



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL**

**A PRESCRIÇÃO APÓS A LEI Nº 11.280/06**

**ARTIGO CIENTÍFICO**

**André Augusto Cella**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2006**

# **A PRESCRIÇÃO APÓS A LEI Nº 11.280/06**

**Por**

**André Augusto Cella**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Civil da Universidade Federal de Santa Maria, como requisito parcial para obtenção do grau de **Especialista em Direito Civil**.

**Orientador: Prof. José Fernando Lutz Coelho**

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2006**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Programa de Pós-Graduação em Direito Civil**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,  
aprova o Artigo Científico

**A PRESCRIÇÃO APÓS A LEI Nº 11.280/06**

elaborada por  
**André Augusto Cella**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Especialista em Direito Civil**

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

**Prof. José Fernando Lutz Coelho  
(Presidente/Orientador)**

---

---

Santa Maria, 25 de novembro de 2006.

## RESUMO

O presente estudo trata das conseqüências doutrinárias derivadas da modificação do art. 219, §5º, do Código de Processo Civil e da revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei nº 11.280/06, pelo que passou a ser dever do juiz proclamar, de ofício, a prescrição das ações que estiverem sob sua presidência. São analisados aspectos como a natureza jurídica da prescrição, as diferenças em relação à decadência, o momento processual adequado para a sua decretação e a questão de ter ela se tornado ou não uma matéria de ordem exclusivamente pública, tudo a partir de um comparativo entre a concepção clássica desse instituto e o seu estado atual de evolução no direito positivo brasileiro.

## INTRODUÇÃO

Em meio às seis leis ordinárias que, nos últimos doze meses, modificaram o Código de Processo Civil, a alteração aparentemente simples de um parágrafo do artigo 219 desse Código talvez tenha sido aquela que causou a maior mudança na estrutura clássica do direito privado brasileiro, desde o advento do Novo Código Civil, em 2002.

Ao estabelecer que o juiz passaria a pronunciar a prescrição de ofício, a Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que entrou em vigor 90 dias após sua publicação, abalou quase tudo o que sempre se soube em matéria de diferença entre prescrição e decadência.

O presente artigo, sem ter a pretensão de esgotar a matéria ou de apresentar conclusões definitivas acerca do tema tratado, pretende trazer à discussão algumas das conseqüências que essa modificação legislativa trouxe para a doutrina civilista brasileira, que agora se depara com um instituto clássico moldado de forma completamente diferente daquele em que se apresenta nos demais países da tradição jurídica romano-germânica.

Partindo das obras clássicas que tratavam de defini-la e passando pela evolução legislativa da prescrição no direito positivo, o trabalho chega às indagações mais atuais sobre a matéria, instigando o leitor a repensar temas como a intervenção do Estado na autonomia privada da vontade e os sacrifícios feitos em nome da celeridade processual.

# 1. A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA PRESCRIÇÃO

## 1.1. Histórico, conceito e natureza jurídica

A prescrição é um instituto de direito civil que remonta ao direito romano, ainda no período republicano.

Explica Câmara Leal (1959, p. 17-19) que a origem da expressão "prescrição" não tem relação com uma determinação dada por alguém, como se poderia pensar ao fazer um paralelo com as prescrições feitas por médicos. Na verdade, o termo se refere à pré-inscrição (*praescriptio*), ou seja, o que vem antes do escrito.

Nos processos ordinários, os julgamentos dos pretores ocorriam por fórmulas escritas, que eram apresentadas em quatro partes: *demonstratio* (fatos), *intentio* (pretensão do autor e contestação do réu), *condemnatio* (atribuição do juiz para condenar ou absolver) e *adjudicatio* (autorização para a parte ficar com o bem em disputa).

Quando o pretor proclamava que o prazo para que a ação fosse intentada já tinha se expirado, lançava preliminarmente uma "prescrição"; daí a referência ao próprio conteúdo da decisão do pretor.

Foram os próprios pretores, instituídos do poder de criar ações não previstas pelo direito honorário, que criaram o costume de classificar as ações em temporárias (prescritíveis) ou perpétuas. Como não tinham poder para decretar a extinção de certos direitos subjetivos, reconheciam a prescrição da ação que lhes assegurava a utilidade, obtendo quase o mesmo efeito prático.

Inicialmente, as ações prescritíveis eram exceção entre a regra geral das ações ditas perpétuas (AMORIM FILHO, 1997, p. 734). Mais tarde, na Constituição de Teodósio, já no Império, aboliram-se as ações perpétuas no *jus civile*, determinando-se que o prazo prescricional máximo das ações seria de 30 anos, salvo disposição estipulando prazo menor.

A segurança jurídica é apontada quase por todos os autores como o principal fundamento da prescrição. Câmara Leal (1959, p. 27-28), aprofundando-se mais no assunto, enumera pelo menos sete motivos justificadores da prescrição, a saber:

– a ação destruidora do tempo;

- o castigo à negligência da parte interessada;
- a presunção de abandono ou renúncia;
- a presunção de extinção do direito;
- a proteção dos devedores;
- a diminuição do número de demandas; e
- o interesse social na estabilidade das relações jurídicas.

Ao longo da história, um ou outro desses fundamentos foi-se tornando o mais relevante. Em tempos de liberalismo, a vontade do credor e do devedor era o foco – daí a razão para não se admitir qualquer hipótese de reconhecimento da prescrição de ofício, pois isso significaria uma intervenção indevida do Estado-juiz na esfera privada. Agora, como será visto ao longo deste trabalho, a questão em primeiro plano talvez tenha passado a ser a diminuição do número de demandas.

A evolução científica nos estudos jurídicos levou diversos doutrinadores clássicos a se debruçar sobre a natureza jurídica da prescrição. Hoje, para compreender a doutrina mais aceita acerca dessa natureza, é necessário ter como premissa a conceituação exata de *direito subjetivo*, *pretensão* e *ação*, nos planos material e processual.

Citando Von Tuhr, Ovídio Batista (2005, p. 61-62) explica que o direito subjetivo é aquela "faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza a sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolha determine". A essa faculdade, deferida ao titular do direito subjetivo, corresponde um dever do sujeito passivo.

Todavia, bem se sabe que a mera existência de um direito subjetivo não significa necessariamente que a faculdade de que dispõe o titular será efetivamente exercida. Da mesma forma, de nada valeriam os direitos se não fosse deferido ao titular o poder para exigir a sujeição daqueles contra quem seu direito se direciona.

A essa exigibilidade em potencial a doutrina deu o nome de pretensão – que tampouco deve ser necessariamente utilizada para que tenha existência. Com a pretensão, pode-se exigir que os sujeitos passivos se submetam ao direito subjetivo do titular – sem, no entanto, contrariar a sua vontade. Pressupõe-se uma colaboração espontânea.

A ação é um momento posterior, que só nasce caso o exercício da pretensão não seja suficiente. É um poder de exigir o respeito ao direito independentemente da

vontade do sujeito passivo.

Em razão do monopólio estatal na titularidade da ação de direito material, salvo raras exceções, é que, dessa ação nasce, para o titular do direito subjetivo no plano material um outro direito subjetivo, agora no plano processual, de exigir que o Estado o substitua na imposição de deveres aos sujeitos passivos.

A prescrição está intimamente relacionada à pretensão e à ação, e não com o direito subjetivo, como se poderia equivocadamente supor.

A pretensão, ou "faculdade de se poder exigir a satisfação do direito" (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 64-65), só passa a ser reconhecida pela ordem jurídica, muitas vezes, depois da verificação de uma condição ou de um termo. Assim, há direitos que *ainda não têm pretensão*, como uma dívida ainda não vencida.

Da mesma forma, há direitos que *já não têm mais pretensão ou ação*.

A prescrição é justamente uma das causas da extinção das ações – não do direito subjetivo. A sua causa é a inércia do titular do direito e o seu fator operante é o tempo. A lição de Câmara Leal (1959, p. 24) é precisa nesse ponto:

Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter como objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez adquirido, entra, como faculdade de agir (*facultas agendi*), para o domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não-uso, ou não-exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com essa conservação. (...) É contra essa inércia do titular, diante da perturbação sofrida pelo seu direito, deixando de protegê-lo, ante a ameaça ou violação, por meio da ação, que a prescrição se dirige, porque há um interesse social de ordem pública em que essa situação de incerteza e instabilidade não se prolongue indefinidamente.

"Prescrição", diz Pontes de Miranda, invertendo esse raciocínio para conceituar o instituto do ponto de vista do réu, "é a exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação" (PONTES DE MIRANDA, 1955, t. VI, p. 100).

Desde a consolidação do instituto da prescrição no direito romano, tem-se que ela é uma exceção que só pode ser alegada por aqueles a quem aproveita, não podendo consumir-se *ipso iure*, pelo simples decurso do tempo. (ALBUQUERQUE JR., 2006). E, enquanto exceção, ela se classifica entre as exceções substanciais que podem ser opostas pelo réu na contestação ou em qualquer outro momento processual (art. 267, §3º, do CPC). Uma vez oposta, e somente se oposta, ela



encobre a eficácia da pretensão e extingue a ação.

Outros autores vão mais longe e, além de reconhecer que se trata de meio de defesa, a qualificam como negócio jurídico unilateral, receptício de vontade, que se realiza em juízo ou fora dele, e que tem por efeito a extinção da exigibilidade do direito que não fora exercido no prazo fixado em lei (SOUZA, 2005).

A voluntariedade do exercício da exceção de prescrição conduz, necessariamente, à possibilidade de que haja renúncia da prescrição.

Da mesma forma, como se trata de uma questão ligada à *vontade* da pessoa que pode argüi-la, pressupõe-se que a pessoa esteja no pleno gozo de suas capacidades mentais. Daí a razão para que não corram os prazos prescricionais contra pessoas incapazes, ausentes e contra os que estiverem servindo as Forças Armadas em período de guerra.

Num grau mais avançado de proteção da autonomia da vontade, também se convencionou que ela não corre entre os cônjuges, na constância do casamento, e entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar.

Ao juiz, portanto, não se deferia a possibilidade de suprir ou "passar por cima" da vontade da pessoa que poderia argüir ou deixar de argüir a prescrição.

## **1.2. Distinção em relação à decadência**

Igualmente relevante para a compreensão exata da prescrição é o entendimento do que é a decadência, instituto que também tem suas origens no direito romano.

Em sua terminologia, a decadência traz a idéia de cair, ou do estado daquilo que caiu. Aplicado à ciência jurídica, o termo serve para identificar a queda ou o perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado para o seu exercício, sem que o seu titular o tivesse exercido (CÂMARA LEAL, 1959, p. 113).

As semelhanças entre a prescrição e da decadência residem justamente no fator operante que têm em comum (tempo) e na causa que faz ambas se consumarem (a inércia do titular do direito).

Talvez em razão dessa confusão entre os dois conceitos, o Código Civil Brasileiro promulgado em 1916 trazia misturados os casos em que os prazos fixados pela lei tinham natureza prescricional e decadencial.

Inúmeras foram as obras que se dedicaram a identificar, caso a caso, o que era prescrição e o que era decadência. Assim foi na obra aqui várias vezes referida de Câmara Leal, "Da prescrição e da decadência", originalmente editada em 1939.

Décadas mais tarde, passou-se a buscar um critério científico seguro para identificar as diferenças entre os dois institutos. Nessa fase, a obra que mais se destacou foi, sem dúvida o "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", de Agnelo Amorim Filho, publicado pela primeira vez na RT de outubro de 1960.

Segundo esse autor, o critério clássico, aquele pelo qual se dizia que a prescrição extingue a ação e a decadência extingue o direito, era totalmente falho, pois apresentava como fator de discrimen as conseqüências dos dois institutos. Já o critério de Câmara Leal, que diferenciava ambas através da verificação empírica do exercício simultâneo ou não da ação e do direito, seria duplamente falho por ressentir-se de base científica e por não permitir a identificação de ações imprescritíveis (AMORIM FILHO, 1997, p. 727).

Utilizando-se das teorias acerca dos direitos potestativos e da classificação trinária das ações, Amorim Filho construiu aquele que se tornou o mais conhecido, divulgado e prático meio de diferenciar prescrição e decadência, durante o longo prazo de vigência do CC de 1916:

- estão sujeitas à prescrição todas as ações condenatórias, e somente elas;
- estão sujeitas à decadência todas as ações constitutivas que tenham prazo legal para o seu exercício;
- são imprescritíveis as ações constitutivas que não tenham prazo legal de exercício e todas as declaratórias.

O Novo Código Civil, promulgado através da Lei nº 10.406/02, adotou claramente a doutrina acima referida. Analisando-o sistematicamente, pode-se deduzir que o "critério científico" serviu para que os prazos prescricionais fossem todos concentrados no art. 206, que só trata de ações predominantemente condenatórias. Já os prazos decadenciais foram dispersos pelo Código, em cada situação específica, referindo-se a ou atingindo direitos formativos, direitos potestativos ou de sujeição, os quais são veiculados, na sua grande maioria, mediante ação predominantemente constitutiva, positiva ou negativa (FROELICH, 2004).

Todavia, o que mais interessa ao presente estudo é que uma das diferenças fundamentais entre a decadência e a prescrição é que a primeira é uma questão eminentemente de ordem pública, cognoscível *ex officio*, e que a segunda, como visto no primeiro tópico, depende da vontade de quem lhe aproveita, devendo ser expressamente argüida na forma de exceção substancial para que possa gerar os seus efeitos extintivos.

Não há renúncia à decadência propriamente dita; apenas às decadências convencionais. Não há casos em que a decadência não corre contra determinadas pessoas, porque ela independe da vontade válida do sujeito, ao contrário da prescrição.

## 2. DA REVIRAVOLTA RECENTE NO TRATAMENTO LEGISLATIVO DA PRESCRIÇÃO

### 2.1. Da progressiva relativização da impossibilidade de conhecimento de ofício da prescrição

No Código Civil de 1916, a vedação ao conhecimento de ofício da prescrição era bastante clara:

Art. 166. O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes.

O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação anterior a 2006, tinha disposição semelhante, estatuidando que "não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato".

A ressalva constante dessa legislação, segundo a qual a prescrição só poderia ser reconhecida de ofício quando não se tratasse de direitos patrimoniais, segundo VENOSA (2004, p. 660), era totalmente desnecessária, porquanto dificilmente haveria caso em que se falaria em prescrição de direito não patrimonial.

Na prática, portanto, respeitava-se a concepção clássica da prescrição, não havendo caso em que o juiz pudesse conhecê-la sem a provocação de qualquer das partes interessadas. O pedido de reconhecimento do Ministério Público, na condição de *custos legis*, em nada alterava esse quadro, porquanto houvesse, ainda nesse caso, uma manifestação de vontade de parte interessada, só que aí através de substituição processual.

Havia alguma discussão acerca do conceito mais adequado de direitos patrimoniais, havendo quem defendesse que questões de ordem pública, como o patrimônio da Fazenda Pública, pudessem ser enquadrados na exceção que permitia o reconhecimento da prescrição *ex officio*.

O Código Civil de 2002, em sua redação original, introduziu uma pequena modificação nessa concepção, admitindo, pela primeira vez, o conhecimento da prescrição pelo juiz, sem a necessidade de alegação de qualquer das partes, quando se tratasse de interesses de pessoas absolutamente incapazes:

Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.

Poucos foram os autores que deram maior significação a essa mudança legislativa, sem se aperceber que ela marcava apenas o início de uma "publicização" da prescrição.

O Centro de Estudos da Justiça Federal, órgão do Conselho da Justiça Federal que promoveu jornadas para discussões sobre o novo código, chegou a editar um enunciado sobre a questão, com o seguinte teor:

O art. 194 do Código Civil de 2002, a permitir a declaração 'ex officio' da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o disposto no §5º do art. 219 do CPC.

Nery Júnior (2004, p. 261), a respeito da modificação, anotou que, no caso dos absolutamente incapazes, o fundamento do exame de ofício não seria a natureza do direito, que segue sendo patrimonial, mas o interesse social na proteção dessas pessoas.

Depois de muita polêmica jurisprudencial a respeito da possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição em matéria de execução fiscal, foi editada a Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), determinado que o juiz pode decretar de ofício a prescrição, após a ouvida da Fazenda Pública<sup>1</sup>.

A prática de extinguir as execuções fiscais prescritas foi adotada por muitos juízes como mecanismo para reduzir o número assustador de processos e, de outro lado, para proteger os direitos de contribuintes em mora com o fisco que, muitas vezes, sequer ficavam sabendo da execução antes de terem os bens levados a hasta pública ou tinham condições de contratar um advogado – que muitas vezes resumia sua atuação à oposição de embargos à execução alegando prescrição.

A jurisprudência entendeu ainda que, como se trataria de norma de cunho processual, o art. 40, §4º da Lei de Execuções Fiscais teria aplicação imediata no mundo jurídico, atingindo os feitos executivos em curso<sup>2</sup>.

---

1 Vide REsp 802697/RS.

2 Vide EDREsp 835.978/RS.

## 2.1. A Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006

Sem que maiores discussões sobre essa matéria específica tivessem sido realizadas, foi inserida no contexto da reforma da legislação processual civil uma brusca alteração na estrutura do direito civil, inclusive com a revogação expressa de um artigo do Código de 2002.

Em 16 de fevereiro de 2006, foi promulgada a Lei nº 11.280 que, no que interessa ao presente estudo, assim dispôs:

Art. 3º O art. 219 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 219. ....

§ 5o O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

....." (NR)

(...)

Art. 10. Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

Art. 11. Fica revogado o art. 194 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

A lei publicada teve como origem o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.726, de 2004, remetido ao Congresso Nacional por iniciativa do Presidente da República em 15 de dezembro de 2004, através da Mensagem nº 867, de 2004.

Da exposição de motivos do projeto, constou o seguinte:

2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

4. A proposta vai nesse sentido. A sugestão de redação ao parágrafo único do art. 154 do CPC incorpora ao trâmite processual as inovações tecnológicas, os sistemas de comunicação modernos, que permitem a troca

de informações e a prática de atividades de maneira eficiente, o que nos parece perfeitamente adequado aos princípios que balisam a política Legislativa do governo referentes à reforma processual.

5. No mesmo sentido, louvável a disposição que permite ao juiz decretar de ofício, sem necessidade de provocação das partes, a prescrição, em qualquer caso, conforme proposta de redação inédita ao parágrafo 5º do art. 219 do CPC.

(...)

II. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a anexa proposta ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, se aceita, estará contribuindo para a efetivação das medidas que se fazem necessárias para conferir celeridade ao ritos do processo civil.

Como visto, não houve, pelo menos expressamente, uma preocupação com a preservação da estrutura tradicional do direito civil, em matéria de prescrição. A alteração do §5º do art. 219 do CPC, reforçada pela revogação do art. 194 do NCC foi tratada apenas como mais uma medida destinada a concretizar o direito constitucional à celeridade processual, inserido no art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Para o legislador, teve o mesmo valor da chamada “súmula impeditiva de recurso”, da extinção do processo de execução e da possibilidade de julgamento de mérito em questões exclusivamente de direito já decididas reiteradamente.

Há quem diga que o efeito esperado não surgirá. Albuquerque Júnior (2006) anota que a persistência da prescrição no direito alemão e francês não constitui qualquer óbice à celeridade daqueles sistemas judiciários. Diz também que não há interesse concreto, para a parte demandada, em protelar o desfecho do processo que poderia obter imediatamente, através da suscitação da prescrição que lhe beneficia – o que só não fará se não perceber que dispõe de tal exceção, o que é raro.

### 3. DAS CONSEQÜÊNCIAS DOCTRINÁRIAS DO ART. 3º DA LEI Nº 11.280/06

#### 3.1. Prescrição agora é questão exclusivamente de ordem pública?

O caráter dúplice da prescrição – público e privado ao mesmo tempo – já fora detectado pelos estudiosos mais antigos. Câmara Leal (1959, p. 33) consignara que a prescrição atende, de um lado, a um interesse público de harmonia social, mas, ao mesmo tempo, atua sobre interesses privados, exigindo de um particular o sacrifício de seus interesses individuais e do outro uma manifestação de vontade para contrapô-la à cobrança que sofre.

"Como norma pública", prossegue o mesmo autor (*ibidem*, p. 33), "tem sempre efeito retroativo, ficando (...) sujeita às alterações da nova lei; mas, como norma privada, pode ser renunciada".

Houve mesmo quem discutisse a natureza da prescrição sob o aspecto de ser ela norma de direito civil (material), ou norma de direito processual. Tal discussão, entretanto, ficou superada para aqueles que são adeptos da moderna teoria do processo civil, que separa os planos material e processual, considerando a prescrição como causa extintiva da pretensão de direito material, como explicado no primeiro capítulo.

Com a alteração legislativa referida no capítulo anterior, não há como escapar da seguinte indagação: a prescrição passou a ser uma questão de ordem pública?

Para a maioria dos autores que já escreveram algo sobre a matéria, a resposta tende a ser positiva.

Nery Júnior (2006, p. 408) é um deles, afirmando que, embora sempre trate de uma questão patrimonial, a prescrição agora *deve*, e não apenas pode, ser proclamada de ofício pelo juiz, revelando ter natureza de questão de ordem pública. O autor entende, ademais, que a prescrição deve ser reconhecida de ofício até mesmo pela autoridade julgadora nos processos administrativos, dada a modificação ocorrida em sua natureza.

Para Hugo Vitor Reis Pereira (2006), o deslocamento da prescrição para a égide da ordem pública se insere no contexto das demais medidas tomadas na



implementação da primeira parte da reforma processual civil brasileira, uma consolidação da tendência ditada pela Emenda Constitucional nº 45/04, como forma de tratamento da massificação de demandas e aumento dos poderes judiciais das instâncias imediatas.

Bessa (2006) entende, no mesmo sentido, que a determinação para que a prescrição seja proclamada de ofício a transformou em questão de ordem pública.

Todavia, a resposta não pode ser tão simples. Reconhecer que a prescrição se tornou uma questão de ordem pública poderia significar, para muitos, que ela não seria mais passível de renúncia, ou mesmo que se tornou a mesma coisa que a decadência.

Debruçando-se sobre o tema, em breve artigo publicado na *internet*, José Maria Tesheiner (2006) escreveu:

O que agora mudou, por força do artigo 219, parágrafo único, é que a prescrição deixou de ser, em nosso Direito, exceção em sentido estrito. Podendo, agora, ser decretada de ofício, tem a natureza de defesa de mérito indireta.

O artigo 194 do Código Civil, revogado pela Lei 11.280/06, já apontara o caminho, autorizando o juiz a decretar de ofício a prescrição, para favorecer absolutamente incapaz.

O debate, portanto, não dá sinais de que já esteja encerrado e promete dividir a doutrina.

O que certamente ocorrerão são mudanças doutrinárias a reboque da alteração legislativa, procurando compatibilizar o regime legal de reconhecimento de ofício da prescrição com a natureza de exceção de direito material deste instituto. Assim, manter-se-iam todos os entendimentos acerca da possibilidade de renúncia à prescrição, das causas suspensivas e interruptivas e das normas que protegem os incapazes, ausentes, etc.

Por mais improváveis que sejam na prática forense, problemas doutrinários como aquele em que o devedor renuncia expressamente à prescrição depois que o juiz já a reconheceu no processo deverão surgir. Nesse caso, ter-se-á que optar pela prevalência da autonomia privada ou da questão de ordem pública, aqui reforçada por preclusões processuais.

A mesma indagação conduz ainda a outras, tais como até que medida é constitucional a ingerência do Estado-juiz em matérias como estas. Neste âmbito de observação, argumenta Albuquerque Júnior (2006), poder-se-ia até mesmo cogitar

de uma inconstitucionalidade na previsão legal que autoriza o Estado, no exercício da função jurisdicional, "a negar ao particular a satisfação de um crédito patrimonial existente, válido e eficaz, exercendo e declarando uma exceção de direito material que o devedor escolheu por não opor e causando-lhe um prejuízo financeiro evidentemente imotivado". Ainda segundo o mesmo autor, tem-se em situação como esta "induidosa quebra da imparcialidade da jurisdição, através de intervenção na atividade econômica que não se subsume às hipóteses de normatização e regulação".

### **3.2. Ainda existe razão para diferenciar prescrição de decadência?**

Ao passar-se a permitir o reconhecimento de ofício da prescrição, outra indagação que logo vem à cabeça é se, tendo as mesmas conseqüências práticas, ainda haveria razão para existirem dois institutos diferentes – prescrição e decadência.

Tesheiner (2006), no artigo anteriormente já referido, entende que "não se chegou ao ponto de transformar a prescrição em decadência. A prescrição continua deixando incólume o direito subjetivo."

Uma das razões estaria justamente na manutenção da disponibilidade do titular da exceção de prescrição, e da indisponibilidade com relação à decadência:

Continua sendo possível a renúncia à prescrição (Cód. Civil, art. 191), sendo nula, porém, a renúncia à decadência, quando decorrente de lei (Cód. Civil, art. 209). Não pode ser decretada de ofício a decadência, quando convencional (Cód. Civil, art. 211). (TESHEINER, 2006)

E, de fato, não há como entender que a prescrição tenha sido completamente suprimida, ou que tenha sido absorvida pela decadência. Todas as normas relativas às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, bem como aquelas que determinam quais as situações em que ela não corre contra determinadas pessoas continuam em pleno vigor, aplicando-se unicamente à prescrição.

Muito embora a reunião dos prazos prescricionais no art. 206 do Código Civil tenha facilitado a questão, o critério científico de diferenciação entre uma categoria e outra continua sendo de grande utilidade na identificação dos casos em que se pode ou não renunciar, em que há ou não interrupção, etc., na medida em que a

prescrição continua se resumindo às hipóteses de ações predominantemente condenatórias.

Doutrinariamente, também, permanece muito mais lógico entender que a decadência extingue o direito e a prescrição extingue a ação.

Isso permite, por exemplo, que se mantenha a tutela jurídica das obrigações naturais, em casos nos quais o devedor paga uma dívida já prescrita sem aperceber-se disso e, depois, pede a repetição do indébito.

A obrigação natural pode ser definida como aquela em que existe uma relação obrigacional desprovida de ação. Embora o credor não possa exigir judicialmente (por não ter ação) o cumprimento dessa obrigação contra a vontade do devedor, o direito lhe assegura o reconhecimento da validade do pagamento, caso este ocorra por liberalidade do devedor (GOMES, 2000, p. 81).

O pagamento é que finalmente extingue a obrigação (direito subjetivo do credor e débito do devedor), não a prescrição. Exatamente por isso que, contra tal pagamento, não cabe repetição de indébito. A ordem jurídica resguardará, nesse caso, aquele credor que recebeu o pagamento, como se o devedor tivesse renunciado à prescrição.

### **3.3. O reconhecimento da prescrição *ex officio* é poder ou dever do juiz?**

A questão de ser a proclamação de ofício da prescrição um poder do Magistrado ou mais um de seus deveres não apresenta maior complexidade.

Uma mera interpretação gramatical do novo texto legal já leva à conclusão de que se trata de um dever. O verbo foi utilizado no futuro jussivo – “pronunciará” –, não dando alternativa ao juiz que constatar ter ocorrido a prescrição

Nery Júnior (2006, p. 408) também é seguro ao afirmar que se trata de um dever do juiz.

A prática forense revela que, muitas vezes, o simples reconhecimento da prescrição exige dilação probatória. É o caso, por exemplo, de haver dúvida sobre o termo inicial de uma incapacidade absoluta da pessoa contra a qual o juiz suspeita ter incidido a prescrição.

Numa hipótese como esta, por faltarem elementos essenciais à elucidação de uma questão que deve ser decidida pelo magistrado, o mais correto, supõe-se, é

que caiba ao julgador tomar a iniciativa e determinar a realização das provas necessárias, como uma perícia médica no indivíduo, a ouvida de testemunhas ou mesmo a análise de um eventual processo de interdição.

Não se concebe mais um juiz preso à iniciativa das partes em matéria probatória, ainda mais quando a lei lhe impõe um dever como este. A abertura para a promoção de tais diligências, ademais, já existe desde 1973, pela conjugação do disposto nos arts. 128 e 130<sup>3</sup> do Código Processual Civil.

Nada há demais em tal proceder. Basta lembrar que, quando um processo é distribuído, caso haja verificação da possibilidade de prevenção, litispendência ou coisa julgada, o próprio juiz normalmente determina a expedição de ofícios aos foros onde tramitam as ações que podem ter alguma relação com a nova demanda, só decidindo a questão quando estiver de posse de tais informações.

Ainda da constatação de que a pronúncia da prescrição é um dever do juiz, poderia surgir um entendimento de que, caso essa declaração não ocorra, o julgador poderia ter algum tipo de responsabilidade.

Descarta-se de plano tal possibilidade, na medida em que a disciplina dessa questão já existe no Código de Processo Civil, mais precisamente no art. 267, § 3º, que pode ser estendido, por analogia, ao caso do art. 219, §5º. Tal dispositivo trata de outras questões que o juiz pode conhecer de ofício, impondo ao réu o dever principal de argüir a sua ocorrência na primeira oportunidade que tem para falar nos autos, sob pena de ter de responder pelas custas do retardamento.

### **3.4. Do momento em que o reconhecimento da prescrição deve ocorrer**

Outra das questões mais polêmicas acerca da possibilidade de reconhecimento *ex officio* da prescrição é justamente o momento em que isso pode (ou deve) acontecer.

A maioria dos autores que já se manifestaram sobre essa questão estão de acordo com a tese segundo a qual a prescrição pode ser decretada pelo Magistrado logo no despacho em que são analisados os requisitos formais e materiais da

---

3 Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

petição inicial, antes da formação da relação processual. Nery Júnior (2006, p. 408) é um dos que defendem a idéia de que nem mesmo haverá citação da parte contrária.

O indeferimento calcado na decadência ou na prescrição, não é demais lembrar, afeta o mérito da causa, não sendo viável propor novamente a ação (MONIZ DE ARAGÃO, 2000, p. 381), de maneira que se forma coisa julgada material sobre o caso.

Calmon de Passos (2001, p. 226) desde muito anotava que a inclusão da decadência e da prescrição nas hipóteses de indeferimento da inicial configura um erro técnico manifesto. Para o autor, é inexato falar em indeferimento, expressão que deve ser guardada para as decisões obstativas da constituição da relação processual. O melhor seria tratá-la apenas como uma extinção com resolução de mérito.

Tendo em vista a possibilidade de formação de uma coisa julgada material sem a citação do réu, como ficaria a possibilidade de renúncia por parte do devedor? Prevaleceria a coisa julgada ou a vontade da parte?

Parece que, ao optar pela celeridade e pela segurança jurídica, a Constituição e a legislação atual apontam para a primeira das opções.

Tal debate, no entanto, tende a perder relevância ante a introdução de um outro dispositivo no Código de Processo Civil, muito mais polêmico: o art. 285-A<sup>4</sup>. Pode-se dizer até mesmo que a questão fica absorvida por nesse outro ponto da reforma processual.

Segundo esse artigo, "quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada". Nesse caso, é evidente que há resolução de mérito. Assim, pouco interessa se a questão que pôs fim ao processo foi a prescrição ou outra matéria de mérito. Em ambos os casos, haverá uma sentença indeferindo a inicial com julgamento de mérito – sem sequer haver angularização da relação processual.

A conjugação das possibilidades abertas pelo art. 285-A e pelo novo §5º do art. 219 do CPC já conduziu, na prática, ao extremo do que se pode imaginar por

---

4 Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

celeridade processual. Um exemplo: no processo nº 2006.71.02.004689-9, ajuizado na Subseção Judiciária de Santa Maria e distribuído para a 2ª Vara Federal em 08/08/06, o tempo transcorrido entre o recebimento do processo no cartório e a prolação de uma sentença de improcedência com juízo de mérito, no dia 14/08/06, foi de apenas alguns minutos. Muito embora se saiba que o que acontece, muitas vezes, é que vários andamentos processuais são inseridos no sistema de consulta processual de uma só vez, não deixa de surpreender a constatação de que a distribuição ocorrera apenas 6 dias antes da prolação da sentença que extinguiu o processo com resolução de mérito.

Nesse caso, o que o Magistrado fez foi exatamente valer-se dos novos instrumentos processuais que, em nome da celeridade, se lhe concedeu. Tratava-se, no processo em questão, de um pedido de reajuste remuneratório de militares, baseado na isonomia com um percentual deferido aos servidores civis. A um só tempo, e sem citar a União, o Juiz Federal reconheceu, de acordo com entendimento consolidado em decisões anteriores, (1º) que uma eventual condenação da Administração deveria limitar-se ao mês de dezembro de 2000, quando houve uma reestruturação na remuneração dos militares por força da MP 2.131/00, (2º) que as parcelas anteriores ao lustro que precede a propositura da ação estavam prescritas, de acordo com a Súmula nº 85 do STJ e, (3º) que, tendo em vista que a ação fora ajuizada em 2006, todas as parcelas às quais a Administração poderia ser condenada já estavam prescritas, razão pela qual se impunha o julgamento de improcedência de plano, concomitante ao reconhecimento da prescrição.

Ainda no que tange ao momento adequado para o reconhecimento da prescrição, Nery Junior (2006, p. 408) dá a entender que não se admite haja tal proclamação nas instâncias especial e extraordinária, em sede de julgamento de recurso especial ou extraordinário, porquanto deva prevalecer o entendimento de que a matéria deve ter sido expressamente decidida, ou prequestionada, nas instâncias ordinárias. Segundo o autor, trata-se de decorrência lógica dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal.

A jurisprudência, ao que tudo indica, continuará caminhando nesse sentido. No Recurso Especial nº 853.204/RS, o Superior Tribunal de Justiça consignou, recentemente, que a nova redação do art. 219, § 5º, do CPC, conferida pela Lei nº 11.280/06, que entrou em vigor em 16 de maio de 2006, somente poderá ser

aplicada, em recurso especial, se esse dispositivo estiver prequestionado na origem. Segundo a Corte, ademais, a partir do julgamento do REsp nº 720.966/ES, em 12 de dezembro de 2005), a Seção de Direito Público concluiu não ser aplicável, na instância especial, o direito superveniente, em razão do óbice constitucional do prequestionamento. Como, na prática, dificilmente alguém prequestionaria o art. 219, §5º, do Código de Processo Civil sem, ato contínuo, requerer o reconhecimento da prescrição, pode-se concluir que ele não ocorrerá em julgamento de recursos especiais ou extraordinários.

Assim, a título de conclusão, pode-se dizer que a incidência do art. 219, §5º, do CPC é possível desde a análise da petição inicial até o encerramento da atividade jurisdicional nas instâncias ordinárias, só sendo passível de utilização em sede de recurso especial ou extraordinário caso haja prequestionamento da matéria.

## CONCLUSÃO

Como bem anotou Tesheiner (2006), a modificação em comento no presente estudo serve para confirmar o dito segundo o qual uma lei é capaz de derrubar bibliotecas.

Ainda é cedo para chegar a alguma conclusão definitiva sobre a matéria, mas pelas considerações feitas, pode-se dizer que a prescrição não foi extinta simplesmente porque o juiz ficou autorizado a reconhecê-la de ofício. Fundamentos de cunho social e baseados na celeridade processual teriam apenas alterado o uso de um instituto que, apesar de um pouco "violentado" em sua concepção, continua o mesmo. Embora continue sendo uma exceção substantiva, o juiz recebeu poderes expressos para reconhecê-la, configurando o art. 219, §5º, do CPC uma das exceções previstas na parte final do art. 128 do mesmo Código.

No mais, a prescrição continua sendo uma causa de extinção da ação e de perda de eficácia da pretensão de direito material, no que se diferencia da decadência. A possibilidade de renúncia ainda persistiria, mas deve ser exercida antes do trânsito em julgado da ação. As causas interruptivas, suspensivas e os casos em que a prescrição não corre contra determinadas pessoas teriam permanecido exatamente os mesmos, aplicando-se unicamente à prescrição.

O momento para que o Judiciário cumpra o dever de proclamar a prescrição seria qualquer um daqueles compreendidos entre o recebimento da inicial e o trânsito em julgado da demanda, ressalvada, apenas, a necessidade de prequestionamento nos recursos julgados no STJ e STF.

Espera-se que, com essas breves linhas, tenha-se criado ao menos alguma reflexão a respeito do tema, a fim de que não passe desapercibido no meio de tantas novidades legislativas.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, ano 86, v. 744, out. 1997. p 725-750.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo. Ou de como o art. 3º da Lei nº 11.280/06 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1059, 26 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8455>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

BATISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil** – vol. I – 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 332 p.

BESSA, Leonardo Rodrigues Itacaramby. Arguição da prescrição de ofício pelo magistrado. Aspectos positivos e negativos. Aplicabilidade ao processo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1006, 3 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8197>>. Acesso em: 20 nov. 2006 .

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. **Da prescrição e da decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 398 p.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil** – volume III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 496 p.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. A prescrição trienal em favor da Fazenda Pública. Para uma interpretação sistêmica e dialógica à luz do Código Civil de 2002. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1098, 4 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8594>>. Acesso em: 20 nov. 2006 .

FIUZA, César. **Direito civil – curso completo**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 1028 p.

FROELICH, Charles Andrade. Prescrição e decadência no novo Código Civil (2002). Um novo olhar sobre o critério científico de distinção a partir da classificação quinária das ações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 238, 2 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4895>>. Acesso em: 20 nov. 2006 .

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 358 p.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil** – volume II. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 480 p.

NEGRÃO, Theotônio. GOUVÊA, José Roberto Pereira. **Código civil e legislação civil em vigor**. 24. ed. São Paulo: RT, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. revista e ampliada, atualizada até 2 de maio de 2003. São Paulo: RT, 2004. 1790 p.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9. ed. revista, ampliada e atualizada até 1º.3.2006. São Paulo: RT, 2006. 1536 p.

PEREIRA, Victor Hugo Reis. A prescrição em face da reforma processual (Lei nº 11.280/06) e a Fazenda Pública. Análise processual preliminar da prescrição: direito de ação e situação da prescrição. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8163>>. Acesso em: 20 nov. 2006 .

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**. Brasília, n. 39289, 12 nov. 2005. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)> Acesso em 22 nov. 2006.

SOUZA, José Paulo Soriano de. Ensaio sobre a natureza jurídica da prescrição no Direito Civil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 569, 27 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6220>>. Acesso em: 20 nov. 2006 .

TESHEINER, José Maria. Prescrição – Decretação de ofício – Lei 11.280/06. Porto Alegre, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060412prescricao.php>> Acesso em: 20 nov. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 680 p.