

**A SISTEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO CIVIL E A GARANTIA DO DIREITO
FUNDAMENTAL DE AÇÃO: efeitos da declaração de ofício pelo juiz**

**A SYSTEMATIC PRESCRIPTION GUARANTEE OF CIVIL AND FUNDAMENTAL
RIGHT OF ACTION: effects of the declaration of office by Judge**

LADEIRA, Aline Hadad¹

CHAVES, Sandrelise Gonçalves²

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAS; 2. PRESCRIÇÃO: CONCEITO, OBJETIVOS E FUNDAMENTOS; 2.1. Renúncia da Prescrição; 2.1.1. Causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição; 2.2. Prescrição, Decadência e Preclusão; 2.3. O Direito fundamental de ação; 3 O ADVENTO DA LEI 11.280/2006 E A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL; 3.1 Conhecimento da prescrição de ofício: exceção ou objeção; 3.2 A prescrição arguida em preliminar como prejudicial de mérito; 4 O ADVENTO DA LEI 11.280/2006 E A REVOGAÇÃO DO ART. 194 DO CÓDIGO CIVIL; 4.1 Consequências quanto à conceituação do instituto da prescrição; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO

O presente artigo circunscreve-se à análise das consequências decorrentes do advento da lei 11.280/06, que possibilitou ao juiz a alegação de ofício da prescrição. Em linhas introdutórias, pretende-se traçar alguns aspectos acerca do instituto da prescrição sob o prisma da inovação legislativa, observando, de um lado, o princípio constitucional da celeridade processual e, do outro lado, o Estado Democrático de Direito. Por fim, busca-se compreender se a declaração de ofício da prescrição é uma medida processual que atinge ou resguarda o direito fundamental de ação.

Palavras-Chave: Processo Civil; Prescrição; Declaração de Ofício.

ABSTRACT

This article is limited to the analysis of the consequences of the advent of Law 11.280/06, which the judge allowed the claim letter of the prescription. In the opening lines, propose to trace some aspects of the institute on prescription from the perspective of legal innovation, noting on the one hand, the constitutional principle of procedural speed and on the other hand, the democratic state. Finally, try to understand the statement and letter of the prescription is a procedural measure that affects or protects the fundamental right of action.

Keywords: Civil Procedure; Prescription; Declaration of Office.

¹ Graduada em Direito pela FEAD. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Direito do Sul de Minas. Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia. Bolsista FAPEMIG. Advogada.

² Graduada em Direito pela FEAD. Especializada em Consultoria Jurídica Empresarial pelo PRAETORIUM. Mestranda em Direito e Justiça no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Linha de Pesquisa: Direito, Razão e História. Projeto de Pesquisa: Hermenêutica como Instrumento de Realização da Justiça, sob orientação do Professor Doutor Andityas Soares de Moura Costa Matos. Bolsista CAPES/REUNI. Advogada.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro várias inovações, dentre as quais merece destaque o inciso LXXVIII do art. 5º, que impõe a razoável duração do processo e, como consequência, a celeridade de sua tramitação.

Dois anos depois, a Lei 11.280/2006 introduziu na legislação pátria a determinação do reconhecimento *ex officio* pelo juiz quando constatada a prescrição, e revogou expressamente o art. 194 do Código Civil. Com isso, pretendia estar em consonância com a nova sistemática trazida pela referida emenda.

Todavia, o presente artigo pretende verificar se essa celeridade processual deve ser buscada a qualquer custo, sem a observância de conceitos e institutos básicos como o da prescrição. No tocante ao estudo desse instituto, sua análise revela-se um tanto complicada, pois se encontram entendimentos dos mais divergentes, notadamente em relação à sua conceituação, ou ainda, o que exatamente a prescrição atingiria³.

É sabido que, embora atue em um interesse privado, a prescrição se baseia em um interesse público, evitando que as relações jurídicas se prolonguem indefinidamente e sejam motivo de insegurança jurídica. Registre-se que a prescrição está intimamente ligada a direitos patrimoniais disponíveis, que são aqueles direitos suscetíveis de avaliação em espécie e podem ser livremente renunciados, dentre outros. Por essa razão, havia uma exigência no sentido de que a parte que dela (prescrição) se beneficiaria, deveria alegá-la, sob pena haver configurada a renúncia tácita da prescrição. Por oportuno, o art. 191 do CC prevê a possibilidade de renúncia da prescrição podendo esta se dar de forma tácita ou expressa.

Tal fato (a alegação da prescrição) se justifica, pois, em que pese ser a prescrição matéria de ordem pública, ela atua no interesse privado e daí a necessidade de a parte arguí-la. Nesse particular, a Lei 11.280/2006 retirou da parte a liberalidade de questionar sobre a prescrição no processo, ferindo o contraditório, bem como de renunciá-la⁴.

Com efeito, pretende-se demonstrar que o instituto da renúncia da prescrição se mostra totalmente incompatível com a possibilidade de decretação de ofício da prescrição pelo juiz.

Noutro giro, o artigo 195 do CC prevê a possibilidade de o relativamente incapaz responsabilizar seu representante que deixar de alegar oportunamente a prescrição. A

³A prescrição afeta a pretensão, como dispõe o Código Civil (CC) em seu art. 189.

⁴Insta ponderar que a renúncia da prescrição, na qualidade de matéria de ordem pública, não pode confortavelmente ser admitida tacitamente, a não ser se restar comprovado que sua ocorrência era de ciência inequívoca por quem lhe aproveite o deverdor.

novidade legislativa, consequência da EC nº 45/2004, possibilitou ao magistrado a decretação de ofício da prescrição, mas não negou vigência ao referido dispositivo.

Por fim, pretende-se demonstrar a visão doutrinária no que tange os efeitos da inovação legislativa, além de demonstrar que isso não irá minimizar o problema da morosidade do Poder Judiciário. Pretende-se demonstrar, ainda, que a referida inovação acabou por afetar e operar profundas alterações na sistemática da prescrição.

Por todo o exposto, justifica-se a necessidade do estudo da prescrição e seus efeitos devido à revogação do art. 194 CC, ensejando uma contribuição social, notadamente em relação ao direito fundamental de ação. Para tanto, será delimitar questões relevantes para a compreensão do instituto, de preponderante interesse social, bem como os seus efeitos que, se mal interpretados, podem levar a supressão do direito material.

2 PRESCRIÇÃO: CONCEITO, OBJETIVOS E FUNDAMENTOS

O estudo do instituto da prescrição revelou ser uma tarefa difícil entre os estudiosos do direito, pois se encontram entendimentos dos mais divergentes, principalmente quanto à sua conceituação⁵.

A problemática se consuma, principalmente, quando se tenta definir o que exatamente a prescrição atinge, se o direito propriamente, se o direito de ação ou a pretensão. Em que pese todas essas divergências quando se trata de prescrição, o presente estudo adota o entendimento de que tal instituto atinge a pretensão, conforme dispõe o artigo 189 do Código Civil Brasileiro (CC/2002).

Nessa sistemática, a prescrição atinge a exigibilidade da dívida ou a provocação da intervenção estatal para esse fim, mas não a sua existência. Dessa forma, a pretensão não é extinta, se prescrita, mas tem sua eficácia comprometida⁶.

⁵ “Em decorrência desses fundamentos, Pontes de Miranda afirma que a prescrição seria uma exceção que alguém tem contra aquele que não exerceu, durante um lapso de tempo fixado em norma sua pretensão. Washington de Barros Monteiro conceituou o instituto da prescrição como ‘a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo’. Por sua vez, seguindo o entendimento de Câmara Leal, Maria Helena Diniz define a prescrição como ‘a extinção de uma ação ajuizável, em virtude de inércia do seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso’. Caio Mario da Silva Pereira, por outro lado, entende que a prescrição é o modo pelo qual se extingue o direito (não apenas a ação) pela inércia do titular durante certo lapso de tempo.” (LUCON, 2008 p. 564)

⁶ “Finalmente, ainda para demonstrar que o objeto da prescrição é o direito subjetivo de ação, e não o direito material em que este se funda, pode-se mencionar o caso das dívidas representadas por título de crédito, na medida que, uma vez prescrita a ação cambial, pode ainda o titular do direito obrigacional propor ação de cobrança ou ação monitória para recebimento do débito” (MARTINS, 2002, p. 14)

Em assim sendo, a pretensão é um poder subjetivo que tem a parte de exigir a um terceiro o cumprimento de uma determinada prestação, seja ela, negativa ou positiva.

O que se pode afirmar é que um dos principais fundamentos da prescrição é o interesse público e surge para evitar que litígios se prolonguem indefinidamente, gerando com isso uma grande insegurança jurídica. Nessa esteira, tem-se o entendimento de Theodoro Júnior (2003, p. 211-212) quando da conceituação do instituto

O instituto está impregnado de uma preocupação de ordem pública, enquanto voltado genericamente para atender a necessidade de certeza e segurança nas relações jurídicas, funcionando como impedimento à eternização dos litígios e como expediente adequado à conservação das situações jurídicas consolidadas pela longa duração no tempo

Carvalho (*apud* LUCON, 2008, p. 564) vai além da discussão sobre o conceito, lecionando que a prescrição é uma forma de resguardar as gerações futuras de situações indefinidas, pois, “não se deve esquecer que as relações humanas têm caráter temporário e assim é necessário que se resolvam certas situações de fato, que não podem ser permanentes e que, portanto, não devem gravar gerações futuras”.

Alguns autores apontam a prescrição com uma forma de proteção do devedor ou ainda uma sanção pela negligência do credor⁷.

À luz das contribuições colacionadas, tem-se que o instituto da prescrição apresenta uma função pacificadora na medida em que se apresenta como instrumento hábil a evitar que conflitos sejam eternos. Com efeito, o poder subjetivo de a parte exigir uma determinada prestação (pretensão) esbarra na prescrição que atua nesse poder agir, evitando que tal situação se perpetue indefinidamente promovendo, assim, a pacificação das relações jurídica.

2.1 Renúncia da Prescrição

Um instituto intimamente relacionado com a prescrição é a renúncia e esta é tida pelos estudiosos do tema como uma das formas de extinção de direito, neste caso, o direito a prescrição⁸.

⁷ “Para Carvalho Santos, seu intuito é de proteger o devedor; já para Savigny, a prescrição seria o castigo à negligência, ideia refutada por Américo Rodrigues, ao aduzir que a conduta que é objeto de sanção é aquela que traduz o pressuposto de um prejuízo trazido a outra pessoa.” (GODINHO, 2003, p. 2)

⁸ “Dentre os modos gerais pelos quais se extinguem os direitos está a renúncia, definida por Clovis Bevilacqua como um “ato jurídico pelo qual o titular de um direito dele se despoja”. Acrescenta o jurista que deixar simplesmente de exercer um direito não importa renunciá-lo, pois a renúncia deve deduzir-se de circunstâncias que a pressupõem claramente.” (GODINHO, 2003, p. 03).

Cumprido destacar que a renúncia da prescrição, num âmbito processual, não necessita da aceitação da outra parte. Uma ação judicial em que o devedor deseja renunciar à alegação da prescrição (de dívida prescrita), se apresenta defesa de mérito, não cabe ao autor aceitar ou não, tendo em vista que tal ato somente lhe beneficia.

No ordenamento jurídico brasileiro, a renúncia da prescrição está disposta no art. 191 do Código Civil. Pelo disposto, o momento para se admitir a renúncia é quando a prescrição estiver consumada.

No entanto, há posicionamentos divergentes nesse aspecto, que reconhecem a possibilidade da renúncia antes de transcorrido totalmente o prazo prescricional. Senão, veja-se:

Na opinião de Câmara Leal, seguida por Ary Azevedo Franco, é possível a renúncia da prescrição depois de iniciado o prazo prescricional, mas antes de seu termo, sob o argumento de que a lei permite a renúncia tácita e elenca, dentre as hipóteses que acarretam a interrupção da prescrição, o reconhecimento do direito do credor por parte do devedor, desde que tal reconhecimento se revele inequívoco (artigo 325º, Código Civil português; artigo 202, inciso VI, Código Civil brasileiro). Destarte, como a interrupção inutiliza o tempo decorrido do prazo prescricional, ter-se-ia por renunciada a prescrição por meio de ato de reconhecimento do direito alheio praticado pelo prescribente (GODINHO, 2003, p. 06-07).

Quanto à natureza jurídica da renúncia da prescrição, alguns doutrinadores afirmam ser um ato de liberalidade ou, ainda, uma alienação⁹. Lado outro, há quem entenda ser a renúncia da prescrição, o reconhecimento do direito da outra parte¹⁰.

O fato é que a prescrição é sempre alegada após a manifestação do exercício de ação, que materializa a pretensão. Nesse sentido, a prescrição (depois de alegada) não tem como atingir a pretensão, cogitada no aspecto formal, mas somente o seu conteúdo, o que lhe retira a eficácia.

Em suma, o ajuizamento de ações sobre direitos prescritos é um direito constitucional e, nesse sentido, não pode ser obstado sequer pela renúncia à prescrição. Lado outro, a materialização da pretensão pelo ajuizamento da ação, cujo conteúdo seja direito prescrito, a torna ineficaz, já que não poderá levar a resultado meritório algum, ou seja, impede que se

⁹ “Carvalho Santos, por seu turno, vislumbra na prescrição um ato de alienação, uma vez que, operada a prescrição, a coisa prescrita integra o patrimônio do devedor, a quem cabe decidir se a mantém sob seu domínio ou se a aliena ao credor que deixou de reclamá-la no prazo que a lei lhe confere.” (GODINHO, 2003, p. 4)

¹⁰ “Segundo afirma Luiz da Cunha Gonçalves, a renúncia da prescrição adquirida nada mais seria que o reconhecimento do direito alheio, pois a prescrição é uma exceção, uma defesa. Destarte, a renúncia não poderia ser encarada como uma alienação, mas como abdicação, por impedir que o direito se constitua e integre o patrimônio do prescribente. O renunciante desiste de adquirir; não aliena. Alinha-se o autor, portanto, ao posicionamento que vislumbra na renúncia da prescrição uma espécie de renúncia abdicativa.” (GODINHO, 2003, p. 04).

faça a dialogicidade sobre o accertamento do direito, porque ele estaria prescrito. A prescrição antecipa o fato jurídico (em consonância com sua função pacificadora) e atinge a eficácia da pretensão.

Por fim, o artigo 191 do Código Civil Brasileiro, no que respeita às modalidades de renúncia da prescrição, prescreve que esta pode ser dar de forma tácita ou expressa. No entanto, quando confrontado o fato de que a prescrição, por ser matéria de ordem pública, pode ser alegada a qualquer tempo com a possibilidade de renúncia tácita, tem-se que esta somente se convalida com o trânsito em julgado da sentença.

2.1.1 Causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição

Os artigos 197 a 202 do CC dispõem sobre as hipóteses em que ocorrem a suspensão, interrupção e o impedimento da prescrição. O legislador levou em consideração certas circunstâncias que são passíveis de paralisar o curso do prazo prescricional. Esta paralisação é o que a doutrina entende tratar-se de suspensão da prescrição¹¹. Ademais,

Alguns autores usam esta expressão para as prescrições já iniciadas, reservando o vocábulo *impedimento* para o fato obstativo do começo do prazo, argumentando que, se não teve ainda início a prescrição, pela ocorrência de uma causa que se opôs ao seu começo, o que se verificou foi ter-se *impedido* e não *suspenso* o prazo prescricional. Suspensão e impedimento subordinam-se à concepção de uma unidade fundamental, que, comportando, embora, uma diferenciação técnica, autoriza a sua reunião em um mesmo complexo de regras práticas, tal como fez o Código Civil brasileiro de 1916, art. 168, e repetiu o Código de 2002, art. 197. (PEREIRA, 2006, p. 696-697)

Certo é que, tanto as causas suspensivas quanto as causas impeditivas visam preservar relações que possuem natureza familiar, ou ainda, àquelas “relações jurídicas entre pessoas que cultivam ou devem cultivar vínculo afetivo mais profundo” (PEREIRA, 2006, p. 697).

É o que se denota quando da leitura do art. 197 do CC. Já no art. 198 CC vigora o princípio da proteção onde o legislador optou por proteger àqueles que de alguma forma estão impedidos de se defenderem.

Numa outra ordem, o art. 199 CC impõe a suspensão da prescrição se verificada a existência de condição suspensiva, a imposição de termo ou pendendo ação de evicção. Nesse sentido

¹¹ “Tanto o impedimento quanto a suspensão da prescrição cessam, temporariamente, seu curso. Se o prazo não começou a fluir em decorrência de determinado fato, há o impedimento. Se, todavia, o obstáculo surge após o prazo ter se iniciado, ocorre a suspensão.” (LUCON, 2008, p. 569)

Finalmente, outros motivos ainda suspendem a prescrição, como é a pendência de condição suspensiva ou a imposição de termo, pois que num caso o direito não se adquire, e no outro não se exercita senão com o implemento da condição ou esgotamento do prazo, e não se pode falar em início de prescrição quando inexistente o direito exigível. Igualmente, se o terceiro propõe ação de evicção, fica suspensa a prescrição até o seu desfecho final (Código Civil, art. 199). (PEREIRA, 2006, p. 698)

Certo é que ocorrendo alguma das hipóteses acima mencionadas a prescrição não começa ou ainda, se iniciada, será suspenso seu curso.

A principal diferença entre suspensão e interrupção é que quando ocorre a suspensão da prescrição o tempo anteriormente transcorrido é somado enquanto na interrupção o prazo é recontado na sua totalidade a partir da causa interruptiva.

O Código Civil de 2002 somente prevê a possibilidade de ocorrer a interrupção da prescrição uma única vez (art. 202 CC). “Com o código atual, toda interrupção opera uma única vez, substituindo, entretanto a fluência do prazo pela metade, nos créditos contra a União, os Estados ou os Municípios” (PEREIRA, 2006, p. 699).

Por outro lado, a interrupção é fato que inutiliza a prescrição em andamento e, ao contrário do que ocorre na suspensão e no impedimento, a interrupção extingue todo o tempo já transcorrido para a consumação da prescrição, fazendo-o correr desde seu termo inicial. (LUCON, 2008, p. 569)

As causas de interrupção, como já mencionado, estão dispostas no art. 202 CC, mas também são encontradas em leis esparsas. Após a leitura do mencionado dispositivo, conclui-se que a interrupção pressupõe uma determinada atitude do credor para proteção da sua pretensão¹².

Tem-se, portanto, que existem determinadas circunstâncias legais que obstam o prosseguimento do prazo prescricional, seja através da suspensão ou impedimento, seja pela interrupção. Dessa forma, o curso do prazo prescricional, quando constatada a ocorrência de qualquer das situações legais que interfiram no seu prosseguimento, não se dá de forma absoluta.

Por essa razão, o dispositivo legal introduzido pela Lei 11.280/06 fere a hipótese de comprovação de tais causas, que somente se viabiliza pela manifestação das partes, sobretudo do réu, nas ações judiciais. Note-se que sendo questões peculiares dos casos concretos, cuja submissão à regra geral demanda, necessariamente, um ato jurídico capaz de alterar o

¹² “Por seu turno, a interrupção fundamenta-se na proteção da pretensão de determinada pessoa para exercer seus direitos, razão pela qual depende-se que a interrupção depende, em regra, de um comportamento ativo do credor.” (LUCON, 2008, p. 569)

transcurso natural do tempo em relação ao evento fático, impedem que um juiz possa conhecer de ofício a prescrição. Conhecer a prescrição implica, portanto, conhecer dos meandros particulares da causa, somente manifestados no curso do trâmite processual. Findar a ação antes mesmo que a estrutura processual se desenvolva e impedir essa realidade, o que culmina num provimento final viciado ou inconstitucional, em relação ao devido processo legal.

2.2 Prescrição, Decadência e Preclusão

Para melhor desenvolvimento do presente estudo, torna-se necessário traçar uma breve comparação entre a prescrição, decadência e preclusão, já que todos guardam uma semelhança sobre a obstacularização de manifestações. Tanto a prescrição, quanto a decadência, pressupõem a inércia do titular de um direito associado ao decurso do tempo sem a devida provocação. Teixeira (2006, p. 21) informa que “Sabemos que tanto a prescrição quanto a decadência supõem o decurso do tempo e inércia do titular do direito e que a prescrição extingue a pretensão ao passo que a decadência extingue o direito”.¹³

Dessa forma, tem-se que a decadência atua diretamente na extinção do direito potestativo e que possui um prazo pré-fixado para ser exercido, desde seu nascimento, sob pena de seu perecimento. Conforme nos ensina Silva (2006, p. 690), “o fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder de ação dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização”.

Ademais, os prazos prescricionais são somente legais e não poderá haver qualquer alteração dos mesmos por convenção das partes, sendo essa a previsão do art. 192 CC. Já a decadência poderá ser legal ou convencional pelo disposto no art. 211 CC.

Noutro giro, pela leitura do art. 207 CC, observa-se que não se aplicam as hipóteses de suspensão, impedimento e interrupção à decadência, salvo quando envolver o absolutamente incapaz.

¹³ Sobre o mesmo ponto, leciona Pereira (2006, p. 698-690):

“Efeito do tempo na relação jurídica é, também, a decadência ou caducidade, que muito se aproxima da prescrição, diferindo, entretanto, nos seus fundamentos e no modo peculiar de operar. Decadência é o perecimento do direito potestativo, em razão do seu não-exercício em um prazo pré-determinado. Com a prescrição tem estes pontos de contato, aliado à falta de atuação do titular.

Mas, diferem em que a decadência é a perda do direito potestativo pela falta de exercício em tem pó pré-fixado, enquanto á prescrição extingue a prestação um direito subjetivo que não tinha prazo para ser exercido, mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo com a criação de uma situação contrária, oriunda da inatividade do sujeito.”

Mais adiante, logo no art. 209 CC, tem-se que não há possibilidade de renúncia da prescrição legal. Conforme nos ensina Lucon (2008, p. 567), é possível elencar diferenças de ordem processual entre prescrição e decadência:

Enquanto a prescrição atinge as pretensões de natureza condenatórias, a decadência incide sobre as pretensões de natureza constitutiva. A prescrição está vinculada ao nascimento da pretensão e a decadência ao exercício de um direito potestativo. Mais ainda, a prescrição deixa incólume o direito subjetivo, ao contrário do que ocorre com a decadência (como é sabido de resabido, é plenamente possível o pagamento de dívida prescrita). (LUCON, 2008 p. 568)

Ainda com o enfoque processual, apreende-se que a prescrição somente poderia ser arguida pela parte que dela se aproveitaria, pois, embora pautada em um fundamento de ordem pública, atua no interesse privado do beneficiado. Para Lucon (2008, p. 690)

A prescrição é instituída como fundamento em um *motivo* de ordem pública, mas no interesse privado do favorecido, e, por esta razão, somente pode ser pronunciada a seu requerimento; a decadência quando estabelecida por lei, é criada no *interesse* também da ordem pública e pode ser decretada a requerimento do Ministério Público, e até *ex officio* (código civil, art. 210).

Paralelamente a esse quadro, surge o instituto da preclusão que tem caráter exclusivamente processual. A preclusão não se confunde com a prescrição, pois esta (prescrição) encontra-se situada no mérito. A preclusão, “fenômeno endoprocessual” (ALVIN, 2008, p. 316), está intimamente relacionada com a ideia de impulsionar o processo. Nessa esteira, entende Wambier (2006, p. 194) que

O instituto da preclusão está umbilicalmente ligado a questão do andamento processual, e de seu destino inexorável, que é de extinguir-se para dar lugar a solução concreta decorrente da prestação da tutela jurisdicional do Estado.

Se o processo deve “andar para a frente”, isto é, desenvolver-se em direção ao seu final, os atos processuais, que acontecem nos moldes previstos em cada procedimento, devem respeitar determinados prazos, nos quais deverão ser realizados, sob pena de, não o sendo, incidirem na hipótese de as consequências da não realização dos atos.

Destarte, enquanto a prescrição atua dentro do campo de direito material, a preclusão atua em âmbito totalmente processual. Assim, a preclusão configura a perda de determinada faculdade processual não observada pela parte. Nessa esteira,

Todavia, diferentemente da prescrição, a preclusão é a perda de uma faculdade processual, com o objetivo de impedir que se renovem mesmas questões dentro de

um mesmo processo, ou seja, com o objetivo básico de tornar possível o ordenado desenvolvimento do juízo, com a progressiva e definitiva eliminação de obstáculos. Assim, enquanto a preclusão (relação meramente de direito processual) é a extinção ou mesmo, a consumação de uma faculdade processual determinada, a prescrição (questão de direito substancial) é a perda do direito subjetivo de ação, em razão do decurso do tempo. (MARTINS, 2002, p. 22)

Noutro giro, o instituto da preclusão está umbilicalmente relacionado com a ideia de tempo no processo e se apresenta como seu princípio informador, na materialização do modelo legal, em atenção ao princípio do devido processo legal.

A preclusão garante o prosseguimento do processo, sem possibilidade, via de regra, de retornar-se ao que passou, ou seja, de se novamente permitir a prática de ato que não fora realizado ou que o fora intempestivamente. Assim

Poderíamos então dizer que a preclusão é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo que consiste na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados válida ou invalidamente (BARBOSA *apud* ALVIN, 2008, p. 315).

A preclusão conduz a noção de ônus processual, pois se traduz pela falta da “prática pela parte de determinados atos que só poderão vir em seu benefício, de tal modo que a inércia só poderá trazer prejuízo à própria parte que se abstêm da prática do ato” (ALVIN, 2008, p. 314) ou pela prática intempestiva.

Vale ressaltar que a preclusão, não atinge, por óbvio, àquelas matérias de ordem pública, passíveis de serem arguidas em qualquer tempo, inclusive de ofício pelo magistrado.

Neste tocante, tem-se a importância de avaliar se a preclusão atinge a alegação de prescrição. A rigor, não atinge, porque a prescrição é matéria de ordem pública. Daí a desnecessidade de ser conhecida de ofício. Aliás, não se trata somente de desnecessidade, mas de afronta ao curso natural do trâmite procedimental. Por outro lado, permitir que um procedimento se desenvolva em todas as suas fases para somente em momento avançado de sua estrutura alegar a prescrição e ferir o princípio da celeridade processual, esculpido na EC 45/2004. Talvez tenha sido a intenção da Lei 11.280/2006 combater essa vertente, mas infelizmente o fez de maneira equivocada, porque atingiu o devido processo legal e aniquilou o instituto da prescrição em sua essência, no sentido de que ele tangencia, no seu conteúdo, interesses particulares.

Feitas tais considerações, tem-se que os institutos acima traçados guardam importantes diferenças que devem ser preservadas, sob pena de comprometer a finalidade para o qual cada instituto é criado. Importante frisar que, embora os três institutos guardem como semelhança a

prejudicialidade do direito pelo decurso do tempo, somente a prescrição foi trazida como novidade pelo advento da Lei 11.280/06. Ademais, não faria sentido se incluir a preclusão, porque ela depende, obviamente, do desenvolver da ação judicial. Todavia, pode-se fazer uma crítica à introdução trazida pela lei, no sentido de que a prescrição também demanda o desenvolver procedimental para que seja verificada, não porque se realiza no processo, mas porque nele se comprova.

2.3 O Direito Fundamental de Ação

De inegável natureza constitucional, o direito fundamental de ação resguardado no art. 5º, inciso XXXV, Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), tem como principal escopo possibilitar a obtenção junto ao Poder Judiciário uma decisão sobre determinada pretensão. Nas palavras de Liebman (*apud* Wambier, 2006, p. 117) “ação como poder de exigir a prestação jurisdicional, poder esse vinculado a uma pretensão existente na esfera do direito material, cuja análise se faz por meio das condições da ação”.

Sabe-se que Liebman foi o grande precursor do Código de Processo Civil e, em que pese sua teoria inicial, de que o direito de ação esteja intimamente ligado a uma pretensão, o que se tem hoje é que o direito de ação é autônomo e independente. Defendendo portanto, a afirmação tal afirmação, Wambier (2006, p. 117-118) entende que

De acordo, todavia, com a concepção teórica hoje vigente, o direito de ação é independente e autônomo diante do direito material invocado como causa de pedir, embora a ele esteja vinculado instrumentalmente, “porque a sua finalidade é dar a uma solução pretensão de direito material”. Assim, há exercício do direito de ação mesmo que sem o sucesso almejado pelo autor, isto é, por aquele que, mediante o exercício desse direito, instaura o processo em juízo e pede uma determinada solução jurídica para a lide. Ainda que a solução seja outra, distinta daquela pretendida pelo autor (este pretendia a procedência total de seu pedido e obteve, por exemplo, a procedência parcial ou mesmo a improcedência), terá havido exercício da ação, e a isso corresponde o dever do Estado de dar uma solução, favorável ou não, ao interesse do autor.

Não obstante, outra vertente da doutrina defende ser a ação, na realidade, o procedimento através do qual se materializa o devido direito à prestação jurisdicional, bem como viabiliza a fruição de um direito constitucional, qual seja, o próprio processo, representado pelo conteúdo do devido processo legal – isonomia, contraditório e ampla defesa¹⁴.

¹⁴ “A relação existente entre a Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina

No entanto, repita-se, o que predomina hoje entre os processualistas é o entendimento majoritário segundo o qual, a ação é o direito subjetivo constitucional no sentido de provocação do Estado para que este exerça o seu monopólio da atividade jurisdicional.

O presente estudo não pretende se posicionar sobre o tema, mas somente demonstrar as consequências práticas que a novidade legislativa impõe em relação ao trâmite das ações judiciais e questionar a decretação de plano da prescrição já no início da estrutura procedimental.

3 O ADVENTO DA LEI 11.280/2006 E A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro várias inovações, dentre as quais merece destaque para o presente estudo o inciso LXXVIII do art. 5º da CR/88 que impõe a razoável duração do processo e, como consequência, a celeridade de sua tramitação¹⁵.

A dificuldade, porém, está em determinar o que vem a ser “razoável” em se tratando de duração dos processos administrativos e judiciais.

A determinação do reconhecimento *ex officio* pelo juiz quando constatada a prescrição (§ 5º do art. 219 do Código de Processo Civil), introduzida pela Lei 11.280/2006 – que revogou expressamente o art. 194 do Código Civil – está em consonância com a nova sistemática da celeridade processual introduzida pela Emenda nº 45/2004. A partir de um recorte a respeito da revogação do art. 194 CC e a nova redação do § 5º art. 219 CPC, evidencia-se o importante papel que a petição inicial exerce no processo.

A petição inicial tem a função de iniciar o processo, delimitando os contornos da lide (como regra) e configura ser a peça processual mais importante para o titular de determinada pretensão¹⁶. A petição inicial é tida pelos doutrinadores como pressuposto processual de existência do processo, não implicando, contudo, em sua validade¹⁷.

muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais as ligações entre a Constituição e o Processo.

A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada vez mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social.” (BARACHO apud BRITO, 2006, p. 54).

¹⁵ “A EC nº 45/04 ampliou o rol dos direitos e garantias individuais do art. 5º ao acrescentar-lhe um inciso LXXVIII, assegurando a todos no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Este dispositivo confere status constitucional aos princípios da eficiência e da celeridade processual, assegurando aos que buscarem o Estado para dirimir seus conflitos a garantia de que sejam observados prazos razoáveis na conclusão dos processos administrativos e judiciais.” (HOLTHE, 2008, p. 351)

¹⁶ “O processo principia com a petição inicial, que, como regra e quase absoluta, delimita a lide e, pois, define em grande escala o objeto da atividade do juiz. É na petição inicial que se traz para o processo, a indicação do

É sabido que a petição inicial deve preencher alguns requisitos para o seu regular processamento, sob pena de seu indeferimento (art. 282 do CPC). São eles: a petição inicial indicará: o juiz ou o tribunal a quem é dirigida; os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e réu; os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido com suas especificações; o valor da causa; as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; requerimento para citação do réu, bem como todos os documentos indispensáveis à propositura da ação. A inobservância desses requisitos leva a inépcia da inicial. Por sua vez, o art. 295 do CPC elenca as hipóteses em que ocorrerá o indeferimento da inicial, dentre elas, no seu inciso IV - “quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição” (BRASIL, 1973).

O indeferimento da inicial levará ao julgamento do processo sem resolução de mérito (art. 267, inciso I do CPC), salvo se constatada a ocorrência de prescrição ou decadência, casos em que ocorrerá o julgamento com resolução de mérito (art. 269, IV CPC).

O art. 194 do CC previa que o juiz não poderia suprir de ofício a alegação da prescrição, salvo se favorecesse absolutamente incapaz:

O código civil de 2002, assim como ocorreu no antigo, tolia o juiz se suprir, de ofício, a alegação da prescrição, como regra, acrescentando, todavia, que para resguardar interesse de absolutamente incapaz o magistrado estava autorizado a reconhecê-la de ofício. (LUCON, 2008, p. 570)

A antiga regra do § 5º art. 219 do CPC previa que “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato” (BRASIL, 1973). Há quem entenda que, antes mesmo da inovação introduzida pela lei nº. 11.280/06, com o advento do novo Código Civil em 2002, a prescrição já havia sofrido significativas alterações:

Aponta Humberto Theodoro Júnior que a regra do § 5º do artigo 219, CPC, vedava que o juiz conhecesse de ofício da prescrição de direitos patrimoniais. E com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (lei nº. 10.406/02), indica o jurista que ocorrera derrogação daquela norma processual apontada, com a criação de regra especial em relação ao favorecimento de absolutamente incapazes, quando então se permitia ao magistrado pronunciar-se sobre a prescrição, de ofício (regra do artigo 194 do Código Civil). Mais tarde afirmaria o próprio autor que a medida se

bem jurídico disputado (= lide). O réu, enquanto tal, faz sua defesa e impõe que o juiz decida as questões por ele suscitada. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a petição inicial é a ‘instrumentalização física da demanda, que nela se corporifica.’” (ALVIN, 2008, p. 348)

¹⁷ “A existência de petição inicial, todavia, se por um lado indica a existência do processo, por outro não implica sua validade, como se verá em seguida, ao tratar dos pressupostos de validade. Pense-se, por exemplo, na petição inicial que não preenche os requisitos exigidos pela lei para que essa primeira peça do processo possa validamente dar início a ele (petição inepta – art. 295, parágrafo único).” (WAMBIER, 2006, p. 200)

justificava, já que os direitos dos absolutamente incapazes são, em nosso sistema, indisponíveis, com o que tuteláveis pelo magistrado por iniciativa própria. (MATTOS, 2008, p.33)

No entanto, atualmente, no tocante a prescrição, está se dar de ofício pelo magistrado não havendo qualquer ressalva na lei se essa declaração será quando se tratar de direitos patrimoniais ou não patrimoniais e, ainda, no tocante ao sujeito favorecido, se absolutamente incapaz ou não. Agora, em razão da expressa revogação do artigo 194 do CC, se detectada a presença da prescrição, o magistrado poderá (deverá) decretá-la de ofício, como causa de indeferimento da petição inicial com resolução de mérito art. 269, inciso IV do CPC.

Com isso, pode-se concluir que, com as mencionadas alterações ocorridas no tocante a alegação da prescrição, e ainda, em consonância com o princípio da duração razoável do processo, tem-se que tal alegação de ofício pelo magistrado, constitui um dever processual. Assim

A nova redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, tornou a prescrição questão de ordem pública na medida em que, na dogmática processual, somente as questões de ordem pública, transcendem os interesses das partes e, por essa razão, podem ser conhecidas de ofício pelo julgador. (LUCON, 2008, p. 571)

A maior divergência encontrada na doutrina, após o advento da Lei 11.280/2006 diz respeito ao momento processual para que o juiz alegue a prescrição, ou seja, decretação de ofício ou decretação de plano? A decretação de plano é aquela que se procede imediatamente, ou seja, quando recebida a inicial e verificada a ocorrência da prescrição deve, desde logo, ser decretá-la. A decretação de ofício é aquela que pode ser arguida pelo juiz a qualquer momento durante o trâmite processual.

Com isso, “não se tem por cauteloso o pronunciamento da prescrição antes da citação do réu, embora em tese admissível” (MATTIETTO, 2006, p.13)

Além da hipótese de renúncia à prescrição pelo réu, é possível que haja suspensão ou interrupção do prazo prescricional, favorecendo o autor, sendo este mais um fator a recomendar que o juiz não declare a prescrição de imediato.

Resulta adequado, pois, que o juiz declare a prescrição apenas após ter ouvido o réu, prestigiando, assim, o princípio do contraditório. (MATTIETTO, 2006, p. 14)

Nessa esteira, Theodoro Junior (*apud* LUCON, 2008, p. 572), aduz que

A revogação pura e simples do art. 194 do Código Civil não conduz à automática implantação de uma regra em sentido contrário à revogada, se se atentar para o enfoque lógico, histórico, sistemático e teleológico da regulamentação da prescrição, como um todo. Não será, apenas pelo fato de eliminar a regra que expressamente proibia o juiz de declarar a prescrição de ofício, que se terá de

entender que terá sido instituída a possibilidade de fazê-lo, sempre, sem a invocação da parte interessada.

A grande maioria dos doutrinadores entende que, embora possível ser decretada de plano a prescrição, seria prudente que tal alegação se operasse em outra fase processual, qual seja, depois da citação do réu. Assim,

Por essa razão, existe corrente doutrinária firme no sentido de defender que o reconhecimento *ex officio* da prescrição pode ser realizada de plano, recomendando-se, porém, prudência ao magistrado quando do despacho da petição inicial. Dessa forma, ainda que o juiz esteja diante da prescrição, deverá relegar a um segundo momento sua decretação.

Os doutrinadores que defendem essa corrente entendem que a citação do demandando abriria a possibilidade de renúncia à prescrição e afastaria sumariamente a possibilidade de vir a ser configurada qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade do feito. (LUCON, 2008, p. 572)

Como dito, será causa de indeferimento da inicial quando detectada a presença da prescrição e da decadência e de julgamento do processo com resolução de mérito. Como causa de indeferimento da inicial, tal se dará sem que para isso a parte ré tenha sido citada para compor a lide. Por sua vez, o autor da ação poderá recorrer da decisão via recurso de apelação. Dessa forma, como o réu da ação não fora sequer citado para compor a lide, também não será para apresentar suas razões recursais.

A nova sistemática, contudo, operou consequências também aos princípios processuais do contraditório e da ampla defesa. Consequências no âmbito do devido processo legal, pois a prescrição guarda consigo algumas peculiaridades que somente poderão ser arguidas pelo réu.

Portanto, o presente estudo, no capítulo que se segue, irá demonstrar que o advento da Lei 11.280/2006 operou profundas alterações na sistemática processual e gerou consequências no campo do direito civil, notadamente no antigo instituto da prescrição.

3.1 Conhecimento da prescrição de ofício: exceção ou objeção

Como já demonstrado a prescrição tem como principal alvo a pretensão do titular de um direito que foi inerte quanto a sua exigência. “Ficava, desta forma, referendado que as prescrições de direitos patrimoniais dependeriam sempre da alegação da parte, exercitável através de exceção processual” (TEIXEIRA, 2006, p. 22).

Entretanto, outra discussão que se encontra atualmente, também em virtude da recente alteração introduzida pela Lei 11.280/2006, diz respeito à natureza jurídica da prescrição, ou seja, se ela continuaria a exercer um papel de exceção ou, a partir de então, de objeção.

Há quem defenda que a prescrição exerce um papel de objeção, pois uma das características típicas da objeção é o seu reconhecimento de ofício pelo magistrado. A exceção, por sua vez, é um direito que a parte possui em relação ao titular de um direito que não exerceu sua pretensão dentro do prazo estipulado pela lei. Certo é que a prescrição se enquadra tanto em uma hipótese quanto noutra. Nesse sentido

A discussão não se desenvolve a partir de uma visão maniqueísta de exceção e objeção como extremos, sendo que cabe enquadramento da prescrição em uma ou outra. Desde logo se pode afirmar que a doutrina majoritária confirma, mesmo após o advento da lei nº. 11.280/06, que a prescrição conserva a natureza de exceção. O debate se desenvolve enucleado em particularidade mais específica: a atribuição à prescrição de uma característica típica das objeções, a cognição de ofício pelo juiz. A convivência harmônica entre a nova previsão e toda a configuração legal da prescrição (sua disposição no sistema civil e processual civil) é o que se deve buscar. Pontes de Miranda afirma que a prescrição é exceção que alguém possui em relação àquele que não exerceu, no tempo devido fixado por alguma regra jurídica, a sua pretensão, sendo limite temporal à eficácia desta. (MATTOS, 2008, p. 35)

A exceção, ou melhor, o seu exercício, está então relacionado ao decurso do tempo para se pleitear determinada pretensão¹⁸.

Adota-se, portanto, o entendimento que a prescrição se opera como uma exceção atingindo a pretensão consubstanciada no direito material. A parte a quem aproveita da exceção, quando dela se vale, está supondo a existência daquele direito, mas se eximem da responsabilidade do cumprimento em função do decurso do prazo prescricional¹⁹.

A prescrição sempre se comportou no sistema processual brasileiro, como exceção, a depender da parte a quem se aproveita, exatamente porque os efeitos da prescrição se limitam ao seu patrimônio. A exceção, portanto, se comporta no âmbito do interesse privado.

No entanto, com o advento da Lei nº 11.280/2006 que introduziu a possibilidade da cognição de ofício pelo juiz, a exceção da prescrição se volta não mais para um interesse privado, mas para um interesse de ordem pública.

¹⁸ “Vê-se, pois, que os requisitos da prescrição são percebidos no mundo dos fatos, para que somente então possa aquela se operar no mundo jurídico. Com essas considerações, pode-se afirmar que é justamente da forma como apresentada por Pontes de Miranda que a prescrição é ordinariamente entendida pela doutrina, ou seja, como exceção, à justificativa de que não se opera “pleno iure” em relação a direitos patrimoniais, como também aponta Caio Mário da Silva Pereira, alcançando, segundo entende, “todos os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado”, podendo se estender aos “efeitos patrimoniais de direitos imprescritíveis.” (MATTOS, 2008, p. 36)

¹⁹ “Também compreendendo a prescrição como exceção, afirma André Fontes que se trata de exceção na modalidade peremptória, na medida em que a recusa à exigibilidade da prestação se dá em caráter definitivo. Ainda, por ser instituída com suporte em motivo de ordem pública, mas no interesse privado daquele que dela se beneficie, dependeria necessariamente de requerimento de seu beneficiário, enquanto exceção substancial.” (MATTOS, 2008, p. 37)

Alguns doutrinadores entendiam que quando a prescrição fosse decretada pelo Ministério Público ou mesmo quando pronunciada de ofício pelo juiz (nas hipóteses anteriores à nova sistemática) estaria exercendo um papel diverso da exceção²⁰.

Neste particular, partindo-se do ângulo do conhecimento da defesa por parte do órgão jurisdicional, tem-se a classificação em objeção para “*indicar a defesa que pode ser conhecida de ofício, e em exceção em sentido estrito para indicar a defesa que só pode ser conhecida quando alegada pela parte*”. (MATTOS, 2008, p. 37-38)

Diante dessas considerações, surge para alguns doutrinadores, a mudança da natureza jurídica da prescrição, passando esta a ter uma natureza de objeção e não mais de exceção. Assim, segundo Wambier (2006, p. 336) “a prescrição, assim como a decadência, deixa de ser exceção, passando a ser considerada objeção substancial”.

Porém, um problema surge quando se parte da premissa de que a prescrição tem natureza de objeção, pois, justamente porque esta envolve questões de ordem pública, são irrenunciáveis, indo de encontro com o que preconiza o art. 191 do CC (a renúncia da prescrição).

Como demonstrado, a referida alteração legislativa foi capaz de trazer várias questões para a ordem jurídica brasileira e, por isso, fazem-se necessárias profundas análises acerca das consequências oriundas deste, especialmente o instituto jurídico da prescrição e sua forma de arguição, o que será enfrentado a seguir.

3.2 A prescrição arguida em preliminar como prejudicial de mérito

Assim como discorrido sobre a petição inicial e o importante papel que esta exerce no processo, tem-se necessário tecer algumas observações acerca do direito de defesa, constitucionalmente assegurado. Sobre esse aspecto,

O direito de defesa é um direito público, autônomo e abstrato. É público porque também exige do Estado a prestação jurisdicional que leve à composição da lide. É autônomo pela independência entre o direito processual e o direito material. É abstrato porque desvinculado do resultado do processo. Ou, por outras palavras, o efetivo exercício do direito de defesa independe de a ação ser julgada procedente ou improcedente, vale dizer, independente da juridicidade da defesa (ALVIN, 2008, p. 373).

²⁰ “Neste particular, partindo-se do ângulo do conhecimento da defesa por parte do órgão jurisdicional, tem-se a classificação em objeção para “indicar a defesa que pode ser conhecida de ofício, e em exceção em sentido estrito para indicar a defesa que só pode ser conhecida quando alegada pela parte’.” (MATTOS, 2008, p. 37-38)

A defesa é uma forma de invalidar os pedidos do autor, ou seja, de ser improcedente. Assim a defesa, como regra, não se presta a afirmar um direito do réu, mas, sim de invalidar a pretensão ou o direito subjetivo pleiteado pelo autor. A defesa pode se dar de várias formas, dentre elas, a defesa processual e a defesa de mérito. Vale dizer que o meio mais comum para que o réu exerça o seu direito de defesa é a contestação.

A contestação poderá abarcar tanto matéria referente ao mérito, quanto defesas de ordem processual sendo que as matérias relativas à eventual invalidação do processo (preliminares ou prejudiciais) devem aparecer antes de qualquer outra. Por sua vez, o art. 301 CPC nos revela as matérias que devem ser arguidas na contestação antes do mérito, ou seja, são as chamadas questões preliminares. Assim, “as questões são ditas prévias porque devem, lógica e cronologicamente, ser examinadas previamente ao mérito. São, portanto, pontos controvertidos, que o juiz deve analisar antes do mérito” (WAMBIER, 2006, p. 354)²¹.

Dessa forma, tem-se que o importante para distinção entre as citadas questões prévias (preliminar ou prejudicial) é o tamanho da influência que a decisão terá em relação ao mérito. O exame de preliminar, eventualmente acolhida, impossibilita o juiz de analisar o mérito ao passo que julgada uma questão prejudicial, está influi diretamente na análise de mérito, ou a maneira como ele será decidido. Assim,

O resultado de exame das questões preliminares determina poder ou não o juiz decidir a lide. Assim, no exemplo dado, se o juiz acolhe a preliminar de coisa julgada, não poderá avançar ao exame de mérito, exame este que se torna obstado pelo acolhimento da preliminar.

Já o resultado do exame das questões prejudiciais determina ao juízo o modo como ele vai decidir o mérito. Verificada a questão prejudicial, o juiz não fica tolhido a julgar o mérito, mas a análise da questão prejudicial determinará o resultado da decisão de mérito (WAMBIER, 2006, p. 355).

Assim, a prescrição se comporta como uma matéria prejudicial de mérito. Em que pese ser passível se arguição em qualquer tempo, a prescrição pode ser arguida em sede de preliminar, mas influi diretamente na decisão de mérito. Dessa forma, a prescrição se comporta como uma prejudicial de mérito, influenciando diretamente na pretensão deduzida pelo autor, corroborando assim, como a definição traçada em relação ao referido instituto.

²¹ Bem a propósito, “dentre as questões prévias, temos as preliminares e as prejudiciais. As primeiras (preliminares) são aquelas que, cronologicamente, devem ser decididas antes da questão seguinte, mas na decisão desta não influenciam. As últimas (prejudiciais) são aquelas que têm de ser decididas antes e influenciam no quanto irá se decidir depois. Somente as questões prejudiciais é que podem ser objeto de ação declaratória incidental.” (ALVIN, 2008, p. 440)

4 O ADVENTO DA LEI 11.280/2006 E A REVOGAÇÃO DO ART. 194 DO CÓDIGO CIVIL

Como já delineado, a sistemática da prescrição sofreu profundas alterações com o advento da Lei 11. 2800/2006 que introduziu a possibilidade de o juiz se pronunciar de ofício quando constatar a presença da prescrição²².

O art. 194 CC revogado pelo advento da referida lei dispunha que o juiz não poderia alegar a prescrição de ofício, salvo se favorecesse absolutamente incapaz.

Assim, tem-se que a prescrição, como regra geral, somente poderia ser arguida pela parte a quem dela (da prescrição) se aproveitaria. Nesse sentido, segundo o que dispunha o art. 194 CC,

É conhecida a norma no sentido de que o “juiz não pode conhecer de ofício a prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes” (CC/1916, art. 166), reproduzida com outras palavras pelo diploma adjetivo (CPC, art. 219, § 5º com a redação dada pela lei nº 5.925/1973). Assim, ao pé da letra, o juiz pronunciaria de ofício a prescrição de direitos patrimoniais, mas as respectivas hipóteses costumavam a ser de decadência. (p. ex.: ação de anulação de casamento) (MARTINS, 2002, 39).

Ainda conforme a antiga sistemática do art. 194 CC,

Mesmo que os direitos sejam de cunho estritamente patrimonial, segundo a nova lei, o juiz poderá pronunciar de ofício a prescrição, se o prescribente (beneficiado pela prescrição) for absolutamente incapaz (CC/2002, art. 194). O absolutamente incapaz deve ser representado nos autos (CPC, art. 8º), mas se sua defesa for omissa, segundo a nova lei, o juiz deverá pronunciar de ofício a prescrição em seu favor (CC/2002, art. 194) (MARTINS, 2002, P. 39).

Um dos aspectos intimamente ligado ao instituto da prescrição é a possibilidade de sua renúncia. “Sabe-se que a renúncia, em geral, representa um ato jurídico por meio do qual ocorre o despojamento expresso e voluntário de um direito” (GODINHO, 2009, p. 36). Ainda sobre a renúncia da prescrição, tem-se que esta ocorre quando a parte a quem dela (da prescrição) se aproveitaria simplesmente deixa de arguir por meio de defesa cabível e opta por cumprir sua obrigação.

²² Nesse sentido, “A alteração legislativa introduzida pela Lei nº 11.280/2006, para alguns doutrinadores, é vista como uma ofensa aos preceitos científicos que regem a matéria da prescrição e que vão de encontro a consolidada tradição de nosso direito; para outros é vista como uma inovação necessária para corrigir a contradição dos arts. 189 e 194 do Código Civil e permitir que a prescrição, porque opera de pleno direito ao exaurir-se o prazo assinado pela lei, não dependa de arguição das partes e possa ser, de ofício, decretada pelo juiz” (TEIXEIRA, 2006, p. 24).

Conforme disposição expressa do art. 191 CC, a renúncia pode se dar de maneira expressa ou tácita, óbvio, sem que com isso, prejudique direito de terceiros. Ocorrerá de forma tácita, conforme já mencionado, “quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição” (art. 191 CC) (BRASIL, 2002).

No tocante às modalidades de renúncia, admite-se sua manifestação de forma expressa ou tácita. A primeira pode se dar verbalmente ou por escrito, eis que a lei não estabelece forma especial para sua realização, bastando que se configure uma exteriorização inequívoca da vontade do renunciante. A derradeira, por sua vez, se presume de atos do interessado incompatíveis com a prescrição, o que pode ocorrer, v.g. caso o devedor peça ao credor um prazo para saldar a obrigação (GODINHO, 2009, p. 36).

Assim, se a renúncia pode se dar de forma ser tácita, a possibilidade da pronúncia de ofício da prescrição resta, portanto, incompatível, já que pela simples não apresentação da exceção poderá o interessado renunciar àquela. Importante mencionar ainda que a renúncia da prescrição somente poderá ocorrer depois de transcorrido na íntegra o prazo prescricional. Assim,

Se fosse possível a renúncia antecipada, isto é, anterior ao trâmite do lapso temporal previsto em lei, as partes poderiam convencioná-la contratualmente, fazendo com que a pretensão se tornasse inatacável pelo passar do tempo, o que afrontaria a essência a prescrição. Por outro lado, transcorrido o prazo, é livre a renúncia porque o fim da lei é satisfeito com a realização da prescrição (GODINHO, 2009, p. 36).

Tem-se, portanto, que, atendidas as exigências legais, a prescrição pode ser livremente renunciada pela parte, notadamente porque, como já exposto em capítulos anteriores, a prescrição diz respeito a direitos ou interesses patrimoniais, ou seja, disponíveis. Ademais, um dos principais aspectos que diferenciam a prescrição da decadência legal, é que esta última não admite renúncia.

Entretanto, a revogação do art. 194 CC operou profundas alterações na sistemática da prescrição em especial, a que se refere a noção de renúncia da prescrição.

Obstáculo de difícil transposição para a viabilidade da ideia de um pronunciamento da prescrição, de ofício, pelo magistrado, é o da possibilidade de renúncia àquela, verdadeiro “*direito material do devedor*”. Como a possibilidade de renúncia não foi revogada expressamente pelo legislador reformista, cuidou-se de analisar a hipótese de o haver sido por inferência doutrinária, hipótese rechaçada por respeitáveis autores, afirmando-se que o intérprete do direito deve reservar um espaço para aplicação da regra que dispõe sobre a renúncia à prescrição¹⁹¹, o que conta com nossa total adesão. (MATTOS, 2008, p. 66)

Encontram-se posicionamentos dos mais divergentes acerca dos vários reflexos encontrados com o advento da Lei 11.280/2006 . Há quem entenda que a novidade legislativa não tira do devedor a possibilidade de renúncia da prescrição, ao passo que há posicionamentos que sustentam um grande abalo no que respeita a renúncia da prescrição. Assim, sobre a prescrição e a possibilidade de renúncia,

Com a revogação do art. 194 do Código Civil e a correspondente modificação da lei processual, a consequência óbvia é a possibilidade da decretação *ex officio* da prescrição.

Nem por isso se elimina, contudo, que o interessado possa renunciar à prescrição já consumada (Código Civil, art. 191). Bem a propósito, há o enunciado aprovado na IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, que acolhe a seguinte redação:

“A revogação do art. 194 do Código Civil pela lei nº 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida pelo art. 191 do texto codificado”. (MATTIETTO, 2006, p. 11)

Esse posicionamento defende que a ordem jurídica não impede que o devedor pague a dívida atingida pela prescrição se assim desejar e que tal renúncia afasta a possibilidade de decretação de ofício pelo juiz. Lado outro,

Num primeiro momento, parecem ser antagônicas as noções da renunciabilidade e da cognoscibilidade *ex officio* da prescrição. Afinal, como defender a possibilidade de renúncia à prescrição se o magistrado pode dela conhecer de ofício, extinguindo o processo mesmo antes da citação do réu? Em termos concretos, pode-se imaginar a seguinte hipótese: numa ação de cobrança de dívida prescrita, o juiz, com arrimo na lei processual, determina de ofício a extinção do feito. Ocorre que o devedor pretendia renunciar a alegação da prescrição e saldar a obrigação em juízo, o que faz com que decisão contrarie as duas partes. Como resolver o problema? De início, não parece possível afirmar que o próprio devedor possa recorrer, por não ter havido sucumbência sequer parcial, o que, à partida, lhe cassa o interesse na interposição do recurso. Evidentemente, pode-se afirmar que nada impede que o devedor pague extrajudicialmente, mas essa é uma solução lateral: não se pode esquecer que o provimento jurisdicional é um direito conferido não apenas ao autor, mas a ambas as partes. Se o réu/devedor pretende cumprir a obrigação judicialmente, trata-se de direito que lhe assiste. (GODINHO, 2009, p. 37)

Ademais, a possibilidade de renúncia da prescrição, intimamente ligada a autonomia da vontade, se amolda a natureza dos direitos disponíveis (patrimoniais) e, por sua vez, ao instituto da prescrição. Se há previsão expressa da possibilidade de renúncia tácita da prescrição e com a possibilidade de arguição de ofício a prescrição em qualquer grau de jurisdição, obsta se entenda renunciada tacitamente a prescrição²³.

²³ Nesse sentido, “Alexandre Freitas Câmara indica que é a coexistência entre a possibilidade de renúncia à prescrição e sua cognoscibilidade pelo magistrado, de ofício, que torna absolutamente incoerente o sistema jurídico material em termos de prescrição, com o que entende que foi deixada de lado qualquer preocupação sistemática. Realmente, como apontado, mantida a hipótese de renúncia à prescrição (regra do artigo 191 do

Assim, a novidade legislativa possibilitou ao juiz a decretação de ofício da prescrição, mas não negou vigência ao artigo art. 191 CC que versa sobre a renúncia da prescrição.

Dessa forma, tem-se por cauteloso a citação do réu para que este se manifeste sobre a prescrição, não somente em relação à renúncia como também, para apurar a eventual existência de causas que suspendem ou interrompem a prescrição, antes de o juiz decretar a prescrição (segundo poder-dever instituído pela nova lei), de modo a ser essa a forma mais coerente com o sistema processual e material vigente²⁴.

Ademais, a citação do réu antes de decretar a prescrição, de acordo com a novidade legislativa, acaba por homenagear os princípios processuais da ampla defesa e do contraditório. O mesmo ocorre quando se trata do art. 195 CC. Contra os relativamente incapazes a prescrição corre normalmente, salvo, se houver causas que impedem suspendem ou interrompem a prescrição. O mencionado artigo prevê a possibilidade de ação regressiva daqueles privados de administrar seus próprios bens contra aqueles que, por dolo ou culpa, derem causa a prescrição ou não a alegarem oportunamente.

No entanto, com a mencionada inovação legislativa, esse dispositivo acaba por perder sua eficácia, pois, não haverá mais a quem responsabilizar o relativamente incapaz, pois, o juiz, repita-se, tem o poder-dever de fazê-lo.

O que se vê, portanto, é que a modificação introduzida pela Lei 11.280/2006, acabou por gerar patente incoerência no ordenamento jurídico que deve ser sanada pelos doutrinadores que é quem detêm, de fato, o papel de conciliar a intenção do legislador com os conceitos e institutos já existentes. Nesse sentido,

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. (THEODORO JUNIOR *apud* Mattos, 2008, p. 67).

Código Civil), e estabelecido que a arguição de prescrição pode se concretizar em qualquer grau de jurisdição (conforme norma do artigo 193 do Código Civil), demonstrando que poderá ser suscitada em diferentes momentos do processo, fica difícil sustentar a viabilidade da novel disposição constante da regra do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil brasileiro, em contraposição às demais normas que cuidam da prescrição civil. Como se disse, é obstáculo de difícil transposição para que se aplique a novidade legislativa” (MATTOS, 2008, p. 68).

²⁴ “Como lembra Mirna Cianci, existem, ou podem existir, situações de fato ou de direito alheias ao conhecimento do magistrado e de conhecimento exclusivo das partes os quais podem inibir a perda da prescrição, como, por exemplo, hipóteses em que a prescrição encontrar-se suspensa em decorrência de casamento ou interrompida em virtude de ação de protesto interruptivo da prescrição” (LUCON, 2008, p.574).

Assim, a obediência do disposto no § 5º do art. 219 CPC deve ter um especial cuidado pelo magistrado, sob pena de ofensa a direitos reconhecidos e válidos como, por exemplo, o da renúncia.

4.1 Consequências quanto à conceituação do instituto da prescrição

Como já delineado, a prescrição atinge a exigibilidade da dívida ou a provocação da intervenção estatal para esse fim, mas não a sua existência. Dessa forma, a pretensão não é extinta se prescrita, mas tem sua eficácia comprometida.

Antes da vigência da nova lei, somente a decadência legal poderia ser arguida de ofício, conforme disposto no art. 210 CC (BRASIL, 2002), que nos revela a seguinte redação: “deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência quando estabelecida por lei”. Dessa forma,

Com a vigência da Lei nº 11.280/2006, torna-se cada vez mais difícil a distinção entre decadência e prescrição, na medida em que a prescrição de direitos patrimoniais pode ser decretada de ofício pelo juiz. Sabemos que tanto a prescrição quanto a decadência supõem o decurso do tempo e a inércia do titular do direito e que a prescrição extingue a pretensão ao passo que a decadência extingue o direito (TEIXEIRA, 2006. p. 21).

Além disso, de acordo com a nova sistemática, passa ser a prescrição matéria de ordem pública, considerando que somente as questões dessa natureza (ordem pública) podem ser arguidas de ofício pelo julgador, como ocorre com a decadência. “Assim, com a nova disposição, passa a prescrição, em qualquer contexto, a ser considerada como matéria de ordem pública, com a possibilidade de ser reconhecida pelo juiz *ex officio* e, assim, assemelhando-se a decadência” (TEIXEIRA, 2006, p. 21).

Assim, diante de tal problemática (consequências da inovação legislativa), prescrição e decadência guardam apenas algumas diferenças, o que fere a natureza de ambos os institutos.

Em que pese tal entendimento, alguns doutrinadores se limitam em dizer que o que houve foi apenas uma alteração de ordem prática. Segundo Mattietto (2006, p. 12), “é preciso perceber que não há o objetivo de modificar os contornos conceituais da prescrição, mas somente de alterar-lhe o modo de funcionamento, de aplicação prática”. Infere-se, portanto, que não há mais diferenças entre prescrição e decadência sob o prisma do direito processual, mas apenas sobre o direito material, pois, a decadência extingue o direito propriamente dito, ao passo que prescrição atinge a pretensão.

Como dito, no que pertine a sistemática processual em que os institutos da prescrição e da decadência se operam, não há mais qualquer diferença, pois guardam profundas semelhanças, com a inovação legislativa, o que fere a tão recente evolução conceitual de ambos.

Assim, a Lei 11.280/2006 deve ser analisada levando-se em conta todo cenário processual e de direito material existente. Não se pode atribuir à mencionada alteração legislativa a apenas uma reforma de cunho prático, mas como uma norma que operou grandes reflexos na prescrição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese sua antiguidade, o instituto da prescrição até hoje passa por grandes polêmicas e contradições, principalmente no que tange sua sistemática e conceituação. Com o advento do Código Civil de 2002, alguns parâmetros ficaram bem traçados e consagrou-se que a prescrição extingue a pretensão de um direito.

A consagração da prescrição do CC/2002 se pautou em um amplo debate e construção doutrinária que circundou o referido instituto. A inovação legislativa, que visa atribuir uma maior celeridade aos feitos processuais, acabou por deixar de lado toda a construção doutrinária sobre o instituto (prescrição), proporcionando uma difícil integração entre o direito material e o direito processual vigente.

Como já mencionado, o advento da Lei nº 11.280/2006 possibilitou ao magistrado da declaração de ofício da prescrição sem qualquer ressalva, como sendo, inclusive, causa de indeferimento da petição inicial. No entanto, a referida inovação legislativa não negou vigência ao artigo 191 CC, e, portanto, o instituto da renúncia da prescrição continua vigorando no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, ao interessado em renunciar, cabe a interposição da exceção substancial, o que, ressalte, apresenta-se se forma bastante incoerente com a decretação de ofício da prescrição. Ademais, diante da dificuldade quando da conceituação do instituto, traçou-se algumas diferenças básicas entre prescrição e decadência, dentre elas, a principal era o fato de que apenas a decadência poderia ser reconhecida de ofício.

Além disso, a decadência legal, como atuante em questões de ordem pública, não admite renúncia, ao passo que a prescrição por atuar em questões de interesse privado, pode ser livremente renunciada.

Com a inovação legislativa, todo o empenho dos doutrinadores em diferenciar os institutos da prescrição e decadência ao longo do tempo, acabou sendo comprometido, pois hoje, os referidos institutos guardam apenas algumas pequenas diferenças.

Noutro giro, é de se considerar que o instituto da prescrição comporta várias situações em que pode haver um óbice ao transcurso do lapso prescricional, podendo ele ser interrompido, suspenso ou impedido. Tais situações impedem que o transcurso do prazo prescricional comece ou ainda interfiram na sua contagem caso iniciado.

Dessa forma, pode-se concluir que o transcurso do prazo prescricional não é absoluto, podendo sofrer diversas interferências em decorrência de fatos jurídicos que, como regra, não são do conhecimento do magistrado. Nesse sentido, com o intuito de entender a nova sistemática da prescrição, se chegou à conclusão que de tal possibilidade (a declaração da prescrição de ofício pelo juiz) não poderia ser introduzida no ordenamento jurídico sem qualquer ressalva, principalmente se confrontado com os princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

Acrescente-se, em que pese serem matérias de objeção aquelas em que o magistrado pode reconhecer de ofício, a prescrição continua sendo uma exceção substancial a ser arguida pela parte a quem dela (prescrição) se aproveita, ou seja, matéria de defesa em relação a direitos disponíveis.

Nesse particular, como a prestação jurisdicional é um direito que assiste não apenas o autor como também o réu, a exceção substancial, como direito de defesa, configura-se o próprio direito de ação do réu. Portanto, não é prudente que o juiz reconheça a prescrição de ofício, devendo esta (prescrição) ser mantida como matéria de defesa via exceção pela parte a quem aproveita quem pode, inclusive, renunciar.

Agindo assim, o magistrado estaria respeitando e garantindo que um instituto tão antigo como o da prescrição, tenha sua vigência como inicialmente traçado no ordenamento jurídico.

Por derradeiro, embora hoje haja a possibilidade de decretação de ofício da prescrição, as disposições encerradas acerca do tema não mudam, ou seja, a prescrição comporta renúncia, pode ser arguida em qualquer grau de jurisdição – artigo 193 do Código Civil – e não possui um lapso temporal absoluto comportando interrupção, suspensão e impedimento.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda, 1936 – **Manual de direito processual civil**, volume 1. 10 ed. Revista dos Tribunais, 2006.

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 300, p7-37, out. 1960.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BRITO, Priscila Ladeira Alves (2006). **Tutelas de urgência e processo no estado democrático de direito**. Dissertação de Mestrado em Direito e Instituições Públicas. Faculdade de Ciências Humanas – Universidade FUMEC, Belo Horizonte. 123 pp.

CARPENTER, Luiz Frederico. **Da prescrição**. 3. ed. São Paulo: Nacional de Direito, 1958.

GODINHO, Adriano Marteleto (2003). **Renúncia da Prescrição**. Curso de Pós-Graduação Direito Civil Comparado II. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 19 pp.

GODINHO, Adriano Marteleto e HADAD, Aline (2009). **A renúncia da Prescrição e a revogação do artigo 194 do Código Civil Brasileiro**. Revista Del Rey Jurídica, Belo Horizonte. 2 pp.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **A grande função do processo no estado democrático de direito**. Revista Brasileira de Direito Processual. Ano 15, nº. 59: Fórum: Belo Horizonte, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, v. III, t. II. 2003.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Prescrição, Decadência e Processo Civil**. Ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2008, p. 563-588.

MARTINS, Alan. **Prescrição e decadência no direito Civil**. Ed. Síntese, Porto Alegre, 2002.

MATTOS, Bruno Ferreira Bini de. **Não automaticidade da prescrição no modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 132 pp.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Institutos de Direito Civil**. vol. 1. Editora Forense, 2006. 718. p.

Revista Del Rey Jurídica – FIUZA, César. **Compreendendo prescrição e decadência**. Belo Horizonte, 2008, 24-25 pp.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

TEIXEIRA, Silvia Maria Benedetti, **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, v. 8. nº. 44. Síntese: São Paulo, 2006. 15 – 25 pp.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 ed., 2006.