

ALTERAÇÕES NO LIVRO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO EM ETAPAS DIFERENTES DA REFORMA DO CPC

CHANGES IN THE BOOK OF PROCEDURE FOR KNOWLEDGE IN VARIOUS STAGES OF REFORM OF CODE OF CIVIL PROCEDURE

Juvêncio Vasconcelos Viana*

Resumo

O presente artigo aborda as mais recentes e principais inovações no processo civil de conhecimento na mais recente etapa da reforma do CPC.

Palavras-chave: *Processo civil. Processo de conhecimento. Reforma processual.*

Abstract

This article discusses the most recent and major innovations in the civil procedure of knowledge in the most recent stage of the reform of Code of Civil Procedure.

Keywords: *Civil procedure. Process knowledge. Reform procedure.*

Introdução

Vale recordar, à guisa de colocação de nosso tema, que o código (CPC) organiza seus livros a partir da classificação tradicional dos processos: conhecimento, execução e cautelar (Livros I, II e III, respectivamente).

O Livro IV do CPC, por sua vez, ficou para os denominados “Procedimentos Especiais”¹, tratando-se, ali, de algumas realidades *híbridas* (v.g., “ação monitória”), bem como do controvertido tema da Jurisdição Voluntária.

Por fim, há o Livro V, das “Disposições Finais e Transitórias” voltadas à disciplina da transição da realidade do antigo código (1939) para o que então chegava (1973). Desse último, apesar de seu *papel histórico*, vale recordar princípio ali colocado, de absoluta atualidade, norteador da aplicação da lei processual nova no tempo (art. 1.211, segunda parte).

O Livro I do CPC, o maior livro desse diploma legal, na verdade, vai além do que anuncia. Observemos que o CPC/1973 não veio com um livro de “Disposições Gerais” como havia no código anterior de 1939.

O Livro I, cumprindo papel concomitante de “Livro Geral”, conta, pois, com disposições genéricas, não somente destinadas ao processo de conhecimento, mas aplicáveis às outras modalidades de processo (execução, cautelar). Assevera Adroaldo Furtado Fabrício (1995), com certo tom crítico, que:

o legislador do Código pensou poder prescindir de uma ‘parte geral’ em que se reunissem as disposições aplicáveis à generalidade dos processos. Daí resultou que muitas dessas regras, porque indispensáveis, restaram perdidas e dispersas nos mais variados pontos do diploma, por vezes deveras surpreendente

*Doutor em Direito Processual pela USP. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Procurador do Estado do Ceará. Advogado.

¹ Os procedimentos especiais ficaram fora do Livro I, como se fossem “coisa estranha” ao processo de conhecimento.

e sob epígrafes absolutamente inadequadas.²

No plano da execução, há, por exemplo, a regra do art. 598, CPC, lembrando a possibilidade de aplicação subsidiária das normas do processo de conhecimento naquele território. É claro, cabe entender que tais regras (do processo de conhecimento) somente serão aplicáveis quando não incompatíveis com a realidade da tutela jurisdicional executiva.

Quando do advento do código, o processo de conhecimento – em especial, quanto a seu procedimento em primeiro grau – contou com um abrandamento dos rigores da *oralidade*, haja vista que a prática forense acusava, então, problemas com a adoção irrestrita dessa fórmula.³

Assim ocorreu com o princípio da identidade física do juiz.

Argumentava-se, nesse ponto, que o “Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível de princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas”. O código, naquela década, manteve o princípio, mas criou exceções.⁴

Também foi abolida a idéia da irrecorribilidade das interlocutórias (outra nota da oralidade), a qual levava ao investimento em outras vias impugnativas, tais como a correção parcial e o mandado de segurança.

Ademais, a audiência de instrução passou a ser dispensável quando cabível o instituto do julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), pois, à época da obrigatoriedade do ato, quando inexistente prova oral, a audiência servia apenas para “debates orais”, acarretando dilação desnecessária para o processo.

Posteriormente, chega a “reforma do CPC”. O advento desse movimento, desde suas primeiras etapas, trouxe muitas alterações para o Livro I do código, valendo destacar, dentre outras:

a) explicitação de temas relacionados com a

litigância de má-fé,⁵ v.g., a fixação de seu *quantum*, atuação *ex officio* do julgador (art. 18, §§);

b) disciplina do incidente de limitação do litisconsórcio multitudinário (pr. único, art. 46);

c) o procedimento *sumário* (arts. 275-281), abolindo-se a criticável terminologia anterior;⁶

d) possibilidade de antecipar efeitos da tutela pugnada pela parte (art. 273);

e) uma audiência (preliminar) para os fins de conciliação, saneamento e preparo da instrução do processo (art. 331).

A seguir, vamos ao exame de outras inovações que chegaram também para aquele Livro (I) do diploma processual civil, em fases ulteriores da reforma, seguindo, para tal fim, a ordem dos dispositivos no código de processo pátrio.

Distribuição por dependência

A distribuição funciona como um critério último de definição do órgão competente para a ação proposta. Existe a chamada distribuição por dependência que é, de certa forma, uma “falsa distribuição”. Afinal, a demanda não se submete a nenhum sorteio, indo diretamente para determinado juízo.

No visio de evitar fraudes e, cada vez mais, preservar o princípio do juiz natural, o sistema veio se aprimorando e o art. 253, CPC, foi submetido a sucessivas alterações.

Assim, a Lei n. 10.358, de 27-12-2001, trouxe a seguinte redação: “Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada; II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores”.

Ali, mantinha-se os conhecidos critérios da conexão e da continência, mas introduzia-se uma nova hipótese: a de desistência, quando houver reiteração do objeto da ação desistida.

² Fabrício (1995, p.10) que o “legislador do Código pensou poder prescindir de uma ‘parte geral’ em que se reunissem as disposições aplicáveis à generalidade dos processos. Daí resultou que muitas dessas regras, porque indispensáveis, restaram perdidas e dispersas nos mais variados pontos do diploma, por vezes deveras surpreendente e sob epígrafes absolutamente inadequadas”

³ Confira-se n.13, item II, do Capítulo IV da Exposição de Motivos do CPC.

⁴ E o movimento de reforma do CPC, posteriormente, mais uma vez lhe atingiu, criando mais abrandamentos à sua incidência. Veja-se a atual redação do art. 132, CPC, trazida com a lei n. 8.637, de 31-3-1993.

⁵ Instituto com o qual o código já se preocupava – e muito – desde seu advento.

⁶ Era empregado o termo “sumaríssimo”, sob o argumento de, assim, respeitar-se a terminologia empregada pelo texto constitucional da época (art. 112, pr. único, Emenda 1969). Ver o Cap. VI, Exposição de Motivos do CPC.

Essa foi uma alteração em prol da lealdade processual, no visio de limitar abusos de determinados postulantes, verificados na prática forense.

Da própria exposição de motivos daquela lei, após destacar-se o escopo protetivo ao princípio do juiz natural, era lembrado que, nos foros das grandes cidades, “o advogado, ao invés de propor a causa sob litisconsórcio ativo, prepara uma série de ações similares e as propõe simultaneamente, obtendo distribuição para diversas varas. A seguir, desiste das ações que tramitam nos juízos onde não obteve liminar, e para os autores dessas demandas postula litisconsórcio sucessivo, ou assistência litisconsorcial, no juízo onde a liminar haja sido deferida”.

Mas isto não bastou. Continuaram, infelizmente, surgindo manobras no visio de driblar a distribuição regular.

Às vezes, fugia-se da modalidade de extinção (desistência da ação), optando por simplesmente abandoná-la, o que já levava ao fim do processo por outro fundamento, afastando assim os limites da norma do inc. II do art. 253.

Daí, nova etapa da reforma do processo (Lei n. 11.280, 16-2-2006) volta a tratar do tema da distribuição por dependência, hipertrofiando o dispositivo, dilatando sua moldura e alcance.

Prevê-se uma nova redação para o inciso II e cria-se um inciso III para o art. 253, CPC. Diz-se que ocorrerá, por dependência, a distribuição das causas:

- [...] II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;
- III – quando houver ajuizamento de ações idênticas.

Nota-se que a redação do inciso II ficou mais abrangente. Deixa de se referir a apenas uma das hipóteses do art. 267 para, doravante, de forma mais ampla, prever que *quaisquer* das situações daquele artigo traz a dependência.

Haverá distribuição por dependência quando reiterada a ação, ainda que em litisconsórcio,

mesmo que sejam *parcialmente alterados os réus da demanda*, um outro artifício muito utilizada para tentar driblar o exame de identidade da ação.

O outro inciso (inc. III) parece chegar como “cláusula de reforço”.

Diz que haverá prevenção “[...] quando houver ajuizamento de ações idênticas”. Alguns vão dizer este inciso não seria necessário e que a situação ali prevista já estaria alcançada pelo inciso II supra.

O inciso III usa conceito “estranho”, pois, como sabido, a recolocação em juízo de uma ação idêntica a outra nos levaria à extinção da segunda, pelo fenômeno da litispendência.

Faltou maior técnica à redação da hipótese, parece-nos.

Há, vale o registro, posição que procura salvar a utilidade e possível emprego da norma comentada, que sua existência se justificaria em prol da aplicação do art. 285-A, o qual também se utiliza daquele conceito (ações idênticas).⁷

Como visto, sucessivas alterações buscam combater e obstar as “distribuições conduzidas”. A redação mais recente quis, ainda que com certa imprecisão (inc. III *supra*), “blindar” mais ainda o sistema.

Depósito do rol testemunhal

A parte que deseja produzir prova testemunhal deve depositar, antes da data da audiência, seu rol de testemunhas, sob pena de preclusão. Fará isso através de petição indicando o nome e qualificação (profissão, residência e *local de trabalho*)⁸ de cada testemunha.

Trata-se de um dos atos preparatórios do ato audiencial. Outrora o prazo era de até cinco dias antes da audiência de instrução. Esse prazo legal vinha, na prática, se mostrando insuficiente. Era pouco tempo para que fossem providenciados os expedientes de intimação daquelas testemunhas para depoimento. Muitas vezes, isso gerava o adiamento da audiência. Com a Lei n. 10.358/2001, o prazo passou a ser o que o juiz fixar ou, acaso omisso seu despacho de designação da audiência, tal prazo será de dez dias (art. 407).

Vale a advertência de que “a eficácia da nova norma exigirá que o juiz, para a fixação desse prazo, seja realista, devendo considerar antes

⁷ Mas, ainda assim, haveria problemas com a aplicação do dispositivo, cf. Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier; e José Miguel Garcia Medina, (2006, p.57-58).

⁸ Esse último uma novidade da mais recente redação do artigo.

⁹ Mas que não poderá ser exíguo.

de mais nada o acúmulo de serviço atrasado do cartório, bem como também para evitar redesignação do importante ato processual, qual seja a audiência de instrução e julgamento, ajustá-lo às características do local, tendo presente, em particular, as longas distâncias dos grandes centros urbanos ou a excessiva demora, via de regra, da devolução do AR". (CRUZ;TUCCI, 2002, p.38).

Assim, o prazo será, de princípio, *judicial*;⁹ acaso não fixado, funcionará fixação *legal* subsidiária (dez dias).

É de se recordar, por fim, que, na contagem desse prazo, deve ser observada a forma regressiva. Assim, exclui-se, como em qualquer prazo, o termo *a quo* (o dia da audiência) e, caindo o termo *ad quem* em dia feriado ou sem expediente forense, antecipa-se o prazo para o primeiro dia útil precedente.

Da prova pericial

O procedimento da prova pericial foi retocado em momentos diversos da reforma do CPC.

Ainda na sua primeira etapa, com a lei n. 8.455, de 24-8-1992, vale destacar as seguintes novidades:

a) Dispensa-se a tomada de compromisso do perito;

b) os assistentes técnicos tornam-se, inequivocamente, assessores das partes, oferecendo pareceres; c) possibilidade da substituição (dispensa) da perícia formal por "pareceres técnicos ou documentos elucidativos" carreados pelas partes (art. 427). (CARMONA, 1996, p.531-550).

Posteriormente, chega o *retoque* da prova pericial, através da Lei n. 10.358/2001, e essa modalidade probatória, mais uma vez, recebe inovações que lhe esclarecem certas questões e aprimoram seu contraditório.

Primeiro, fica previsto que "as partes *terão ciência da data e local designados* pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova" (art. 431-A).

A norma atende a princípios de isonomia e de contraditório.

Assegura-se que *todos* tenham ciência da data e local em que a perícia ou a reunião dos

experts deverá ocorrer.

Isso facilita que os assistentes técnicos possam melhor atender a seus encargos como auxiliares da parte que os tenha indicado, permitindo eficiente contato com o objeto da prova (v.g., o doente a ser examinado; os livros contábeis a serem compulsados), além do necessário diálogo com o perito oficial.

Mediante outra regra, deixa-se claro que o juízo e as partes podem nomear ou indicar, se for necessário, mais de um técnico (perito, assistente) quando a perícia for reputada complexa, envolvendo mais de uma área do conhecimento (art. 431-B). Algo comum na área médica, v.g., casos em que o paciente precisa ser examinado por um cardiologista e por um nefrologista.

Na verdade, a regra do art. 431-B é apenas uma norma de "explicitação". Seu advento não significa dizer que, antes, o julgador já não pudesse efetivar tal providência diante de perícias de maior complexidade.

Por fim, explicita-se que "os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de dez dias, *após intimadas as partes da apresentação do laudo*" (pr. único, art. 433, CPC).

A disciplina anterior era rigorosa (e criticável). Previa-se que os assistentes das partes ofereceriam seus pareceres em dez dias, prazo esse contado logo da efetiva apresentação (juntada aos autos) do trabalho do perito do juízo. Melhor seria que aquele prazo somente corresse da após a *intimação dos causídicos* das partes acerca da referida juntada.

Foi o que aconteceu com a vigente redação.

Outra norma, pois, que chegou a favor de um melhor contraditório no momento da perícia.

Controle da incompetência

O sistema sempre trouxe trato diferenciado para o pronunciamento do vício da incompetência dependendo, conforme o caso, da *intensidade* desse.

Em outros termos, quando a incompetência é de natureza absoluta, essa pode ser argüida a qualquer tempo pela parte,¹⁰ podendo ser reconhecida *ex officio* pelo julgador. A matéria, portanto, não sofre preclusão, podendo mesmo ser fundamento de ação rescisória (inc. II, art. 485, CPC).

¹⁰ O réu, normalmente, o fará na primeira oportunidade que possui, qual seja, em preliminar de contestação (inc. II, art. 301, CPC).

¹¹ Embora se vá encontrar jurisprudência admitindo o suscitar da matéria em sede de contestação, por cuidar-se de mera irregularidade.

Por outro lado, cuidando-se de incompetência relativa, essa há de ser argüida pela parte a tempo e modo, através de instrumento próprio (exceção de incompetência).¹¹ Não o fazendo a parte, opera-se o fenômeno da prorrogação de competência do juízo (art. 114). O julgador não poderá conhecer da incompetência relativa de ofício (Súmula 33, STJ).

Contudo, a modernidade e a colocação de normas de *dirigismo contratual* no sistema foram trazendo situações que mereciam análise mais detalhada.

O que fazer, por exemplo, diante de cláusulas de eleição de foro¹² colocadas em contratos de adesão? Poderia, em tais casos, o magistrado reconhecer essas como abusivas e, de conseqüência, declarar sua incompetência?

De fato, o Código de Defesa do Consumidor, mediante preceito de ordem pública (art. 51, CDC), no campo específico das relações jurídicas que disciplina, trouxe a possibilidade do reconhecimento ex officio da nulidade de cláusula abusiva. Essa cláusula poderia ser perfeitamente uma de eleição de foro.

Assim, revelando-se, no caso concreto, em contrato de adesão, o caráter abusivo de cláusula de foro de eleição, reconhecida a hipossuficiência do consumidor, sendo aquela previsão contratual capaz de trazer prejuízo ao exercício de sua defesa, sustentável era a atuação oficial do magistrado para, declarando aquela nulidade, declinar da sua competência. Nessa linha, posiciona-se Antonio Carlos Marcato (1997, p.29) quando diz:

Dúvida não há de que a cláusula eletiva de foro, estabelecida em contrato de adesão pela parte economicamente mais forte, poderá revelar-se abusiva se e quando impuser, ao contratante mais fraco, sérios (e por vezes insuperáveis) óbices ao pleno acesso à jurisdição e à sua defesa no processo, assim afrontando as correspondentes garantias constitucionais; e essa afronta, abstraídos outros aspectos processuais (de menor ou nenhuma importância em confronto com ditas garantias), seria suficiente, por si só, para justificar a pronta remessa dos autos ao foro do domicílio da parte hipossuficiente.

E adiante arremata:

É imperativo, no entanto, que o julgador não se deixe levar pela tentação de considerar toda e qualquer cláusula eletiva de foro sempre abusiva e ilegal; antes, deve ter em mente que o reconhecimento e a proclamação da afronta a preceitos constitucionais demandam o exame, caso a caso, das circunstâncias que envolvem o contrato contendo a cláusula em questão, não sendo lícita, nem jurídica, a pura e simples generalização.

Desta maneira, verificada, *no caso concreto*, em contrato de adesão, a abusividade da cláusula, bem como a hipossuficiência e o prejuízo à defesa da parte, cabe a atuação oficial do juiz para declinar da sua competência. Estávamos diante, pois, da mitigação da Súmula 33, STJ.¹³

O fato é que não havia motivo para qualquer perplexidade ante essa interpretação, a qual não passava de mera repercussão do direito material no plano do processo.

Agora, chega a redação do § único do art. 112, CPC:¹⁴ “A nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará da de competência para o juízo de domicílio do réu”.

A regra se relaciona com o tema da competência *relativa*, afinal, é exatamente nessa categoria de norma que se permite a incidência do foro de eleição. Ficamos, de certa maneira, nesse âmbito, num Como vimos, a possibilidade de reconhecimento de ofício da nulidade da cláusula de eleição de foro, antes, era algo da seara do direito do consumidor; doravante, a disciplina é mais abrangente, prevista no diploma do processo comum, estendido a todo contrato de adesão.

O preceito legal não está a dizer – vale a advertência *supra* (MARCATO, 1997) – que são, a priori, nulas quaisquer cláusulas de foro de eleição trazidas em contrato de adesão, mas sim que, verificada nessas, em concreto, alguma nulidade, o juiz poderá pronunciá-las de ofício.(WAMBIER;WAMBIER;MEDINA,2006,p.20).

Até que momento o juiz poderá fazer isto?

¹² Desta maneira, verificada, no caso concreto, em contrato de adesão, a abusividade da cláusula, bem como a hipossuficiência e o prejuízo à defesa da parte, cabe a atuação oficial do juiz para declinar da sua competência. Estávamos diante, pois, da mitigação da Súmula 33,

¹³ Bem como, de certa forma, também da Súmula 335, STF (“É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato”).

¹⁴ Trazida pela Lei n. 11.280, de 16-2-2006.

Sustenta-se que tal reconhecimento oficial da nulidade da cláusula não mais será possível se o réu não apresentar sua exceção de incompetência, não arguindo a nulidade da cláusula, pois, aí, terá havido prorrogação de competência. (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2006, p.20).

Nessa mesma linha, vai-se dizer que a reforma trouxe uma hipótese de incompetência passível de reconhecimento *ex officio*, mas não a qualquer tempo:

É um novo regime jurídico de reconhecimento de incompetência, com características dos outros dois (poderíamos adjetivá-lo de misto): a incompetência decorrente da invalidade de cláusula de foro contratual pode ser reconhecida *ex officio* (traço do regime de reconhecimento da incompetência), mas é suscetível de preclusão (traço do regime da incompetência relativa) – uma preclusão para o juiz. (JORGE; DIDIER JR.; RODRIGUES, 2006, p.31).

Estaríamos, com o não oferecimento da exceção, diante de uma postura do réu que demonstra que a eventual eleição de foro não prejudica o exercício de sua defesa (ainda mais que essa reclamação está facilitada – § único, art. 305). Trata-se de interpretação sistêmica do § único 112, combinado com o art. 114,¹⁵ ambos do código.

A posição contudo não é unânime, havendo quem sustente que, caso o magistrado não a pronuncie num primeiro momento, nada o impediria de reconhecer a *posteriori*.¹⁶ (BUENO, 2007, p.86).

Na órbita do tema da incompetência, há outra novidade. Referimo-nos à regra do § único, art. 305, CPC, para a interposição da exceção de incompetência – apenas dessa.

Com aquela regra, o excipiente não terá mais que se deslocar até o foro incompetente para suscitar o vício. É uma norma procedimental de facilitação, algo similar ao previsto no art. 747, CPC.

Ali, no juízo de seu domicílio, será aferida a tempestividade da exceção interposta; nem que chegue bem depois em seu destino final.

Vai-se dizer que essa norma seria aplicável,

inclusive, nas causas de procedimento sumário (lembrando que, em tais casos, tal arguição viria normalmente em audiência). Dessa forma,

em princípio, o parágrafo único do art. 305 (inserido pela Lei 11.280/2006) deve ser observado também no procedimento sumário, especialmente se se tratar de exceção de incompetência fundada no motivo referido no parágrafo único do art. 112, inserido pela mesma lei, já que, neste caso, o que autoriza o reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição de foro é justamente a dificuldade do réu em deslocar-se ao foro eleito, para apresentar sua defesa. Este entendimento parece adequar-se à regra contida no art. 277, §2º, segundo o qual pode o réu demonstrar que deixou de comparecer justificadamente à audiência. Neste caso, pensamos que a petição de exceção deverá ser protocolada até a data da audiência, e, se acolhida, importará a anulação dos atos que eventualmente tiverem sido praticados no processo, até então (CPC, art. 248). (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2006, p.74)

O reconhecimento *ex officio* da prescrição

O Código Civil (2002),¹⁷ quanto à prescrição, adotou a tese de que essa acarreta a extinção da “pretensão” (art. 189).¹⁸

Assim, ainda que ocorra prescrição, nem por isso deixará de haver o direito. Observe-se, por exemplo, o teor do art. 882, CC,¹⁹ o qual se relaciona com a não repetição de pagamento de dívida prescrita, haja vista que não teria havido enriquecimento indevido do *accipiens*. (DINIZ, 2003, p.557).

O CC/1916 não era feliz em diferenciar os institutos da prescrição e da decadência. Tratava-os, inclusive, sob o mesmo título. Isso gerava uma grande confusão na doutrina. O Código Reale buscou uma linha *mais prática*, colocando os prazos prescricionais separados em local próprio (arts. 205 e 206).

A própria lei material, numa disciplina até certo ponto *híbrida*, prevê a possibilidade – de franca repercussão processual – de arguição da prescrição, a qualquer tempo (art. 193). A norma permite o deduzir da matéria mesmo depois da época da contestação (inc. III, art. 303, CPC),

¹⁵ Esse também com redação trazida pela Lei 11.280/2006.

¹⁶ Bueno (2007, p.86) entende que, não obstante peculiaridades de cada caso, seria razoável fixar como

¹⁷ Ver CC, arts. 189 e ss.

¹⁸ O código adotou também a idéia de que a “exceção” também prescreve, no mesmo prazo da pretensão (art. 190), algo que o diploma anterior não tratava.

durante a audiência, em memoriais finais, no apelo etc.

Mas, entenda-se, a regra vale em sede de instância ordinária. Se a matéria não foi até aí suscitada, inadmissível será a sua arguição na instância extraordinária (recurso especial), acaso não ventilada na decisão recorrida a questão. Nesse ponto, o óbice do pré-questionamento fala mais alto. (CAHALI, 1979, p.81-82).

Havia também ali a regra do juiz não poder “suprir, de ofício, a alegação de prescrição salvo se favorecer a absolutamente incapaz” (art. 194). Aqui, reside sensível alteração do sistema. Veremos isso mais adiante.

Indo ao CPC, temos que a prescrição, quando reconhecida, extingue o processo com resolução de mérito (inc. IV, art. 269), podendo tal pronunciamento dar-se, inclusive, quando do contato primeiro do juiz com a petição inicial do autor (inc. IV, art. 295, CPC).²⁰

A prescrição pode ser enfrentada em sede da execução, seja pelas vias ordinariamente previstas (impugnação, embargos – inc. VI, art. 475-L; inc. V, art. 745; art. 746 e art. 756) seja mesmo, como vem admitindo a jurisprudência, em sede de “*exceção de pré-executividade*”.

Também é pronunciável a prescrição no curso do processo cautelar (art. 810), hipótese na qual, sem dúvida, ficamos diante de sentença *di meritis*.

A prescrição, vale recordar, já havia sido tocada em fase anterior da reforma do CPC, no que tange a seu capítulo da interrupção (§§ 1º, 2º e 3º do art. 219).²¹

Naquela época, com a redação dada aos referidos parágrafos, restou claro que a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação,²² consagrando-se ainda, no texto da lei, o entendimento jurisprudencial²³ de que a demora da citação, decorrente do mau funcionamento do serviço judiciário – independente da vontade da parte, – portanto, não poderia ensejar a decretação da prescrição.

É certo que cabe ao interessado promover a citação do réu,²⁴ mas devendo-se a demora dessa exclusivamente à deficiente atuação da máquina judiciária, a prorrogação pelo julgador há de ser

automática, sendo desnecessário o requerimento do promovente para tanto. Uma disciplina mais condizente, parece-nos, com a idéia do *impulso oficial*.²⁵

Ainda no CPC, o § 5º do comentado art. 219 *seguia* antiga orientação da lei material (CC/1916, art. 166: “O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocado pelas partes”). Tratava-se de norma que trilhava a orientação da maioria dos códigos, seguindo o exemplo do Código de Napoleão.

Ao julgador era vedado reconhecer *ex officio* a prescrição de direitos patrimoniais, mas também, por outro lado, admitir a pronúncia de ofício da prescrição em direitos *não patrimoniais* era permissivo de nenhuma aplicação.

Comentando as antigas premissas do reconhecimento da prescrição, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p.94) demonstrava que esse se estruturava em *dois pólos* igualmente importantes: o decurso do tempo e a manifestação de vontade do obrigado. Sob o antigo regime, portanto:

O direito não se extingue por prescrição, enquanto não decorrido o prazo de lei; e também não se extingue sem a iniciativa do obrigado, embora decorrido o prazo de lei. Tais são os pilares da tese da *prescrição como procedimento* (Bruno Troisi). [...] Diante dessa estrutura do sistema extintivo prescricional, no processo a prescrição figura como *exceção de mérito em sentido estrito* – ou seja, defesa referente à existência da obrigação em si mesma e não ao processo (daí, de mérito) e defesa indispensável para que o juiz possa pronunciar-se sobre ela (daí, em sentido estrito).

A regra era, pois, o não reconhecimento da prescrição de ofício pelo juiz. Repita-se, pelo velho regime o juiz poderia conhecer de ofício a prescrição de direitos não patrimoniais, mas essa permissão consistia *letra morta* da lei.

Doravante, a lei 11.280/2006 altera profundamente aquela sistemática. Segundo a vigente regra do §5º do art. 219 do código, trazida com aquela lei, a prescrição passa a ser reconhecida de ofício, tornando-se, pois, matéria de não mais de exceção, mas sim de

¹⁹ “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação juridicamente inexigível

²⁰ O que também ocorre com a decadência.

²¹ Com a redação trazida pela Lei n. 8952/94.

²² E não à data do despacho que ordenou a citação.

²³ Súmula 106, STJ.

²⁴ No Código Civil, confira-se o inc. I do art. 202.

²⁵ Acerca da interrupção da prescrição no plano do processo executivo, veja-se o art. 617, CPC.

objeção substancial, modalidade de defesa que o julgador pode e deve conhecer de ofício.

Sendo matéria dessa ordem, o juiz ou tribunal deverá examiná-la; não fazendo, caberão embargos declaratórios do pronunciamento respectivo.

Na mesma linha, já havia sido alterado texto da LEF para dizer: “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” (§4º, art. 40).

Pois bem, chega a mesma mudança para o CPC.

Houve a necessidade de revogar o citado art. 194 CC, o qual vedava tal atuação do julgador, como vimos, ressalvado apenas no caso de incapaz. Daqui para frente, o *status* do favorecido – incapaz ou não – já não importa mais.

Para a decadência, a regra sempre foi a da cognição *ex officio* sobre a matéria (art. 210, CC). Ver, contudo, a “decadência convencional” (art. 211, CC), a qual o juiz não pode dizer de ofício. O que era, antes, uma diferença, passa a ser um ponto de semelhança – não identidade – com a decadência.

Ainda, vale recordar que, consumada a prescrição, poderá haver sua renúncia (art. 191), a qual será expressa ou tácita.²⁶ Como compatibilizar aquela norma (§5º, art. 219, CPC) com o instituto da renúncia à prescrição?

Isso poderia trazer problemas para aquele exame oficial do julgador.

Como técnica de compatibilização de tais normas, seria o caso de provocar-se um contraditório prévio, no qual a parte poderia até dizer que renunciou ao benefício.

A rigor, tem-se sustentado que seria conveniente ouvir previamente o autor – a exemplo do que se prevê explicitamente na regra da LEF (supra) –, o qual bem poderá apontar alguma causa de interrupção ou suspensão da prescrição.²⁷ (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2006, p.45)

O tempo é capaz de agir de duas formas sobre as relações: adquirindo direitos (prescrição aquisitiva) ou extinguindo pretensões (prescrição extintiva). A prescrição aquisitiva, parece-nos, também seria alcançada pelo §5º art. 219, CPC.

Revelia e participação do réu no processo

A revelia consiste em uma espécie do gênero *contumácia*,²⁸ contumácia própria do réu que não vem ao processo apresentar sua resposta.

Havendo a revelia, essa poderá acarretar os seguintes efeitos para o processo: a) presunção de veracidade do alegado (arts. 319 e 320); b) simplificação do procedimento – a revelia gera esgotamento do tema probatório, levando o processo ao julgamento antecipado da lide (art. 330, II)29; (GRINOVER, 1975, p.102), c) prosseguimento do processo, independente de intimação do réu (art. 322).

Impõe-se distinguir, contudo, a revelia em si de seus efeitos.

Há, na lei, situações em que há o não comparecimento do réu, mas esse não segue acompanhado de seu efeito mais gravoso, qual seja, o de presunção de veracidade do alegado.

É o que ocorre, por exemplo, nas situações do art. 9º, inciso II; e art. 320, CPC.

Mais ainda, a revelia traz como efeito uma presunção. As presunções constituem fenômeno que concorre para simplificação dos juízos. É claro, ao admitir a lei uma presunção (especialmente com a consequência que essa representa) há nisso um risco de erro. (DINAMARCO, 1999, p.243-244) Cuida-se, contudo, de presunção apenas relativa de veracidade, admitindo, dessa forma, prova em sentido contrário.

Assim, a revelia não autoriza que o juiz, mediante presunção (relativa) de veracidade: a) tome como verdadeiros fatos inverossímeis; b) desconheça requisitos de ordem pública (pressupostos e condições da ação) necessários ao pronunciamento de mérito. Ora, temas de direito não podem ser atingidos por tal efeito da revelia. Afinal, *jura novit curia*. O art. 319 (assim como o art. 302, também do código) refere-se a fatos e apenas a esses.

Em suma, sempre que estes [fatos] não se apresentem dotados de verossimilhança, de

²⁶ “[...] tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

²⁷ Preconizando o lado salutar de tal providência pelo juiz.

veracidade ou coerentes com a argumentação desenvolvida na petição inicial; ou ainda, sempre que se afigure impossível a aplicação do Direito argüido aos acontecimentos relatados na peça vestibular da ação, deverá o juiz repelir a pretensão manifestada pelo autor, apesar da presunção de veracidade decorrente da não atuação do demandado. (TUCCI, 1988, p.262).

É preciso compreender-se que a revelia, pois, não implica, necessariamente, em julgamento favorável ao autor. O fenômeno da revelia há de ser compatibilizado com o princípio da persuasão racional (art. 131), ou seja, é possível haver revelia, mas outros elementos dos autos podem levar o juiz a convencimento diverso da presunção.

Nessalinha, o código anterior (1939) explicitava: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

Apesar da vigente lei processual não ter reproduzido isso, expressamente, junto ao tratamento geral do tema (arts. 319-322, CPC), o fez em algumas outras regras do sistema que também tratam da revelia (v.g., no procedimento sumário, §2º, art. 277, CPC; no procedimento dos juizados, art. 20, Lei 9.099/95).

A revelia não é punição do réu,³⁰ mas um instrumento, aplicado em determinadas condições, de redução da cognição do juiz e de aceleração do processo. (PASSOS, 1998). Nessas situações, haverá revelia, mas não ocorrerão seus efeitos de presunção de veracidade e julgamento antecipado, quando aplicar-se-á então o art. 324 do código.

Dentre aqueles efeitos, como vimos, há ainda o da não intimação do revel quanto aos atos subseqüentes do processo; correriam esses prazos contra ele (réu) independentemente de intimação.

A reforma teria cuidado de amenizar tal efeito. A rigor, a doutrina já vinha cumprindo esse papel. Sustentava-se que mesmo o revel teria que ser intimado de alguns dos atos do processo, afastando-se o perigo da inconstitucionalidade do dispositivo. Edson Prata (1981), invocando lição de Frederico Marques (1981, p.186), afirma que:

sem embargo do texto legal, ‘em alguns casos

não pode deixar de ser notificado ou intimado. É o que sucede, se o autor pretender o seu depoimento pessoal, com a cominação da pena de confesso, pois esta *sanctio júris* não lhe será aplicada se não houver notificação prévia para o comparecimento em audiência. O réu ainda será notificado se o juiz ordenar a sua presença em audiência, valendo-se dos poderes que lhe são concedidos’ pelo art. 130.

O art. 322 não chegaria ao ponto máximo de dispensar a intimação do réu do teor da sentença, afinal, essa não obriga antes de conhecida. Sua publicação seria ato indispensável para sua existência e eficácia. Nessa linha de pensar chega a lição de Calmon de Passos (1998, p.387):

A sentença, num paralelismo com a lei, não obriga antes de conhecida. A publicação da sentença é, por conseguinte, ato indispensável para sua existência e eficácia. E não há publicação enquanto não há ciência. Pouco importa que dessa ciência também decorra o prazo para o recurso e o Código tenha dito que para o revel os prazos correm independentemente de publicação. Essa norma só vale para as hipóteses em que a ciência pessoal não seja da essência mesmo do ato, para que exista e seja eficaz. Nesse caso não está a sentença. O comando singular que ela contém exige a ciência do que a ela deve se submeter, para o fim mesmo de atendimento. E para esse fim a ciência é indispensável e sobreleva à limitação do art. 322.³¹

Com a vigente redação (trazida pela Lei n. 11.280, de 16-2-2006), mantém-se o efeito da não intimação em relação ao réu *que não tenha advogado* constituído nos autos (pois, ao contrário, se tiver um patrono que lhe represente esse será intimado).

Melhor, a vigente disciplina prestigia mais o contraditório e a ampla defesa.

Esclarece-se que, na primeira situação – revel sem patrono, onde continua a haver o velho tratamento de não intimar – o termo *a quo* dos prazos para aquele será [...] *a partir da data da publicação de cada ato decisório*. Entenda-se, da publicação em cartório; da entrega do ato

²⁸ Contumácia consiste no fenômeno de inatividade (inércia) processual. Ela poderá ser, portanto: a) do autor, v.g., abandono da causa (art. 267, inc. III); defeito na capacidade processual (art. 13, inc. I); b) do réu (total, e aí teremos a revelia, infra; ou parcial, v.g., não arguição de incompetência (arts. 114; 113, §1º); c) de ambos (art. 267, II). Nem sempre a contumácia implicará somente em conseqüências processuais. Há casos em que advirão também conseqüências materiais, v.g., prescrição (art. 219, §4º); perempção (268, pr. único); dever de indenizar (art. 808, I, c/c art. 811).

²⁹ Para Grinover (1975, p.102), a hipótese do inciso II do art. 330, CPC, consistiria apenas em uma situação particular, na verdade, já abrangida pelo inciso I do mesmo artigo

decisório em cartório, independente de publicação em Diário Oficial. Sempre houve – e permanece, mesmo após a reforma; aqui, nenhuma novidade, pois – a ressalva de que o revel pode intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra (§ único do art. 322).

Cartas e suspensão do processo

Trata-se de artigo inserido no regramento geral da prova, mas relacionado com o fenômeno da suspensão do processo.

Para alguns, a alteração seria até desnecessária, haja vista que o objetivo do artigo já poderia ser alcançado com sua antiga redação.

A *imprescindibilidade* da prova era extraível da redação do art. 265, IV, b e, dessa forma, a modificação acrescentada cumpriu papel exclusivamente *didático*, pois em nada alterou o regime anterior. (JORGE; DIDIER JR.; RODRIGUES, 2006, p.66) Ou seja, mesmo antes, a suspensão do processo somente deveria vir se o juiz entendesse que a prova requerida antes do saneamento, a ser colhida por carta, é necessária à prolação da sentença.

O dispositivo (art. 338, CPC) refere-se à hipótese da alínea b, inc. IV do art. 265, CPC.

A norma referida cuida da suspensão do processo no caso da sentença não poder “*ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo.*”

A hipótese do art. 265, inciso IV, quer cuidar das situações de *prejudicialidade* para o processo. Especificamente a hipótese em comento – alínea b – não trata, exatamente, de questões prejudiciais. Cuidam-se apenas de *simples questões lógico-processuais* das quais dependerá o julgamento da causa. Trata-se de situação de mera *similaridade*, quanto ao trato suspensivo, às prejudiciais externas, por depender de uma atividade realizada fora do processo. (THEODORO JR., 2004, p.281).

A suspensão, em tal caso (e nas demais alíneas do inc. IV), nunca excederá o período de um ano (§5º, art. 265).

Virá diante de duas condições:

a) requerida sua expedição em prol da prova antes da decisão de saneamento (a vigente é mais técnica, abandona a antiga expressão

despacho saneador, optando por terminologia mais moderna);

b) e a prova a ser ali produzida apresente-se imprescindível. Agora, não só mais o fato da prova ter sido requerida anteriormente ao saneamento. A essencialidade, a imprescindibilidade da prova é, doravante, o parâmetro fundamental que há de ser verificado para fins de suspensão ou não do processo. Entra em cena o poder instrutório do juiz (art. 130, CPC).

Há o entendimento que tal suspensão não deve ser absoluta, não devendo o processo ser sobrestado de forma plena. Os debates e a sentença aguardariam a carta, mas nesse meio tempo outras provas (perícia etc.) poderiam ser realizadas.

Referências

BUENO, Cássio Sacarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

CAHALI, Yussef Said. *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CARMONA, Carlos Alberto. A prova pericial e a alteração do código de processo civil? In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 423-438.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

³¹ Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, 8a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 387. Na mesma linha, cf. Ada Pellegrini Grinover, Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil, p. 106.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 8.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

JORGE, Flavio Cheim; DIDIER JUNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos. *O reconhecimento ex officio do caráter abusivo de cláusula de eleição de foro*. Revista Paulista da Magistratura, São Paulo, n. 3, maio/out. 1997. p. 67-82.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1981. v.1.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

PRATA, Edson. *A revelia no direito brasileiro*. São Paulo: Leud, 1981.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

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