

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESPÍRITO SANTO – EMES  
FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM – FDCI  
PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO JUDICIÁRIO**

**PRISCILA JENIER VELOSO**

**ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO**

VITÓRIA-ES  
2010

PRISCILA JENIER VELOSO

## **ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO**

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo–EMES e à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim–FDCl, como requisito à conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Judiciário.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Silva

VITÓRIA-ES  
2010

**PRISCILA JENIER VELOSO**

**TEMA DA MONOGRAFIA**

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo–EMES e à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim–FDCI, como requisito à conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Judiciário.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

**Prof. Dr. Antônio Carlos Silva**  
**Orientador**

## RESUMO

A prescrição extintiva é uma faculdade unilateral que surge para o obrigado, um meio de defesa oponível contra o titular da pretensão que não a exerceu no prazo legal, mediante o qual, através da destruição da pretensão, se neutraliza a exigibilidade do direito. Nosso estudo tem como objetivo principal entender como acontece tal fenômeno. Para tanto, estudaremos a utilidade e adequação do fenômeno prescricional enquanto matéria de ordem pública com efeitos diretos no direito privado e suas peculiaridades, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência.

Palavras-chave: . Palavras - chave: Prescrição, Exceção substancial, Pretensão e ação, decretação ex officio, princípios e constitucionalidade

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	05
2	<b>PRESCRIÇÃO NO DIREITO ROMANO</b> .....	06
3	<b>PRETENSÃO E AÇÃO</b> .....	07
4	<b>DIFERENÇAS ENTRE A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA</b> .....	08
5	<b>A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO</b> .....	12
	5.1 PRESCRIÇÃO APÓS A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 219, § 5º DO CPC.....	13
	5.2 A LEI COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS.....	14
6	<b>NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO</b> .....	17
7	<b>ALEGAÇÃO DE FATORES EXTRAPROCESSUAIS</b> .....	21
	7.1 QUANTO A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO.....	26
8	<b>DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO <i>EX OFFÍCIO</i></b> .....	27
9	<b>INCONSTITUCIONALIDADE</b> .....	30
10	<b>SOLUÇÃO DOUTRINÁRIA</b> .....	35
11	<b>POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS</b> .....	39
12	<b>CONCLUSÃO</b> .....	40
13	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	42
	<b>ANEXO I – APONTAMENTOS DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL</b> .....	48

## 1. INTRODUÇÃO

Obra do Direito Romano, o fenômeno prescricional foi criado com o fito de frear a eterna perseguição da pessoa pelo estado, fomentando a segurança jurídica e a paz social.

Importante em todos os ramos do direito, a prescrição tem a peculiaridade de ser matéria de ordem pública, cujos prazos não podem ser alterados pelas partes, apesar de tratar de um instituto de direito privado.

Apesar de a prescrição ter sido fruto de obra do Direito Romano clássico, consagrada historicamente e perpetrada pelos países que nortearam a construção do direito brasileiro, que a seguem inalteradamente tal qual era em Roma, recentemente no Brasil a Lei n.º 11.280/06 modificou o instituto, trazendo nova redação ao §5º do art. 219 do código de processo civil de 1973. A alteração consiste em estender à todos os casos a autorização de decretação sumária pelo magistrado da prescrição, a fim de garantir maior celeridade ao processo.

A válvula propulsora que estimulou a feitura do presente trabalho é o entendimento da prescrição como um meio para a obtenção de segurança social, uma forma de extinção da pretensão em sentido material, servindo à eliminação do estado de incerteza e à paz pública.

## 2. PRESCRIÇÃO NO DIREITO ROMANO

Primordialmente, no antigo direito civil, as ações tinham duração perpétua e “só se extinguíam por um ato inverso àquele pelo qual se constituíam” (CRETELLA JR, 2001). Era tempo de grande insegurança jurídica, pois a qualquer tempo e de forma eterna as relações jurídicas poderiam ser contraditadas, comprometendo a pacificação social.

Com a evolução do direito clássico<sup>1</sup> (ou simplesmente direito romano) e o surgimento do direito pretoriano<sup>2</sup>, a visão do direito tendeu a sofrer certa humanização. Menos formalista e mais liberal, surgiu no processo honorário a possibilidade excepcional de tornar a ação definitiva e as pretensões certas; desta forma surgiu o fenômeno da prescrição dando um caráter de definitividade aos processos. Segundo nos ensina Washington de Barros Monteiro (1994, p. 286), a origem etimológica da palavra prescrição vem da expressão latina *praescriptio* que significa ‘um escrito posto antes’.

Foi no período Justiniano (período pós-clássico) que a prescrição passou a ser argüida como meio de exceção (exceção em sentido próprio como conhecemos hoje, um contradireito que permite ao réu impugnar a pretensão do autor). Desde o nascimento da prescrição no Direito Romano e por toda a subsequente história do direito, a prescrição foi vista com uma exceção, um meio de defesa a ser argüido pelo devedor como resultado direito do decurso do tempo. Este posicionamento tradicional foi se consolidado no decorrer dos séculos e se estabeleceu até os dias atuais

Logo, “a prescrição é um fato jurídico restrito, porque é criado pelo ordenamento jurídico” (VENOSA, 2004, p. 630), solidificado na experiência jurídica ocidental pela evolução histórica. Exatamente por ser algo tão importante, fundamental e imprescindível para manter a estabilidade em nosso ordenamento, quase não sofreu alterações no decorrer do milênio.

---

<sup>1</sup> O direito clássico forma o conjunto de regras jurídicas observados pelos habitantes da Roma antiga entre os séculos VIII a.C. e o séc. VI d.C. (PAULO, 2005, p.122).

<sup>2</sup> Segunda fase do Direito Romano, período caracterizado pelo processo formulário. O *pretor* era um magistrado investido de jurisdição. Ele não só julgava, dizia o direito e organizava os processos. (ALVIM 2006 p.45).

### 3. PRETENSÃO E AÇÃO

Conforme a redação inserida no art. 189 do código civil de 2002: A prescrição extingue a pretensão<sup>3</sup>. O conceito de prescrição, ou *Anspruch*, originou no código civil alemão com o objetivo de facilitar a compreensão do instituto prescricional (AMORIM FILHO, 1960).

A prescrição produz o efeito de extinguir a pretensão, que é a atribuição legal de o sujeito ativo exigir do sujeito passivo o cumprimento espontâneo de uma obrigação ou um dever jurídico, positivo ou negativo.

O titular da pretensão em um primeiro momento depende da prestação voluntária de outrem. Se o sujeito passivo não a cumprir, caberá a respectiva ação para pleitear a satisfação dessa pretensão, independentemente da vontade deste. Conforme se observa, a ação surge após a pretensão não ser cumprida voluntariamente.

A ação, por sua vez, é o meio pelo qual é exercida em juízo a pretensão, ou seja, é a pretensão processual como direito subjetivo trazido em juízo. A pretensão surge com a violação do direito material, ela é o termo inicial do prazo da prescrição. Segundo Nelson Neri (2006, p. 190) “a prescrição é causa extintiva do direito ou da pretensão de direito material pela desídia de seu titular, que deixou transcorrer o tempo sem exercer seu direito”.

Em um primeiro momento a pretensão existe, viabilizando a ação, porém o credor opta por não exercê-la em juízo a tempo oportuno. Surge para o devedor a opção de argüir uma exceção substancial da prescrição, com o fito de neutralizar a pretensão do credor. Ocorrendo assim a “perda do poder de se exigir judicialmente o reconhecimento ou a satisfação de um direito, ainda que existente, em razão do decurso do tempo fixado em lei” (MARCATO, 2005. p. 620).

Logo, com o fim do prazo prescricional, o direito subjetivo do credor é atingido de forma indireta e perde uma condição para sua exigibilidade: a pretensão. Não obstante esse direito continuar existindo, a ocorrência da extinção da pretensão acarreta a perda da plena exigibilidade deste, e o credor não poderá exercê-lo.

---

<sup>3</sup> Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os art. 205 e 206.



#### 4. DIFERENÇAS ENTRE A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA

Impossível seria falar da prescrição e suas peculiaridades sem fazermos uma breve distinção entre esta e a decadência, que é instituto usualmente confundido com a prescrição. Apesar de serem antagônicos, ambos possuem pressupostos constitutivos similares. Fabio Ulhoa Coelho assevera que “tanto a prescrição quanto a decadência reúnem os mesmos elementos: inércia do sujeito em exercer o direito (fator subjetivo) e decurso do tempo fixado em lei (fator objetivo) Então faremos uma rápida diferenciação” (COELHO, 2003, apud FARIAS, 2005, p. 514).

Primordialmente a confusão ocorria devido a uma característica cultural brasileira, vinda desde o código civil de 1916. As disposições referentes à prescrição e a decadência estavam positivadas de forma pulverizada e mesclada, tornando o diploma legal assistemático no que se referia à essa distinção. Cabia à doutrina clássica a árdua tarefa de traçar limiares para distinguir suas características e prazos. Para sanar maiores dificuldades, ela procurou fazer a distinção entre o fenômeno prescricional e a decadência através da análise de seus respectivos efeitos.

Aqnelo Amorim Filho produziu um estudo que contribuiu para a elucidação das diversas questões a respeito da tradicional confusão em distinguir a prescrição da decadência, influenciando diretamente na criação do código civil de 2002, que finalmente organizou e positivou essas delimitações.

O jurista, influenciado pela classificação feita por Chiovenda, utilizou o critério ternário de distinção científica entre a prescrição e a decadência, segundo o qual todas as ações condenatórias<sup>4</sup> estão sujeitas à prescrição. Segundo Agnelo Amorim Filho:

Só as ações condenatórias podem sofrer os efeitos da prescrição, pois elas são as únicas ações por meio das quais se protegem judicialmente os direitos que irradiam pretensões (direitos de primeira categoria da classificação de Chiovenda). Com efeito, as condenatórias são as únicas ações que servem de meio para se obter judicialmente, com a intervenção do estado, satisfação das pretensões não atendidas extrajudicialmente pelos sujeitos passivos das relações jurídicas substanciais. (AMORIM FILHO, 1960).

As ações constitutivas (ou modificativas), com prazo especial de exercício previsto em lei, estão sujeitas à decadência (são direitos potestativos, de sujeição ou formativos).

---

<sup>4</sup> Incluindo neste rol os pedidos de tutela mandamental, referentes à obrigação de fazer, não-fazer e dar.

Segundo Agnelo, “não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência” (AMORIM FILLHO, 1960).

Uma segunda diferença é que a decadência extingue diretamente o próprio direito subjetivo da parte (material), que é um poder de vontade, um interesse juridicamente protegido que pode ou não ser exercido, de acordo com a atitude de exigir ou não o cumprimento do direito potestativo. Cristiano Alves de Farias assevera que “exercitado um direito subjetivo, têm-se o poder de exigir de outrem determinado comportamento” (FARIAS, 2005, p.18).

Esse Direito subjetivo é simplesmente ter um direito, não necessariamente pretensões. Alguns direitos subjetivos só gerarão pretensões se violados, outros sequer gerarão pretensão. O que ocorre na decadência é que o direito subjetivo da parte existe, porém fica latente enquanto não for exercido, até que, pelo decurso do prazo, ocorra a morte de um direito que não foi efetivado, que nada mais é que uma punição jurídica frente à inércia do titular.

A prescrição opera *ope*<sup>5</sup> *exceptionis*, Chiovenda enfatiza o caráter milenar da exceção de prescrição afirmando que “ao juiz era recusado apreciar se na fórmula não eram expressamente mencionados” (CHIOVENDA, 2006, p. 406).

A decadência, por sua vez, é consumada *ipso iure*<sup>6</sup>. Ocorrido a decadência o direito é completamente eliminado, por isso o meio hábil para argüi-la é a objeção. Não há mais direito a ser protegido, justificando a concessão de ofício pelo juiz.

Conseqüentemente, a decadência opera *ipso jure*: Produz efeito extintivo imediato a partir da consumação do prazo, e como diz respeito à extinção do direito, dela o juiz pode, e deve, conhecer de ofício, independentemente da provocação do interessado, pois não conceberia que ele fosse basear sua decisão em um direito que deixou de existir. Enquanto isso, a prescrição só atua *ope exceptionis* (AMORIM FILLHO, 1960).

Ao extinguir o direito subjetivo, a decadência põe fim de forma direta e fatal ao direito material da parte, o *ius*, automaticamente deixa de existir a ação de direito material correspondente.

---

<sup>5</sup> O mero decurso do tempo e sucessivo fim do prazo prescricional não inviabilizam o exercício da pretensão. O exercício da pretensão só é inviabilizado após a arguição da exceção de prescrição.

<sup>6</sup> Transcorrido o prazo legal extingue o direito em si.

Já na prescrição o que pode ocorrer é a morte da pretensão. No momento em que o direito é violado nasce a pretensão, que persiste até que o decurso do prazo prescricional autorize a parte interessada exigir judicialmente a extinção da pretensão do titular do direito. Antônio Luiz da Câmara Leal define que “A prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida” (LEAL, 1959 apud TSHEINER, 2006).

Nota-se que a decadência é fato extintivo de direito que impede o nascimento da ação, portanto plenamente compatível com a decretação de ofício pelo juiz. Na prescrição é diferente, o direito atingido não desaparece, mas persiste, ainda que a ação perca exigibilidade.

O prazo prescricional começa a correr da data da lesão ou violação de um direito a uma prestação que antes estava efetivo e ativo. Segundo as palavras de Agnelo Amorim Filho (1960), “a prescrição é instituto presente apenas nas ações condenatórias exatamente porque estas são meios de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação”.

Outra diferença é com relação aos prazos prescricionais é que estes não podem ser alterados por acordo com a discricionariedade dos envolvidos. Ao contrário da decadência, que por se tratar do exercício de um direito, pode tanto ter prazos originados em lei<sup>7</sup> quanto definidos pelo acordo de vontade (unilateral ou bilateral) das partes.

De acordo com o disposto no artigo 191 do Código Civil de 2002, a prescrição pode ser renunciada, tanto expressamente quanto tacitamente. A decadência legal, no entanto, é irrenunciável.

A decadência possui prazos fatais, incompatíveis com a possibilidade de sua suspensão e interrupção (com exceção raras disposições em contrário, como o previsto no art. 26, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, 1990). A prescrição, por sua vez, possui natureza de meio de defesa, por isso foi lhe dado prazos flexíveis, que podem ser interrompidos (Artigo 204 do código civil de 2002) ou suspensos (Artigos 197, 198 e 199 do código civil de 2002), instrumentos a serem utilizados de acordo com a necessidade de defesa do credor. Segundo Humberto Theodoro Júnior (2006. p. 52), “a

---

<sup>7</sup> Passível de reconhecimento de ofício pelo juiz.

não-fatalidade do prazo prescricional não permite ao juiz sequer reconhecer, sem o concurso da parte, a consumação da prescrição, na generalidade dos casos” .

Devido à natureza jurídica da prescrição, observa-se a dificuldade em perceber sua ocorrência em determinados casos. A decadência, por sua vez, possui natureza jurídica que não só permite como facilita a sua decretação sumária pelo magistrado.

## 5. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

A primeira determinação legal no ordenamento brasileiro referente à possibilidade de determinação da prescrição *ex officio* veio no código civil de 1916, em seu artigo 172 inciso I, que permitia ao juiz conhecer de ofício da prescrição de direitos não patrimoniais, como nas ações de estado e nas de direito de família. Consolidando com esse entendimento o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil de 1973 dispôs da mesma forma.

Na prática não havia como aplicar estes artigos, pois não existe direito não patrimonial prescritível. O fenômeno prescricional é tipicamente de direito privado. A redação equivocada do artigo se justificava por constituir esta hipótese em que a prescrição era confundida com a decadência, atecnia presente na redação do código civil de 1916.

Em 2003, o código civil de 2002 entrou em vigor, definindo melhor os parâmetros diferenciadores entre prescrição e decadência e trazendo nova disposição referente à prescrição. Segundo o artigo 194 do código civil de 2002 (que revogou totalmente o antigo art. 172, inciso I do Código Civil de 1916 e parcialmente o §5º do art. 219 do Código de Processo Civil de 1973), a prescrição não poderia ser decretada de ofício pelo juiz, salvo se em favor do incapaz.

A regra era a de que a prescrição era instituto para defesa patrimonial, pertencente ao âmbito da autonomia da vontade, portanto de livre disposição pelo detentor de tal direito. Somente em caráter excepcional, nas ações de caráter indisponível, como as ações de estado, referentes a direitos da personalidade (ação de dano moral) ou de direito de família<sup>8</sup>, e as ações que tratem do interesse do menor protegido juridicamente<sup>9</sup> poderiam ser passíveis de decretação, sem a oitiva da parte.

Por ser a prescrição instituto de direito material, entendia-se que somente no caso trazido pelo Artigo 295, IV, c/c artigo 519, §5º, em que ocorria o indeferimento da

---

<sup>8</sup> Na verdade, as ações de estado são ações de direitos não patrimoniais. Sendo assim, não se sujeitam a prescrição, mas a decadência, por isso podem ser conhecidas sumariamente pelo magistrado. As ações referentes às questões de família, por sua vez, são imprescritíveis.

<sup>9</sup> São ações que tem por fundamento motivo de ordem pública ou de necessidade social.

petição inicial referente a direitos patrimoniais de pessoas incapazes<sup>10</sup> o magistrado poderia conhecer da prescrição de ofício. O absolutamente incapaz, figura protegida pelo estado, não tem disponibilidade quanto à prescrição. Este entendimento era plenamente justificável, pois ele não poderia estar sujeito à mera conveniência e oportunidade de seus representantes legais em alegar a exceção, bem como não tem capacidade para renunciar quanto aos seus bens e direitos, o que poderia prejudicar e causar danos ao seu interesse.

A relevância da tutela dos incapazes sobrepuja o princípio da disponibilidade das vantagens da prescrição. Mesmo porque o representante não tem disponibilidade sobre os direitos do representado (THEODORO JR, 2003, p. 213).

#### 5.1 PRESCRIÇÃO APÓS A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 219, § 5º, CPC

Antes de 17 de maio de 2006 (quando a Lei n.º 11.280/2006 entrou em vigor) vigia no sistema brasileiro a regra segundo o qual a prescrição, por tratar de direitos patrimoniais, não poderia ser decretada de ofício pelo magistrado. Com o advento da referida lei, houve uma mudança na essência do instituto prescricional. A redação do §5 do artigo 219 do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, passou a dispor do seguinte enunciado:

Art. 219. §5º. O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

De acordo com a referida norma cogente, o art. 194 do Código Civil de 2002 foi revogado, passando a ser obrigatória a decretação liminar da prescrição, em todos os casos, em qualquer fase do processo e *inaudita altera pars*<sup>11</sup>.

Conforme a Exposição de motivos da Lei 11.280, a idéia principal do legislador ao criar a lei foi de efetivamente permitir a decretação liminar da prescrição, sem a intimação da parte contrária, de acordo com a íntegra da exposição de motivos:

---

<sup>10</sup> Os bens do incapaz estão sob tutela direta do estado, não podem estar sujeitos à liberalidade de terceiros e não podem sofrer redução patrimonial, portanto não é possível renuncia-los. A renúncia equivaleria a uma abdicação de um direito do incapaz.

<sup>11</sup> Sem ouvir as partes envolvidas na relação processual.

No mesmo sentido, louvável a disposição que permite ao juiz decretar de ofício, sem necessidade de provocação das partes, a prescrição, em qualquer caso, conforme proposta de redação inédita ao parágrafo 5º do art. 219 do CPC (IBDP, 2006).

Devido à mudança no âmago do fenômeno temporal, pela primeira vez, não só historicamente, quanto com relação ao instituto no mundo, a prescrição passa a fazer parte do rol de ações que o juiz está vinculado a ter no processo, devendo julgar o mérito da causa liminarmente, independente de quem será prejudicado ou beneficiado por este reconhecimento.

## 5.2 A LEI COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

O cerne da motivação que gerou a mudança na interpretação da prescrição que autorizou legalmente o magistrado a decretar a improcedência *prima facie* do mérito prescrito está na tentativa de trazer maior celeridade para o julgamento dos processos. O legislador ordinário modificou a lei processual com o fito de antecipar a atuação dos aplicadores do direito, de acordo os acontecimentos mais recorrentes no judiciário e na maior probabilidade de alegação da prescrição pela parte interessada.

Levando em consideração que a prescrição é constatada com razoável facilidade, e que muito provavelmente o demandado a legaria, o legislador resolveu autorizar o magistrado a conhecer da questão sem provocação, abreviando o tempo do processo (DIDIER JR, 2006, p. 40).

Pretendeu o legislador desentranhar processos a fim de não ocuparem “desnecessariamente” a gigantesca fila processual do judiciário.

Registro, aqui, o fato de que há já algum tempo o Poder Judiciário brasileiro tem-se preocupado mais com a quantidade de sentenças que profere do que com sua qualidade. E isto se vê pelas estatísticas que são apresentadas, em que há uma enorme preocupação com a demonstração de que as sentenças são proferidas em grande quantidade (mas sem qualquer estudo sério e objetivo sobre a qualidade das mesmas). Não se pode, porém, deixar de recordar neste ponto a célebre frase de Benjamin Disraeli: ‘Há três tipos de mentiras: mentiras, mentiras deslavadas e estatísticas’. Ao que parece, então, teremos agora mais um mecanismo para produção de sentenças em série, pouco importando se elas serão

capazes de produzir resultados justos. A preocupação com o *processo civil de resultados* soa como algo que ficou restrito às considerações doutrinárias, sem que o legislador atente para essa ideologia do moderno direito processual (ARAPIRACA, 2006).

Nesse ínterim é imprescindível questionar quanto à eficácia prática da alteração, se o risco de macular o instituto prescricional como meio de defesa compensa frente à celeridade processual. Basta uma solução rápida ou uma solução adequada ao caso concreto? É suficiente um instrumento processual existir, ou ele tem que ser eficiente? Não obstante a louvável intenção do legislador de trazer maior celeridade para o processo, o risco de supressão de direitos certamente não é a melhor solução para resolver problema da lentidão processual, mas a reestruturação de toda uma sistemática excessivamente burocrática, muitas vezes desatualizada e inútil, procedimentos que caducam de velhice e meios tardios que corroboram contra o atingimento do fim social do direito.

Os problemas mais graves da justiça, segundo Giuseppe Tarzia, e que provocam a enorme duração dos processos, dizem respeito ao tempo de espera, muito mais que aos tempos de desenvolvimento efetivo do juízo. A sua evolução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciais e não das normas do código de processo civil (THEODORO JR., 2003, p.64).

É imprescindível que as alterações nos institutos processuais vigentes sejam feitas homeopaticamente, a fim de não abalar a primordial congruência interna do sistema jurídico brasileiro, que tem um histórico de uma evolução paulatina ao longo dos séculos, bem como não gerar conseqüências prejudiciais irreversíveis para o direito das partes, muitas vezes imperceptíveis num primeiro momento.

Talvez o legislador não tenha sopesado as conseqüências desta inovação, o abalo que trará ao processo e à estrutura do Direito como o conhecemos. Trata-se de rompimento com dois mil anos de conhecimento jurídico, e, se o fez conscientemente, praticou ato de extrema ousadia, que sem dúvida fará com que todos os operadores jurídicos parem para pensar o Direito de forma diferente a partir de



agora, ao menos no que concerne aos institutos da segurança jurídica, direito intertemporal, dentre outros correlatos (BESSA, 2006).

## 6. NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO

Existe divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da prescrição: Uma parte da doutrina defende que a prescrição é fato jurídico que ocorre compulsoriamente, com o simples decurso do prazo legal (PAULO, 1983, apud SOUZA, 2006), ou seja, a ocorrência da prescrição acarretaria peremptoriamente a perda do direito.

Uma segunda corrente, maioria doutrinária, defende que a prescrição é defesa indireta de mérito pertencente ao direito material, cujo meio impugnatório é a arguição de uma exceção substancial<sup>12</sup>.

Ocorre de fato que o mero decurso do prazo não é suficiente para acarretar a extinção do direito do autor, conforme o artigo 189<sup>13</sup> do código civil de 2002 dispõe. Pretendeu o legislador com esse dispositivo simplificar a compreensão do fenômeno prescricional, há tempos passível das mais variadas dúvidas e incompreensões.

O exaurimento do prazo legal gera na verdade um efeito criador: surge uma faculdade para o devedor, um direito potestativo de, através da arguição de uma exceção substancial, defender-se da questão patrimonial em juízo.

A exceção pode ser invocada pelo réu como meio de defesa contra aquele que não exerceu um direito à prestação jurisdicional pelo decurso do tempo previsto em lei. Em última instância, a extinção da pretensão do credor não ocorre diretamente, com o fim do decurso do prazo prescricional em si, mas após a alegação da exceção da prescrição.

A prescrição é uma exceção de natureza substancial. Tais exceções são utilizadas, precisamente, contra as pretensões, e não contra os direitos nem contra as ações (AMORIM FILHO, 1960).

Essa possibilidade de defesa constitui um direito material do devedor, para que ele possa optar se quer evitar que a sua situação jurídica instável se prolongue pelo decurso do tempo. Se ele impugnar em juízo a pretensão do autor, através de ação autônoma, retira a exigibilidade do cumprimento do direito violado. O autor será julgado

---

<sup>12</sup> Neste sentido Giuseppe Chiovenda, Barbosa Moreira, Alexandre Freitas Câmara, Antônio Luiz da Câmara Leal, Humberto Theodoro Júnior.

<sup>13</sup> Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

carecedor da ação e a sua pretensão será inibida, de forma que não mais possa exigir em juízo a realização da pretensão.

A mera inércia do titular da pretensão, porém, não faz desaparecer o direito que não foi tutelado, pois o não exercício de um direito não lhe tira a força. Com a prescrição ocorre apenas o perecimento do exercício do direito não exercido oportunamente pelo credor, ou seja, o direito subjetivo do credor fica restringido.

Com a prescrição o direito do credor é fragilizado, mas não desaparece em razão apenas da longa inércia do titular em fazer atuar a *pretensão* nascida do inadimplemento do devedor (JÚNIOR, 2007, p. 51).

Como punição por não ter exercido em momento oportuno, o direito do credor fica à disposição da vontade do devedor, que pode se negar a fazer o que antes era uma obrigação, se assim o preferir. Segundo as pontuais palavras de Barbosa Moreira (2005, p.186), “a prescrição não subtrai arma alguma do credor: cinge-se a fornecer ao devedor um escudo, do qual poderá servir-se ou não, a seu talante”.

Caso o prescribente prefira não alegar em sede de defesa especial o exaurimento do prazo legal para a pretensão, o direito subjetivo material do credor continuará subsistindo, independentemente da consumação do prazo prescricional. Esse direito somente será extinto se a prescrição for alegada pelo devedor (JÚNIOR, 2007, p. 49).

Segundo Chiovenda:

A prescrição só atua *ope exceptionis*, e por isso pode-se mesmo dizer que o efeito imediato da consumação do prazo prescricional é um efeito criador. Faz nascer, em favor do prescribente, uma exceção substancial, cuja atuação dependa exclusivamente de sua vontade – se o prescribente não oferecer a exceção de prescrição dela o juiz não pode conhecer *ex officio*, ainda tendo ciência da consumação do prazo prescricional. (apud THEODORO JR, 2007, p. 49).

A exceção (em sentido próprio), portanto, nada mais é que um *contradireito* do réu, que pode ser usado ou não de acordo com a vontade privada daquele, caso queira ou não encerrar a obrigação jurídica.

Neste mesmo sentido, pontua Nelson Nery Junior (2006, p. 449):

Quem alega a prescrição não nega o direito pleiteado pelo autor. Apenas alega fatos extintivos, que, tendo por conteúdo um direito seu, afasta os efeitos dos atos constitutivos da demanda alvitados por quem a propôs. (Nery, 2006, p. 449).

Desta maneira, o que efetivamente inviabiliza a pretensão e o direito do credor é a exceção da prescrição, que pode ou não ser argüida, de acordo com a sua conveniência jurídica. Esta é uma faculdade que lhe surge, esta sim, consequência direta do exaurimento do prazo legal concedido ao credor.

Logo, o mero decurso do prazo é insuficiente para caracterizar a ocorrência da prescrição, conforme a teoria da prescrição como fato jurídico defende. O STJ tem publicado diversos acórdãos em que não acolhe a tese firmando seu entendimento no sentido de que a prescrição é uma exceção substancial.

Desapropriação indireta. Criação de parques estaduais. Prescrição. Acórdão que, ao afastá-la, adentrou no 'an debeatur'. c.p.c., art. 471. Ofensa. Caracterização. Sumula n. 456/STF. Inaplicação a espécie.

I – [...]

II - Não pode ser aceita a alegação de que a questão relativa a restrição do direito de propriedade foi decidida apenas incidentalmente, no julgado anterior, para fins de afastar a prescrição. com efeito, esta consubstancia exceção substancial e, portanto, uma preliminar de mérito. Quem a alega não nega o direito pleiteado pelo autor. apenas alega fatos que, tendo por conteúdo um direito seu, afasta os efeitos dos fatos constitutivos da demanda alvitados por quem a propôs. Divisa-se, nesse panorama, que, para se declarar a prescrição, o correto seria que, primeiro, se verificasse achar-se o autor ao amparo do direito material invocado, cuja paralisia e pretendida pelo réu via alegação do prazo extintivo. Todavia, a pratica mostra que, em regra, a prescrição é decretada sem adentrar-se na pretensão deduzida em juízo. Não há nenhum mal que isso ocorra. O que não se pode admitir, porém, é que, tendo o tribunal adentrado na questão de fundo para repelir a prescrição, venha, depois, no julgamento da mesma causa, decidir de forma diversa aquela matéria meritória, como ocorreu na espécie.

IV - Recurso especial conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do relator. (STJ - Superior Tribunal de Justiça. Classe: Resp – 51101. Órgão julgador: Segunda Turma. DJ data:13/03/1995. Relator: Antônio de Pádua Ribeiro).

De qualquer forma, a prescrição, mesmo após a alteração feita no §5º do Código de Processo Civil (1973), continua sendo um direito de defesa situado no âmbito da autonomia da vontade. Através deste direito ao réu é concedido o poder jurídico de exercer a exceção da prescrição.

Definiremos nos capítulos seguintes os possíveis caminhos apontados pela doutrina para conciliar o conhecimento *in limine litis* da prescrição com a disponibilidade do direito privado do réu, para que o juiz, ao declarar de ofício a prescrição, não exerça o direito de defesa no lugar do prescribente.

## 7. ALEGAÇÃO DE FATORES EXTRAPROCESSUAIS

A prescrição é um instituto complexo de direito material, com regras também de direito processual. É preciso interpretar a norma processual disposta no art. 219, §5º do Código de Processo Civil de 1973 em harmonia com as outras possibilidades trazidas pelo código civil e código processual civil, a fim de traçar um entendimento sistemático quanto à prescrição.

Mais que um marco temporal que regula a perda do direito do credor em exigir judicialmente o adimplemento da obrigação, a prescrição constitui um direito do devedor (que ele pode exercer ou não, de acordo com sua autonomia privada) e matéria de defesa apta a o proteger.

Por ser uma defesa do devedor, a prescrição pode ser renunciada. Quando, após a ocorrência da prescrição, o devedor paga sua dívida, por exemplo, ele renuncia ao seu direito em alegar a exceção da prescrição. O 191 do Código Civil de 2002 estabelece a possibilidade de renúncia da prescrição após a sua consumação:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa (escrita ou oral) 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.

A renúncia da prescrição constitui um direito pertencente ao rol de ações disponíveis que o réu pode ter no processo, a serem tomadas de acordo com sua autonomia privada. Ao estabelecer a possibilidade de renúncia o legislador permitiu a parte que decida se utiliza ou não a prescrição, para se isentar-se do dever de adimplemento da obrigação.

O devedor pode, por exemplo, praticar atos de reconhecimento da dívida que importam em renúncia ao seu pagamento parcial. Pode ser mais viável para um comerciante adimplir sua dívida prescrita ao permitir que se espalhe na praça q se socorreu na prescrição para pagar sua dívida. Também pode o devedor renunciar através da composição da dívida, com o objetivo de futura solução do débito.

Com o escopo de proteger e reafirmar o objetivo final do direito, que é assegurar a convivência pacífica entre as pessoas, tornando certo o direito e acalmando os ânimos,

é que o legislador permitiu a possibilidade de renúncia da prescrição, que é matéria eminentemente de ordem pública, por isso não pode ser admitida antes ou no decurso do prazo prescricional, mas só após sua consumação.

Se bem que a prescrição seja, quanto ao seu fundamento, uma instituição de ordem pública, ela é, quanto aos seus efeitos, de ordem privada, por isso que regula relações entre particulares, extinguindo as ações que protegem direitos privados. Tendo por fim superar a inércia da ação, a bem da estabilização do direito tornado incerto pela violação, o seu objetivo perde a sua razão de ser, uma vez que a ação se põe em movimento, porque esta terá por efeito estabilizar o direito controvertido. Eis porque, apesar de seu caráter de ordem pública, a lei permite a sua renúncia pelo prescribente, visto como se dará lugar ao exercício da ação, pela qual desaparecerá a incerteza do direito (LEAL. 1959 p. 93-94).

É possível no ordenamento, tanto a renúncia expressa, quanto a renúncia tácita da prescrição. No primeiro caso de autorização da renúncia não há muito a acrescentar. A possibilidade de renúncia tácita, porém, é intrigante, pois pode ser caracterizada pela ausência de oposição do devedor; ou seja, frente ao silêncio do devedor há uma presunção legal no sentido de que ele está praticando um ato abdicativo à alegação da prescrição.

O legislador deu um direito o direito do réu de renunciar e depois o privou de seu exercício. A doutrina vem indagando quanto à compatibilidade entre o ato de renúncia com o conhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado. Se a prescrição constitui uma faculdade do réu como pode ser argüida de plano pelo juiz? Questiona-se quanto à validade do artigo 191, se ficou prejudicado com a alteração feita no cerne do instituto prescricional.

Um comerciante, por exemplo, pode preferir pagar o que deve e está prescrito, a fazer constar na praça que recorreu à prescrição, com prejuízo para o seu credor legítimo. O crédito que não foi adimplido subsiste e o devedor corre o risco de ter seus futuros negócios prejudicados pelo estigma de devedor impontual que carrega. Como ficaria a sua situação? O comerciante devedor escolheu, de acordo com a sua regra moral e ética, não exercer o direito de argüir a exceção. E mais: seria o melhor caminho cercear a vontade da parte e incentivar o inadimplemento, impedindo o bom devedor de arcar com os compromissos assumidos?

O entendimento prevalente é no sentido de que o artigo 191 não foi revogado e continua em vigor. Apesar da renúncia ser um ato privativo da parte, intrinsecamente ligado ao seu direito de defender-se impugnando em juízo a pretensão, pode ser compatibilizada com o §5º do artigo 219 do CPC/1973.

A aplicação sumária da prescrição aparentemente confronta com o artigo 882 do código civil de 2002, segundo o qual:

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

Esta hipótese de obrigação natural<sup>14</sup> comprova o fato de que a prescrição é um direito potestativo, uma exceção que o devedor exerce ou não, de acordo com sua liberalidade. A prescrição não se tornou um direito indisponível com a alteração trazida no §5º do art. 519 do Código de Processo Civil, pois o devedor pode perfeitamente renunciar ao seu direito de alegar a exceção e pagar a dívida, após ter havido a consumação da prescrição. Se assim o fizer, não haverá invalidade do pagamento realizado, menos ainda direito à repetição do valor (se houvesse processo ele seria extinto sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido). Subsiste o direito que teve prescrita a respectiva ação. O que torna ainda mais explícito o problema de sintonia dos antigos que compõem o sistema prescricional com o conhecimento *prima facie* da prescrição.

Segundo VENOSA (2004 p. 642), “o efeito da renúncia à prescrição é de natureza retrooperante e torna o negócio jurídico já prescrito plenamente eficaz, como se nunca houvesse sido extinto”.

A possibilidade trazida nos artigos 61 e 62 da lei n.º 7.357 de 1985 (lei do cheque), é muito interessante e não pode deixar de ser referida no presente trabalho, segundo o qual é possível a cobrança de títulos de crédito prescritos em ação de execução de enriquecimento sem causa se estes não autorizam a ação. Neste caso não obstante ter ocorrido a prescrição, o direito subsiste e pode ser exercitado.

---

<sup>14</sup> Segundo Nelson Nery Júnior a “obrigação natural não provê o credor de meios jurídicos de constranger o devedor ao seu cumprimento. Na verdade, obrigação natural espelha uma hipótese de dívida, não de obrigação”. (NERY, 2006, p. 590).



De acordo com Humberto Theodoro Júnior (2007, p.51):

A prescrição, porém, não extingue o direito subjetivo material da parte credora. Cria apenas para o devedor uma exceção, que, se for usada no processo de realização da pretensão do credor, acarretará a inibição desta. Se não exercitada a exceção, o direito do credor será tutelado normalmente em juízo, sem embargo de consumada a prescrição. E mesmo depois de a exceção ter sido acolhida, se o devedor efetuar o pagamento da prestação devida, ou renunciar aos efeitos da prescrição já operada, tudo se passará como se o direito do credor jamais tivesse sido afetado pelo efeito prescricional.

Para José de Albuquerque (2005, p. 279/280):

O credor de uma dívida prescrita continua credor, de tal modo que, se o devedor lhe pagar, o pagamento é válido e não pode ser repetido. Da mesma maneira, embora não sendo acionável o crédito, justamente por ter havido prescrição da ação, o credor poderá opô-lo, como defesa, para compensá-lo com o eventual crédito contrário que seu devedor tiver contra si. Essas duas manifestações da existência do direito que teve prescrita sua ação demonstram que a prescribibilidade é algo exterior ao direito e à própria ação. Ação que prescreveu foi ação que existiu, regularmente formada por todos os elementos.

O direito do devedor indevidamente demandado de pleitear a repetição da dívida já paga e cobrada, garantida pelo artigo 940 do código civil de 2002<sup>15</sup> também ficaria prejudicado pela falta de um pressuposto para a repetição do indébito, que é o reconhecimento da inexistência da dívida cobrada.

A hipótese de um devedor, beneficiado pela prescrição, não a querer usar, nada tem de anormal: poderão prevalecer aspectos morais, ou até patrimoniais e pragmáticos: o comerciante preferirá pagar o que deve do que fazer constar, na praça, que recorreu a prescrição, com prejuízo para o seu credor legítimo. Recorrer á prescrição é, em suma, uma opção que exige um claro acto de autodeterminação e isso no ceio de uma posição privada (CORDEIRO, 2005, p.165).

Quando a prescrição não podia ser decretada de ofício havia maior integração entre os artigos 191, 882, 940 do código civil de 2002 (estudadas no capítulo anterior) entre

---

<sup>15</sup> Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

outras legislações esparsas com o §5º do artigo 219 do Código de Processo Civil de 1973, formando um sistema prescricional único e completo. Os referidos artigos também confrontam com a tese segundo a qual a prescrição é um fato jurídico decorrente do mero decurso do tempo. Se a prescrição fosse fato jurídico, ao invés de exceção substancial, a interpretação do fenômeno prescricional incompatibilizaria a aplicação daqueles.

Acompanhando o posicionamento doutrinário de Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 60) no que diz respeito à prescrição *ex officio*, entendemos que a interpretação literal do §5º possa tornar o sistema prescricional assistemático, pois a referida interpretação nem sempre se coaduna com a faculdade/direito de renúncia, com o adimplemento posterior e menos ainda com a impugnação da prescrição. Em um primeiro momento, a lei expressamente concede ao devedor o direito de escolha para que possa abdicar da prescrição, e depois permite que o juiz a conceda sem a sua oitiva. Depois determina que o pagamento da dívida prescrita não seja passível de repetição, ao mesmo tempo em que o juiz pode sumariamente declarar prescrita uma dívida que foi adimplida (julgando a demanda ao invés de extinguir o mérito do processo pela perda do objeto). Comparando tais artigos, fica uma aparência de déficit na integração do sistema prescricional. A facultatividade da renúncia provém do caráter exclusivamente patrimonial dos direitos disponíveis, tendo em vista que estão situados no âmbito da autonomia privada da parte. Alexandre Câmara (2006) é bastante enfático quanto ao seu posicionamento ante a tendência à incongruência:

A noção de sistema é absolutamente essencial para a ciência jurídica, sob pena de não ter esta a necessária unidade. Um ordenamento jurídico deve ter um sistema coerente, o que exige congruência entre as normas que a compõem. Ora, se o direito brasileiro passa a admitir que o juiz conheça de ofício da prescrição, mas continua a admitir que a mesma seja objeto de renúncia, desaparece a coerência interna do sistema, o que é criticável sob todos os aspectos[ ... ]. Cabe ao jurista denunciar essa incoerência interna do ordenamento jurídico, que o torna assistemático.

## 7.1 QUANTO À POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

A prescrição é matéria que pode ser decretada de plano pelo juiz. Pode ser percebida, inclusive, no despacho que recebe a petição inicial. A indagação feita por muitos doutrinadores, dentre eles Humberto Theodoro Júnior e Alexandre Câmara, é como ficará a possibilidade de utilização da prescrição como meio disponível de defesa substancial se agora ela pode ser concedida de ofício pelo juiz, sem a necessidade de oitiva prévia do prescribente. Quem alegará fatores externos, que não sejam somente matéria de direito, mas de fato, e acarretem a suspensão ou interrupção do prazo prescricional, se o suposto interessado (devedor) não foi chamado a integrar a lide? Se, diferentemente do que ocorre com a decadência, na prescrição existe a possibilidade de sobrevir a suspensão ou interrupção do prazo legal, fica complicado identificar os acontecimentos que vão além do mundo processual, geralmente visualmente perceptíveis apenas por quem é parte na lide. O magistrado não é unipresente e tende a desconhecer a ocorrência de fatores extraprocessuais que podem adiar o atingimento do prazo prescricional in concreto. Até mesmo porque esses elementos subjetivos são facilmente notados por quem está em condição de demonstrá-lo, vivenciando a situação no mundo real (e não no plano processual apenas). É imprescindível a preservação dos direitos das partes de oferecer certos subsídios e assim auxiliar a formação da cognição judicial e a correta persecução processual<sup>16</sup>.

É importante reiterar que a prescrição não é restrita somente a questões de direito e não opera *ipso iure*. Ela envolve questões de fato que estão intrinsecamente ligadas às de direito. A prescrição merece uma análise mais prolixa, que se atenha a fatos verificáveis no exterior da relação jurídica, sob pena de ferir princípios constitucionais.

---

<sup>16</sup> A suspensão da prescrição, por exemplo, é aproveitada nas obrigações indivisíveis aos demais credores, conforme o art. 201 do Código Civil de 2002.

## 8. A DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO *EX OFFICIO*

Os códigos civis do mundo, em especial atenção os europeus, enfrentam o tema prescrição com um entendimento homogêneo: vêem na prescrição uma faculdade protetiva concedida ao devedor. Esta coincidência doutrinária tem raízes milenares que foram herdadas do direito Romano e irradiadas por todo o mundo, conforme aprofundado nos capítulos anteriores.

Com a redação do §5º do artigo 219 o Brasil inovou seu entendimento com relação à todas as legislações estrangeiras que lhes eram similares: Somente no código civil brasileiro é que a prescrição pode ser argüida de ofício pelo juiz.

O código civil de Portugal, por exemplo, trata a prescrição como uma exceção preclusiva a ser alegada de acordo com conveniência do sujeito passivo, conforme artigo *in verbis*:

### ARTIGO 303º

(Invocação da prescrição)

O tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo ministério público.

### ARTIGO 304º

(Efeitos da prescrição)

1. Completada a prescrição, tem o beneficiário a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito.
2. Não pode, contudo, ser repetida a prestação realizada espontaneamente em cumprimento de uma obrigação prescrita, ainda quando feita com ignorância da prescrição; este regime é aplicável a quaisquer formas de satisfação do direito prescrito, bem como ao seu reconhecimento, ou á prestação de garantias.

Resulta do disposto nos art. 303º do Código Civil e 489 nº 1 do Cód. Proc. Civil que a exceção da prescrição, além de não ser de conhecimento oficioso do tribunal, carecendo de ser invocada por aquele a quem aproveita para poder ser eficaz, e, aproveitando ao réu tem de ser deduzida na contestação, sob pena da preclusão do direito de arguição futura da mesma. Apelação unanimemente confirmada. (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa Processo: 10296/2004-4 APELAÇÃO Data do acórdão: 23/03/2006 Relator: JOSÉ FETEIRA).

Neste acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal a prescrição é tratada como uma faculdade do devedor. Para ser argüida depende da conveniência e oportunidade jurídica deste.

[...] com estes factos decidiu a 1º Instância pela improcedência da prescrição, excepção peremptória que consiste na invocação de factos que extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo Autor (art. 493º, n.º 3, do CPC) pois, como se exprime o art.304º, n.º 1, do CC, complementada a prescrição, tem o beneficiário a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito. ... A prescrição extintiva, possam embora não lhe ser totalmente estranhas razões de justiça, é um instituto endereçado fundamentalmente à realização de objectivos de conveniência ou oportunidade. Apelação social unanimemente improcedente. (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo: 1598/04-3, APELAÇÃO SOCIAL, Data do acórdão: 28/09/2004, Relator: CHAMBEL MOURISCO).

O código civil Italiano, por sua vez, trás normas referentes ao fenómeno prescricional comuns à lei brasileira: ocorre a renúncia da prescrição quando a parte comete ato incompatível com a vontade de se valer deste instituto, conforme capitula:

Art. 2938 Rinunzia alla prescrizione

Non può rinunziare alla prescrizione chi non può disporre validamente del diritto.

Si può rinunziare alla prescrizione solo quando questa è compiuta.

La rinunzia può risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione.

Art. 1310 Prescrizione

La rinunzia alla prescrizione fatta da uno dei debitori in solido non ha effetto riguardo agli altri; fatta in confronto di uno dei creditori in solido, giova agli altri. Il condebitore che ha rinunciato alla prescrizione non ha regresso verso gli altri debitori liberati in conseguenza della prescrizione medesima.

Art. 2937 La rinunzia alla prescrizione (2937) fatta da uno dei debitori in solido non ha effetto riguardo agli altri; fatta in confronto di uno dei creditori in solido, giova agli altri. Il condebitore che ha rinunciato alla prescrizione non ha regresso verso gli altri debitori liberati in conseguenza della prescrizione medesima.

Em disposição similar ao código civil brasileiro dispõe que o pagamento da dívida prescrita não torna válida a repetição do débito pago (Art. 2.940).

Art. 2940 Pagamento del debito prescritto  
Non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto.

A legislação italiana também não permite a decretação da prescrição de ofício pelo juiz, conforme artigo:

Art. 2938 Non rilevabilità d'ufficio

Il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta.

O código civil francês e o código civil argentino estabelecem em sentido similar no que tange à não autorização da decretação da prescrição de ofício, respectivamente:

Art. 2.223: Lês juges ne peuvent pas suppléer d'office te moyen résultant de lá prescription (apud CÂMARA, 2007).

Art. 3.964: El juez no puede suplir de oficio la precription (apud CÂMARA, 2007).

O código das obrigações da Suíça e o Código Civil alemão, que embasaram o código civil brasileiro influenciando quanto a diferenciado entre prescrição e decadência (entendendo respectivamente que o decurso do tempo extingue a pretensão e fulmina o próprio direito subjetivo) também entendem que não é possível o reconhecimento liminar da prescrição.

Art. 142: Lê juge ne peut suppléer d' office lê moyen résultant de la prescription (CÓDIGO CIVIL DA SUIÇA, apud CÂMARA, 2007).

Logo, se maciçamente esses sistemas jurídicos não autorizam a decretação *ex officio* da prescrição, este constitui um indício importante quanto a necessidade de maior análise sobre a questão. Se o modelo vivenciado é experimental, requer cautela quanto a sua integral aplicabilidade, bem como a observância das conseqüências auferidas no caso concreto, sob pena de ter resultados gravosos para todo o ordenamento, bem como o cometimento de injustiças inafastáveis.

## 9. INCONSTITUCIONALIDADE

Considerada por Fredie Didier Junior como a mudança mais problemática trazida pela lei 11.280, cresce a discussão a respeito da constitucionalidade da decretação de ofício da prescrição no âmbito do processo civil.

Os princípios possuem função fundamentadora, ou seja:

os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas [...] As leis são informadas ou fundamentadas nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com os mesmos, porque são eles que dão sentido às normas. Os princípios servem, pois de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas (ROCHA, 2005, p.42 e 43).

Humberto Theodoro Júnior e Alexandre Câmara vêm se posicionado no sentido de que não é possível a extensão da possibilidade de conhecimento de ofício pelo magistrado da prescrição para todos os casos devido a sua inconstitucionalidade. A prescrição, ao ser decretada *ex officio* pelo magistrado, sem sequer dar lugar a oitiva do prescribente, fere o princípio da demanda, consagrado nos artigos 128<sup>17</sup> e 460<sup>18</sup> do CPC. Quando o juiz decreta de ofício a prescrição, ele pode conceder sentença de natureza diversa à pedida, decidindo sobre um direito de defesa pertencente ao réu que por razões pessoais deste não seriam argüidas.

Com a prescrição, discute-se questão de fato e de direito, portanto, matéria intrinsecamente ligada à parte e não ao juiz. O Estado, ao fazer a “presunção legal” de que a parte vai alegar a exceção da prescrição acaba por invadir a esfera jurídica da autonomia da vontade privada, entra no mérito e altera a demanda no lugar da parte.

O direito não pode ser exercitado de forma obrigatória. Impor a utilização de uma faculdade jurídica fere o princípio da disponibilidade. A exceção da prescrição é um contradireito do réu, passível de ser requerido em ação autônoma.

Conceder ao juiz uma legitimação extraordinária material obrigatória e *prima face* para exercer um direito que é do devedor é retirar deste o direito de utilizar sua conveniência

---

<sup>17</sup> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

<sup>18</sup> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

jurídica em uma ação eminentemente de direito privado, o que atingiria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, capitaneado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição federal.

O princípio dispositivo<sup>19</sup>, segundo o qual no acesso à justiça, ao autor, e a mais ninguém cabe decidir sobre a conveniência ou não de provocar a instauração de um processo e de determinar-lhe o objeto, também será violado se a aplicação do §5º for feita de forma sumária, de acordo com a conveniência do Estado-juiz, que corre o risco de ter a parcialidade preservada quando ceceia o direito do réu de dispor da causa.

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade (PONTES DE MIRANDA, 1955, apud TESHEINER, 2006).

Decidir ou não pela utilização da exceção de prescrição é um direito subjetivo da parte, quando esta inserida no processo. O réu é o titular do direito, portanto deve decidir quanto ao seu exercício ou não, de forma livre. A prescrição figura como exceção de mérito em sentido estrito, isto é, defesa referente à própria obrigação reclamada e não ao processo (MARCATO, 2005, p. 624).

Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade a defendê-los em juízo. Desse pressuposto decorre o princípio de que nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado o requerer, nos casos e formas legais, inscrito no art. 2.º do Código de Processo Civil (BAPTISTA e GOMES, 2006, p.50).

Alexandre Câmara adota posição no sentido de que o desrespeito à oitiva do réu que esta no processo poderia ensejar a violação da garantia do contraditório e da ampla defesa<sup>20</sup>, pois este, que é o maior interessado no processo, poderia ter seu direito de defesa cerceado ao ser impedidos de influenciar solução jurídica e o sucessivo desfazimento do conflito.

---

<sup>19</sup> CPC, art. 2º: Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado requerer, nos casos e forma legais.

<sup>20</sup> CF/88, art. 5º inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;



É afirmação corrente da moderna doutrina que viola o princípio do contraditório qualquer decisão que venha a ser tomada sem que se dê às partes interessadas a possibilidade de participar do procedimento de sua formação com influência do resultado [...] É sempre preciso compatibilizar o poder do juiz de conhecer de ofício da prescrição com a garantia constitucional do contraditório, esculpida no art. 5.º, LV<sup>21</sup>, da Constituição da República<sup>22</sup>.

Humberto Theodoro Junior acompanha este entendimento.

A decretação *in limine litis* da prescrição agride o devido processo legal, violando interesses legítimos tanto do credor quanto do devedor, ao negar-lhes o contraditório e ampla defesa e priva-los do livre exercício dos direitos e faculdades assegurados pela ordem jurídica material. [...] A decretação autoritária e sumária da prescrição, sem a necessária provocação da parte, ofende ainda a garantia do devido processo legal por não respeitar os interesses tanto do credor como do devedor: Do credor, porque o surpreende, sem dar-lhe a oportunidade de adequada demonstração das objeções que legalmente possa opor a uma causa extintiva que não é automática e que em regra envolve, ou pode envolver, complexos elementos de fato e de direito; ao devedor, porque lhes impõe o reconhecimento de uma obrigação e uma exoneração que nem sempre correspondem aos seus desígnios éticos e jurídicos (THEODORO JR. 2003. p.67).

Inspirado em um modelo de sucesso do direito processual civil português, o princípio da cooperação vem sendo inserido no ordenamento pátrio. Conforme Fredie Didier ensina, o referido princípio informa e qualifica o contraditório, gerando os deveres de consultar, prevenir e esclarecer ao juiz. Através da união de forças entre juízes e mandatários a justiça no caso concreto é auferida. O professor Titular de Direito Processual Civil da UFRGS, Carlos Alberto Álvaro de oliveira assevera que “a idéia de cooperação há de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, mas também a

---

<sup>21</sup> Art. 5º LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>22</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabida e inócua. [http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/camara\\_presc.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/camara_presc.doc).

recuperação do caráter isonômico do processo, com a participação ativa das partes”. É importante ressaltar que esta participação não pode ser subitamente retirada da parte sob o único argumento de celeridade processual, pois a função social do processo possui primazia sobre aquela, este é o sentido do próprio direito. Em suma, o direito de alegar a prescrição se situa na esfera da autonomia da vontade, não se pode preterir uma facultatividade das partes, com o fito de obter celeridade processual.

Este ativismo do juiz deve ser estimulado e ao mesmo tempo conciliável com o ativismo das partes, com o escopo de atender esta finalidade social do processo moderno (OLIVEIRA, 1997, apud FREITAS, 2006).

O instituto prescricional tem função fundamental de manter a segurança jurídica e a estabilidade social, eventuais modificações no instituto não pode ser súbitas, nem mero impulso do legislador na ânsia por celeridade processual. A necessidade de desabalroar as pilhas e pilhas de processos é um motivo nobre, porém não basta ser nobre, o motivo ensejador da alteração legal deve ser proporcional e razoável, sob o risco do processo perder a sua finalidade. O fato de que o juiz tende a deixar de ser inerte no processo civil não significa litigar pela parte. Portanto é preciso ter uma noção clara deste limiar, para que o ativismo judicial não se torne uma ditadura processual e mine os direitos das partes.

Para Alexandre Câmara, o princípio razoabilidade foi também violado com a alteração feita no art.219, §5º, conjuntamente com o subprincípio da adequação que dele decorre. Se o objetivo geral do direito é obter a solução que melhor atenda a lide, pacificando-a, esse entendimento não pode ser perdido de vista diante da alteração legal para aumentar a velocidade do trâmite processual, sob pena da excessiva intervenção do estado na autonomia privada gerar o aviltamento de princípios superiores, dentre estes a garantia constitucional da liberdade. Para Alexandre Câmara,

[...]a norma ora em exame, ao estabelecer que o juiz tem o poder de reconhecer de ofício a prescrição, invade, de forma absolutamente desarrazoada e irracional, a esfera da autonomia privada dos participantes de uma relação jurídica obrigacional, ao levar o juiz a ter de reconhecer uma prescrição que o prescribente não quer que lhe aproveite. (CÂMARA, 2006).

Destes posicionamentos entendemos que, em caso de interpretação literal ao § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil de 1973, estendendo de forma taxativa a todos os casos concretos sua aplicabilidade, haverá uma forte tendência à ferir os princípios constitucionais e processuais. Conseqüentemente, há um dever de precaução na aplicação da decretação de ofício da prescrição, de forma a adequar a atual interpretação do instituto aos preceitos prescricionais e valores principiológicos, sem feri-los de morte.

Definiremos no capítulo seguinte os possíveis caminhos até então defendidos pela doutrina para conciliar o conhecimento *in limine litis* pelo magistrado da prescrição, com a disponibilidade do direito privado, para que o juiz, ao declarar de ofício a prescrição, não exerça o direito de defesa no lugar do réu.

## 10. SOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

Conforme dito nos capítulos anteriores e reiterado neste, a interpretação literal do §5º do artigo 219 do código de processo civil de 1973 precisa ser feita com a devida astúcia, na medida em que é uma iniciativa que altera o instituto prescricional de forma desconhecida, o que torna a questão em certo sentido obscura. Fredie Didier (2007, p 414) pontua que:

Os argumentos pela inconstitucionalidade são muito fortes. Os argumentos aqui apresentados somente devem ser utilizados se se conseguir superar esse defeito supremo da lei que alterou o CPC.

Por ser um tema ainda pouco ventilado, até a feitura deste estudo a doutrina ainda não se solidificou quanto ao tema, as soluções doutrinárias para evitar o aviltamento de direitos estão extremamente pulverizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Humberto Theodoro Junior, um dos poucos doutrinadores que publicou algo a respeito até a feitura deste estudo, defende uma posição segundo a qual o ideal seria revogar o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil de 1976, porém, enquanto esse fato não acontece, caberá ao aplicador da lei fazer uma interpretação pautada nos princípios da hermenêutica, utilizando principalmente a visão sistemática e teleológica:

Melhor mesmo seria revogar, de *lege ferenda*, a infeliz inovação, mas, enquanto isto não se der, o dever do intérprete e aplicador da lei inovadora será o de buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade, e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição dentro do direito material (THEODORO JR., 2003. p.69).

Alexandre Câmara (2006) adota uma posição mais radical, no sentido de que a alteração é plenamente inconstitucional, pois qualquer restrição à liberdade (autonomia da vontade) que não seja razoável e racionalmente justificável é ilegítima.

Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 54) e Alexandre Freitas Câmara (2006) possuem opiniões convergentes quanto ao fato de que não seria possível a decretação *in limine litis* da prescrição nos casos que envolverem direitos disponíveis, pois neste caso a

solução do litígio dependerá da conveniência jurídica do réu em alegar ou não a prescrição, de acordo com sua autonomia privada.

Mas, se se admite que o juiz, passando sobre a vontade tácita do devedor, decreta, de ofício, a prescrição não argüida, o que, de fato, estará acontecendo terá sido a abolição do direito potestativo conferido pelo art. 191 do Código Civil. Será, simplesmente, sua anulação ou revogação, o que desestruturaria, por completo, o sistema prescricional do direito privado organizado pelo Código Civil, com bases racionais e consagradas universalmente (THEODORO JR, 2007, p. 54).

É, pois, absolutamente inaceitável que se dê ao julgador o poder de reconhecer de ofício a prescrição se o prescribente a ela pode renunciar. É cabe ao jurista denunciar esta incoerência interna do ordenamento jurídico, que o torna assistemático (CÂMARA, 2006).

Em respeito à função jurisdicional, acompanhamos a posição adotada por alguns doutrinadores como Marcelo Abelha Rodrigues, Flavio Cheim Jorge e Fredie Didier Jr., segundo o qual somente será possível ao juiz decretar a prescrição *prima facie* se o magistrado a decretar antes da citação do devedor, mais precisamente no momento de exame da petição inicial.

A prescrição de ofício deve acontecer nos seguintes termos: “O magistrado, com base no § 5º do art. 219, no art. 269, IV23 e no art. 295, IV24, indefere a petição inicial, com resolução de mérito, sem necessidade de ouvir o demandado, já que a decisão lhe favorece” (DIDIER, 2006. p. 42)..

Após a sentença final transitar em julgado, caberá ao escrivão providenciar a devida comunicação ao réu quanto ao resultado processual que analisou o mérito e lhe foi benéfico, para que, caso queira, realize o adimplemento da dívida com o autor, independentemente da coisa julgada.

No entanto quando o réu já esta integrando a relação processual, não há que se falar em atuação do juiz de plano, sem dar voz ao réu quanto ao direito disponível deste em alegar a prescrição. É imprescindível para o perfeito andamento do processo a prévia

---

<sup>23</sup> Art. 269. Haverá resolução de mérito: IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.

<sup>24</sup> Art. 295. A petição inicial será indeferida: IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição.

intimação e oitiva dos litigantes a fim de complementar a cognição do magistrado. Caso contrário “seria excessivo poder de intervenção estatal na esfera privada, autoritarismo processual, que não se pode admitir” (DIDIER, 2006. p.41). Para preservar os valores principiológicos que protegem os direitos das partes, o limite para a atuação do juiz é o poder conferido ao réu de renunciar ou não ao seu direito, exercendo ou não a exceção da prescrição. Portanto, antes do magistrado pronunciar a prescrição, haveria o dever legal do juiz de analisar se a renúncia foi ou não alegada pelo réu (NERY e NERY, 2006, p.302).

Conforme Fredie Didier (2006, p. 40) destaca,

[...] 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.

Defende o jurista que em casos excepcionais, que envolvam direito de pessoas consideradas hipossuficientes pelo estado e passíveis de tutela especial deste, não será possível o conhecimento sumário da prescrição se lhes for prejudicial, independentemente da fase processual. A carta magna assegura que é dever do estado assegurar tutela especial ao consumidor<sup>25</sup>, trabalhador (Art. 7º CF/88), idoso<sup>26</sup> e índio<sup>27</sup>. Se a situação envolver uma dessas pessoas, não será possível o reconhecimento liminar da prescrição em seu desfavor.

Entendemos que 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, para o reconhecimento de prescrição envolvendo direitos indisponíveis, em nenhuma hipótese em sentido desfavorável àqueles sujeitos protegidos constitucionalmente (JORGE, 2006, p.418).

---

<sup>25</sup> Constituição Federal de 1988, Art 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

<sup>26</sup> CF/88, Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

<sup>27</sup> CF/88 Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Continuando nos ensinamentos destes doutrinadores, cabe ao magistrado respeitar o espaço do devedor, já que este integra em juízo a relação processual e aguardar este utilizar seu direito provocando o jurisdicionado, caso contrário:

Seria um esdrúxulo caso de legitimação extraordinária conferida ao magistrado para tutelar direito subjetivo de uma das partes. Além disso, a possibilidade de renúncia (expressa ou tácita) da prescrição também é um direito do demandado e deve, pois, ser respeitado. Seria excessivo poder de intervenção estatal na esfera privada, autoritarismo que não se pode permitir (DIDIER, 2006, p.418).

## 11. POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Sabe-se que as normas de processo civil têm aplicação imediata, principalmente quando dizem respeito a matérias de ordem pública. De qualquer forma, reiteramos que ainda não houve tempo para os tribunais atuarem a fim de que pudéssemos traçar um perfil no sentido da aplicação ou restrição jurisprudencial quanto a possibilidade de conhecimento da prescrição de ofício pelo magistrado.

Porém, há um *leading case* em que o STJ estabeleceu que não se aplica plenamente a prescrição *ex officio, prima face*: Resp 1.005209/RJ (Anexo I), segue trecho da ementa que reproduziu um trecho de Nelson Rosendal que traduz o motivo justificante da prévia da parte:

O magistrado não possui uma “bola de cristal” para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas da prescrição (STF; Resp 1.0005209/RJ; Ministro Castro Meira, 2 T. julgado em 08/04/08).

Assim, a jurisprudência, corroborando com os questionamentos doutrinários, tem decidido no sentido de que para que o juiz reconheça a prescrição ele precisa primeiramente intimar as partes, para que possam manifestar eventual interesse do reconhecimento de suspensão, interrupção e renúncia.

Efetivamente, aplicando o art 285 do CPC concluímos que o juiz não pode conhecer da prescrição de ofício, sob pena de ferir o princípio do contraditório, conforme vimos com maior profundidade juntamente com os demais princípios constitucionais afetos ao tema, sob pena de fulminar direitos e interesses das partes.



## 12. CONCLUSÃO

“O direito é como uma esfera. Repousa sobre o chão sob apenas um ponto, mas sobre este ponto repousa todo o peso da esfera.”<sup>28</sup> (COSSIO, apud DIDIER, 2006).

O entendimento do significado e das discussões que envolvem o tema prescrição é imprescindível para qualquer profissional do direito, tanto por ser questão afeta a todos os ramos do direito, quanto por ser instituto de compreensão dificultada pela antiga codificação civil do ordenamento brasileiro (CC/1916). À partir da superação da confusão feita no código civil de 1916 entre prescrição e decadência, partimos para uma fase de maior lucidez e pertinência na compreensão da prescrição aquisitiva.

Com o CC/2002 e o reconhecimento de que o conceito de Agnelo Amorim Filho era o mais plausível podemos galgar uma nova etapa, superando o tradicional “medo” e sucessivo abandono de como funciona a prescrição.

Com o advento da Lei n. 11.280 de 2006 tivemos mais uma alteração com o fito de operacionalizar o instituto prescricional, objetivo este meramente prático, embasado de acordo com as possibilidades mais recorrentes. Não obstante a expectativa gerada deste modelo experimental e brasileiro de prescrição vir a causar conseqüências inesperadas, é plenamente possível dar uma solução harmoniosa, conforme leading case do STJ já citado, que, fazendo uso das soluções cridas pela doutrina, permitiu simultaneamente maior celeridade para o processo sem fulminar com os direitos e garantias das partes.

Por fim, o objetivo que permeou o presente trabalho foi o de subsidiar a compreensão do instituto prescricional, tão incompreendido no mundo processual. Para tanto, vimos o surgimento, evolução e solidificação do fenômeno, desde a teoria mundial clássica até os dias atuais, bem como o estudo do instituto no direito comparado sobreposto ao direito brasileiro.

Com o fito de proporcionar maior aprofundamento quanto ao instituto, foi imprescindível traçar parâmetros objetivos, através clássica distinção doutrinária de Agnelo Amorim Filho, que na década de 60 diferenciou a prescrição da decadência, tradicionalmente

---

<sup>28</sup> Carlos Cossio, argentino fundador da teoria ergológica, segundo o qual a conduta humano é mais importante que a norma. (PAGANELLA, 2007).

confundidos no ordenamento jurídico brasileiro, influenciando diretamente na feitura do Código Civil de 2002.

Neste estudo, foram vistos ainda os princípios constitucionais e processuais ameaçados de aviltamento pela aplicação literal do §5º do art. 219 do Código de Processo Civil/73, bem como as tendências doutrinárias para tornar o referido parágrafo mais coeso com o sistema consolidado.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro vive um modelo experimental de prescrição, cujos efeitos são efetivamente desconhecidos. Ante a imprescindibilidade do instituto, não é possível enxergar a modificação do instituto com olhos apáticos, mas observar atento a cada nova interpretação dada ao fenômeno, para que a idéia de celeridade processual não sacrifique o direito do prescribente, os princípios constitucionais e a função social do direito.

### 13. REFERÊNCIAS

ARAPIRACA, Ciro José de Andrade. A Lei 11.280/06 e o reconhecimento de ofício da prescrição. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>>. Acesso em 13 de out. de 2006.

ASSIS, Araken de. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: RT, 2001.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2003/prescricaoedecadencianonovocodigocivil.htm>>. Acesso em: 18 de out. de 2006.

ALVIM Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 10. ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BAPTISTA, Ovídio A. Baptista da Silva; GOMES, Luiz Gomes. Teoria Geral do Processo Civil. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BESSA, Leonardo Rodrigues Itacaramby. Arguição da prescrição de ofício pelo magistrado. Aspectos positivos e negativos. Aplicabilidade ao processo do trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1006, 3 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8197>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabida e inócua. Disponível em:

<[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Camara\\_presc.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Camara_presc.doc)>. Acesso em: 12 de nov. de 2006.

CAVALCANTI, José Paulo. Direito Civil: escritos diversos. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CIANCI, Mirna. A prescrição na lei 11.280, de 2006. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=31614](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=31614)>. Acesso em: 10 de nov. de 2006.

CHAVES, Rodrigo Costa. A prescrição e a decadência no Direito Civil. Linhas gerais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 405, 16 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5588>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CRETELLA JR, José. Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 7º ed. São Paulo: Podivm, 2007.

\_\_\_\_\_. Seminário Jurídico: aspectos polêmicos da 3º etapa da reforma processual civil. 2006, Vitória. Universidade Federal do Espírito Santo.

Direito Potestativo. DGI. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/dicionario/direito\\_potestativo.htm](http://www.dji.com.br/dicionario/direito_potestativo.htm)>. Acesso em: 17 de mar. de 2007.

Estudo do Direito Romano. DGI, Disponível em: [http://www.dji.com.br/dicionario/direito\\_romano.htm](http://www.dji.com.br/dicionario/direito_romano.htm). Acesso em 23 de fev. de 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Civil: Teoria Geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FREITAS, Gustavo Martins de. O princípio da colaboração no processo civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7850>. Acesso em: 19 jan. 2007.

FROEHLICH, Charles Andrade. Prescrição e decadência no novo código civil (2002). Um novo olhar sobre o critério científico de distinção a partir da classificação quinária das ações. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/MARCO/0503/ARTIGOS/A06.htm>. Acesso em: 18 de dez. de 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do processo. 19º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Exposição de motivos (doc. 8) da Lei 11.280 de 2006. Disponível em: [www.direitoprocessual.org.br/Enciclop%E9dia%20Internacional/Propostas%20legislativas/Projetos%20-%20Processo%20civil/\(doc%2008\)%20Lei%2011280%20de%202006.doc](http://www.direitoprocessual.org.br/Enciclop%E9dia%20Internacional/Propostas%20legislativas/Projetos%20-%20Processo%20civil/(doc%2008)%20Lei%2011280%20de%202006.doc). Acesso em: 28 de set. de 2006.

JORGE, Flavio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha.. A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil: Comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.726/2006, 11.277/2006, 11.280/2006. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. Acertos e desacertos da recentíssima Reforma do CPC (Leis 11.276, 11.277 e 11.280 de 2006). Disponível em: <http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1336](http://juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1336)> Acesso em: 17 de dez. de 2006.

LIEBMAN, Tullio Enrico. Manual de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MARCATO, Antônio Carlos, H. et al. Código de Processo Civil Interpretado. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, André Luis Camargo. Reflexões sobre a prescrição civil à luz da Lei nº 11.280/2006 . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1313, 4 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9465>>. Acesso em: 03 de março de 2007.

MONTENEGRO, Misael Filho. Curso de Direito Processual Filho. Teoria geral e processo de Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA. José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o Direito Processual. São Paulo: Revista Forense, V. 364, 2005.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 4. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_ Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9. ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Donizetti. Curso Didático de Direito Processual Civil. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Efetividade e processo de conhecimento. Disponível em: <[www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/oliveir2.htm](http://www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/oliveir2.htm)>. Acesso em: 11 de nov. de 2006.

PAGANELLA, Marco Aurélio. Um pouco de filosofia na ciência jurídica. Jus Vigilantibus. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/2525](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2525)>. Acesso em 02 de março de 2007.

PAULO, Antônio de. Pequeno Dicionário Jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: CP&A, 2005.

PEIXE, Marildo. Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=966>>. Acesso em: 05 mar. 2007.

PROVERA, Giuseppe. A noção romana de actio. Collana della rivista dello Diritto Romano. Disponível em: <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveranocao.pdf>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2006.

SOUZA, José Paulo Soriano de. Ensaio sobre a natureza jurídica da prescrição no Direito Civil . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 569, 27 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6220>>. Acesso em: 10 de nov. de 2006.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto do Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>> Acesso em: 13 de dez. de 2006.

\_\_\_\_\_. ESPÍRITO DA NOVA LEI CIVIL. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/espnlc.htm>>. Acesso em: 20 de set. de 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Paulo Maycon Costa. Lições preliminares sobre direito subjetivo Disponível em: <<http://br.search.yahoo.com/search?p=o+que+%C3%A9+um+direito+subjetivo&ei=UTF-8&fr=FP-tab-web-t340&x=wrt&meta=all%3D1>>. Acesso em: 05 de abr. de 2007.

SILVA, Wilney Magno de Azevedo. O reconhecimento judicial da prescrição tributária na execução fiscal. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo14.htm>>. Acesso em: 06 de jan. de 2007.

THEODORO JR, Humberto. Comentários ao Código Civil, v.3, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Humberto. O novo código civil e as regras heterotópicas de natureza processual. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm>>. Acesso em 16 de maio 2006.

\_\_\_\_\_. As novas reformas do código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação e direito subjetivo. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/artigosproftesheiner/acaoedireitosubjetivo.htm>>. Acesso em: 29 de jan. de 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



**ANEXO I – Apontamentos da Academia Brasileira de Direito Processual Civil**



ACADEMIA BRASILEIRA DE  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**O NOVO CÓDIGO CIVIL E AS REGRAS  
HETEROTÓPICAS DE NATUREZA PROCESSUAL**

Humberto Theodoro Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

*SUMÁRIO:* 1. Interferência da nova lei civil na seara do direito processual civil. 2. Algumas normas do Código Civil que diretamente estabeleceram regras processuais inovadoras. 3. Prescrição e Decadência: cognoscibilidade *ex officio*. 4. Solidariedade ativa e coisa julgada. 5. Chamamento ao processo, do segurado, em ação direta da vítima contra a seguradora. 6. Chamamento da seguradora na ação de responsabilidade civil manejada apenas contra o segurado. 7. Litisconsórcio entre cônjuges nas ações reais imobiliárias. 8. Denúnciação da lide *per saltum*. 9. Nomeação à autoria na ação reivindicatória contra o detentor. 10. Chamamento ao processo em ação de alimentos. 11. Regras traçadas pelo Código Civil para as arrematações

reguladas pelo Código de Processo Civil. 11.1. Evicção. 11.2. Impedimentos à arrematação. 11.3. Hipoteca legal.

[...] 3. Prescrição e Decadência: cognoscibilidade *ex officio*

Ao disciplinar os efeitos da citação válida, o art. 219, *caput*, do CPC, neles incluía o de *interromper a prescrição*, regra que se harmonizava com o art. 172, I, do Código Civil da 1916, assim redigido: "A prescrição interrompe-se: I - pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente".

O § 1º do art. 219 do CPC, porém, havia introduzido um mecanismo de retroatividade que não existia na sistemática da lei material, segundo o qual, embora a causa interruptiva da prescrição fosse realmente a citação, os seus efeitos retroagiam "à data da propositura da ação".

O novo Código Civil foi além da literalidade do art. 219 do CPC e dispôs que o ato que interrompe a prescrição não é mais a citação, mas o despacho do juiz que ordena sua realização (Código Civil, art. 202, I). Ressalvou, contudo, que esse despacho somente interromperá a prescrição se o interessado, de fato promover a citação no prazo previsto na lei processual.

A inovação, desta maneira, se deu apenas literalmente, porque se a citação ocorrer fora do prazo do art. 219, § 2º, do CPC, não terá força interruptiva o despacho que a ordenou. Tudo na prática se manteve na mesma situação: sem a consumação da citação não há interrupção alguma. Sempre haverá de realizar-se a citação, e o efeito se manifestará na data do despacho que a ordenou somente quando o cumprimento do ato citatório for tempestivo, segundo a lei processual. Mudaram-se os termos do enunciado legal, mas conservou-se o mesmo efeito concreto.

A efetiva derrogação do preceito processual ocorreu em face do § 5º, do art. 219 do CPC, onde se vedava o conhecimento de ofício, pelo juiz, da prescrição de direitos patrimoniais. É que o Código Civil de 2.002 criou uma regra especial em relação aos débitos do absolutamente incapaz, autorizando ao juiz conhecer da prescrição independentemente de alegação da parte quando beneficiar devedor privado da capacidade civil, em caráter absoluto (Código Civil, art. 194).

O Código Civil de 2.002, ao permitir o conhecimento *ex officio* da prescrição benéfica ao incapaz, não só derogou o art. 219, § 5º, do CPC, como quebrou a clássica distinção entre os casos de *objeção* e *exceção*, em matéria de prescrição e decadência.

Com efeito, historicamente exceção substancial sempre se entendeu como defesa que o demandado opõe à eficácia da pretensão do demandante, de sorte que juiz somente pode apreciá-la quando exercida pela parte. Como a prescrição corresponde a uma *exceção substancial*, a regra observada pelo Código Civil de 1.916 e pelo Código de Processo Civil atual era a de que não podia o magistrado conhecer de ofício os efeitos da prescrição<sup>29[5]</sup>. Já para a decadência, vigorava o regime da *objeção* - isto é, o de causa não de paralisação da pretensão, mas de eliminação ou extinção dela - de sorte que natural era o poder do juiz de apreciá-la *ex officio*. Afinal, a caducidade representa o desaparecimento completo do direito potestativo de alguém. Se não mais existe o direito subjetivo, não pode evidentemente o juiz tutelá-lo<sup>30[6]</sup>.

Por isso, sempre se manteve a observância, entre nós, no plano do processo civil, do princípio de que a decadência, como *objeção* que é, haveria de ser conhecida e levada em conta pelo julgador, na solução do litígio, quer tivesse sido, ou não, argüida pelo demandado<sup>31[7]</sup>.

---

Nada obstante essa tradição, o Código Civil de 2.002 escolheu novos rumos para disciplinar o tratamento processual da prescrição e da decadência, pois:

- a) embora continue a vigorar a regra das exceções no tocante à necessidade de provocação do demandado, para a prescrição em benefício do absolutamente incapaz a norma não mais vigora, visto que o juiz pode acolhê-la de ofício (Código Civil, art. 194);
  
- b) Quando à decadência, a cognoscibilidade *ex officio* continua prevalecendo para as causas extintivas *legais*. Quando, porém, a hipótese for de prazo convencional de caducidade, o regime não será o clássico da decadência, mas o das exceções, ou seja, o juiz não poderá atuar para seu reconhecimento sem provocação do demandado (Código Civil, art. 211).

Nessa perspectiva, pode-se concluir, com DIDIER JR., que "o legislador civil, atento aos aspectos práticos, e preocupado com a justiça das decisões, passou por cima da distinção teórica entre exceção e objeção substancial, aplicando a uma, em alguns casos, o regime processual da outra"<sup>32[8]</sup>. É sempre bom ter presente que o legislador não fica jungido às construções teóricas do doutrinador, quando busca disciplinar concretamente as relações sociais por meio do direito positivo. Ao jurista é que cabe conformar suas teorias à nova ordem jurídica imposta pelo legislador.

---