

AS MODIFICAÇÕES OCORRIDAS NO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO – COMO COMPATIBILIZAR A POSSIBILIDADE DE SUA DECRETAÇÃO *EX OFFICIO* COM A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA, PREVISTA NO ART. 191 DO CÓDIGO CIVIL ?

*Eduardo Arruda Alvim**

SUMÁRIO: 1. O reconhecimento da prescrição antes do advento da Lei 11.280/06. 2. A prescrição, à luz das mudanças introduzidas pela Lei 11.280/06. 2.1. A aparente antinomia entre o § 5.º do art. 219, do CPC e o art. 191 do CC – tentativa de compatibilização. 2.2. Do recurso cabível contra a decisão que decreta a prescrição, após as modificações do conceito de sentença, introduzidas pela Lei 11.232/05; 3. Nossas conclusões; 4. Bibliografia.

1. O reconhecimento da prescrição antes do advento da Lei 11.280/06

As sucessivas reformas pelas quais vem passando Código de Processo Civil, em curto espaço de tempo, reclamam particular atenção do intérprete, no sentido de interpretá-las sistematicamente. Examinaremos, neste trabalho, como compatibilizar o § 5.º do art. 219, do CPC, que manda o magistrado decretar a prescrição de ofício e o art. 191, do CC, que regula a renúncia da prescrição.

Antes de adentrar no campo das modificações decorrentes da nova sistemática processual adotada com as reformas ocorridas em 2005 e 2006, cumpre-nos fazer algumas observações introdutórias ao assunto.

O regime jurídico da prescrição é disciplinado pelo direito material. No entanto, seu reconhecimento em juízo é disciplinado pelo direito processual.¹

Consubstanciam, pois, regras de direito processual os arts. 193 e 194 do CC, este último revogado pela Lei 11.280/06. De fato, o art. 193, do Código Civil, estabelece que a prescrição “pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem

*Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. Professor da PUC/SP (graduação e especialização) e da FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

¹ Nesse sentido, ver Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9.ª ed., São Paulo: RT, 2006, pp. 407-408.

aproveita”, e o art. 194, revogado pela Lei 11.280/06, prescrevia a impossibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado, salvo quando para beneficiar absolutamente incapazes.

De acordo com a clássica definição de Clóvis Beviláqua, prescrição “é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo”.² Percebe-se, claramente, que essa definição foi altamente influenciada, como é compreensível, tendo em vista a época em que foi formulada, pela teoria civilista ou imanentista da ação. Segundo Pontes de Miranda, a prescrição “é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”.³

A prescrição na verdade atinge a pretensão,^{4,5} como, aliás, é clara a letra do art.189 do CC. Dito instituto tem como escopo evitar que a pretensão se protraia indefinidamente no tempo, por prazo indeterminado, proporcionando maior segurança às relações jurídicas.⁶ Trata-se de sanção à inércia da pessoa lesada e não de proteção à pessoa que ocasionou a lesão.⁷

A prescrição, a teor do art. 191, do Código Civil, pode ser objeto de renúncia. Não se admite, no entanto, renúncia prévia à prescrição. Deve ela se consumir para que seja renunciada, já que não se pode falar em renúncia ao que ainda não existe (prescrição não consumada).⁸⁻⁹

² Cf. Clóvis Beviláqua, *Teoria geral do direito civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 286.

³ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2.ª ed., tomo VI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 100.

⁴ Nessa linha, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, p. 102, afirma que “a prescrição não atinge, de regra, somente a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta, ou outra manifestação pretensional” (grifos do autor).

⁵ Por pretensão, entenda-se a afirmação da existência de um direito.

⁶ Perfilham desse entendimento, Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, 20.ª ed, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 337; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 20.ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 684; Sílvia Rodrigues, *Direito civil*, 34.ª ed., vol. 1 São Paulo: Saraiva, 2003, p. 328; Sílvia de Salvo Venosa, *Direito civil*, 4.ª ed., vol. 1, São Paulo: Atlas, 2004, p. 629; Renan Lotufo, *Código Civil comentado*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 518. Afirma, a propósito, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, p. 101, que a prescrição “os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrando a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade”.

⁷ Assim, também, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, p. 683. Para Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, p. 100, o fundamento da prescrição é proteger aquele que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como ela juridicamente aparecia.

⁸ Nesse sentido, já se decidiu que renunciar à prescrição ainda não consumada representaria interrupção do prazo prescricional: “PRESCRIÇÃO. RENÚNCIA ANTES DE CONSUMADA. ALCANCE JURÍDICO. A renúncia expressa de prescrição ainda não consumada, mesmo que não valha como tal, constitui reconhecimento inequívoco dos direitos do credor, causa interruptiva da prescrição” (RT 139/665).

⁹ Perfilham desse entendimento, Mirna Cianci, Renúncia da exceção de prescrição – Abrangência do tema, In: *Prescrição no Novo Código Civil*, sob coord. de Mirna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 289; Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil*, 2.ª ed., vol. III, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 191. Assim, também, Wilson Rodrigues Alves, *Da prescrição e da decadência no Novo Código Civil*, Campinas: Bookseller, 2003, p. 508, quando afirma que “renúncia à prescrição em curso não é renúncia de prescrição, porque prescrição ainda não há, e não se pode renunciar ao que não existe”.

Observa, com pertinência, Humberto Theodoro Júnior, que “embora o art. 191 se restrinja a regular renúncia após consumada a prescrição, a que se fizer durante o prazo já em andamento operará como reconhecimento da dívida, e, assim, valerá como causa de interrupção. Se a lei atribui ao devedor o poder de interromper unilateralmente o prazo em curso, pouco sentido teria invocar a letra do art. 191 para afirmar interdição da renúncia antes de consumado o lapso prescricional. Na verdade, não se estaria renunciando a prescrição futura, mas ao prazo já transcorrido”.¹⁰

Antes do advento da Lei 11.280/06, o reconhecimento da prescrição dependia de alegação da parte, salvo para favorecer absolutamente incapazes (art. 194, CC, hoje revogado pela Lei 11.280/06).

Assim já era à luz do Código Civil de 1.916, segundo o que dispunha o art. 166 desse diploma legal: “Art. 166. O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não invocada pelas partes”, texto que sequer se referia à possibilidade de reconhecimento oficioso da prescrição para beneficiar o absolutamente incapaz. O art. 219, § 5º, na sua redação original, conquanto admitisse a decretação de ofício da prescrição, em relação a essa possibilidade referia-se exclusivamente à prescrição de direitos não patrimoniais.

Conquanto a prescrição pudesse ser alegada em qualquer grau de jurisdição, por expressa determinação legal (art. 162, do Código Civil de 1.916), o espectro do agir *ex officio* era muito pequeno.

O reconhecimento da prescrição, portanto, não era matéria argüível por meio de objeção. Tratava-se de matéria de exceção, já que não podia ser reconhecida de ofício pelo magistrado.¹¹

Observava, a propósito, antes do advento da Lei 11.280/06 e do Código Civil de 2.002, Carlos da Rocha Guimarães, que “não há dúvida de que a prescrição é tipicamente matéria a ser alegada em exceção, pois trata-se de ‘um contra direito no sentido de que é um poder de anulação *contra* outro direito, não já no sentido de que o réu, opondo exceção, requeira qualquer coisa além ou diferente da rejeição da demanda’”.¹²

O *discrimen* entre o que pode ser alegado por meio de exceção e o que é suscetível de ser enfrentado via objeção, segundo pondera Arruda Alvim, reside justamente na possibilidade de cognição *ex officio* da matéria a ser argüida. Diz o autor: “O conhecimento *ex officio*, obviamente, não impede que a parte interessada alegue a ‘exceção’. Melhor se denominaria, assim, esta alegação da parte, de *objeção*. As exceções peremptórias podiam e podem ser alegadas a

¹⁰ Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 191.

¹¹ Quanto à distinção entre exceção e objeção, conferir nosso *Curso de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo: RT, 1998, pp. 436-438.

¹² Cf. Carlos da Rocha Guimarães, *Prescrição e decadência*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 113, grifos do autor.

qualquer tempo, não havendo para elas preclusões. Já as dilatórias, dentro de certo tempo, sob pena de não mais poderem ser alegadas. No entanto, umas e outras *tinham e têm hoje, sempre necessidade de alegação da parte*, para serem conhecidas pelo juiz”.¹³

O Código Civil de 2.002, como dito, veio a alterar um pouco essa disciplina jurídica, ao dispor que o juiz poderia decretar a prescrição de ofício, se para favorecer absolutamente incapaz, a teor do que dispunha o art. 194 desse diploma legal. Tratava-se de importante inovação, haja vista que o Código Civil de 2.002 veio a inserir uma exceção à regra segundo a qual a prescrição só poderia ser reconhecida se alegada pelas partes.¹⁴

Pertinentes, a propósito, as palavras de Renan Lotufo: “Como a regra geral é a de que a prescrição tem de ser suscitada pela parte, e o absolutamente incapaz não tem discernimento para os atos da vida civil, a proteção conferida se insere como norma protetora, porque só pode vir a ser conhecida a incapacidade no curso de um processo, hipótese em que é mais econômico e eficaz o reconhecimento de ofício”.¹⁵

Contudo, o Código Civil de 2.002 continuava a adotar como regra geral a de que o magistrado não poderia suprir, de ofício, a prescrição. A respeito, escreveu Humberto Theodoro Júnior, antes da Lei 11.280/06, que o Novo Código Civil “aguarda que o obrigado tome a iniciativa de argüir, diante da ação do titular da pretensão, a exceção de prescrição. Sem ela, a causa prosseguirá normalmente até a sentença de mérito, e a pretensão, mesmo depois de expirado o prazo prescricional, poderá ser acolhida em juízo, porque a prescrição, por si só, não extingue o direito subjetivo. Para que esse sistema funcione, o art. 194 proíbe, expressamente, ao juiz ‘suprir, de ofício, a alegação de prescrição’”.¹⁶

Cumprе salientar, no entanto, que aludido dispositivo veio a ser revogado pela Lei 11.280/06, que alterou a maneira de reconhecimento da prescrição, como se verá adiante.

2. A prescrição, à luz das modificações introduzidas pela Lei 11.280/06

O art. 11 da Lei 11.280/06 veio a revogar expressamente o art. 194, do CC. Com efeito, o art. 194, CC, vedava expressamente o reconhecimento *ex officio* da prescrição, salvo para beneficiar incapaz, de maneira que, a partir da entrada em vigor da Lei 11.280/06, tornou-se incompatível com a dicção do § 5.º, do art. 219. Em conseqüência, o art. 11 da Lei 11.280/06, dada aludida incompatibilidade, veio a estabelecer que “fica revogado o art. 194 da Lei 10.406, de janeiro de 2002, Código Civil”, coisa que já aconteceria,

¹³ Cf. Arruda Alvim, *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*, vol. II, São Paulo: RT, 1972, p. 6, grifos do autor.

¹⁴ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 213, observa, antes do advento da Lei 11.280/06: “Como a não arguição da prescrição consumada é uma forma de renúncia, o art. 194 abre uma exceção ao regime da não aplicação *ex officio* do instituto, quando a pretensão deduzida em juízo se voltar contra o absolutamente incapaz”.

¹⁵ Cf. Renan Lotufo, *Código Civil comentado*, p. 529.

¹⁶ Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 212.

mesmo que a Lei 11.280/06 não houvesse sido explícita, diante da regra da parte final do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A Lei 11.280/06, publicada em 17.02.06, passou a ter vigência a partir de 18.05.06. Dito diploma legal veio a modificar a forma de reconhecimento da prescrição, tornando regra aquilo que era exceção, de maneira a permitir que o magistrado, como regra, a reconheça de ofício. Neste sentido, a redação do atual § 5.º, do art. 219, modificado pela Lei 11.280/06: “§ 5.º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Deve-se ter presente, neste passo que o § 5.º do art. 219 não representa norma inédita no ordenamento jurídico, eis que o § 4.º, do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80), com redação incluída pela Lei 11.051/04, já possibilitava ao magistrado o reconhecimento da prescrição intercorrente de ofício, no campo das ações de execução fiscal.¹⁷ Eis o teor de aludido dispositivo legal: “§ 4.º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

Em relação às modificações decorrentes da Lei 11.280/06, afirma Cassio Scarpinella Bueno que o § 5.º, do art. 219, do CPC “foi profundamente modificado pela Lei n. 11.280/2006 para autorizar que o juiz, de ofício, isto é, independentemente da provocação das partes, declare estar prescrito o direito de ação ou, para [se] valer da expressão empregada pelo art. 189 do novo Código Civil, Lei n. 10.406/2002, extinção da pretensão”.¹⁸

Inferre-se, a partir da letra do atual § 5.º, do art. 219, do CPC, que o magistrado poderá [*rectius*, deverá], pronunciar *ex officio* a prescrição. A regra, portanto, passou a ser o seu reconhecimento de ofício. Não é mais necessária alegação de qualquer das partes para que o magistrado a reconheça e a decrete.

Nesse sentido, observam Nelson Nery Jr., e Rosa Nery que “a norma é imperativa e não confere faculdade ao juiz para reconhecer a prescrição de ofício, mas o obriga a pronunciar-la *ex officio* (...). Agora o juiz deve reconhecê-la de ofício, independentemente de quem será o prejudicado ou o beneficiado por esse reconhecimento”.¹⁹

Assim, também, aduz Cassio Scarpinella Bueno, no sentido de que de acordo com as modificações ocorridas no § 5.º, do art. 219, do CPC, “é dado ao juiz pronunciar-se de ofício sobre a prescrição, independentemente de quem seja o beneficiado pelo seu reconhecimento”.²⁰

¹⁷ Em relação ao instituto da prescrição intercorrente, consultar Arruda Alvim, Da prescrição intercorrente, In: *Prescrição no Novo Código Civil*, sob coord. de Mirna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 26-44.

¹⁸ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95.

¹⁹ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9.ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 408.

²⁰ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 2, p. 96.

Seja permitido lembrar que, nada obstante a prescrição possa (deva) ser reconhecida de ofício, segundo a nova redação do § 5.º do art. 219 do CPC, nada obsta que seja alegada pela parte, que poderá fazê-lo, segundo dispõe o art. 193 do CC, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Aliás, assim também sucede em relação às condições de ação e aos pressupostos processuais de existência e validade, segundo dispõe o § 3.º do art. 267 do CPC. Todavia, temos para nós que, se a circunstância do réu não alegar a carência da ação em contestação (art. 301, X do CPC), leva a que lhe sejam carreadas as custas do retardamento (parte final do § 3.º do art. 267), é de ser entendido que o fato do réu não argüir a prescrição na contestação conduz à incidência das sanções previstas no art. 22 do CPC.

Não nos parece, todavia, que a nova redação do mandamento do § 5º, do art. 219, do CPC tenha, em rigor, transformado a decretação da prescrição pelo juiz numa *objeção*. Isto porque, rigorosamente analisado o sistema jurídico, é inafastável compatibilizar esse dispositivo com o disposto no art. 191, do Código Civil. Se há de se reconhecer um espaço para a aplicação do art. 191, do Código Civil, parece que a atividade do juiz depende desse texto, que valoriza a vontade do beneficiário da prescrição, o réu; em rigor, subordina o agir do juiz a essa vontade. Por isso não cremos que se haja, propriamente, estabelecido uma objeção, senão que, aparentemente.²¹ É o que examinaremos no tópico seguinte deste trabalho.

A opção adotada pelo legislador no sentido de permitir ao magistrado o reconhecimento da prescrição de ofício, leva a que o juiz deve reconhecê-la, ainda que contra o Poder Público.²² O mesmo comando se aplica às autoridades administrativas administrativas. Deste modo, em um dado procedimento administrativo, mesmo que as partes não tenham argüido ocorrência de prescrição, deverá a autoridade competente para julgá-lo decretar a prescrição de ofício.²³ O regime do reconhecimento *ex officio* da prescrição aplica-se também à prescrição intercorrente, haja vista que o § 5.º, do art. 219, do CPC não faz qualquer ressalva.²⁴⁻²⁵

Para a aplicação do § 5.º, do art. 219, basta que tenha havido o decurso do prazo prescricional, de modo que ao intérprete caberá procurar subsídios nas regras de direito material para verificar se houve ou não a ocorrência da prescrição. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno assevera que “o que releva para a incidência do § 5.º do art. 219, isto é, para que o magistrado, de ofício, declare a ocorrência da prescrição, é que o prazo prescricional tenha se consumado. Sua consumação depende da escorreita interpretação da lei civil e não das novas regras processuais que, no particular, não trazem nenhuma novidade”.²⁶

²¹ Pensem de modo diferente Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *in Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, São Paulo: RT, 2006, p. 42.

²² Nesse sentido, ver Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *CPC comentado*, p. 408.

²³ Assim, também, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *CPC comentado*, p. 408.

²⁴ Nesse sentido, cf., Rodrigo Mazzei, *et al.*, *Reforma do CPC*, São Paulo: RT, 2006, p. 444, trecho escrito por Rodrigo Mazzei.

²⁵ Sobre prescrição intercorrente, consulte-se primoroso trabalho de Arruda Alvim, Da prescrição intercorrente, *In: Prescrição no Novo Código Civil*, sob coord. de Mirna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 26-44.

²⁶ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 2, p. 98.

No que diz respeito à decisão (melhor dizendo, parte dispositiva) ficar ou não acobertada pela coisa julgada, tanto faz que o magistrado decida com fundamento no inc. I ou com amparo no inc. IV, do art. 269. Isto porque o reconhecimento da prescrição também dá ensejo à resolução do mérito. Resta saber se, à luz da sistemática introduzida pela Lei 11.280/06, há espaço para que o réu “prefira” que a ação seja julgada improcedente (art. 269, I), mesmo que seja caso de decretação da prescrição, indagação que, como adiantamos, ao considerar o tema em torno da figura da *objeção*, comporta resposta afirmativa.

Tal questionamento se justifica – seja permitido repisar – na medida em que, conquanto tenha sido expressamente revogado pela Lei 11.280/06 o art. 194, do Código Civil, tem-se que restou inalterado o art. 191 deste último diploma legal.

2.1. A aparente antinomia entre o § 5.º do art. 219, do CPC e o art. 191 do CC – tentativa de compatibilização

Diante da possibilidade de reconhecimento, de ofício, da prescrição pelo magistrado e da não revogação expressa do art. 191, do Código Civil, pela Lei 11.280/06, questão tormentosa que se coloca é a de compatibilizar o art. 191 do Código Civil de 2.002 com o novo § 5.º do art. 219 do CPC.

Dentre as causas de indeferimento da petição inicial, arroladas nos incisos do art. 295, do CPC, encontra-se o reconhecimento da prescrição ou decadência (inc. IV, do art. 295). Da leitura do art. 295, IV, combinado com o art. 267, I, do CPC, poder-se-ia imaginar que o reconhecimento da prescrição ou decadência ensejaria a extinção do processo sem resolução do mérito.

Com efeito, uma das causas de extinção do processo, sem resolução do mérito, é justamente o indeferimento da petição inicial por parte do magistrado. Assim sendo, caso o juiz reconheça a prescrição ou decadência, segundo tal raciocínio, deveria indeferir a petição inicial.

No entanto, como dito anteriormente, decisão que reconhece prescrição e decadência envolve resolução do mérito (CPC, art. 269, IV). Assim, quando o magistrado indefere a petição inicial, calcado no art. 295, IV, do CPC, quer isso significar que houve resolução do mérito, a teor do art. 269, IV, e não sem resolução de mérito, com base no art. 267, I, do CPC.

O que ocorre, na verdade, como já sustentamos em outro trabalho de nossa autoria, é que sendo pronunciada a decadência ou a prescrição (art. 269, IV), há resolução do mérito (ainda que não identicamente tal como ocorre hipótese do inc. I), vedada a discussão da matéria, ainda que noutro processo.²⁷

²⁷ Cf. nosso *Curso de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 334.

Nesse sentido, observam com acuidade Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, que a decretação de decadência ou prescrição são as únicas exceções à regra do art. 267, I, do CPC. Dizem os autores: “A sentença de indeferimento da petição inicial que reconhecer a decadência é *de mérito* (CPC 269 IV) sendo, junto com a prescrição, as únicas exceções à regra do CPC 267 I, que diz extinguir-se o processo *sem* julgamento do mérito quando o juiz indeferir a petição inicial”.²⁸

Pois bem. Feitas estas considerações, resta-nos enfrentar a indagação feita no início deste tópico, a respeito da melhor maneira de se compatibilizar o novo § 5.º do art. 219 e o art. 191, do CC.

Dispõe o art. 191 do CC: “Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

Se é certo que o magistrado pode conhecer de ofício da prescrição, é igualmente certo o art. 191, do CC ainda encontra-se em vigor, haja vista que a Lei 11.280/06 não veio a revogar, pelo menos expressamente, dito dispositivo legal. Assim sendo, parece-nos que a melhor forma de compatibilizar ditos dispositivos legais é entender que deve ser dada oportunidade ao réu para se manifestar sobre a renúncia à prescrição. Deste modo, se o réu não renunciar à prescrição na contestação, então o juiz poderá dela reconhecer de ofício, segundo o que dispõe o § 5.º, do art. 219, do CPC.

Nessa linha, pondera Rodrigo Mazzei, que “o § 5.º do art. 219 não permite que o julgador, sem prévia oitiva das partes, extinga o processo com base na prescrição. O contraditório é, sem dúvida, necessário para que se promova a extinção do processo com motivação envolvendo a prescrição, ainda que cogitada pela primeira vez pelo órgão judiciário”.²⁹

Não poderá o magistrado, a nosso ver, decretar a ocorrência da prescrição antes da citação do réu. Do contrário, não se estará dando significação prática ao art. 191, do CC, que não restou revogado pela Lei 11.280/06.

Na medida em que é direito do réu renunciar à prescrição e, como consequência, o juiz não deve decretá-la antes de oportunizada essa manifestação, não é de se afastar a possibilidade de interposição de recurso por parte do réu, se não tiver sido ensejada a possibilidade de renúncia à prescrição. Embora a prescrição signifique resolução do mérito (art. 269, IV), pensamos que o réu, em tais circunstâncias, poderá recorrer da decisão.

²⁸ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *CPC comentado*, p. 488, destaques dos autores.

²⁹ Cf. Rodrigo Mazzei, *et al.*, *Reforma do CPC*, p. 433, trecho escrito por Rodrigo Mazzei.

Esta, portanto, parece-nos ser a melhor maneira de compatibilizar aludidas normas. Caso o magistrado se depare com uma pretensão em que vislumbre a ocorrência de prescrição, deverá, antes de decretá-la de ofício, como manda o § 5.º, do art. 219, do CPC, citar o réu, para que este, na defesa, se quiser, renuncie à prescrição. Caso contrário, se o magistrado simplesmente decretar a prescrição sem dar oportunidade ao réu de se manifestar sobre sua renúncia, estaria tornando letra morta o comando estampado no art. 191 do CC.

Assim sendo, quer nos parecer que o art. 295, IV (indeferimento da petição inicial, com resolução do mérito, segundo o inc.IV do art.269, quando reconhecidas prescrição ou decadência) só tem aplicação em caso de decadência, e não de prescrição. Deveras, se o juiz só pode reconhecer a prescrição depois do oferecimento da contestação, nessa oportunidade processual não há mais falar-se em indeferimento da petição inicial.

Assim, temos para nós que, se o réu quiser sair vencedor da demanda, não por ter o juiz decretado a prescrição, mas sim, pelo reconhecimento de efetivamente ter pago o que lhe é cobrado, deverá renunciar à prescrição quando da contestação.

2.2. Do recurso cabível contra a decisão que decreta a prescrição, após as modificações do conceito de sentença, introduzidas pela Lei 11.232/05

Mesmo com a alteração do critério classificatório das decisões judiciais, a partir da vigência da Lei 11.232/05, tem-se que contra a decisão que vier a reconhecer e decretar a prescrição caberá, em princípio, recurso de apelação, a teor do art. 513, do CPC. Tal conclusão nos parece irrepreensível na hipótese de haver apenas um réu.

Todavia, o problema se torna algo mais complexo quando se cuida de saber qual o recurso cabível contra a decisão do magistrado que reconhece a prescrição em relação a um dos litisconsortes passivos, de maneira a excluí-lo do processo, com resolução do mérito, que continua em relação ao outro litisconsorte.

Veja-se que a Lei 11.232/05 veio a alterar substancialmente o mecanismo de execução fundado em título judicial, e, de outro lado, passou a emprestar alguma importância ao conteúdo como critério classificatório das decisões judiciais.

A nova lei, em verdade, veio a misturar os critérios classificatórios das decisões judiciais. O conteúdo passou a ser considerado pelo §1º do art.162, sem que o critério finalístico tenha sido desprezado, já que a redação do §2º desse mesmo dispositivo foi preservada. De fato, o novo § 1º do art. 162, classifica as sentenças por seu conteúdo (subsunção aos arts. 267 e 269 do CPC). Mas, o § 2º não foi alterado. Como classificar, então, a decisão através da qual o juiz que reconhece a prescrição em relação a um dos co-réus?

Afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, que “em tais situações, o pronunciamento pode ter *conteúdo* de sentença, mas assim não será considerado para fins de recorribilidade. É que em casos como estes, será

necessário que o procedimento continue, para que o juiz examine os pedidos – *rectius*, as ações – que ainda não foram julgados e, por tal razão, os autos devem permanecer perante o juízo de primeiro grau”.³⁰ A conclusão a que os eminentes processualistas chegam afigura-se nos irretorquível. De fato, o recurso cabível, nesse caso, é o agravo. Resta indagar, todavia, se para chegar a essa conclusão é preciso romper com o princípio da correspondência recursal.

Parece-nos que o legislador adotou um conceito misto para definir o que vem a ser sentença, de modo a levar em conta não só o seu conteúdo, mas também a sua finalidade. Essa a conclusão que se nos afigura correta, tendo em vista que o legislador não alterou o § 2.º do art. 162. Se a decisão não puser fim ao procedimento em primeiro grau, ainda que tenha conteúdo encartável nos arts. 267 e 269 do CPC, será decisão interlocutória (agravável, portanto) e não sentença. E, dessa conclusão, há de excluir-se o cabimento de apelação no exemplo que estamos analisando, dado que o processo continua em relação ao litisconsorte não excluído.

Tem-se, assim, que o âmbito do que se deve entender por sentença, em substância, não foi alterado pela Lei 11.232/05. Tudo o que cabia no conceito de sentença continua sendo sentença (pois se sentença era a decisão que punha fim ao processo, então sentença sempre tinha o conteúdo dos arts. 267 ou 269 do CPC). Vale dizer, pelo sistema anterior, toda sentença tinha conteúdo subsumível aos arts. 267 ou 269, mas nem toda decisão com conteúdo encartável nesses preceitos era sentença.

Parece-nos que essa conclusão (de que o critério legal de classificação das decisões judiciais é hoje misto, levando em conta não apenas o conteúdo, mas o aspecto finalístico da decisão) compatibiliza igualmente o § 1º, do art. 162 (novo) com o § 2º do art. 162 (inalterado). Ademais disso, resolve a dúvida acima levantada. A decisão que reconhece a prescrição em relação a um dos litisconsortes é decisão interlocutória, eis que, conquanto tenha conteúdo encartável no art. 269, IV, não extingue o processo, mas somente a ação ajuizada pelo autor contra o litisconsorte excluído.

Nelson Nery Junior e Rosa Nery também adotam critério misto para conceituar sentença, após o advento da Lei 11.232/05, de modo que levam em consideração tanto o conteúdo quanto a finalidade do ato judicial.³¹ Dizem esse autores, que não se deve definir sentença somente pela literalidade do art. 162, § 1º, isoladamente, senão que deve-se considerar o sistema como um todo, haja vista que o art. 162, §§ 2º e 3º considera a finalidade do ato como critério classificatório, e não o seu conteúdo.³² Deste modo, conceituam sentença como o “pronunciamento do juiz que contém algumas das circunstâncias descritas no CPC 267 ou 269 e que, ao mesmo tempo, extingue o processo ou procedimento no primeiro grau de jurisdição resolvendo ou não o mérito”.³³

³⁰ Cf. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, vol. 2, São Paulo: RT, 2006, pp. 36-37.

³¹ Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *CPC comentado*, 9ª ed., p. 372.

³² Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *CPC comentado*, 9ª ed., p. 372.

³³ Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *CPC comentado*, 9ª ed., p. 373.

Assim, também, pensa Cassio Scarpinella Bueno, quando diz que “ao se interpretar e aplicar o art. 162, § 1º, deve-se ter em mente que a sentença caracteriza-se, a despeito da nova *letra* do dispositivo, como o ato que encerra uma fase do procedimento em primeiro grau de jurisdição e que terá, necessariamente, um dos conteúdos dos arts. 267, *caput*, e 269, *caput*. E, por isto, por colocar *fim* a uma fase, a uma *etapa*, do procedimento em primeiro grau de jurisdição, é que dela caberá o recurso de apelação, de acordo com o art. 513”.³⁴

Essa parece, ademais, ser a conclusão que deflui da interpretação sistemática das recentes reformas pelas quais passou o Código. Com efeito, veja-se, por exemplo, o § 3º do art.475-M, introduzido pela Lei 11.232/05. Ali dispõe-se que a decisão que resolver a impugnação será impugnável por agravo de instrumento, salvo se resultar na extinção da execução, caso em que caberá apelação. O que o legislador levou em conta, portanto, em referido dispositivo, foi a extinção da execução como elemento preponderante na definição do recurso cabível. Veja-se também o art. 475-H que dispõe que da decisão da liquidação (que não extingue o processo, senão que põe fim a uma etapa anterior à fase de cumprimento) cabe agravo de instrumento. Estes exemplos, além das considerações feitas acima, parecem conduzir à inequívoca conclusão o sistema oriundo das modificações ocorridas.

Tal critério classificatório, além de nos parecer o mais lógico, sendo o que deflui da interpretação sistemática do Código, tem a inegável vantagem de não quebrar o princípio da correspondência, alicerce do sistema recursal do CPC/73. Ao § 1º do art. 162 sempre correspondeu o art. 513; ao § 2º, do art. 162, o art. 522. E o § 3º, do art. 162, de outro lado, sempre correspondeu ao art. 504 (despacho não comporta recurso, pois não causa prejuízo, o que leva à inexistência de interesse recursal, em princípio). Assim, a decisão que põe fim, por exemplo, sem resolução do mérito, à reconvenção, é decisão interlocutória, de modo que pelo princípio da correspondência ela *deve* comportar agravo, para não que a ação movida pelo autor-reconvindo continue.

Tenha-se presente, todavia, que discrepâncias conceituais como as apontadas entre autores exponenciais como os mencionados, sugerem que vá existir largo campo para aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Com efeito, observa Cassio Scarpinella Bueno, ao tratar do novo conceito de sentença, que “como o tema provavelmente renderá muitas dificuldades práticas no dia-a-dia forense, mais do que nunca o sistema recursal precisará da incidência *generosa* do ‘princípio da fungibilidade recursal’, levando-se em conta o seu amplo desenvolvimento, em sede de doutrina e de jurisprudência, nestes mais de 30 anos de vigência e vivência do Código de Processo Civil”.³⁵

³⁴ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20, grifos do autor.

³⁵ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 20-21.

3. Nossas conclusões

Em síntese e em função de tudo o que nos foi possível desenvolver neste breve ensaio, podemos concluir que a Lei 11.280/06 veio a alterar a maneira de reconhecimento da prescrição por parte do magistrado, haja vista a modificação do § 5.º, do art. 219 do CPC.

Antes do advento de aludido diploma legal, o reconhecimento da prescrição sempre foi matéria que tradicionalmente dependeu de alegação da parte. Não era possível o reconhecimento da prescrição *ex officio* de direitos patrimoniais por parte do magistrado, segundo o art. 166 do CC de 1.916. Já o § 5.º do art. 219, do CPC, em sua redação original, só admitia o reconhecimento de ofício em relação a direitos não patrimoniais. Por isso, a prescrição nunca foi matéria de objeção, mas de exceção.³⁶

O Código Civil de 2002 inovou ao dispor que o juiz poderia decretar, de ofício, a prescrição se para beneficiar absolutamente incapazes, a teor do art. 194 do CC, que restou revogado pelo art. 11 da Lei 11.280/06.

De outro lado, como dito, foi modificado pela Lei 11.280/06, o § 5.º, do art. 219, do CPC, que passou a dispor que o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição, não havendo qualquer restrição para tanto. Aludida modificação veio a tornar regra o que, antes, era exceção, eis que o magistrado não podia decretar, de ofício, a prescrição, salvo quando para beneficiar incapazes.

No entanto, o art. 191, do CC, não restou revogado pela Lei 11.280/06, de modo que ainda é possível ao réu renunciar ao direito de ser beneficiado pela decretação de prescrição. Assim, há que se compatibilizar o novo § 5.º, do art. 219, do CPC, com o art. 191, do CC.

Parece que a melhor forma de interpretar os preceitos em questão sistematicamente, é concluir que se o réu não renunciar à prescrição na contestação, então o juiz poderá dela conhecer de ofício, segundo o que dispõe o § 5.º, do art. 219, do CPC. Do contrário, não se estará dando significação prática ao art. 191, do CC, que não restou revogado pela Lei 11.280/06.

Assim sendo, deve o magistrado dar oportunidade ao réu de se manifestar quanto à renúncia ou não da prescrição, antes de decretá-la. Disso tudo resulta que o art. 295, IV, é aplicável somente em relação à decadência, haja vista que, em se tratando de prescrição, o magistrado não poderá, a princípio, decretá-la de ofício, sem antes ensejar a manifestação do réu a respeito de sua renúncia. Esse, a nosso, ver, o melhor modo de interpretar e compatibilizar ditos dispositivos legais.

De outro lado, temos que, apesar de o reconhecimento da prescrição envolver resolução do mérito, a decisão que reconhece a prescrição em relação a um dos litisconsortes, permanecendo o processo em relação ao outro, é interlocutória e suscetível de impugnação por agravo de instrumento.

³⁶ A redação original do §5º do art.219 admitia o reconhecimento de ofício da prescrição em relação a direitos não patrimoniais, o que teve pouca repercussão na ordem prática.

4. Bibliografia

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no Novo Código Civil*. Campinas: Bokseller, 2003.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998. Vol. 1.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 1972. Vol. II.

_____. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna. (Coord.). *Prescrição no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 1.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 2.

CIANCI, Mirna. Renúncia da exceção da prescrição – Abrangência do tema. In: CIANCI, Mirna. (Coord.). *Prescrição no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.

MAZZEI, Rodrigo; et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006.

NERY, Rosa; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2 ed. tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2 ed. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. Vol. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006.