

DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO EX OFFICIO – ALGUMAS REFLEXÕES

Raul Moreira Pinto

Advogado

A Lei 11.280, de 16.02.06, pelo seu artigo 3º, alterou a redação do parágrafo 5º, do artigo 219, do Código de Processo Civil, determinando que o “juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.” Nestes curtos escritos, tentar-se-á colocar algumas reflexões sobre as conseqüências práticas da aplicação da nova disposição.

A primeira delas diz respeito à hipótese em que, encontrando o juiz nos autos elementos que o convençam de que ocorreu a prescrição, sem que essa questão tenha sido posta pelas partes, poderá ele, sem desrespeito ao contraditório, declarar prescrita a pretensão.

Sustenta-se, aqui, que não só as partes se submetem ao contraditório mas também o juiz.

É verdade que o princípio do contraditório está agasalhado pelo do devido processo legal, mas o direito de ser ouvido, bem antes da teorização daquele princípio, tem sua história perdida no tempo.

No Gênesis, vê-se o Senhor indagando de Adão porque fugia; de Eva, quis saber o que ela fizera. Onisciente, não necessitaria de revelação de qualquer fato que pudesse orientar seu julgamento. Pretenderia legitimar a sua decisão provocando a defesa dos acusados?

Medéia, na peça de Sêneca, cobra de Créon o direito de ser ouvida: Se tu és juiz, ouve-me; se tu és tirano, manda”. (Medéia, tradução de G.D. Leoni, Ed. Ediouro, coleção Universidade de Bolso, edição sem data, pag. 87). Foi mais além Sêneca, sempre pela boca de Medeia e destacando o tema do processo justo, ao aduzir que, se uma decisão é tomada sem ouvir as partes, mesmo que ela possa parecer justa, estará maculada pela injustiça do processo. Sublinhou, assim, como elemento fundamental da decisão justa o processo justo, sem o que qualquer provimento é, por princípio, injusto.

Tão importante é o contraditório que moderna corrente do direito italiano o tem como elemento definidor e distintivo do processo (procedimento em contraditório).

“Por contraditório”, leciona Nelson Nery Junior, “deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.” (Princípios do processo civil na Constituição Federal, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, 3ª edição, pag. 133)

Em interessante imagem, José Carlos Barbosa Moreira justifica o contraditório com o argumento de que o “conhecimento humano é fragmentário e unilateral por natureza, por isto torna-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo e se ponham em confronto às diversas imagens parciais assim colhidas.” (Garantias constitucionais do processo civil, coord. José Rogério Cruz e Tucci, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pag. 105)

É certo que o papel preponderante na realização e garantia do contraditório cabe ao juiz, mesmo porque tem a responsabilidade de dirigir o processo, sempre a perseguir, como garantia das partes, a igualdade de armas e de chances delas. Entretanto, isso não o exclui de ver passados os seus atos preparatórios do provimento pelo crivo dos litigantes.

O juiz é agente e, ao mesmo tempo, paciente do contraditório e nele necessariamente se envolve. Juiz e partes, como partícipes do processo, preparam, com sua atividade, o provimento. Isso é fácil de observar no cotidiano do advogado: muitos dos despachos interlocutórios são sinalizações do que fará o juiz no *iter* procedimental, com ciência prévia dos litigantes. Veja-se, *v.g.*, o despacho que decide sobre quais provas admitirá no feito; tais decisões têm de ser levadas ao conhecimento das partes antes de o processo alcançar o momento da produção de provas.

Juiz e partes, assim, constroem, com seus atos, a sentença, assegurando o primeiro, contudo, o contraditório, inclusive com relação a seus próprios atos.

Doutrina e legislação alienígena vem se orientando no sentido de que deve o juiz, se vai decidir sobre questão não posta pelas partes, ouvir previamente as partes.

Depois de afirmar que não se pode falar de contraditório no sentido próprio da palavra, *mas sim no de direito de ser ouvido*, Franz Matscher, professor de Salzburgo, registra que o juiz deve dar conhecimento às partes dos argumentos de fato e de direito, a medida em que são eles deduzidos, e a oportunidade para sobre tais argumentos se pronunciarem.

*“Mais, au sujet des arguments, **qui n’ont été plaidés, il est essentiel qu’il le fasse et qu’il ne surprenne pas les parties par une décision que est basée sur des arguments de fait ou de droit auxquels les parties n’ont pas pensé.**”* (Le principe du contradictoire, capturado, com o destaque do articulista, in WWW.gddc.pt/atividade-editorial/pdf...)

José Carlos Barbosa Moreira, comentando o artigo 16, do Código de processo civil francês, observa *“qu’il indique clairement **la double signification** de ce principe (do contraditório), en ordonnant au juge de le faire observer et **de l’observer lui-même.**”* (Le nouveau code de procédure civile vu par un juriste brésilien, in Temas de direito processual, sexta série, Ed. Saraiva, São Paulo, 1997, pag. 258, destaques do articulista)

Já discorrendo sobre a reforma do processo civil alemão, o mesmo jurista pátrio registra que, de acordo com a nova redação do parágrafo 139, da ZPO, “em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, **em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambas valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se** (2ª alínea). Semelhantes observações devem fazer-se o mais cedo possível, não apenas em audiência (o que se pretende que contribua para a aceleração processual), e ser consignadas nos autos (4ª alínea).” (Revista de processo, vol. 111, julho/setembro, 2003, destaques do articulista, pag. 105)

Também, no mesmo tema e igualmente comentando a alteração do Código de processo civil alemão, observa Antonio do Passo Cabral que mesmo a antiga redação do parágrafo 139, acima mencionado, “já consagrava o denominado *hinweispflicht*, dever do julgador de provocar as partes a esclarecer todos os fatos relevantes para a decisão, de externar a mudança de sua visão jurídica a respeito de uma questão discutida, bem como se fosse julgar contrariamente ao entendimento jurisprudencial dominante.” (Revista de Processo, 126, agosto/2005, pag. 66)

Esse mesmo autor destaca, como outros acima citados, que o renovado artigo 16, do Código de processo civil francês estabelece **“um dever do**

magistrado de fazer observar e observar ele mesmo o contraditório, permitindo um 'debate' entre as partes e o órgão jurisdicional em torno dos argumentos constantes dos autos. E vai além, "**proibindo o juiz de decidir com base em argumento ou questão de direito – ainda que suscetível de ofício – sem que tenha previamente ouvido as partes a respeito.**" (mesmo local, pag. 66)

Com efeito, a primeira parte do referido artigo é explícito, no sentido de que o juiz, além de submeter as partes ao contraditório, deve também, "*lui-même*", fazê-lo. A parte final igualmente é clara ao dispor que o juiz não pode fundar sua decisão sobre matéria de direito que considerar de ofício, "*sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*".

Aponta ainda o referido autor que, nos denominados *Principles of Transnational Civil Procedure*, editados em iniciativa do *American Law Institute* e da *Unidroit*, no princípio n. 22, especificamente, se prevê que o juiz não deve decidir de ofício, *mesmo que a isto esteja autorizado*, sem tomar a manifestação prévia das partes.

Na doutrina nacional, a opinião de Paulo Henrique dos Santos Lucon vai no mesmo sentido. Depois de salientar que, atualmente, o contraditório representa verdadeira meta política de legitimação do provimento jurisdicional ou administrativo, sempre com garantias às partes de participação igualitária no processo, ressalta que o juiz é "*sujeito também do contraditório*". (Garantias constitucionais do processo civil, coord. José Rogério Cruz e Tucci, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pag. 102).

Dentro desse enfoque, não é de se admitir que possa o juiz, na aplicação do parágrafo 5º, do artigo 219, na redação que lhe deu a Lei 11.280/06, declarar a prescrição, de ofício, sem ouvir as partes.

As razões para esse proceder não são somente de ordem teórica.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não tenha regra expressa que determine sejam os litigantes ouvidos na hipótese e ainda que não se entenda possa incidir aí, para justificar a medida, o princípio do devido processo legal, muitas razões de ordem prática aconselham o juiz a observar esse procedimento, quando menos por mera cautela.

Comece-se, *v.g.*, a indagar as razões pelas quais as partes não trouxeram à discussão o tema de prescrição.

Pode-se, de início, imaginar que o autor, na inicial, não vá fazer referência à prescrição, por razões quase óbvias: quer contar com a desatenção do réu não arguindo a exceção, ou mesmo com a sua ignorância quanto a essa possibilidade e - agora com a nova lei - em ambas as hipóteses, com a falta de percepção do juiz.

Se essa intenção do autor puder ser comprovada, o que não se acredita, até que se apresentaria defensável a declaração, de ofício, da prescrição, sem ouvir as partes, isso, inclusive, como forma de coibir o agir desleal daquele litigante.

Afora essa excepcional hipótese, verifica-se, na generalidade dos casos, a indispensabilidade de se ouvirem as partes, na declaração da prescrição *ex officio*. Basta lembrar os casos em que há suspensão e interrupção da prescrição e naqueles em que essa não corre, quando os fatos que a interrompem, a suspendem ou impedem o seu curso, pelas mais variadas razões, não são levadas ao juízo.

Pode-se ainda lembrar a hipótese de duvidosa ou discutível interpretação, como, por exemplo, no caso da prescrição da pretensão de receber o adicional de 40% sobre valores das correções do FGTS relativas aos "planos econômicos". De observar-se que o prazo para deduzir pretensão de reparação civil, no novo Código, restou diminuto, três anos, e por essa razão muitas discussões haverá sobre o marco inicial da sua contagem, como nos casos de danos por acidente do trabalho ou de doença profissional, onde não raro as seqüelas desses eventos levam anos para aparecer; pela mesma razão, foi objeto de antigas disputas a interpretação do inciso IV, do parágrafo 5º, do artigo 178, frente ao artigo 1245 (responsabilidade do construtor), ambos do velho Código civil.

Outro ponto que também pode provocar discussões é o da presença da renúncia tácita à prescrição pelo devedor, caracterizada pelo fato de este não a arguir em defesa. Se assim se entender, totalmente dispensável seria ouvir previamente os litigantes por parte do juiz para declarar prescrita a pretensão.

Parece que ainda está em aberto a questão da renúncia tácita trazida pela simples ausência da arguição de prescrição na resposta do réu.

Cáio Mário da Silva se inclui entre aqueles para os quais a ausência de arguição em defesa não traduz renúncia à prescrição, "pois que lhe é lícito

invocá-la em qualquer instância.” (*in* Instituições de direito civil, Forense, Rio de Janeiro, 1990, vol. I, pag. 476)

Sílvio de Salvo Venosa leciona, já comentando o direito novo do atual Código civil, que somente o ato positivo do devedor, não necessariamente escrito, mas demonstrável por qualquer meio de prova lícito, é que pode caracterizar a renúncia. (Direito Civil, Ed. Atlas S/A, São Paulo, 2003, 3ª edição, vol. I, pag. 623)

Tem-se, entretanto, que a redação do artigo 191, do referido código, que é igual à do Código de 1916, não autoriza concluir-se que seja “fato do interessado” a mera omissão na resposta ao pedido inicial.

De qualquer forma, é claro que, se se acolher a tese da renúncia pela simples ausência de argüição de prescrição por parte do réu, nenhuma utilidade teria ouvi-lo, já que fatal a declaração de sua ocorrência.

A tese da não argüição como significando renúncia tácita também não se sustenta, porque, como já observado acima, são muitas as razões pelas quais, sem haver intenção de renúncia à prescrição (interrupção, suspensão e não curso), o réu não leva a discussão do tema a juízo.

A título de exemplo, imagine-se a hipótese tratada no artigo 202, inciso III, do novo C. Civil.

Em ação em que seja desnecessária a prova da constituição em mora do devedor pelo protesto cambial, o autor não junta o respectivo instrumento e nem faz referência a esse fato.

O réu, ciente e consciente de que houve a interrupção da prescrição, na sua resposta também não cuida do tema.

Nessa hipótese, percebe-se que a declaração de ofício da prescrição, sem ouvir as partes, será, no mínimo, inconveniente, pois obrigará o autor - e até o réu, pois este pode ter interesse jurídico para recorrer, como se cuidará à frente - a um eventual recurso que lhes consumirá despesas e trabalho.

Todavia, não se considerando essas hipóteses, poder-se-ia extrair a conclusão de que não é mais possível a renúncia da prescrição após deduzida a pretensão em juízo. De fato, se deve o juiz declarar a prescrição de ofício, ocorrida esta, não poderia o réu, seja em que momento for, afirmar que a ela renuncia; em outras palavras, essa renúncia seria inócua. Não parece uma boa solução, pois ela impede, por

assim dizer, uma desejável “restauração” da ética, essa abalada pela desobrigação – legal, reconhece-se – de não cumprir o compromisso assumido, em razão do simples decurso de lapso temporal.

Dentro do primeiro enfoque, a renúncia da prescrição somente seria possível antes de ajuizada a ação pelo credor, mas não deixa de ser questionável, igualmente, que o fato do ajuizamento, por si só, possa ser determinante de impedimento do livre exercício de um direito, qual seja, o de renunciar.

Há, ainda, casos mais intrincados, mas também de rara ocorrência e de difícil solução, em que a declaração de ofício da prescrição trará consequências importantes.

Dentre esses casos, imagine-se o de uma ação de cobrança sustentada em um título, no caso em que a pretensão de recebimento dele foi atingida pela prescrição.

O réu, ciente da prescrição, não a invoca, pois quer ver declarado que não há dívida, porque, *verbi gratia*, ocorreu compensação.

Nesse imaginário caso, torna-se complexa a solução, pois entra em jogo um outro elemento complicador, qual seja, o interesse jurídico do réu, que não se resume apenas ao de defender-se.

Se não houver a extinção prematura do processo (artigo 295, inciso IV, do C.P.C), indaga-se: teria o réu interesse jurídico para apresentar um exceção substancial, como de compensação, em uma ação de cobrança na qual fatalmente o pedido de pagamento seria julgado improcedente, porque ocorrida a prescrição? A mesma pergunta é cabível no caso de alegação de pagamento, se se entender que essa - contra a opinião de Ovídio A Baptista da Silva - também é exceção substancial.

Cabe aqui um parênteses para outras reflexões, relativamente às exceções substanciais.

Segundo entendimento geral, é de princípio que as exceções não podem ser conhecidas de ofício.

Observa Ovídio A Baptista da Silva que o atual Código de processo civil, na redação original do parágrafo 5º, do artigo 219, se desviou, em parte, daquele princípio, ao estabelecer a decretação de ofício da prescrição, quando não se

tratasse de direito patrimonial. (Teoria geral do processo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, 2ª edição, pag. 277).

Rompido, agora, totalmente o princípio, no caso da prescrição, pode-se deparar, em hipotética situação, com duas exceções: uma, de prescrição, decretável de ofício, mas não argüída; outra, de compensação ou de pagamento, argüída pelo réu.

Tanto o acolhimento de uma como o de outra acarretará a improcedência do pedido. Todavia, parece evidente que o acolhimento de uma prejudicará o exame de outra. Qual o critério do juiz para acolher uma ou outra? Pode-se sustentar que mais racional seria o acolhimento da exceção argüída, pois diz respeito ao próprio direito de fundo, ao passo que a exceção de prescrição não atinge esse direito, pois apenas lhe obsta o exercício.

Situação mais intrigante seria a hipótese em que ocorresse a prescrição da pretensão e a prescrição da exceção, no nosso imaginado caso, de compensação, registrando-se que a segunda exceção é possível de prescrição, em decorrência da inovação trazida pelo artigo 190, do atual Código civil. Parece que, nesse caso, em termos práticos, não deveria haver qualquer precedência no exame das exceções, já que o acolhimento de uma ou de outra não produzirá qualquer efeito importante, como o reconhecimento de direito de fundo. Mas pela própria ordem da sucessão dos fatos do processo - pretensão deduzida antes da exceção - é sugestivo que se declare a prescrição da primeira, restando prejudicado o exame da segunda.

Voltando, contudo, ao primeiro caso imaginado - ação de cobrança sem argüição de prescrição - de ser notado que há uma diferença enorme entre "ganhar" a demanda, porque prescreveu a pretensão de receber o crédito, e sair vencedor porque se reconheceu que nada devia, seja porque que solveu limpamente o devedor sua obrigação, seja pela ocorrência de compensação legal. A solução da prescrição acaba por prejudicar o devedor que pagou a dívida, pois poderá passar a ter no seu meio a fama de mal pagador, o que pode até lhe prejudicar nos negócios.

Observe-se que os autores admitem a ação meramente declaratória para que se obtenha o reconhecimento judicial da inexistência de dívida, seja porque não se obrigou a ela o autor, seja porque a pagou, ou até mesmo porque ocorreu prescrição da obrigação, exemplo último colhido na jurisprudência por Celso Agrícola Barbi (*in* A ação declaratória no processo civil brasileiro, sem indicação da editora, 1962, Belo Horizonte, pag. 91).

Ora, se o devedor pode, em ação autônoma, pedir que se declare solvida a obrigação a tempo e a modo ou por ocorrência de compensação legal, com mais razão se sustenta que a ele, quando acionado, seja facultado, em exceção substancial, argüir na resposta a extinção da obrigação por pagamento ou compensação, independentemente de estar prescrita ou não a pretensão de recebimento do crédito.

Não seria admissível que, pelo só fato de a ação de cobrança estar destinada ao fracasso, decorrente da fatal improcedência do pedido pela prescrição da pretensão, se extinguisse o processo com julgamento do mérito (aliás, extinção hoje impossível, em razão de recente alteração do C.P.C – *caput* do artigo 269 – que torna o processo, cujo pedido for julgado improcedente, em um zumbi; um morto vivo a procura de um despacho de “arquivamento” dos seus autos) e, em face da improcedência, remetesse o réu que pagou a dívida à empreitada de um outro processo, com ação meramente declaratória, para ver reconhecido que solveu a obrigação.

Tal solução iria de encontro ao princípio da economia processual e só por isso já mereceria desprezo.

Antiga locução latina – *in exceptionibus dicendum reum partibus actoris fungi* - já orientava no sentido de que, na exceção, o réu se transforma em autor.

O réu, ao contestar a ação, necessariamente deduz pedido declaratório negativo, contrariamente à pretensão declaratória positiva (segundo Celso Agrícola Barbi, de acordo com a doutrina germânica, a sentença condenatória é também “formalmente declaratória, na sua primeira parte” - obra citada, pag. 119) indicada pelo autor e que sustenta o seu pedido; ambos os pedidos – do autor e do réu - devem ser decididos pelo juiz; o acolhimento de um ou de outro gera coisa julgada material.

A situação se compara à da ação declaratória negativa, em que a contestação a ela implica em verdadeira declaratória positiva, na lição de Celso Agrícola Barbi. (mesma obra, pag. 93).

Nesse enfoque, não se tem dúvida que a declaração de ofício da prescrição da pretensão de recebimento de dívida, sem ouvir o demandado que já contestou com dedução de outra exceção substancial, fere o seu direito, de natureza material, de ver declarado que a obrigação foi solvida.

Ainda no mesmo enfoque, não há como não se preocupar com os possíveis efeitos drásticos do artigo 474, do C.P.C.

Acredita-se que poucos sustentariam, hoje, que a declaração de prescrição não tem natureza de decisão de mérito.

Segundo o mencionado artigo 474, do C.P.C., transitada em julgado a *sentença de mérito*, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Ora, sendo a decisão que declara a prescrição sentença de mérito sobre o pedido – sempre no nosso imaginado caso, pedido de pagamento de dívida – estará coberta pelo efeito preclusivo da coisa julgada qualquer outra alegação defensiva do réu que visasse declaração de improcedência do pedido - ainda no nosso caso exemplar – como a de pagamento ou de compensação.

Isso simplesmente impediria que o réu pudesse levar as referidas alegações para reexame do juiz, em uma nova ação de natureza declaratória, ou seja, continuará com a pecha de mau pagador, sem ter como demonstrar a ocorrência de um fato jurídico que teve conseqüências distintas daquela produzida pelo reconhecimento da prescrição, qual seja extinção da dívida por adequada quitação.

As questões postas nestes escritos parecem sugerir que a declaração de prescrição de pretensão de direito patrimonial, *ex officio*, trará tantos problemas que os ganhos com a solução buscada pelo legislador da reforma - dar ao jurisdicionado um processo de duração razoável - não serão compensatórios.

Finalmente, ainda em razão da nova regra aqui cuidada, pode-se vislumbrar outra importante conseqüência, qual seja, a extinção de milhares de processos que, por causas várias, se encontram paralisados, por ocorrência da chamada “prescrição intercorrente”.

Entretanto, como nas demais hipóteses levantadas acima, isto não poderá ser feito sem ouvir os interessados para declaração de prescrição; do contrário, correr-se-á o risco de seu acolhimento em casos em que foi essa suspensa ou interrompida.

Como se percebe, muitas outras hipóteses de inconveniência da declaração de ofício da prescrição podem ser levantadas, com graves danos para os jurisdicionados e para a própria Justiça, sem que – repetindo - haja ganhos relevantes na solução das lides.

Entretanto, quer-se destacar que o fim dos desses curtos escritos é tão somente iniciar uma discussão mais aprofundada pelos doutos sobre os pontos aqui cuidados, bem como de outras questões de maior interesse que certamente serão por eles tratadas.