 2.3.1.1 adiante. E efeitos de direito material, naturalmente, são dispostos na lei material (no caso brasileiro, do Código Civil) e, em consequência, regidos pela *lex causae*.

Mesmo a propositura e o fim da ação sendo questões processuais regidas pela *lex fori* (vide item 2.3.1), a *lex causae* é quem definirá se a prescrição continua a correr ou não durante o curso da ação, ou se continua em certos casos (como extinção sem resolução do mérito, por exemplo) e não em outros.

2.2.8.1 Interrupção da prescrição regida pelo direito brasileiro por processo proposto no exterior

Quando o direito brasileiro reger a obrigação, será aplicável, em litígio no Brasil ou no exterior, o art. 202 do Código Civil, que determina que a prescrição é interrompida (i) “por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual” (inciso I) e (ii) “por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor” (inciso V).

Naturalmente que a interrupção se dará mesmo quando a ação é proposta perante Justiça alienígena, e mesmo que venha a ser julgada extinta por tal Justiça sem resolução do mérito, nas mesmas hipóteses em que a interrupção ocorreria se tivesse sido extinta no Brasil

²⁵¹ Nesse sentido, Pontes de Miranda (*Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. V.1, p. 552) e, quanto aos “meios interruptivos da prescrição”, também Rodrigo Octávio (*Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932. V. 1, p. 393).

da mesma forma (ou da forma mais semelhante que nosso ordenamento prever). Ou ainda em caso de arbitragem no Brasil ou exterior (do que trataremos melhor mais adiante).

O fato de que “a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas” (art. 90 do CPC) não torna as ações alienígenas completamente inexistentes para o nosso direito. Correta é a lição de Barbosa Moreira sobre os limites da “irrelevância” da ação estrangeira imposta por esse dispositivo:

A pendência da lide em outro país não obsta a que se exerça sobre ela atividade cognitiva no Brasil; mas seria excessivo tirar disso a inferência de que fique excluída *toda e qualquer* possível repercussão do processo estrangeiro (ou pelo menos do seu resultado) no território nacional.²⁵²

Nem é necessária homologação de sentença estrangeira para que sejam reconhecidos no Brasil efeitos de direito material decorrentes da instauração do processo alienígena. A interrupção pela citação no exterior está, na verdade, no mesmo patamar do reconhecimento da dívida pelo credor ou protesto cambial no exterior.

2.2.9 Repetição de dívida prescrita

A lei que rege a obrigação também determina se cabe repetição em caso de cumprimento da obrigação após o lapso do prazo prescricional. Provavelmente a solução de tal questão estará ligada à concepção que a *lex causae* tiver da prescrição (como instituto que extingue ou não a obrigação).

O art. 882 do Código Civil, portanto, é aplicável somente quando a lei brasileira for a *lex causae*.

2.2.10 Pretensão de anulação de um ato

²⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Relações entre processos instaurados sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro. p. 366.

Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, lecionam, corretamente, que “a prescrição relativa a uma ação que visa a anulação de um ato é regida pela mesma lei que regula o próprio ato”²⁵³. Isso decorre também do art. 9º da LIDB.

Assim, os defeitos do ato devem ser apurados conforme sua legislação de regência, que poderá dar a eles consequências diversas da prescrita pela *lex fori*, e sujeitando seu reconhecimento a prazo prescricional quando a *lex fori* não o faz.

Uma alteração relevante no direito civil brasileiro serve como exemplo das variações que o direito pode apresentar nesta seara. O Código Civil de 1916 encarava como anulável o ato viciado por simulação (art. 147, II) e concedia prazo decadencial de 04 anos, contado do dia em que realizado o ato, para sua anulação (art. 178, § 9º, V²⁵⁴). Já o Código de 2002 reputa nulo o negócio jurídico simulado (art. 167, *caput*) e tal nulidade poderá ser declarada a qualquer tempo, uma vez que as ações declaratórias, em nosso sistema, não estão sujeitas a prazo prescricional.

No caso de ato regido por direito estrangeiro, será tal direito que disporá se o ato é válido ou não, quais as consequências de sua invalidade e qual o prazo prescricional ou decadencial que o interessado dispõe para pleitear o reconhecimento da invalidade em juízo, quais os efeitos de tal reconhecimento (se *ex nunc* ou *ex tunc*, por exemplo) etc. A *lex fori* em nada influenciará tal julgamento.

2.2.11 Pretensão de execução de um julgado (prescrição superveniente ao término do processo)

Como já mencionado no item 2.2.11, muitos sistemas jurídicos, diferentemente do direito brasileiro, possuem prazo prescricional específico para pretensões estabelecidas por processos judiciais, como em sentença judicial condenatória ou em acordo homologado em juízo, aplicável para a sua execução. Segundo Reinhard Zimmermann, tal prazo é normalmente mais longo do que o prazo prescricional da pretensão que ensejou a sentença

²⁵³ Texas International Law Journal, v. 33, p. 425-461 (1998) apud DOLINGER, Jacob. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, out./dez. 2001, p. 361. No original: “the statute of limitation regarding a suit for the annulment of an act is regulated by the same law than regulates the act itself”.

²⁵⁴ O referido artigo, em seu *caput*, ao usar o termos “prescreve”, criou controvérsia sobre se se tratava de prazo prescricional ou decadencial. “A doutrina, todavia, evoluiu para a tese da decadência”, como afirma Humberto Theodoro Júnior (*Comentários ao Novo Código Civil*. Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. III, tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 592).

condenatória, o que se daria porque, já tendo o devedor sido condenado judicialmente, não tem mais expectativa legítima de que a outra parte não vá exercer sua pretensão; além disso, já tendo exercido seu direito de defesa, a questão do prejuízo para o réu decorrente de possível perda de documentos, esquecimento dos fatos após grande lapso de tempo etc., não se coloca²⁵⁵. Ana Filipa Morais Antunes, por sua vez, ao tratar do fundamento do prazo mais longo do direito português, afirma que, após a sentença, “não se verifica um dos fundamentos do instituto: penalizar a inércia do titular do direito”²⁵⁶.

Cumprir fazer um pequeno esclarecimento sobre a reforma de 2005, que criou a fase de “cumprimento de sentença”: a lei nº 11.232/2005 extinguiu o processo autônomo de execução de título judicial. Hoje, cumpre ao credor requerer a intimação do vencido, na pessoa de seu advogado (se tiver sido constituído), para cumprir o julgado no prazo de 15 (quinze) dias, previsto no art. 475-J do Código de Processo Civil²⁵⁷, e, se o devedor não cumpri-lo, se inicia a execução, com penhora de bens do devedor (execução esta que é entendida como mera fase do processo anterior). Ou seja, a fase de cumprimento de sentença depende de iniciativa do credor para se iniciar, não podendo o juiz instaurá-la de ofício, em harmonia, aliás, com o princípio do dispositivo (art. 2º do CPC).

Entre as defesas que o devedor pode apresentar à execução, em sede de impugnação, encontra-se a prescrição, “desde que superveniente à sentença” (art. 475-L, VI, do CPC). O termo “sentença” não foi aqui muito bem empregado, pois a hipótese se refere, na verdade, à prescrição posterior ao término do processo (ao seu trânsito em julgado), que muitas vezes ocorre após acórdão de recurso interposto contra a sentença

É de se perguntar então se, em um processo que tramitou no Brasil em que o devedor foi condenado a cumprir uma obrigação regida por lei estrangeira, deve-se aplicar o prazo

²⁵⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 113-114. Em Portugal, por exemplo, o art. 311.º (1) do Código Civil dispõe que “O direito para cuja prescrição, bem que só presuntiva, a lei estabelecer um prazo mais curto do que o prazo ordinário fica sujeito a este último, se sobrevier sentença passada em julgado que o reconheça, ou outro título executivo”. O referido “prazo ordinário” é de 20 anos (art. 309.º do Código). Já a Seção 24 (1) do *Limitation Act 1980* inglês, por sua vez, dispõe que: “An action shall not be brought upon any judgment after the expiration of six years from the date on which the judgment became enforceable.”

²⁵⁶ ANTUNES, Ana Filipa Morais. *Prescrição e caducidade*: anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 88. O prazo mais longo para prescrição de “Direitos reconhecidos em sentença ou título executivo” está previsto no art. 311.º do Código Civil português (vide nota da rodapé anterior).

²⁵⁷ Havia divergência anteriormente se o devedor estava obrigado a cumprir o julgado espontaneamente, sob pena da incidência da multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J do CPC, mas, recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão e decidiu que cabe ao credor apresentar planilha de cálculos (em caso de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa) e requerer a intimação do devedor para cumprir o julgado, o que se dará mediante publicação no Diário Oficial, caso tenha constituído advogado (REsp 940.274/MS, j. 07.04.2010, por maioria, Relator p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha).

prescricional estrangeiro para a referida prescrição superveniente ao término do processo (ou seja, prescrição da pretensão executiva ou de fazer cumprir a sentença).

Entendemos que sim. Como já indicamos, o enquadramento do referido prazo como de prescrição intercorrente ou de outro tipo de prescrição deve ser feita pela lei (no exemplo acima, estrangeira) que rege a obrigação objeto do litígio. E cabe ao juiz, nesse seu mister, julgar da mesma forma que julgaria o juiz estrangeiro.

Fazemos aqui, mais uma vez, referência ao acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro) no Agravo de Instrumento nº 2008.02.01.016468-1²⁵⁸, no qual o Tribunal decidiu que, para a execução da sentença italiana, homologada pelo STF, seria aplicável o prazo prescricional italiano de 10 anos para sentenças condenatórias transitadas em julgado ainda que se pudesse entender que seria aplicável o prazo de 5 anos à pretensão veiculada na ação²⁵⁹.

Quanto às sentenças estrangeiras, trataremos do prazo para homologá-las ou executá-las no Brasil no capítulo 3.

2.2.11.1 Direito que regerá a prescrição superveniente ao término do processo judicial

O direito estrangeiro que a sentença judicial transitada em julgado (ou outra decisão do processo com conteúdo de sentença) tiver aplicado para decidir que a pretensão não está prescrita é que definirá também a prescrição superveniente. Isso porque, na execução, se deve atentar para o que o título judicial dispõe a respeito de todas as questões decididas, evitando-se rediscussão, em atenção à segurança jurídica e à legítima expectativa das partes.

Veja que a sentença brasileira que acolhe a prescrição julga o processo *com resolução do mérito*, nos termos do art. 269, V, do CPC. Do mesmo modo, a decisão que rejeita a alegação de prescrição tem natureza de sentença de mérito, como reconhece Dinamarco²⁶⁰,

²⁵⁸ Novo nº (CNJ) 0016468-66.2008.4.02.0000, 6ª Turma Especializada, j. 23.03.2009, Relator Des. Fed. Guilherme Couto de Castro, v.u.

²⁵⁹ O acórdão dispôs que, “de qualquer sorte, nos termos do art. 2953 do Código Civil italiano, ainda que se considerasse o prazo menor, a partir da sentença condenatória da prestação devida, aplica-se o prazo decenal”. Referido dispositivo, sob o título “Effetti del giudicato sulle prescrizioni brevi”, dispõe que “I diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato (Cod. Proc. Civ. 324), si prescrivono con il decorso di dieci anni”.

²⁶⁰ Que afirma que poderia ser atacada inclusive por ação rescisória (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 3, p. 701-702).

José Frederico Marques²⁶¹ e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁶². Em ambos os casos, com o trânsito em julgado, fazem *coisa julgada material*

Disso se denota que a prescrição não é questão prejudicial²⁶³ decidida incidentalmente no processo (art. 469, III, CPC), mas sim uma das “questões decididas” a que alude o trecho final do art. 468 do CPC.

E a questão decidida não é apenas se houve ou não prescrição, mas *qual o direito* que rege esse instituto de natureza substancial com relação à pretensão objeto do litígio. Dinamarco, citando Carnelutti, afirma que as questões que fazem coisa julgada material “são pontos duvidosos de fato ou de direito”²⁶⁴.

Se fosse permitido ao juiz redecidir tal questão em sede de execução, instauraria-se grande insegurança jurídica. De fato, a parte poderia não iniciar a execução na convicção de que teria um determinado prazo previsto na lei aplicada para tanto e ser depois surpreendida com a aplicação de um prazo menor de outro sistema jurídico do qual não cogitara. Esse tipo de risco não deve acometer o titular de um direito reconhecido em juízo e certamente não se coaduna com o instituto da coisa julgada, protegido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVI, CF).

Mais uma vez nos valem os ensinamentos de Dinamarco para auxiliar na demonstração de que tal situação configuraria um desrespeito à *eficácia preclusiva* da coisa julgada e mesmo uma violação ao disposto no art. 471 do CPC:

Eficácia preclusiva é a aptidão, que a própria coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela. Resolve-se portanto em um mecanismo de autodefesa da coisa julgada, que no Brasil vem regido pelos arts. 471, *caput*, e 474 do Código de Processo Civil. Seria muito pouco proclamar solenemente a intangibilidade da coisa julgada como uma situação de firmeza destinada a propiciar segurança jurídica àquele que foi vencedor no processo (Const., art. 5º,

²⁶¹ O qual afirma que tal decisão faz coisa julgada, porque se trata de *preliminar de mérito*. Apesar de não mencionar expressamente que faz coisa julgada *material*, nos parece que é dela que referido autor faz referência, uma vez que, em sua obra, normalmente se utiliza do termo “coisa julgada” quando trata da coisa julgada *material* (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1976. V. 3, p. 58-59).

²⁶² Nos EDcl no REsp 987.203/SP (1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16.12.2008), o STJ analisou qual o efeito de acórdão transitado em julgado que havia reconhecido a inocorrência de prescrição de uma determinada pretensão e dispôs que “não poderia o STJ, no bojo do recurso especial posterior, reabrir nova discussão a respeito do prazo prescricional, na medida em que esse tema se encontra acobertado pelo manto da coisa julgada material, que tão-somente pode ser desconstituída através da ação rescisória”. Em função disso, modificou a decisão embargada, que havia reconhecido a prescrição no caso. Além disso, a Corte, em vários precedentes em casos em que a prescrição havia sido rejeitada, dispôs que “a matéria referente à prescrição, quando decidida por sentença transitada em julgado, não poderá ser apreciada novamente, sob pena de ofensa à coisa julgada”, como no AgRg no REsp 958.522/RO (5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25.10.2007, v.u.).

²⁶³ Nesse sentido, Vicente Greco Filho, que as qualifica como “preliminares de mérito” (*Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 165-166).

²⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 3, p. 321.

inc. XXXVI...) mas ao mesmo tempo deixar o flanco aberto para novas decisões sobre pontos ou questões influentes sobre a causa que houver sido definitivamente julgada.²⁶⁵

Cumpra ressaltar, outrossim, que a definição da lei aplicável nem sempre é simples. Às vezes, é necessário se definir qual o domicílio de uma das partes ou qual o local onde o ilícito ocorreu, por exemplo, sobre as quais pode se instaurar ampla discussão probatória. Certamente não é aceitável a reavaliação de matéria probatória em sede de execução ou de impugnação a execução; menos ainda a produção de novas provas para definir se os fatos se deram mesmo como havia sido decidido ou para se averiguar a ocorrência de outros fatos que se entenda importantes para se definir a lei aplicável (se o juiz resolver adotar outra regra de conexão, por exemplo, abandonar a que conduz ao domicílio de uma das partes e apregoar a *lex rei sitae*, outros fatos terão que ser verificados).

Nos parece que, em tal situação, o reexame não é possível pois visaria comprometer questão decidida sobre a qual fez coisa julgada e que se enquadraria na seguinte lição de Dinamarco:

Por expressa determinação do próprio Código, a coisa julgada material não imuniza o julgamento de questões de fato ou de direito, o qual nada tem de vinculativo para futuras decisões sobre pretensões diversas (limites objetivos da coisa julgada – art. 469, incs. I-III (...)); mas, quando esse exame se destinar à demonstração de que o juiz errou ao julgar e desse modo visar a comprometer a firmeza do *preceito* coberto pela coisa julgada material, aí sim incide o art. 471 e o reexame é vedado.²⁶⁶

A solução que advogamos nos parece correta ainda que o juiz tenha cometido *error in iudicando* e tenha deixado de adotar a regra de conexão brasileira, ou seja, tenha aplicado à prescrição lei distinta daquela que aplicou à obrigação objeto da disputa.

Naturalmente que tal decisão terá violado frontalmente a lei (no caso, o art. 229 do Código Bustamante e o art. 9º da LIDB) e poderá ser objeto de ação rescisória, mas, se ou enquanto não rescindida, caberá ao juízo da execução resolver eventual alegação de prescrição superveniente de acordo com o direito sob a égide do qual a sentença exequenda rejeitou alegação de prescrição.

Caso a lei de regência da prescrição não tenha sido definida pelo juiz na fase de conhecimento do processo, a situação será diferente. Não haverá coisa julgada especificamente no que tange à lei aplicável à prescrição. Assim sendo, caberá ao juiz, quando se deparar com a alegação de prescrição superveniente em sede de impugnação à execução, seguir a regra de conexão brasileira e aplicar à prescrição o direito de regência da obrigação.

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 3, p. 330.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 331.

Não deverá, no entanto, investigar qual direito será esse, de acordo com as regras conflituais, se a sentença já o definiu; em tal caso, deverá aplicar à prescrição o direito adotado no título executivo quanto ao mérito principal, questão protegida pelo manto da coisa julgada.

2.2.12 Pretensão exercida por meio de arbitragem

O direito material normalmente não possui regras específicas referentes à prescrição para os casos em que as partes optaram pela arbitragem como meio de resolução de suas controvérsias, diferentes das aplicáveis em caso de processo judicial. O direito material brasileiro, por exemplo, não faz qualquer distinção. Na verdade, nosso Código Civil faz referência apenas a “juiz” (art. 202, I), “citação” (art. 202, I), “ato judicial” (art. 202, V), “processo” (parágrafo único do art. 202), “ação” (art. 200), conceitos que demonstram claramente que o legislador tinha apenas o processo judicial em mente quando redigiu o Código.

Mesmo assim, todas essas normas se aplicam em caso de arbitragem, devendo-se apenas fazer as adaptações necessárias, com a ressalva apenas que “processo” é um termo que pode ser aplicado também à arbitragem (o *processo arbitral*)²⁶⁷. Há que se ressaltar, no entanto, que na arbitragem não há propriamente nenhum ato que substitua o “despacho do juiz que ordenar a citação”; árbitros ou câmaras arbitrais não propriamente citam a outra parte, menos ainda ordenam ou deixam de ordenar citação. Na verdade, o ato interruptivo na arbitragem normalmente é a notificação de uma parte à outra ou à câmara de arbitragem da intenção de instaurar o procedimento, do que trataremos com mais detalhes no item 2.3.2.1.

Outros ordenamentos jurídicos, no entanto, podem possuir sim regras materiais específicas dos atos por meio dos quais se considera exercida a pretensão prescritível por meio de arbitragem. Em tais casos, é claro, deve ser aplicadas as regras específicas e não as regras referentes ao exercício por meio de ação judicial.

²⁶⁷ Isso já era proposto por Pontes de Miranda antes do Código de 2002 e da atual lei de arbitragem (lei 9.307/96), fazendo referência aos arts. 172 e 173 do Código de 1916 (equivalentes ao 202 e seu parágrafo único do CC atual): “Se a pretensão é levada a juízo arbitral (...), o que se disse nos arts. 172 e 173 incide, *mutatis mutandis*. Há atos que correspondem à citação, ao protesto, à apresentação do título, ao ato judicial que constitui em mora e ao ato que importa em reconhecimento; e a eficácia interruptiva rege-se pelo art. 173. Essa equiparação, quanto ao juízo arbitral, é velhíssima. Na L. 5, § 3, C., de receptis, 2, 55, explicitou-se que o comprometer-se para decisão por árbitros interrompia a prescrição, tal como se o litígio se houvesse instalado em juízo ordinário (*conventum in scriptis apud compromissum iudicem Jactum ita tem poris interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis Juisset inchoata*). Os juriconsultos haviam discutido isso, longamente, tanto que a L. 5, § 1, alude a Júlio Paulo e outros mais (verbis ‘Iulii Pauli opinionem et aliorum prudentium certorum’).” (*Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. 60 v. V. 6, p. 230-231)

Tudo o que foi dito nos itens anteriores se aplica, a princípio, em caso de arbitragem. Ressalvamos que isso ocorre apenas “a princípio” porque, em arbitragens internacionais²⁶⁸, o tribunal arbitral não tem obrigação de adotar as regras de conexão da sede da arbitragem²⁶⁹ ou de qualquer outro país para definir qual lei regerà uma determinada questão²⁷⁰. Ou seja, o juiz brasileiro é obrigado a seguir as regras de conexão brasileiras, de que tratamos nesse trabalho, para julgar um processo, mas árbitros podem delas se afastar mesmo em arbitragens com sede no Brasil, sem que isso importe em invalidade da sentença arbitral.

Sem querer nos aprofundar sobre as funções dos árbitros e qual a melhor orientação a seguir, que não é escopo deste trabalho, um exemplo pode ajudar a compreender essa questão. Entendemos que a aplicação, pelos árbitros, da lei escolhida pelas partes em um contrato internacional (a *lex causae*) para definir qual o prazo prescricional para se exercer uma determinada pretensão decorrente do contrato seria natural, tendo em vista que a aplicação da *lex causae* à prescrição é hoje quase um consenso internacional. E seria ainda mais natural se as partes ou o contrato não tivessem qualquer ligação com as hoje poucas jurisdições que adotam outras regras de conexão.

Em uma arbitragem internacional referente a um contrato que não contém cláusula de eleição de lei²⁷¹, no entanto, a aplicação do direito que rege a obrigação (que será definido então pelos árbitros) pode ser menos natural. É possível as partes tenham uma legítima expectativa de que seria aplicável à sua pretensão um prazo prescricional diferente daquele previsto no ordenamento jurídico depois escolhido pelos árbitros para o mérito. Ou que seu ajuste a respeito do prazo prescricional seria aplicado, ao passo que a lei escolhida posteriormente pelos árbitros o reputa nulo (como a lei brasileira). Ou ainda que um ato praticado pelas partes teria interrompido a prescrição (talvez porque aceito como causa de

²⁶⁸ Com relação a arbitragens nacionais com sede no Brasil, Thiago Marinho Nunes sustenta que os árbitros necessariamente devem aplicar a lei brasileira no que diz respeito à prescrição e, se ela for alegada e efetivamente comprovada por uma das partes, devem extinguir a pretensão (*Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 132-136).

²⁶⁹ Quanto ao conceito do que seria a sede da arbitragem, confira-se o item 2.2.12.

²⁷⁰ A esse respeito, conferir a doutrina de Carmen Tiburcio (A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 92-114) e Ricardo Ramalho Almeida (*Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 69, 175-181 e 334).

²⁷¹ Se o contrato contiver cláusula de eleição de lei aplicável, talvez a “fuga” de tal lei pelos árbitros para aplicarem outra à prescrição possa levar à anulação da sentença arbitral sob o fundamento de que foi “proferida fora dos limites da convenção de arbitragem” (art. 32, IV, da lei nº 9.307/96), mas não nos aprofundaremos em tal questão porque, como já ressaltado, não está dentro do escopo deste trabalho. Cumpre trazer, no entanto, a lição de Thiago Marinho Nunes, que sustenta que, se as partes tiverem escolhido a lei aplicável à sua relação jurídica, os árbitros deverão aplicar tal lei à prescrição (*Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 153-156 e 192-193).

interrupção na lei do local de execução do contrato, onde foi praticado por representantes de ambas as partes), quando isso não é previsto por tal lei. Em tais circunstâncias, pode ser natural que os árbitros adotem outra lei, que não a que rege o mérito da disputa, e que lhes pareça mais adequada para resolver se ocorreu ou não a prescrição ou mais próxima de tal questão, fugindo assim da regra de conexão brasileira ou mesmo de qualquer outra²⁷².

Uma outra situação interessante ocorre quando as partes decidem que seu contrato é regulado “com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”, nos termos do art. 2º, § 2º, da lei 9.307/96. Ou ainda, quando decidam que a arbitragem seja por equidade, como autorizado no *caput* do referido art. 2º. Em tais casos, os árbitros não aplicarão o direito de nenhum país, mas isso não nos parece que significa que devam reputar imprescritível qualquer pretensão decorrente do contrato²⁷³. Também sem querer nos aprofundar em matéria que não faz parte do escopo deste trabalho, convém apenas mencionar que uma sugestão seria a adoção dos *Princípios Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais 2010*, mencionados no capítulo 1, ou dos *Princípios do Direito Contratual Europeu*, de que tratamos no item 2.5.4.

2.2.12.1 Direito que regerá a prescrição superveniente ao término do processo arbitral

A sentença arbitral é título executivo judicial (art. 475-N, IV, CPC) e sua execução segue o mesmo procedimento da execução de sentença judicial, com a única diferença de que é necessário citar o devedor (parágrafo único do art. 475-N do CPC).

Assim, quanto ao direito que regerá a prescrição para a execução da sentença arbitral brasileira, tudo se passa exatamente da mesma forma que quanto à sentença judicial, de que tratamos no item 2.2.11.1. Trataremos do prazo para homologar e executar sentença arbitral estrangeira no capítulo 3.

²⁷² Thiago Marinho Nunes advoga que “no caso de ausência de escolha pelas partes da lei aplicável ao fundo do litígio, a prescrição extintiva é submetida à lei que os árbitros reputarem adequada ao caso concreto”; os árbitros podem se valer, para tanto, do método da *voie directe*, por meio do qual “determinam que a prescrição extintiva seja regida pela lei que mais se aproxima do mérito do litígio” (Ibidem, p. 229-230).

²⁷³ Thiago Marinho Nunes tem a opinião de que, em arbitragens *internas*, mesmo quando autorizados a julgar por equidade, os árbitros deverão observar as regras de ordem pública internas referentes à prescrição, das quais as partes não podem derogar por meio de escolha de arbitragem por equidade. Se o prazo prescricional já tiver sido ultrapassado quando as partes fizeram a opção por tal arbitragem, então os árbitros poderiam entender que houve renúncia à prescrição, que é admissível, no direito brasileiro, após a consumação da prescrição (Ibidem, p. 212-217 e 222-223). Em arbitragens internacionais isso não ocorreria e, na falta de uma lei aplicável à prescrição, os árbitros devem julgar de acordo tão somente com seu sentimento de justiça (Ibidem, p. 222-227).

2.3 Questões de direito processual relacionadas à prescrição

No item 2.1 acima, mencionamos a clássica lição de Savigny sobre a aplicação da *lex fori* a questões processuais. Irineu Strenger, citando máxima de Bartolus²⁷⁴, afirma que a regra de “que o processo seja regido pela *lex fori* é uma regra de direito internacional privado, que jamais foi posta em dúvida em teoria, apesar de algumas hesitações surgidas em cada uma de suas aplicações”²⁷⁵.

As exceções são raríssimas²⁷⁶, certamente pelas grandes dificuldades práticas que ensejaria se aplicar a lei processual estrangeira²⁷⁷. No Brasil não se aventa tal possibilidade, de forma que “mesmo quando a justiça brasileira tenha que julgar um conflito segundo regras do direito material estrangeiro, isto em nada afetará o direito processual pertinente, que será sempre o nacional”, como corretamente leciona Humberto Theodoro Júnior²⁷⁸.

A seguir trataremos das regras processuais do direito brasileiro que possuem relação com a prescrição e que, justamente em função do seu caráter *processual*, aplicáveis ainda que a questão de fundo objeto do litígio seja regida por direito estrangeiro²⁷⁹.

²⁷⁴ *Aut quaeris de his quae pertinent ad liti sordinationem et inspicitur locus iudicii.*

²⁷⁵ STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p.26.

²⁷⁶ Uma exceção, citada por Redfern e Hunter, é a possibilidade que a lei suíça concede às partes, para arbitragens com sede no país, de escolherem lei processual estrangeira para regular a arbitragem. Referidos autores divagam, no entanto, sobre os problemas que, por exemplo, a Corte suíça poderia enfrentar para solucionar uma exceção de suspeição de árbitro com base na lei de arbitragem alemã, e não recomendam fazer uma tal escolha. O único caso em que citam que houve tal escolha foi de um contrato que previa arbitragem a ser realizada no Peru submetida à lei processual inglesa, mas que a Justiça inglesa terminou por interpretar que o contrato previa arbitragem em Londres. No julgado em questão, no entanto, a Justiça inglesa afirma que é teoricamente possível se escolher uma lei processual estrangeira para regular arbitragem: “There is equally no reason in theory which precludes parties to agree that an arbitration shall be held at a place or in a country X but subject to the procedural laws of Y” (REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4th ed. Londres: Sweet & Maxwell. p. 103-104).

²⁷⁷ Strenger afirma que “Seria impossível introduzir em um tribunal novo sistema de processo para cada caso concernente a fatos ou leis estrangeiros, pois isto não teria instrumentalidade, nem a ciência especial e necessária para esse efeito” (*Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p.26).

²⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 565.

²⁷⁹ Nesse trecho, vale citar mais uma lição de Strenger sobre as regras processuais: “Em certos casos, pode-se inquirir se uma regra particular da *lex fori* é uma regra de fundo ou de processo. Esta questão, naturalmente, deve ser resolvida pela própria *lex fori*”. (*Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p.26).

2.3.1 Propositura e término de uma ação judicial

2.3.1.1 Propositura de ação judicial

A propositura de uma ação judicial²⁸⁰ não é, propriamente, mera hipótese de interrupção da prescrição, como dispõe o art. 202, I, do Código Civil, mas consiste, isso sim, no próprio exercício da pretensão prescritível. Outros ordenamentos jurídicos podem dispor outros efeitos para a propositura de uma ação por meio da qual se veicula a pretensão prescritível, como apenas sua suspensão ou mesmo somente o reconhecimento de que foi exercida no prazo, sem que seja alterada sua contagem (efeito que o direito brasileiro atribui à ação pela qual se exercita um direito potestativo sujeito à decadência, por exemplo). Todos esses são efeitos *materiais* decorrentes da propositura da ação, determinados, portanto, pela *lex causae*.

No entanto, é a *lex fori* quem dirá quando se pode se considerar que uma ação judicial foi proposta para fins de se apurar se a pretensão foi exercida dentro do prazo prescricional. Isso porque a propositura de uma ação judicial é uma questão processual que só pode ser determinada pela lei do foro.

Nesse sentido é o 2º comentário ao art. 10.5 dos já mencionados *Princípios Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais 2010*, que também trata dos efeitos que devem ser atribuídos à reconvenção (da qual trataremos no item a seguir):

2. Início dos processos

Os requisitos para se iniciar processos judiciais são determinados pela lei processual do Juízo perante o qual os processos são ajuizados. A lei processual do foro também determina se a apresentação de reconvenções configura a instituição de processos judiciais com relação a estas pretensões: onde reconvenções apresentadas como defesa são tratadas como se tivessem sido objeto de processos separados, apresentá-las tem o mesmo efeito no prazo prescricional que teria se tivessem sido ajuizadas de maneira independente.²⁸¹

²⁸⁰ Barbosa Moreira afirma que “começa o processo, aqui como alhures, com o ajuizamento da petição inicial”, mas a ação não vai ser necessariamente considerada proposta em tal momento, mencionando, em seguida, da regra do art. 263 do CPC, de que trataremos mais à frente (*O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 105).

²⁸¹ Tradução livre da versão em inglês do original, que afirma o seguinte: “2. Commencement of proceedings. The requirements for the commencement of judicial proceedings are determined by the law of procedure of the court where the proceedings are instituted. The law of procedure of the forum also determines whether the raising of counterclaims amounts to the instituting of judicial proceedings in regard to these claims: where the counterclaims raised as a defence are treated as if they were brought in separate proceedings, raising them has the same effect on the limitation period as if they had been filed independently”.

O direito inglês contém regra parecida. O *Foreign Limitation Periods Act 1984* dispõe que a lei inglesa determinará quando o processo proposto na Inglaterra se iniciou para fins de interrupção da prescrição regida por lei estrangeira²⁸².

Com relação ao nosso direito, o art. 263 do Código de Processo Civil dispõe quando uma ação foi proposta perante a Justiça brasileira:

Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

Como se vê, referido artigo possui uma regra geral em sua 1ª parte e uma exceção em sua 2ª parte. Barbosa Moreira afirma que, no momento do despacho inicial ou distribuição da ação, “operam-se os efeitos atribuídos pela lei à propositura, ressalvados os de que trata o art. 219, cuja produção se subordina à *condição (legal) suspensiva* da realização da citação (art. 263, 2ª parte)”²⁸³.

Um dos efeitos ressalvados é *interrupção da prescrição*, previsto no *caput* do referido art. 219. Tal dispositivo prevê que a *citação válida*, mesmo que ordenada por juiz incompetente²⁸⁴, “interrompe a prescrição”, ao passo que o seu § 1º dispõe que a tal interrupção retroage à data da propositura da ação (determinada pelo mencionado art. 263). Já o § 2º dispõe que o autor deve “promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário”, sendo que o juiz poderá prorrogar tal prazo por até 90 dias (§ 3º). E, por fim, o § 4º dispõe que “Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição” no momento do despacho inicial ou da distribuição; em tal caso, a interrupção ocorrerá quando efetivada a citação válida²⁸⁵.

Tratam-se todas de regras *processuais*, determinantes dos efeitos da *citação*, que é um ato processual²⁸⁶, e da *antecipação*²⁸⁷ de um de seus efeitos em certas circunstâncias²⁸⁸.

²⁸² Seção 1(3).

²⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 27. Itálicos nossos.

²⁸⁴ E mesmo que absolutamente incompetente, no que diz respeito à divisão interna da Justiça brasileira, segundo lições de Barbosa Moreira (Ibidem, p. 34) e Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, p. 92).

²⁸⁵ “Caso não se efetue a citação com observância desses prazos [dos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC], a prescrição não se terá por interrompida (ou a extinção do direito obstada) *na data do despacho liminar* (art. 219, § 4º), operando-se o efeito interruptivo ou obstativo apenas *na data da própria citação*, se ainda não se houver consumado a prescrição ou a extinção do direito” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 27).

Aplicam-se, portanto, a todos os processos propostos perante a Justiça brasileira, mesmo que tratem de obrigação regida por lei estrangeira.

Não andou bem nossa lei processual, no entanto, ao fazer referência à *interrupção* da prescrição. Como leciona Pontes de Miranda, “a relação jurídica processual é efeito próprio *processual* da citação e a interrupção efeito próprio de direito *material*”²⁸⁹. E sendo a interrupção um efeito de direito material²⁹⁰, não deveria ser mencionado pela lei processual. Ainda por cima, no caso, o foi incorretamente, pois nem sempre a interrupção pode decorrer da citação de ação judicial no Brasil. Em primeiro lugar, a *lex causae* estrangeira pode não conferir tal efeito. Em segundo lugar, pode ser que a interrupção da prescrição regida pela lei brasileira tenha ocorrido em momento anterior, caso em que a citação não promoverá nova interrupção, pois ela só pode ocorrer uma vez (art. 202, *caput*, do Código Civil). E, em terceiro lugar, no que diz respeito à decadência (à qual as referidas regras se aplicam por força do

²⁸⁶ “Embora a interrupção da prescrição seja regida pelo direito material, as citações são atos processuais e ao direito processual civil é que incumbe estabelecer as regras jurídicas a respeito delas. Se a citação não se fez, se houve ou se não houve a prorrogação, dentro do prazo que havia de ser respeitado, não se interrompeu a prescrição (...)” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 3, p. 265-266).

²⁸⁷ Pontes de Miranda trata como *efeitos adiantados* da citação e leciona que “o efeito é da citação, se bem que *antes* dela” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 3, p. 249).

²⁸⁸ Diversos outros efeitos processuais decorrem da citação. Costa Machado afirma que produz o “efeito processual” da “integração da relação processual”, pois torna o processo *actum trium personarum* (*Código de processo civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas. Barueri: Manole, 2006. p. 521). No mesmo sentido, Barbosa Moreira: “São efeitos processuais da citação válida: a) *completar* a constituição da chamada relação jurídica processual, que passa a envolver, além do autor e do juiz, também o réu” (*O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33). Justamente porque a relação processual ainda não se formou, antes da citação o autor pode modificar o pedido e a causa de pedir sem o consentimento do réu, além das partes (art. 264 do CPC), aditar o pedido (art. 294 do CPC) desistir da ação sem anuência do réu (267, §4º, do CPC) e sem condenação em honorários de sucumbência (STJ: AgRg no REsp 875.416/SC, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 25/09/2007) etc. Além disso, o *caput* do art. 219 do CPC dispõe que “citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa”.

²⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. V. 6, p. 232. O itálico é nosso.

²⁹⁰ Mais uma vez nos valem da lição de Pontes de Miranda: “Os efeitos interruptivos dos art. 172, I-III, do Código Civil de 1916 [hoje art. 202, I, II e IV, do Código de 2002, entre os quais se encontra o “despacho do juiz que ordenar a citação”] são efeitos de direito material, ainda que se trate, necessariamente, de ato processual, como a citação, efeitos de direito material, porém não anexos, próprios do ato citacional” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 3, p. 253). No mesmo sentido são as lições de Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33), Costa Machado (*Código de processo civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas. Barueri: Manole, 2006. p. 298), Nelson Nery e Rosa Maria Nery (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p.406) e Vicente Greco Filho (*Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 36). Já Leonardo Greco afirma que o efeito da citação de interromper a prescrição “atinge tanto o plano do direito processual quanto o do direito material” (*Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. 1. p. 310).

disposto no art. 220 do CPC²⁹¹), não há qualquer interrupção (art. 207 do Código Civil); em tal caso, a citação representa apenas o exercício do direito que estava sujeito a se extinguir²⁹².

Nesse contexto, é importante mencionar a doutrina de Pontes de Miranda, segundo o qual a regra do art. 219 do Código de Processo de que “a citação válida interrompe a prescrição” não revogou o disposto no art. 175 do Código Civil de 1916 (“A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circuncta, ou por se achar perempta a instância, ou a ação”), com o seguinte fundamento:

Não há óbice *a priori* a que os legisladores distingam as espécies em que se daria a interrupção, ou não se daria: efeito próprio, e não anexo, da citação, a interrupção rege-se pelos princípios do direito material, e não pelos princípios do direito processual. Ora, o Código Civil de 1916, no art. 175, disse que a prescrição não se interrompe se vem a ser perempta a instância, ou a ação. O efeito próprio, interruptivo, desaparece, porque a lei do direito material, que rege a prescrição (portanto aquela que rege a pretensão), atribui eficácia *anexa*, elidente, à absolvição da instância, ou à perempção da ação (...).²⁹³

Na verdade, o art. 219 do CPC deve ser lido da seguinte forma: uma ação deve ser considerada proposta perante a Justiça brasileira, *para o fim de se apurar a ocorrência de prescrição*, na data em que despachada pelo juiz (em caso de vara única) ou distribuída (em caso de foro com múltiplas varas), exceto quando o autor não cumprir com as diligências que lhe caibam para a citação do réu nos prazos previstos nos §§ 2º e 3º do art. 219, hipótese em que a ação deve ser considerada proposta na data em que citado o réu. Ou, sob outro ponto de vista, a ação deve ser considerada proposta, para o fim de se verificar a ocorrência de prescrição, quando da citação do réu, sendo que a citação, em certas hipóteses, retroagirá (ou seja, será considerada realizada em data anterior à em que foi efetivamente realizada).

Essa *antecipação* dos efeitos da citação, aliás, se fundamenta em razão de ordem processual: no Brasil, a citação é promovida pelo Judiciário (por meio de oficial de justiça ou envio de carta pelo cartório do Juízo) – e não pela parte ou seu patrono, como em alguns outros países – e a Justiça brasileira é reconhecidamente lenta²⁹⁴. Na prática, no país, entre o

²⁹¹ Conferir Cândido Rangel Dinamarco (. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, p. 87), Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 1, p. 298), Leonardo Greco (*Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. 1, p. 312) e Costa Machado (*Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas*. Barueri: Manole, 2006. p. 526).

²⁹² Conforme lição de Pontes de Miranda: “O Código de 1973, art. 220, estatuiu que o art. 219 incidiria e se aplicaria ‘a todos os prazos extintivos previstos na lei’. Quanto aos prazos preclusivos [nomenclatura que Pontes usava para a decadência], a citação, na ação, é exercício do direito, pretensão, ou ação, de modo que se afastou a preclusão; não há pensar-se em interrupção, que diz respeito à prescrição.” (*Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. V. 6, p. 197).

²⁹³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 3, p. 241.

ajuizamento da petição inicial de uma ação e a citação do réu podem se passar semanas ou até meses²⁹⁵, sem que haja qualquer concorrência da parte para tanto (ou seja, sem que o autor da ação nada possa fazer para que a citação se efetive em menos tempo). Por isso, quando os §§ 1º e 2º do art. 219 do CPC ainda não dispunham que “A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação” e que o credor não seria prejudicado “pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário”, a jurisprudência já havia consolidado o entendimento de que “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súmula nº 106 do STJ).

Outrossim, pelos mesmos motivos, é a lei processual do país estrangeiro onde é ajuizada a petição inicial que vai dizer quando a ação foi proposta para fins de interrupção da prescrição regida pelo direito brasileiro. O inciso I do art. 202 do nosso Código Civil, que dispõe que a prescrição é interrompida “por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”, na verdade deve ser lido como dispondo que “a prescrição é interrompida pela propositura de ação judicial, no prazo e na forma da lei processual”.

Há que se ressaltar que, em certos países, os juízes não ordenam a citação; os advogados da parte simplesmente protocolam a ação e promovem a citação do réu. E mesmo no Brasil, como mencionamos, a lei processual reputa que a ação foi proposta no momento de sua distribuição em comarca em que há várias Varas, o que se dá antes do despacho do juiz (que às vezes demora semanas ou meses para ocorrer), e ninguém cogita da prevalência da regra do Código Civil, apesar de ser posterior.

O Código de 1916 também não dispunha a regra material de maneira técnica e incluía elementos de direito processual ao prever que “A prescrição interrompe-se pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente” (art. 172, I). A jurisprudência, no entanto, logo tratou de retirar a eficácia da parte processual, em orientação que se consolidou na Súmula nº 106 do STJ, mencionada acima.

²⁹⁴ Egas Moniz de Aragão leciona que a regra do § 1º do art. 219 do CPC foi “engendrada” pelos juristas para “contornar essa morosidade” do Judiciário e afirma que “dispondo o credor de todo o prazo da prescrição antes de esta consumir-se, seria iníquo que o retardamento da atuação do Poder Judiciário pudesse encurtar-lhe esse prazo ou sacrificar-lhe o direito” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 2, p. 182).

²⁹⁵ Por exemplo, na Comarca do Rio de Janeiro, salvo casos de urgência excepcional, a ação é entregue ao distribuidor, que poderá levar alguns dias para autuá-la e entregá-la ao cartório da Vara para a qual foi distribuída, a decisão do juiz determinando a citação costuma demorar mais alguns dias (às vezes, algumas semanas), outros dias se passam até que o mandado ou a carta de citação seja expedido e outros vários dias para que a citação se efetive. Se a citação se der por carta precatória, esse processo poderá, na prática, se duplicar com a necessidade de distribuição da carta a um juiz do foro deprecado, autuação, despacho pelo juiz, expedição do mandado etc.

Na verdade, tal Súmula, que é aplicada até hoje, parece, com base em princípios gerais do nosso ordenamento jurídico brasileiro, extrair, além da óbvia regra processual, também uma regra material no sentido de que, uma vez apresentada a ação perante a Justiça, a interrupção da prescrição só não ocorrerá se, por “desídia ou omissão”²⁹⁶ do autor, houver atraso na efetivação do ato interruptivo da prescrição²⁹⁷.

Assim, em nenhum caso, o juiz estrangeiro deverá levar em consideração o disposto nos arts. 219 e 263 do Código de Processo Civil, que têm natureza processual. E é, de fato, o direito brasileiro quem define a natureza de tais regras, porque é a *lex fori* que determina quais as suas regras que têm natureza processual e são, portanto, aplicáveis a litígios perante a sua Justiça que tratem de direito estrangeiro e inaplicáveis a processos no exterior²⁹⁸.

É possível, no entanto, que o ordenamento jurídico estrangeiro considere que é a lei material da obrigação que determina quando um processo foi iniciado para fins de interrupção da prescrição, permitindo que seja aplicada regra estrangeira que fixe a interrupção em momento posterior ao simples protocolo da ação perante a Corte. Em tal caso, poderá, então, aplicar a regra material brasileira do “despacho do juiz que ordenar a citação”²⁹⁹, mas sempre observando que, se juiz estrangeiro demorar a dar a ordem de citação em função da burocracia da Corte e não por “desídia ou omissão” do autor, não se poderá reputar que ocorreu a prescrição.

Há pelo menos um precedente canadense que tratou desse embate entre regras processuais e materiais relativas à prescrição. Em decorrência de um acidente de carro em Wyoming (uma das províncias canadenses), a vítima ajuizou, após 3 (três) anos, uma ação em Nova Scotia (outra província) fundada no direito de Wyoming, aplicável ao mérito e que dispunha prazo prescricional de 4 (quatro) anos. A lei de Wyoming continha regra bastante parecida com a de nosso Código de Processo, que dispunha que uma ação seria reputada

²⁹⁶ Termos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.220.651/GO (2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05.04.2011, v.u.), no qual aplicaram a Súmula 106 para afastar a prescrição a uma execução ajuizada em 2004.

²⁹⁷ Essa parece ser a opinião de Nelson Nery e Rosa Maria Nery, que, apesar de advogarem que a regra do Código Civil de que o *despacho* do juiz (ato *posterior*, às vezes em vários dias, à propositura da ação distribuída perante foro que tenha múltiplas Varas) interrompe a prescrição prevalece sobre as regras do CPC (por ser lei posterior e estabelecer os efeitos *materiais*), lecionam que “ainda que o CC 202 I não se refira à propositura da ação como marco da interrupção da prescrição, entendemos que poderá ser assim considerada porque não se pode apenar o autor com a prescrição, quando agiu e não foi negligente, propondo a ação” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p.407).

²⁹⁸ Irineu Strenger, como já mencionado, leciona que “Em certos casos, pode-se inquirir se uma regra particular da *lex fori* é uma regra de fundo ou de processo. Esta questão, naturalmente, deve ser resolvida pela própria *lex fori*”. (*Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p. 26). Há que se ressaltar, mais uma vez, a raríssima hipótese do ordenamento jurídico do país em que proposta a ação permitir que o processo tramite de acordo com lei processual estrangeira, caso em que os referidos artigos do CPC poderão ser levados em consideração.

²⁹⁹ O que só vai ser possível, naturalmente, se o juiz efetivamente ordenar citação no tipo de ação proposta no exterior.

como proposta quando de seu ajuizamento e que, caso a citação não ocorresse em 60 (sessenta dias), então a ação teria que ser considerada proposta somente quando ocorresse a citação. No caso, a citação levou mais três anos para se efetivar (após, portanto, o fim do prazo prescricional de 4 anos, se contado do evento), mas a Corte de Apelação de Nova Scotia entendeu que tal regra de Wyoming seria processual, pois determinava a maneira pela qual processos seriam iniciados naquela província, e não dizia respeito aos direitos do autor³⁰⁰.

Em suma:

a) são as regras processuais da *lex fori* que determinam quando foi proposta a ação para o fim de se verificar se ocorreu a prescrição, mesmo que regida por direito estrangeiro;

b) a lei processual brasileira dispõe que a ação deve ser considerada proposta, para tal fim, quando da citação do réu, exceto no caso de tal citação ocorrer dentro dos prazos previstos nos parágrafos 2º e 3º do art. 219 do CPC, quando então se deverá determinar que foi proposta no momento previsto no art. 263 (despacho que ordenou a citação, em caso de ação proposta perante Vara Única, e distribuição, quando ajuizada em foro que possua mais de uma Vara). Em qualquer caso, “a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súmula nº 106 do STJ);

c) a *lex causae* determina os efeitos materiais da propositura da ação por meio da qual se exerce a pretensão prescritível (interrupção, suspensão ou outro);

d) a lei material brasileira dispõe que a propositura da ação judicial, no prazo e na forma da lei processual, interrompe a prescrição (se não tiver se consumado antes, é claro);
e

e) a lei material brasileira prevê que, uma vez proposta a ação judicial (questão definida pelas regras processuais da *lex fori*) dentro do prazo prescricional, a demora para a realização do ato que interrompe a prescrição de acordo com o art. 202, I, do Código Civil (o “despacho do juiz, ainda que incompetente, que ordenar a citação”) não poderá prejudicar o autor se tal demora não se deu por sua culpa (ou seja, por sua desídia ou omissão). Tal regra, no entanto, não afastará a aplicação de eventual regra processual da *lex fori* que disponha que a ação só será considerada como proposta após um determinado ato (despacho, citação etc.) que, se não realizado dentro do prazo prescricional, implicará na prescrição (pois pretensão não foi exercida dentro do prazo) mesmo se não houver desídia ou omissão do autor.

³⁰⁰ DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 20-21.

Além disso, as regras sobre nulidade da citação e comparecimento espontâneo (art. 214 do Código de Processo Civil) e suas implicações quanto à interrupção da prescrição (das quais não cabe se tratar com detalhes neste trabalho), bem como a regra do art. 617 do Código de Processo Civil (que trata da interrupção da prescrição pela propositura de execução e deve ser lida em conjunto com o art. 263³⁰¹), são todas processuais e se aplicam a processos ajuizados no Brasil ainda que tratem de obrigações regidas por direito estrangeiro. O mesmo ocorre com as regras sobre interrupção da prescrição pelo ajuizamento de ação cautelar, que não são expressas no Código e foram desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência. Há que se fazer apenas, mais uma vez, a ressalva de que não necessariamente se tratará de interrupção, uma vez que a lei estrangeira pode não conceder este efeito (e a lei brasileira não o concede à decadência, por exemplo), como mencionamos acima.

E, nesse ponto, cumpre ressaltar também que, como já mencionado, é a *lex causae* que dirá quando o prazo prescricional voltará a correr (por exemplo, se só com o trânsito em julgado da ação ou se volta a correr logo após a interrupção com o início do processo), e o que ocorre com relação à contagem do prazo prescricional em caso de anulação do processo ou de sua extinção (com ou sem julgamento do mérito³⁰², por qualquer motivo, inclusive desistência³⁰³), se o processo ficar parado por longo tempo por falta de iniciativa de uma das partes etc. Em suma, a regra processual contida no Código de Processo apenas determina quando se deve considerar que foi iniciado o processo, para fins de apurar a ocorrência da prescrição. Nada mais.

³⁰¹ Barbosa Moreira afirma, corretamente, que “A ação de execução reputa-se proposta quando o juiz defere a petição inicial, ou, sendo o caso, no momento da distribuição (art. 263, 1ª parte, combinado com o art. 598)” (*O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 213). No mesmo sentido, COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas*. Barueri: Manole, 2006. p. 1129).

³⁰² Pontes de Miranda, tratando do Código Civil de 1916, demonstra como ele atribuía efeitos de direito *material* diferentes, pertinentes à prescrição, à extinção do processo sem resolução do mérito, dependendo da causa da extinção: “Quanto à extinção do processo sem julgamento do mérito, seria de discutir-se se a) se apaga a citação, desde o despacho, ou b) se esse fica incólume, por se tratar de eficácia de direito material, que haveria de permanecer a despeito do desaparecimento, *ex tunc*, da relação jurídica processual. Tal solução, de *lege ferenda*, seria a melhor; porque a relação jurídica processual é efeito próprio processual da citação e a interrupção efeito próprio de direito material. Todavia, há lei escrita (art. 175): (...) [que] exclui o efeito de direito material se a instância vem a ser perempta. É regra jurídica escrita, que deroga os princípios.” (*Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. V. 6, p. 232-233). Quando o processo é julgado com extinção do mérito, não sendo caso de extinção pelo reconhecimento da prescrição, a discussão será a respeito da prescrição superveniente (ou seja, o prazo prescricional para se executar o julgado), de que tratamos no item 2.2.11 acima.

³⁰³ Pontes de Miranda parece também entender que é uma questão de direito material quais são as consequências da desistência de um processo no que diz respeito à contagem do prazo prescricional: “...a desistência só apaga a eficácia processual; se o efeito da citação fosse anexo, estaria afastado; é efeito próprio: precisar-se-ia de regra jurídica, como a que se formulou sobre a extinção do processo para que se tornasse sem efeito de direito material, com a desistência, a citação. Ora, o art. 267, VIII, pôs a desistência como causa da extinção do processo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 3, p. 256). Tal passagem deve ser analisada em conjunto com outra passagem anterior da referida obra, na qual Pontes, tratando do art. 175 do Código Civil de 1916, afirma que “a lei de direito material, que rege a prescrição (...), atribuiu eficácia anexa, elidente, à absolvição de instância, ou à perempção da ação” (*Ibidem*, p. 241).

2.3.1.2 Processo proposto perante Juiz incompetente

Como mencionado acima, o *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil dispõe que a citação válida, *mesmo que ordenada por juiz incompetente*³⁰⁴, interrompe a prescrição (*rectius*, produz os *efeitos materiais* decorrentes da propositura da ação previstos na *lex causae*). Trata-se de regra *processual*, que dispõe que o fato de a ação ter sido proposta no Brasil perante juiz incompetente não prejudica o exercício da pretensão prescritível, independente de qual for a sua lei de regência.

Outros países podem ter regras processuais distintas. Podem dispor, por exemplo, que, para o fim de se apurar a ocorrência de prescrição, a ação deve ser tida como proposta somente quando protocolada, distribuída ou despachada perante juiz competente.

Pontes de Miranda atentou para essa situação:

Ato interruptivo praticado no estrangeiro. O ato interruptivo praticado perante o juiz estrangeiro, com jurisdição em direito internacional privado, é eficaz. Se a citação pelo juiz estrangeiro incompetente, se bem que com jurisdição o seu país, produz eficácia de interromper, depende do direito do país com jurisdição.³⁰⁵

Há que se ressaltar, no entanto, que a lei material brasileira também dispõe que a propositura de ação perante juiz incompetente interrompe a prescrição (art. 202, I, do Código Civil). Assim, no caso de propositura, no exterior, de ação referente a litígio regido pelo direito brasileiro perante juiz incompetente, deverá se considerar que houve a interrupção da prescrição, exceto se a lei processual do foro determina que a ação deve ser tida como proposta, para fins de interrupção, somente quando apresentada perante o juiz competente. A discussão aqui é semelhante com a do item anterior: a primeira questão que se deve analisar é se a ação foi proposta ou não, para fins de exercício da pretensão prescritível, o que é determinado pela lei processual do foro; se a resposta foi positiva, se verificará então quais os efeitos materiais que decorrem de tal propositura, que são conferidos pela *lex causae*.

³⁰⁴ E mesmo que absolutamente incompetente, no que diz respeito à divisão interna da Justiça brasileira, segundo lições de Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 34) e Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, p. 92).

³⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. V. 6, p. 197-198.

2.3.1.3 Fim de um processo judicial

A *lex fori* também define quando um processo judicial chegou a seu término (seja por qual motivo ou fundamento for), o que também é uma questão processual, para fins de se determinar quando o prazo prescricional começou ou voltou a correr, quando a *lex causae* atribui tal efeito ao término de um processo. Aqui vale mencionar o 3º comentário ao art. 10.5 dos *Princípios Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais 2010*:

3. Fim de um processo

O 'fim' de um processo por uma decisão definitiva ou por outra forma é determinada pela lei processual do foro. Esta lei determina quando a decisão é definitiva e põe, conseqüentemente, fim ao litígio. Esta mesma lei deve também decidir se e quando o litígio alcança o seu fim sem decisão de mérito, por exemplo, em caso de desistência da demanda ou transação entre as partes.³⁰⁶

Há que se frisar, no entanto, que o fim de um processo é questão processual regida pela *lex fori*, mas os efeitos decorrentes dele não são. Assim, por exemplo, se o processo alcançar seu fim sem uma decisão de mérito (caso de um processo ajuizado perante juiz incompetente em certas circunstâncias, ou ajuizado perante parte ilegítima, ou abandonado pelo autor, etc.), a *lex causae* dirá se o autor terá ainda prazo prescricional para ajuizar outra ação e, se sim, qual será.

2.3.1.4 Reconvenção

Se a apresentação de uma reconvenção pode ser considerada propositura de uma ação (dela resultando efeitos *materiais* como interrupção da prescrição) é questão determinada pela *lex fori*, pois atine aos efeitos processuais de um ato processual. Nesse sentido é o art. 10.5 dos *Princípios Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais 2010* em seu item 2 ("Início dos processos"), já mencionado:

³⁰⁶ Tradução livre da versão em francês do original, que afirma o seguinte: "3. Fin de la procédure. La 'fin' de la procédure par une décision définitive ou d'une autre façon est déterminée par la loi de procédure du tribunal saisi. Cette loi décide lorsque la décision est définitive et met, par conséquent, fin au litige. Cette même loi doit aussi décider si et quand le litige prend fin sans décision au fond, par exemple, en cas de retrait de la demande ou de transaction entre les parties".

A lei processual do foro também determina se a apresentação de reconvenções configura a instituição de processos judiciais com relação a estas pretensões: onde reconvenções apresentadas como defesa são tratadas como se tivessem sido objeto de processos separados, apresentá-las tem o mesmo efeito no prazo prescricional que teria se tivessem sido ajuizadas de maneira independente.³⁰⁷

Com relação à reconvenção, a lei processual brasileira a considera, para todos os fins, como uma outra ação dentro de um mesmo processo. A intimação na reconvenção (que se dá por publicação no Diário Oficial em nome dos advogados do autor) possui os mesmos efeitos da citação na ação no que diz respeito à prescrição, inclusive a retroação à data de sua propositura³⁰⁸. Tudo o que foi disposto nos itens anteriores, portanto, se aplica também, *mutadis mutandi*, à reconvenção proposta perante a Justiça brasileira.

2.3.2 Instauração e término de uma arbitragem

Enquanto o processo judicial é regulado pela lei do foro (*lex fori*), o processo arbitral é regulado pela lei do local da arbitragem (*lex arbitri*, referida às vezes também como a lei da *nacionalidade* da arbitragem)³⁰⁹. Há, no entanto, significativas diferenças entre a submissão que o processo judicial deve à *lex fori* em relação à submissão da arbitragem à *lex arbitri*. As leis de arbitragem (como a nossa lei 9.307/96) geralmente possuem número reduzido de normas impositivas, em comparação às leis de processo (como o nosso CPC). Enquanto estas últimas regulam em minúcias cada aspecto do processo, as leis de arbitragem deixam amplo campo de liberdade às partes e aos árbitros para definirem como se desenrolará o processo.

Em função disso, mais apropriado, aliás, é dizer que o processo arbitral é “regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar”, como previsto no Protocolo de Genebra de 1923³¹⁰.

³⁰⁷ Tradução livre da versão em inglês do original, que afirma o seguinte: “The law of procedure of the forum also determines whether the raising of counterclaims amounts to the instituting of judicial proceedings in regard to these claims: where the counterclaims raised as a defence are treated as if they were brought in separate proceedings, raising them has the same effect on the limitation period as if they had been filed independently”.

³⁰⁸ Pontes de Miranda afirma que “A citação equivale a intimação da reconvenção (Código de Processo Civil, art. 193), cujo efeito é desde a propositura”, ressaltando-se que o art. 193 do Código de 1939 é equivalente ao art. 316 do CPC atual (*Tratado de Direito Privado*, 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. V. 6, p. 198). No mesmo sentido, Nelson Nery e Rosa Maria Nery (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 407 e 411).

³⁰⁹ “The concept that an arbitration is governed by the law of the place in which it is held, which is the ‘seat’ (or ‘forum’ or ‘locus arbitri’) of the arbitration, is well established in both the theory and practice of international arbitration” (v REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4th ed. Londres: Sweet & Maxwell. p. 98)

O que importa para os fins deste trabalho é que a *lex arbitri* é que dirá quando se iniciou um processo arbitral para fins de se verificar se a pretensão prescritível foi exercida dentro do prazo prescricional, e/ou para fins de interrupção, suspensão e/ou outros efeitos que o direito que rege a prescrição atribuírem ao início do processo. Isso nada mais é, aliás, do que aplicação da norma *locus regit actum*.

O conceito de *local da arbitragem*, comumente chamado de *sede da arbitragem*, no entanto, não é mesmo em todos os ordenamentos jurídicos, o que significa que o critério de definição da *lex arbitri* varia. O direito brasileiro, por exemplo, dispõe que “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”³¹¹, o que significa que, *a contrario sensu*, considera brasileira a sentença aqui proferida. Já o direito inglês, diferentemente, dispõe que a sede é determinada pelas partes, direta ou indiretamente³¹². Não é difícil se vislumbrar o potencial de conflitos (uma mesma arbitragem ter sedes diferentes, na ótica de ordenamentos distintos), mas se trata de problema que não parece ser frequente na prática e a respeito do qual este trabalho não é o local mais adequado para se discorrer.

Uma questão que se pode colocar para o juiz brasileiro é definir quando foi interrompida a prescrição pela instauração de uma arbitragem no exterior, para fins de se apurar se a pretensão, agora exercida por meio de ação judicial no Brasil, estaria prescrita ou não. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando a arbitragem foi extinta porque o tribunal reconheceu não ter competência ou quando a sentença foi depois anulada por causa disso. Como mencionamos no item 2.3.2.1, a instauração da arbitragem interrompe a prescrição, de acordo com a lei brasileira, mesmo que o tribunal seja incompetente, nos termos do art. 202, I, do Código Civil. Naturalmente, tal interrupção só ocorre se a prescrição não tiver ocorrido antes de iniciada a arbitragem.

Apesar de a lei brasileira considerar que o Brasil é a sede das arbitragens cujas sentenças são aqui proferidas, não nos parece que necessariamente considere, com relação às estrangeiras, que a sede é necessariamente o local da feitura da sentença. Não entendemos que a interpretação do parágrafo único do art. 34 da lei 9.307/96 possa ir tão longe e, em certos casos, poderia causar perplexidades. Entendemos que, para o juiz brasileiro definir qual é a

³¹⁰ Art. 2º. O Protocolo entrou em vigor no Brasil em 1932, promulgado pelo Decreto nº 21.187/32, e hoje está suplantado pela Convenção de Nova York de 1958 (art. VII(2)), promulgada pelo Decreto nº 4.211/2002, da qual trataremos adiante.

³¹¹ Art. 34, parágrafo único, da lei 9.307/96.

³¹² O *Arbitration Act 1996* dispõe, na Seção 3, que “ ‘the seat of the arbitration’ means the juridical seat of the arbitration designated (a) by the parties to the arbitration agreement, or (b) by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard, or (c) by the arbitral tribunal if so authorised by the parties, or determined, in the absence of any such designation, having regard to the parties’ agreement and all the relevant circumstances”.

lex arbitri em arbitragens realizadas no exterior, deverá atentar para a própria natureza da arbitragem, processo de caráter privado, determinado pelas partes no uso da sua autonomia da vontade.

Assim, em casos em que as partes escolheram a sede e a arbitragem lá se desenrolou (isto é, não houve alteração posterior), a *lex arbitri* será a da sede escolhida pelas partes. É nesse local que deve se considerar que a arbitragem ocorreu para todos os fins, ainda que a sentença tenha sido eventualmente feita em outro lugar. Aliás, isso poderá ocorrer inadvertidamente, pois, em países como a Inglaterra (ver exemplo acima), o local da feitura da sentença não tem relevância para definir a sede da arbitragem. Como consequência, os árbitros podem decidir se reunir para fazer a sentença em outro lugar por causa disso (domicílio de um deles, por exemplo), sem imaginar que algum ordenamento jurídico poderia considerar que este ser lugar seria então considerado a sede da arbitragem³¹³.

Há que se ressaltar que, de acordo com a lei 9.307/96, para uma arbitragem ser considerada brasileira, os locais onde ocorrerem os atos da arbitragem (audiências, reuniões entre os árbitros, perícias etc.) são totalmente irrelevantes, com exceção da feitura da sentença arbitral (que é o critério único que define a nacionalidade brasileira da arbitragem). A nacionalidade e o domicílio das partes, seus representantes e dos árbitros, a lei aplicável, língua da arbitragem e dos contratos, moeda de pagamento, local em que sediado o órgão arbitral que administra a arbitragem etc. também são irrelevantes³¹⁴.

Essa visão de que a nacionalidade da arbitragem está mais ligada a um local escolhido pelas partes do que a qualquer outro elemento é hoje quase um consenso internacional. A Convenção de Nova York³¹⁵ faz referências ao “país em que a arbitragem ocorreu” (art. V.1(d)) e ao “país em que, ou *conforme a lei do qual*, a sentença tenha sido proferida” (art. V.1(a) e (e)). Ou seja, admite que a sede seja um local diferente que o local da feitura da sentença e, a nosso ver, claramente admite que as partes a escolham.

³¹³ Aliás, o direito inglês possui uma regra para tentar evitar tal tipo de problema: dispõe que, quando a sede for a Inglaterra, a sentença arbitral vai ser tida como feita na Inglaterra, independentemente de onde for assinada, enviada ou entregue às partes (Seção 53 do *Arbitration Act 1996*). Outros países podem, no entanto, não tê-la ou mesmo não levá-la em consideração em face de sua regra de conexão interna.

³¹⁴ O Superior Tribunal de Justiça recentemente decidiu que são brasileiras as sentenças arbitrais proferidas no Brasil, ainda que em arbitragem administrada por Câmara de Arbitragem sediada no exterior (REsp 1.231.554/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011, v.u.).

³¹⁵ *Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, feita em Nova York em 1958, sob os auspícios das Nações Unidas e que entrou em vigor no Brasil com a promulgação do Decreto nº 4.311/2002. É uma das convenções internacionais mais bem sucedidas do mundo (com 146 signatários) e certamente o mais relevante em matéria de arbitragem.

Retomando os critérios para definição da *lex arbitri* das arbitragens estrangeiras para fins de interrupção de prescrição, nos parece que, se não houver escolha pelas partes, a sede será aquela escolhida pelo tribunal arbitral ou câmara de arbitragem. Deve-se, no entanto, levar em consideração o fato de que os atos para instituição de arbitragem se iniciaram *antes* que as partes soubessem qual seria a *lex arbitri* para se considerar tal proposição com reservas. Algumas vezes, a sede que vier a ser escolhida vai ser uma surpresa para as partes e pode ser que a mesma disponha que a arbitragem se iniciou, para fins de interrupção da prescrição, em período posterior àquele que a parte legitimamente poderia ter imaginado (por exemplo, depois de algum ato que se dá em momento posterior, ou mesmo um ato que não teria que ser praticado se a arbitragem tivesse tido outra sede). O juiz deverá se ater a tais fatos para evitar criar injustiças, evitando penalizar uma parte que, na realidade, não agiu com inércia.

E, naturalmente, os árbitros deverão tomar os mesmos cuidados quando tiverem que averiguar se a arbitragem foi iniciada dentro do prazo prescricional quando a sede não havia sido escolhida pelas partes.

Na prática, no entanto, a questão não deve se colocar com frequência, pois geralmente as leis de arbitragem, como a lei 9.307/96, conferem ampla liberdade às partes e consideram que a arbitragem foi iniciada no momento do primeiro ato da parte para instaurá-la. Aliás, o regulamento da CCI – Câmara de Comércio Internacional segue essa linha ao dispor como o primeiro ato no processo a apresentação do requerimento de arbitragem à Secretaria da Corte de Arbitragem e, em seguida, determinar que “A data de recebimento do Requerimento pela Secretaria deverá ser considerada, para todos os efeitos, como a data da instauração do procedimento de arbitragem” (art. 4º (1) e (2)). O *Arbitration Act 1996* inglês, por sua vez, dispõe que “as partes estão livres para acordar quando o processo arbitral deve ser considerado instaurado”³¹⁶.

Outrossim, o término da arbitragem (a partir do qual normalmente se iniciará, por exemplo, o prazo prescricional para se executar a sentença) também é definida pela *lex arbitri*, questão essa que, no entanto, não gera maiores controvérsias.

2.3.2.1 Quando é instaurado o processo arbitral com sede no Brasil

³¹⁶ “The parties are free to agree when arbitral proceedings are to be regarded as commenced for the purposes of this Part and for the purposes of the Limitation Acts” (seção 14). Na falta de tal estipulação, referida Seção dispõe qual o ato que deve ser considerado como tendo instaurado o processo, sempre o ato que caberia à parte tomar para iniciar o processo.

A lei de arbitragem brasileira também deixa a critério das partes estabelecer “acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem” (art. 6º) ou que a submetam “às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada”, hipótese na qual “a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras” (art. 5º).

Em tais casos, a arbitragem será tida como instaurada no momento previsto no contrato ou nas regras institucionais. No caso de adoção do regulamento da CCI, quando do recebimento do requerimento de arbitragem pela Secretaria da Corte. Caso o contrato não tenha expressa previsão de qual ato corresponderia à instauração da arbitragem, mas disponha o que as partes têm que fazer para instaurá-la, o primeiro ato previsto no contrato será o ato de instauração (ex: envio de carta ou mensagem eletrônica para a outra parte, com ou sem indicação do árbitro, etc.).

Em caso de arbitragem *ad hoc* em que não haja qualquer previsão contratual sobre como instaurar o procedimento, entra em campo o art. 6º da lei 9.307/96:

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

O envio da referida carta será, então, o momento da instauração e importará na produção dos efeitos que a *lex causae* confere à propositura da demanda referente à pretensão prescritível.

João Bosco Lee possui posição diferente e sustentou, em parecer publicado, que o art. 19 da lei é que determinaria o momento da instauração de uma arbitragem da CCI³¹⁷, posição também seguida por Thiago Marinho Nunes³¹⁸:

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Realmente uma interpretação literal do dispositivo dá azo a esse entendimento, mas nos parece que ele não sobrevive a uma interpretação sistemática ou teleológica.

³¹⁷ LEE, João Bosco. Parecer: A internacionalidade da arbitragem – A lei aplicável à prescrição – A interrupção do prazo prescricional em procedimento arbitral. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Mello; _____. Estudos de Arbitragem. Curitiba: Juruá, 2008. p. 357-375.

³¹⁸ NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 261-267.

Como já demonstrado no item 2.3.1.1, nos parece que há subjacente ao ordenamento jurídico brasileiro um princípio, tanto de direito material quanto de direito processual, de que a prescrição não será configurada sem que haja desídia ou omissão do prescribente no exercício da pretensão prescritível (seja por ação judicial, seja por arbitragem). Atrasos posteriores ao início do procedimento que não possam lhe ser imputados não permitem que a prescrição ocorra. A Súmula nº 106 do STJ é uma expressão desse princípio.

No caso da arbitragem, como a parte não tem controle sobre quando (e mesmo se) os árbitros vão aceitar a nomeação, ficariam sujeitas a ver passar o prazo prescricional quando não tem absolutamente nada a fazer, ou seja, não está agindo de maneira desidiosa. Se alega, em resposta, que, em caso de *lex causae* brasileira, poderia ajuizar um protesto judicial interruptivo de prescrição nesse interim. No entanto, isso não produziria qualquer efeito se a prescrição já havia sido interrompida anteriormente, pois a interrupção só pode ocorrer uma vez segundo o *caput* do art. 202 do Código Civil. E, convenhamos, ter que ajuizar uma ação judicial (ainda que simples e sem contenciosidade como o protesto) quando já se iniciou o processo para formação do tribunal arbitral nos parece um contrassenso.

Além disso, em caso de cláusula arbitral vazia em que haja recusa da outra parte, vai ser necessário ajuizar a ação judicial do art. 7º da lei 9.307/96 para que o tribunal possa enfim ser formado. E podem se passar meses até então. Ou será que pelo menos a citação nessa ação interromperia a prescrição com fulcro no art. 219 do CPC³¹⁹?

A única solução que nos parece correta é a que propugnamos acima: considerar que a arbitragem foi instaurada, para efeitos de interrupção da prescrição (ou outro efeito material que seja conferido pela *lex causae*), no momento previsto no contrato ou nas regras institucionais ou, na sua ausência, quando do envio da carta prevista no art. 6º da lei 9.307/96. Ou seja, quando do início da arbitragem, momento que a doutrina reconhece que é anterior à aceitação do encargo pelos árbitros.

Pedro Batista Martins leciona que “o pedido de instituição *dá início* à relação processual que se *completa* com a instituição da arbitragem”³²⁰. Selma Lemes, por sua vez, considera que “tem-se considerada instaurada a demanda de arbitragem” desde os “seus primeiros passos, seja com a intimação das partes por instituição arbitral no caso de arbitragem administrada, seja pela intimação da outra parte na forma disposta para a

³¹⁹ Thiago Marinho Nunes afirma que sim (Ibidem, p. 256).

³²⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de arbitragem*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 226.

arbitragem *ad hoc*...”³²¹. José Carlos de Magalhães, por sua vez, leciona que o momento previsto no art. 19 “não se confunde com o do início do procedimento arbitral, que se dá com a manifestação da parte interessada, por meio de notificação, ou outro mecanismo previsto na convenção arbitral da intenção de submeter a controvérsia à arbitragem” e que “o procedimento já se iniciou com a notificação”³²².

Aliás, “a informalidade, a deformalização e a economia processual” que existem na arbitragem, na qual “não há (...) a rigidez que se costuma encontrar no processo civil”³²³, militam em favor desse entendimento.

Apesar de muito anterior à lei 9.307/96, cumpre mencionar a lição de Pontes de Miranda sobre o momento em que se dá a interrupção da prescrição por meio da instauração de arbitragem, no mesmo sentido de nosso entendimento acima:

(...) O ato que provoca a cognição pelo juízo arbitral, inclusive o de intimação de ter nomeado árbitro único para a solução do litígio (...), tem o efeito interruptivo, e não cessa esse enquanto não se profere a decisão, ou se ultima a formalidade (...).³²⁴

2.3.2.2 Término do processo arbitral com sede no Brasil

Quanto ao término do processo arbitral, se dá com a intimação da sentença arbitral às partes (art. 29 da lei nº 9.307/96), que, no entanto, pode se estender até a intimação da decisão a respeito do pedido de correção ou esclarecimentos, que as partes podem apresentar em até 5 dias da intimação da sentença (art. 30).

2.3.3 Efeitos processuais do reconhecimento da prescrição (ou da rejeição da alegação de prescrição) em um processo judicial ou arbitral

³²¹ Ibidem, p. 229.

³²² MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de arbitragem*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 228.

³²³ Termos utilizados por Pedro Batista Martins (Ibidem, p. 227).

³²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. V. 6, p. 231.

Como leciona Barbosa Moreira, “não cabe à lei brasileira, evidentemente, regular efeitos processuais que se produzem no estrangeiro”³²⁵. Da mesma forma, não cabe à lei estrangeira determinar quais os efeitos do reconhecimento da prescrição ou da rejeição de alegação de prescrição em processo judicial em trâmite no Brasil ou arbitragem com sede no Brasil. Em suma, é a *lex fori* ou a *lex arbitri* que dispõem quais são os efeitos processuais de suas *sentenças*.

Assim, a disposição do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, de que há resolução de mérito “quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”, se aplicará mesmo a sentença judicial ou arbitral brasileira que tenham solucionado a questão de acordo com direito estrangeiro. E, por força do art. 468 do Código, referida sentença, após transitada em julgado, fará coisa julgada material, o que significa que impedirá nova discussão a respeito da prescrição da referida pretensão em outros processos, tanto no Brasil quanto no exterior (pelo menos nos países que reconhecerem a referida sentença brasileira e tal efeito que dela decorre)³²⁶.

Nada importará se as normas processuais *lex causae* não outorgam tal efeito às sentenças de seus juízes ou tribunais arbitrais que tratem de prescrição.

Já as sentenças judiciais ou arbitrais estrangeiras terão os efeitos determinados pela lei de origem, que só serão produzidos no Brasil após a homologação, do que trataremos no capítulo 3.

2.3.4 Quando a parte pode alegar em um processo

³²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Relações entre processos instaurados sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro. p. 365.

³²⁶ Cumpre ressaltar que mesmo o reconhecimento de prescrição e decadência previstas no art. 295, IV, do CPC, “determinam a extinção do processo com julgamento de mérito, mesmo no despacho de indeferimento inicial, porque ferem mortalmente o direito do autor” (*Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 119). No mesmo sentido é a anotação de Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Simpósio, concl. XXVI: ‘Quando o juiz indefere a petição inicial por motivo de decadência ou prescrição, há encerramento do processo com julgamento do mérito’ (por unanimidade – RF 252/18).” (*Código de processo civil anotado*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 235). Barbosa Moreira, por sua vez, também afirma que há resolução de mérito e que, tratando o inciso IV de exceção, devendo ser lido em conjunto com o art. 269, IV do CPC (*O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 26). No mesmo sentido, Costa Machado (*Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas*. Barueri: Manole, 2006. p. 664).

É a lei processual do foro que estabelece em que momento, no curso do processo, as partes podem apresentar cada tipo de processo. Disposições da *lex causae* estrangeira a respeito devem ser ignoradas, a não ser que (e somente na medida em que) consubstanciem também regras de direito material, de forma semelhante ao que ocorre com os arts. 193 e 211 do Código Civil, de que já tratamos no item 2.2.3 acima.

Os arts. 475-L, VI, e 741, VI, do Código de Processo Civil, por sua vez, consubstanciam regras processuais, atinentes a execuções de título judicial em trâmite no Brasil e que nada dizem sobre como o direito brasileiro deve ser aplicado por juiz estrangeiro.

2.3.5 Deveres e poderes do Juiz referentes à prescrição

As regras previstas na lei processual do foro que determinam os deveres e os poderes do juiz relacionados com a questão da prescrição se aplicam, com certas ressalvas, mesmo em processos em que a obrigação objeto do litígio é regida por direito estrangeiro.

Assim, o juiz brasileiro poderá declarar de ofício a prescrição mesmo no que diz respeito a obrigações regidas pelo direito estrangeiro exatamente da mesma forma que o pode com relação a pretensões regidas pelo direito brasileiro, pois o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil³²⁷, consubstancia regra de direito processual³²⁸. O mesmo ocorre com o art. 210 do Código Civil, que trata do dever do juiz de conhecer de ofício a prescrição legal. Os artigos 193 e 211 do Código Civil, mencionados logo acima, também veiculam regras processuais, mas que acabaram se tornando despiciendas após a introdução do § 5º pela Lei nº 11.280/2006³²⁹.

³²⁷ Que dispõe que “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Tal regra se aplica também à decadência, como já mencionamos no item 2.3.5, por força do disposto no art. 220 do CPC.

³²⁸ É certo que muito dificilmente o juiz terá conhecimento suficiente de direito estrangeiro para declarar a prescrição regida pelo mesmo sem que uma das partes demonstre o teor das regras de prescrição estrangeira (o que a parte, por sua vez, só terá interesse em fazer se alegar a prescrição). No entanto, como demonstrado no item 2.1, o direito estrangeiro, para o juiz brasileiro, é *direito* e não *fato*. Assim, se o juiz brasileiro tiver suspeita de que tenha ocorrido prescrição de acordo com o direito estrangeiro, poderá determinar às partes que comprovem o teor e a vigência das suas regras de prescrição (art. 14 da LIDB e art. 337 do CPC). Caso as partes não cumpram tal ordem (e o juiz não poderá impor tal ônus a quem não o invocou, como decidido pelo STJ no já mencionado REsp 254.544), deverá investigar ele próprio, podendo se valer, por exemplo, dos inúmeros tratados de cooperação judiciária que o Brasil possui com outras nações. Também não se deve afastar a possibilidade do juiz efetivamente conhecer o direito estrangeiro quanto à prescrição de uma determinada pretensão por já tê-la apreciado em outro processo em que seu teor e vigência foram devidamente comprovados ou por ter estudado no exterior (situação cada vez mais frequente) e saber se utilizar de sistemas de busca de jurisprudência e legislação estrangeiras para atualizar ou confirmar seus conhecimentos (o Brasil não é, naturalmente, o único país em que o Legislativo disponibiliza na internet o teor das leis e o Judiciário o dos julgados).

No entanto, o juiz só poderá declarar a prescrição de ofício se isso for compatível com as disposições da *lex causae* estrangeira. Pode-se cogitar, por exemplo, que o direito estrangeiro considere renúncia à prescrição que o réu se defenda sem alegá-la no primeiro momento em que apresenta seus argumentos de defesa no processo ou até mesmo quando não a alega em uma resposta a notificação extrajudicial cobrando pretensão prescrita. Assim, em uma ação no Brasil que trate de relação jurídica regida por tal direito estrangeiro, se o réu contestar sem alegar prescrição, o juiz não poderá mais declará-la. A razão para tanto não é que a lei estrangeira não conceda (ou tenha retirado) tal poder ao juiz, mas sim o fato de que a pretensão não está prescrita em função da renúncia que se operou de acordo com a lei material que rege a relação jurídica (ou seja, uma razão de direito material e não de direito processual).

E, naturalmente, o juiz estrangeiro que tiver que solucionar um litígio de acordo com o direito brasileiro só poderá decretar a prescrição de ofício se a sua lei assim permitir. O § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil e o art. 210 do Código Civil não possuem efeitos extraterritoriais, uma vez que não cabe ao legislador brasileiro definir o que o juiz estrangeiro pode ou não pode fazer em um processo no exterior.

Ao se avaliar se uma regra estrangeira tem natureza material ou substancial, no entanto, deve-se ter em mente sempre a ressalva de Savigny, de que “muito cuidado deve ser usado, e atenção deve sempre ser dada à verdadeira natureza e propósito dos institutos jurídicos analisados”. De fato, “muitas regras são apenas na aparência regras de processo e, na verdade, concernem a própria relação jurídica”³³⁰.

³²⁹ A Lei nº 11.280/2006 entrou em vigor em maio de 2006 e revogou a regra anterior, que permitia que o juiz decretasse a prescrição de ofício apenas em casos que versassem sobre direito não patrimoniais, mas que, na prática, tinha nenhuma ou quase nenhuma aplicação, já que a doutrina não identificava qualquer direito não patrimonial sujeito à prescrição (KATAOKA, Eduardo Takemi. Considerações sobre o problema da prescrição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 348, p. 437-443, 1999). A nova redação do § 5º do art. 219 do CPC gerou controvérsia sobre o âmbito de sua aplicação. Bruno Ferreira Bini de Mattos sustenta que tal regra não permite ao juiz declarar a prescrição de ofício em casos que envolvessem “pretensões decorrentes de direitos disponíveis”, apontando que não se reconhece tal possibilidade em nenhum outro país de tradição romano-germânica (*Processo e Prescrição Civil: não automaticidade da prescrição no modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 134). Já Gustavo Kloh Müller Neves aponta que a nova regra seria “fruto de adoção legislativa oportunista e estranha, mas com a qual temos que conviver” (*Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 111). Dinamarco e Barbosa Moreira entendem que hoje, em função do referido dispositivo, não há limitação à possibilidade do juiz reconhecer a prescrição ou decadência de ofício, exceto a decadência convencional, em função do disposto no art. 211 do Código Civil (respectivamente, *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, pp. 98-99; e *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 96). Seguindo essa orientação, o STJ tem admitido o reconhecimento da prescrição de ofício pelo juiz mesmo em caso de direitos patrimoniais disponíveis, tendo inclusive editado a Súmula 409 no que diz respeito a tal possibilidade em execução fiscal. Já a jurisprudência trabalhista tem encarado a nova regra com reticência, havendo pelo menos um julgado que dispôs que a mesma “não guarda compatibilidade com o direito processual do trabalho” e assim não poderia ser aplicada a reclamações trabalhistas (TRT da 3ª Região, RO 00164-2010-053-03-00-6, j. 15.06.2010, Rel. Des. Luiz Ronan Neves Koury). Veja que o voto do Relator do Projeto de Lei nº 4.726/2004, que ocasionou a referida Lei, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, afirma que, com tal regra, “permite-se que o juiz reconheça, de ofício, a prescrição, independentemente da natureza dos direitos em litígio e da capacidade das partes”.

³³⁰ No original: “(...) great caution must be used, and regard must always be had to the true nature and purpose of the particular legal institutes. Very many rules are only in appearance rules of procedure, and really concern the legal relation

Um exemplo paradigmático, proveniente de um sistema jurídico muito diferente do brasileiro, poderá demonstrar o tipo de problema que tal avaliação pode encontrar e o espírito aberto que o jurista internacionalista deve ter em tal mister.

O *Limitations Act 1980* inglês prevê a possibilidade de “exclusão discricionária” (*discretionary exclusion*) do prazo prescricional em certas hipóteses. Por exemplo, dispõe que o juiz poderá permitir que ação referente a difamação prossiga após expirado prazo prescricional se verificar que isso seria justo no caso concreto, levando em consideração todas as circunstâncias, como a extensão do atraso no seu ajuizamento, as razões para tanto (em especial o desconhecimento dos fatos relevantes para a ação durante o prazo prescricional), se o autor ajuizou a ação tão logo possível, se o atraso poderia prejudicar a obtenção das provas relevantes etc³³¹.

Apesar de se tratar de regra dirigida ao juiz, sua natureza não é verdadeiramente processual, como aparenta. Na verdade, ela prevê hipótese em que o prazo prescricional não correrá ou será tido como suspenso (questão de direito material, portanto), devendo-se se ressaltar que o referido *statute* não possui disposição que especifique genericamente casos de suspensão ou interrupção da prescrição. A regra inglesa é formulada da referida forma, bem diferente das disposições de nosso Código Civil sobre suspensão ou interrupção, apenas em função do papel que os juízes ingleses e dos demais países do *common law* possuem, que não é simplesmente o de aplicar a vontade concreta da lei criada pelo Legislativo, mas sim de atuar na própria criação do direito e na pacificação dos litigantes³³². Os *statutes* promulgados

itself.” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 146-147).

³³¹ Seção 32a: 3^o Discretionary exclusion of time limit for actions for defamation or malicious falsehood.

(1) If it appears to the court that it would be equitable to allow an action to proceed having regard to the degree to which—
 (a) the operation of section 4A of this Act prejudices the plaintiff or any person whom he represents, and
 (b) any decision of the court under this subsection would prejudice the defendant or any person whom he represents,
 the court may direct that that section shall not apply to the action or shall not apply to any specified cause of action to which the action relates.
 (2) In acting under this section the court shall have regard to all the circumstances of the case and in particular to—
 (a) the length of, and the reasons for, the delay on the part of the plaintiff;
 (b) where the reason or one of the reasons for the delay was that all or any of the facts relevant to the cause of action did not become known to the plaintiff until after the end of the period mentioned in section 4A—
 (i) the date on which any such facts did become known to him, and
 (ii) the extent to which he acted promptly and reasonably once he knew whether or not the facts in question might be capable of giving rise to an action; and
 (c) the extent to which, having regard to the delay, relevant evidence is likely—
 (i) to be unavailable, or
 (ii) to be less cogent than if the action had been brought within the period mentioned in section 4A.

³³² Leonardo Greco afirma que “No sistema continental europeu (*civil law*), a função do judiciário, o papel da justiça, tem sido o de atuação do direito objetivo, isto é, a aplicação da vontade concreta da lei aos casos que lhe são submetidos. (...) Já no modelo de administração da justiça dos países do *common law*, a função da justiça é, de modo preponderante, a de pacificação dos litigantes. (...) Na *common law*, pouco importa se a pacificação dos litigantes vai dar-se à luz da lei ou de outro critério qualquer que seja mais adequado ao caso concreto” (*Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. 1, p. 2).

pelo Parlamento inglês muitas vezes possuem regras abertas como essa para serem completadas pelo Judiciário, que vai definir mais detalhadamente, então, em que casos e circunstâncias o juiz poderá se valer das *discretions* que lhe são outorgadas. É nesse contexto que a referida norma deverá ser interpretada para fins de aplicação do direito inglês pelo juiz brasileiro; não como uma regra processual que define poderes ou deveres do juiz, mas como uma regra material cujos contornos são definidos pelo Judiciário.

Assim, o juiz brasileiro, ao aplicar o direito inglês, deverá observar a regra de exceção acima e aplicá-la nas mesmas situações em que os juízes ingleses a aplicam. A jurisprudência inglesa, é claro, será a melhor fonte para tanto, devendo-se ressaltar que decisões judiciais são formalmente consideradas lei na Inglaterra³³³. Se o juiz brasileiro se recusar a se valer da referida regra e reconhecer a prescrição em uma situação que nela se enquadra (conforme o entendimento corrente dos juízes ingleses), estará aplicando o direito material inglês apenas pela metade e cometerá *error in iudicando*: alcançará solução que é errada de acordo com o direito inglês, diferente de como ele é aplicado pela Justiça inglesa.

A reforçar tal entendimento, cumpre ressaltar que os próprios juízes ingleses deixam de aplicar a referida *discretionary exclusion* do prazo prescricional em litígios que versem sobre obrigações regidas por direito estrangeiro. O *Foreign Limitation Periods Act 1984* dispõe que o juiz inglês, quando “exercer discricionarieidade conferida pelo direito de outro país, deverá, tanto quanto possível, exercê-la da forma que é exercida em casos semelhantes pelos tribunais daquele outro país”³³⁴. É exatamente o que propomos aqui, no que diz respeito a “discricionarieidades” que consubstanciem, na verdade, regras de direito material.

Deve-se ressaltar também que a atuação do juiz por meio de atos discricionários não é de todo desconhecida pelos nossos juízes. “Num espaço muito limitado e rigidamente previsto, a *civil law* admite atos discricionários ou juízos de equidade, a chamada *justiça do caso concreto*, como se vê nos artigos 126 e 127 do nosso Código de Processo Civil”³³⁵. Um exemplo citado por Leonardo Greco é o arbitramento de alimentos, previsto em nossa lei *material*. “A lei diz que o juiz decidirá sobre o provimento de alimentos de acordo com a

³³³ Entre as acepções da palavra “law”, que em português melhor seria traduzida como *direito* do que como *lei*, se encontra “The aggregate of legislation, *judicial precedents*, and accepted legal principles; the body of authoritative grounds of *judicial* and administrative action; esp., *the body of rules, standards, and principles that the courts of a particular jurisdiction apply in deciding controversies brought before them* <the law of the land>” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s Law Dictionary*. 8th ed. St. Paul: Thomson West, 2004. p. 900).

³³⁴ Seção 1(4): “A court in England and Wales, in exercising in pursuance of subsection (1)(a) above any discretion conferred by the law of any other country, shall so far as practicable exercise that discretion in the manner in which it is exercised in comparable cases by the courts of that other country”.

³³⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. 1, p. 5.

necessidade do alimentando e a capacidade do alimentante (art. 1.694, § 1º do Código Civil), ou seja, por equidade, de acordo com as exigências do caso concreto”³³⁶. A regra inglesa não é muito diferente, em vários aspectos, de tal regra *material* de nosso direito civil, que deve ser aplicada pelos juízes estrangeiros quando tiverem que definir alimentos de acordo com o direito brasileiro.

Assim sendo, a afirmação de Irineu Strenger de que “a *lex fori* estabelece os limites do poder discricionário do juiz”³³⁷ deve ser lida com ressalvas. De fato, a *lex fori* determina os limites dos poderes discricionários do juiz ou do Judiciário, mas apenas no que diz respeito ao *processo*, como concessão de liminares, determinação de prestação de caução ou contracautela, permissão para que a parte recolha custas ao final do processo em certas situações, efeitos suspensivos a determinados tipos de procedimentos etc. A atuação do juiz é limitada pelo *devido processo legal*, que é definido pela *lex fori*. No entanto, os poderes que o *direito material* outorga ao juiz para decidir determinadas questões de direito material de acordo com a equidade, levando em conta determinadas circunstâncias previstas em lei, devem ser observados pelo juiz estrangeiro que for chamado a aplicar o referido direito material a um caso concreto.

2.3.6 Prazos processuais, inclusive para ajuizamento de ação rescisória e ação anulatória de sentença arbitral e impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional

A lei processual prevê uma série de prazos, a maior parte dos quais são *endoprocessuais*, ou seja, “referem-se a fatos componentes de um só e mesmo processo e ditam distâncias temporais entre atos de um só procedimento”³³⁸. O CPC brasileiro, por exemplo, prevê prazos para contestar ações, excepcionar o Juízo, interpor recursos³³⁹, respondê-los, dentre vários outros.

³³⁶ *Ibidem*, p. 6.

³³⁷ STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p. 27.

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, p. 568.

³³⁹ Irineu Strenger corretamente afirma que “A *lex fori* estabelece em que condições é possível à pessoal utilizar-se de recursos quando perdedora de uma disputa” e que “A *lex fori* regula os prazos recursais” (*Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p. 27).

Além desses, há os prazos *extraprocessuais*, que são os que, “embora digam respeito ao sistema processual e estejam disciplinados na lei do processo, fluem fora deste e às vezes até antes que algum processo se instaure”³⁴⁰. Exemplos são: o prazo de 120 dias para impetrar mandado de segurança contra ato jurisdicional, contados da ciência do ato (art. 23 da lei nº 12.016/2009); de 2 anos para ajuizar ação rescisória, contados do trânsito em julgado da sentença a ser rescindida (art. 495 do CPC); de 15 dias para opor Embargos à Execução ou impugnação à execução, contados da citação ou intimação da execução (arts. 738 e 475-J, § 1º, do CPC); de 90 dias para ajuizar ação anulatória de sentença arbitral, contados da notificação da sentença (art. 33, § 1º, da lei 9.307/96), de 30 dias para ajuizar ação principal, contados da efetivação da medida cautelar (arts. 806 e 808, I, CPC), entre outros.

Nenhum dos prazos *extraprocessuais* tem natureza prescricional³⁴¹. Os três primeiros, aliás, são prazos decadenciais para o exercício de direito potestativo conferido pela lei processual brasileira (o direito a se valer dos referidos *remédios processuais*³⁴²), regidos pela *lex fori*, ainda que as ações a que estejam relacionados veiculem pretensões regidas por direito estrangeiro. Apesar das regras gerais sobre tais prazos serem dadas pela lei material³⁴³, são regidos primordialmente pela lei processual, que os criou e que prevê as consequências de seu descumprimento. O fato de o prazo para a ação rescisória ter sido previsto no passado na

³⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 2, p. 568. Leonardo Greco, por exemplo, não faz esta distinção entre *endoprocessuais* e *extraprocessuais* e trata do prazo de 2 anos para ajuizar rescisória (art. 495 do CPC) em capítulo intitulado “classificação dos prazos processuais” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. 1, p. 361)

³⁴¹ Carvalho Santos cita lição de Laurent, o qual argumenta o seguinte: “A prescrição extintiva implica a existência de uma obrigação ou de um direito real, que se extingue pelo decurso de certo lapso de tempo; ao contrário, quando a lei prescreve um prazo processual, para adjudicação, por exemplo, não é uma obrigação ou um direito real que se extingue pelo não uso. De outro lado, o fundamento dos prazos e o da prescrição são bem diversos. A prescrição é consagrada em lei para que as ações tenham um fim, para que os indivíduos gozem de tranquilidade e segurança sem os quais a vida seria insuportável; enquanto que os prazos são estabelecidos para certos atos, a fim de ativar o processo, estes prazos são calculados de maneira que as partes interessadas tenham tempo de praticar o ato jurídico, que elas podem ter interesse de fazer ou não fazer.” (SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*: Principalmente do ponto de vista prático. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. V. 3, p. 373).

³⁴² Quanto à ação rescisória, o art. 495 do CPC (que trata da extinção do “direito de propor a ação”) é bem claro no sentido de que se trata de prazo decadencial, apesar de que “não é o direito de ação que se extingue, decorrido o prazo de dois anos contado a partir do trânsito em julgado, mas sim o próprio direito material à desconstituição da sentença ou acórdão” (COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas. Barueri: Manole, 2006. p. 933). A doutrina assim já entendia mesmo quando tal prazo era disposto no Código Civil de 1916, que utilizava o termo “prescreve” antes de se referir ao mesmo (confira-se, MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1996. V.4, p. 347-348). Hoje a Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça (“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”) põe fim a qualquer discussão a respeito. Quanto à ação anulatória de sentença arbitral, a lei não é tão clara (o § 1º do art. 33 da lei 9.307/96 dispõe que “a demanda... deverá ser proposta no prazo de até noventa dias”), mas a doutrina a jurisprudência têm entendido pela natureza decadencial do prazo; nesse sentido, AI 2009.002.19770 (TJRJ, 4ª Turma, Rel. Des. Sidney Hartung, j. 28.07.2009).

³⁴³ Capítulo II do Título IV do Código Civil, que trata da decadência.

nossa lei material por excelência, o Código Civil (cfr. art. 178, § 10, VIII, do Código de 1916) – o que era criticado³⁴⁴ –, não infirma tal conclusão.

Veja que não é cabível, no Brasil, ação rescisória de sentença estrangeira³⁴⁵ ou ação anulatória de sentença arbitral proferida no exterior³⁴⁶, ou mandado de segurança contra ato jurisdicional de autoridade estrangeira. Por outro lado, nosso ordenamento jurídico reconhece a competência da Justiça do país de origem da decisão ou sentença judicial ou arbitral estrangeira para rescindi-la, anulá-la, declará-la nula ou inexistente ou de qualquer forma modificá-la de acordo com sua lei processual (e no prazo concedido por sua lei), dando efeito a suas decisões³⁴⁷.

Nos Embargos à Execução, é possível que o devedor executado alegue defesas/exceções regidas por direito estrangeiro (como, por exemplo, compensação, transação

³⁴⁴ Pontes de Miranda entendia que “estava errado” o prazo para a ação rescisória estar previsto no Código Civil de 1916 originalmente (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1996. V.4, p. 347).

³⁴⁵ Nesse sentido, mas admitindo, corretamente, a rescisão da sentença (brasileira) que homologou a sentença estrangeira, são as lições de Pontes de Miranda (*Ibidem*, p. 251) e Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5. p. 130), além da conclusão da obra coletiva *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*, coordenada por Nadia de Araujo (Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 30-31), na qual são citados dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal que rescindiram decisões da Corte que homologaram sentenças estrangeiras (AR nº 893, 1976, e AR nº 1.169, 2009).

³⁴⁶ A lei nº 9.307/96 não prevê a possibilidade de anulação de sentença estrangeira; ao contrário, como dispõe que a sentença estrangeira só produzirá efeitos depois de homologada pelo STJ (arts. 35 e 36, c/c arts. 483 e 484 do CPC e o art. 105, I, “i”, da CF) e como não é de se cogitar de anulação da sentença homologada ou homologatória, uma interpretação sistemática leva à conclusão de que a ação prevista no art. 33 é cabível somente contra sentenças arbitrais brasileiras. Nesse sentido, é a opinião de Ricardo Ramalho Almeida (*Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 257-258) e José Carlos de Magalhães Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 135-148, 2004). Tal regra segue a orientação internacional: Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio lecionam que “o Poder Judiciário do local da sede da arbitragem é normalmente o competente para interferir no procedimento arbitral. Assim, a possibilidade de (...) interposição de recursos para rediscutir o mérito do laudo (nos países onde tal medida é admitida), ou até mesmo a solicitação de nulidade do laudo serão, em regra, determinadas pela lei do local da sede da arbitragem” (*Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 253). Paulo Borba Casella e Daniel Gruenbaum, por sua vez, lecionam que “é aos tribunais da sede que a Convenção de Nova Iorque reconheceu o poder para apreciar a validade não só da sentença, mas do processo arbitral: um regime eminentemente territorial e vinculado à sede da arbitragem” Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9. abr./jun. 2006. p. 249). Tal reconhecimento se dá em seu art. V, § 1º, “e”, que prevê entre os impedimentos à homologação da sentença arbitral estrangeira a sua anulação ou suspensão “por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida”; sendo que referidos autores afirmam a “tendência é abandono” do critério “conforme a lei do qual”, inaplicável, aliás, no Brasil, que possui norma mais favorável (art. 38 da lei 9.307), a prevalecer, conforme art. VII, § 1º, da Convenção (*Ibidem*, p. 212 e 242). Ricardo Ramalho Almeida também leciona o foro da sede da arbitragem é normalmente o competente para anular a sentença arbitral (*Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 68 e 254-255).

³⁴⁷ É possível a homologação, no Brasil, de sentença estrangeira que rescindiu anterior sentença do mesmo país e não é possível se homologar uma sentença estrangeira rescindida (pelo menos não na parte rescindida). Já Vicente Greco Filho leciona que “se, porém, houve a homologação e a rescisória posteriormente desfez a sentença no exterior, independentemente de homologação desta última aquela se desfaz, perdendo toda a eficácia no Brasil, como, magistralmente, sustentou Liebman” (*Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 401). Quanto a sentenças arbitrais, a Convenção de Nova York de 1958, em vigor no Brasil, prevê entre as causas de recusa à homologação a anulação ou suspensão da sentença pelo tribunal da sede da arbitragem. Há que se ressaltar que as medidas judiciais cabíveis contra uma sentença arbitral nacional variam de país a país, tendo aqueles que admitem inclusive recurso ao Judiciário por violação de lei, o que no Brasil não é admitido.

e prescrição, prevista no art. 475-L, VI, do CPC). No entanto, em tal caso, ultrapassado o prazo decadencial de 15 dias previsto nos arts. 738 e 475-J, § 1º, do CPC, não preclui para o devedor a possibilidade de se fazer valer de tais defesas/exceções: ela ainda poderá alegá-las em ação anulatória ou até mesmo em exceção de pré-executividade. O que preclui, portanto, é apenas a possibilidade de se valer de um remédio processual específico (os Embargos à Execução), para cujo exercício a lei processual brasileira impõe prazo decadencial de 15 dias.

E se o autor não ajuizar a ação principal dentro do prazo de 30 dias contados da efetivação da medida cautelar (art. 806 do CPC), também não precluirá a possibilidade de ajuizar tal ação, em que poderá veicular pretensão regida por direito estrangeiro. Apenas perderá uma vantagem processual prevista na lei processual brasileira, qual seja, a manutenção da eficácia da medida cautelar (art. 808, I, CPC).

2.3.7 Prazo para impetrar mandado de segurança contra ato administrativo

Apesar de não se tratar de um prazo processual (nem mesmo da categoria *extraprocessual*, mencionada acima), o prazo de 120 dias para se impetrar mandado de segurança contra ato administrativo é regido pelo direito brasileiro. Trata-se de medida judicial voltada contra atos ilegais ou com abuso de poder de autoridades públicas brasileiras ou de agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público brasileiro³⁴⁸, ainda que cometidos no exterior³⁴⁹. Passado referido prazo, ao lesado ainda cabe exercer sua pretensão por meio de processo de conhecimento, no prazo prescricional previsto na lei material respectiva.

³⁴⁸ O art. 5º, LXIX, da Constituição Federal dispõe que o mandado de segurança é cabível contra ato de “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. O art. 1º da lei nº 12.016/2009 menciona que seria cabível contra “autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” e o seu parágrafo único dispõe que “Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições”. Já o art. 2º dispõe que “Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada”. A interpretação sistemática e teleológica da lei e da Constituição nos leva a compreender que o mandado de segurança não é cabível contra autoridades públicas estrangeiras ou agentes que exerçam atribuições de Poder Público estrangeiro. Além disso, os atos que normalmente são impugnados por meio de mandado de segurança são atos de império que não poderiam ser objeto de ação perante Justiça de outro país (no caso, ação perante a Justiça brasileira para contestar ato de autoridade estrangeira), em função do princípio da imunidade de jurisdição.

³⁴⁹ No MS 13.922/DF, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a impetração de mandado de segurança no Brasil contra ato do Cônsul Geral do Brasil em Frankfurt, Alemanha (1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27.05.2009, v.u.).

2.3.8 Prazo prescricional para cobrança de honorários de sucumbência e reembolso de custas e despesas processuais

A condenação em honorários de sucumbência e ao reembolso de despesas e custas processuais são questões processuais, reguladas, no que tange a ações de natureza cível e comercial no Brasil, pelo Código de Processo Civil (art. 20). Nesse sentido há regra expressa do Código de Bustamante:

Art. 171. Também se submete à lei do lugar a determinação de quem deve satisfazer as despesas judiciais que o pagamento originar, assim como a sua regulamentação.

Logo, da mesma forma que a lei brasileira rege os limites de tal condenação em ações ajuizadas perante a Justiça brasileira, rege também o prazo prescricional para sua cobrança contra o sucumbente. Ou seja, mesmo em processos julgados que veiculam pretensão regida por direito estrangeiro, o vitorioso na ação tem o prazo de 5 (cinco) anos para iniciar cobrança dos honorários e do reembolso das custas e despesas incorridas, contados do trânsito em julgado, como previsto no art. 25 da Lei nº 8.906/94 e no art. 206, § 5º, III, do Código Civil.

Pelos mesmos motivos, o prazo prescricional para se executar no Brasil sentença estrangeira que condena o vencido, em um processo no exterior, a pagar ou reembolsar despesas decorrentes do processo ou honorários de sucumbência é determinado pela lei do foro perante o qual tramitou a referida ação (e independentemente do direito que solucionou o fundo do litígio).

2.4 A exceção das leis de polícia (*lois de police*), ou leis de aplicação imediata, do foro

Em pelo menos três hipóteses o direito brasileiro possui regras relativas à prescrição que são aplicáveis mesmo com relação a pretensões regidas por direito estrangeiro, afastando, pelo menos em parte, as disposições da *lex causae* relativas à prescrição, independentemente do que as mesmas dispuserem.

São as chamadas leis de polícia (*lois de police*), ou leis de aplicação imediata (*lois d'application immédiate*), ou ainda leis imperativas, que devem ser aplicadas pelo juiz

brasileiro mesmo em situações que, de acordo com as regras de conexão do foro, seriam regidas por direito estrangeiro. Nosso ordenamento jurídico não contém uma regra geral sobre a aplicação de tais leis, mas alguns diplomas internacionais a possuem. Entre eles, cabe ressaltar a *Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, de 1980, que dispõe, em seu artigo 7º (2), que “o disposto na presente convenção não pode prejudicar a aplicação das regras do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto, independentemente da lei aplicável ao contrato”³⁵⁰.

Tais leis se baseiam na ordem pública do foro, de que trataremos mais adiante. Jacob Dolinger afirma inclusive que “a ordem pública e regras imperativas podem perfeitamente constituir uma duplicação da mesma ideia”. Assim, as leis de polícia seriam hipóteses em que, em função da vontade do legislador, “o recurso ao princípio da ordem pública é imperativo, não dependendo de análise judicial”³⁵¹. A maior parte da doutrina, no entanto, considera tais leis como uma figura distinta da ordem pública³⁵².

Não é escopo deste trabalho discorrer de maneira aprofundada sobre tal controvérsia ou as características das leis de polícia. Assim, sem querer tomar partido, optamos por, logo após discorrermos sobre as questões que normalmente são regidas pela *lex causae* e as que normalmente são regidas pela *lex fori* em matéria de prescrição, tratar nesse ponto das três hipóteses que identificamos que a legislação brasileira contém regras materiais de prescrição excepcionais que são aplicáveis mesmo com relação a obrigações regidas por direito estrangeiro. E isso porque nos pareceu mais simples seguir essa ordem de ideias. E, em seguida, vamos tratar da aplicação do princípio da ordem pública, em toda a sua generalidade e fluidez, em matéria de prescrição.

³⁵⁰ O Regulamento de Roma I, que substituiu referida Convenção, possui regras um pouco mais detalhadas em seu artigo 9º:
1. As normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento.
2. As disposições do presente regulamento não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro.

³⁵¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte especial)*: Direito civil internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. 2: Contratos e obrigações no direito internacional privado. p. 156-157. Nesse sentido é o “Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, aprovado em conferência de 2002 da International Law Association, que dispõe que “A ordem pública internacional de um Estado qualquer inclui: (ii) as regras concebidas para a salvaguarda dos interesses políticos, sociais ou econômicos essenciais do estado, conhecidos como ‘lois de police’ ou ‘leis de ordem pública’” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 240. de quem provém a tradução para o português).

³⁵² Essa é a opinião de Ricardo Ramalho Almeida, que as define “como normas positivas materiais de intensa carga valorativa e que definem por si mesmas, independentemente do recurso a um sistema de conflito de leis, o seu âmbito espacial de aplicação” e discorre detalhadamente sobre a doutrina a respeito (*Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 52-62).

2.4.1 Prescrição de pretensões contra a Fazenda Pública

O Decreto nº 20.910, de 1932, trata da prescrição contra a Fazenda Pública e dispõe o seguinte:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Veja que referido dispositivo trata de “todo e qualquer direito ou ação”, sem fazer qualquer ressalva, o que, a nosso ver, afasta a possibilidade de aplicação de lei estrangeira à matéria. O fundamento foi proteger a fazenda de ações nos prazos mais longos previstos no Código Civil na época. Quanto aos mais curtos, o art. 10º dispõe que não seriam alterados, mas esse dispositivo gera controvérsias³⁵³.

Semelhante é a lei francesa de 31 de dezembro de 1968 “relativa à prescrição das dívidas do Estado, os departamentos, as comunas e os estabelecimentos públicos”³⁵⁴, que dispõe sobre um prazo de 4 (quatro) anos contra o Estado francês e outras pessoas jurídicas de direito público daquele país³⁵⁵.

Fayez Hage-Chahine professor da Universidade de Paris II e da Université Saint-Joseph, de Beirute, afirma que se trata de uma lei de polícia, aplicável imediatamente em razão do simples fato de existir uma dívida contra o Estado, os departamentos e as comunas e que “a regra de conexão não é consultada e nenhuma importância se dá à nacionalidade do credor ou à lei aplicável à dívida prescrita”³⁵⁶. E que se trata de uma lei de polícia porque “é

³⁵³ Por exemplo, com relação a ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, há alguns julgados do STJ pela aplicação do prazo de 3 anos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil (REsp 1.137.354 e REsp 982.811, por ex.) e outro pela aplicação do prazo de 5 anos do Decreto (REsp 1.230.668 e REsp 1.184.880, por ex.).

³⁵⁴ No original, “Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics”. Os departamentos (*départements*) e as comunas (*communes*) são divisões do Estado francês, próximas aos nossos Estados e Municípios, mas com menor autonomia (há que se ressaltar que a França é um Estado unitário e não uma Federação, como Brasil).

³⁵⁵ O art. 1º da referida lei dispõe o seguinte: “Sont prescrites, au profit de l'Etat, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. Sont prescrites, dans le même délai et sous la même réserve, les créances sur les établissements publics dotés d'un comptable public.”

³⁵⁶ “L'application de cette loi de police est immédiatement déclenchée par le seul fait que la créance existe contre l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics. La règle de conflit n'est pas consultée, et aucune importance n'est accordée à la nationalité du créancier ni à la loi applicable à la dette prescrite.” (HAGE-CHAHINE, Fayez. La prescription extinctive en droit international privé. *Recueil des cours*, v. 255, 1995. p. 254).

relativa à organização estatal e se explica pelas exigências de uma ‘contabilidade saudável’ à qual devem ser submetidas as dívidas do Estado”³⁵⁷.

Referido doutrinador menciona um acórdão do Conselho de Estado francês de 07 de janeiro de 1987 que decidiu que a referida lei “se aplica ao total de dívidas do Estado, sejam elas regidas pelo direito público ou pelo direito privado, nele compreendido o direito de um país estrangeiro”³⁵⁸. O caso tratou da rescisão do contrato de trabalho de uma francesa que laborava na embaixada da França no México. A Corte aplicou o direito mexicano ao fundo do litígio, pois era o local onde o trabalho foi executado, mas aplicou o prazo prescricional de quatro anos previsto na referida lei francesa (a lei mexicana previa um prazo mais curto, de um ano). Hage-Chahine menciona também um acórdão do Conselho de Estado de 1972 que teria aplicado o prazo prescricional francês de cinco anos para dívidas do Estado Francês, em vigor antes da referida lei de 1968, a uma emissão de dívida feita no exterior e subscrita por estrangeiros.

2.4.2 Prescrição para reclamar certos depósitos no Brasil

A Lei nº 2.313/54 determina a transferência ao Tesouro Nacional de bens objeto de contratos de depósitos não renovados por 25 anos e de créditos perante instituições financeiras não movimentados ou reclamados em 25 anos. Após a transferência, os titulares possuem prazo prescricional de 5 (cinco) anos para reclamarem seus bens, “findo o qual se incorporarão ao patrimônio nacional” (§ 1º do art. 1º).

Posteriormente, em 1997, foi editada a Medida Provisória nº 1.597 (convertida na Lei nº 9.526/97). Em seu art. 1º, a mesma dispôs que “os recursos existentes nas contas de depósitos, sob qualquer título, cujos cadastros não foram objeto de atualização, na forma das Resoluções do Conselho Monetário Nacional nºs 2.025, de 24 de novembro de 1993, e 2.078, de 15 de junho de 1994, somente poderão ser reclamados, junto às instituições depositárias,

³⁵⁷ “L’appartenance de cette prescription à la catégorie des lois de police se justifie par l’idée qu’elle est relative à l’organisation étatique et qu’elle s’explique par les exigences d’une ‘saine comptabilité’ à laquelle doivent être soumises les dettes de l’Etat” (HAGE-CHAHINE, Fayez. La prescription extinctive en droit international privé. *Recueil des cours*, v. 255, 1995. p. 255).

³⁵⁸ No original, referido mestre faz a seguinte transcrição: “s’applique à l’ensemble des dettes de l’Etat qu’elles soient régies par le droit public ou par le droit privé y compris le droit d’un pays étranger” (HAGE-CHAHINE, Fayez. La prescription extinctive en droit international privé. *Recueil des cours*, v. 255, 1995. p. 254).

até 28 de novembro de 1997”. Referida lei ainda previu o recolhimento de tais recursos ao Banco Central do Brasil, após ultrapassado tal prazo, e a publicação de um edital no Diário Oficial da União com certos detalhes sobre os recursos transferidos. Da publicação do edital, conta-se um prazo de 30 (trinta) dias para os interessados contestarem administrativamente o recolhimento e de seis meses para “requerer judicialmente o reconhecimento de direito aos depósitos”. Em 1999, foi incluído novo dispositivo à referida lei que permitiu que os interessados poderiam reclamar tais recursos junto às instituições financeiras até 31 de dezembro de 2002³⁵⁹.

Referidas leis claramente se aplicam a todos os depósitos realizados no Brasil, junto a depositantes brasileiros ou estrangeiros, independentemente da lei aplicável aos referidos contratos.

Fayez Hage-Chahine leciona sobre disposições semelhantes do direito francês e do direito libanês, que preveem a prescrição de certos títulos e depósitos em um certo prazo e a transferência de sua totalidade ou metade ao Estado, depois do lapso prescricional, independentemente da lei que os rege. Tratam-se, a ser ver, de *lois de police*.³⁶⁰

2.4.3 Concurso universal de credores e recuperação judicial

O concurso universal de credores, no Brasil, é um tipo de procedimento que visa organizar a cobrança e o pagamento de dívidas de quem não possui bens suficientes (insolvência civil) ou pelo menos não tem recursos líquidos suficientes (falência) para quitar suas obrigações. A recuperação judicial é um procedimento que tenta salvar o comerciante em tal situação, mas que tenha condições de se recuperar, se ele conseguir que seus credores aprovem um Plano de Recuperação dentro de determinadas condições.

A lei brasileira contém, nessa matéria, uma série de regras imbuídas de ordem pública e que prevalecem sobre disposições de leis estrangeiras que regulem créditos contra o devedor. Entre elas, suspensão obrigatória de ações, modificação da forma de pagamento,

³⁵⁹ Art. 4º-A da referida lei, incluído por meio da Medida Provisória nº 1.831-13/1999, posteriormente convertida na Lei nº 9.814/99.

³⁶⁰ HAGE-CHAHINE, Fayez. La prescription extinctive en droit international privé. *Recueil des cours*, v. 255, 1995. p. 255-257.

proibição de retirada de determinados bens do credor da posse do devedor durante certo período (art. 49, § 3º, da lei 11.101/05), etc.

Todos ou quase todos os países possuem institutos semelhantes, que são essenciais para organizar a atividade econômica.

No que interessa para este trabalho, tanto a insolvência civil quanto a falência possuem normas atinentes à prescrição que se sobrepõem a leis estrangeiras de regência de créditos do devedor.

A insolvência civil é regulada pelo Código de Processo Civil, mas os artigos 777 e 778 do Código veiculam regras de direito material³⁶¹.

O art. 777 dispõe que a instauração de concurso de credores interrompe “prescrição das obrigações” do devedor insolvente, e que a prescrição (na verdade, os prazos prescricionais) “recomeça a correr no dia em que passar em julgado a sentença que encerrar o processo de insolvência”. Pontes de Miranda afirma que o artigo 777 determina a interrupção de “qualquer prazo de prescrição”³⁶² e Humberto Theodoro Júnior menciona que “opera-se a interrupção geral de todas as prescrições relativas a quaisquer créditos existentes contra o devedor”³⁶³.

Seguindo esse raciocínio, referido dispositivo abrange também obrigações e prazos prescricionais regidos por direito estrangeiro. Veja que credores estrangeiros, mesmo titulares de títulos emitidos no exterior, podem requerer a insolvência do devedor perante a Justiça brasileira ou habilitar o seu crédito na insolvência aqui decretada³⁶⁴.

Já o art. 778 dispõe que “Consideram-se extintas todas as obrigações do devedor, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência”. Trata-se de prazo decadencial³⁶⁵, ao fim do qual “não há mais qualquer crédito

³⁶¹ Nesse sentido é a lição de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 387).

³⁶² *Ibidem*, p. 388.

³⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 334.

³⁶⁴ Humberto Theodoro Júnior afirma que “O credor não domiciliado no Brasil tem legitimidade para requerer, perante a Justiça Brasileira, a insolvência de devedor nacional. Para tanto, deverá fundamentar seu pedido em título executivo, mesmo criado no exterior, mas que contenha obrigação a ser cumprida no Brasil (Código de Processo Civil, art. 88, n.º II).” (*A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 114). Não concordamos, no entanto, com relação à suposta necessidade de que o título contenha obrigação a ser cumprida no Brasil, pelo menos não quando o devedor for domiciliado no Brasil, caso em que a Justiça brasileira terá competência para julgar a ação com fulcro no art. 88, I, do CPC.

³⁶⁵ Nesse sentido também é o escólio de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 389), Sálvio de Figueiredo Teixeira (*Código de processo civil anotado*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572) e Costa Machado (*Código de*

contra o devedor insolvente”³⁶⁶. Barbosa Moreira afirma que o transcurso de tal prazo “acarreta a exoneração do devedor em relação a todas as obrigações *que foram ou poderiam ter sido cobradas na execução universal*”³⁶⁷. E Costa Machado, por sua vez, afirma que se trata de “extinção de todas as obrigações, sejam elas de que espécie for” e que tem “caráter geral e fulminante”³⁶⁸.

O artigos 779 dispõe, por sua vez, que o devedor pode pedir que o juiz declare a extinção das obrigações após passados os 5 (cinco) anos e, em conjunto com os artigos 780 a 782, dispõe sobre o procedimento que deve ser obedecido para que possa ser proferida a sentença declaratória da extinção.

Quanto à falência e à recuperação judicial, a decretação da primeira e o deferimento do processamento da segunda suspende o curso da prescrição também de pretensões regidas por direito estrangeiro. Da mesma forma que ocorre na insolvência civil, credores estrangeiros ou titulares de créditos regidos por direito estrangeiro podem habilitá-los na recuperação ou falência, se isso não for feito pelo devedor.

2.5 A limitação da ordem pública

O princípio da ordem pública é um dos mais antigos princípios de direito internacional privado, existente já na época dos romanos³⁶⁹. É provavelmente o mais conhecido, com aplicação universal. Ele visa afastar a aplicação de normas estrangeiras, ou a eficácia de atos

processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas. Barueri: Manole, 2006. p. 1322). Pontes também afirma que “o art. 778 nada tem com os prazos de prescrição (podem ser muitos e diferentes, conforme a pretensão em ação nascida do crédito)”, sendo que de prescrição trata o art. 777, o que nos parece corroborar o que afirmamos: o art. 777 determina a interrupção inclusive de prazos regidos por direito estrangeiro.

³⁶⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 389.

³⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291.

³⁶⁸ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas. Barueri: Manole, 2006. p. 1322.

³⁶⁹ Como afirma Jacob Dolinger em *Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado*. In: _____. *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 237 (Tradução para o vernáculo efetuada por Carmen Tiburcio e Luis Roberto Barroso de artigo publicado em inglês no *Texas Law Journal*, vol. 17, nº 2, 1982).

ou sentenças estrangeiras, quando ofendam os “princípios básicos da ordem jurídica do foro”³⁷⁰.

Referido princípio é positivado em nossa legislação no artigo 17 da Lei de Introdução, que dispõe que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Quanto à soberania nacional e os bons costumes, nada mais são do que dois planos (político e moral) do princípio da ordem pública³⁷¹, que possui também os planos jurídico e econômico (a ordem pública *stricto sensu*, por assim dizer). Assim, usaremos apenas a expressão ordem pública neste trabalho, quando nos referirmos a qualquer um de seus três planos.

A Lei de Introdução, no entanto, não oferece nenhuma definição de seu conceito ou amplitude. O Código Bustamante também não encerra a questão ao dispor, em seu artigo 4º, que “os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional”, uma vez que nem todas as hipóteses de ofensa aos princípios básicos de nosso ordenamento jurídico decorrerão da Constituição Federal³⁷².

De fato, trata-se de “conceito de tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal”, como ensina Carmen Tiburcio³⁷³. E nos parece que nem deve ser. É possível, no entanto, se identificar a ordem pública “como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivados na Constituição e na legislação vigente, sobretudo em países

³⁷⁰ Cf. Jacob Dolinger (Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado. In: _____. *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 237 (Tradução para o vernáculo efetuada por Carmen Tiburcio e Luis Roberto Barroso de artigo publicado em inglês no *Texas Law Journal*, vol. 17, nº 2, 1982).

³⁷¹ Nesse sentido, DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395. Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão, por sua vez, afirmam que os “três conceitos [ordem pública, soberania nacional e bons costumes]..., terminam por subsumir-se em apenas um, a *ordem pública*” (ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 207-208).

³⁷² Humberto Theodoro Júnior afirma que “se é verdade que nem tudo que viola a ordem pública viola a Constituição, não se pode admitir como verdadeira a recíproca” e cita lição de Luís Roberto Barroso no sentido de que “tem predominado o entendimento de que *sempre que* a norma estrangeira estiver em contraste com a Constituição local, estará, *ipso iure*, violando a ordem pública” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Homologação de sentença estrangeira. Ofensa à Ordem Pública. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, nov. 2006. p. 78). Já Jacob Dolinger, a nosso ver corretamente, afirma que referida afirmação “é verdadeira para as constituições clássicas, que só tratam dos fundamentos básicos do sistema jurídico nacional. Mas não se aplica a alguns textos constitucionais recentes, como o brasileiro (1988), no qual há matérias totalmente estranhas a uma Carta Magna e regras que o manto da ordem pública não deve proteger” (*Direito Internacional Privado (Parte especial)*: Direito civil internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. 2: Contratos e obrigações no direito internacional privado. p. 144).

³⁷³ TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 209.

de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil”³⁷⁴. Há que se ressaltar que dispositivos constitucionais ou legais podem ajudar a identificar a ordem pública, mas ela própria não é positivada, pois “é uma realidade externa, exógena a qualquer norma jurídica específica”³⁷⁵.

Jacob Dolinger corretamente afirma que o princípio tem natureza relativa e alterável e que é indefinível, mas dá uma valiosa lição sobre quando e como deve ser aplicado:

Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral de todo o Estado constituído.

Mas não encontramos formulado o que vem a ser básico na filosofia, na política, na moral e na economia de um país. O aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir dentro do sistema jurídico de seu país o que seja fundamental, de ordem pública, não podendo ser desrespeitado pela vontade das partes ou pela aplicação de uma lei estrangeira, do que não seja essencial, podendo tolerar um pacto entre particulares, consagrando as suas vontades, ou admitir que se aplique uma lei estrangeira contendo norma jurídica diversa da constante no direito pátrio.

A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na avaliação do que fere e do que não fere a ordem pública. Compatível ou incompatível com o sistema jurídico de um povo – eis a grande questão medida pela ordem pública – para cuja aferição a Justiça deverá considerar o que vai na mente e no sentimento da sociedade.³⁷⁶

A doutrina distingue três graus ou níveis de aplicação do princípio da ordem pública. O primeiro se refere ao campo fundamentalmente interno e consiste nas regras e princípios do ordenamento jurídico nacional que não podem ser derogados pelas partes. Os outros dois níveis têm incidência no campo do direito internacional privado³⁷⁷. Trataremos da prescrição em cada um dos três níveis separadamente.

³⁷⁴ TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 209.

³⁷⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 402.

³⁷⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 394-395.

³⁷⁷ Jacob Dolinger menciona a existência de três níveis da ordem pública em sua obra *Direito Internacional Privado: parte geral* e a três graus ou níveis em seu artigo “A Ordem Pública em seus Diversos Patamares”. Já Carmen Tiburcio se refere a três graus de ordem pública em seu artigo “A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras”. Seguiremos aqui a mesma orientação dos referidos doutrinadores. Há que se ressaltar que, em seu artigo “Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado”, Jacob Dolinger utiliza o termo grau em contexto um pouco diferente, ao se referir ao “segundo grau da ordem pública” como a “ordem pública no direito internacional privado” (que englobaria o 2º e 3º níveis mencionados neste trabalho), e ao “terceiro grau da ordem pública da comunidade internacional” (a “ordem pública verdadeiramente internacional, que reflete os interesses comuns da humanidade, mesmo que isto implique em uma derrogação da ordem pública local”, da qual não trataremos neste trabalho); a distinção entre as duas concepções dos três níveis é tratada em seu artigo “A Ordem Pública em seus Diversos Patamares”.

2.5.1 Primeiro nível: a prescrição e a ordem pública no direito interno brasileiro

O primeiro nível da ordem pública, como já mencionado, se dá no campo interno e corresponde às leis imperativas³⁷⁸, cuja aplicação não pode ser afastada pelos particulares. Tais leis são também denominadas de cogentes, estabelecendo “princípios de observância obrigatória”, que são “necessários à manutenção da ordem pública”³⁷⁹.

O Código Civil de 1916 não fazia qualquer referência à ordem pública e o Código de 2002 faz referência apenas em hipóteses específicas³⁸⁰, mas, como afirma Jacob Dolinger, “se trata de um princípio tão imanente na nossa filosofia jurídica, no nosso sistema jurídico, na estrutura de nossa macroeconomia, que não há necessidade de se fazer referência a seus efeitos”³⁸¹. Como corretamente leciona Jacob, nossos tribunais sempre souberam identificar o princípio e negar eficácia a avenças que ofendam a ordem pública, naquilo que a ofenderem.

A regulamentação da prescrição pelo direito brasileiro é permeada por uma série de normas imbuídas de ordem pública (podemos chamá-las, apropriadamente, de *normas imperativas*³⁸²), que não podem ser derogadas pelas partes. Seus prazos não podem ser alterados pelas partes (art. 192 do Código Civil), só pode haver renúncia após a prescrição se consumir (art. 191) e, recentemente, se limitou a possibilidade de interrupção a uma vez (art. 202, sendo que antes credor poderia interrompê-la por meio de protesto indefinidamente) e se permitiu aos juízes que as declarassem de ofício (art. 219, § 5º, do CPC).

O mesmo ocorre com a decadência legal, que não pode ser objeto de renúncia, nem mesmo após consumada (art. 209), pode ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 210) e não tem como ser interrompida pelo credor (art. 207), salvo raras hipóteses.

Ambas podem ser alegadas em qualquer grau de jurisdição.

³⁷⁸ Essa é a lição de Carmen Tiburcio (A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 210).

³⁷⁹ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 81.

³⁸⁰ Artigos 20, 122 e 1.125 e os parágrafos únicos dos artigos 606 e 2.035.

³⁸¹ DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública em seus Diversos Patamares. In: _____. *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 271.

³⁸² Jacob Dolinger, muito corretamente, defende que não é apropriado afirmar que uma determinada lei ou uma determinada disposição legal é de ordem pública. Nas palavras do referido mestre, “as leis não são de ordem pública, isto é, a ordem pública não é um fato imanente à norma jurídica. Esta pode ser imperativa, proibitiva, ter caráter obrigatório, *ius cogens*, mas a característica de ordem pública é exógena” (*Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 403).

Tendo em mente tais limitações, Orlando Gomes afirma que “o fundamento político da prescrição justifica sua natureza de instituto *de ordem pública*, que não se coadunaria com as explicações de cunho privatista”. Tal natureza decorreria do fato de que “se funda no interesse social da segurança do comércio jurídico”. Apesar disso, “a prescrição não perde o aspecto de benefício em favor do devedor. Se este não quiser aproveitá-la, não pode ser forçado a invocá-la”³⁸³.

Já Pontes de Miranda leciona que a prescrição “serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações” (ações de direito material, como ressalva em outro ponto)³⁸⁴.

Humberto Theodoro, por sua vez, defende que o instituto teria relações com a segurança jurídica e cita lições que tratam de seu fundamento no interesse social e/ou na ordem pública de Luiz F. Carpenter, Carvalho Santos, Maria Helena Diniz, Câmara Leal, Sílvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro e Caio Mário da Silva Pereira³⁸⁵.

No direito português, que contém limitações à vontade das partes em matéria de prescrição semelhantes às nossas, também se fala do “carácter de ordem pública do instituto”³⁸⁶.

2.5.2 Segundo nível: a prescrição e a ordem pública na aplicação do direito estrangeiro no Brasil

Após se verificar que o nosso ordenamento jurídico contém normas imperativas, imbuídas de ordem pública, relativas à prescrição, é de se perguntar se isso significaria que a aplicação de direito estrangeiro no que toca à prescrição violaria a ordem pública brasileira.

³⁸³ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 444-447.

³⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1996. V. 4, p. 92.

³⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 567-5704.

³⁸⁶ Ana Filipa Morais Antunes faz essa afirmação ao tratar do art. 302º do Código Civil português, que dispõe que “A renúncia da prescrição só é admitida depois de haver decorrido o prazo prescricional” (*Prescrição e caducidade*: anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 40).

A resposta é não e o próprio fato de nosso ordenamento determinar a aplicação do direito (que pode ser estrangeiro) que rege a obrigação para regular a prescrição da pretensão de exigi-la é prova suficiente disso. Ora, se a regra de conexão do direito brasileiro determina a aplicação do direito estrangeiro para uma determinada questão, isso, por si só, demonstra que a aplicação de norma estrangeira para tal questão não viola a ordem pública, pelo menos não a princípio (ou seja, somente em situações excepcionais). Tal conclusão por si só basta para refutar a afirmação de Felício dos Santos de que a ordem pública imporia o afastamento da lei estrangeira em matéria de prescrição, contida em comentário ao seu vetusto *Projecto do codigo civil brasileiro*, de 1884³⁸⁷.

Aliás, aplicar o direito estrangeiro significa justamente aplicar suas regras que sejam *diferentes* das nacionais, o que o operador do direito deve fazer imbuído de espírito de tolerância, de respeito às experiências de outros povos na fascinante tarefa de organizar sua sociedade por meio da criação do direito. Se só se permitisse a aplicação do direito estrangeiro naquilo em que não fosse diferente do nacional, na prática, se estaria aplicando somente o direito nacional, exceto naqueles campos (normalmente bem restritos) em que o estrangeiro tratou de regular no que o nosso legislador restou silente ou apenas criou regras supletivas.

Estamos tratando aqui do *segundo nível* da ordem pública, ou seja, da sua aplicação ao *plano internacional* (em oposição à sua aplicação no *plano interno*, no *primeiro nível*). O funcionamento da ordem pública nesse segundo nível é mais restrito, de forma que a norma estrangeira deverá chocar a nossa ordem pública de forma mais grave para que sua aplicação seja afastada. Assim, como leciona Jacob Dolinger, “não é toda lei local, cogente, das que não podem ser derogadas pela parte no plano interno, que não poderá ser substituída por lei estrangeira, diversa, no plano do Direito Internacional Privado”³⁸⁸. Na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior afirma que a simples “presença de uma norma imperativa no direito local” não é suficiente para configurar a ordem pública, para efeito internacional³⁸⁹. E,

³⁸⁷ Segundo Haroldo Valladão, Felício afirmava que “a prescrição é de ordem publica; si a lei a estabelece, é no interesse geral da sociedade, e é o caso de applicar-se o art. 45” do seu projeto, o qual dispunha que “as leis, os julgamentos, os actos e contractos, havidos em paiz estrangeiro, em nenhum caso valerão no Brazil, sendo contrários ás leis prohibitivas do Imperio, ou de interesse e ordem publica”. (*Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. V. 2, p. 50).

³⁸⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 406.

³⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Homologação de sentença estrangeira. Ofensa à Ordem Pública. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, p. 75-87, nov. 2006. p. 77.

como ensina Carmen Tiburcio, “na verdade, a ordem pública de segundo grau corresponde a uma seleção dos elementos mais relevantes da ordem pública de primeiro grau”³⁹⁰.

O acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro) no Agravo de Instrumento nº 2008.02.01.016468-1³⁹¹, já mencionado, tratou especificamente dessa questão e rejeitou a alegação do réu de que a aplicação do prazo prescricional diferente (no caso, mais longo) da lei italiana violaria a ordem pública brasileira:

Nos termos do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, para qualificar e reger as obrigações aplica-se a lei vigente no país em que se constituíram, não restando dúvida, portanto, de que a lei aplicável é a italiana.

Neste ponto, não merece prosperar a tese de que a prescrição, por se tratar de matéria de ordem pública, não poderia ser regulada pela lei estrangeira, ante a vedação prevista no art. 17 da LICC.

De fato: o art. 17 da Lei de Introdução apenas afasta a possibilidade de serem aplicadas as normas estrangeiras que “ofenderem a soberania nacional, a *ordem pública* e os bons costumes”; isso não significa que o simples fato de a norma jurídica estrangeira prever prazo prescricional diferente daquele fixado no *Codex* nacional não possa ter eficácia no Brasil.

O prazo prescricional, no Brasil, é de ordem pública, mas isso não significa que ofenda a nossa ordem pública a aplicação de outra norma sobre prescrição, quando nossa lei remeter à aplicação da norma estrangeira, como é o caso. Seria diferente a hipótese, por exemplo, em que a norma alienígena reputasse imprescritível determinada obrigação singela, para a qual a lei brasileira fixasse prazo exíguo de prescrição. Poder-se-ia, neste caso, discutir a ofensa à ordem pública. Mas não no caso presente. Outro exemplo: a lei do inquilinato é de ordem pública, mas isso não significa que uma obrigação contraída no exterior, por força da legislação do inquilinato local, não possa ser aplicada no Brasil. Uma coisa é afirmar que tal ou qual lei é de ordem pública, isto é, cogente, não passível de disposição pela mera vontade dos interessados. Outra é afirmar que a aplicação de tais e quais leis ofende a nossa ordem pública.

Corretíssima a decisão também nesse ponto. As normas do direito estrangeiro que tratam da prescrição não serão aplicadas somente quando contiverem disposições atentatórias à ordem jurídica, moral ou econômica do foro³⁹², o que ocorre somente em situações excepcionais. Algumas hipóteses serão tratadas mais adiante, mas deve-se afirmar, desde já, que, por exemplo, o fato de a lei brasileira prever prazo prescricional de 3 (três) anos para uma determinada pretensão não significa que, necessariamente, violaria a ordem pública brasileira uma regra estrangeira que contenha um prazo prescricional de 2 (dois) ou 5 (cinco) anos para a mesma pretensão.

³⁹⁰ TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 210.

³⁹¹ Novo nº (CNJ) 0016468-66.2008.4.02.0000, 6ª Turma Especializada, j. 23.03.2009, Relator Des. Fed. Guilherme Couto de Castro, v.u.

³⁹² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 403.

Quanto a isso, discordamos da opinião Humberto Theodoro Júnior, que, em parecer apresentado no processo nº 002499032226-5, afirma que, “no âmbito do direito internacional privado, a prescrição se insere entre aqueles casos em que o direito estrangeiro não pode afastar a vigência da *lex fori* (LICC, art. 17)”³⁹³. Referido doutrinador alcança tal conclusão após expressar sua opinião de que “não há qualquer distinção entre ordem pública interna ou internacional”³⁹⁴ e discorrer sobre a natureza de instituto de ordem pública da prescrição no direito interno, que mencionamos no item acima³⁹⁵.

Como aponta Jacob Dolinger, no parecer apresentado em resposta no mesmo processo, o Prof. Humberto Theodoro Junior partiu de uma *premissa errônea* e chegou a uma *conclusão equivocada*³⁹⁶. A premissa errônea é de que a ordem pública teria os mesmos efeitos nos campos interno e internacional, o que já refutamos acima, e hoje é consenso na doutrina e jurisprudência. A conclusão equivocada, também indicada por Dolinger, é que as mesmas limitações existentes na ordem interna teriam reflexo quando da aplicação da lei estrangeira.

Ainda no mesmo processo, foi apresentado parecer de Irineu Strenger no sentido de que “afirmar que não fere a ordem pública brasileira, a aplicação de lei estrangeira que estabeleça prazo prescricional mais longo do que o adotado na lei brasileira é contrariar, praticamente, a unanimidade da doutrina nacional”³⁹⁷. Pelos mesmos motivos expostos acima, discordamos de tal posição. No referido parecer, aliás, o ilustre jurista não consignou qualquer lição de doutrinador brasileiro que tenha tratado especificamente do instituto da prescrição à luz do princípio da ordem pública no segundo nível; apenas mencionou doutrina brasileira sobre a ordem pública genericamente (sem tratar da questão da prescrição), além de rebater a posição contrária de Jacob Dolinger no seu parecer mencionado acima.

³⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 572.

³⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 567.

³⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 567..

³⁹⁶ DOLINGER, Jacob. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 352-365 out./dez. 2001. O artigo foi originalmente apresentado, sob forma de parecer, às fls. 694-714 do processo nº 002499032226-5, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG (Apelação Cível nº 409.921-8, j. 10.11.2004, Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, v.u.).

³⁹⁷ STRENGER, Irineu. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 733-751.

Uma questão um pouco diferente levantada pela doutrina é se a aplicação de prazo prescricional previsto em legislação estrangeira que seja superior ao prazo prescricional ordinário da lei brasileira (hoje de 10 anos, conforme artigo 205 do Código Civil) violaria ou não a ordem pública brasileira. Trata-se da *praescriptio longissimi temporis* que, em tese, a lei nacional disporia como sendo o prazo mais longo aceito pelo ordenamento jurídico.

Haroldo Valladão, em seu Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, após a regra geral de que “a prescrição extintiva rege-se pela mesma lei que regula a substância do ato”, acrescentou ressalva de que a prescrição deveria ser decretada no Brasil se atingido “o prazo da prescrição ordinária da lei brasileira” (art. 31, parágrafo único³⁹⁸), prazo esse que era de 20 anos na época para as ações pessoais e de 10 anos para as ações reais (art. 177 do Código Civil de 1916). Assim justificou Valladão:

Impunha-se esse limite, pois a prescrição ordinária ou comum, o prazo máximo estabelecido pela lei do foro, é sempre de ordem pública, visando à paz social definitiva, correspondendo à *praescriptio longissimi temporis*.³⁹⁹

Também não podemos concordar com essa conclusão. Não nos parece que violaria a ordem pública brasileira, ou abalaria nossa paz social definitiva, a simples aplicação de um prazo prescricional previsto em direito estrangeiro superior a 10 anos, ou mesmo a 20 anos, em especial quando nosso ordenamento possui até hoje prazos superiores, como o de 30 anos para se reclamar da falta de recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço⁴⁰⁰. E mesmo a aplicação de prazos superiores a 30 anos não atentaria necessariamente contra a ordem pública.

Além disso, e mais importante, o Anteprojeto nunca foi transformado em lei e a limitação que propunha não encontra respaldo na legislação em vigor.

Clovis Bevilacqua também refutou essa ideia de que a prescrição *longissimi temporis* deveria ser sempre regida pela lei local⁴⁰¹. No mesmo sentido, o mestre português Machado

³⁹⁸ Art. 31. A prescrição extintiva rege-se pela mesma lei que regula a substância do ato. Parágrafo único. Será, todavia, decretada no Brasil se atingir o prazo da prescrição ordinária na lei brasileira. (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. V.2, p. 252).

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁰⁰ Enunciado nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho: “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”. No mesmo sentido é a Súmula nº 210 do STJ: “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos”.

⁴⁰¹ “MAXIMILIANO PHILOMENKO, professor da Universidade de Bruxelas, distingue a prescrição *longissimi temporis*, que é geral, das curtas prescrições ligadas a determinadas relações de direito. A primeira rege-se pela lei local, a título de lei de polícia e de segurança. As outras prendem-se à lei reconhecida aplicável a relação de direito de que dependem. A

Villela, em sua obra de 1921 sobre o Código Civil brasileiro, lecionou que a lei da obrigação deve aplicar-se à prescrição mesmo quando o prazo prescricional da *lex fori* for mais curto, pois, ao seu ver, não tem caráter de ordem pública a disposição da *lex fori* que estabelece esse prazo mais curto⁴⁰².

Jacob Dolinger, por sua vez, leciona que a doutrina brasileira, fora as opiniões mencionadas acima, é unânime em não reconhecer “qualquer incompatibilidade com nossa ordem pública em aplicar um prazo prescricional mais longo do que o previsto no direito positivo brasileiro”⁴⁰³.

Já Espínola e Espínola Filho tratam da hipótese contrária e afirmam que “a imposição do prazo mais longo, pela lei do juiz, tem caráter imperativo”⁴⁰⁴, com o que também não podemos concordar, pelos mesmos motivos.

Outrossim, não temos notícia de nenhum ordenamento jurídico que considere que a simples aplicação do direito estrangeiro em matéria de prescrição violaria a ordem pública internacional. Aqueles (poucos) países que sempre aplicam a *lex fori* à questão da prescrição, ou a aplicam quando o prazo que a mesma prevê é menor, o fazem porque a sua lei assim determina e não porque aplicar o prazo prescricional alienígena violaria a sua ordem pública. Tanto é assim que a Inglaterra, berço do *common law* e da regra de conexão de aplicação da *lex fori*, a abandonou para aplicar a *lex causae*, como já mencionado.

qualificação dessas prescrições de curto prazo cabe à lei que lhes é aplicável. Como a aplicação desse princípio pode torná-la *nullius legis*, aplicar-se-á, subsidiariamente a *lex fori*.

Apesar de precedidas de largas considerações, não me parecem aceitáveis tais proposições.” (BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 274)

⁴⁰² “E a lei da obrigação deve aplicar-se mesmo à duração do seu prazo quando este seja mais curto segundo a *lex fori*. A maioria dos autores segue doutrina contrária, ensinando que, quando o prazo da *lex fori* for mais curto, é esse que deve prevalecer, considerando de ordem pública a lei que o estabelece. A consideração, porém, da circunstância de que a prescrição precisa de ser alegada pela parte e de que o juiz não pode conhecer dela oficiosamente (Cód. civil bras., art. 165.º), podendo assim o devedor ser condenado a pagar uma dívida já prescrita, convence-nos de que não se trata de uma daquelas exigências de ordem pública que obrigam a desviar a lei normalmente competente para reger as relações jurídicas, pois que, se os interesses da sociedade estivessem verdadeiramente em jogo, deveria o juiz conhecer de ofício da prescrição e declarar a obrigação extinta, quando verificasse que estava prescrita” (VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921. p. 335). Como já mencionado, o direito brasileiro hoje permite ao juiz conhecer da prescrição de ofício, mas entendemos que isso em nada altera o raciocínio acima, pelos motivos expostos.

⁴⁰³ DOLINGER, Jacob. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, out./dez. 2001. p. 361.

⁴⁰⁴ Referidos doutrinadores fazem essa afirmação em nota de rodapé relacionada ao parágrafo em que mencionam a opinião de Machado Villela (ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1944. V. 2, p. 628, nota de rodapé “F”). Não fica claro se essa é a opinião deles ou de Machado Villela, mas este último não fez qualquer afirmação nesse sentido na obra citada por Espínola e Espínola: *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*, de 1921, já citada acima.

3.5.2.1 Quando a aplicação do direito estrangeiro no que toca à prescrição pode violar a ordem pública, e consequências:

O direito brasileiro⁴⁰⁵ e o direito comunitário europeu⁴⁰⁶ possuem regra geral sobre o princípio da ordem pública, mas não possuem norma específica sobre sua aplicação à questão da prescrição regida por direito estrangeiro.

Diferente é a situação do direito inglês. O *Foreign Limitation Periods Act 1984* prevê que não será aplicado o prazo prescricional estrangeiro quando sua aplicação vier a causar dificuldade excessiva a uma das partes do processo, caso em que ofenderia a ordem pública⁴⁰⁷. Tal disposição foi incluída pela *Law Commission* para evitar a aplicação de prazos extremamente longos ou curtos da lei estrangeira⁴⁰⁸.

Em situações extremas, a aplicação de prazos prescricionais extremamente curtos ou longos para certas pretensões poderia ofender a nossa ordem pública, seja por violação aos princípios da ampla defesa (em ambos os casos) e/ou da segurança jurídica (no segundo). Ambos são previstos no art. 5º, inciso LV e *caput*, da Constituição Federal, de forma que enquadram na regra do art. 4º do Código Bustamante, mencionada acima (“os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional”).

Ricardo Ramalho Almeida parece ter a mesma opinião ao levantar a hipótese de “soluções extremas” e mencionar a “imprescritibilidade de pretensões patrimoniais” e “prazos prescricionais inusitadamente angustos” que poderiam ofender a ordem pública brasileira⁴⁰⁹.

A Justiça inglesa afastou a aplicação de direito estrangeiro no que tange à prescrição em um caso em que as partes haviam acordado a extensão do prazo prescricional e a lei

⁴⁰⁵ O artigo 17 da Lei de Introdução dispõe que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

⁴⁰⁶ O artigo 21 do Regulamento de Roma I dispõe que “A aplicação de uma disposição da lei de um país designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro”. Regra idêntica consta do art. 26º do Regulamento de Roma II.

⁴⁰⁷ “2. (1) In any case in which the application of section 1 to s. 1. above would to any extent conflict (whether under subsection (2) below or otherwise) with public policy, that section shall not apply to the extent that its application would so conflict.

(2) The application of section 1 above in relation to any action or proceedings shall conflict with public policy to the extent that its application would cause undue hardship to a person who is, or might be made, a party to the action or proceedings.”

⁴⁰⁸ Cf. CHESHIRE; NORTH; FAWCETT. *Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 82. Há que se ressaltar, mais uma vez, que a Convenção de Roma só entrou em vigor na Inglaterra posteriormente e, da mesma forma que o Regulamento de Roma I que a substituiu, só possui regra geral sobre aplicação do princípio da ordem pública, além de escopo limitado (uma série de matérias são excluídas de seu âmbito de aplicação).

⁴⁰⁹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 299.

estrangeira não permitia tal extensão, entendendo que a dificuldade excessiva decorreu da falta de ciência de que referido ordenamento jurídico estrangeiro seria aplicável⁴¹⁰. Também entendeu que ofenderia a ordem pública um prazo de 12 meses em um caso em que o autor ficou hospitalizado por certo tempo e foi induzido a acreditar que sua pretensão seria atendida pela outra parte⁴¹¹. E afastado o prazo prescricional estrangeiro em função da ordem pública, é aplicado o prazo do direito inglês⁴¹².

Jacob Dolinger faz referência a uma decisão de 1926 da *Reichsgericht* alemã que, julgando um litígio de acordo com o direito suíço, considerou que ofenderia a ordem pública alemã uma disposição da lei suíça que reputava imprescritível uma determinada pretensão e resolveu aplicar ao caso o prazo máximo disponível na lei suíça, em vez do prazo alemão⁴¹³.

No Brasil, afastado o direito estrangeiro por atentatório à ordem pública brasileira, o juiz aplicará o direito brasileiro (a *lex fori*) em seu lugar⁴¹⁴, mesma solução dada pelo direito inglês e diferente da adotada pela decisão da Justiça alemã (aplicação de outra norma mais próxima da *lex causae* que não viole a ordem pública).

Há que se ressaltar, no entanto, que o que se deve avaliar, em um caso concreto, não é se o prazo prescricional estrangeiro em tese ofende a ordem pública brasileira, mas sim se ofenderia a ordem pública brasileira o *prosseguimento* (ou o impedimento do prosseguimento) de uma determinada ação após decorrido um determinado lapso temporal. Em outras palavras, não se deve focar no *conteúdo* do direito estrangeiro, mas sim avaliar se a sua *aplicação* ao caso concreto alcançará um *resultado* que ofenda a ordem pública⁴¹⁵.

⁴¹⁰ The Komninos S [1990] 1 Lloyd's Rep 541 apud CHESHIRE; NORTH; FAWCETT. *Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 82.

⁴¹¹ *Jones v. Trollope Colls Cementation Overseas Ltd*, *The Times*, 26 jan. 1990 (CA) apud DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 199-200.

⁴¹² DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 199.

⁴¹³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte especial): Direito civil internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. 2: Contratos e obrigações no direito internacional privado. p. 138.

⁴¹⁴ Confira-se, nesse sentido, Jacob Dolinger (*Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 411) e Carmen Tiburcio (A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 211).

⁴¹⁵ Jacob Dolinger afirma que o Relatório Giuliano-Lagarde sobre a já mencionada *Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, de 1980, “observa que o recurso à ordem pública não se refere ao *conteúdo* da lei estrangeira aplicável, mas aos *resultados* de tal aplicação ao caso específico; em tese, uma lei alienígena pode ser contrária à ordem pública do foro, mas o *resultado* de sua aplicação não o será: eis por que o art. 16 da Convenção de Roma prevê: ‘A aplicação de uma disposição da lei designada pela presente convenção só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro’ (grifamos).” Tal norma é praticamente idêntica ao que dispõem hoje os Regulamentos de Roma I e II, que substituíram a referida Convenção, como já mencionado. Dolinger também afirma que “na França, é consenso doutrinário que ‘*l'intervention de l'ordre public dépend moins de la teneur même de la loi étrangère que des résultats de son application à l'espèce*’” e depois faz referência a regras semelhantes à da Convenção, em

Assim, alcançaríamos no Brasil uma decisão idêntica à adotada pela Justiça alemã (rejeição da exceção de prescrição), mas por outro fundamento: não porque a ação foi ajuizada dentro do prazo mais longo previsto na *lex causae* (ou mesmo da *lex fori*), mas porque o prosseguimento da ação após determinado lapso de tempo não ofendeu a ordem pública, de forma que não é necessário afastar qualquer regra da *lex causae*. Tal solução nos parece que seria a mesma na Inglaterra, cuja lei dispõe expressamente que o direito estrangeiro será aplicado no que diz respeito à prescrição ainda que não preveja qualquer prazo prescricional⁴¹⁶, mas pode afastá-lo caso resulte em violação à ordem pública, nos termos já apontados acima⁴¹⁷.

Um outro exemplo talvez auxilie uma melhor compreensão do problema: imagine que a lei de um determinado país contenha previsão de um prazo prescricional de 100 (cem) anos para cobrança de dívidas em geral e que no Brasil seja ajuizada, 7 (sete) anos após o seu vencimento, uma ação para cobrança de dívida líquida constante de um contrato regido pela lei do referido país estrangeiro. Nosso Código Civil, no art. 206, § 5º, I, prevê prazo prescricional de 5 (cinco) anos para tal ação, o que, como já demonstramos, não significa que qualquer prazo mais longo atentaria contra a nossa ordem jurídica, moral ou econômica. Um prazo de 7 (sete) anos claramente não ofende nossa ordem pública, por não ser, sob qualquer aspecto, um prazo demasiado longo para se exercer tal tipo de pretensão, em especial quando se verifica que nossa própria lei civil prevê um prazo geral de 10 (dez) anos⁴¹⁸ e, até 2003, o prazo prescricional para tal pretensão era de 20 (vinte) anos⁴¹⁹.

maior ou menor grau, existentes nas legislações austríaca, alemã, suíça, italiana, venezuelana, chinesa, belga e de Liechtenstein (*Direito Internacional Privado (Parte especial)*: Direito civil internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. 2: Contratos e obrigações no direito internacional privado. p. 143-144). Nesse sentido também é a definição de ordem pública dada por Cláudio Finkelstein: “A reserva da ordem pública é cláusula de exceção que se propõe a corrigir a aplicação do direito estrangeiro, quando este levar a um resultado incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica e política nacional” (FINKELSTEIN, Cláudio. Direito internacional. p. 127-128 apud MACHADO, Maria Olívia Rodrigues. *Homologação de sentença estrangeira*: cabimento de recurso extraordinário. São Paulo: SRS Editora, 2008. p. 31). Vicente Greco Filho, por sua vez, afirma que, para se verificar eventual ofensa à ordem pública na homologação de sentença estrangeira (o terceiro nível, do qual trataremos no item seguinte), deve-se confrontar, “apenas, os efeitos da sentença ou a forma pela qual foi dada com a nossa ordem pública, soberania ou bons costumes para impedir que aqueles efeitos se produzam se vierem sacrificar essas reservas” (*Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 414). Por fim, assim opinam os internacionalistas portugueses Pires de Lima e Antunes Varela: “O que interessa, para saber se houve ou não violação da ordem pública internacional, não são os princípios consagrados na lei estrangeira que servem de base à decisão, mas o resultado da aplicação da lei estrangeira ao caso concreto” (*Código Civil Anotado: Volume I (arts. 1.º a 761.º)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 69).

⁴¹⁶ Seção 4(1)(b) do *Foreign Limitation Periods Act 1984*.

⁴¹⁷ Seção 2.

⁴¹⁸ Art. 205 do Código Civil de 2002.

⁴¹⁹ O prazo geral de 20 (vinte) anos previsto no art. 177 do Código Civil de 1916 era aplicável para tal pretensão até janeiro de 2003.

O fato de uma lei que prevê um prazo prescricional de 100 (cem) anos poder vir a ofender a ordem pública brasileira e, portanto, não poder ter eficácia no Brasil, nos termos do art. 17 da Lei de Introdução, não significa a aplicação automática do prazo da lei brasileira para todas as ações em que a regra dos 100 (cem) anos seria aplicável em tese. Na verdade, só há ofensa à ordem pública quando há aplicação, de fato, em um determinado caso concreto, de um prazo inaceitável pelos padrões da filosofia sócio-político-jurídica imanente no nosso sistema jurídico; ou seja, quando é ajuizada uma ação após decorrido um lapso temporal demasiadamente longo e que por nós seria considerado inaceitável. Em tal situação, o prazo prescricional da lei estrangeira será afastado e, aí sim, será aplicado o prazo da lei brasileira.

No exemplo exposto acima, o prosseguimento de uma ação de cobrança de dívida líquida 7 (sete) anos após o seu vencimento não ofende a ordem pública brasileira. Assim, é irrelevante para a análise da questão se o prazo previsto na lei estrangeira é de 10, 50 ou 100 anos⁴²⁰. Ou seja, como não houve violação à ordem pública no caso concreto, a *lex fori* não é aplicada em substituição ao direito estrangeiro.

Um exemplo um pouco diferente pode também ajudar a esclarecer a questão: imagine agora que ação é ajuizada no Brasil 7 (anos) após o vencimento da dívida líquida, mas a lei estrangeira prevê um prazo de 30 (trinta) dias para tanto. O prazo de 30 (trinta) dias, a nosso ver, é excessivamente curto, pois não permite sequer que as partes negociem possível composição amigável, ou que o credor escolha advogado, acerte com o mesmo seus honorários, obtenha e envie ao advogado toda a documentação necessária e que o advogado então a analise e prepare a ação adequadamente. Ou seja, viola o princípio do acesso à justiça, que faz parte da moral básica da nossa nação⁴²¹, de forma que a lei estrangeira que determina a aplicação de um prazo prescricional de 30 (trinta) dias em tal situação terá sua aplicação afastada pelo juiz.

O que deverá então fazer o juiz? Aplicar o prazo prescricional da lei brasileira, que é de 5 (cinco) anos, como demonstrado acima, e extinguir a ação com resolução do mérito por prescrição, uma vez que ajuizada após referido lapso de tempo.

Em resumo: no primeiro exemplo, tendo em vista que o prosseguimento de uma ação ajuizada 7 (sete) anos após o vencimento da dívida, com respaldo no direito estrangeiro que rege a relação jurídica entre as partes, não ofende a ordem pública brasileira, a lei brasileira

⁴²⁰ O prazo da lei estrangeira seria relevante se fosse inferior a 7 (sete) anos nesse exemplo, caso em que a ação teria que ser extinta com julgamento do mérito por prescrição, mas isso decorreria da própria aplicação da lei estrangeira e não de sua ofensa à ordem pública e consequente aplicação da norma brasileira.

⁴²¹ Veja que tal princípio consiste em garantia fundamental protegida pela nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXV) e que o artigo 4º do Código Bustamante dispõe que “os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional”.

não é aplicada. No segundo exemplo, o prescricional estrangeiro de 30 (trinta) dias ofende nossa ordem pública, razão pela qual o direito brasileiro é aplicado em seu lugar.

Outro exemplo de ofensa à ordem pública resultante da aplicação de prazo prescricional estrangeiro, que pode ajudar a aprofundar o raciocínio aqui desenvolvido, são as “hipóteses de direitos imprescritíveis”, mencionadas por Wilson de Souza Campos Batalha⁴²². De fato, a imprescritibilidade, pelo menos em regra, atenta contra o princípio da segurança jurídica, que é direito individual fundamental expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Sobre o papel da prescrição nessa seara, se manifestou Carmen Tiburcio:

Constitui conteúdo elementar do direito à segurança jurídica o dever do Estado de garantir a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas. Diversas regras existentes no ordenamento se relacionam com esse fim, como as que tratam da prescrição (...).⁴²³

Assim, uma lei estrangeira que repute imprescritível uma pretensão, deixando o devedor indefinidamente sujeito ao ataque do credor, com o ônus de guardar *ad eternum* todos os documentos e de manter vivos todos os fatos (se sua memória lhe permitir) necessários para sua defesa, sujeito aos prejuízos que essa pode enfrentar após longo tempo em virtude de perda de provas que dependem da atuação de terceiros (sejam testemunhas que venham a se esquecer dos fatos relacionados ou mesmo a falecer, sejam documentos em poder de terceiros que venham a se desaparecer), violará, em regra, a ordem pública brasileira. O acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região mencionado acima, aliás, aventou tal possibilidade⁴²⁴. Os prejuízos à defesa correspondem à ofensa de outro princípio base da ordem jurídica brasileira, também expresso como direito individual em nossa carta magna: a ampla defesa (art. 5º, LV).

Aqui deve ser feita, mais uma vez, a ressalva de que o que se deve avaliar é se a ação foi ajuizada após lapso temporal tido por inaceitável e que seu prosseguimento, com a condenação do réu, violaria o princípio da segurança jurídica no caso concreto. Somente em

⁴²² BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de direito internacional privado. 2ª ed. rev. e aum., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. 2 v, p. 278.

⁴²³ TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 213. Cumpre mencionar também outro trecho do referido artigo pertinente à discussão: “...independentemente da regras específicas que protegem o ato jurídico perfeito, tanto o STF quanto o STJ registram que a possibilidade de revisão ilimitada dos atos jurídicos, ainda que não haja prazo de prescrição específico, é incompatível com o princípio constitucional da segurança jurídica...” (Ibidem, p. 214).

⁴²⁴ “Seria diferente a hipótese, por exemplo, em que a norma alienígena reputasse imprescritível determinada obrigação singela, para a qual a lei brasileira fixasse prazo exíguo de prescrição. Poder-se-ia, neste caso, discutir a ofensa à ordem pública”. (Agravo de Instrumento nº 2008.02.01.016468-1 - nº CNJ 0016468-66.2008.4.02.0000, 6ª Turma Especializada, j. 23.03.2009, Relator Des. Fed. Guilherme Couto de Castro, v.u.).

tal situação se deve aplicar o prazo prescricional brasileiro, não devendo o juiz considerar que a norma estrangeira que estabelece a imprescritibilidade ofende nossa ordem pública em todas as situações e aplicar automaticamente o prazo nacional toda vez que se deparar com uma tal norma.

Essa parece ser também a posição do direito inglês. Como já mencionado, o *Foreign Limitation Periods Act 1984* determina a aplicação do prazo prescricional estrangeiro mesmo quando esta prevê a imprescritibilidade, ao mesmo tempo em que dispõe que o mesmo não será aplicado quando vier a causar dificuldade excessiva a uma das partes do processo.

E a avaliação se seria inaceitável o prosseguimento de uma ação até a condenação do réu dependerá dos fatos envolvidos em cada caso concreto. Certamente o lapso de tempo decorrido terá que ser maior para se reconhecer a ofensa à ordem pública (em especial do ponto de vista do princípio da ampla defesa), em uma cobrança de empréstimo confessado pelo devedor em documento escrito e assinado do que em uma ação indenizatória fulcrada na responsabilidade extracontratual em que se precise fazer uso de prova testemunhal para se apurar como se deram os fatos que em tese a ensejaria. Nosso Código Civil e a legislação de outros países usam, aliás, esse tipo de consideração para estabelecer prazos mais ou menos longos para situações diversas (mais adiante trataremos de prazos estabelecidos em fontes internacionais que poderão auxiliar no exame da ordem pública em casos concretos). Muito cuidado deve ser tomado em tal análise, no entanto, para evitar se adentrar ao mérito das questões controversas, e das provas e do ônus probatório, antes de se decidir se o princípio da ordem pública restou ou não violado em um determinado caso.

Por outro lado, a imprescritibilidade é, a nosso ver, uma via de mão dupla: se em certas hipóteses a aplicação da regra estrangeira que prevê a imprescritibilidade pode violar a nossa ordem pública, em outras a violação se daria quando a regra estrangeira prevê prazo prescricional para exercício de uma pretensão que nosso ordenamento considera imprescritível.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que, “no ordenamento jurídico pátrio a imprescritibilidade é situação excepcional”⁴²⁵. As exceções a tal regra são, de fato, raríssimas, em especial fora da esfera criminal, mas referida Corte possui, por exemplo, jurisprudência reiterada no sentido de que “as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura, ocorridos durante o Regime Militar de exceção, são imprescritíveis”⁴²⁶. Em

⁴²⁵ AgRg no REsp 1.231.752/PR, 1ª Turma, j. 05.04.2011, v.u., Relator Min. Arnaldo Esteves Lima.

tais casos, o STJ afasta a prescrição de 5 anos contra a Fazenda Pública prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, apesar da situação claramente se enquadrar dentro de tal norma⁴²⁷, com fundamentos de ordem pública:

A Constituição Federal não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade; assim, eventual violação dos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, com fundamento constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁴²⁸

Tais casos se referem a atos praticados no Brasil, mas é possível que tal linha de raciocínio possa vir a ser aplicada a situações semelhantes ocorridas no exterior. Nesse contexto, cumpre ressaltar que, em pelo menos um caso⁴²⁹, o Superior Tribunal de Justiça determinou o prosseguimento com a citação da Alemanha para responder a ação indenizatória ajuizada em 2007 por francês de origem judaica (depois nacionalizado brasileiro) por atos praticados por tropas nazistas quando da ocupação da França na Segunda Guerra Mundial. É evidente que o direito brasileiro não é aplicável ao mérito de tal litígio e, apesar do julgado não ter tratado de prescrição⁴³⁰, seus fundamentos são indício de que o STJ não aplicaria eventual prazo prescricional previsto no direito estrangeiro ao caso:

(...) é princípio constitucional basilar da República Federativa do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana. Esse princípio se espalha por todo o texto constitucional. No plano internacional, especificamente, há expreso compromisso do país com a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Além disso, a súmula 149 do STF determina que “é imprescritível a ação de investigação de paternidade”, o que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, nos parecendo que nossa ordem jurídica não admitiria um prazo prescricional estrangeiro para tal pretensão.

Outrossim, nos parece que a proximidade entre a relação jurídica e as partes e o Brasil e/ou o país em que proferida a sentença estrangeira pode ser levada em consideração na aplicação do princípio da ordem pública na esfera internacional. Jacob Dolinger afirma que “nos últimos anos, o princípio da ordem pública sofreu uma interessante integração com o

⁴²⁶ EREsp 845.228/RJ, 1ª Seção, j. 08.09.2010, v.u., Rel. Min. Humberto Martins. No mesmo sentido, EREsp 816.209/RJ, AgRg no AG 1.288.309/RJ, REsp 1.104.731/RS, dentre outros.

⁴²⁷ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

⁴²⁸ EREsp 845.228/RJ, 1ª Seção, j. 08.09.2010, v.u., Rel. Min. Humberto Martins.

⁴²⁹ RO 64/SP, 3ª Turma, j. 13.05.2008, v.u., Relatora Min. Nancy Andrighi.

⁴³⁰ Ele se limitou a afirmar a competência da Justiça brasileira e a necessidade de se citar a Alemanha, para, se quiser, contestar ou arguir a imunidade de jurisdição, fundamentadamente.

princípio da proximidade: a intensidade da rejeição da lei estrangeira está na dependência de quão próximas do foro as pessoas ou as situações jurídicas estejam situadas”⁴³¹.

Seguindo essa linha de raciocínio, nos parece, como mencionado no capítulo anterior, que violaria a nossa ordem pública a aplicação de um prazo prescricional de 100 anos para cobrança de dívidas líquidas, de forma que o juiz brasileiro normalmente reconheceria a prescrição da pretensão de cobrança de uma dívida vencida há 50 anos, ainda que o direito aplicável a tal obrigação a permitisse. No entanto, se uma pessoa domiciliada em país estrangeiro que possui referido prazo prescricional longo contraiu, no referido país estrangeiro, uma dívida vencida há 50 anos e só recentemente se mudou para o Brasil, trazendo para cá os seus bens, não nos parece que sua mudança posterior para cá o colocaria a salvo de tal dívida. Entendemos que, em tal situação e à vista de tais fatos, o juiz brasileiro deveria condená-lo a pagar referida dívida. E a solução seria diferente caso o devedor fosse um brasileiro domiciliado no Brasil desde a assunção da referida dívida.

Por fim, deve-se ressaltar que só se deve considerar que a lei estrangeira que rege a questão da prescrição viola a ordem pública quando sua aplicação gerar situações *manifestamente* inaceitáveis pelos nossos padrões morais, sociais, políticos ou jurídicos. Nesse contexto, há que se citar mais uma valiosa lição do professor Jacob Dolinger quanto a este instituto:

É preciso que o aplicador da lei se conscientize de que ao princípio da ordem pública se deve recorrer com parcimônia, somente quando absolutamente necessário para manter o equilíbrio da convivência da sociedade internacional com os fundamentos do direito de cada grupo nacional.⁴³²

2.5.3 Terceiro nível: a prescrição e a ordem pública em atos e declarações de vontade consumados no exterior e em sentenças estrangeiras

⁴³¹ Jacob afirma que o melhor exemplo da integração dos dois princípios se encontra na lei belga de Direito Internacional Privado de 2004, que dispõe, em seu art. 21, que, para se avaliar a incompatibilidade com a ordem pública de um dispositivo de direito estrangeiro para o fim de rejeitar sua aplicação, deve-se tomar “em consideração, principalmente, a intensidade da conexão da situação com a ordem jurídica belga e a gravidade do efeito que produziria a aplicação deste direito estrangeiro” (*Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 410-411). Apesar de nossa legislação não possuir disposição semelhante, entendemos que se pode inferir tal regra do princípio da ordem pública internacional. É certo que aplicar a estrangeiros domiciliados no exterior regra do direito de seu país de origem que possa ser considerada incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro ferirá de forma menos grave nossa ordem jurídica do que a aplicação de tal regra a brasileiros domiciliados no Brasil. O parágrafo 6º do art. 7º da Lei de Introdução, em sua redação original, parece ter sido imbuído deste espírito ao não reconhecer o divórcio entre os brasileiros, mas permitir reconhecê-lo aos estrangeiros.

⁴³² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 440.

O art. 17 da Lei de Introdução abarca duas normas (cada uma referente a um dos dois níveis em que se aplica o princípio da ordem pública no plano do direito internacional privado): a primeira, referente a *leis* estrangeiras, corresponde ao segundo nível de aplicação da ordem pública, de que tratamos acima, enquanto a segunda, que se refere a *atos, sentenças e declarações de vontade* consumadas no exterior, corresponde ao terceiro nível⁴³³.

Ainda mais restrito é o campo de aplicação do princípio da ordem pública nesse seu *terceiro nível*, que se relaciona ao reconhecimento de direitos adquiridos no exterior. A ofensa deve se dar “em grau mais grave do que na hipótese da aplicação das leis”⁴³⁴ para que atos e declarações de vontade consumados no exterior não sejam levados em consideração no Brasil como fontes de direitos e obrigações, e sentenças estrangeiras não sejam homologadas pelo STJ⁴³⁵ e, assim, não produzam efeitos no Brasil.

Um das manifestações do funcionamento da ordem pública no terceiro nível apontada por Jacob Dolinger é “a da sentença estrangeira baseada em lei que nossos tribunais não aplicariam, mas que, prolatada por corte alienígena, poderá ser homologada e executada em nosso país”⁴³⁶.

Trataremos mais detidamente da prescrição na homologação de sentença estrangeira no capítulo a seguir, mas podemos desde já afirmar que, se o juiz estrangeiro rejeitou alegação de prescrição que nosso juiz (seguindo as regras de conexão nacionais) acataria e julgou procedente a ação, a sentença estrangeira poderá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça sem que se possa considerar que violou a ordem pública. E isso ocorrerá se o juiz estrangeiro julgou tal questão por direito diferente daquele determinado pelas regras de conexão brasileiras ou mesmo se aplicou o direito brasileiro ou estrangeiro de maneira equivocada.

A esse respeito, é preciosa a lição de Rosas e Aragão:

⁴³³ Conforme aponta DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 408-409.

⁴³⁴ Cf. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 409. Carmen Tiburcio, por sua vez, afirma, acertadamente, que “o mecanismo de proteção terá um âmbito de atuação mais restrito nesse particular, por conta de um princípio fundamental do direito internacional privado, pelo qual se deve respeitar, tanto quanto possível, os direitos validamente adquiridos no exterior” (A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 211).

⁴³⁵ O que também é disposto no art. 6º da Resolução nº 9/2005, do STJ.

⁴³⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 408.

Excluídas também estão do âmbito da *exceção de ordem pública*, como normalmente é conhecida esta forma de defesa do réu na ação de homologação, pena de se a transformar em substituto da descabida revisão *circa meritum*, a incorreta aplicação do Direito substantivo, mesmo que seja o brasileiro, e ainda a eleição do Direito pertinente, através de um uso indevido das normas de conflito de leis por parte do juiz estrangeiro, pois, em síntese, o que se há de confrontar é apenas aquilo que se busca introduzir no País: os efeitos da decisão estrangeira, e não seu processo de formação, o que, ademais, e de acordo com a regra *locus regit actum*, obsta ainda a investigação sobre os meios de prova de que se serviu o juiz da causa.⁴³⁷

Jacob Dolinger também afirma que

O fato de um julgamento estrangeiro chegar a uma decisão diversa daquela que nossos tribunais teriam produzido, por se basear lá em legislação outra daquela indicada por nosso DIP, nunca constituiu para nós razão para negar a homologação, com base no princípio da ordem pública. A existência de normas legais diferentes de um país para outro é fenômeno comum, e a grandeza do direito internacional privado está justamente em aplicar leis estrangeiras diferentes e homologar sentenças estrangeiras que julgaram diversamente do que nossas cortes julgaram.⁴³⁸

De fato, a definição sobre qual o direito aplicável e a própria aplicação do mesmo a um caso concreto consistem no *mérito* da sentença estrangeira, que não pode ser reapreciado no juízo de deliberação, como se demonstrará melhor no capítulo 3.

Rosas e Aragão apontam que se deve levar em consideração apenas os “*efeitos* da decisão homologanda⁴³⁹, o que, desde logo, deve afastar qualquer cogitação referente à motivação da sentença estrangeira” e que tal análise “não ultrapassa o controle o âmbito do *dispositivo*, no seu sentido técnico-processual, descabida a análise do *iter* lógico seguido pelo juiz para atingir o comando sentencial⁴⁴⁰. Apenas em casos excepcionais se poderia cogitar do “fundamento da obrigação reconhecida por sentença (a *causa debendi* do pedido formulado na ação originária)”, dando como exemplo uma sentença estrangeira que condena alguém a pagar o preço de um escravo⁴⁴¹.”

Um caso que potencialmente poderia ser considerado como violação à ordem pública no terceiro nível seria a homologação de sentença estrangeira condenatória contra a Fazenda

⁴³⁷ ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 209.

⁴³⁸ DOLINGER, Jacob. Provincianismo no Direito Internacional Privado Brasileiro. In: *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209-210.

⁴³⁹ Nesse trecho, referidos doutrinadores fazem referência à norma do antigo RISTF, que dispunha que “Não se homologará sentença cujos *efeitos* atentem contra a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes”. Posteriormente, o RISTF foi modificado e passou a não mais fazer referência aos efeitos. E a Resolução nº 9/2005 do STJ (editada pelo STJ após a EC 45/2004, que transferiu a competência para homologar sentenças estrangeiras para o STJ) também não contém tal limitação aos efeitos, e dispõe apenas, em seu art. 6º, que “não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública”. Mesmo assim, entendemos que a lição se mantém atual, levando em conta a ressalva feita a seguir sobre casos excepcionais em que se pode analisar os fundamentos.

⁴⁴⁰ ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 207-208.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 209.

Pública proferida em ação ajuizada após o prazo de cinco anos previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, do qual já tratamos acima. Ultrapassada a questão da competência do juiz estrangeiro para julgar tal ação⁴⁴², entendemos que o simples fato do juiz estrangeiro não julgar prescrita a pretensão se a ação foi ajuizada após tal prazo não violaria a ordem pública no terceiro nível. De fato, em certas circunstâncias, como, por exemplo, em uma licitação internacional realizada por uma unidade do governo brasileiro no exterior para aquisição de bens entregues no exterior, sem que o contrato administrativo contenha previsão de aplicação do direito brasileiro, não nos parece que se possa considerar inaceitável que o juiz estrangeiro deixe de aplicar o prazo prescricional brasileiro ao caso. E nos parece que o juiz brasileiro também não aplicaria prazo prescricional reduzido previsto na legislação de Estado estrangeiro para a aquisição de bens no Brasil para entrega em escritório de seu governo localizado no país.

Outro campo de aplicação da ordem pública no terceiro nível seria o controle das sentenças arbitrais nacionais pelo juiz nacional. No Brasil, as sentenças arbitrais estrangeiras devem ser homologadas pelo STJ para que possam produzir efeitos no Brasil, seguindo o mesmo procedimento referente à homologação de sentenças judiciais estrangeiras, de forma que tudo o que mencionado acima e será mencionado no capítulo 3 com relação a estas últimas se aplica também às primeiras.

Já as sentenças arbitrais nacionais, isto é, aquelas proferidas no Brasil⁴⁴³, não precisam de homologação pelo STJ para produzir efeitos, mas podem ser impugnadas perante o Judiciário nacional por meio da ação prevista no art. 33 da lei nº 9.307/96. Apesar de não prevista como uma das hipóteses de anulação da sentença arbitral nacional, a doutrina admite a ofensa à ordem pública⁴⁴⁴.

⁴⁴² Nos parece que são muito limitadas as hipóteses em que o STJ poderia reconhecer a competência do juiz estrangeiro em ação contra a Fazenda pública federal, estadual ou municipal, não só por causa do princípio da imunidade de jurisdição, mas também porque a legislação brasileira geralmente impõe a adoção do foro da administração em contratos administrativos. Uma exceção é hipótese de licitação internacional prevista no art. 32, § 6º, da lei nº 8.666/93.

⁴⁴³ O parágrafo único do art. 34 da lei 9.307/96 dispõe que “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

⁴⁴⁴ A lei nº 9.307/96 não lista a violação à ordem pública entre os defeitos que podem ensejar a anulação da sentença arbitral nacional dispostos no seu art. 32. O § 1º do art. 2º dispõe que não poderá haver “violação aos bons costumes e à ordem pública” na escolha das regras de direito pelas partes, mas tal dispositivo também não resolve a questão, pois a violação à ordem pública pode não decorrer diretamente da escolha da aplicação da lei estrangeira. Mesmo assim, a doutrina tem reconhecido tal possibilidade para situações excepcionais, como lecionam Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 411-418), Ricardo Ramalho Almeida (que cita também lições de Cláudio de Melo Valença Filho, João Bosco Lee, Beat Walter Rechsteiner e Fernando da Fonseca Gajardoni, em *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 164-167 e 269-271), Fábio de Possídio Egashira. *Arbitragem e prescrição*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 8, p. 35-47, 2006. p. 43) e Marcus Vinicius Tenorio da Costa Fernandes (FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 71).

Ricardo Ramalho Almeida menciona que, além da “imprescritibilidade de pretensões patrimoniais” e “prazos prescricionais inusitadamente angustos” (questões atinentes ao *segundo nível* da ordem pública), “são concebíveis outras hipóteses em que a ofensa à ordem pública poderá ser arguida, a depender das circunstâncias concretas do caso” e dá um exemplo relacionado ao *terceiro nível*:

(...) embora pareça inusual, por implicar alguma revisão, perfunctória que seja, do mérito da causa, não é de se destacar a possibilidade de julgar-se ofensiva à ordem pública uma desconsideração manifesta e flagrante do prazo prescricional aplicável, transcorrido na forma do direito de regência do litígio, implicando, tal desconsideração, uma grave subversão dos direitos de defesa.⁴⁴⁵

O exemplo nos parece válido, apesar de, na prática, nos parecer muito difícil a ocorrência de um caso concreto. Isso porque o “prazo prescricional aplicável” é uma matéria de mérito que efetivamente não pode ser reapreciada em sede de homologação de sentença estrangeira ou de anulação de sentença arbitral. Assim, teria que ser uma situação muitíssimo grave para que houvesse ofensa à ordem pública em uma tal situação, talvez somente quando houvesse circunstância agravantes, como concordância das partes a respeito da lei aplicável e de seu teor (e do prazo aplicável), antes do litígio, de forma que uma das partes induziu a outra a acreditar que haveria prazo mais longo para exercer sua pretensão, sendo depois surpreendida com a aplicação de um prazo diferente ao caso.

Por fim, cumpre mencionar que nos parece que a avaliação, pelo juiz brasileiro, da conformidade das sentenças arbitrais nacionais com a ordem pública brasileira se dá também no terceiro nível. Isso porque o juiz, nesse caso, não estará avaliando se a lei estrangeira viola ou não a ordem pública, para afastá-la ou não e aplicar a *lex fori* em seu lugar. Ele estará, isso sim, verificando se uma sentença proferida por outro julgador, que tem competência exclusiva para decidir seu mérito, violou ou não a nossa ordem pública. Essa situação é muito mais próxima da homologação da sentença estrangeira⁴⁴⁶.

2.5.4 Prazos prescricionais previstos em fontes internacionais como fonte auxiliar para se estabelecer o que seria inaceitável para o ordenamento jurídico brasileiro

⁴⁴⁵ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 299.

⁴⁴⁶ Ricardo Ramalho Almeida afirma que, na ação anulatória, “poderá ser necessária (...) a apreciação de eventual ofensa à ordem pública, entendida esta no sentido próprio das relações jurídicas multiconectadas, tal como efetuado o mesmo controle na ação de homologação de sentença arbitral estrangeira” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 269). Ver também CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 333.

Apenas para efeitos comparativos, os *Princípios do Direito Contratual Europeu*⁴⁴⁷ criados pela Comissão de Direito Contratual Europeu estabelecem um prazo prescricional geral de 3 (três) anos⁴⁴⁸ e um prazo de 10 (dez) anos para se executar uma sentença judicial ou arbitral⁴⁴⁹. Além disso, dispõem que as suspensões e interrupções do prazo prescricional não podem estendê-lo para além de 10 (dez) anos ou, em caso de reparação de dano à pessoa, para mais de 30 (trinta) anos⁴⁵⁰, e que as partes podem acordar prazos prescricionais, mas desde que não sejam inferiores a 1 (um) ano ou superiores a 30 (trinta) anos⁴⁵¹.

Os Princípios não são lei positiva e nem se intenciona que venham a sê-lo. O seu propósito expresso é serem aplicados como normas gerais de direito contratual na União Europeia⁴⁵², servindo de inspiração para os juízes nacionais e legisladores, e oferecer uma base para futura harmonização do direito contratual no âmbito da União⁴⁵³. É prevista sua aplicação a contratos que os adotem expressamente e também é disposto que podem ser aplicados pelo julgador quando as partes dispuseram que seu contrato seria regido por “princípios gerais de direito” ou a *lex mercatoria*, ou não escolheram lei aplicável⁴⁵⁴. O art. 1:101(4) dispõe inclusive que “estes Princípios podem dar uma solução a questões não resolvidas pelo ordenamento ou a norma legal aplicável”⁴⁵⁵.

⁴⁴⁷ Os Princípios podem ser encontrados no *site* oficial da Comissão de Direito Contratual Europeu na internet: <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/>. Acesso em 27 jun. 2010). Está disponível em inglês e outras 7 (sete) línguas, mas não em português.

⁴⁴⁸ Artigo 14:201.

⁴⁴⁹ Artigo 14:202, que dispõe o seguinte, em sua versão em inglês: “(1) The period of prescription for a claim established by judgment is ten years. (2) The same applies to a claim established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment.”

⁴⁵⁰ Artigo 14:601, que dispõe o seguinte, em sua versão em inglês: “(1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription. (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in Article 14:203.”

⁴⁵¹ Artigo 14:601, que dispõe o seguinte, em sua versão em inglês: “(1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription. (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in Article 14:203.”

⁴⁵² O artigo 1:101(1) dispõe o seguinte, em sua versão em inglês: “These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Union.”

⁴⁵³ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 07/08, que aponta que isto teria sido declarado por seus autores.

⁴⁵⁴ Artigo 1:101(3), que dispõe o seguinte, em sua versão em inglês: “(3) These Principles may be applied when the parties: (a) have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “lex mercatoria” or the like; or (b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract.”

Trata-se de uma iniciativa inicialmente privada e que depois passou a ser financiada pela Comissão Europeia, órgão da União Europeia. Da Comissão de Direito Contratual Europeu participam ou participaram eminentes juristas de todos os países-membros da União Europeia e observadores da Suíça e da Noruega⁴⁵⁶. Assim, podem ser usados em estudos comparados como um parâmetro do que a cultura jurídica europeia hoje entenderia como razoável. Nesse contexto, tendo em vista que o direito brasileiro decorre do direito europeu e foi e é influenciado por sua evolução, podemos usar os Princípios como uma fonte auxiliar para se estabelecer, em um determinado caso concreto, o que seria uma regra de prescrição que ofenderia a ordem pública brasileira, ou pelo menos para dizer que aquelas que se enquadrem em seus limites ou tenham parâmetros próximos não a violam.

Os *Princípios Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais 2010* podem ser usados com o mesmo propósito. Como já mencionado, tais Princípios foram elaborados por juristas de diversos países dos cinco continentes basicamente com os mesmos fins dos Princípios do Direito Contratual Europeu⁴⁵⁷. Estabelecem um prazo prescricional geral de 3 (três) anos a se iniciar de quando parte tomou ou deveria ter tomado conhecimento dos fatos que permitem o exercício de seu direito, prazo este que nunca poderá ultrapassar 10 (dez) anos⁴⁵⁸. Além disso, dispõe que as partes podem acordar prazos prescricionais, mas desde que não sejam inferiores a 01 (um) ano, e que podem modificar também o prazo máximo (além das suspensões e interrupções), mas não para estipular um prazo inferior a 4 (quatro) ou superior a 15 (quinze) anos⁴⁵⁹.

Os comentários ao art. 10.2 dos Princípios Unidroit apontam que os prazos prescricionais são comuns em todos os sistemas legais, porém diferem em extensão, e que variam de seis meses a um ano para pretensões relativas a quebras de garantias a até 15, 20 ou 30 anos para outras pretensões⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ A versão em inglês dispõe o seguinte: “Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so”. Já a versão espanhola contém o seguinte: “Los presentes principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable.”

⁴⁵⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 04/07.

⁴⁵⁷ Conferir item 1.

⁴⁵⁸ O artigo 10.2, em sua versão em inglês, dispõe o seguinte: “(1) The general limitation period is three years beginning on the day after the day the obligee knows or ought to know the facts as a result of which the obligee’s right can be exercised. (2) In any event, the maximum limitation period is ten years beginning on the day after the day the right can be exercised”.

⁴⁵⁹ Art. 10.3.

⁴⁶⁰ “Although periods of limitation of rights and claims are common to all legal systems, they differ in length. They range from six months or one year for claims for breach of warranties, to up to 15, 20 or even 30 years for other claims”.

Já a Convenção das Nações Unidas sobre Prescrição na Venda Internacional de Bens⁴⁶¹, celebrada em Nova York em 1974 e aditada em 1980 em Viena, dispõe um prazo prescricional de 4 (quatro) anos⁴⁶² para pretensões decorrentes de venda internacional de bens, celebrada entre partes localizadas em Estados diferentes. Como se denota dos trabalhos preparatórios para a Convenção, as delegações dos países que participaram dos encontros sugeriram prazos de 3 (três) ou 5 (cinco) anos, que seriam os prazos previstos na maior parte dos países, e, ao final, concordaram em adotar o prazo de 4 (quatro) anos, que representaria um meio-termo. Além disso, a Convenção dispõe que as interrupções e suspensões do prazo previstas na Convenção não podem estendê-lo além de 10 (dez) anos⁴⁶³.

Por fim, no seu estudo comparado a respeito da prescrição no direito europeu, em que aponta quais entende serem as melhores práticas a serem seguidas, Reinhard Zimmermann aponta que “três anos pareceria ser amplamente reconhecido como o prazo prescricional geral mais adequado”⁴⁶⁴, em um sistema que disponha que tal prazo se inicia do conhecimento do credor a respeito dos fatos que permitem ajuizar a ação. Além disso, propõe um período máximo de 10 (dez) anos independente do conhecimento, com exceção a casos de danos à integridade física (“personal injuries”), com relação aos quais propõe um prazo de 15 ou 12 anos (quatro ou cinco vezes o prazo geral)⁴⁶⁵. Não deixa de consignar, no entanto, que propõe prazos menores do que os em geral em vigor atualmente, apontando que a maior parte dos sistemas que contêm um prazo máximo que independe do conhecimento pelo credor preveem prazos de 20 (vinte) ou 30 (trinta) anos, em especial com relação a danos à integridade física.

⁴⁶¹ Como já apontado, a Convenção entrou em vigor em 1988 e foi ratificada e está hoje em vigor em 20 países e a Convenção original em mais 2 países, conforme consta do *site* da UNCITRAL na internet. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html>. Acesso em: 27 jun. 2010.

⁴⁶² Art. 8º da Convenção.

⁴⁶³ Art. 23 da Convenção.

⁴⁶⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 96.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 99-104.

3 A PRESCRIÇÃO NA HOMOLOGAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL

3.1 Algumas noções gerais sobre homologação de sentença estrangeira

Sentenças judiciais ou arbitrais estrangeiras não produzem qualquer efeito no Brasil antes de sua homologação⁴⁶⁶ pelo Superior Tribunal de Justiça (competência que cabia ao Supremo Tribunal Federal até a Emenda Constitucional nº 45/2004).

No pedido de homologação, o STJ exerce apenas um *juízo de delibação*, ou seja, um “juízo de exame superficial da sentença estrangeira”⁴⁶⁷, se limitando a verificar se a mesma e o processo do qual ela decorreu preencheram determinados requisitos previstos em lei e na Resolução nº 08/05 do STJ. Assim, “subjaz intocável o *meritum causae* apreciado alhures”⁴⁶⁸, que não será objeto de novo exame pelo STJ.

Em caso de sentença estrangeira condenatória, o credor, se desejar promover sua execução, deverá fazê-lo, após a homologação, perante o juiz federal de 1ª instância⁴⁶⁹ competente.

⁴⁶⁶ Como dispõem o art. 483 do CPC, o art. 35 da lei nº 9.307/96 e o art. 3ª da Resolução nº 09/05, do STJ. O parágrafo único do referido art. 15 da LIDB dispunha que “Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas”, mas foi revogado pela lei 12.036/2009, que, conforme seu preâmbulo, alterou este (e outro) dispositivo do referido Decreto-lei com o objetivo de “adequá-lo à Constituição Federal em vigor”, pondo fim assim à discussão existente sobre se estaria ou não em vigor. Veja que, antes de tal revogação, o STJ, decidiu que tal dispositivo estaria em vigor nos REspS 20.609, em 1993, e 535.646, em 2005 (ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 43-44). Tal Corte contrariou, assim, a jurisprudência e a doutrina que eram então (e são ainda hoje) majoritárias sobre a necessidade de homologação para a produção no Brasil de toda e qualquer eficácia de toda e qualquer sentença estrangeira (TIBURCIO, Carmen. As inovações da EC 45/2004 em matéria de homologação de sentenças estrangeiras. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 132, 2006. p. 137). Nesse sentido, e sobre as vantagens decorrentes de tal exigência, confira-se, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 124, p. 19-27, 2005.. Há que se ressaltar que o óbice de ordem constitucional que se levantava contra o reconhecimento de efeitos sem homologação desapareceu com a reforma da Emenda nº 45/2004, após a qual a Constituição Federal passou a dispor sobre a competência do STJ para “homologação de sentenças estrangeiras”, em oposição à anterior competência do STF para “homologação das sentenças estrangeiras” (alteração inversa à ocorrida quando da promulgação da Constituição de 1946 e que instaurou ampla polêmica). Quanto ao fim do óbice constitucional, confira-se também TIBURCIO, Carmen. As inovações da EC 45/2004 em matéria de homologação de sentenças estrangeiras. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 132, 2006. p. 138-139).

⁴⁶⁷ Definição de Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão, que informam que “*delibar* provém do verbo latino *delibare*, que significa *provar, toca de leve com os lábios*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 129-130).

⁴⁶⁸ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.230.

⁴⁶⁹ Conforme o art. 109, X, da CF.

A questão de interesse desse trabalho que se coloca é se STJ poderá denegar o pedido de homologação em razão da prescrição ou se o juiz federal poderá reconhecê-la na execução da sentença estrangeira, o que responderemos separadamente.

3.2 Inexistência de prazo para ajuizamento de ação de homologação de sentença estrangeira

O direito brasileiro não prevê prazo para se ajuizar a ação homologatória. Isso não quer dizer, no entanto, que seria aplicável o prazo prescricional geral de 10 anos do art. 205 do Código Civil, uma vez que a ação de homologação tem natureza *constitutiva*⁴⁷⁰. Ela “cria situação jurídica nova, caracterizada pelo fato de passar a sentença homologada a produzir no território brasileiro, total ou parcialmente, os efeitos que lhe atribui o ordenamento de origem”, e por meio dela se exercita o *direito potestativo* de importar tal eficácia para o Brasil, portanto, como reconhece Barbosa Moreira⁴⁷¹. No mesmo sentido é a opinião de Marinoni e Mitidiero⁴⁷². Somente as pretensões surgidas quando da violação de direitos subjetivos estão sujeitas à prescrição, quando não ajuizada no prazo a respectiva ação condenatória, não sendo este o caso.

Quanto a prazo decadencial, este seria em tese concebível, como reconhece Barbosa Moreira (que menciona como exemplos nesse sentido leis da antiga União Soviética e de

⁴⁷⁰ Nesse sentido, a doutrina é assente, como lecionam Barbosa Moreira (mencionada a seguir no texto), Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1996. V.4, p. 71-73), José Frederico Marques (*Manual de direito processual civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1976. V. 3, p. 253), Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 129-130), Luiz Fux (*Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.235), Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 771), Alexandre Câmara (*Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. V. 2, p. 31), Humberto Theodoro Junior (*Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 1, p. 722), Hermes Marcelo Huck (*Sentença estrangeira e “Lex Mercatoria”*: horizontes do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29), Vicente Greco Filho (*Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 395), Guilherme Peña de Moraes (*Homologação de sentença estrangeira à luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 54), Flávia Pereira Hill A homologação de sentença estrangeira de acordo com a Resolução nº 09/05 do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 53, ago. 2007. p. 63) e André de Albuquerque Cavalcanti Abbud (*Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 256).

⁴⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5, 91-92. Barbosa Moreira critica os doutrinadores italianos Andrioli, Morelli, Campeis – De Pauli e Pau, que sustentam a prescribibilidade da ação de *delibazioni* na Itália, e afirma correta a opinião contrária de Gaja.

⁴⁷² “Observe-se que o direito à homologação não se submete à prescrição (apenas direitos a prestações se submetem à prescrição). Trata-se de direito potestativo.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 483).

Israel⁴⁷³), Marinoni e Mitidiero⁴⁷⁴, Thiago Marinho Nunes⁴⁷⁵ e André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁴⁷⁶. Nosso ordenamento, de fato, prevê prazos decadenciais para ajuizamento de determinadas medidas judiciais, como ação anulatória de sentença arbitral, ação rescisória e mandado de segurança, como já mencionamos.

Não há, no entanto, tal previsão com relação a homologação de sentença estrangeira, o que significa que pode ser ajuizada a qualquer tempo⁴⁷⁷. Isso foi reconhecido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em ação de homologação de sentença (SEC 286/US⁴⁷⁸), na qual rejeitou alegação de prescrição formulada por uma das rés, com o seguinte fundamento:

Com efeito, a respeito da prescrição do direito de homologar a sentença estrangeira, observam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:
*"A lei brasileira não fixa prazo para o exercício da pretensão homologatória que, por criar o direito de a sentença estrangeira produzir efeitos e ser executável no Brasil, tem natureza constitutiva, razão pela qual essa pretensão não está sujeita a prazo decadencial ou prescricional. Trata-se de pretensão perpétua exercitável a qualquer tempo." (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 10ª edição revista, Editora Revista dos Tribunais, fl. 771)*⁴⁷⁹

E nos parece correto que a lei não disponha qualquer prazo, pois pode ocorrer do autor da ação estrangeira não cogitar a princípio homologá-la no Brasil e só anos depois descobrir que o réu possui bens penhoráveis aqui, após tentativas frustradas de executá-lo no exterior.

⁴⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5, p. 90/91.

⁴⁷⁴ "... o direito à homologação só é suscetível de decadência, acaso exista previsão de prazo decadencial para a espécie. Como inexiste previsão dessa ordem no direito brasileiro, o direito à homologação de sentença estrangeira pode ser exercido a qualquer tempo." (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 483).

⁴⁷⁵ NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 356-357.

⁴⁷⁶ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 257.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, além de Barbosa Moreira e Marinoni e Mitidiero, já mencionados, confira-se também: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 257-258; MORAES, Guilherme Peña de. *Homologação de sentença estrangeira à luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 51 ("...o oferecimento da petição inicial, pela qual é veiculada a pretensão à homologação da sentença estrangeira, não é sujeita a prazo decadencial e prescricional") e NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 771 (lição que foi acolhida pelo STJ, na decisão tratada a seguir).

⁴⁷⁸ Relator Min. Paulo Gallotti, j. 16.09.2009, v.u.

⁴⁷⁹ Esse é o voto do Min. Relator Paulo Gallotti. O julgamento foi unânime, mas houve voto-vista do Min. Luiz Fux, que, sem discordar da inexistência de prazo prescricional ou decadencial para se ajuizar a ação de homologação, tratou de suposta falta de interesse processual para se homologar sentenças estrangeiras condenatórias em caso de prescrição da pretensão executória superveniente ao seu trânsito em julgado, incorrente no caso. Trataremos de tal voto ao tratar da prescrição superveniente, mais à frente.

Ou talvez uma das partes se mudar para o Brasil ou começar a praticar atos no Brasil que contariam a sentença estrangeira que não eram previsíveis pela outra parte quando de seu trânsito em julgado, ou mesmo uma das partes depois ajuíze ação sobre a mesma matéria no país. Assim, o autor (ou mesmo o réu ou outro interessado) pode passar a ter interesse em que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil anos depois de transitar em julgado.

3.3 Prescrição rejeitada ou acolhida pela sentença estrangeira

Como já demonstrado, a prescrição é considerada uma questão de mérito pelo nosso ordenamento jurídico, no qual a sentença que a reconhece faz coisa julgada material. Assim sendo, o STJ, no juízo de deliberação, não poderá apreciar se o juiz estrangeiro decidiu corretamente a questão da prescrição.

Ou seja, se o juiz estrangeiro rejeitou ou acolheu alegação de prescrição formulada no processo que tramitou no exterior, ou mesmo se apreciou tal questão de ofício, suas conclusões não poderão se reapreciadas pelo STJ na homologação ou pelo juiz federal na execução. E não tem qualquer relevância o fato de ter aplicado ou não direito de país diverso daquele indicado pela regra de conexão brasileira ou mesmo de ter aplicado erroneamente o direito brasileiro ou estrangeiro à questão. Nos reportamos aqui às lições de Rosas e Aragão e Jacob Dolinger apresentadas quando tratamos do terceiro nível da ordem pública⁴⁸⁰, mas ressaltamos outra lição de Dolinger sobre a prática brasileira a esse respeito:

Na homologação de sentenças estrangeiras, o Brasil sempre respeitou a escolha de lei aplicada pelo tribunal estrangeiro, mesmo quando nossa regra de conexão, diversa daquela estabelecida pelo DIP do país donde se originou a sentença, levaria à aplicação de outra lei.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Hermes Marcelo Huck (*Sentença estrangeira e "Lex Mercatoria"*: horizontes do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11) também afirma que essa tem sido a orientação seguida no Brasil e ressalta que se trata de atitude reconhecida pela *Convenção da Haia sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matérias Cíveis e Comerciais*, de 1971 (o autor faz referência a 1966, mas acredita-se que seja erro material), que dispõe o seguinte em seu art. 7º: "Recognition or enforcement may not be refused for the sole reason that the court of the State of origin has applied a law other than that which would have been applicable according to the rules of private international law of the State addressed". Referida convenção, no entanto, não está em vigor no Brasil e foi adotada apenas por Albânia, Chipre, Kuwait, Países Baixos e Portugal (atualização em 10.11.2010, obtida do *website* da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Disponível em: <<http://www.hcch.net>>. Acessado em: 20 maio 2011).

⁴⁸¹ DOLINGER, Jacob. Provincianismo no Direito Internacional Privado Brasileiro. In: *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209.

Há que se ressaltar que a homologação da sentença estrangeira que declara a prescrição de uma determinada pretensão fará, a princípio (com a ressalva do item 3.5), coisa julgada material e importará na extinção de eventual ação do credor em trâmite no Brasil.

Não encontramos julgados do Superior Tribunal de Justiça ou mesmo do Supremo Tribunal Federal que, em ação de homologação de sentença estrangeira, tenham tratado da análise de prescrição pelo juiz estrangeiro⁴⁸². No entanto, o Supremo teve a oportunidade de decidir algumas vezes, em cartas rogatórias, que a circunstância de a ação em trâmite no exterior estar prescrita de acordo com o direito brasileiro não impediria a citação do réu no Brasil. Por exemplo, no AgRg na CR 5885-3⁴⁸³, que objetivava a citação de seguradoras brasileiras para responder ação sobre contrato de resseguro promovida perante a justiça inglesa, as rés requereram que o *exequatur* fosse denegado porque “pelo direito brasileiro estaria prescrita a pretensão da autora”, o que alegaram que configuraria violação à ordem pública. O Pleno do STF rejeitou referido argumento da seguinte forma:

A alegação de prescrição da pretensão da autora é questão relacionada ao mérito da causa e, por isso mesmo, não pode ser examinada pela justiça brasileira, segundo o direito nacional, nos autos de carta rogatória. Não se caracteriza, só por essa razão, violação a ordem pública no Brasil. Precedentes.

No mesmo sentido foram as decisões do Supremo nos AgRgs na CRs 4649-9⁴⁸⁴, 6.411-0⁴⁸⁵ e 6529-9⁴⁸⁶ e do Superior Tribunal de Justiça nos AgRgs nas CRs 2.449/IT⁴⁸⁷,

⁴⁸² Há que se ressaltar que, na SE 1.542 (STF, Pleno, j. 08.10.1956, v.u., Rel. Min. Candido Mota Filho), o Supremo Tribunal Federal decidiu que “não é possível, mesmo que não haja prescrição, homologar-se sentença estrangeira de casamento contraído no Brasil”, mas o Relator fez também considerações sobre a prescrição da demanda estrangeira: ‘Acréscimo que a sentença estrangeira de anulação de casamento que se pede homologação é de 29 de outubro de 1955, cinco anos depois do casamento realizado no Brasil, estando, dêsse modo, prescrito o direito de promover ação de anulação de casamento. E é, sem dúvida, a lei do lugar da celebração do casamento, que regula a prescrição da ação de anulação do mesmo por vício de coação.’ O Relator, no entanto, não afirmou que a prescrição impediria a homologação da sentença estrangeira e tais considerações consistem em *obiter dictum*, não constando da ementa e nem do voto do revisor, que trataram apenas da incompetência da autoridade estrangeira. Dessa forma, não nos parece que o referido julgado, de 1956, possa ser usado para se aferir o entendimento da Corte sobre a matéria.

⁴⁸³ Pleno, j. 04.11.1992, Rel. Min. Sydney Sanches, v.u.

⁴⁸⁴ “Carta rogatória. Impugnação. Competência. Prescrição. Exequatur. (...) A prescrição da pretensão ajuizada na justiça rogante, por ser pertinente ao mérito da ação, extrapola do quadro processual da rogatória. Agravos regimentais improvidos.” (Pleno, j. 02.12.1987, Rel. Min. Rafael Mayer, v.u.).

⁴⁸⁵ “Objecções, relativas à legitimidade ativa, à prescrição da dívida e até ao mérito da controvérsia, devem ser declinadas à Justiça rogante, sem lhes caber o exame na sede da concessão do *exequatur*.” (Pleno, j. 23.09.1993, Rel. Min. Octavio Gallotti, v.u.)

⁴⁸⁶ “Quanto às alegações de decadência e prescrição, constituem questões de mérito, que devem ser suscitadas perante o juiz da causa, e não matéria a ser discutida em carta rogatória.” (Pleno, j. 25.09.1996, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u.)

⁴⁸⁷ “No tocante à prescrição da obrigação e à alegada existência de fraude à lei, as questões relacionam-se com a defesa a ser apresentada pela interessada na Justiça italiana, pois na concessão do *exequatur* não cabe a esta Corte examinar o mérito da causa a ser decidida no exterior.” (Corte Especial, j. 15.08.2007, Rel. Min. Barros Monteiro, v.u.). Há também diversas decisões monocráticas da Presidência do STJ no mesmo sentido, como, por exemplo, CR 3.962/JP (13.11.2009, Min. Cesar Asfor Rocha), CR 5.263/AR (09.02.2011, Min. Ari Pargendler) e CR 5.352/AR (06.04.2011, Min. Ari Pargendler).

2.500/US⁴⁸⁸ e 4.893/US⁴⁸⁹, que adotou referido posicionamento até mesmo em rogatórias decorrentes de ações criminais estrangeiras⁴⁹⁰.

É de se presumir que o STJ adote a mesma posição em homologação de sentença estrangeira, pelos mesmos fundamentos: trata-se de questão de mérito, que não pode ser apreciada em “juízo meramente deliberatório”⁴⁹¹.

3.4 Prescrição não analisada pela sentença estrangeira

Se a sentença estrangeira não analisou se ocorreu ou não prescrição, será homologada e executada no Brasil ainda que tenha ocorrido a prescrição de acordo com o direito aplicado pelo próprio juiz estrangeiro ou qualquer outro, mesmo o brasileiro. Trata-se de questão que deveria ter sido levantada pela parte que se beneficia pela prescrição perante o juiz estrangeiro.

Veja que o mesmo ocorre com relação às sentenças nacionais, em função do disposto no art. 474 do Código de Processo Civil⁴⁹², como reconhecido pela doutrina⁴⁹³ e pela jurisprudência⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ “...a ausência de título original nos autos da ação americana ou a ocorrência de prescrição são matérias de defesa, a serem apresentadas à Justiça daquele país. Não compete a esta Corte a análise dessas questões, pois na concessão do *exequatur* não se examina o mérito da causa a ser decidida no exterior (...). Deve-se verificar, apenas, se a diligência solicitada não ofende a soberania nacional ou a ordem pública e se foram observados os requisitos da Resolução n. 9/2005 deste Tribunal, o que, no caso, ocorreu.” (Corte Especial, j. 07.11.2007, Rel. Min. Barros Monteiro, v.u.).

⁴⁸⁹ “Em razão do juízo meramente deliberatório exercido por este Tribunal, as questões referentes à ilegitimidade passiva e ausência de demonstração de negócio entre as partes, de fundamentação da ação e de prescrição são matérias de defesa e devem ser apreciadas pela Justiça estrangeira, pois, na concessão do *exequatur*, não incumbe a esta Corte analisá-las.” (Corte Especial, j. 15.12.2010, Rel. Min. Ari Pargendler, v.u.).

⁴⁹⁰ “ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DO CRIME SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. QUESTÃO A SER ANALISADA PELA JUSTIÇA ROGANTE. (...) A alegação de prescrição deve ser deduzida na Justiça estrangeira, pois, diversamente do que ocorre com os pedidos de extradição, na carta rogatória não se examina a ocorrência de prescrição segundo a legislação brasileira.” (Corte Especial, AgRg na CR 4.215/PT, j. 29.06.2010, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, v.u.). No mesmo sentido é o AgRg no EDcl na CR 2.727/PT (Corte Especial, j. 21.11.2007, Rel. Min. Barros Monteiro, v.u.), além de diversas decisões monocráticas da Presidência do STJ, como, por exemplo, CR 1.736/AT (12.03.2007, Min. Barros Monteiro), CR 1.815/PT (11.04.2007, Min. Barros Monteiro), CR 3.388/PT (06.10.2008, Min. Cesar Asfor Rocha), CR 4.707/PT (02.07.2010, Min. Cesar Asfor Rocha) e CR 5.344/PT (12.04.2011, Min. Ari Pargendler). Há que se ressaltar a existência de decisão mais antiga, do Min. Edson Vidigal, quando exercia a Presidência do STJ, que determinou o arquivamento de uma carta rogatória sem a realização da diligência de citação para responder a ação criminal instaurada em Portugal em função da prescrição do crime de acordo com a legislação brasileira (CR 1.480, 28.03.2006).

⁴⁹¹ Ricardo Ramalho Almeida, ao comentar a decisão do STF na CR 5.885, expressa também a opinião de que “presumivelmente” a mesma posição adotada na referida rogatória seria adotada pelo tribunal em sede de homologação de sentença estrangeira (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 298).

Nesse sentido é a lição de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, ao tratar da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, com fundamento no fato de que a lei nº 9.307/96 e a Convenção de Nova York não elencam a prescrição como fundamento para a improcedência da ação de homologação⁴⁹⁵. Tal raciocínio também se aplica à homologação de sentenças judiciais estrangeiras, para as quais, da mesma forma, a lei⁴⁹⁶ não elenca a inexistência de prescrição entre os requisitos para a homologação de sentença estrangeira. Vale ressaltar, também, que a Resolução nº 09/2005 também não inclui a prescrição entre as matérias de defesa que podem ser apreciadas pelo STJ no juízo de deliberação⁴⁹⁷.

3.5 Espécies de sentenças estrangeiras que podem ser homologadas e quais os efeitos que produzirão no Brasil no que pertine à apreciação da prescrição

O termo “sentença estrangeira”, para os fins da ação de homologação, engloba não somente o ato pelo qual o juiz põe fim a um processo judicial estrangeiro, mas também, como dispõe o § 1º do art. 4 da Resolução nº 09/2006 do STJ, “os provimentos não-judiciais que,

⁴⁹² Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

⁴⁹³ “Inclusive a prescrição, que ele [o réu] poderia ter alegado a qualquer tempo e em qualquer instância ordinária do processo (CC, art. 193...), se não alegou e também o juiz não a levou em conta *ex officio* ao julgar, não poderá mais ser alegada depois de passada em julgado a sentença de mérito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 4, p. 331).

⁴⁹⁴ “A ausência de manifestação, no título judicial exequendo sobre a prescrição, inviabiliza sua análise na fase executiva, sob pena de ofensa à coisa julgada, nos termos do art. 741, VI, do CPC. Precedentes desta Corte” (AgRg no REsp 1073923/PR, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.11.2008, v.u.).

⁴⁹⁵ “Apenas as matérias elencadas taxativamente pela Lei de Arbitragem e pela Convenção de Nova Iorque podem ser usadas, nos estreitos lindes ali definidos, como fundamentos para a improcedência do pedido homologatório. (...) Como a lei não prevê a possibilidade de que a prescrição ou a decadência do direito reconhecido na sentença homologanda sejam cognoscíveis pelo juiz, de ofício ou por invocação do réu, no juízo deliberatório, não é de se admitir que tal matéria conduza à rejeição do pedido de reconhecimento do laudo arbitral. Sendo assim, quaisquer que tenham sido os efeitos do decurso do tempo sobre as relações jurídicas certificadas no *decisum* estrangeiro, antes ou depois da emissão deste pelos árbitros, nenhum impacto produzem sobre o processo brasileiro destinado à recepção desse julgado” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 258-259).

⁴⁹⁶ Confira-se o art. 15 da LIDB e os arts. 483 e 484 do CPC.

⁴⁹⁷ O art. 9º dispõe que “Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução”. Naturalmente, não cabe ao STJ apenas regular o procedimento da ação de homologação, não podendo criar requisitos para tal homologação, o que é matéria reservada à lei. No entanto, nos parece que há consenso de que a referida Resolução apenas repete os requisitos previstos na lei (basicamente o art. 15 da LIDB), como já fazia o Regimento Interno do STF, de forma que o STJ não ultrapassou sua competência (nesse sentido, HILL, Flávia Pereira. A homologação de sentença estrangeira de acordo com a Resolução nº 09/05 do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 53, ago. 2007. p. 64).

pela lei brasileira, teriam natureza de sentença”⁴⁹⁸. Tal norma nada mais fez do que expressar o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia declarado.

A lição de Barbosa Moreira sobre o assunto é esclarecedora:

Por “sentença” deve entender-se aí o ato que, à luz do direito brasileiro, tenha conteúdo e efeitos típicos de sentença. Pouco importa a forma de que ele se revista no ordenamento estrangeiro, bem como a denominação que ali se lhe atribua. O critério relevante é o substancial: necessário e suficiente é que, desse ponto de vista, como quer que o encaire o direito do Estado de origem, apresente o ato características tais que permitam incluí-lo, segundo a concepção nacional, na categoria das sentenças.⁴⁹⁹

E após afirmar que o STF e o STJ homologaram por diversas vezes decisões de órgãos executivos, como ato de decretação de divórcio pelo Rei da Dinamarca ou prefeito no Japão, referido mestre menciona a doutrina de Pontes de Miranda no sentido de que “o que há de se levar em conta é a decisão conforme a concepção do Estado de importação, e não conforme a do Estado de produção da decisão”⁵⁰⁰

No mesmo sentido são as lições de Rosas e Aragão⁵⁰¹ e de Vicente Greco Filho⁵⁰².

⁴⁹⁸ Pontes de Miranda, muito antes da referida Resolução, afirmou que “é preciso que, conforme o direito *do Estado em que foi proferida*, se considere sentença, mesmo se não provém de órgão do Poder Judiciário”, e citou como exemplos divórcios decretados por reis ou autoridades administrativas (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 99). Não concordamos. Não nos parece que os ordenamentos jurídicos (ou pelo menos não a maior parte deles) que admitem que reis e outras autoridades não judiciais decretem divórcios considerem que os atos de tais autoridades são sentenças idênticas às proferidas pelos juízes de seus países. Parece que tais ordenamentos apenas autorizam que tais autoridades decretem divórcio por meio de atos que têm outra natureza. Aliás, desde a lei nº 11.441/2007, se admite divórcio no Brasil por escritura pública em certas situações, sem que ninguém considere a escritura de divórcio lavrada pelo Tabelião seja considerada sentença. Disso tudo se depreende que os atos de autoridades estrangeiras que devem ser homologados para produzir efeitos no Brasil são aqueles que, *à luz do direito brasileiro* (como leciona Barbosa Moreira, como se verá a seguir), e não à luz do direito do país de origem, possuam natureza de sentença. Aliás, quanto aos divórcios decretados por Tabeliães ou autoridades assemelhadas no exterior (ou talvez até mesmo por juízes em situações que a lei brasileira hoje admite divórcio por escritura pública), é possível que a jurisprudência do STJ sobre a necessidade de sua homologação venha a ser alterada em decorrência da mudança legislativa mencionada, já que nossa lei não mais considera divórcio um ato que necessariamente tenha natureza de sentença. Vicente Greco Filho, em obra anterior a tal mudança, já lecionava, no que diz respeito a ação de homologação, que se “o ato estrangeiro, por exemplo, de jurisdição voluntária é jurisdicional e, no Brasil, é apenas notarial, não seria cabível homologação, uma vez que o requerente seria carecedor de ação por falta de interesse de agir” (*Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 400).

⁴⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5, p. 64-65.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁰¹ “Como qualificar o significado da expressão contida no art. 483 do CPC? Impõe-se que o façamos pelo nosso sistema, uma vez que é nele que a encontramos, necessário assim que se estabeleça, no Brasil, o que é uma *sentença*, e se considere, numa segunda etapa, homologáveis aquelas providências judiciais que este conceito preencham, apurando, enfim, à vista das normas processuais estrangeiras que regulam, ou melhor regularam, o ato apresentado em juízo, se este tem características suficientes para que o enquadremos naquela moldura da *lex fori* abstratamente extraída, em a qual se deve dar prevalência ao aspecto *funcional* e não ao *formal*, evitando baralhar o conceito de sentença com garantias que a lei nacional julga necessárias, conceito este que lança raízes na idéia de prestação jurisdicional de caráter estatal substitutiva do querer das partes, afirmando a existência de uma vontade da lei” (ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. 5 v. V. 5. p. 160-161).

⁵⁰² Após mencionar que o STF homologara “decretos reais de divórcio e o ato de registro notarial de divórcio”, referido doutrina leciona que “é possível, portanto, formular a regra de que o conceito de sentença é o aceito pela ordem jurídica brasileira, admitindo-se sucedâneos ou equivalentes quanto à forma, todavia sentenciais no conteúdo” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 400).

Pontes de Miranda aduz à necessidade de que o provimento da autoridade estrangeira (mesmo que administrativa, legislativa ou penal) tenha “eficácia sentencial civil”, não sendo necessário que seja uma *sentença civil*, para entrar “na classe das sentenças ou acórdãos homologáveis e de necessária homologação”⁵⁰³.

Barbosa Moreira advoga que a possibilidade de se homologar inclusive “decisão estranha ao mérito”, até mesmo interlocutória, citando como exemplo a sanção pecuniária por ilícito processual que se queira executar no Brasil⁵⁰⁴. Já Pontes de Miranda⁵⁰⁵ e Flávia Pereira Hill⁵⁰⁶ aduzem à possibilidade de se homologar sentenças que não sejam de mérito para outros efeitos. E Agostinho Fernandes Dias da Silva, por sua vez, sem fazer qualquer ressalva quanto aos efeitos a serem produzidos no Brasil ou ao interesse do requerente, afirma que, “para efeito de homologação, (...) pouco importa que a sentença tenha decidido ou não o mérito, uma vez que tenha dado a solução legal ao litígio”, além de reconhecer a possibilidade de homologação de “sentença interlocutória com força de definitiva”, ainda que formalmente seja um “despacho”⁵⁰⁷.

Já Rosas e Aragão, provavelmente sem ter em mente condenações decorrentes de sentença que não analisam o mérito, expressam posição mais restritiva:

É opinião já pacificada que a homologabilidade se restringe àquelas decisões destinadas a manifestar seus efeitos fora do processo, *i.e.*, à sentença de mérito, não se reconhecendo eficácia aos julgados de cunho exclusivamente processual, como as sentenças interlocutórias ou as proferidas sobre o processo, afirmando ou negando a existência de pressupostos processuais, à falta de possibilidade de refletirem-se além daquele ordenamento em o qual se desenvolve o processo em cujo corpo foram proferidas.⁵⁰⁸

⁵⁰³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 99.

⁵⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5, p. 67.

⁵⁰⁵ “A sentença pode não ser sobre o mérito. Pode ser de indeferimento da petição inicial; *e.g.*, para o efeito civil de não ter interrompido o prazo prescricional; para o efeito civil se ter acolhido a alegação de coisa julgada, ou ter ocorrido confusão entre autor e réu; para a importação da condenação nas custas ou em honorários de advogado” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 99).

⁵⁰⁶ “...será homologável, inclusive, sentença estrangeira *terminativa*, ou seja, que sequer tenha examinado o mérito daquele processo. Isso porque, dentre outros possíveis efeitos, a sentença *terminativa* pode condenar o vencido ao reembolso de despesas processuais e honorários advocatícios ou ao pagamento de sanção pecuniária, fazendo emergir o interesse do vencedor em executá-la.” HILL, Flávia Pereira. A homologação de sentença estrangeira de acordo com a Resolução nº 09/05 do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 53, ago. 2007. p. 63).

⁵⁰⁷ SILVA, Agostinho Fernandes Dias da. *Direito processual internacional: efeitos internacionais da jurisdição brasileira e reconhecimento da jurisdição estrangeira no Brasil*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1971. pp. 95-96.

⁵⁰⁸ ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 170.

Dessa forma, nos parece que é irrelevante se a sentença (ou decisão interlocutória com conteúdo de sentença) que reconhecer que uma determinada pretensão prescreveu ou não é considerada sentença de mérito ou não no país de origem. Seja como for, poderá ser homologada no Brasil.

No entanto, a homologação importará apenas os efeitos que a sentença estrangeira produz em seu próprio país, de acordo com sua legislação. Nos valendo mais uma vez das palavras de Barbosa Moreira, “a sentença proferida por tribunal estrangeiro tem a eficácia que lhe atribua o tribunal de origem”⁵⁰⁹. Já Pontes de Miranda afirma que “é o direito estrangeiro que responde se a *sua* sentença tem força formal de coisa julgada e qual a força além dessa, e os efeitos que tem”, e que “nunca o direito brasileiro pode dar mais força material de coisa julgada ou mais efeito à sentença estrangeira do que ela tem”⁵¹⁰.

Pode ser, por exemplo, que uma sentença estrangeira declare a prescrição de uma determinada pretensão, mas, de acordo com o direito de seu país de origem, não impeça que tal questão seja analisada novamente em outro processo. Em tal caso, a homologação da referida sentença não impedirá que a prescrição seja analisada no Brasil em outro processo. Aliás, seria inconcebível que a homologação de uma sentença estrangeira impedisse a apreciação da matéria nela discutida pelo juiz brasileiro quando é permitida tal apreciação aos juízes do próprio país de origem.

As regras dos arts. 467 a 474 do CPC, portanto, não podem ser utilizadas para se averiguar os efeitos da sentença estrangeira.

Outrossim, se a sentença estrangeira que se pretende homologar se limitou a acolher ou rejeitar alegação de prescrição formulada em um processo, mas não produz qualquer efeito extraprocessual, poderá deixar de ser homologada no Brasil por falta de interesse processual⁵¹¹.

⁵⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5, p. 73.

⁵¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 77. Em outra passagem, Pontes de Miranda discorre um pouco mais sobre a questão e afirma que “A eficácia da sentença é dada pelo sistema jurídico sob o qual foi proferida. (...) O Estado da importação não lhe pode aumentar os pesos de declaratividade e executividade, condenatoriedade, mandamentalidade e executividade. O que pode acontecer é que o Estado onde se procede à homologação não importe *toda* a eficácia, como ocorre com a homologação da sentença de divórcio, se o Estado homologante não tem a dissolução do vínculo conjugal (...)” (Ibidem, p. 100).

⁵¹¹ Quanto à necessidade de interesse processual na ação de homologação de sentença estrangeira, confira-se Rosas e Aragão, que ressaltam que “só quando nenhuma eficácia, nem mesmo de ordem dita *secundária*, puder decorrer, é que a decisão de carência de ação se impõe” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 182). Reconhecendo a necessidade de tal condição da ação estar presente no pedido de homologação, o STJ, no AgRg na SEC 2.875/PY, denegou o pedido de homologação sob o fundamento de que “o requerente carece de interesse de agir, uma vez que da pretendida homologação não decorrerá efeito algum”.

Um exemplo em que o decurso do tempo pode tornar a sentença estrangeira não homologável é a sentença francesa proferida à revelia do réu e que não lhe é notificada em até seis meses. O art. 478 do Código Civil francês dispõe que “Le jugement rendu par défaut ou le jugement réputé contradictoire au seul motif qu’il est susceptible d’appel est non avenu s’il n’a pas été notifié dans les six mois de sa date”. Sendo reputada inexistente tal sentença, de acordo com o ordenamento jurídico do juiz que a proferiu, não podendo produzir efeitos em seu país de origem, também não pode produzir efeitos no Brasil e, assim, sua homologação não tem utilidade, como reconhece Rosas e Aragão⁵¹².

3.6 Prescrição superveniente ao trânsito em julgado da sentença estrangeira

Após o trânsito em julgado da sentença estrangeira, é possível que ocorra a prescrição da pretensão objeto da ação. Trata-se da *prescrição superveniente* (vide item 2.2.11), a que, no entanto, não impedirá a homologação da sentença estrangeira, justamente porque se trata de ação constitutiva que possui uma pretensão própria e que não está sujeita a prazo prescricional ou decadencial. Como afirma Barbosa Moreira, “o decurso do tempo, por si só, e prolongado que seja, em caso algum serve de empecilho à homologação de sentença estrangeira. É total a irrelevância”⁵¹³.

Isso foi reconhecido pelo voto do Min. Paulo Gallotti na SEC 286/US, mencionada pouco acima, que rejeitou a alegação de prescrição superveniente (ou seja, da pretensão de execução da referida sentença condenatória estrangeira⁵¹⁴) sob o fundamento de que a ação de homologação veicula “pretensão perpétua exercitável a qualquer tempo”. Além disso, referido

⁵¹² “Neste caso, se o juiz perante o qual se apresentar a decisão deve necessariamente a ela recusar eficácia, segundo o Direito estrangeiro, a qualificação dada ao fenômeno é também vinculante para o sistema jurisdicional brasileiro, e a sentença inexistente, se utilizada para pedido de reconhecimento irá, à falta de possibilidade prática (*utilidade*) de obtenção do resultado pretendido, forçosamente justificar decreto de carência de ação.” (ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 183). Na mesma linha é a doutrina de Flávia Pereira Hill: “[...] se a sentença estrangeira homologanda não está apta a produzir quaisquer efeitos no país de origem, por deixar de se revestir das formalidades necessárias, logo, não há efeitos a serem importados, não podendo, por isso, ser homologada” (HILL, Flávia Pereira. *A homologação de sentença estrangeira de acordo com a Resolução nº 09/05 do STJ. Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 53, ago. 2007. p. 68).

⁵¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5, p. 92.

⁵¹⁴ O relatório do referido julgado narra que a sentença estrangeira havia condenado as rés “ao pagamento de US\$ 705.077,61” e que uma das rés alegou “a ocorrência da prescrição, nos termos do enunciado nº 150 do Supremo Tribunal Federal”. Tal súmula, como já mencionado, dispõe que “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”, o que significa que a referida ré alegou prescrição superveniente ao trânsito em julgado da sentença estrangeira.

voto também dispôs que a prescrição não está prevista no art. 9º da Resolução nº 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça⁵¹⁵ entre as matérias que podem ser apreciadas pelo na ação de homologação⁵¹⁶.

No entanto, no mesmo julgado, foi proferido voto-vista pelo Min. Luiz Fux no sentido de que faltaria interesse processual ao credor para homologar sentença estrangeira condenatória quando a pretensão executória tivesse sido extinta por prescrição⁵¹⁷. Como isso não teria ocorrido no caso, o Ministro acompanhou o Relator e o julgamento foi unânime⁵¹⁸
519

Não podemos concordar com o voto do Min. Luiz Fux nesse caso.

Em primeiro lugar, o interesse do credor na homologação não reside apenas em executar a sentença estrangeira. Como já mencionado no item 3.2, ele pode ter interesses outros vários, o mais importante dos quais provavelmente seria o de importar a eficácia de coisa julgada material da sentença estrangeira, para desestimular que o devedor ajuíze ação no Brasil sobre a mesma matéria (ou para extingui-la, se já estiver em trâmite). Só isso seria

⁵¹⁵ Como já mencionado, não só a Resolução nº 09/2005 como a própria lei não incluem a prescrição entre as questões que podem obstar a homologação de sentenças estrangeiras.

⁵¹⁶ A ementa do referido acórdão dispôs o seguinte: “Caberia a esta colenda Corte, neste momento, negar a homologação pretendida, somente se houvesse qualquer problema relativo à autenticidade dos documentos apresentados, à inteligência da decisão, aos requisitos formais constantes da Resolução nº 9/STJ, de 4/5/2005, ou à ofensa à soberania ou à ordem pública, o que não ocorrente, *in casu*.”

⁵¹⁷ A parte do voto que trata da prescrição assim dispôs: “Acompanho o voto do E. Relator, com a ressalva de que a homologação de sentença estrangeira, que impõe obrigação de pagar quantia certa, transforma o documento judicial forasteiro em título executivo judicial (artigo 475-N, inciso VI, do Código de Processo Civil).

A homologabilidade, por seu turno, justifica-se ao ângulo processual exatamente para, nacionalizando o *decisum* alienígena, permitir-lhe a *executio parata*.

A ação de homologação, a despeito de originária e da competência dos Tribunais, reclama o preenchimento das condições da ação, dentre as quais o interesse processual, indicado no artigo 267, VI, do CPC.

Consequentemente, é inútil homologar sentença estrangeira cuja execução encontra-se prescrita à luz do direito brasileiro, norma regente do processo satisfativo.

[...]

Outrossim, *in casu*, a prescrição não restou configurada, porquanto a sentença alienígena transitou em julgado em 18.7.2002, com a homologação da desistência da apelação interposta (fl. 163), e o pedido de homologação foi proposto perante a Excelsa Corte no Brasil em 12.3.2004.

Com essas ressalvas, DEFIRO A HOMOLOGAÇÃO, acompanho o E. Relator”.

⁵¹⁸ Três outros Ministros da Corte seguiram o voto do Ministro Relator antes do pedido de vista e os demais o acompanharam posteriormente, mas nenhum deles expressou se concordava com o fundamento apresentado no voto do Relator ou no voto-vista.

⁵¹⁹ Nabor Bulhões e D’Alembert J. Jaccoud também advogaram a denegação de homologação de sentença arbitral estrangeira porque ultrapassado o prazo prescricional da lei brasileira entre a sentença arbitral e o ajuizamento do pedido de homologação (BULHÕES, A. Nabor A.; JACCOUD, D’Alembert J. Contestação de pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 2, p. 325-332, maio/ago. 2004). O referido pedido de homologação, no entanto, foi extinto sem resolução do mérito por questões processuais, sem que a alegação de prescrição fosse apreciada (SEC 6885, que tramitou perante o STF).

suficiente para justificar a homologação de qualquer sentença condenatória estrangeira, ainda que a pretensão esteja prescrita⁵²⁰.

Em segundo lugar, a pretensão que se exerce por meio da ação de homologação não se confunde com a pretensão que foi objeto do processo que tramitou no exterior. O mérito de cada ação é diferente. Assim, a regra do art. 219, § 5º, do CPC, que permite ao juiz conhecer de ofício da prescrição e da decadência (questões de mérito), só se aplicaria ao Superior Tribunal de Justiça, no juízo de deliberação, para declarar de ofício a decadência do direito potestativo de homologar a sentença estrangeira; e isso se a lei dispusesse prazo decadencial para seu exercício, o que não ocorre⁵²¹. Referido dispositivo não permite ao juiz declarar a prescrição ou decadência de pretensão ou direito postestativo exercido por meio de outro processo, decisão que, aliás, faria coisa julgada material e seria potencialmente homologável em outros países.

Em terceiro lugar, a corroborar o que foi dito acima, a lei, como já afirmado, não elenca a inexistência de prescrição entre os requisitos para a homologação de sentença estrangeira e, como constou do voto do Min. Paulo Gallotti, a Resolução nº 09/2005 também não elenca a prescrição entre as matérias de defesa que podem ser apreciadas pelo STJ no juízo de deliberação.

O artigo 475-L, VI, do CPC, no entanto, dispõe que a prescrição superveniente poderá ser alegada em sede de impugnação à execução da sentença estrangeira⁵²², que será apreciada pelo Juízo Federal de 1ª instância⁵²³. Aqui sim há campo inclusive para a aplicação da regra do art. 219, § 5º, do CPC⁵²⁴, uma vez que, na execução da sentença estrangeira, se está efetivamente exercendo a pretensão que foi objeto da referida ação e que pode ter sido extinta da prescrição.

⁵²⁰ Podemos concordar que faltaria interesse processual para se homologar uma sentença estrangeira que não produz nenhum efeito em seu país de origem, como uma sentença integralmente rescindida ou declarada inexistente posteriormente, ou que tenha julgado extinto sem resolução do mérito o processo em algumas situações (ressaltando-se que há sentenças sem mérito que produzem efeitos, como a que reconhece ilegitimidade ativa, que obsta que o autor nova outra ação idêntica) e que não contenha condenação do vencido em sucumbência. Em tal caso, a homologação seria mesmo inútil (vide item 3.5 *in fine*).

⁵²¹ Nesse sentido também é a opinião de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud (*Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 259).

⁵²² Veja que o artigo 475-N elenca, em seu inciso VI, a sentença estrangeira homologada entre os títulos executivos judiciais e o art. 475-L trata justamente das matérias que podem ser alegadas na impugnação a execuções de títulos judiciais.

⁵²³ Nesse sentido também é o escólio de Barbosa Moreira, fazendo referência à redação original do art. 741, VI, do CPC, que tratava dos embargos à execução fundada em sentença antes da reforma da lei nº 11.232/2005 (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5. p. 92), e de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud (*Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 261).

⁵²⁴ Com as ressalvas que fizemos ao longo deste trabalho.

Nesse contexto, uma interpretação sistemática das normas processuais nos leva a crer que falece ao Superior Tribunal de Justiça, no juízo de deliberação, a *competência* para se apreciar alegação de prescrição superveniente. E levar ao tribunal superior toda a análise de fatos e a instrução probatória que pode decorrer de discussão sobre, se for o caso, teor e vigência de direito estrangeiro, interrupção ou suspensão da prescrição, nos parece que seria, em qualquer hipótese, um contrassenso. É claro que tal discussão poderá chegar posteriormente ao STJ por meio de recurso especial, mas em tal sede o mesmo não poderá reapreciar os fatos e provas e terá que se limitar a avaliar se houve violação à lei federal ou estrangeira no julgado da instância inferior⁵²⁵.

Nesse contexto, discordamos também de Pontes de Miranda, que admite discussão sobre prescrição superveniente em sede de homologação de sentença estrangeira sob o fundamento de que “não se poderia admitir que o Brasil importasse eficácia que acabou ou que foi encoberta pela prescrição, como não poderia deixar de examinar a arguição do interessado que apontou, com documentos, a existência posterior de transação”⁵²⁶.

Realmente, o STJ não pode importar eficácia que a sentença estrangeira não possui em seu país de origem, como já tratamos no item 3.5. No entanto, isso não ocorrerá, pois tanto a homologação quanto a transação, da mesma forma que qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação posterior à sentença estrangeira⁵²⁷, poderá ser alegada em sede de impugnação à execução, conforme dispõe o já mencionado artigo 475-L, VI, do CPC.

E, por tudo que foi exposto, discordamos também da opinião de Vicente Greco Filho, que enquadra a prescrição, juntamente com a rescisão da sentença estrangeira, como situações que redundariam na “impossibilidade jurídica do pedido de homologação”⁵²⁸.

⁵²⁵ É o que determina o art. 105, III, da Constituição Federal e a Súmula nº 7/STJ. Há que se ressaltar que é reconhecido que, para fins de cabimento do recurso especial, a violação à lei estrangeira se equipara à violação lei federal, como leciona Jacob Dolinger (*Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 285) e como foi reconhecido pelo STF (RE 93.131, Rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, j. 17.12.1981).

⁵²⁶ Logo a seguir, Pontes de Miranda afirma que “tudo isso [prescrição e transação] é alegável perante o Supremo Tribunal Federal ou mesmo pelo juízo em que se tivesse de atender à eficácia da sentença homologanda.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 98).

⁵²⁷ Nesse sentido, Barbosa Moreira, ao tratar do disposto no art. 475-L, VI, do CPC, leciona que “No caso de execução de julgamento estrangeiro homologado, a ‘sentença’ a que faz menção a parte final do dispositivo é a alienígena: basta a superveniência do fato à decisão que se homologou; não é necessária – embora suficiente – a superveniência à decisão homologatória” (*O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 201).

⁵²⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 399. Tal opinião decorre do peculiar entendimento do referido autor de que “não terá interesse processual quem deseje, apenas, a declaração da força de coisa julgada ou se a sentença é meramente declaratória de estado” (ob.cit., p. 398), pois tal efeito seria produzido no Brasil independentemente de homologação (Ibidem, p. 394). Assim, a seu ver, possibilidade jurídica apenas “estará presente

Uma questão importante é qual o direito deve ser aplicado pelo juiz brasileiro à questão da prescrição na execução da sentença estrangeira. A resposta é quase a mesma constante do item 2.2.11.1: o juiz deverá aplicar o mesmo direito que foi aplicado pela sentença estrangeira para rejeitar a alegação de questão da prescrição e, se tal questão não foi julgada na ação estrangeira, o direito que foi aplicado para reger a obrigação objeto do litígio⁵²⁹.

Um paralelo pode ser feito com o exemplo levantado por Daniel Gruenbaum de execução, no Brasil, de sentença francesa condenatória que nada dispõe sobre juros. Gruenbaum advoga que o juiz brasileiro deve aplicar a regra francesa que dispõe que toda condenação a uma indenização, mesmo omissa, inclui juros à taxa legal francesa. Isso porque “os juros fazem parte da sentença estrangeira e, como tais, são regidos pelo direito a eles aplicável, e não pelo direito aplicável ao cumprimento de sentença estrangeira”, que rege apenas o *procedimento* para o cumprimento⁵³⁰.

A única ressalva que se deve fazer aqui é quanto ao alcance e efeitos da coisa julgada no processo estrangeiro, que pode não abranger a decisão sobre a lei aplicável, como ocorre no Brasil conforme nosso entendimento esposado no mencionado item 2.2.11.1. A lei do país de origem da sentença⁵³¹ é que determinará seus efeitos e se, em tal país, a lei aplicada na fase de conhecimento não faz coisa julgada, sendo permitido que o juiz decida por submeter a prescrição na fase de execução a outro ordenamento jurídico, o juiz brasileiro, ao executar referida sentença, poderá fazer o mesmo⁵³².

se a homologação tiver por objeto a outorga dos efeitos executivos a uma *sentença*” (Ibidem, p. 399). No entanto, como já mencionamos, a jurisprudência e a doutrina majoritárias são no sentido de que a sentença estrangeira não produz qualquer efeito no Brasil antes de homologada.

⁵²⁹ Aqui cabe comentar o voto do Min. Luiz Fux, no ponto em que se referiu à execução “prescrita à luz do direito brasileiro, norma regente do processo satisfativo”. Não é possível se extrair do julgado com exatidão o que pretendeu afirmar nesse trecho, uma vez que, do acórdão, não é possível se extrair qual a lei de regência da obrigação a ser executada, nem mesmo qual o direito que a ré reputou aplicável quando alegou que teria ocorrido prescrição. No entanto, se o Ministro pretendeu afirmar que o direito brasileiro regeria a prescrição da pretensão executória a ser exercida no Brasil mesmo quando a sentença decidiu a lide de acordo com o direito de outro país, e/ou quando a obrigação é, de acordo com as regras brasileiras de direito internacional privado, regida por direito estrangeiro, entendemos que está equivocado. Como demonstramos ao longo deste trabalho, a prescrição é regida pelo mesmo direito que rege a obrigação, mesmo no que diz respeito ao prazo prescricional para se executar o julgado que condenou o devedor a cumpri-la.

⁵³⁰ GRUENBAUM, Daniel. *O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 122-123. Entendemos que referida lição é correta, mas apenas se a sentença estrangeira não solucionou o litígio de acordo com o direito de um terceiro país (ou mesmo o direito brasileiro), caso em que normalmente os juros serão determinados pelo direito desse terceiro país que regeu a obrigação objeto do litígio.

⁵³¹ *Lex fori* do processo judicial estrangeiro ou *lex arbitri* da arbitragem alienígena.

⁵³² Thiago Marinho Nunes, ao tratar de homologação de sentença arbitral estrangeira, afirma que a prescrição superveniente “não deve seguir a *lex fori*, e sim a *lex causae*, ou a lei adotada pelo julgado estrangeiro para julgar o mérito da controvérsia submetida à arbitragem”, sem fazer as ressalvas que fazemos aqui sobre sentenças que eventualmente apliquem à prescrição

3.7 Prescrição decidida em processo no Brasil e a ação de homologação de sentença estrangeira sobre a mesma matéria

Como a sentença brasileira que acolhe a prescrição julga o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, V, do CPC, seu trânsito em julgado, com a formação de coisa julgada material, obstará a posterior homologação de sentença estrangeira que tenha apreciado a mesma pretensão objeto da sentença brasileira.

O mesmo ocorrerá caso a sentença brasileira (ou outra decisão com conteúdo de sentença) rejeite alegação de prescrição e faça coisa julgada material, como demonstramos no item 2.2.11.1. Se fez coisa julgada a decisão brasileira que rejeitou a prescrição, mas ainda não foi julgado o mérito principal da ação, a sentença estrangeira que tenha apreciado a mesma pretensão poderá ser homologada (exceto se extinguiu a ação por prescrição).

Barbosa Moreira afirma que a homologação da sentença estrangeira que contraria sentença nacional “importaria ofensa à *res iudicata* da sentença nacional”⁵³³. Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão partem de outro ponto de vista e afirmam que “a *rescisão* de uma sentença nacional por outra estrangeira feriria a ordem pública”⁵³⁴. Flávia Pereira Hill, por sua vez, afirma que violaria a soberania nacional⁵³⁵, enquanto Vicente Greco Filho afirma que “se já há coisa julgada no Brasil sobre a mesma lide, aquela impede a homologação porque já se esgotou a jurisdição brasileira”⁵³⁶.

Em suma, os fundamentos variam, mas a conclusão é uma só: não pode ser homologada sentença estrangeira que esteja em desacordo com sentença nacional que tenha

lei diversa à lei que rege a obrigação, ou que não façam coisa julgada quanto a tal questão. Isso porque, em sua opinião, na execução da sentença estrangeira, “o juiz nacional deverá realizar um exame conflitual das normas possivelmente aplicáveis à prescrição” (*Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 372-375).

⁵³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5, p. 97.

⁵³⁴ ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 157, sendo que na p. 211 também tratam dessa questão.

⁵³⁵ HILL, Flávia Pereira. A homologação de sentença estrangeira de acordo com a Resolução nº 09/05 do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 53, ago. 2007. p. 69.

⁵³⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2, p. 406-407.

feito coisa julgada material, inclusive a sentença que tenha apreciado (para acolher ou rejeitar) a prescrição.

3.8 Óbice à prescrição pela ação de homologação de sentença estrangeira

No item 2.2 tratamos de aspectos da prescrição regidos pela *lex causae*, entre os quais se encontram os *efeitos materiais* da citação ou do próprio ajuizamento de uma ação.

Se a *lex causae* for a brasileira, o efeito do ajuizamento da ação de homologação será a interrupção da prescrição superveniente, de que tratamos acima, como lecionam Pontes de Miranda⁵³⁷ e Thiago Marinho Nunes⁵³⁸. Também se deve mencionar decisão do Juiz Federal Rafael de Souza Pereira Pinto, da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro⁵³⁹, que, dentre outros motivos, rejeitou alegação de prescrição sob o fundamento de que o ajuizamento da ação de homologação da sentença estrangeira perante o STF teria interrompido o prazo prescricional de acordo com a *lex causae*:

(...) é válido acentuar que, de acordo com a legislação italiana (art. 2.943, CC), dentre as hipóteses de interrupção da prescrição, encontra-se exatamente “*a notificação do ato com o qual se inicia um processo, seja este de cognição ou conservativo ou executivo*”. Daí decorre que o requerimento de homologação da sentença estrangeira, formulado pela ora Exeçúente perante o Supremo Tribunal Federal, por se configurar, a meu sentir, num processo com clara finalidade de exercício e conservação de um direito, pode ser considerado como marco interruptivo da prescrição.⁵⁴⁰

Apesar da interrupção ou pelo menos suspensão da prescrição provavelmente serem efeitos reconhecidos normalmente por leis estrangeiras para o ajuizamento da ação de homologação, não nos parece inconcebível que a lei alienígena permita que o prazo continue a correr. O próprio art. 202 do Código Civil brasileiro, ao permitir que haja interrupção apenas

⁵³⁷ “é interruptiva a citação para homologação de sentença estrangeira, sempre que o efeito, que se deseja e que é o da sentença, concerne à pretensão” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 3, p. 251).

⁵³⁸ Thiago Marinho Nunes afirma que sim (*Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 360-361).

⁵³⁹ Decisão de 16.12.2008, proferida no Processo nº 2005.51.01.000520-8.

⁵⁴⁰ Trata-se da decisão que foi impugnada pelo Agravo de Instrumento nº 2008.02.01.016468-1 (Novo nº (CNJ) 0016468-66.2008.4.02.0000) do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cujo acórdão foi mencionado em algumas passagens deste trabalho. Referida decisão foi mantida por tal acórdão, mas este não discorreu sobre a interrupção da prescrição pela ação de homologação, tendo decidido, apenas, por suficiente, que o prazo prescricional seria de 10 anos e não teria sido atingido quando ajuizada a execução da sentença estrangeira homologada.

uma vez, poderia conduzir a uma tal situação, caso já tivesse ocorrido interrupção por outra causa anteriormente.

Além disso, há que se ressaltar que na maioria dos países a competência para a homologação de sentenças estrangeiras é atribuída aos juízes de 1ª instância (como na Alemanha, França, Canadá, Suíça, Itália⁵⁴¹ e Inglaterra), competentes também para sua execução. Assim, diferentemente do que ocorre no Brasil, não é necessário ao credor promover, sucessivamente, dois processos perante instâncias diferentes⁵⁴², a ação de homologação perante o Superior Tribunal e depois a execução perante o Juízo Federal de 1ª instância. Naturalmente, as normas alienígenas que tratam da prescrição dificilmente tratariam dessa especificidade do sistema judicial brasileiro.

Não nos parece, no entanto, que o ordenamento jurídico brasileiro permitiria que alguém que ajuizou a ação de homologação dentro do prazo prescricional e que, imediatamente após o seu julgamento, promoveu a execução perante o juízo federal competente, possa ter sua pretensão prescrita somente porque a primeira ação levou muito tempo para ser julgada e não restaria prazo prescricional a permitir se iniciar a execução.

Como já tratamos nos itens 2.3.1.1 e 2.3.2.1, entendemos que há um princípio no ordenamento jurídico brasileiro que protege o credor que não age com desídia ou omissão. Realmente, feriria a nossa ordem pública permitir que um credor diligente que teve dispêndios com uma ação no exterior e depois com uma ação de homologação no Brasil veja sua pretensão prescrever tão-somente em função do atraso da máquina judiciária. Assim, seria afastada a aplicação da norma jurídica estrangeira que não reconhece efeito interruptivo da prescrição à ação homologatória e, reconhecendo-se tal interrupção, a execução não poderia ser extinta por prescrição. Deve-se frisar que isso deve ocorrer somente se o credor efetivamente ajuizar execução imediatamente após o trânsito em julgado da ação de homologação (isto é, poucos dias após no máximo); de outra forma, não se pode concluir que foi totalmente diligente e, assim, se afastar a regra estrangeira.

⁵⁴¹ Carmen Tiburcio, As inovações da EC 45/2004 em matéria de homologação de sentenças estrangeiras. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 132, 2006, p. 126-127. Na Itália, no entanto, como ressalta a referida doutrinadora, “nos casos em que seja questionado o cumprimento dos requisitos para reconhecimento da sentença estrangeira, o Tribunal de Apelação com jurisdição no local em foco decidirá sobre a homologação”.

⁵⁴² Com a reforma do CPC operada pela lei nº 11.232/2005, foi abolida, em regra, a separação formal do processo de conhecimento do processo de execução de título judicial, transformando a execução em uma mera fase de um processo sincrético. No entanto, como corretamente aponta Barbosa Moreira, a execução de sentença estrangeira (que é título judicial, conforme o art. 475-N, VI, do CPC) ainda se dá por meio de processo autônomo em relação à ação de homologação e em relação à ação original, que tramitou no exterior (Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 138, p. 7-15, agosto 2006). É necessária, inclusive, nova citação, como dispõe o parágrafo único do art. 475-N do CPC.

3.9 Efeitos da sentença estrangeira que independem de homologação, no que pertine à prescrição

Apesar da sentença estrangeira não ter eficácia *stricto sensu* no Brasil (não produzirá efeitos sentenciais) sem a homologação pelo STJ, terá força probatória, como documento⁵⁴³.

Assim, quando o devedor reconhece o direito do credor perante o juiz estrangeiro, e este registra tal fato na sentença, a mesma poderá ser usada pelo juiz brasileiro como prova de tal fato para fins de reconhecer que houve a interrupção da prescrição⁵⁴⁴. Esse exemplo foi concebido por Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão, que assim justificam a possibilidade do juiz brasileiro considerar a sentença estrangeira nesse aspecto:

(...) na espécie o que se está invocando é a mera verificação dos fatos procedida pelo juiz estrangeiro, como elemento de livre convencimento do juiz nacional, caso a caso, grande para um fato apurado no curso da instrução, menor para um apenas admitido como veraz, e mínima para um decorrente da revelia do réu, de evidente legitimidade, e não vedado pelo código, que à homologação condiciona a eficácia dita *sentencial* (imperativa e/ou executória) mas não a chamada *documental* ou *probatória*, de que aqui tratamos.⁵⁴⁵

Essa é também a opinião de Pontes de Miranda⁵⁴⁶.

Barbosa Moreira afirma, no entanto, que “a opinião predominante limita essa eficácia probatória aos acontecimentos que tenham *surgido no processo mesmo*”⁵⁴⁷, o que seria o caso do reconhecimento do direito de crédito perante o juiz. Tal posição seria, no entanto, mais limitativa que a de Rosas e Aragão e Pontes de Miranda, que, como visto, admitiriam que o

⁵⁴³ O art. 217 de versão mais antiga do Regimento Interno Supremo Tribunal Federal dispunha que “Indeferido o pedido [de homologação de sentença estrangeira], os documentos em que se tiver fundado terão o valor probatório que lhe atribuir a legislação aplicável, afastados os efeitos próprios da homologação”. Tal norma não foi repetida em versão mais recente do Regimento e nem na Resolução nº 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça, que hoje regula a ação de homologação, mas o princípio nela consagrado há de ser aplicado, como leciona Sergio Bermudes (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 135, nota 119).

⁵⁴⁴ Se tal reconhecimento consistir em causa de interrupção da prescrição pelo direito aplicável, como o é no direito brasileiro (art. 202, VI, do Código Civil).

⁵⁴⁵ ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. V. 5, p. 146-147.

⁵⁴⁶ “O valor do documento, a sentença estrangeira possui-o (...). A eficácia puramente documental não vai além de elemento com que o documento – que também é sentença – concorre para o livre convencimento do juiz (art. 131).” Um exemplo citado pelo referido doutrinador é a “sentença estrangeira, condenatória ou declaratória, a favor do credor, na qual se precise o quanto devido”, a qual, sem ter sido homologada, poderia ser usada como prova na ação brasileira, sem, é claro, obrigar o juiz nacional, a quem “é permitido, no seu livre convencimento, atender a outras provas” e alcançar outra conclusão (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 87).

⁵⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5, p. 80.

juiz brasileiro levasse em consideração, como elemento de seu livre convencimento, a apuração, pelo juiz estrangeiro, de fatos ocorridos fora do processo e que importariam, por exemplo, na interrupção da prescrição,⁵⁴⁸.

Também é desnecessária a homologação da sentença estrangeira para se comprovar que um processo foi ajuizado no exterior, que o réu foi citado e que posteriormente o processo foi extinto e transitou em julgado, bem como as datas de cada um desses fatos, para fins de se comprovar que houve interrupção da prescrição de uma pretensão que posteriormente veio a ser objeto de ação no Brasil⁵⁴⁹. Isso porque estamos aqui no campo da prova de fatos ocorridos no exterior e não da importação de efeitos de sentença estrangeira⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Barbosa Moreira afirma que “são em menor número” os doutrinadores que compartilhariam de tal opinião e cita os italianos Gaetano Morelli, Ricardo Monaco, Giuseppe Campeis e Enrico De Pauli, e Cappelletti, além de Odilon de Andrade. E, sentido contrário, menciona Calamandrei e Couture (Ibidem, p. 80).

⁵⁴⁹ Com relação a obrigações regidas pelo direito brasileiro, isso pode ser necessário, por exemplo, para o credor comprovar a interrupção da prescrição por (i) protesto interruptivo de prescrição no foro do domicílio do devedor estrangeiro, (ii) ajuizamento de ação de cobrança ou indenização no exterior que depois veio a ser julgada extinta sem resolução do mérito, a pedido do devedor, em função da *forum non conveniens*, (iii) pelo ajuizamento de ação anulatória da dívida pelo devedor no exterior, que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que interrompe o prazo prescricional para a cobrança da dívida, sendo que tal prazo se reinicia apenas quando do trânsito em julgado de ação do devedor (cfr. REsp 216.382/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.08.2004, v.u.). Nesse último exemplo, caso a ação no exterior tenha alcançado decisão de mérito (tenha sido julgada procedente ou improcedente), se o credor ou devedor quiser se utilizar da força de coisa julgada de tal sentença, deverá, naturalmente, obter sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça antes.

⁵⁵⁰ Pontes de Miranda afirma, após tratar das “sentenças ou acórdãos homologáveis ou de necessária homologação”, em passagem que já citamos, que “A sentença pode não ser sobre o mérito. Pode ser de indeferimento da petição inicial; e.g., para o efeito civil de não ter interrompido o prazo prescricional” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 6, p. 99). Nos parece que o referido doutrinador entenderia que é indispensável a homologação da sentença estrangeira para se demonstrar que o seu desfecho foi o indeferimento da petição inicial (que, segundo o entendimento de Pontes, se enquadraria na hipótese do art. 175 do Código Civil de 1916 e não interromperia a prescrição). Se este era mesmo seu entendimento, não concordamos, pelos motivos expostos. Entendemos que é possível a homologação de tal sentença, para que possa produzir qualquer efeito que dela se queira extrair no Brasil, mas que, para fins de comprovar a interrupção ou não da prescrição pela ação que tramitou no exterior, isso não é necessário.

4 CONCLUSÃO

Nossa conclusão, em suma, é a seguinte:

A prescrição é reconhecida em quase todo o mundo como uma questão de direito material, regida, portanto, pela lei material que rege a obrigação objeto do litígio (*lex causae*)⁵⁵¹.

O mesmo ocorre no Brasil em virtude do disposto no art. 229 do Código Bustamante, que é aplicável em todas as relações jurídicas (e não somente nas relações entre partes dos países signatários), do disposto no art. 9º da LIDB e decorre também da interpretação sistemática das regras materiais e processuais do nosso ordenamento jurídico, todas as quais indicam que se trata de questão material (o que a prescrição extingue é a pretensão objeto do litígio e não o direito de ação). A vasta doutrina nacional é quase unânime a respeito e a jurisprudência, apesar de escassa, é no mesmo sentido. O próprio quase consenso internacional sobre a questão auxilia a se alcançar essa conclusão, se se utilizar o direito comparado como ferramenta auxiliar na interpretação das regras de conexão.

Com relação a notas promissórias e letras de câmbio, há regra especial que determina que a prescrição é regida pela lei do lugar de emissão do título, prevista no art. 5º da Convenção destinada a regular certos Conflitos de Lei em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias e Protocolo, celebrada em Genebra, cuja aplicação já foi reconhecida pela jurisprudência.

O fato da *lex causae* considerar que a prescrição teria natureza processual (regida, portanto, pela *lex fori*) em nada altera a aplicação de suas regras a respeito da prescrição pelo juiz brasileiro, como julgado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Referido conflito de qualificações deve ser solucionado pela *lex fori*.

A aplicação universal da regra de que a prescrição é regida pela *lex causae* é recomendável por razões de segurança jurídica, já que a prescrição de uma mesma pretensão seria reconhecida como ocorrendo ao mesmo tempo em todas as nações (fora, é claro, de conflitos na própria determinação da *lex causae*), ao passo que a adoção da regra de regência pela *lex fori* estimularia o *fórum shopping*.

Ao aplicar a lei estrangeira à questão da prescrição, o julgador deverá dar-lhe a maior amplitude possível e aplicá-la como faria o juiz estrangeiro. Entre as questões de direito

⁵⁵¹ Ressalvamos aqui, mais uma vez, que o escopo desse trabalho é limitado à prescrição relativa a ações pessoais em matéria cível, comercial e trabalhista.

material concernentes à prescrição que são regidas pela *lex causae* estão o prazo, seu termo inicial e final, causas de impedimento, suspensão e interrupção, os efeitos da prescrição (se extingue a pretensão ou o direito, por exemplo), os limites do poder dispositivo das partes quanto a tal matéria, a qualificação da prescrição dentro da *lex causae* (ou seja, se se submete ao regime da prescrição para compra e venda mercantil ou locação, ou se é intercorrente ou um prazo novo de outra categoria, por exemplo), o que ocorre em relação à prescrição em curso em caso de falecimento do credor (ou extinção da sociedade credora), se devedor faz jus a repetição em caso de pagamento de dívida prescrita, a pretensão de anulação de um ato e pretensão exercida por meio de arbitragem (com a ressalva, no entanto, de que os árbitros não são obrigados a seguir as regras de conexão da sede da arbitragem e podem, em certas situações, assim, não aplicar a *lex causae* para solucionar a prescrição).

A responsabilidade daqueles que deram causa à prescrição de pretensão de terceiros é determinada pela lei que rege a relação jurídica entre eles e os terceiros.

O direito que rege a prescrição superveniente ao término do processo judicial ou arbitral é o mesmo que foi utilizado para decidir a prescrição na sentença exequenda, uma vez que tal questão faz coisa julgada e não pode ser reapreciada em sede de execução. Se, no entanto, a sentença não tiver analisado prescrição, o direito que ela aplicou para reger a obrigação objeto do litígio (e a definição de tal direito é uma questão que faz coisa julgada) deve ser aplicado também para decidir a prescrição superveniente, em obediência à regra conflitual brasileira. O mesmo ocorre na execução de sentença judicial ou arbitral estrangeira, exceto se a lei do país de origem da sentença não determina que tais questões sejam abrangidas pela coisa julgada e permite que seus juízes as reapreciem em sede de execução.

São as regras processuais da *lex fori* que determinam quando foi proposta a ação para o fim de se verificar se ocorreu a prescrição, mesmo que regida por direito estrangeiro;

A lei processual brasileira dispõe que a ação deve ser considerada proposta, para tal fim, quando da citação do réu, exceto no caso de tal citação ocorrer dentro dos prazos previstos nos parágrafos 2º e 3º do art. 219 do CPC, quando então se deverá determinar que foi proposta no momento previsto no art. 263 (despacho que ordenou a citação, em caso de ação proposta perante Vara Única, e distribuição, quando ajuizada em foro que possua mais de uma Vara). Em qualquer caso, “a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súmula nº 106 do STJ).

A lei material brasileira prevê que, uma vez proposta a ação judicial (questão definida pelas regras processuais da *lex fori*) dentro do prazo prescricional, a demora para a realização do ato que interrompe a prescrição de acordo com o art. 202, I, do Código Civil (o “despacho do juiz, ainda que incompetente, que ordenar a citação”) não poderá prejudicar o autor se tal demora não se deu por sua culpa (ou seja, por sua desídia ou omissão). Tal regra, no entanto, não afastará a aplicação de eventual regra processual da *lex fori* que disponha que a ação só será considerada como proposta após um determinado ato (despacho, citação etc.) que, se não realizado dentro do prazo prescricional, implicará na prescrição (pois pretensão não foi exercida dentro do prazo) mesmo se não houver desídia ou omissão do autor.

Outras questões relacionadas à prescrição que são regidas pela *lex fori* (no caso de arbitragem, pela *lex arbitri*, lei da sua sede, que corresponde à *lex fori* da arbitragem) são o fim de um processo judicial ou arbitral, se a reconvenção pode ser considerada um novo processo ou se seria uma mera defesa que não consubstancia o exercício de pretensão prescritível, o término do processo, os efeitos processuais do reconhecimento da prescrição (ou da rejeição da alegação de prescrição) pela sentença, quando a parte pode alegar a prescrição em um processo, os poderes e deveres do juiz e do árbitro (estes normalmente podendo ser definidos pela parte) referentes à prescrição, os prazos processuais (inclusive para ajuizamento de ação rescisória e ação anulatória de sentença arbitral e impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional), prazo para impetrar mandado de segurança contra ato administrativo, prazo prescricional para cobrança de honorários de sucumbência e reembolso de custas e despesas processuais

A *lex arbitri* define também quando foi instaurado o processo arbitral para fins de se apurar se a pretensão foi exercida no prazo ou se ocorreu a prescrição, mas deve-se aplicar tal regra com reservas quando a sede da arbitragem não havia sido previamente definida pelas partes e for escolhido um local que não corresponde à expectativa das mesmas e cuja lei considera que a instauração se deu em período posterior ao previsto na *lex arbitri* que as partes tinham em mente. Para se definir a *lex arbitri*, o juiz brasileiro deverá considerar que a sede da arbitragem no exterior (ou seja, caso a sentença não seja proferida no Brasil) é o local escolhido pelas partes ou, na sua falta, o local definido pela pessoa escolhida pelas partes para tanto, pela câmara de arbitragem ou pelos árbitros.

O processo arbitral com sede no Brasil deve ser tido como instaurado, para fins de avaliar se ocorreu ou não a prescrição, no momento definido pelas partes no contrato ou, na sua ausência, no definido pelas regras da instituição de arbitragem escolhida ou, essa

também faltando, quando do envio da carta prevista no art. 6º da lei 9.307/96. Caso as partes não definam exatamente o momento de instauração no contrato, mas este disponha os atos que as partes devem praticar para tanto, a arbitragem vai ser tida como instaurada no momento do primeiro ato (normalmente, o envio de uma correspondência para a outra parte informando da intenção de instaurar a arbitragem).

Há pelo menos três casos em que leis de polícia (*lois de police*) brasileira que afastam a aplicação da *lex causae* quanto à prescrição pelo juiz brasileiro: a prescrição de pretensões contra a Fazenda Pública (Decreto nº 20.910, de 1932), a prescrição para reclamar certos depósitos prevista nas Leis nº 2.313/54 e 9.526/97 e o concurso universal de credores.

Apesar da prescrição ser um instituto reconhecido como relacionado à ordem pública, havendo uma série de regras a ele atinentes que não podem ser derogadas pelas partes, a simples aplicação da lei estrangeira para reger a prescrição não ofende a ordem pública brasileira.

Ofensa à ordem pública na aplicação de lei estrangeira com relação à prescrição haverá tão somente em casos extremos, como, por exemplo, prazos que sejam excessivamente longos (a ponto de atentar contra a segurança jurídica e prejudicar a defesa do réu) ou curtos (impedindo o autor de ter acesso à justiça), e, no caso de prazo inaceitavelmente longo, somente se o prosseguimento da ação, ajuizada muito tempo depois do início do prazo, atentar contra a ordem pública (ou seja, somente se a aplicação da lei estrangeira ao caso concreto o fizer). É possível se vislumbrar ofensa à ordem pública também quando a lei estrangeira prevê prazo prescricional para pretensões para as quais nosso ordenamento jurídico não admita que o exercício possa ser limitado no tempo, como investigação de paternidade. Afastada a lei estrangeira, o juiz aplicará então o direito brasileiro (*lex fori*).

Com relação ao terceiro nível da ordem pública, relacionado a direitos adquiridos no exterior, como na hipótese de homologação de sentenças estrangeiras, é ainda mais difícil se reconhecer a ofensa à ordem pública. Parece-nos, por exemplo, que o não reconhecimento da prescrição contra a Fazenda Pública brasileira em uma ação ajuizada no exterior após o esgotamento do prazo previsto no Decreto nº 20.910, de 1932, não violaria a ordem pública brasileira. Além disso, nos parece que também se dá no âmbito desse terceiro nível (mais restrito) a verificação, pelo juiz brasileiro, se a sentença de tribunal arbitral com sede no Brasil ofendeu ou não a ordem pública.

Não há prazo para homologação de sentença estrangeira, que pode ser ajuizada a qualquer tempo. Apesar de ser concebível em tese a fixação, pela lei brasileira, de prazo decadencial (já que se trata de ação constitutiva), a lei não o fez.

Como prescrição é questão de mérito, sua apreciação pelo juiz estrangeiro não pode ser reavaliada pelo STJ, que não pode também apreciar a questão se não o foi pelo juiz estrangeiro. É irrelevante, por exemplo, se juíza aplicou lei diferente da determinada pela regra de conexão brasileira ou se cometeu *error in iudicando* quando de sua aplicação, e ainda que envolve aplicação equivocada da lei brasileira.

Os efeitos que a sentença estrangeira que acolheu ou rejeitou alegação de prescrição serão aqueles determinados pela lei processual do país de origem, que não necessariamente vai determinar que faz coisa julgada material na duas situações (como dispõe a lei brasileira).

A prescrição superveniente ao término do processo estrangeiro não pode ser apreciada pelo STJ em sede de homologação, porque lhe falece competência (que cabe apenas ao juiz federal de 1ª instância, nos termos do art. 475-L, VI, do CPC) e não se trata de matéria apreciável no juízo de delibação (trata-se, como já dito, de mérito). Além disso, não se pode falar em falta de interesse do autor na homologação se a prescrição ocorreu, exceto se a sentença estrangeira não puder produzir nenhum efeito no Brasil, nem mesmo o de coisa julgada a impedir a apreciação da mesma demanda perante a Justiça brasileira (que é fundamento suficiente para se verificar o interesse processual, ainda que a outra parte aparentemente não tenha intenção de ajuizar qualquer ação).

A homologação de sentença estrangeira que reconheceu a prescrição impõe a extinção do processo em trâmite no Brasil sobre a mesma pretensão por coisa julgada (exceto na hipótese, provavelmente rara, da lei do país de origem não reconhecer tal efeito à sentença). Da mesma forma, o trânsito em julgado de sentença brasileira que julgou prescrita uma determinada pretensão impede a homologação de sentença estrangeira a respeito da mesma pretensão.

O ajuizamento da ação de homologação de sentença estrangeira interrompe a prescrição de acordo com o direito brasileiro. Se a *lex causae* que reger a prescrição não reconhecer qualquer efeito ao ajuizamento de tal ação e reputar prescrita a pretensão executória durante o seu curso, o juiz da execução não poderá reconhecer tal prescrição se foi ajuizada imediatamente após o trânsito em julgado da homologação. Isso porque viola a ordem pública brasileira permitir que um credor diligente que teve dispêndios com uma ação

no exterior e depois com uma ação de homologação no Brasil veja sua pretensão prescrever tão-somente em função do atraso da máquina judiciária.

A sentença estrangeira produz efeito no Brasil como documento independentemente de homologação, podendo servir de prova do ajuizamento do processo no exterior, para fins, por exemplo, de se determinar que houve interrupção da prescrição pelo processo no exterior. As conclusões do juiz a respeito de fato ocorrido no exterior que tenha relevante para fins de decisão a respeito de prescrição pelo juiz brasileiro poderão ser analisadas por ele para auxiliar seu convencimento, mas sem ser determinante para isso.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

AILES, Edgar H. Limitation of actions and the conflict of laws. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 31, p. 474-502, 1932-1933.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AMORIM FILHO, Agnelo. Do critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, n.7, p. 725-750, 1960.

ANTUNES, Ana Filipa Morais. *Prescrição e caducidade: anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 2.

ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASCARELLI, Tullio. Premissas ao estudo do direito comparado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 466, p. 11-23, maio 1942.

BALESTRA, Ricardo R. *Derecho Internacional Privado*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Hermenêutica Jurídica*. Atualização de Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984. (Clássicos do Direito Brasileiro).

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2ª ed. rev. e aum., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. 2 v.

BATTIFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris : Dalloz, 1956.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

BRIGUENET-MAUREL, Cécile. *Réforme de la prescription civile: loi du 17 juin 2008*. Paris: Editions Francis Lefebvre, 2008.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Typhographia imp. e const. De V. Villeneuve, 1863.

BULHÕES, A. Nabor A.; JACCOUD, D'Alembert J. Contestação de pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 2, p. 325-332, maio/ago. 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 4 v. V. 2.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, p. 207-251. abr./jun. 2006.

CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. 6. ed. aum. e atual. Notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CHESHIRE; NORTH; FAWCETT. *Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas*. Barueri: Manole, 2006.

DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 4. Aufl. Paris: Dalloz, 1971.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DICEY; MORRIS; COLLINS. *The Conflict of Laws*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.

_____. *Second Supplement to the Fourteenth Edition*. London: Sweet & Maxwell, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 4 v.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte especial): Direito civil internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. 2: Contratos e obrigações no direito internacional privado.

_____. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Ordem Pública – Prescrição – Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 352-365 out./dez. 2001.

EGASHIRA, Fábio de Possídio. Arbitragem e prescrição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 8, p. 35-47, 2006.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1944. v. 2.

FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANCESCHINI, Luis Fernando. Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional. In: _____; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Direito Internacional Privado*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 8th ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

GLANZ, Aída. A prescrição e a decadência no direito privado brasileiro e no direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 672, p. 65-71, 1991.

GOLDSHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 10. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOTTWALD, Peter. Comparative civil procedure. *Ritsumeikan Law Review*, n. 22, mar. 2005.

GRECO, Leonardo. A competência internacional da Justiça brasileira. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, n. 7, p. 169-193, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/05.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2011.

_____. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2.

GRUENBAUM, Daniel. *O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

HAGE-CHAHINE, Fayez. La prescription extinctive en droit international privé. *Recueil des cours*, v. 255, p. 229-338, 1995.

HILL, Flávia Pereira. A homologação de sentença estrangeira de acordo com a Resolução nº 09/05 do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 53, p. 56-73, ago. 2007.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e "Lex Mercatoria"*: horizontes do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.

JUENGER, Friedrich K. The lex mercatoria and private international law. 1133 *Louisiana Law Review*, n. 60, Summer 2000.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Considerações sobre o problema da prescrição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 348, p. 437-443, 1999.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LEE, João Bosco. Parecer: A internacionalidade da arbitragem – A lei aplicável à prescrição – A interrupção do prazo prescricional em procedimento arbitral. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Mello; _____. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 357-375.

LEÓN, Luis Díez-Picazo y Ponce de. *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 2 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2007.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado: Volume I (arts. 1.º a 761.º)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MACHADO, Maria Olívia Rodrigues. *Homologação de sentença estrangeira: cabimento de recurso extraordinário*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

MAGALHÃES, José Carlos de. Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 135-148, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código civil comentado: prescrição, decadência e prova: artigos 189 a 232*. São Paulo: Atlas, 2009. V. 3. Código Civil Comentado. Coord. de Álvaro Villaça Azevedo.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 3.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de arbitragem*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATTOS, Bruno Ferreira Bini de. *Processo e Prescrição Civil: não automaticidade da prescrição no modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 15 v. V. 3.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1996. 15 v. V.4.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., e aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 15 v. V. 6.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., aum. e com atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 15 v. V. 11.

_____. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935. 2 v.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. 60 v. V. 6.

MORAES, Guilherme Peña de. *Homologação de sentença estrangeira à luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 138, p. 7-15, agosto 2006.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 5.

_____. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 366, p. 119-126, 2003.

_____. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 124, p. 19-27, 2005.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Relações entre processos instaurados sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro. p. 363-372.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

OCTAVIO, Rodrigo. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932. V. 1.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009. 2 v. V. 2.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – teoria e prática*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4th ed. Londres: Sweet & Maxwell.

RODRIGUES, Antônio Coêlho. *Projecto do Código Civil Brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

ROSADO, Marilda. Importância do Direito Comparado. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. 5 v. V. 5.

ROZAS, José Carlos Fernandes; LORENZO, Sixto Sanchez. *Derecho Internacional Privado*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2007.

SAMTLEBEN, Jürgen. *Derecho Internacional Privado en América Latina: teoría e práctica del Código Bustamante*. Tradução de Carlos Bueno-Guzmán, Buenos Aires: Depalma, 1983. V. 1.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Principalmente do ponto de vista prático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. V. 1.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*: Principalmente do ponto de vista prático. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. V. 3.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do código civil brasileiro e comentário*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1884.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private international law and the retrospective operation of statutes: a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Tradução, com notas, de William Guthrie. 2nd ed. Clark: The Lawbook Exchange, 2005.

SCOLES, Eugene F. et al. *Conflict of laws*. 4th ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

SILVA, Agostinho Fernandes Dias da. *Direito processual internacional: efeitos internacionais da jurisdição brasileira e reconhecimento da jurisdição estrangeira no Brasil*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1971.

STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic [1841]*. [S.l.]: General Books LLC, 2009.

STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 733-751.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. 2 v.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. III, tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Homologação de sentença estrangeira. Ofensa à Ordem Pública. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, p. 75-87, nov. 2006.

_____. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 560-574.

_____. [Parecer sobre o caso Banco do Brasil x Avalistas de Mendes Júnior Internacional Company]. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 002499032226-5, 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. p. 730-732.

TIBURCIO, Carmen. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 92-114.

_____. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 210-224.

_____. As inovações da EC 45/2004 em matéria de homologação de sentenças estrangeiras. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 132, p. 123-139, 2006.

_____. O Museu Guggenheim e o Direito Internacional: problemas típicos da Lei. *Gazeta Mercantil*, Rio de Janeiro, 21 maio 2003. p. 2.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. 2 v. V. 1.

_____. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. 2 v. V. 2.

VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.