

A Prescrição no Direito Civil após a Lei 11.280/06

Fábio Macedo Nascimento

Advogado no Estado do Rio Janeiro. Ex-aluno da EMERJ. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá e EMERJ.

RESUMO

Com o advento da Lei nº. 11.280/06, o legislador fez inserir o § 5º ao art. 219 do Código de Processo Civil, no qual se previu que o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. A inovação também revogou o art. 194 do Código Civil, que dispunha exatamente o contrário. Diante de tantos assentamentos consolidados acerca da prescrição, a alteração trouxe a preocupação doutrinária de como explicar a possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a prescrição, já que se trata de instituto que sempre fora pautado em bases privatísticas.

INTRODUÇÃO

Nos quase cem anos de vigência do Código Civil de 1916, doutrina e jurisprudência jamais chegaram a um consenso sobre a identificação dos casos de prescrição e de decadência. Entretanto, conseguimos ao longo dos tempos desenvolver conceitos e atribuir efeitos a tais institutos, de modo que a partir das diferenças vislumbradas se pudesse melhor efetuar o trabalho de identificação dos casos práticos.

Quando as divergências acerca da matéria pareciam definitivamente desaparecer, notadamente porque o *novel* legislador do Código Civil de 2002 ajudou a delinear um método para não haver dúvida quanto à espécie de prazo, a Lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, ao revogar o art. 194 do atual Código Civil e inserir o art. 219, § 5º no Código de Processo Civil, acabou causando perplexidade a toda comunidade jurídica diante do temor de um grande retrocesso na elucidação das questões atinentes aos institutos da prescrição e decadência. Isso porque tais dispositivos colocaram em xeque ou pelo menos abalaram muitos daqueles conceitos

e efeitos que até então tinham servido como parâmetro para dirimir as controvérsias. O presente trabalho, nessa linha, adota como tema central justamente o tratamento das alterações trazidas pelo legislador da Lei nº. 11.280/06 ao instituto da prescrição no direito privado.

Com a nova possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a prescrição, parte da argumentação utilizada para diferenciar os institutos pareceu, a princípio, entrar em colapso, o que fez surgir contradições no sistema. Diante disso, alguns defendem que, não obstante a alteração, nada mudou efetivamente nas bases de sustentação teórica dos institutos, enquanto outros vislumbraram a tese de profunda revisão nos conceitos até então conhecidos. Portanto, importante definir as vantagens e os contrassensos advindos com a Lei 11.280/06, até mesmo para se saber como a comunidade jurídica brasileira deve se posicionar para uniformizar as novas propostas processuais. A depender do posicionamento adotado, várias e diferentes implicações surgem ao desenvolvimento processual, sendo certo que numa ou noutra linha pode-se estar a reduzir princípios de ordem constitucional, como o da efetividade do processo e de sua celeridade enquanto garantia ao jurisdicionado, bem como o do contraditório e o da demanda.

A DOGMÁTICA DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Todo diferencial estabelecido entre prescrição e decadência sempre se pautou no fato de que a prescrição esteve a serviço de um interesse privado da parte beneficiada pela inércia, ao passo que a decadência a serviço eminentemente do interesse público de não eternizar um direito de opção.

Com a prescrição, o legislador visava a consolidar um estado de fato, transformando-o em estado de direito, ao passo que a decadência sempre significou limitar no tempo a possibilidade de exercer um direito que modificaria uma situação jurídica. Daí que a decadência seria, portanto, decorrente da inobservância de um ônus de observância peremptória de um termo, no exercício de um direito potestativo; e a prescrição, a falta do exercício do direito subjetivo violado em certo tempo¹.

Mas a distinção mais importante adveio dos Direitos alemão e suíço, quando colocaram a prescrição no terreno da extinção da pretensão, e a decadência, no da extinção do próprio direito. Por consequência, o direito

1 AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.562/563.

material sempre considerou a prescrição como insuscetível de aplicação *ex officio* pelo juiz², ao contrário da decadência, que, estabelecida por lei, deverá sempre o juiz conhecê-la de ofício.

Quanto à natureza da ação, a prescrição só poderia ensejar uma ação condenatória, já que se fala numa relação em que o credor exigiria a reparação do seu direito subjetivo violado pelo devedor inadimplente, enquanto a decadência decorreria de uma ação constitutiva, vez que o direito potestativo permite a criação de uma nova situação jurídica a partir da opção manifestada por seu titular.

E, por fim, vale dizer que sempre foi pacífico que a decadência não se suspende ou se interrompe, operando-se de maneira fatal, atingindo irremediavelmente o direito, ao passo que a prescrição envolve matérias fáticas que fazem suspender ou interromper o seu curso³, o que enseja a participação ativa das partes de modo a esclarecer sobre eventuais suspensões e interrupções no prazo extintivo por questões de ordem fática.

A EVOLUÇÃO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O velho Código de 1916 trazia no artigo 178 vários prazos sem fazer distinção se se tratava de prazo decadencial ou prescricional. Já o

² O art. 194 do Código Civil de 2002, ora revogado, dispunha que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

³ Código Civil Brasileiro de 2002

Art. 197. Não corre a prescrição:

- I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
- II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
- III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

- I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;
- II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;
- III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

- I - pendendo condição suspensiva;
- II - não estando vencido o prazo;
- III - pendendo ação de evicção.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

- I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
- II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
- III - por protesto cambial;
- IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
- V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
- VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

novo código referiu-se a dois artigos (205 e 206) que, claramente, contêm todos os prazos prescricionais. Portanto, o que estiver fora desses artigos será prazo decadencial. Com essa técnica legislativa mais moderna, evoluímos ao ponto de que a importância da diferenciação entre direito subjetivo e direito potestativo não mais se fazia necessária, pois essa diferenciação era utilizada para saber se se tratava de um tipo de prazo ou de outro. Agora, já havendo dispositivos que digam expressamente por quais direitos cabe prescrição, não seria mais preciso ficar diferenciando o que é direito subjetivo e o que é direito potestativo.

Ainda assim, o novo código firmou de uma vez por todas a conceituação da prescrição como a perda da pretensão⁴, não deixando mais qualquer dúvida sobre se saber se a prescrição atingiria o próprio direito ou a pretensão. Enquanto a prescrição conduz à extinção da pretensão, a decadência provoca diretamente a extinção do próprio direito material da parte. Correção, contudo, há de ser feita quando se afirma grosseiramente que a prescrição faz extinguir a pretensão pelo decurso do tempo, afinal, ela apenas atribui ao devedor a faculdade de que possa ele alegá-la, por meio de defesa (exceção), para provocar a neutralização da pretensão exercida pelo credor. Assim, o que inibe a pretensão, de tal sorte, é a exceção de prescrição e não propriamente a prescrição.

Por outro lado, a simples consumação do prazo de aperfeiçoamento da prescrição não faz desaparecer o direito subjetivo, e tampouco anula a pretensão dela emergente, enquanto o obrigado não fizer atuar a exceção respectiva. Simplesmente se conferiu ao devedor uma defesa especial, exercitável em nome da conveniência jurídica de não eternizar as disputas em torno de obrigações que permaneceram inexigidas durante longo tempo⁵. É por isso que Barbosa Moreira, com sua notória acuidade jurídica, conclui que “a prescrição não subtrai arma alguma ao credor: cinge-se a fornecer ao devedor um escudo, do qual se poderá servir-se ou não, a seu talante”.⁶

4 CC/02. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular da pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.57.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Novo Código Civil e o Direito Processual” in **Revista Forense**, v. 364, p.186, *apud* THEODORO JÚNIOR, *op.cit.* p. 58.

A LEI 11.280/06: PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO

A prescrição sempre foi matéria reservada para arguição em defesa, pelo devedor, somente havendo permissão para decretação *ex officio* no caso de direitos não patrimoniais. Portanto, sempre se explicou a inadequação da regra *iura novit curiae* pela circunstância de que a prescrição não é tema apenas de direito, pois envolve necessariamente matéria de fato, razão pela qual pertence exclusivamente às partes.

Deixando de ser oposta a respectiva exceção, não cabia ao juiz a discricionariedade de apreciá-la *ex officio*.

Sem embargo de todo esse longo e laborioso esforço para clarear e precisar a natureza e a linha de separação entre as duas categorias de direito material, em atitude revolucionária, o legislador da Lei nº. 11.280/06 introduziu as seguintes inovações em termos de prescrição:

a) alterou o § 5º do art.219 do CPC, dando-lhe o seguinte enunciado: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

b) Revogou o art.194 do Código Civil, cujo texto dispunha: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.”

Segundo Humberto Theodoro Júnior, o propósito da reforma, de acordo com a Exposição de Motivos do respectivo projeto legislativo, foi claramente o de permitir ao juiz decretar de ofício a prescrição, sem necessidade de provocação das partes, em qualquer caso. Com isso, aproximar-se-iam muito os conceitos de prescrição e decadência, já que deixaríamos de perquirir se o direito abarcado no reconhecimento da prescrição tutelava interesse exclusivamente privado.

A alteração trouxe a preocupação doutrinária de como explicar a possibilidade de o juiz reconhecer a prescrição de ofício, já que ela é instituída com vista a interesses particulares. Com efeito, se algo é construído em bases privatísticas é porque as partes interessadas podem livremente dispor, senão seria deixado ao interesse público. Se as partes podem livremente dispor de seus interesses privados, a princípio não seria coerente que o juiz lhes retirasse a possibilidade de escolher o rumo de seus direitos.

Ademais, passaríamos a entender que a prescrição no direito civil não ataca mais a pretensão, mas o próprio direito material, uma vez que o juiz, ao decretá-la de ofício, retiraria da parte adversa a possibilidade de

fazer remanescer a obrigação a título natural acaso a parte beneficiada pela prescrição não a alegasse. Ou seja, será que o juiz poderia se imiscuir a tal ponto na autonomia da vontade daquele que por questões particulares preferiria renunciar à prescrição para discutir a questão? Isso de alguma forma não afetaria o contraditório cooperativo?

Como conferir ao juiz a decretação da prescrição de ofício, antes da manifestação do titular da pretensão, se somente este tem condições de invocar e demonstrar a ocorrência de alguma causa de interrupção ou suspensão da possível prescrição? Porque será que o legislador não fez a opção de revogar expressamente o art.191 do Código Civil, já que esse dispositivo possibilita a renúncia tácita da prescrição por parte daquele que por ela seria beneficiado? Como ele poderia renunciar a prescrição se ao juiz cabe o dever de decretá-la de ofício?

Esses, portanto, são os dilemas que passaram a atormentar os civilistas e processualistas brasileiros, haja vista o enorme choque ocorrido entre o intento do legislador da Lei nº. 11.280/06 e o sistema da prescrição traçado pelo direito material.

UMA TENTATIVA REVISIONISTA

Inicialmente, vislumbrou-se uma possível alteração na dogmática até então conhecida. Chegou-se a cogitar que a discussão acerca de saber se a prescrição atinge a pretensão ou o próprio direito material é questão de política legislativa e, por isso, poderia ser transmudada de acordo com a opção do legislador.

Fredie Didier alertou para a possibilidade de que o conhecimento *ex officio* da prescrição é uma opção legislativa e não uma exigência teórica⁷, embora não tenha se filiado a uma postura revisionista. Apenas lembrou que a prescrição no âmbito dos direitos penal e tributário sempre pôde ser conhecida de ofício, justamente porque são ramos que trabalham com o direito de punir e com o direito de cobrar, não sendo razoável remanescesse, mesmo após a prescrição, alguma espécie de obrigação natural para com o jurisdicionado beneficiado pela inércia.

Daí que não se deve guardar nenhum resquício após o reconhecimento da prescrição. Por isso que não há mal algum no reconhecimento de ofício pelo juiz, pois não há mesmo porque aguardar o requerimento

7 DIDIER JR. Fredie. **Regras Processuais no Código Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

da parte interessada sob o argumento de que a parte *ex adversa* pudesse ainda se beneficiar com resquício da obrigação natural, se nem mesmo direito existirá ao final do processo.

O problema estaria, portanto, na prescrição civil, em âmbito de direito privado. O cerne é saber se o legislador pretendeu ou não inverter a opção de política para o ramo do direito privado, passando a conceber o instituto da prescrição assim como nos ramos do direito público, em que a prescrição atinge o próprio direito.

Embora seja esse o raciocínio que mais se coadunaria com as tendências modernas do processo, de maior celeridade na prestação jurisdicional e economia processual, não encontrou adesão da doutrina pátria. Isso porque processualistas e civilistas sempre defenderam um arquétipo que inviabilizaria ter a prescrição como uma causa de extinção do direito material do credor.

Pensar que a prescrição não mais atinge a pretensão, mas sim o próprio direito, seria rever toda a sistemática conhecida até agora. No direito privado, sede na qual sempre vigorou a autonomia das vontades, a política legislativa sempre fora diferente. Admitia-se que mesmo sendo patente a prescrição, só deveria ser reconhecida se de vontade do interessado.

Nada obstante, passaremos aqui a elencar alguns argumentos em favor da completa revisão sistemática da prescrição.

Em tese, nada está a impedir que, por questão de política legislativa, tenha passado a prescrição no direito privado também a atingir o próprio direito material. Como dito, a alteração proposta pela Lei 11.280/06 pode significar uma revisão da política legislativa, haja vista que o processo civil caminha a passos largos rumo a uma maior publicização. Prima-se, atualmente, cada vez mais pela duração razoável do processo, bem como pela economia processual e pela efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Começa-se a perceber que o serviço de prestação jurisdicional oferecido pelo Judiciário nada mais é que um serviço administrativo disponibilizado aos cidadãos, e que assim deve ser visto segundo os princípios que norteiam a Administração Pública, notadamente o princípio da eficiência.

Outro ponto a ressaltar é que se o reconhecimento de ofício da prescrição atacar o próprio direito, ainda assim há de se entender que perfeitamente poderia remanescer o interesse do devedor em pagar a

dívida. Com efeito, pagá-la ou não depois de reconhecida a prescrição, seja tal instituto visto como aniquilador da pretensão, seja como do próprio direito, o que determinará o pagamento a *posteriori* será a consciência moral do devedor.

Ademais, o cotidiano do Judiciário demonstra que o suposto devedor que é beneficiado pela prescrição, na maioria dos casos, a alegaria. Afinal, se realmente estivesse inadimplente, seria enormemente beneficiado pela inércia de seu credor. Se não o fosse e por isso quisesse um provimento judicial afirmando tal condição, também estaria satisfeito, pois o provimento da prescrição é com resolução do mérito, isto é, faz coisa julgada e não importa necessariamente em reconhecimento de culpa (da dívida). Portanto, dizer que haverá devedor que não alegará a prescrição seria querer tutelar uma parcela irrisória, o que não faz sentido diante dos outros argumentos mais nobres de celeridade e economia processual.

Demais disso, quanto ao devedor que se esquecesse de alegar a prescrição e acabasse beneficiado pelo reconhecimento de ofício, nada mais se fez senão garantir-lhe que a inércia do autor de pleitear seu direito foi fatal. Ou seja, já que ambos “dormiram”, por opção legislativa, preferiu-se não socorrer aquele que dormiu primeiro – o credor. E, quanto àquele que não alegou a prescrição porque realmente achava que não poderia ser devedor e por isso queria, com o processo, tirar a limpo tal condição, que procure sua certeza nas suas convicções, pois o Judiciário não é órgão de consulta.

Com base nesse contexto de argumentos pró-revisionismo é que poderia ser cogitado de eventual revogação tácita do art. 191 do Código Civil⁸, o qual permite ainda a possibilidade de renúncia da prescrição por parte do devedor. Não faria mais qualquer sentido, diante das ideias aqui expostas, a coexistência de tal permissão, sob pena de desconfigurar a reforma pretendida com a alteração do art. 219, § 5º do CPC e a revogação do art. 194 do CC.

A MANUTENÇÃO DA VELHA SISTEMÁTICA

Pode-se dizer que a esmagadora doutrina pátria passou a defender fervorosamente a velha sistemática da prescrição contra o burburinho re-

⁸ CC/02. 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.

formador que surgia, criticando com veemência a atitude do *novel* legislador ao instaurar a possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz.

Humberto Theodoro Júnior falou em “enorme estrago que a açodada lei processual reformadora poderia acarretar no sistema material da prescrição”; Elpídio Donizetti disse “que nenhum juiz, em sã consciência, aplicará tal regra, porquanto fere princípios que norteiam a atividade jurisdicional, sobretudo o princípio da inércia”; outros doutrinadores foram menos radicais, apenas sugerindo soluções que compatibilizariam a reforma envidada com o sistema clássico reconhecido.

Como ponto nodal dessa visão conservadora e tradicionalista, destacamos como argumento inicial o fato de que o art. 194 do Código Civil, agora revogado, não criava privilégio para o devedor nem benesse para o credor, tampouco restringia aleatoriamente os poderes do juiz, ao vedar sua iniciativa em matéria de aplicação dos efeitos extintivos da prescrição. A interdição do decreto *ex officio* da prescrição decorria, lógica e necessariamente, da própria natureza do instituto, isto é, daquela mesma natureza que lhe conferia a qualidade de remédio de defesa (exceção), livremente disponível.⁹

Assim, se ao juiz, portanto, se passa a conferir o poder de aplicar, de ofício, a prescrição no campo dos direitos patrimoniais disponíveis, simplesmente se terá abolido o caráter de defesa e facultatividade que a história do direito milenarmente construiu para a importante figura jurídica da prescrição. Seria como permitir que o juiz passasse sobre a vontade do devedor de não arguir a prescrição, o que acarretaria a abolição do direito potestativo previsto no art.191 do Código Civil e a conseqüente desestruturação do sistema prescricional do direito privado, consagrado em base universal.

Com efeito, se cabe ao devedor renunciar à prescrição já consumada, de forma expressa ou tácita¹⁰; se a parte a quem aproveita a prescrição pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição¹¹; se o devedor não pode reaver o que houver pago para solver dívida prescrita¹²; se o credor,

9 THEODORO JÚNIOR, *op.cit.*, p.59.

10 CC/02. 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.

11 CC/02. Art.193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

12 CC/02. Art.882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

na hipótese de prescrição decretada, ficará desincumbido de arcar com o dobro da dívida prescrita que pleiteou¹³, a conclusão a que se chega é a de que o sistema do Código Civil está todo comprometido com a livre disponibilidade da prescrição.

Diante desse contexto, seria desastroso afirmar, assim como se pretendeu a inovação legislativa da Lei 11.280/06, que não só o art. 191 do Código Civil estaria revogado, mas vários outros dispositivos do diploma civil, como os artigos 193, 882 e 940.

Portanto, mantém-se a concepção tradicional de que somente por força da vontade autônoma do beneficiário da prescrição é que esta será anulada.

A revogação pura e simples do art.194 do Código Civil não conduz à automática implantação de uma regra em sentido contrário, se se atentar para o enfoque lógico, histórico, sistemático e teleológico da regulamentação da prescrição como um todo. Não será apenas pelo fato de eliminar a regra que expressamente proibia o juiz de declarar a prescrição *ex officio* que se terá de entender que terá sido instituída a possibilidade de fazê-lo, sempre, sem provocação da parte interessada.

Como visto, existe todo um sistema de direito material que não autoriza a imediata extinção do direito do credor. Veja, por exemplo, que com o art. 882 do Código Civil realmente fica difícil sustentar que se inverteu a política legislativa para que a prescrição no direito privado passasse a atingir o próprio direito. Ele consagra o fato de que o devedor que não alega a prescrição e resolve pagar a dívida prescrita o faz a título de obrigação natural, não podendo, por isso, cobrar de volta o que pagou, pois não se considera um pagamento indevido. Afinal, a sentença que eventualmente ignore a prescrição não seria propriamente injusta, pois ainda persiste existente o direito subjetivo.

É nessa linha, por conseguinte, que se conclui que a natureza jurídica do instituto da prescrição é, inquestionavelmente, a de uma exceção de direito material, quer se mantenha ou não a disposição do art.194 da lei substancial. Daí a irrelevância da sua supressão se o caráter de exceção se conserva íntegro na disciplina global e sistemática da prescrição. Basicamente, não se permite ao magistrado o conhecimento de ofício de exceções substanciais por serem elas espécie de contradireito do réu em

13 CC/02. Art.940. Aquele que demandar (...) ou pedir mais do que for devido ficará obrigado a pagar ao devedor (...) o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

face do autor e, como o contradireito pode ser objeto de demanda autônoma, uma investida do juiz significaria invariavelmente uma ofensa ao princípio da demanda.¹⁴

O propósito do novel legislador não foi a alteração da natureza jurídica da prescrição de exceção de direito material para uma modalidade de extinção da obrigação, mas sim apenas visou à aceleração sistemática dos processos. Por isso que Elpídio Donizetti é enfático quando afirma que:¹⁵

Na incessante busca pela celeridade, o legislador estabeleceu mais uma exceção aos princípios da demanda, do dispositivo e da congruência, entre outros, prevendo a ingerência estatal, sem a provocação do interessado, em questão de direito material disponível. Nos últimos tempos, o que se vê, em nome dos mais diversos interesses, nem sempre justificáveis, é a nulificação da autonomia privada pela intervenção estatal. Não obstante o empenho de se imprimir maior celeridade ao processo, nada justifica a interferência do juiz, sem qualquer provocação, a fim de declarar a perda de pretensão de exigir o direito violado do devedor relapso. Somente a preocupação exacerbada com a conclusão do processo, como se a efetividade tivesse apenas a dimensão temporal, explica o injustificável: a proteção ao mau pagador.

Com base nisso tudo, também, é que Humberto Theodoro é preciso ao concluir que no plano sistemático e teleológico do direito positivo, a debilitação, e não a extinção, é a única explicação aceitável para a postura legal que assegura a renunciabilidade da prescrição pelo devedor, legítimo detentor do controle da conveniência ou não de fazê-la atuar no caso concreto.

Ademais, o juiz não teria mesmo condições seguras para, de ofício, decretar a prescrição, já que inúmeras situações de fato redundam em suspensão ou interrupção da prescrição, e só o credor está em condições de invocá-las e demonstrá-las. Admitir que o juiz agisse à revelia do credor e do devedor é dizer que pode conhecer situação fática sem qualquer ale-

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, *op.cit.*, p.64.

¹⁵ DONIZETTI, Elpídio. *A Última Onda Reformadora do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

gação das partes, o que põe o juiz em posição flagrantemente violadora da inércia. Por isso é que uma das mais sensíveis diferenças entre prescrição e decadência reside no princípio de que, enquanto a prescrição é naturalmente sujeita à suspensão e interrupção, a decadência não sofre por quaisquer desses eventos.

Portanto, há um aparente conflito entre o clássico sistema da prescrição e a reforma envidada, o que certamente precisará de uma interpretação sistêmica, histórica e teleológica para solucioná-lo.

APLICANDO A INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Tendo em vista o evidente contrassenso trazido com a reforma proporcionada pela Lei 11.280/06, mister se reconhecer que a inovação legislativa, acarretada pela revogação do art.194 do Código Civil e pela alteração do art. 219, § 5º do CPC, apenas ganhará espaço no mundo jurídico após uma necessária interpretação legislativa segundo os critérios da hermenêutica.

Vários foram os doutrinadores que buscaram coadunar o novo ideário de celeridade processual no reconhecimento da prescrição e o tradicional sistema para o seu conhecimento, tendo-se que todos eles seguiram uma orientação aproximada, senão vejamos:

Gustavo Tepedino, por exemplo, diz que a prescrição só pode ser decretada de plano se houver elementos suficientes que comprovem, ainda ao tempo da inicial, que ocorreu o fato jurídico prescricional. Sempre que pairar qualquer dúvida sobre a ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, o magistrado deve aguardar e formar melhor a sua convicção, não se prestando a prescrição adequadamente à hipótese da improcedência de plano, até porque recomenda o legislador que a mesma seja aplicada quando a questão for unicamente de direito, o que não é o caso da prescrição. Além disso, vale lembrar que, conquanto tenha sido introduzido o reconhecimento de ofício da prescrição, não houve extinção da renúncia à prescrição. Resultam disso duas consequências: a primeira, que se na resposta do réu houver renúncia à prescrição, deve prosseguir a ação, e que não pode haver suprimento judicial, valendo a renúncia, e não o reconhecimento de ofício; a segunda, que se o ajuizamento de uma ação, por si só, importar em renúncia à prescrição, não é

possível o reconhecimento de ofício. Isso ocorrerá, por exemplo, na ação de consignação em pagamento.¹⁶

Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues escreveram obra alegando, em síntese, que não obstante o silêncio do texto normativo, o magistrado deve, antes de pronunciar *ex officio* a prescrição, em homenagem à garantia do contraditório e respeitando o processo cooperativo, ouvir o demandante sobre a questão. Andaria melhor o legislador se repetisse a regra constante na Lei de Execução Fiscal, que expressamente prevê o respeito ao contraditório, não obstante se trate de questão que possa ser conhecida de ofício pelo magistrado. Em razão disso, permanece em vigor o art.191 do CC, que permite expressamente a possibilidade de renúncia da prescrição. A não arguição consumada é uma forma de renúncia. A regra do § 5º do art. 219 do CPC deve ser aplicada apenas antes da citação do réu, no momento de exame da petição inicial. Após a apresentação da resposta pelo réu, o magistrado deve esperar a sua provocação. Se a matéria é disponível, não há sentido em conferir-se ao magistrado o poder de exercitar um direito pelo réu, que, estando e podendo exercê-lo, não o exerceu. A possibilidade de renúncia da prescrição também é um direito do demandado e deve, pois, ser respeitado. Seria excessivo poder de intervenção estatal na esfera privada, autoritarismo processual que não se pode admitir. Parece que essa é a única interpretação que compatibiliza as regras materiais (arts. 191 e 882 do CC, principalmente) e processuais (art. 219, § 5º do CPC) da prescrição.¹⁷

Didier, em seu manual, alega que a regra do art. 219, § 5º do CPC, dever ser aplicada, em nenhuma hipótese, em sentido desfavorável àqueles sujeitos protegidos constitucionalmente (consumidor, índio, idoso, trabalhador). Lembra, ainda, que a aplicação de tal regra só faz sentido quando se tratar de reconhecimento de prescrição que envolva direitos indisponíveis. Por fim, faz uma comparação com outra inovação recente trazida ao bojo do art. 112, parágrafo único, do CPC, que contém semelhante identidade de *ratio*, e por isso permite analogia. Afinal, cuida também de norma protetiva do réu com o objetivo de defendê-lo da dificul-

16 TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 457-459.

17 JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39-41.

dade de atuar num processo em que o foro determinado em contrato de adesão lhe seja desfavorável.¹⁸

Luiz Rodrigues Wambier caminha no mesmo sentido quando afirma que a solução reside em o juiz, ao constatar de ofício o decurso do prazo prescricional, antes de decretar a prescrição, abrir vistas às partes, intimando-as de sua constatação. Nesse momento, se desejar, o réu poderá noticiar sua renúncia à prescrição – hipótese em que o juiz estará impedido de decretá-la. Ainda quando não houver a renúncia, tal prévia concessão de vista às partes permitirá também que o próprio autor, se for o caso, aduza razões que convençam o juiz de que, ao contrário de sua impressão inicial, não houve ainda o decurso do prazo de prescrição.¹⁹

Gustavo Tepedino, em obra conjunta com Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza, aduz que a solução legislativa atual, embora criticável do ponto de vista dogmático, prestigia a celeridade na solução dos litígios judiciais, permitindo que o juiz decrete de plano a prescrição, sem depender da arguição da parte. De todo modo, diz que a conservação do direito pelo credor e, em consequência, do poder de exigí-lo, decorre da admissão de renúncia à prescrição pelo devedor, que pode manifestá-la expressa ou tacitamente, antes ou após a citação judicial. A rigor, portanto, não perde o autor, com a prescrição, o poder de exigir. Com o decurso do prazo prescricional, é dado ao réu neutralizar a pretensão do autor, opondo-se a ela, devendo o juiz, uma vez constatada a procedência da defesa, extinguir o processo.²⁰

Nessa direção, comenta sobre o enunciado 295, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil (2006), promovida pelo Centro de Estudos Judiciário do Conselho de Justiça Federal, conforme transcrito *in verbis*:

295 – Art. 191. A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei nº 11.280/06, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.

18 DIDER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento**, v.1, 10ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 440-446.

19 WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Curso Avançado de processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, v.1, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007, p. 292.

20 TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, v.1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 356-357.

Yussef Said Cahali também diz que Teresa Arruda Alvim Wambier entende que o pronunciamento judicial deve ser de provocação do réu para que este se manifeste dizendo se pretende ou não renunciar a esse direito, conforme dispõe o art.191 do CC, não revogado. Continua, alegando que conquanto razoável essa providência, a questão se desloca para os efeitos da manifestação do réu, pois se o demandado, instado, declarar que não pretende renunciar à prescrição, implicitamente estará pretendendo o seu reconhecimento, e já então não será decretada de ofício, restando a questão para o caso de ausência de manifestação ou de manifestação contrária ao decreto prescricional.²¹

CONCLUSÕES

Segundo a doutrina majoritária que comenta a referida inovação legislativa, conclui-se que houve um equívoco ideológico de premissa da reforma.

Com efeito, todos sabem que o direito de ação se manteve na esfera da autonomia da vontade²², deixando-se ao juiz o comando do movimento do processo rumo ao provimento postulado²³. Tendo sido imputado ao juiz não apenas o comando do processo, mas o dever de velar pela rápida solução do litígio, pensou-se que, ampliando cada vez mais a interferência autoritária do juiz, poder-se-ia superar a enorme e crônica morosidade da prestação jurisdicional. Nessa esteira, as últimas reformas processuais concentraram-se no incremento da iniciativa judicial e na redução da autonomia das partes. Com isso, predicamentos preciosos como o contraditório e o papel exclusivo desempenhado no diálogo entre as partes foram desprezados, trazendo-se inovações arrojadas que olvidaram que o maior interesse na composição do litígio pertence às partes.²⁴

É como se ninguém soubesse que a morosidade da Justiça pouco tem a ver com os procedimentos da lei, mas se deve mais ao anacronismo dos serviços forenses e à indiferença dos que neles operam pelas modernas técnicas de administração.

21 CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 1ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43-44.

22 CPC, art.2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

23 CPC, art.262. O processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

24 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento e Processo de Conhecimento**, v.1. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 356-359.

O que acontece, portanto, é que o legislador reformista parte de premissas equivocadas, em profundo desvio ideológico, na tentativa de buscar celeridade e economia processual, mas esquece que não será concedendo excessivo poder autoritário ao juiz na condução do processo que restaurará o tempo ideal para uma tomada de decisão justa. Afinal, sabe-se que o que provoca a enorme duração do processo são os chamados “tempos mortos” – aquelas etapas entremeadas no curso do processo que condenam os processos à hibernação nos escaninhos das secretarias do juízo ou do gabinete dos juízes.

Foi nesse quadro que a Lei 11.280/06 simplesmente passou por cima da autonomia da vontade, quebrando um sistema cujo núcleo nem se situa no direito processual, mas no direito material, em que reconhecidamente não predomina a ordem pública, mas sim prevalece a liberdade do titular de faculdade de caráter nitidamente privado. A simples celeridade processual não justifica tamanha supressão da iniciativa individual. A publicização do direito processual não significa a extinção do traço da autonomia privada no direito material. A vontade das partes é muito importante para delinear o rumo e o destino do debate processual, sem a qual, certamente, nos distanciaríamos do Estado Democrático de Direito, que hoje, mais do que nunca, prima pelo contraditório cooperativo.

Portanto, como bem apontado por Humberto Theodoro, a Lei 11.280/06 inadvertidamente relegou a nada a vontade daquele sob cuja autonomia a lei material deposita o poder de invocar e dispor livremente de uma exceção que a mais ninguém diz respeito.

Conclui-se, pois, diante dos princípios de hermenêutica que preconizam a compreensão das normas legais, que a revogação do art. 194 do Código Civil por uma lei de reforma do Código de Processo não quebra o conceito e a natureza do instituto da prescrição. Afinal, como vimos, a sistemática do regime normativo substancial da prescrição se sustenta com o mecanismo da *exceção*, manejável pelo devedor, caso a caso, segundo suas conveniências e na oportunidade que lhe aprouver, conforme os artigos 191 e 193 do Código Civil.

Ademais, a decretação autoritária e sumária da prescrição, sem a necessária provocação da parte, ofende a garantia do devido processo legal por não respeitar interesses do credor, já que o surpreende sem lhe dar oportunidade de adequada demonstração das objeções que legalmente possa opor a uma causa extintiva que não é automática e que, em,

regra, envolve complexos elementos fáticos. Outrossim, também surpreende o devedor na medida em que lhe impõe o reconhecimento de uma obrigação (dívida) e uma exoneração que nem sempre correspondem a seus desígnios éticos e jurídicos.

Por isso que Humberto Theodoro e Fredie Didier entendem que o conhecimento de ofício da prescrição somente deve ocorrer nos casos em que a lei material considere indisponível o direito patrimonial ou quando a própria lei material determine a aplicação *ex officio*, como ocorre na Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80, art. 40, § 4º).

Contudo, como bem vimos no tópico anterior, outras soluções plausíveis são cogitadas pelos doutrinadores, de modo que também restem abarcados pela inovação da Lei nº. 11.280/06 os direitos patrimoniais disponíveis. Tanto assim que se fala em abrir vistas às partes ao constatar o juiz o decurso do prazo prescricional. Daí, nesse momento, se desejar, o réu poderá noticiar sua renúncia à prescrição – hipótese em que o juiz estará impedido de decretá-la. Ainda quando não houver a renúncia, tal prévia concessão de vista às partes permitirá também que o próprio autor, se for o caso, aduza razões que convençam o juiz de que, ao contrário de sua impressão inicial, não houve ainda o decurso do prazo de prescrição.²⁵

Com isso, embora seja fascinante e indicativa a postura revisionista diante das alterações legislativas envidadas pela Lei nº. 11.280/06, parece que a ela não aderiu a doutrina pátria, sendo cedo ainda para se delinear que rumo a jurisprudência pátria consolidará. Fato é que, pelo menos por enquanto, há alguns julgados indicativos no STJ no sentido aparente de se adotar a postura revisionista, senão vejamos:

(...)

3. Empós, a 1ª Turma do STJ reconsiderou seu entendimento no sentido de que o nosso ordenamento jurídico material e formal não admite, em se tratando de direitos patrimoniais, a decretação, de ofício, da prescrição.

4. Correlatamente, o art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 foi alterado pela Lei nº 11.051/04, passando a vigorar desta forma: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pú-

25 WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Op.cit.*, p. 292.

blica, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.”

5. Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16/02/06, com vigência a partir de 17/05/06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a vigor com a seguinte redação: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

6. Id est, para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, ipso facto, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição.

7. Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias. In casu, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual.

(...)

(REsp 1036756 – Relator: Ministro Humberto Martins; Data da Publicação: 02/04/2008)²⁶

Porém, não se pode afirmar com absoluta certeza que essa desnecessidade de se consultar o credor será ponto pacífico, afinal, a quase totalidade dos julgados consultados no âmbito da Corte Especial que enfrenta o tema o faz apenas em sede de direito tributário, o qual sabemos, como já vimos, tratar de ramo de direito em que a prescrição, por opção legislativa, ataca o próprio direito, sendo certo que a não consulta às partes não ensejaria maiores problemas como o discorrido acerca do direito civil. Ademais, essas decisões, pela natureza do direito em jogo, nem mesmo tocam na intimação do devedor.

²⁶ Julgado consultado em 06.06.2009, no endereço eletrônico oficial do Superior Tribunal de Justiça <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoaes/doc>, o qual se tem como paradigma a vários outros.

Por fim, certo é que enquanto não se define com precisão qual será a linha que seguirá os Tribunais do país, mais coerente é permanecer com o sistema clássico de adesão universal e milenar, qual seja o regime privado que norteia as relações entre os indivíduos, pautado na autonomia da vontade e na pacificação dos conflitos jurídicos segundo o interesse das partes litigantes. Assim pelo menos é como se posiciona a esmagadora opinião dos especialistas na matéria. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito processual civil**. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v.1.

CHAVES, Cristiano & ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil - Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR. Fredie. **Regras Processuais no Código Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 10ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, v.1.

DONIZETTI, Elpídio. **A Última Onda Reformadora do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9ª ed. rev., ampl. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007.

_____. ; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento e Processo de Conhecimento**. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, v. 1.