

A prescrição e a sua decretação de ofício pelo juiz

Wellington Luzia Teixeira

Advogado militante. Mestre e Doutorando (DI) em processo pela PUC/MG. Professor de Direito Processual Civil. Diretor do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e Assessor Técnico da Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais.

SUMÁRIO: 1) Introdução – 2) As novidades trazidas pela Lei 11.280/2006 - 3) O que é atingido pela prescrição? – 4) Pode o juiz decretar de ofício a prescrição? – 5) Conclusões – 6) Bibliografia.

1 - Introdução –

O presente artigo objetiva analisar as recentes alterações do Código Civil de 2002 e, mais especificamente, as inovações trazidas pela Lei 11.280/2006 que alterou o § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, permitindo ao juiz reconhecer de ofício a prescrição independentemente da natureza da pretensão, se patrimonial e disponível ou de caráter indisponível.

Objetiva-se, ainda, através do presente estudo, analisar se houve ou não uma nova definição de prescrição no nosso direito civil, com as alterações acima relatadas e se, através delas, o direito processual civil, também afetado pela novel legislação, foi aperfeiçoado ou, ao revés, o que ocorreu foi uma abrupta mudança na histórica definição do instituto da prescrição sempre entendida, desde o direito romano, como uma faculdade conferida ao devedor de opor exceção ao seu credor.

Analisar-se-á, também, se a mudança trará algum efeito prático na vida privada dos litigantes ou se é apenas mais uma indesejada alteração processual visando esvaziar os escaninhos forenses, a qualquer custo, com as sempre e já cansadas justificativas de celeridade processual e pacificação social, que partem do equivocado entendimento de que o processo é regido por escopos metajurídicos.

2 - AS NOVIDADES TRAZIDAS PELA LEI 11.280/2006

A Lei nº 11.280/06 alterou a redação do artigo 219, § 5, do Código de Processo Civil, que dispunha até então: “§5º Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”. O novo dispositivo passou a ter a seguinte redação: “§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Outra novidade trazida pela lei em comento foi a revogação do artigo 194 do Código Civil, que rezava: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

Percebe-se, antemão, a significativa mudança introduzida pela lei no nosso ordenamento jurídico: antes da Lei 11.280/06, a prescrição não podia ser reconhecida de ofício, salvo para proteger interesse de absolutamente incapaz. Agora ela pode ser reconhecida pelo juiz independentemente de alegação da parte ou da natureza da pretensão perseguida, se de direito patrimonial ou não.

3 – O QUE É ATINGIDO PELA PRESCRIÇÃO?

O novo Código Civil brasileiro, ao contrário do anterior, conceituou, com acerto, a prescrição como a perda da *pretensão* (art. 189) conceituação esta que se aproxima, e muito, da *actio* romana, já que a prescrição não atinge o direito

material do credor. Na verdade, a prescrição apenas faculta ao devedor resistir à pretensão do credor, exercida de forma extemporânea.

Daí porque

“... tornou-se mais prática, mais funcional e efetiva a diferenciação entre prescrição e decadência, pois, enquanto a prescrição conduz à extinção da pretensão (ação em sentido material, e não processual), a decadência provoca diretamente a extinção do próprio direito material da parte e apenas reflexamente atinge a ação de direito material que o instrumentalizava, enquanto eficaz”.¹

A prescrição vem definida no nosso direito no artigo 189 do Código Civil com os seguintes dizeres: *“Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição”*.

Destarte, podemos concluir que a violação de um direito subjetivo faz nascer para o seu titular a pretensão, que é o direito (sentido lato) de exigir do devedor a prestação (sentido lato). Não exercida no prazo legal, ocorre a prescrição que não elimina o direito subjetivo material do credor. Ela cria para o devedor a faculdade de promover a exceção que fulminará com a pretensão do credor. No entanto, mesmo depois da exceção ter sido manejada e deferida se o devedor efetuar o pagamento ou renunciar aos efeitos da prescrição ocorrida nada acontecerá no mundo exterior, já que a lei só prevê a possibilidade da renúncia à prescrição somente após ocorrida (artigo 191) e não são repetíveis os pagamentos realizados sobre obrigação prescrita (artigo 882). Daí porque, com acerto, *“considera-se, antes de tudo, que prescrição é tema de mérito da ação (do que não cabe duvidar, em face do art. 269, IV, CPC). Tenha-se cuidado, entretanto, para não dizer, de maneira simplista, que prescrição é integrante do direito material, pelo fato de interessar à pretensão (repetindo, mecanicamente, o art. 189, Código Civil). Porque, extinto o processo (hoje, a fase de cognição) com julgamento do mérito, a*

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *in A exceção de Prescrição no Processo Civil. Impugnação do Devedor e Decretação de Ofício pelo Juiz*, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Vol. 41, pág. 72.

*pretensão estará extinta – o que não deve equivaler a extinção do processo (hoje da cognição) com extinção do direito material”.*²

Então é de se perguntar: qual o efeito prático pretendido pela alteração introduzida pela Lei 11.280/2006 ao permitir que o juiz decrete a prescrição de ofício?

Resposta: esvaziar, a qualquer custo, os escaninhos forenses abarrotados de autos cuja pretensão já pode estar prescrita (ou evitar, no seu nascedouro, a tramitação de outros), em busca das surradas justificativas de celeridade e economia processual. Prova é tanto que o relator do projeto legislativo na Câmara dos Deputados, Deputado Maurício Rands assim manifestou-se sobre a sua viabilidade jurídica:

“Igualmente conveniente é a norma do art. 219, § 5º, do CPC, que permite o reconhecimento ex officio da prescrição, ainda que se trate de direitos patrimoniais. O Código Civil, no artigo 194, ora revogado, já ampliava essa possibilidade quando a prescrição favorecesse o absolutamente incapaz, de forma que a doutrina entendia derogado o referido § 5º, do artigo 219, do CPC. Agora permite-se que o juiz reconheça, de ofício, a prescrição, independentemente da natureza dos direitos em litígio e da capacidade das partes. A providência é salutar, uma vez que, podendo a prescrição ser alegada em qualquer grau de jurisdição (artigo 193 do Código Civil), não raro o seu reconhecimento tardio ocasionava a tramitação inócua do processo, gerando uma extinção do feito que poderia ter ocorrido muito antes (art. 269, IV, CPC).

Do mesmo modo, economia e celeridade processual foram os argumentos encontrados pelo Senador Aluísio Mercadante para viabilizar a aprovação do projeto no Senado Federal.³ Opinou sem saber que a Lei jamais

² RODRIGUES VIEIRA, José Marcos, *in A Singularidade Interruptiva da Prescrição Civil*, Processo Civil Reformado, Coord. Ronaldo Brêtas e Luciana Diniz Nepomuceno, Ed. DelRey, BH, 2007, pág.108.

³ “ O projeto também altera o §5º do art. 219 do Código de Processo Civil, para fixar a regra que permite ao juiz conhecer da prescrição, independentemente da provação das partes. Este dispositivo é complementado pela revogação do artigo 194 do Código Civil. Esta medida acabará com as restrições impostas ao conhecimento da prescrição, de ofício, pelo magistrado, contribuindo para a

cogitou de ter na prescrição causa de extinção do direito material do credor, como pode-se verificar das suas razões para recomendar a aprovação do projeto. Lamentável!

A melhor doutrina já havia observado o comportamento casuístico do legislador:

“O mesmo raciocínio equivocado se faz presente na reforma do CPC, com que a Lei 11.280/06 pretendeu acelerar a solução das causas com a pretensa outorga de poderes ao juiz para decretá-la, sumariamente e ex officio, a prescrição, sem qualquer ressalva nem mesmo para os casos de direitos puramente patrimoniais e disponíveis. Com isso, passa-se por cima da própria natureza de direitos e interesses situados, substancialmente, no âmbito da autonomia da vontade, quebrando-se um sistema cujo núcleo nem se situa no direito processual, mas no direito material, em que reconhecidamente não predomina a ordem pública e deve prevalecer, com soberania a liberdade do titular de faculdade de caráter nitidamente privado. A simples celeridade processual não justifica tamanha supressão da iniciativa individual.”⁴

Promulgada a Lei, ainda é de se perguntar:

4 – PODE O JUIZ DECRETAR DE OFÍCIO A PRESCRIÇÃO?

Do ponto de vista legal, não há dúvida! Pode agora o juiz decretar, de ofício, a prescrição, sobre qualquer tipo de pretensão.

Entretanto, comungo com a posição e corroboro, às inteiras, a indignação de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, quando ele afirmou “*que o legislador brasileiro, agora, perdeu totalmente o juízo*”.⁵

redução da morosidade processual, uma vez que impedirá a prática de atos desnecessários naquelas demandas em que o direito material controvertido já foi fulminado pela prescrição”. (sic)

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, obra citada, pág. 82/83.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, *in* Reconhecimento de Ofício da Prescrição: Uma Reforma Descabeçada e Inócua, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Vol. 43, pág. 110.

E por quê perdeu? Porque a prescrição é uma posição privada, ou seja, interessa apenas ao particular não podendo o Estado nela intervir, já que refere-se a direitos patrimoniais disponíveis. Não pode o juiz decretá-la de ofício, sob pena de subverter a milenar construção doutrinária e jurisprudencial sobre o instituto da prescrição, com os singelos e cômodos argumentos do legislador de celeridade e economia processual. Subversão esta que, agora, parece igualar a prescrição à decadência que o novo Código, após anos e anos de indefinição doutrinária e jurisprudencial, soube muito bem dividir. Assim, a possibilidade do juiz decretar a prescrição de ofício, sem nenhuma ressalva, acabou por baralhar instituição de direito privado (prescrição) com instituição de direito público (decadência). Nos dizeres de Miguel Reale:

“...existem dois fatores a distinguir o Direito Público do Direito Privado. O primeiro leva em conta o conteúdo da norma; o outro atenta ao aspecto formal da relação jurídica. Logo, considerando o seu conteúdo, as normas privadas são aquelas que regulamentam interesses particulares, enquanto as públicas são aquelas que visam ao interesse geral. No tocante ao aspecto formal, se a relação é de coordenação, tem-se Direito Privado; se a relação é de subordinação, trata-se do Direito Público”⁶

Destarte, com a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prescrição independentemente da natureza da pretensão, eis que a norma não fez nenhuma ressalva, poderia os menos avisados concluir que a prescrição passou a ser considerada matéria de ordem pública da mesma forma que a decadência. Entretanto:

“...não se chegou ao ponto de transformar a prescrição em decadência. A prescrição continua deixando incólume o direito subjetivo. Continua sendo possível a renúncia à prescrição (Código Civil, art. 191), sendo nula, porém, a renúncia à decadência, quando decorrente de lei (Código Civil, art. 209). Não pode ser decretada de ofício a decadência, quando convencional (Código Civil, art. 211).”⁷

⁶ REALE, Miguel, *Lições de direito I*. Ed. Saraiva, São Paulo. 11^a. Ed. 1984, pág. 336.

⁷ TESHEINER, José Maria. *In Prescrição – Decretação de ofício* – Disponível em: www.tex.pro.br

Outro problema trazido pela nova legislação foi o fato de ter permitido ao juiz decretar a prescrição de ofício, sem retirar do devedor a possibilidade de a ela renunciar, como já salientou o mestre:

*“Como se haverá de conciliar o novo poder do juiz, delineado a partir da revogação do art. 194 do Código Civil, com a faculdade de renúncia à exceção de prescrição que o art. 191 conserva para o devedor, mesmo depois de consumado o lapso prescricional? Se essa renúncia pode se tácita, como quer a lei, basta ao devedor não opor a exceção, quando demandado pelo credor, para se tê-lo como renunciante aos favores da prescrição extintiva”.*⁸

Em outras palavras, mas no mesmo sentido: a nova lei conferiu ao juiz o poder de decretar a prescrição de ofício, mas não retirou do devedor a faculdade de a ela renunciar, ou seja, em matéria de prescrição o direito civil brasileiro restou incoerente. Situação esta que, ao nosso sentir, cria para o juiz a obrigatoriedade de determinar a citação do devedor antes de decretar a prescrição, porque poderá esse dela renunciar. Não o fazendo, *data venia*, estará negando vigência ao artigo 191 do Código Civil, que permite, de forma categórica, aquela renúncia, o que viabilizará futura interposição de recurso especial.

Por falar em recurso especial, vejamos a seguinte situação, perfeitamente possível de ocorrer: demandado, o devedor não alega a prescrição. O juiz, por sua vez, não percebe que a pretensão está prescrita e julga procedente o pedido. O devedor, por algum motivo, apela da decisão e o tribunal, por seu turno, não percebe que a prescrição já aniquilou a pretensão e mantém a sentença. Pergunta-se: poderá o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, conhecer da prescrição não discutida nas instâncias ordinárias mas alegada naquele recurso?

Acreditamos que sim, em face da regra contida no artigo 193 do Código Civil que determina *que a prescrição pode ser alegada, em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita*. No entanto, não é este o posicionamento daquela Corte que vem decidindo, *verbis*:

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, obra citada, pág. 76.

**PRESCRIÇÃO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA –
PREQUESTIONAMENTO – NECESSIDADE.**

1 – Omissis.

2 - A prescrição, mesmo sendo matéria de ordem pública, não prescinde do prequestionamento para ser analisada em sede de recurso especial. A alteração promovida pela Lei 11.280/2006, o artigo 219, § 5º, do CPC, a qual estabelece que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, não tem o condão de afastar a exigência do prequestionamento, na medida em que esse requisito de admissibilidade, próprio das vias extraordinárias, tem esteio constitucional.

3- Omissis.

STJ – Resp 823.784/RN, 5ª. T. Rel. Min. Laurita Vaz. Em 15.08.2006.

Estranha posição jurídica esta, *permissa venia!* Entre aplicar o direito, como manda a lei de forma expressa, ou seja, decretar a prescrição de ofício, preferiu o Superior Tribunal de Justiça apegar-se à forma e negar o direito, formalismo esse inúmeras outras vezes por ele criticado, sob o argumento de que o *processo não é o fim em si mesmo e sim um meio de buscar a justiça*. Ora, se assim o é, por quê então não foi abandonada a forma dando-se preferência ao direito com a decretação da prescrição? E mais: no exemplo dado, não seria o caso, então, de responsabilização do órgão judiciário por culpa do agente julgador? É que tanto o juiz como os desembargadores que, em tese, atuaram no feito demonstraram desconhecimento ou despreparo no ato de julgar e, com isso, provocaram danos ao devedor que, no exemplo dado, terá que pagar por uma dívida prescrita quando eles, os julgadores, deveriam, por lei, ter reconhecido aquela prescrição. Sob a responsabilização do judiciário por dolo ou culpa, colhe-se a lapidar lição:

“Os erros judiciários têm origem em múltiplas situações apreendidas em razão do que ordinariamente acontece na conturbada atividade forense, as quais, segundo observamos, assim podem ser agrupadas e resumidas:

a)omissis;

b) culpa do agente público julgador, nas situações em que há imperícia (obtusidade ou despreparo técnico), ou negligência (desatenção ou desídia) ou ambas, desconhecendo o juiz o direito a ser aplicado no caso concreto em julgamento ou o

interpretando mal, ou, ainda, proferindo decisão no processo sem qualquer sustentação nas fontes normativas do ordenamento jurídico, leviano na valoração das provas produzidas no processo, fazendo-o superficialmente ou sob erronia tosca, de sorte que os fatos da causa fiquem truncados na decisão, admitindo fatos inexistentes, porque não confortados pelas provas produzidas, ou considerando inexistentes fatos provados, tudo isso em olvido ao princípio constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais, desconsiderando os agentes públicos julgadores as argumentações fáticas e jurídicas desenvolvidas em contraditório pelas partes, deixando de analisá-las cuidadosamente e não lhes dando adequada solução técnica;

c)omissis;

d)omissis;⁹

Outro aspecto, ao nosso sentir, inibidor da decretação da prescrição de ofício pelo juiz é o fato de que não são fatais os prazos previstos na legislação para a perda da pretensão, vale dizer, existem inúmeras situações de fato e de direito que levam à suspensão ou interrupção da prescrição, previstas nos arts. 197 a 204, do Código Civil. Vale dizer, existem, ou podem existir, situações de fato ou de direito, alheias ao conhecimento do julgador e de conhecimento das partes, que podem inibir a perda da prescrição. Sendo assim, como poderá o juiz, com segurança, decretar a prescrição de ofício? Daí porque, em linhas anteriores, afirmamos que o juiz só deve decretar a prescrição de ofício após a regular formação do processo com a citação válida, exatamente para oportunizar à parte alegar alguma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, por ele (juiz) desconhecida. Isto partindo do princípio que essa prerrogativa dada ao julgador irá permanecer no nosso ordenamento jurídico, o que espero que não aconteça pelos motivos que passo, agora, a defender.

Tenho para mim que o § 5º, do artigo 219, do CPC que permite ao juiz decretar a prescrição de ofício, sem nenhuma ressalva, é manifestamente inconstitucional, já que interfere na vontade do devedor ferindo de morte os princípios constitucionais da liberdade, da autonomia privada e do devido processo

⁹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo, *in Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*, Ed. DelRey, Belo Horizonte/MG, 2004, pág. 188.

legal, já que a decretação de ofício da prescrição, por ser ela de índole privada, negará às partes o direito de sobre ela manifestar-se retirando-lhes, via de consequência, acesso ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Não bastasse, o devedor tem o direito de solver a sua obrigação, ainda que prescrita, já que motivos de fundo éticos, por exemplo, podem fundamentar a sua vontade, vale dizer, entre ver-se livre de uma dívida pela ocorrência da prescrição, pode o devedor pretender quitá-la para manter o seu bom nome no meio social em que vive.

PONTES DE MIRANDA pontificou que: “*Concebida como exceção, como sempre o foi no direito romano, a prescrição aproveita, também, ao devedor, ainda quando ele sabia e sabe que deve. Tal proteção não é ipso jure. A exceção pode deixar de ser oposta, o que dá ao seu titular a faculdade de não na opor, ficando bem, assim, com a sua consciência*”.¹⁰

5 – CONCLUSÕES :

Não há nenhuma dúvida de que o legislador, influenciado não sei por quem, aniquilou com o instituto da prescrição que o novo Código Civil, após anos e anos de divergência doutrinária e jurisprudencial, soube muito bem conceituar e divisar do instituto da decadência.

Não há, também, réstia de dúvidas de que o § 5, do artigo 219, do CPC veio para esvaziar, a qualquer custo, os escaninhos forenses, ou seja, para que o juiz possa produzir sentenças em série, como se fosse uma linha de produção de uma fábrica de automóveis e, com isso ou por causa disso, atropela-se direitos e garantias fundamentais do cidadão (princípios da liberdade, da autonomia privada e do devido processo legal), o que torna o dispositivo legal em comento inconstitucional.

¹⁰ Tratado de Direito Privado: RT, t.VI, 1983, p.104

Entendo que a decretação da prescrição, sem condicioná-la ao devedor, somente pode ocorrer nos casos em que a lei material considere de direito patrimonial indisponível (prescrição em favor de pessoas absolutamente incapazes), o que se justifica pela indisponibilidade de seus bens, ou quando a própria lei substancial assim determinar, como é o caso dos créditos tributários previstos no artigo 40, §4º, da Lei de Execução Fiscal, e aqui a justificativa se acenta no fato de que em direito tributário a prescrição, ao revés do que acontece no direito civil, extingue o próprio crédito tributário, conforme CTN, artigo 156, V, o que faz a prescrição, em termos de direito tributário, equiparar-se à decadência.

Encerro este artigo fazendo minhas, mais uma vez, as sábias e indignadas palavras de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que arrematou:

“O fato de haver, porém, normas que nos endoidecem não nos pode fazer perder a capacidade de lutar pela construção de um sistema jurídico tecnicamente adequado às necessidades da sociedade brasileira. Gostaria, então, de encerrar lembrando um grande compositor que encantou a minha geração e que disse: “Mas é claro que o sol vai voltar amanhã/Mais uma vez, eu sei/Escuridão já vi pior, de endoidecer gente sã/Espera que o sol já vem”.¹¹

Oxalá!

5 – BIBLIOGRAFIA :

1 - BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo, *in Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*, Ed. DelRey, Belo Horizonte/MG, 2004.

2 - CÂMARA, Alexandre Freitas, *in Reconhecimento de Ofício da Prescrição: Uma Reforma Descabeçada e Inócua*, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Vol. 43 – set-out/2006.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, obra citada, pág. 121.

- 3 - MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, t. VI, 1983.
- 4 - THEODORO JÚNIOR, Humberto, *in A Exceção de Prescrição no Processo Civil. Impugnação do Devedor e Decretação de Ofício pelo juiz*, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Vol. 41 – maio-jun/2006.
- 5 - REALE, Miguel, *Lições de Direito*. Ed. Saraiva, São Paulo/SP, 11. ed. 1984.
- 6 - RODRIGUES VIEIRA, José Marcos, *in A Singularidade Interruptiva da Prescrição Civil. Processo Civil Reformado*, Coord. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo e NEPOMUCENO, Luciana Diniz, Ed. DelRey, Belo Horizonte/MG, 2007.