

DOCTRINA

EM BUSCA DA CELERIDADE PERDIDA - A DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO

Daniel Lisboa (*)

"O tempo é fato jurídico natural de grande importância nas relações jurídicas pela influência que pode ter na gênese, exercício e perda dos respectivos direitos."(1)

Com razão o Eminentíssimo Civilista. O tempo é inexorável. Faz parte da vida do ser humano desde seu nascimento até o momento em que sua personalidade deixe de existir, com a morte.

Nas relações jurídicas, o tempo é fator essencial. É estudado em três institutos de Direito Civil de suma importância. Na prescrição, na decadência e na usucapião. O legislador constituinte derivado lembrou-se também dele, na EC n. 45/04, ao incluir o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal.

Com a alteração constitucional, a idéia da duração razoável do processo, que sempre esteve intrínseca ao princípio do devido processo legal, passou a integrar o extenso rol de direitos individuais do art. 5º de nossa Carta Constitucional.

Como se antes da EC n. 45/04 já não o fosse!

Pois bem. Com referida alteração constitucional, parece-nos que passou a ser fetiche do legislador alterações no Código de Processo Civil para diminuir o tempo do processo. Algumas positivas, outras pouco técnicas, diversas inovações vêm sendo introduzidas. Exemplos temos nas Leis ns. 11.187 e 11.232, ambas de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, todas de 2006.

A Lei n. 11.280/06, que motivou o presente ensaio, sem embargo de outras modificações, além de revogar o art. 194 do Código Civil, alterou o art. 219 do Código de

Processo Civil, que passou a contar com a seguinte redação do seu § 5º:

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

Algumas considerações devem ser tecidas a respeito de tal modificação legislativa.

Muito embora o legislador pareça estar imbuído de motivação nobre, ainda no calor da "novidade" consubstanciada no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, está a desvirtuar os mais comezinhos e elementares conceitos e construções científico-jurídicas que cercam o instituto da prescrição. De fato, a busca da celeridade não pode ser desculpa para a inversão de toda a ciência do Direito.

Para que nos expliquemos, alguns conceitos devem ser revisitados.

Dentro da relação jurídica, várias espécies de direitos podem ser verificadas, dependendo da forma pela qual o sujeito de direito atua sobre o objeto daquela determinada relação.

Podemos, por exemplo, estar diante de um direito subjetivo. Nesse caso, o sujeito ativo tem reconhecido o poder de exigir de outro sujeito determinado comportamento. A esse direito subjetivo corresponde um dever jurídico do sujeito localizado no outro pólo da relação jurídica.

Se o titular do dever deixa de cumprir o objeto da relação, surge ao titular do direito subjetivo ofendido a

pretensão de exigir do devedor a reparação dessa lesão, seja cumprindo o dever, seja indenizando pelo equivalente em dinheiro.

O termo pretensão deriva da influência do direito alemão que o destacou do direito público de ação, entendido esse último como direito público subjetivo de invocar a tutela estatal para ver realizado seu direito. A pretensão, por seu turno, seria o poder de exigir de outrem determinada ação ou omissão.

A pretensão surge no momento em que o devedor deixa de cumprir a prestação e o credor passa a poder exigí-la, o que se denomina de *actio nata*.

Em outra relação jurídica qualquer, também podemos encontrar um direito potestativo, que "é o poder que o agente tem de influir na esfera jurídica de outrem, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação subjetiva sem que este possa fazer alguma coisa se não sujeitar-se"(2). Contrapõe-se, ao direito potestativo, a sujeição.

Nesse caso, não se fala de pretensão, na medida em que o titular do direito potestativo não espera um dever da contraparte, não espera que esta aja ou se omita. Ele mesmo realiza seu direito, independentemente do sujeito do pólo passivo da relação jurídica, que apenas se curva diante do interesse daquele.

Vamos aos exemplos:

Exemplo 1: A deve 10 a B. Se A não procede ao pagamento, no fim do prazo estipulado, B adquire a pretensão de exigir o pagamento de A. Para fazer valer seu direito no mundo empírico, deve propor ação de cobrança contra A. Nesse caso, B tem direito subjetivo, A tem dever jurídico.

Exemplo 2: A (fornecedor) faz venda a B (consumidor) por telefone. Por força do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, B tem sete dias para desistir do contrato após o recebimento da mercadoria. Dentro desse prazo, B tem o direito potestativo de desistir. Se o fizer, A tem que se sujeitar à vontade de B, e ver findo o contrato. Para que B verifique seu direito no caso concreto, no mundo do ser, basta agir e rejeitar a proposta no prazo. Não precisa invocar a tutela jurisdicional do Estado para tanto.

Dadas as bases do que são direito subjetivo e direito potestativo, tratemos da prescrição e da decadência.

Consoante art. 189 do Código Civil, prescrição é a perda da pretensão decorrente da inércia de seu titular no prazo estabelecido em lei. Desrespeitado o direito subjetivo, nascida a pretensão, a lei estabelece um prazo para que esse titular aja. Se este não invocar a tutela jurisdicional no prazo extingue-se a pretensão de exigir a reparação do direito lesado. Diante disso, a obrigação prescrita se transforma em obrigação natural, pois o direito subjetivo continua existindo, só que sem *pretensão de exigibilidade* (3), ou seja, o titular não mais pode invocar o Estado para fazer valer o seu direito. Por outro lado, se o devedor adimplir esse direito, não haverá enriquecimento ilícito do credor, aquele terá pagado bem, sendo permitida a retenção do pagamento.

A justificativa para a existência do instituto da prescrição decorre da necessidade de paz e segurança jurídica. O principal interessado é o sujeito passivo, mas mediatamente também o é a sociedade. Busca-se punir, também, o titular do direito passivo lesado que atuou de forma negligente.

Exatamente porque o interesse imediato é privado, a prescrição não era conhecida de ofício, salvo excepcionalmente, como no caso do absolutamente incapaz, e só atinge direitos disponíveis e patrimoniais.

Decadência, por sua vez, é a perda do próprio direito potestativo pela inércia do seu titular por um determinado período, previsto em lei. O prazo começa a contar quando o direito nasce, e não quando é descumprido (como na *actio nata* - caso da prescrição).

Referido instituto também se fundamenta na necessidade de paz social e segurança jurídica. Todavia, nesse caso, o interesse imediato é da sociedade, tanto que a decadência afeta tanto direitos disponíveis quanto indisponíveis. Por essa mesma razão, os prazos decadenciais são sempre mais curtos e não são interrompidos ou suspensos. Ainda pelo mesmo fato, a decadência legal pode ser apreciada pelo juiz *ex officio* (art. 210 do Código Civil).

Dentre várias outras que aqui deixarão de ser apreciadas, uma das grandes diferenças entre os

institutos é o principal interessado. No caso da prescrição, este é o particular, no caso da decadência, é a sociedade. Por quê?

Porque com a operação da decadência está extinto o direito em si mesmo. Dessa forma, exige-lo após o prazo seria ilícito, e é interesse da sociedade, e função do Judiciário coibir atos contrários ao direito. De fato, para que um particular exercite um poder (direito potestativo) e atue na esfera jurídica de outro, deve estar respaldado pela ordem jurídica. Se não o está, comete aquele particular um ato antijurídico que deve ser reprimido. E é interesse de todos, e não apenas do particular prejudicado, que os atos ilícitos sejam coibidos.

Se configurada a prescrição, perdeu-se a pretensão de exigibilidade do direito. O sujeito ativo do direito não mais poderá movimentar a máquina jurisdicional para tentar implementar seu direito no mundo dos fatos.

Todavia, o direito continua a existir, agora grandemente tolhido, é claro, como verdadeira obrigação natural. Por essa razão, se houver o adimplemento desse direito, por livre arbítrio do devedor, não haverá ato antijurídico, tanto que o credor poderá reter o pagamento. Não se fala, aqui, de enriquecimento sem causa.

Daí que o interesse primordial na prescrição é do devedor, que também precisa de segurança jurídica, e não da sociedade, porque inexistente qualquer ilícito no caso de pagamento do direito prescrito, equivalente a uma obrigação natural.

Diante do exposto verifica-se a incongruência do novel dispositivo processual. O juiz estará tutelando aquele que violou um direito subjetivo patrimonial, e não impedindo um ilícito, como no caso da declaração de ofício da decadência.

Em prol da "razoável duração do processo" e da "celeridade de sua tramitação" o juiz se prestará a favorecer a parte que descumpriu a ordem jurídica e não cumpriu o seu dever, quando e na forma que deveria e se obrigou.

Inverter-se-á a ordem natural das coisas e a ciência jurídica, na medida em que o Estado-juiz negará, de ofício, àquele que conta com direito (ainda que inexigível) seu cumprimento, quanto o mais se o verdadeiro e inicial ofensor do ordenamento (o devedor inadimplente) pode

por conta própria adimplir esse direito e essa mesma ordem jurídica aceita tal adimplemento.

Ora, pergunta-se: se o devedor pode realizar o objeto do direito prescrito, e isso é aceito pelo Direito, por que o juiz deverá, de ofício, declarar a prescrição? Qual a razão lógica e o fundamento jurídico para tanto?

Para a declaração de ofício da decadência, é impedir o ilícito. Mas e a prescrição de ofício? No caso do absolutamente incapaz, como se via no art. 194 do Código Civil, era o interesse público na tutela daquele que não conta com discernimento para os atos da vida civil.

Por seu turno, a generalização ora determinada pelo legislador não tem razão de ser, é despida de técnica e assistemática. O Estado não tem interesse em favorecer àquele que descumpra a ordem jurídica, àquele que deixa de cumprir seu dever, ao contrário.

De fato, vê-se que regra geral os prazos de prescrição são elásticos, até porque se consubstanciam em uma vitória da segurança jurídica do particular contra a justiça, sendo certo que este, é bem verdade, não poderia viver sob a espada de Dâmocles por toda a sua existência.

Por fim, tem-se apontar que a determinação legal é inconstitucional, pois fere os princípios constitucionais da isonomia e da paridade de armas, este último decorrência do princípio do devido processo legal. Isso porque se o titular do direito é negligente e deixa transcorrer o prazo prescricional, sofrerá do ordenamento uma punição, a perda da pretensão. Agora, se o devedor, tão ou mais negligente, além de não cumprir sua obrigação ainda deixa de se defender a contento, não invocando a prescrição no momento oportuno (e o ordenamento é bem complacente quanto a esse momento - consoante art. 193 do Código Civil), este último será tutelado pelo Juiz, e sua defesa será integrada, de ofício, por um ente que sempre buscou ser imparcial.

Dessarte, as partes apresentam-se, tanto antes quanto durante o processo, em situação de desigualdade, porque enquanto a inação do sujeito ativo da relação jurídica material lhe prejudica, a inação do sujeito passivo da relação jurídica processual lhe favorece, pois será suprida por uma ação estatal. Para a mesma desídia teremos dois tratamentos, o que não é isonômico.

É de conhecimento geral que o Direito atual vive sob a pressão da mídia, do interesse externo, sofre com várias mazelas, sendo uma das maiores seu vagar para solucionar lides. De fato, cabe ao Poder Judiciário buscar diminuir o tempo de espera do jurisdicionado. O mesmo se diga do legislador. A este cumpre suprir os operadores do direito de ferramentas efetivas e ágeis, na medida em que a justiça tardia é deveras injusta, mas sem olvidar-se que o Direito é uma ciência que vem se desenvolvendo a milênios, e não um amontoado de regras a serem cumpridas.

Não se pode jogar a ciência ao vento apenas para prestar celeridade ao processo ou desafogar o Judiciário, sem maiores preocupações. A alteração legal ora posta à baila, ainda que imbuída de desiderato justo, pelo menos é o que parece nesse primeiro momento, traz em seu bojo uma injustiça. O Poder Judiciário tutelar o devedor inadimplente, o vulgar "caloteiro". Pior, tutelar o "caloteiro" negligente, que sequer se defendeu com todas as armas que o direito lhe concedia. Isso tudo ofendendo princípios constitucionais como isonomia e devido processo legal.

No momento das mudanças, é hora de revisitar o passado. Caminhar em frente, mas sem olvidar-se do que já se adquiriu até então.

Por mais que os defensores da alteração legal venham afirmar que tal preceito evitará fraudes contra o Estado (pela não alegação da prescrição pelos seus procuradores em conluio com a outra parte) e desproporções no caso de revelias (casos em que o devedor pagará muito mais do que se comparecesse ao processo e se defendesse), não podemos compactuar com tamanha ofensa ao sistema jurídico, sua ciência e mais, aos mais comezinhos conceitos de justiça, nos moldes acima entabulados.

Apenas para não deixar sem resposta as alegações dos partidários da nova regra, o agente estatal que atua em conluio com terceiro para prejudicar o Estado pode e deve ser responsabilizado pelos seus atos, e nada mais justo do que punir o indivíduo que, além de descumprir um dever, ainda dá as costas ao Poder Judiciário e deixa

de cumprir seu ônus de defender-se, na falsa percepção de que a impunidade ainda reina em nosso País.

Diz-se, desde Roma, que *dormientibus non succurrit jus* - o Direito não socorre aos que dormem. A partir de meados de maio de 2006 o brocardo milenar não mais é válido no Brasil. Aqui, o devedor "dorminhoco" é socorrido pelo Estado, embora o credor continue não o sendo.

Ainda não conseguimos entender o porquê? Alguém explicaria?

Notas

(1) AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5.ed., revista, atualizada e comentada de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 573.

(2) *Op. cit.*, p. 576.

(3) *Op. cit.*, p. 578.

Bibliografia

AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*. 5.ed., revista, atualizada e comentada de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Volume I. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Parte Geral*. Volume I. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Código Civil*. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

(*) Daniel Lisboa é Juiz do Trabalho do TRT da 12ª Região. Ex-Juiz do Trabalho do TRT da 23ª Região. Igualmente aprovado nos concursos dos TRTs da 2ª, 3ª e 9ª Regiões e AGU.