

DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO: ÓBICES JURÍDICOS, POLÍTICOS, SOCIAIS, LÓGICOS, CULTURAIS E ÉTICOS

João Norberto Vargas Valério*

SUMÁRIO: Introdução; Exceções e objeções; A decadência como objeção de direito material; A prescrição como exceção de direito material; Fundamentos da prescrição; A permanência das causas de interruptividade como impedimento da aplicação da prescrição de ofício; Da irrelevância da supressão do artigo 194 do Código Civil; Conclusões.

INTRODUÇÃO

“Na verdade, o que se faz quando se escreve sobre uma lei que apenas entrou em vigor, é uma espécie de exercício mental de suposições, acerca das conseqüências, no plano real, que advirão do conteúdo problemático latente no texto positivo. Assim, na realidade, fazem-se projeções no futuro, imaginando-se como vai se dar a relação do texto legal, com os usuários (advogados, juízes, promotores, etc.).”¹

Atento a essa lição é que busco fazer reflexões sobre a disposição contida no § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.280/2005 e a revogação expressa do art. 194 do Código Civil brasileiro. A primeira impressão que tive é que essa sanha reformista, que aumenta o poder do juiz, teria como conseqüência tão-somente celeridade da prestação jurisdicional de primeira instância e o aumento vertiginoso dos recursos, até que os tribunais pacifiquem a questão por jurisprudência firme e uniforme, o que não será tarefa fácil. Assim, política, administrativa e socialmente, é criticável a inovação, por polêmica, e ainda nada resolver sobre a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

Imaginei, *ictu oculi*, que tal previsão isolaria o Brasil jurídico do resto do mundo, já que não há informação de, no direito comparado, existir legislação permissiva da possibilidade da declaração da prescrição de ofício pelo juiz, afora

* Procurador Regional do Trabalho. Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União.

1 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 13.

em casos específicos, como ocorre com os incapazes, por razões que me parecem óbvias e incontestáveis². Então, em tempos de globalização e intercâmbio dos mercados, formações de blocos econômicos, livre trânsito de pessoas, facilitação dos negócios e contratos interpessoais, inclusive entre estrangeiros, são também criticáveis as disposições reformadoras, sobre o prisma lógico.

No plano jurídico, as críticas serão possíveis, se encontradas incongruências no próprio sistema normativo, o que se procurará identificar vez que a regra comentada, secamente, auspicando legislar sobre processo, determina que o *juiz pronunciará de ofício a prescrição*, revogando, por inteiro, o art. 194 do Código Civil, que determinava: *o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer o absolutamente incapaz* – daí o título do presente trabalho. Existem óbices, também jurídicos, quase intransponíveis para que o operador do direito cumpra, cabisbaixo, a inovação pretendida, com a visualização simplesmente do método gramatical de interpretação, e, em consequência disso, avista-se o agigantamento de um dos mais problemáticos e intrincados institutos do direito: a prescrição.

É bem verdade que na área trabalhista, de forma simplista, poder-se-ia negar-se a aplicabilidade por simples exercício da regra comezinha, e não complexa da hermenêutica: o critério da especialidade prevalece sobre o critério cronológico e ponto. Alguns diriam, bem, a CLT é omissa sobre a possibilidade de aplicação da prescrição de ofício e deve ser complementada pelo direito processual comum (art. 769). Além do mais, a nova regra é de ordem pública³, e a lei processual entra em vigor imediatamente, devendo então ser aplicável sem rebuços, inclusive, se o processo estiver em grau de recurso. Também poderia se objetar que nos tribunais seria absurda a aplicação de ofício porque a matéria é de mérito, e, sendo essa instância simplesmente revisora, não poderia reformar uma sentença proferida corretamente à época de sua prolação; ademais, haveria ferimento aos princípios processuais do *tantum devolutum quantum appellatum* e do *non reformatio in pejus*.

Todavia, como o direito não contém compartimentos estanques, e, hodiernamente, não mais se sustenta a teoria de Bentham, no sentido de que as leis processuais seriam simplesmente adjetivas⁴ e existiriamna linguagem em função

2 Na verdade, os Códigos Cíveis da Polônia e Romênia, gestados sobre o regime socialista, previam a declaração de prescrição de ofício, omitindo Guilherme Orozco Pardo se permaneceram ou não as causas interruptivas da prescrição naqueles estados não democráticos de direito. *De la prescripción extintiva y su interrupción en el derecho civil*. Granada: Comares, 1995. p. 210-215.

3 Em nossa obra *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho* (São Paulo: LTr, 1999. p. 63), sustentamos que a prescrição, ainda que não declarável de ofício, é instituto de ordem pública, tal como a decadência. O *discrimen*, com base na doutrina espanhola, seria que o fundamento próximo da decadência é seu caráter imediato social; na prescrição, esse caráter social seria mediato – daí a autorização para a declaração de ofício da decadência, e não da prescrição.

4 Irany Ferrari e Cristina Thereza Nahas (*Revista LTr*, 64-11/1384), em brilhante artigo, focalizaram as disposições do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal, concluindo que, em virtude da sua dicção – prescrição da ação, e não da pretensão –, a disposição constitucional é de conotação processual e, por isso,

dos substantivos, o certo é que ainda há um silêncio dos civilistas sobre o tema, muito embora, creio, seja no direito material, principalmente, onde se identificarão os maiores problemas, mesmo porque o que quer o legislador é a retirada de um patrimônio do credor, ainda que contra a vontade do devedor, colocando o juiz como dotado de superpoderes em questão que só mediatamente interessa ao Estado, já que as obrigações originárias do contrato só interessam imediatamente às partes, como sustentado por Hernández:

*“A mi juicio, la prescripción acoge en su fundamento ambas las concepciones, es decir, tanto el planteamiento individualista como el social. Éste como fundamento remoto y aquél como fundamento próximo.”*⁵

Irany Ferrari, em magnífico artigo⁶, defendeu que no direito do trabalho, à vista da disposição constitucional, o prazo constante do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal era decadencial. As razões dessa conclusão são coerentes, tanto que mereceram acatamento em julgados de alguns Tribunais Regionais do Trabalho⁷. O raciocínio parece lógico. Se o direito de ação é direito potestativo e há prazo para o seu exercício previsto na Constituição Federal, se houver inércia do titular do crédito durante o prazo fixado pela Lei Magna, não há mais de refletir-se sobre o direito material, mesmo porque, na decadência, inexistem causas de interrupção.

Assim, apesar de, por questões profissionais e funcionais, sempre ter estado atento, em primeiro lugar, às dificuldades do ramo especial, penso que o presente estudo e apontamento de incongruências, por mim vistas sobre a inovação legislativa do Código de Processo Civil, sem me deter especificamente sobre o direito do trabalho e direito processual do trabalho – o que abordarei não exaustivamente –, servirá, também para a reflexão dos juslaboralistas, mesmo porque o Juiz do Trabalho julga causas civis (art. 114 da Constituição Federal). Se a presente problematização servir para gerar novas dúvidas, que serão no futuro, certamente, desanuviadas pelos mais doutos, sentir-me-ei recompensado, porquanto o Direito tem por objeto “descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”⁸. Então, é válida não só a descoberta, mas também a provocação para

nos litígios trabalhistas, por ser instituto de ordem pública, a prescrição, deveria ser reconhecida de ofício pelo juiz, independente de qualquer arguição. A mesma Revista LTr (ano 70-03, mar. 2006), em nota da redação, dá destaque àquela matéria, afirmando que, com a inovação processual, não resta dúvida sobre a decretação da prescrição de ofício não só trabalhista, como também sobre os direitos regulados pelo Código Civil, por força do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil e da revogação do art. 194 do Código Civil.

- 5 HERNÁNDEZ, Andrés Bejarano. *La caducidad en el derecho laboral*. Pamplona: Aranzadi, 1995. p. 65.
- 6 FERRARI, Irany. Prescrição trabalhista – decretação de ofício. *Suplemento LTr*, São Paulo, n. 37, p. 255, 1992.
- 7 Extraímos um julgado que praticamente repetiu as palavras do jurisconsulto: TRT 12ª R., RO 0539/94-V, 1ª T., Rel. Juiz J. F. Câmara Rufino, J. 03.04.1995, v.u.
- 8 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1941. p. 19.

que ela possa surgir. Assim, esperando que o presente trabalho provoque reflexões e críticas, que serão bem-vindas, passo a organizar o raciocínio sob a visualização do direito civil e do processo civil, reconhecendo que, quanto ao direito do trabalho, a questão é muito mais complexa, como inferiu Irany Ferrari, cuja sapiência e conspicuidade é reconhecida por todos aqueles que, como eu, labutam, diuturnamente, tentando resolver questões pertinentes a esse ramo especial do Direito e de seu instrumento: o direito processual do trabalho.

EXCEÇÕES E OBJEÇÕES

Diz a doutrina ser a objeção fenômeno de direito processual ou de direito material, que o juiz possa decidir de ofício, sem a necessidade de provocação da parte. Exemplos de *objeções* processuais encontramos no art. 301 do Código de Processo Civil – pressupostos e condições da ação, que nulificam o processo, levando à extinção sem julgamento de mérito com supedâneo nos incisos IV e VI do art. 267 do mesmo código. Os exemplos típicos de *exceções* processuais em que são necessárias as arguições pela parte, sob pena de preclusão, são a incompetência relativa e de suspeição do juiz⁹.

No sentido restrito e próprio, no plano do direito material, as *exceções* (substanciais) devem ser, sempre, também, argüidas para merecerem conhecimento pelo julgador. Se não provocadas, não podem sofrer apreciação pelo juiz, mesmo porque há os impedimentos constantes dos arts. 128 e 460 do Código de Processo, como informa Theodoro Júnior¹⁰.

Antes da inovação legislativa aqui tratada, a prescrição era exemplo sempre citado de *exceptio*, acompanhada de outras figuras, também corriqueiras nas citações doutrinárias: a compensação (arts. 368 a 380 do Código Civil), o direito de retenção (art. 1.219 do Código Civil) e a exceção de contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil).

Bem de ver que o momento próprio para a parte argüir tais exceções depende do ordenamento de cada país, mas, no nosso, a única hipótese de provocação que excepcionava o princípio da eventualidade, na fase cognitiva (art. 300 do Código de Processo Civil), era a alegação de prescrição, pela incidência do ainda mantido – por não revogado pela Lei nº 11.280/2005 – art. 193 do Código Civil, que permite a alegação em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita. Alguns processualistas, antes da inovação aqui tratada, fizeram incursões, até respeitáveis, afirmando que deveria prevalecer a regra processual constante do art. 300 do Código de Processo Civil, frente ao art. 193 do Código Civil. Essa

9 VALÉRIO, J. N. Vargas. Op. cit., p. 122-128.

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A exceção de prescrição no processo civil. Impugnação do devedor e decretação de ofício pelo juiz. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, a. VII, n. 41, p. 68-85, maio/jun. 2006.

doutrina, minoritária, não sofreu ressonância na jurisprudência e sempre foi criticada pelos doutores, justamente, porque, se prescrição é matéria que pertine ao mérito, deveria prevalecer, como prevaleceu, o mandamento da lei material, independentemente da previsão constante do código instrumental, ou seja: a desnecessidade do atendimento do princípio da eventualidade.

Côncio dessa verdade estratificada é que o legislador cuidou de, na mesma lei híbrida, permitir a decretação de ofício da prescrição, mas também revogou o art. 194 do Código Civil, entendendo ter resolvido completamente o problema antes identificado: se não há regra no Código Civil proibitiva da declaração de ofício, prevaleceria a regra do processo. Assim, parece tudo ajustado. A prescrição transmutou-se de *exceção* em *objeção*, podendo então ser declarada de ofício.

As características das *objeções* de direito substancial, as quais, independente de argüição, devem ser levadas em conta pelo juiz para extinguir o processo com julgamento de mérito, em cuja categoria o legislador processual elevou a prescrição, são, de maneira brilhante e concisa, explicitadas por Calmon de Passos e, de certa forma, tornariam até desnecessárias as colocações que fiz anteriormente com vistas à diferenciação entre *objeção* e *exceção*, embasado em trabalho próprio:

“Há fatos extintivos e impeditivos que, embora provados nos autos, não impedem que o juiz prolate uma sentença favorável ao autor, podendo ele, portanto deixar de levá-los em consideração por motivos de não serem alegados pelo réu. E, assim agindo, o julgador não profere uma sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito. Outros fatos extintivos ou impeditivos existem, contudo, que uma vez provados nos autos, reclamam consideração do magistrado, sob pena de, desconhecendo-os, proferir uma sentença injusta, por inovar contra o direito. No primeiro caso, diz-se que o fato extintivo ou impeditivo é uma *exceção*; e porque não determinando sua existência, necessariamente, obstáculo à prolação de uma sentença justa reclama-se a iniciativa do interessado para que ele seja devidamente considerado pelo juiz, sob pena de estar violando o *princípio dispositivo que lhe impede tomar a iniciativa de tutela de interesse das partes*. No segundo caso, cuida-se de *objeção*, porquanto sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre injusta (contrária ao direito) se não forem aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado.”¹¹

A parte em negrito da citação ganha importância vital nas dúvidas que suscitarei, mesmo porque civilistas de escol, reconhecidos nas letras jurídicas, interpretando a regra do art. 194 do Código Civil, ora revogado, disseram:

“Direito dispositivo – Em ação judicial o juiz só pode reconhecer a prescrição se houver pedido expresso nesse sentido, formulado pelo

11 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1977. p. 301.

interessado, a quem aproveita. Trata-se portanto de direito disponível. Prescrição é exceção (defesa) e como tal deve ser oposta pelo interessado. O pagamento de dívida prescrita, não pode ser repetido (CC 882/CC/1916970), de modo que o juiz *não pode invadir a esfera de disponibilidade do réu que quiser pagar a dívida prescrita (obrigação natural) e decretar a prescrição da pretensão da parte contrária.*¹²

A DECADÊNCIA COMO OBJEÇÃO DE DIREITO MATERIAL

A doutrina inferiu, a duras penas, já que a figura da decadência, excepcionalmente, permite a extinção do processo com julgamento de mérito ainda que não argüida pela parte, que a razão disso, dentre outras, é o fato de o decurso do tempo previsto em lei não atingir direitos subjetivos, mas sim direitos potestativos e, por isso, não dotados de *pretensão*¹³. Assim, o sujeito ativo simplesmente exercita um poder pela ação judicial, tendente à constituição de um direito ainda em formação. Os prazos, se fixados na lei, para o exercício do direito – e não da *pretensão*, insiste-se –, embora se pareçam com os de prescrição, pela existência da inércia do sujeito por um determinado espaço de tempo, deles diferem, porque o prejuízo de quem sofre a decadência, ligado ao decurso do prazo, não consiste na perda de um direito já existente, mas somente à formação de um direito futuro¹⁴. A busca das causas da decadência e da prescrição, para lhes dar um caráter científico, é que levou Agnelo Amorim Filho, com suporte na lição de Chiovenda, à conclusão de que os direitos potestativos operam-se mediante simples declaração de vontade de seu titular, sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição, e podem ser exercitados mediante simples declaração do titular porque o efeito desse exercício está na lei. Nessas ações não há pleitos de prestações positivas ou negativas em face do réu, e sim pedidos de natureza constitutiva, positiva ou negativa. Então, só as ações condenatórias se sujeitam ao prazo prescricional¹⁵.

-
- 12 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115. Esses mesmos autores, tratando de processo civil, em outra obra editada após a alteração legislativa, dizem que agora o instituto é “de ordem pública” e deve ser aplicada a prescrição de ofício, inclusive contra a Fazenda, parecendo terem aceitado a inovação. Todavia, a doutrina mais abalizada entende que a prescrição já era instituto de ordem pública, como continua a ser, só que agora o legislador passou a entender que o interesse imediato da decretação é do Estado, e não da parte, ainda que se trate de direito dispositivo.
- 13 Ordinariamente, desde o trabalho de Chiovenda sobre a ação declaratória negativa, o qual demonstrou que pode existir ação sem pretensão de direito material, ou seja, o pedido destinado ao judiciário pode visar a uma declaração de inexistência de relação jurídica, e a pretensão é tida como o bem jurídico a ser protegido pela jurisdição ou bem da vida reivindicado, é corrente a afirmativa de que, diante da autonomia do direito de ação, pode ela existir independente da pretensão.
- 14 Nesse sentido Grawein, citado por Modica em transcrição de Nicolau Nazo: *A decadência no direito civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959. p. 42-43.
- 15 VALÉRIO, J. N. Vargas. Op. cit., p. 57-58.

A permissividade dos ordenamentos, para a declaração de ofício da decadência, parece se constituir, então, sem caráter exaustivo, nos seguintes itens: a) não há, quando do vencimento do prazo peremptório e preclusivo, direito subjetivo, mas perda do prazo para o exercício de um poder; b) a consequência jurídica está fixada na lei, bastando a voluntariedade do sujeito ativo para que a relação deva ser constituída/desconstituída; c) a constitutividade não atinge patrimônio algum de forma direta, porquanto visa tão só anular os efeitos dos fatos do mundo fenomênico, contrários ao direito; d) a parte passiva não tem obrigação correspondente ao direito, apenas sofre as consequências do exercício deste; e) por não tratar de questões obrigacionais, o exercício de poderes, através da ação própria, independe de execução. O juiz, na verdade, por não haver previsão de interruptividade ou suspensividade do prazo decadencial¹⁶, ao receber a inicial, tem todos os elementos para a averiguação do atingimento do prazo preclusivo e, sendo a declaração da perda do exercício do poder de constituir direito do interesse do Estado, para a não-perpetuação de lides e, por não se tratar imediatamente a contenda de direitos patrimoniais, de índole dispositiva, deve declarar essa situação, de ofício, atentando para a segurança jurídica. Também a simples declaração da existência ou inexistência de relação jurídica é poder dado ao jurisdicionado, mas, nesse caso, o direito não fixa prazo para o exercício.

Remanescendo, todavia, no nosso Código Civil a proibição de declarar-se de ofício a decadência convencional (art. 211), há de se perquirir quais seriam as razões jurídicas, eis que, à primeira vista, parece haver incongruência. No Brasil, a decadência (convencional) não pode ser declarada de ofício, mas a prescrição deve ser sempre decretada, a prevalecer a nova regra.

Parece-me que levou o legislador em conta ao optar pela manutenção deste artigo é a dispositividade das partes, já que ali se contrata o prazo para exercer o direito e logo também pode ser renunciado. Também o fato de que a convenção que fixou o prazo decadencial, que poderia em tese, ser viciada, se isso fosse alegado, dependeria de análise probatória na fase própria, como verdadeira *exceção*, e não *objeção*, como sempre foi a decadência legal, chamada por nós de própria ou pura, e aquela, imprópria ou impura.

A PRESCRIÇÃO COMO EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL

A prescrição só opera nos direitos de crédito, direitos a uma prestação em que há uma relação jurídica de cunho patrimonial que, se desenvolvida naturalmente de acordo com o direito, gera a realização deste e, caso descumprida pelo sujeito passivo, cria a *pretensão* autorizada pelo sistema normativo para exercer, querendo o sujeito ativo, a ação para ver reconhecido o direito subjetivo. Esta, a ação, é

16 O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.978/1990) prevê causas obstativas do início do curso do prazo decadencial no § 2º do art. 26, para o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação.

direito subjetivo público e será sempre desenvolvida se cumpridas as condições, após superação dos pressupostos processuais.

Lotufo, ao comentar o art. 189 do Código Civil, faz o seguinte raciocínio:

“Daí a conclusão de Vargas Valério sobre o art. 189: [...] só poderá ocorrer a prescrição da *pretensão*, permitindo inferir ainda, que extinta esta, (no sentido de exigibilidade ou ação judicial), o direito permanece, justificando destarte a regra do art. 970 do Código Civil, a qual, acatando a melhor doutrina, diz que aquele que pagou dívida prescrita não tem direito à repetição. Direito de ação e *pretensão* no sentido dinâmico, pelos idealizadores do projeto, são pois termos unívocos. Não parece ser assim para Larenz que diz: ‘*La prescripción no es una causa de extinción, sino que sólo fundamenta para el obligado una excepción*’.”¹⁷

Apesar de lisonjeado com a menção de minha obra, em duas de um dos mais festejados civilistas paulistas, a verdade é que penso não ter contrariado *Larenz*, tantas vezes por mim citado.

Na obra mencionada, antes da conclusão transcrita por Lotufo, eu havia assim falado, citando Carlos da Rocha Guimarães¹⁸:

“*Actio romana*, no entanto, como estudou Windscheid correspondia à própria *pretensão*, como hoje entendemos, ligada ao direito material exclusivamente como bem da vida a ser protegido, ou objeto remoto do pedido na linguagem processual [...] Em consequência, aceitando a tese de *Windscheid*, pode-se, modificando-a parcialmente, dizer que o que prescreve é a *pretensão*, mas no seu aspecto dinâmico de fazer valer essa *pretensão* perante os tribunais, o que significa dizer o direito de acionar, permanecendo viva a *pretensão* no seu aspecto meramente subjetivo, passivo, de pretender exigir algo de alguém.”

Também a definição por mim colocada de prescrição:

“*Exceção* de direito material, argüível nas instâncias ordinárias que supõe extinção da *pretensão* do titular do direito patrimonial emver reparada a lesão, por via da ação judicial ou defesa, diante de sua inércia durante o lapso temporal previsto em lei.”¹⁹

Parece claro que o que lá está dito é que a *pretensão* deve ser sempre excepcionada para ser conhecida.

Essa posição parece ser adotada também pelo erudito Humberto Teodoro Júnior:

17 LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2001. p. 520; *Curso avançado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 318.

18 GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 29.

19 VALÉRIO, J. N. Vargas. Op. cit., p. 72.

DOUTRINA

“O Código Civil brasileiro, tomando os Códigos da Alemanha e da Suíça como parâmetros, conceituou a prescrição como a perda da *pretensão* (art. 189), idéia que se aproxima da *actio* romana e que é a de outros códigos modernos como do Peru (de 1984), o do Uruguai (compilado em 1994) e o de Quebec (de 1991). Para nosso sistema de direito civil não há dúvida que a prescrição não atinge o direito material do credor. Cinge-se a conferir uma *faculdade* de resistir à pretensão quando exercida tardiamente (Código Civil de 2002, art. 189).”²⁰

Esse autor, no mesmo trabalho científico e página, é peremptório ao dizer, ainda, que “a *pretensão* não se confunde com o direito subjetivo do credor, já que muitos direitos subjetivos existem que nunca gerarão pretensões, e outros há que somente virão a produzi-las depois de violados”.

A síntese de Pontes de Miranda²¹, quando trata da exigência *de aviso do credor ao devedor para receber dívida sem previsão de vencimento*, é esclarecedora a respeito do verdadeiro sentido da *actio*, que não pode ser traduzida por “ação”, no sentido que hoje conhecemos:

“B. Windscheid cometia esse erro, não prestando atenção a que se *actio*, nos textos romanos, quase sempre é pretensão, raro o é nos brocardos e proposições dos escritores dos tempos modernos, que muitas vezes traduzem *actio* por ação. [...] se *actio* é ação, alude-se erradamente, a prescrição; se *actio* é pretensão, já os que a forjaram e repetiram tinham sido desatentos aos fatos: não há aí pretensão *nondum nata* – a pretensão já nascera, exatamente porque o seu nascimento começa com a essência *in potestate creditoris*. Puseram tais escritores o dilema: não há ainda a pretensão; portanto, ou se há de contar o prazo desde que o credor pode exigir, ou quando exija. Ora, raciocinavam eles, se à pretensão, no mútuo com condição suspensiva potestativa, somente começasse o prazo prescricional com o ato de exigir, não se iniciaria nunca; portanto se há de ser prescritível a pretensão, é antes dela que tem de começar. Partira-se de premissa falsa: ainda não há pretensão, se o credor tem de avisar. Pouco adianta ler-se o que escreveram os sustentadores de não haver aí, *actio nata*, ou porque confundiam ação e pretensão, ou porque usavam um nome por outro.”

FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

São dois os fundamentos da prescrição: segurança jurídica e inatividade do sujeito, com presunção de abandono ou de renúncia ao direito.

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 72.

21 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 124.

Guillermo Orozco Pardo (*op. cit.*, p. 27) bem esclarece que, afora a segurança jurídica, os fins sociais do direito e da justiça, a presunção de abandono do direito é *juris tantum*, podendo ser elidida, e estas são as razões da previsão nos Códigos de causas interruptivas ou suspensivas, que, aliás, foram mantidas no nosso Código Civil por não revogadas pela recente lei.

Diz o autor espanhol em esclarecedora passagem:

“Resta patente a utilização hierarquizada de ambos os critérios para dotar de fundamento a prescrição, se bem que se exige provar a presunção de abandono, a qual comporta que o devedor interprete a vontade não manifestada do titular, quando o único que pode interpretar é o próprio titular que permaneceu em silêncio. Por conseguinte o devedor só deve demonstrar que os requisitos de tempo e inatividade se completaram, mas não pode avaliar as razões da conduta inativa e silente de seu credor, que só ele pode ‘auto-interpretar’. O titular deve então provar que manifestou a sua vontade de exercitar, interrompendo a prescrição, mas se assim não for, seja qualfor a vontade, a prescrição será consumada gerando os seus efeitos sem nada que impeça, salvo renúncia do prescribente.”

Essa lição é importante por deixar claro que em qualquer sistema normativo, ou processual ainda que a intenção do legislador seja transmutar a prescrição em objeção substancial, como fez o brasileiro, mas se esquecer de revogar as causas de suspensividade ou de interruptividade, já que não se pode exigir que sejam provadas de plano, o juiz, ao receber a inicial, só poderá verificar um de seus fundamentos (o decurso do tempo fixado em lei), mas quanto à presunção de abandono não, mormente se também não são extirpadas normas que permitem a interrupção do lapso temporal “por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe o reconhecimento do direito pelo devedor” ou mantenha a possibilidade da “renúncia expressa ou tácita, depois que a prescrição se consumir”, como constam dos remanescentes arts. 191 e inciso VI do art. 202 do Código Civil.

Câmara Leal²² admite que a renúncia expressa, por não ter forma especial imposta no ordenamento, pode ser provada por qualquer meio, como declaração unilateral de vontade que é, não podendo a restrição legal da prova exclusivamente testemunhal circunscrita aos contratos de determinados valores atingi-la, eis que renúncia não é contrato, cuja natureza é bilateral. Se a renúncia pode ser feita por qualquer meio, admite-se a verbal, desde que provada por testemunhas, assim como a renúncia tácita, *v.g.* o pedido de prazo para o pagamento da dívida prescrita pelo devedor, a inserção em documentos na posse da empresa, a decisão da diretoria, inserida em ata, que só pagaria a dívida após certo tempo, dentre outros ocorrentes, com frequência, na casuística.

22 LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 69.

A PERMANÊNCIA DAS CAUSAS DE INTERRUPTIVIDADE COMO IMPEDIMENTO DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO

Em virtude da permanência dos arts. 195, 197, 198, 199, 202 e 211 no Código Civil, a desfiguração do sistema da prescrição como instituto de direito material, com a revogação do art. 194, foi apenas parcial e até inócua, diria.

Mantidas a possibilidade de renúncia da prescrição e a interrupção por qualquer meio que importe o reconhecimento pelo devedor, o juiz fica impossibilitado de declarar a prescrição de ofício, *ab initio*, porquanto não pode exigir do autor que diga na inicial, ao verificar o escoamento do prazo prescricional, que assim o faz porque entende interrompida a prescrição. Nem o art. 282 do CPC nem o art. 840 da CLT assim exigem. O fato e o fundamento jurídico do pedido são bastantes para a completude da *causa petendi*. A facilitação do acesso à justiça, inclusive nos juizados especiais cíveis, com a permissão do *jus postulandi* das partes, como ocorre na Justiça Laboral, como princípio desse ramo, ficaria seriamente abalada.

Se o juiz, cômico da ausência de prova de um dos fundamentos da prescrição – presunção de abandono, que pode ser elidida pela prova da interrupção – ao receber a inicial e aplicar a teoria da “super-sustanciamento”, exigindo a prova de plano, para formar o seu convencimento, deverá intimar o autor para fazê-lo no prazo do art. 284 do CPC, e se não cumprido, a consequência prevista na norma é uma sentença de extinção sem julgamento de mérito, como comanda o parágrafo único do mesmo artigo, e não de mérito, como quer o legislador moderno.

Se o réu/reclamado não arguir a prescrição na resposta, há presunção de que houve renúncia ou interrupção do prazo e o juiz terá somente elementos para avaliar o decurso do tempo, mas não a possível interrupção, devendo buscar o seu esclarecimento em audiência por prova oral, se o autor não tiver prova documental (caso do inciso VI do art. 202, já que o ato inequívoco do reconhecimento do direito pelo devedor pode ser provado por testemunhas).

Se o juiz, cegamente, seguir a literalidade da norma processual inovadora, só tendo a informação com a inicial do decurso, por inteiro, do prazo prescricional, sem atentar para a possível interrupção feita, ou suscetível de prova pelo autor em momento posterior, e decretar a prescrição, estará ferindo o devido processo legal e transferindo patrimônio ao réu sem qualquer pedido e atentando contra o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não revogado o art. 331 do Código de Processo Civil, que trata da audiência preliminar, e permanecendo na Justiça laboral a conciliação, como princípio, impossível se torna a extinção da prescrição *ab initio*. Assim, o desfogo das causas de primeira instância pretendido só poderá surtir efeito após esse ato. Se entender prescrita a pretensão no ato da audiência, ainda assim não poderá o juiz conciliar porque o Estado não permite por questão de ordem pública? Se conciliar, estará descumprindo o mandamento processual tornando nula a conciliação? Caberá recurso (CPC), ou ação rescisória (CLT), por violação a literal dispositivo de lei com base no inciso V do art. 485 do CPC?

DOUTRINA

A prescrição de ofício decretada pelos tribunais que somente revisam as decisões prolatadas pela instância inferior poderia ser qualificada de jurídica? Não feriria os princípios do *tantum devolutum quantum appellatum* e o *da vedação dareformatio in pejus*? O art. 303, II, do CPC é regra destinada também aos tribunais?

Além disso, se o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal ampara a ameaça de lesão, os credores que tenham, por qualquer meio, como provar a renúncia ou a interrupção do prazo prescricional, mas com o prazo prefixado em lei já escoado, teriam interesse processual em propor ação declaratória de suspensividade ou interruptividade do prazo, antes da ação principal, o que, se assim ocorrer, enuvia o desiderato principal do novo mandamento processual – a celeridade da justiça.

DA IRRELEVÂNCIA DA SUPRESSÃO DO ARTIGO 194 DO CÓDIGO CIVIL

Quando se esperava um levante dos civilistas a respeito da infeliz inovação normativa, ilógica, antijurídica, anti-social e até infringente à dignidade humana, pela limitação da vontade ética e moral (boa-fé) que devem reger as relações obrigacionais, foi um doutor do direito processual, a quem muito devemos – Humberto Theodoro Júnior –, um dos primeiros nomes de peso a debruçar-se sobre o problema criado pela abrupta inovação, cuja lição, certamente, também será levada em conta, e as reflexões que fez servem de encorajamento para novas buscas e novas conclusões, o que engrandece o direito.

Entende o autor, em apertada síntese, que a açodada lei processual causaria enorme estrago no sistema material da prescrição, que a lei em momento algum cogitou de ver na prescrição uma causa de extinção do direito material do credor, daí a prescrição continuar a ser tratada como exceção, como ocorre no mundo inteiro; se se admitir que o juiz passe sobre a vontade do devedor e decrete de ofício a prescrição não argüida, estar-se-á abolindo o direito potestativo, conferido pelo art. 191 do Código Civil, destruindo, por completo, o sistema prescricional organizado pelo Código Civil, em bases racionais consagradas universalmente; não crê que a doutrina e a jurisprudência venham a compactuar com semelhante obra demolitória, pregando a sua revogação de *lege ferenda*, ou até que não ocorra, reduzir a aplicabilidade apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição dentro do direito material²³.

CONCLUSÕES

a) Afora as conclusões de Humberto Theodoro Júnior, as quais devem ser ratificadas, as dificuldades e dúvidas que se demonstrou parecer pertinentes para a compreensão do mandamento do § 5º do art. 219 do Código de Processo

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 68-85.

Civil justificam que melhormesmo é que sejarevogado como quer o mestre retrocitado²⁴.

b) Justamente nas causas trabalhistas que não tratem de relação de emprego é que os magistrados terão maiores problemas em cumprir o mandamento do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, como identificamos, mercê da permanência no Código Civil da interruptividade e suspensividade dos prazos prescricionais, mesmo porque Pontes de Miranda é peremptório:

“A discussão sobre se a prescrição apaga o direito ou só encobre a eficácia da pretensão assenta em ignorância de história do direito romano, que ainda nos primórdios, separa direito da *actio*. Por outro lado, esquece a distinção entre prazo preclusivo e prescrição. A prescrição gera exceção. O devedor que a exerce, tem de provar que a prescrição se deu.”²⁵

c) Paradoxalmente, o magistrado, quando se deparar com causas trabalhistas entre empregados e empregadores – a se firmar a doutrina do culto Irany Ferrari²⁶, “que disse ter adotado a Constituição Federal, dois prazos, sendo um de decadência de dois anos, contados da extinção do contrato, para o exercício do direito de ação, e um de prescrição, de cinco anos contado do ajuizamento da ação para haver o ressarcimento dos direitos lesados” – a aplicação da chamada prescrição de ofício, ora criada pelo legislador processual, seria inócua para o direito laboral quando julgar causas entre empregados e empregadores.

Também a prevalecer que o prazo constante do inciso XXIX do art. 7º da Carta é de decadência e, portanto, preclusivo, sendo o decurso do tempo pelo período fixado na lei o único requisito para a decretação de ofício – justamente os direitos dos empregados que sempre mereceram melhor proteção – neste momento histórico, entendendo-se que a decadência do direito potestativo de reclamar seus créditos, após dois anos da extinção do vínculo, estariam menos favorecidos pelo sistema do que os credores em geral, inclusive, do que aqueles que promovem ações relativas às chamadas relações de trabalho sem que haja vínculo empregatício.

d) De qualquer maneira, inclino-me pelas conclusões adotadas por Humberto Theodoro Júnior, já citadas e também para homenagear Russomano:

“A prescrição é *instituto universal, princípio geral de Direito*, com fundamento específico na necessidade de harmonia, paz social e fixidez das relações jurídicas concretas. Por omissão da lei especial, que se limitou a estabelecer o prazo de prescrição dos direitos trabalhistas, aplicam-se os princípios dominantes do direito civil – fonte subsidiária – inclusive no

24 Assim disse Humberto Theodoro Júnior, ao concluir a brilhante matéria : “f) melhor mesmo seria revogar, *de lege ferenda*, a infeliz inovação, mas, enquanto isso não se der, o dever do intérprete e aplicador da lei inovadora será o de buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição dentro do direito material”.

25 MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 103.

26 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 255.

tocante às causas impeditivas, suspensivas e interruptivas do prazo prescricional.”²⁷

c) Se não se entender, como quer Irany Ferrari²⁸, que prescrição trabalhista ganhou contorno constitucional atingindo *direito processual*, e o prazo de dois anos para reclamar (inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal) é de *decadência* (isso só resolveria as questões entre empregados e empregadores), e se prevalecer como correta a lição de Mozart Victor Russomano, que dá suporte ao que defende Humberto Theodoro Júnior, devendo o instituto ser visualizado como sempre foi, sob o aspecto material, a parte, ainda que considere ter interrompido o prazo prescricional, mas sem prova documental, para não correr o risco de um julgamento abrupto de extinção do processo com julgamento de mérito desfavorável pela não-consideração de um dos pressupostos da prescrição (a presunção de abandono), sem oportunidade de produzir prova, certamente, poderá ajuizar ação declaratória de existência de relação jurídica (para provar a renúncia tácita ou expressa), cautelares de produção antecipada de provas (para o mesmo fim em casos extremos) em outros, busca e apreensão de documentos, etc. (ata em que a empresa delibera, apesar de prescrita a pretensão do devedor para pagá-lo no futuro), antes da ação principal.

d) Não atendeu o legislador os fins políticos, sociais, jurídicos e éticos que devem informar o processo de um Estado Democrático de Direito, ao não manter a já sedimentada doutrina sobre a prescrição – que não tem somente como pressuposto a ocorrência do prazo (em homenagem à segurança jurídica), mas também a possibilidade de renúncia por motivos éticos e morais e, ainda, por ser da parte e não do Estado a possibilidade de disponibilidade do patrimônio particular, já que a prescrição é a transformação de um ato contrário ao direito (o descumprimento da prestação) em estado jurídico. Até por questão de justiça, deveria o legislador processual atender o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição Federal) e permitir aos dignos e éticos que, querendo, paguem a sua obrigação natural.

e) Uma sociedade não é livre, nem justa, nem solidária (inciso I do art. 3º da Constituição Federal) quando o Estado dá ao juiz o papel de atingir a vontade do honesto, do ético, que quer pagar a dívida, ainda que prescrita, perante o órgão judiciário, se não aceita as demais defesas que fez ao contestar, omitindo a *exceptio*, por questões íntimas e próprias de sua individualidade e boa personalidade, ou até para cumprir os seus valores religiosos, ou outros, morais, que foram transmitidos pela família.

f) Cumpriria o legislador processual todos esses valores constitucionais, jurídicos, morais e éticos que atingiu, se simplesmente tivesse acrescido ao antigo

27 RUSSOMANO, Mozart Victor. *A prescrição no direito do trabalho*. São Leopoldo: Biblioteca Bento Van Langendonck, 1951. p. 40.

28 FERRARI, Irany. Op. cit.

DOCTRINA

§ 5º do art. 219 do Código de Processo, em resguardo ao interesse público, algo assim, ouparecido:

“Também poderá o juiz declarar de ofício a prescrição em questões patrimoniais, se a pessoa jurídica de direito público não a argüiu em contestação, e o autor não provar a interrupção ou suspensão do prazo de forma evidente e cabal.”

Isso seria útil se vislumbrássemos ter a norma inovadora também a teleologia de inibir a mancomunação de reclamantes com a administração pública ou evitar o possível despreparo dos procuradores municipais, onde amiúde se depara com prescrições não interrompidas, mas não alegadas pelo ente público, em prejuízo ao Erário, e, também, por entender a jurisprudência hegemônica que o Ministério Público, como *custos legis*, não tem legitimidade para a argüição, por não ser parte.

Se assim fizesse o legislador, cumpriria a ordem jurídica, e não haveria o risco do desmonte do sistema substancial da prescrição; não atingiria a vontade do ser humano; preservaria a ética e a moralidade dos devedores que por motivos vários fazem a sua defesa sem apresentar a *exceptio*; cumpriria, enfim, os princípios constitucionais já mencionados e manteria o Brasil identificado com o resto do mundo desenvolvido que nas questões respeitantes ao direito obrigacional protege a vontade dos cidadãos, desde que não feridora das grandes pilstras do Estado, inclusive os bons costumes.

Certamente a dúvida será dissipada com o tempo, não como fato jurídico, como o constante da norma inovadora, mas como fator preponderante na sedimentação dos valores de justiça que sempre são considerados tanto na criação da regra jurídica como na sua revogação ou aperfeiçoamento.

É inevitável a cizânia jurisprudencial que reinará, gerando insegurança jurídica com a inovação legislativa que justamente se apóia na necessidade de segurança jurídica. O tempo, senhor da verdade, dirá sobre o acerto ou erro dessas premonições, dúvidas e preocupações, cabendo aqui a repetição da transcrição feita no início destas reflexões:

“Na verdade, o que se faz quando se escreve sobre uma lei que apenas entrou em vigor, é uma espécie de exercício mental de suposições, acerca das conseqüências, no plano real, que advirão do conteúdo problemático latente no texto positivo. Assim, na realidade, fazem-se projeções no futuro, imaginando-se como vai se dar arelação do texto legal, com os usuários (advogados, juizes, promotores, etc.).”²⁹

29 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 13.