

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 136
outubro/dezembro – 1997

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Prescrição: decretação de ofício em favor da fazenda pública

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

SUMÁRIO

1. O tempo e as relações jurídicas. 2. Noções gerais sobre prescrição. 3. A renúncia à prescrição e o art. 166 do Código Civil. 4. O interesse público e sua indisponibilidade. 5. Os arts. 166 e 219, § 5º, dos Códigos Civil e de Processo Civil, frente à indisponibilidade do interesse público. 6. Conceito de fazenda pública para afastar a incidência do art. 166 do Código Civil. 7. Conclusões.

1. O tempo e as relações jurídicas

A vida do ser humano, nos seus mais variados matizes, não prescinde da intermediação do fator tempo. Esse domina o homem, quer na vida biológica, como nas suas relações com a sociedade e no campo profissional. Mas não é só. As relações jurídicas também não o dispensam.

A atuação do fenômeno temporal, no âmbito jurígeno, opera de maneira multifária. Inicialmente, constitui nota demarcadora da aquisição de direitos, como no nascimento, fato gerador da personalidade, no implemento das maioridades civil, criminal e política; outras vezes estatui os limites de vigência das normas retoras de conduta, bem como da eficácia das avenças convoladas entre os indivíduos (termos inicial e final); ainda se pode utilizá-lo como motivo da extinção de determinadas faculdades jurídicas.

Daí se tem o fenômeno da prescrição extintiva¹, consubstanciada na extinção do

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte e mestrando pela UFPE.

¹ Fora de abordagem a prescrição aquisitiva, típica dos direitos reais, apesar de se poder aduzir que, de maneira idêntica, dirige-se à extinção de um direito para o antigo proprietário, através do surgimento de força criadora em prol do usucapiente. Também não cuidaremos aqui da decadência,

direito de provocar o aparato jurisdicional para se restaurar a violação de um interesse juridicamente protegido, em virtude da passagem do tempo.

2. Noções gerais sobre prescrição

Ao invés de representar pena ao inerte, funda-se a prescrição no princípio da segurança jurídica, a reputar como atentatório da paz social que as relações jurídicas perdurem, insolúveis e definitivamente, no tempo.

A sua caracterização requer o concurso dos seguintes fatores: a) ocorrência de violação do direito positivo, a ensejar uma ação exercitável²; b) situação de passividade do titular da pretensão pela não-dedução dessa perante o Judiciário; c) prolongamento dessa inércia por um lapso de tempo, previsto em lei, sem a ocorrência de causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.

O Código Civil de 1916, ainda atual, procurou sistematizar algumas regras de abrangência genérica sobre o tema. Entre elas asseverou: a) a sua renunciabilidade, expressa ou tácita, desde que consumada (art. 161); b) a possibilidade de sua alegação em qualquer instância, pela parte a quem favorece (art. 162)³; c) atingir os seus efeitos, igualmente, as pessoas jurídicas (art. 163); d) caber ação de regresso em favor das pessoas privadas de administrar seus negócios e bens, a fim de responsabilizar os seus representantes, legais

também identificada pelo designativo caducidade, em virtude da não-existência de texto legal que impeça o seu reconhecimento sem provocação do interessado.

² Filiado à *actio nata*, influenciadora da maioria da doutrina, Agnelo Amorim Filho (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *RF*, v. 193, n. 691/693, p. 37) vê na lesão do direito o termo inicial do prazo prescricional, proclamando: "...é que a lesão dá origem a uma ação, e a possibilidade de propositura desta, com o fim de reclamar uma prestação destinada a restaurar o direito, é que concorre para criar aquele estado de intranquilidade social que o instituto da prescrição procura evitar".

³ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. (Prescrição : momento propício à sua articulação, *LTr*, v. 49, n. 8, p. 909-11) advoga a existência de um limite procedimental para a arguição da prescrição, calcado nos recursos extraordinários (extraordinário propriamente dito, especial e de revista), porquanto o seu conhecimento se subordina ao pré-questionamento, nos graus jurisdicionais ordinários, do tema a ser decidido no inconformismo.

e convencionais, quando, por culpa *lato sensu*, concorrerem para a prescrição (art. 164)⁴; e) continuidade do curso de seu prazo em detrimento dos sucessores (art. 165); f) aplicação da máxima *accessorium sequitur principale* (art. 167); g) descabimento de seu acolhimento pelo juiz sem a suscitação da parte cujos efeitos aproveita (art. 166)⁵.

Nesta célere investigação, interessa-nos o alcance da última das regras citadas frente ao interesse público. Quer dizer: pode o juiz, em cumprimento ao art. 166 do Código Civil, ratificado pelo art. 219, §5º, do Código de Processo Civil, abster-se de reconhecer, de ofício, a prescrição que favorece ao ente público? Para responder a indagação, forçosa a análise da extensão da faculdade de renúncia à prescrição, assunto intimamente ligado ao presente.

3. A renúncia à prescrição e o art. 166 do Código Civil

O art. 161, primeira parte, do Código Civil, dispõe com clareza:

"A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir".

De acordo com esse comando normativo, o direito a invocar o instituto da prescrição, com vistas a afastar o êxito de ação contra si manejada, pode ser renunciado. Para tanto, exige-se que o intervalo prescricional tenha se consumado por inteiro. Não se admite abdição de prescrição em curso, sob pena de se comprometer o seu fundamento de ordem pública. Igualmente, a renúncia não poderá prejudicar direito de terceiro.

⁴ O preceito é dispensável, em face do art. 159 do Código Civil impor a obrigação de indenizar àquele que, por dolo, negligência, imprudência ou imperícia, causar dano a outrem. Não obstante, o preceito do art. 164 do Código Civil, como advogou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios de Direito Administrativo*, p. 453), não diz respeito somente aos incapazes, absolutos e relativos, mas igualmente às pessoas jurídicas, de direito privado e de direito público.

⁵ O modelo possui derivação alienígena. O Código Civil da França, no seu art. 2.223, dispõe: "Les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen résultant de la prescription". (Os juízes não podem suprir de ofício o meio resultante da prescrição). O art. 515 do Código Civil português ostenta dição semelhante: "Os juízes não podem suprir, de ofício, a prescrição, não sendo essa invocada pelas partes".

Quanto às modalidades em que a renúncia poderá se materializar, haurimos, na literatura jurídica, duas. Inicialmente, temos a expressa, em que o prescribente, de maneira inequívoca, abre mão da prescrição existente em seu favor, declarando, oralmente ou por escrito, dessa não querer se beneficiar. O outro tipo consiste na tácita, ou implícita, cuja configuração se centra na prática, por aquele, de atos incompatíveis com o desejo de se favorecer com a *exceptio*.

Miguel Maria de Serpa Lopes⁶, forte na definição do art. nº 2.937 do Código Civil italiano, perfeitamente amoldável ao art. 161, segunda parte, do nosso Código Civil, exemplifica, entre as hipóteses em que reputa renunciada uma prescrição, o fato de alguém apresentar-se, em concurso de credores (processo de execução coletiva), com um título prescrito sem sofrer impugnação pelos interessados.

Ampliando a situações similares, o exemplo ilustrado pelo referido autor, o qual também se abeberara em aresto da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 24-11-44, a jurisprudência vislumbra renúncia tácita no ato do executado que, durante os prazos para a interposição de embargos à execução e à arrematação, queda-se inerte, sem invocar prescrição que lhe favorece⁷.

Fácil concluir, então, que a não-invocação da exceção prescricional em contestação, ou ação autônoma, como a de embargos à execução, quando aquela beneficia o réu ou devedor, equivale à sua renúncia tácita, tendo em vista representar ato incompatível com o seu exercício.

Configurando tal comportamento verdadeira abdicação, segue-se que somente se pode deixar de alegar a prescrição nas situações em que o prescribente, por si ou por seu representante, possa renunciá-la.

Tecendo comentários ao art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com o qual se amalgama com perenidade o art. 166 do Código Civil, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior⁸ assenta a renunciabilidade do direito como o norte conceitual da vedação ao conhecimento, sem qualquer provocação, da prescrição. Salientou, ainda, que o conhecimento, de ofício, do decurso do tempo como fator extintivo da proteção judicial de interesse jurídico diz respeito somente àqueles de conteúdo não

patrimonial, onde tecnicamente se deve falar em decadência. Diz o mestre:

“Veda a lei que o juiz, *ex officio*, decrete a prescrição que diga com direitos patrimoniais. A regra já se encontrava no art. 166 do Código Civil: ‘O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não invocada pelas partes’. A *ratio legis* é singela: tratando-se de direitos patrimoniais, porquanto renunciáveis, renunciável também o é a alegação da prescrição (art. 161 do Código Civil). Tratando-se de prescrição de direitos não patrimoniais, ou mais propriamente decadência, viável o conhecimento de ofício pelo juiz, extinguindo-se o processo com julgamento de mérito (art. 269, IV)”.

4. O interesse público e sua indisponibilidade

É pacífico competir ao organismo estatal curar os interesses da coletividade e, somente indiretamente, as aspirações individuais. Centrando-se tais interesses no bem comum, pertencem ao grupamento de indivíduos que habitam a porção territorial do Estado.

Vê-se, portanto, que o interesse público, que à administração cabe proteger, a esta não lhe pertence. Dele o administrador não é senhor. A expressão *relação de administração*, como bem explicita Rui Cirne Lima⁹, diverge da de propriedade. Relação de administração – ensina o mestre – é aquela estruturada à base de uma finalidade cogente, não disponível. Opõe-se diametralmente à relação jurídica fundada na propriedade. Restou clássico o seu dito de que:

“Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”¹⁰.

Não pertencendo o interesse público, calcado no bem-estar da sociedade, ao gestor administrativo, mas sim àquela, remata-se que, não sendo esse dono, dele não poderá, em nenhum instante, dispor.

Todo e qualquer ato de disposição, de liberalidade, somente poderá ser perpetrado se autorizado por lei – expressão da *volonté générale*. Do contrário, será inválido.

Isso decorre da regra, basilar no direito administrativo hodierno, da indisponibilidade

⁶ *Curso de Direito Civil*, v. 1, p. 510-1.

⁷ *LEX RJTJESP*, 119/209 e 106/333.

⁸ 1985, p. 297.

⁹ *Princípios de Direito Administrativo*, p. 51-2.

¹⁰ *op. cit.*, p. 52.

do interesse público. Nesse sentido, há escólio lapidar de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*”¹¹.

Também ressaltando a importância do princípio, Lúcia Valle Figueiredo:

“Ao investir a administração de prerrogativas especiais para tutela de determinados interesses, que houve por bem entender como prevalentes, a norma, em contrapartida, qualificou-os de inalienáveis. Com efeito, a consequência da supremacia do interesse público é a indisponibilidade. Decorre daí que, mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções públicas a outrem, a administração delas não poderá dispor”¹².

Com essas razões, volto a frisar que o agente da administração, quando de sua atuação, não pode perder de vista o interesse público qualificado normativamente, acerca do qual lhe é, grosso modo, vedado perpetrar qualquer conduta de disposição¹³.

¹¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 23.

¹² *Curso de Direito Administrativo*, p. 34.

¹³ No que tange à União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais, os arts. 1º a 3º da recente Lei nº 9.469, de 10-07-97, sucessora da Lei nº 8.197, de 27-06-91, disciplinam o modo e as condições pelas quais os respectivos entes podem transacionar, renunciando direitos. Dispõem tais preceitos: “Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas. § 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no *caput*, o acordo ou a

5. Os arts. 166 e 219, § 5º, dos Códigos Civil e de Processo Civil, frente à indisponibilidade do interesse público

Expostas as considerações retro, aponto, finalmente, no ponto crucial deste trabalho, voltado a perscrutar se o magistrado *sponte propria* tem poderes, nas lides em que a Fazenda Pública é demandada, para o reconhecimento da prescrição ante o disposto no art. 166 do Código Civil, corroborado pelo art. 219, § 5º, do CPC, ao afirmar que *o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes*¹⁴.

transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União. Art. 2º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações ou empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos dos processos ajuizados por essas entidades, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de trinta. § 1º O saldo devedor da dívida será atualizado pelo índice de variação da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), e sobre o valor da prestação mensal incidirão os juros à taxa de doze por cento ao ano. § 2º Inadimplida qualquer parcela, pelo prazo de trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo. Art. 3º As autoridades indicadas no *caput* do art. 1º poderão concordar com pedido de desistência da ação, nas causas de quaisquer valores, desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, inciso V, do Código de Processo Civil).

¹⁴ Digno de nota a circunstância de que a letra legal, tomada em seu extremo rigorismo, implica total vedação ao conhecimento, pelo juiz, de prescrição não alegada pelas partes. Não se comente que, nas causas em que não estiverem em jogo direitos patrimoniais, poderá o magistrado sanar a inércia dos litigantes. Como bem demonstrara Agnelo Amorim Filho (op. cit., p. 38), a prescrição, como instituto jurídico distinto da decadência, tem o seu campo de ação restrito às ações condenatórias e somente a estas. Evoco novamente as palavras do mestre: “ Por via de consequência, chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda”. Por sua

Penso que a regra não é absoluta¹⁵. Comporta temperamentos. Um deles é o que concerne à capacidade das partes. Para a validade da renúncia, como ato abdicativo, necessário se verificar a capacidade do renunciador, ou seja, se este pode, validamente, praticar tal ato na vida civil. Precisa de advertência de Caio Mário da Silva Pereira:

“Pode o devedor a ela renunciar, repetimos, subordinada a validade da renúncia à circunstância de estar o renunciante na livre administração de seus bens, pois envolve indiretamente uma diminuição patrimonial, equiparável à alienação”¹⁶.

No campo do direito público, o vocábulo *capacidade* transmuda-se em competência, elementar do ato administrativo integralmente vinculada¹⁷. Assim, cabe à lei dispor qual o agente que possui o poder-dever de praticar determinado ato e a forma de praticá-lo.

Configurando a renúncia tácita uma modalidade de ato de disposição, não se deve perder de vista o cânon da indisponibilidade do interesse público, por pertencente à coletividade, sendo indispensável que o seu gestor esteja, para tanto, autorizado por lei específica.

Penso que a melhor exegese a ser legada ao art. 166 do Código Civil, é a de que a regra que enuncia – vedação do juiz reconhecer de ofício prescrição – somente se dirige aos direitos cujo titular, ou representante, poderá dispor. A utilização da expressão *patrimoniais*, no lugar

vez, as lides de conteúdo não patrimonial, direto ou mediato, não se encontram no campo de atuação das ações condenatórias, não cabendo se cogitar de prescrição. De nenhuma utilidade a inclusão do vocábulo *patrimoniais* no texto legal.

¹⁵ Assim não pensa Ulderico Pires dos Santos: “A prescrição de ações relativas a direitos patrimoniais é meio de defesa pessoal do devedor e só ele, como beneficiário dessa exceção liberatória, pode argüi-la. Por isso, por mais evidenciada que esteja a prescrição, não pode, ao sabor de nosso direito positivo, ser declarada senão a pedido de quem se beneficia com a sua declaração. Conclusão: o juiz só pode conhecer da prescrição de ações relativas a direitos patrimoniais quando essa *exceptio* for levantada pela parte a quem beneficia. Essa regra é intransponível, não comportando exceção, nem mesmo em favor do incapaz e ainda que a prescrição seja gritante”. (Prescrição : doutrina, jurisprudência e prática, p. 15).

¹⁶ *Instituições de Direito Civil*, v. 1, p. 437.

¹⁷ O liame, no direito público, entre capacidade e competência, foi elucidativamente demonstrado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (op. cit., p. 493-6).

de disponíveis, vocábulo mais apropriado, decorre do fato de, quase sempre, aqueles se confundirem com o campo da disponibilidade jurídica.

Prova insofismável disso, o art. 1.035 do Código Civil afirma que a transação se cinge aos direitos patrimoniais de caráter privado, porquanto não os únicos suscetíveis de ampla disposição. Aqui observe-se que o legislador foi mais preciso, qualificando a patrimonialidade com a adição da díade *direito privado*.

Outra não fora a razão por que Miguel Maria de Serpa Lopes sustentara:

“Sobre a segunda regra, qual a de ser vedado ao juiz pronunciar-se sobre prescrição *ex officio*, a jurisprudência não tem oscilado na aplicação rígida desse princípio. Os juristas, porém, têm-na entendido como suscetível de exceções. Assim, ao juiz é dado conhecer da prescrição *ex officio*, nos seguintes casos: a) quando fundar-se em motivos de ordem pública ou na necessidade social; b) em se tratando de ações de estado”¹⁸.

Nesse diapasão, há elucidativo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 163.440, proclamando:

“PRESCRIÇÃO – Renúncia – O Poder Público pode renunciar a direito próprio, mas esse ato de liberalidade não pode ser praticado discricionariamente, dependendo de lei que o autorize. A renúncia tem caráter abdicativo e em se tratando de ato de renúncia por parte da administração depende sempre de lei autorizadora, porque importa no despojamento de bens ou direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público”¹⁹.

¹⁸ op. cit., p. 507.

¹⁹ 1ª Câmara Civil. Ac. un. Relator: Des. Pacheco de Mattos. *RJT/JESP* 05/133. Malgrado se dirigir o aresto à invalidação de despacho de secretário de estado que, em despacho proferido em processo administrativo, renunciara a prescrição consumada em favor do Estado de São Paulo, a sua motivação é aplicável como argumento a impulsionar o julgador a afastar parcialmente, nos casos concretos que lhe sejam trazidos, o art. 166 do Código Civil. No voto do relator, há menção a ensinança de Hely Lopes Meirelles, de manifesta atualidade, consoante a qual: “Em se tratando de renúncia por parte da Administração depende sempre de lei autorizadora, porque importa no despojamento de direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público”. (Direito Administrativo Brasileiro, p. 166).

No que concerne à Administração Pública Federal, o art. 112 da Lei nº 8.112/90, encarnando o espírito da indisponibilidade do interesse público, expressamente dispõe: “A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração”. O preceito, por seu caráter genérico, espraia-se a toda e qualquer relação da administração com os seus administrados, não devendo ter a sua aplicação jungida aos liames Estado-servidor.

Forçoso ponderar, portanto, que, pelo menos no que concerne à União, suas autarquias e fundações, os arts. 166 e 219, § 5º, do Código Civil e do Código de Processo Civil, encontram-se derogados pela *lex posterior*, no caso a Lei nº 9.469/97.

Sei que os tribunais pátrios, em iterativas deliberações, vêm reformando, com arrimo no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, decisões que de ofício *reconheciam a prescrição* em ações de execução fiscal²⁰. Todavia, aqui cabe um fundamental esclarecimento: no executivo fiscal, o titular do direito à prescrição era o contribuinte, de maneira que a arguição do evento prescritivo poderia validamente configurar renúncia tácita, haja vista que a abdicação em gozar das benesses da prescrição encontrava-se na sua esfera de normal disponibilidade²¹. Interdito, destarte, ao

²⁰ STJ. 2ª Turma. Ac. un. Resp. 8.383 – RJ. Relator : Ministro Ilmar Galvão. *DJU*, p. 5.560, 6 maio 1991; STJ. 1ª Turma. Ac. un. Resp. 46.058 – MA. Relator : Ministro Garcia Vieira. *DJU*, p. 11.733, 16 maio 1994; TRF-1ª Região. 4ª Turma. Ac. un. AC 01.742 – TO. Relator : Juiz Nelson Gomes da Silva. *DJU*, p. 15.363, 23 mar. 1995; TRF – 2ª Região. 3ª Turma. Ac. un. AC 14.557 – RJ. Relator : Juiz Celso Passos. *DJU*, 25 jun. 1991. Seção 2; TRF – 4ª Região. 2ª Turma. Ac. un. AC 28.492 – RS. Relator : Juiz Teori Albino Zavascki. *DJU*, p. 4.568, 16 fev. 1994. Seção 2.

²¹ Ives Grandra da Silva Martins enfatiza o colorido de disponibilidade do direito do contribuinte em não pagar tributo indevido, noção a que se pode, sem maiores facilidades, estender ao tributo prescrito: “Não entrarei a examinar a constitucionalidade ou não do IPTU lançado para o exercício de 1994. Refoge ao campo de indagação do parecer. Examinarei, isto sim, o tipo de direito que implica, ou seja, ao Município, o direito de exercer sua competência impositiva e ao munícipe o direito individual, disponível e divisível de ser tributado nos termos da lei suprema e da lei ordinária. Tal tipo de direito do cidadão é tipicamente um direito divisível e disponível. Poderá o contribuinte dele abrir mão se o desejar. Poderá, se entender que vale a pena pagar um tributo, que seja

magistrado, contrariando a tácita manifestação de vontade do prescribente, reconhecer a prescrição da qual este não quer se beneficiar. Diferentemente, quando a prescrição favorece o Poder Público, em virtude de que a renúncia deste, pela omissão de seu representante em argüi-la, para ostentar validade, necessita de apoiar-se em espeque legal.

Tampouco serve para justificar a aplicação, detrimtosa para a administração, da regra de que a prescrição não pode manifestar-se de *pleno jure*, mas sempre *ope exceptionis*, o fato do representante judicial daquele poder ser responsabilizado, administrativa e civilmente, por sua omissão. É que o fato de tal responsabilidade se encontrar prevista em nosso direito positivo não serve para tornar disponível um direito que, por sua natureza, é indisponível.

Igualmente, a distinção, forjada pela doutrina italiana, nessas plagas perflhada no magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello²², entre interesse público primário (interesses pertencentes à coletividade como um todo) e secundário (decorrente da condição de sujeito de direito do Estado, entre os quais estão os direitos patrimoniais), não serve para fundamentar ponto de vista adverso ao aqui exposto. Em ambos os casos, há a indisponibilidade. A repulsa da distinção, para o fim de tornar o interesse secundário disponível, com certeza granjeou o prestígio do legislador, pelo menos no âmbito da Administração Federal. Isto se comprova por toda e qualquer transação relativa a direitos de cunho pecuniário necessitar de preencher os requisitos estabelecidos nos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.469/97.

Mister um esclarecimento: quando afirmo que o julgador pode reconhecer a prescrição, em face da existência de interesse público, não imponho uma obrigatoriedade. Esta vale para o representante judicial da Fazenda Pública, sob pena de responsabilização. Quanto ao julgador, há a faculdade de fazê-lo, tanto que, se sobrevier condenação com trânsito em julgado, não se vislumbra exitoso o ajuizamento de rescisória por tal motivo. É como prelecionou Pontes de Miranda, ao interpretar *a contrario sensu* o disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil:

“Se o direito, a que corresponde a prorrogação da pretensão e da ação, ou

inconstitucional, para ajudar a comunidade em que vive.” (Ação civil pública é veículo processual imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis. *RT*, 707/24).

²² Op. cit., p. 22.

só da ação, não é patrimonial, a lei atribuiu ao juiz o direito de decretar, de ofício, a prescrição”²³.

6. Conceito de fazenda pública para afastar a incidência do art. 166 do Código Civil

Alfim, toca-me ainda tecer céleres comentários quanto à abrangência da possibilidade de o magistrado, mesmo quando não suscitado, declarar a ocorrência da prescrição, ou seja, quais os entes políticos e administrativos que podem usufruir da parcial exceção ao art. 166 do Código Civil.

Tomo, como ponto de partida, o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6-1-32, responsável por estatuir regime especial de prescrição em prol da fazenda pública. Esse binômio, nas primícias, representativo do Estado em juízo nas questões tributárias²⁴, passou, com o evoluir dos tempos, a significar o segmento da Administração Pública custeado pelo erário (*rectius*, por tributos, ou receitas derivadas), abrangendo a Administração Direta, Autárquica e Fundacional. Nesse sentido, de leitura obrigatória Nelson Nery Júnior:

“Vários são os sentidos em que é empregado o vocábulo *fazenda pública*. Pode significar o erário como instituidor e arrecadador de impostos, o Estado em juízo litigando genericamente sobre aspectos patrimoniais, ou simplesmente a administração pública por todos os seus órgãos da administração direta e entidades autárquicas, porque é seu erário que suporta os encargos patrimoniais da demanda. Em oportuna síntese já se firmou que o termo fazenda pública pode ser compreendido em três acepções: a) como teoria do regime econômico do Estado; b) como instituição ou organismo administrativo que gere o dinheiro público; c) como o patrimônio que o dinheiro público constitui. Embora tecnicamente a locução *fazenda pública* devesse indicar apenas e tão-somente o Estado em juízo com seu perfil financeiro, na verdade se tem denominado dessa forma, tradicionalmente, a admi-

nistração pública por qualquer das suas entidades da administração direta (União, Estado e Município) e autárquicas, irrelevante o tipo de demanda em que a entidade se vê envolvida”²⁵.

A princípio, a locução não abrangeria as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Não se pode olvidar que, posteriormente, o Decreto-Lei nº 4.597, de 19-8-42, estendeu os ditames do Decreto nº 20.910/32 às entidades paraestatais mantidas mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas dos particulares com fulcro em lei federal, estadual ou municipal. Essa extensão, embora pareça, não conflita com o discrimen, gizado constitucionalmente (art. 173, § 1º, CF), entre sociedades de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, segundo o qual estas últimas possuem regime obrigacional próprio, idêntico ao aplicável aos particulares, mesclado por derrogações expressas encetadas por normas publicísticas. Sendo assim, suas obrigações não poderiam estar sujeitas a prazo prescricional distinto dos constantes da legislação privativa, que são os estatuídos nos arts. 177 e 178 do Código Civil.

Como os entes paraestatais que exercem atividade econômica, de regra, são mantidos com recursos próprios (receita originária), de color não tributário (preços públicos), estariam, independentemente da prescrição magna, fora do regime prescricional da administração, reforçando-se a compatibilidade vertical do Decreto-Lei nº 4.957/42²⁶. A extensão das disposições prescricionais de direito público depende da manutenção da entidade por receitas tributárias.

7. Conclusões

Ao depois das considerações expostas, pode-se rematar o seguinte:

a) o direito à prescrição, como integração do patrimônio do sujeito de direito, é suscetível

²⁵ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 1992. p. 48-49.

²⁶ Bem destaca Maria Sylvia Zanella di Pietro a duplicidade de regimes jurídicos das entidades paraestatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, embora, em alguns casos, sujeitas ambas as espécies a institutos comuns (*Direito Administrativo*, p. 281-294). Interessante também a leitura dos precedentes que informaram a Súmula 39-STJ.

²³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3, p. 260. Afigura-se-me incorreto Sérgio Sahione Fadel (*Código de Processo Civil*, v. 1, p. 375), ao entender tratar-se a hipótese de dever judicial.

²⁴ NUNES, Castro. *A fazenda pública em juízo*. 1950. p. 304.

de abdicação, que poderá assomar de maneira expressa ou implícita;

b) a renúncia tácita decorre da prática, pelo prescribente, de comportamento inconciliável com a vontade de se alegar a prescrição, ao qual se equipara a sua não-invocação como matéria de defesa, nos momentos processuais oportunos (contestação, embargos e apelação);

c) o ato de renunciar, como modalidade de disposição de direito, requer a capacidade do renunciante em dispor do direito abdicado;

d) no campo do direito público, os interesses curados pelo administrador, por pertencerem à sociedade, encontram-se afetados a uma finalidade legalmente prevista, não possuindo aquele capacidade, aqui denominada de competência, para livremente praticar atos de disposição, os quais somente emergirão válidos quando autorizados por lei específica;

e) a regra contida no art. 166 do Código Civil, secundada pelo art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, não ostenta caráter absoluto, descabendo operar nas lides em que a fazenda pública se faz presente, como demandada, tendo em vista que esta gera interesses da coletividade, onde o campo de disposição é essencialmente vinculado.

Bibliografia

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para

- identificar as ações imprescritíveis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 193, 1961.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil* : dos atos e nulidades processuais. Porto Alegre : Letras Jurídicas, 1985. v. 3, arts. 154-261.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. 1.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1994.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1988. v. 1.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública é veículo processual impréstável para proteção de direitos individuais disponíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 707, p. 24.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. Prescrição : momento propício à sua articulação. *LTr.*, São Paulo, v. 49, nº 8, p. 909-911, 1984.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. Prescrição : doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro : Forense, 1989.