

Ensaio crítico do Direito Civil – rompimento com os dogmas da prescrição e decadência – ponte para construção de um novo paradigma jurídico – mitigação dos institutos

Victor de Almeida Conselvan

Advogado

*Especialização em Direito Civil e Processual Civil pelo
Instituto Paranaense de Ensino/Faculdade Maringá*

Mestrando em Direito Processual e Cidadania –

Universidade Paranaense – UNIPAR

Bolsista/CAPES

RESUMO

A prescrição e decadência são institutos com uma imensa aplicação diária no direito pátrio, bem como nas relações jurídicas privadas; contudo, a aplicação literal desses dois institutos pode prejudicar sobremaneira o direito das pessoas. Assim, pretende-se eleger um novo modelo de aplicação ponderada dos institutos com base no princípio da proporcionalidade e nos anseios do povo.

Palavras-chave: Prescrição. Decadência. Mitigação. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The prescription and decadence are institutes with an immense daily application in the right as well as, in the relationships juridical toilets, however, the literal application of those two institutes can harm the people's right excessively. Like this, it intends to choose a new model of considered application of the institutes with base in the beginning of the proportionality and in the longings of the people.

Keywords: Prescription. Decadence. Mitigation. Proportionality.

Introdução

O âmago deste trabalho reside em apresentar algumas críticas aos institutos de Direito Civil, prescrição e decadência, haja vista que são elementares em praticamente todas as relações jurídicas, bem como ditam consequências significativas e, muitas vezes, são até mesmo radicais.

A pesquisa que se constrói aqui tem fulcro nas lições da teoria crítica do Direito Civil, este que se verá adiante como instrumento a serviço da vida, além de serem analisadas as questões que envolvem direito e valor para se desvelar a realidade mascarada por dogmas.

Adiante, o estudo persegue o dogma para construir um caminho para superá-lo e demonstrar a sua ineficiência nas ciências jurídicas, estas que, aliás, se veem eternamente entrincheiradas, sem progresso algum, em razão dos enunciados absolutos da dogmática jurídica.

Outro ponto que será digno de atenção, neste trabalho, refere-se ao princípio da proporcionalidade que servirá de ponte, isto é, de meio para a construção de um outro modelo jurídico mais próximo da realidade do povo.

Por fim, serão lançadas as primeiras críticas aos institutos, objeto deste estudo, para, sobretudo, propor um novo modelo jurídico de aplicação à prescrição e decadência, pautado na ponderação e na relação entre o que diz a lei e aquilo de que necessita o povo.

Não se pretende uma virada total de mesa com o presente estudo, pretende-se, sim, suscitar um espírito questionador que tenha o condão de despertar os operadores do direito para a realidade, abandonando, desse modo, o tecnicismo e a neutralidade do direito positivo.

1 Apontamentos dogmáticos acerca da prescrição e decadência

Preambularmente, a matéria ora exposta nesta seção encontra-se regulamentada na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil, mais precisamente no Título IV – Da Prescrição e da Decadência, que vai do artigo 189 ao 211.

Nos institutos da prescrição e decadência há um elemento em comum, que de acordo com a dogmática jurídica civilista e com o que preleciona Rodrigues (2003) é de substancial importância. Esse elemento é o tempo, pois é através dele que se possui a prescrição aquisitiva ou extintiva, de acordo com o caso, bem como se opera a decadência conforme for.

Cabe sedimentar que a prescrição tem por escopo tolher o direito de ação, ou seja, extinguir a pretensão sobre um direito que nasceu há muito tempo e não foi reivindicado em tempo hábil, restando tão somente o direito nascido sem os meios que o pudessem efetivar no transcurso do tempo. Desse modo, pode-se dizer que a prescrição constitui uma penalidade para o detentor de certo direito que não o exerceu no prazo fixado em lei (DINIZ, 2002, p. 335).

A decadência, por seu turno, se difere da prescrição pelo perecimento do direito, nota-se que não há extinção da pretensão somente como ocorre de fato na prescrição, aqui, portanto, opera-se a queda do direito, que deixa de existir, não mais sobrevivendo conforme se verifica quando incide a prescrição (VENOSA, 2009, p. 547).

Ambos os institutos em pauta possuem fundamentação para existirem dentro da filosofia jurídica do direito romano, uma vez que nesta se chegou à conclusão de que a sociedade, para fins de tranquilidade, estabilização e segurança jurídica, fez urgir a criação dos dois institutos para que aqueles anseios, acima explanados, pudessem ser satisfeitos (GONÇALVES, 2008, p. 470).

Não obstante, a prescrição e a decadência também servem para consolidar direitos e manter a ordem jurídica em harmonia, de modo a cumprir teleologicamente com os seus postulados, nutriendo, assim, esse primeiro anseio da sociedade (fala-se em primeiro anseio porque mais adiante será feita uma aferição axiológica atual).

2 Da dogmática jurídica à teoria crítica do Direito Civil

O dogma não possui apenas um significado semântico, isto é, ele está envolto de uma ideologia que o descreve com muita precisão, o dogma refere-se a uma verdade absoluta que desfruta de status incontestável, ou seja, é verdade sempre, independentemente de aferição, verificação ou demonstração. O dogma apresenta-se como algo indiscutível, uma proposição certa, porém sem sustentação teórica científica.

Assim sendo, o dogma é algo que imobiliza a ciência, inibe o conhecimento, materializando-se, sobremaneira, como um instrumento de dominação. Fato este bastante salutar quando observados os preceitos de religiosidade que são somente fundados em dogmas, fugindo desse jeito de uma doutrina científica, sendo de tal sorte que a verdade permanece oculta e muitas vezes indesejada por aqueles que instituem o dogma.

Nas palavras de Vasconcelos (2001 *apud* MACHADO SEGUNDO, 2008, p.15), a dogmática traz à tona as suas características pe-

culiars e indesejadas por todos aqueles que têm compromisso com a verdade; são elas: 1 – o dogma refuta a visão pluralista do mundo, nega as mais diversas vertentes de uma sociedade; 2 – revela-se autoritário, pois afasta a participação social e o exercício democrático da crítica, esta que traz à baila a revisão de conceitos e leva ao aperfeiçoamento; 3 – pugna pela imobilização do pensamento, conseqüentemente, coloca o conhecimento em descompasso com a realidade social.

Atualmente se entende por dogmática jurídica o sistemático estudo das normas (regras) e institutos vigentes no país. Assim, o dogma jurídico descreve o direito que “é” e não aquele que “deveria ser”, uma vez que nessa conotação as normas tornam-se dogmas e não são, desse modo, passíveis de alteração (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 6-7).

Nessa mesma linha de raciocínio, a dogmática constitui um obstáculo à pesquisa independente, isto é, o dogma é considerado uma verdade em si e para si, vinculando, assim, o pesquisador às suas premissas e a nada mais (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 8).

Entretanto, não se pode “dogmatizar” o direito, torná-lo algo indiscutível, sob pena de estar-se diante de um grave problema social, uma vez que a comunidade precisa do debate para fixar suas diretrizes e os meios assecuratórios para as suas metas a serem perseguidas de forma mais eficiente, possível e digna.

Ademais, Machado Segundo (2008, p. 34) adverte que as normas de direito não podem ser consideradas como um “dado pronto”, de tal modo que sejam aceitas de forma acrítica pelo cientista do direito, fazendo com que este fique preso à lei tão somente.

Assim, abstrai-se da lição acima que a cientificidade repousa justamente no questionamento. O papel da zetética resta límpido nesse posicionamento de questionamento, indagação, pesquisa, opondo-se claramente à dogmática jurídica, pois a função zetética é uma atividade hermenêutica que almeja a verdade e não se limita às verdades prontas e acabadas. Assim, há uma incessante atividade em prol da verdade que acaba em detrimento da letra da lei (COELHO, 2004, p. 333).

Coelho (2004, p. 334) nos serve de gancho para superação do dogma, ou seja, nos serve com o propósito de romper com o positivismo (dogmática jurídica), ao dizer que

A tese basilar da atitude zetética é que o direito não é uma coisa imóvel, nem vazia, mas essencialmente mutável, devendo se adaptar às condições sempre renovadas da sociedade. O direito existe para solucionar problemas sociais concretos e não para manter dogmas, teorias e princípios abstratos, afastados da realidade da vida.

Nesse diapasão, rompe-se com a dogmática jurídica a fim de se ver um direito prestativo, com utilidade para todos, e não um sistema enumerado de dogmas e preceitos vazios, pois, como ventilado acima, não é a melhor sugestão o progresso do dogma jurídico, pelo contrário, deve-se sepultá-lo para, a partir disso, construir um sistema eficiente e próximo à realidade.

Nesse mesmo palco ideológico, apresenta-se Paula (1999, p. 61), que afirma que a visão crítica consiste na maior adesão do direito ao realismo da sociedade brasileira, valorizando, sobretudo, os axiomas do povo, a realidade ontológica e deontológica.

Assim, passa-se a expor o que aborda a teoria crítica do Direito Civil, uma vez que resta superada a discussão de quão nocivo é o dogma para o direito e demonstrado o superior e nobre papel da crítica em aproximar o direito da realidade das pessoas.

2.1 O Direito Civil “a serviço da vida”

O Direito Civil a serviço da vida consubstancia-se em informar o abandono da neutralidade estatuída por Hans Kelsen e pela escola positivista jurídica, ou seja, aqui não se quer mais o tecnicismo tomando conta do direito, opta-se agora pelo fim do saber virtual e pauta-se na realidade do ser, erigindo, assim, um direito civil que tem o condão de aderir às necessidades reais da sociedade e desvelar o individualismo deste direito que não mais condiz com os anseios do povo (FACHIN, 2000, p. 15-18).

Diante desse prisma, a crítica tece-se pela observação impura. Isso significa que a teoria crítica do Direito Civil investiga até descortinar os dogmas, revelando a verdade e tendo ela como parâmetro para os aspectos históricos, sociais, econômicos, valorativos, políticos, educacionais, entre outros.

Por isso a crítica que se faz a esses institutos, objeto deste trabalho, é de proceder à ruptura com o império da lei positiva, transcendendo assim o dogma e o moldando às reais necessidades das pessoas e não mais aplicando, de forma desdenhosa, ao caso concreto.

Neste ponto passa-se a tecer críticas com o fito de enaltecer as falhas que decorrem da mera aplicação da prescrição e decadência, bem como moldar paradigmas que atendam o sujeito de modo a distribuir a verdadeira e efetiva justiça.

2.2 Visão axiológica – direito e valor

Nader (2009, p. 52) afirma que o ato de viver implica imediatamente o ato de valorar. O homem, em sua vida, atribui valores às coisas para conseguir sobreviver em sociedade, valorando os obje-

tos, fatos, atos, entre bons e maus para, assim, traçar caminhos e edificar meios eficientes com o objetivo de viver e de se desenvolver em sociedade. Por isso a mentalidade do homem é seletiva, criativa e discriminadora, pois ela procura desvencilhar-se do que é ruim e se mantém na busca incessante daquilo que lhe é valioso positivamente.

Ademais, o direito ocorre no plano fenomenológico, isto é, o direito é uma criação cultural, há também quem diga que é uma criação ideológica, e, sendo uma criação cultural, os valores que se propagam na sociedade compõem elementos do direito, portanto este, pode-se considerar teleologicamente, é um instrumento que repudia o mal e adere ao bem, haja vista os valores que nele se incorporam (NADER, 2009, p. 53).

Não obstante, o direito, a partir de sua ideia de valores positivamente valiosos que repudiam o que é ruim, consagra um instrumento de conservação e progresso da sociedade; contudo, atualmente não se verifica assim, em outras palavras, o direito se assemelha mais a um instrumento de dominação, ficando tal tese cristalina quando se observam os efeitos da prescrição e decadência que, por um mero argumento dogmático, colocam termo ao direito de um indivíduo e acabam premiando um outro sujeito sem que este nada tivesse feito para concorrer a isso.

Desse modo, nota-se a ausência de relação entre o ser e o direito, isso porque o homem deseja uma coisa, pois assim ele a valorou, e o ordenamento jurídico lhe fornece outra, flagrando-se, dessa maneira, a disparidade entre o sujeito e o direito. Sendo este último mero instrumento de serventia, não deveria causar transtornos à sociedade como tem causado.

Entretanto, a realidade é bem diferente do ideal. No caso específico da prescrição e decadência, estas não permitem o real acesso ao ordenamento jurídico justo. Isso se deve à aplicação aleatória de fatos externos: o operador do direito que faz uso desses institutos o faz descompromissado com a racionalidade e proporcionalidade; simplesmente aplica a lei em seu sentido único e literal, não diferenciando, portanto, o texto da norma.

Conclui-se, assim, que o operador do direito, na atual conjectura, só quer ver a norma aplicada, no molde "subsuntivo", ilidindo os valores que se propagam da sociedade, ou seja, aplica-se a norma ao caso concreto sem qualquer outra ponderação, pouco se importando com as condições daquele que está prestes a perder o seu direito ou a sua pretensão.

Machado Neto (1987, p. 266) ensina que o fator econômico está ligado à criação das classes sociais e esse fato pesa de modo incalculável na vida das pessoas; portanto, furtar um direito de uma

pessoa, por uma mera questão de lapso temporal, não se coaduna, a priori, com os valores erigidos pela comunidade, porque o direito que pode estar se tirando indiretamente, via prescrição ou decadência, é o direito a educação, cultura e um estilo de vida.

O que se quis dizer acima, e vem a lume, é a ideia de que os valores que correspondem aos anseios de uma sociedade livre e igualitária não estão sendo correspondidos de forma a propiciar uma verdadeira justiça social, deixando as classes menos privilegiadas fadadas ao “fracasso jurídico”, uma vez que aquilo que foi valorado como bom não é resguardado pelo direito.

Outrossim, os dogmas da prescrição e decadência não podem olvidar as razões sociais que levaram o detentor de um direito a não o exercer em tempo correto e, mesmo que seja só pela simples e mera inércia, esses institutos devem operar de forma mitigada, pois o seu mero acobertamento de efeitos pode prejudicar a vida de pessoas diretamente, com a perda da pretensão ou do direito, e indiretamente, com o gravame que acarreta em virtude da extinção de certo direito.

3 O princípio da proporcionalidade como ponte para o delinear de um novo modelo jurídico

O princípio da proporcionalidade ora estampado neste trabalho possui fundamento na ordem constitucional brasileira. Esse princípio a ser debatido não se limita apenas à matéria constitucional, que, por sua vez, espalha-se por todo e para todo o ordenamento jurídico, atingindo, assim, todas as ramificações do direito, verificando a sua infiltração desde o Direito Constitucional até o Direito Processual e Material (processo civil, processo do trabalho, processo penal, processo tributário, Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, entre outros ramos).

Insta salientar que no direito pátrio, mais precisamente na carta constitucional, não há expressa menção ao predito princípio; porém, ao longo de seus dispositivos, se verifica acolhida a ideia de proporcionalidade dentro dos parâmetros originários do princípio da proporcionalidade que se deu na Alemanha (BONAVIDES, 2008, p. 434).

Cumpra, agora, esclarecer no que consiste o conteúdo do princípio da proporcionalidade. Tal princípio visa dar razoabilidade à relação meio e fim, isto é, o conteúdo em exame procura estabelecer proporcionalidade entre um fim pretendido pelo agente e o meio utilizado para se chegar até o seu objetivo final. Verifica-se, portanto, se o meio usado para buscar o fim traçado foi limitado na relevância do objetivo, ou seja, afere-se se os meios utilizados

não foram exagerados ou escassos demais para se alcançar o pretendido.

Nesse cenário, o princípio serve de equação para evitar excessos sempre, devendo o magistrado pautar-se no meio mais adequado (proporcional) ao julgar uma lide. Assim, o princípio age como dosador do direito, orientando as pessoas e o magistrado a seguirem na busca do justo com a dose certa nos meios adotados.

Em suma, o princípio da proporcionalidade assume o papel de mediador entre os fins e os meios, serve como instrumento para equacionamento das disparidades que enfrenta o ordenamento jurídico, ou melhor, disparidade que a letra literal da lei impõe muitas vezes ao operador do direito, devendo este se munir do que preleciona esse princípio para poder fazer bom uso e obter boa aplicação da lei sem, é claro, onerar em demasia uma parte e privilegiar a outra, posto que “não se matam pardais usando-se canhões”.

Com efeito, o princípio trazido à baila condiz fielmente com o Estado de Direito, pois limita o excesso de poder legítimo do Estado quando este por seu próprio exercício legislativo acaba por lesionar outros direitos, sendo necessário, desse modo, um artifício que pondere e permita ao jurista exercer um papel hermenêutico com o condão de equacionar os fins impróprios a que muitas vezes a lei se sujeita.

Penalva (1990 *apud* BONAVIDES, 2008, p. 395) afirma que o princípio da proporcionalidade deve ser operado de forma a constituir uma garantia do cidadão para rechaçar direitos e liberdades feridos, haja vista que somente no Estado de Direito permite-se a razoabilidade do exercício soberano do Legislativo, sobretudo quando se trata de um regime democrático.

A assertiva acima se consubstancia na necessidade da medida, isso significa que determinada medida imposta por uma lei deve ser realmente necessária para o fim que se propôs, caso contrário, ela não deverá ser tomada e essa recusa vem suportada pela diretriz do princípio da proporcionalidade que verifica se os fins são realmente necessários e se os meios empregados se coadunam proporcionalmente com o objetivo almejado.

Müller (1978 *apud* BONAVIDES, 2008, p. 398) ensina que, se o princípio da proporcionalidade não for respeitado, resta, assim, prejudicada a própria legalidade do ato. Isso se deve ao fato de que a legalidade presume uma atividade (hermenêutica) inteligente que está concatenada com preceitos teleológicos do direito, que é (deveria ser) a pacificação social e a harmonização das relações intersubjetivas.

Diante do ventilado até agora, seria de grande valia que todo juiz no desempenhar de seu papel o fizesse com a lição básica e

iniciática que decorre do princípio tão cantado nesta pesquisa, uma vez que ele (juiz) possui na sua função um campo mais aberto que o legislador para o exame e aplicação da norma ao caso concreto (BONAVIDES, 2008, p. 400).

Indubitavelmente, o princípio da proporcionalidade constitui um princípio de interpretação, ao passo que, quando se verificam bens jurídicos devidamente tutelados pela lei do Estado e esses bens encontram-se em franca antinomia em razão da lei, serve-se o operador do direito das lições de proporcionalidade para dirimir a questão sem prejudicar a nenhum dos dois, eliminando, assim, a colisão que haveria entre os bens tutelados (BONAVIDES, 2008, p. 425).

4 O princípio da proporcionalidade aplicado ao dogma da prescrição e decadência

O princípio ora abordado perfaz o seu papel junto aos institutos da prescrição e decadência no que toca o caso concreto, pois somente será possível vislumbrar a sua plena aplicação nos campos das críticas erigidas em tópico ulterior, contudo não excluirá de apreciação outras situações em que os dois institutos venham posteriormente a se contrapor a direitos que por um simples lapso temporal acabem por perecer.

O que se pretende demonstrar aqui com esse princípio se relaciona, intimamente, à disparidade havida entre a perda total de direitos sem uma razão que não seja o decurso de certo tempo.

Prescrição e decadência, atualmente, são institutos jurídicos aplicados literalmente, ou seja, são aplicados exatamente como a norma manda, sem, contudo, o magistrado utilizar-se do seu campo de liberdade para ponderar a norma e verificar os prós e os contras na aplicação da lei ao caso concreto.

Entretanto, essa aplicação temporal da lei, como narrado acima, só vem a prejudicar o povo, pois o direito (no caso prescrição e decadência) não está em consonância com os axiomas do povo e é neste momento que deve apoderar-se o pretor do princípio da proporcionalidade e aplicá-lo devidamente.

Na mesma linha de pensamento, Bonavides (2008, p. 426) diz o seguinte:

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexão prós e contras (abwägung), a fim de averiguar se na relação entre os

meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.

O que foi explicitado acima é o firme propósito de enquadrar a prescrição e decadência nos preceitos de razoabilidade quando do caso concreto com o fito de melhorar (readequar) esses dois pontos jurídicos para a sociedade contemporânea e as suas necessidades, sempre tendo em mente que esse princípio avulta o poder de compatibilização entre a ordem jurídica positiva e a realidade.

Ademais, o princípio em comento permite o conhecimento da realidade que acabou sendo marginalizada pelo apego exacerbado à técnica e ao formalismo jurídico, podendo então, agora, prosperar a mitigação dos institutos em foco com a boa e justa aplicação da norma, isto é, quando pautada na aferição da realidade e da disposição normativa, procurando um meio de não tolher um direito em nome da teleologia jurídica.

Quer-se dizer que não existe proporcionalidade nos fins do direito, que são a pacificação social e a harmonização das relações intersubjetivas, quando para isso há extinção total e incoerente de direitos por uma razão de tempo, segurança e tranquilidade, sendo que esses fundamentos podem muito bem ser relativizados no caso em concreto, conforme se verá adiante.

5 Primeiros argumentos críticos aos dois institutos

a) Tempo e estabilidade

Venosa (2009, p. 541) afirma que o exercício de um direito qualquer não pode perpetuar-se indefinidamente no tempo, ao passo que se o autor desse direito se mantiver inerte quanto ao seu gozo durante um lapso temporal perderá ele o direito de exercê-lo e, posteriormente, perderá o próprio direito também.

Afirma-se, ainda, que o tempo incide com bastante interferência no âmbito jurídico, tanto no direito privado quanto no direito público. Dessa forma, o autor, em epígrafe, é a favor da aplicação literal desse instituto porque é defensor da ideia que reduz o prazo prescricional e decadencial sob os auspícios de que 20 ou 30 anos é tempo demais para alguém se ter um direito (VENOSA, 2009, p. 541).

Rodrigues (2003, p. 327) defende a ideia de que a própria sociedade visa à harmonia no que tange a estabilidade de um direito, haja vista que um direito oriundo há muitos anos atrás não pode persistir indefinidamente, o que, conseqüentemente, traria uma inquietação quanto ao exercício daquele direito longínquo.

No tocante ao fundamento tempo, para os institutos ora em vista, a primeira crítica que se solidifica, neste incipiente ensaio, é exatamente o porquê da redução gradual do tempo de vigência de um direito. Essa redução seria correta?

Obviamente essa redução paulatina e gradual do tempo de vigência de um direito não está de acordo com todo o estudo até agora apresentado. O direito deve ser resguardado tanto no espaço quanto no tempo, e, quando se refere à dimensão tempo, este também significa futuro.

Aquele direito que padecerá no futuro deve ter a sua duração razoável no tempo, não podendo se diminuir cada vez mais os prazos prescricionais e decadenciais. No entanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade neste caso também deve levar em conta a natureza do direito a ser extinto.

Agora, no que tange à estabilidade que os doutrinadores propunham, tal posição há de ser revista sob a luz da verdadeira ambição da sociedade, pois a doutrina mais conservadora aponta a estabilidade com a certeza de que determinado direito irá se extinguir em um prazo fixado em lei e nunca mais poderá ser discutido.

Porém, a estabilidade reside justamente no oposto: a estabilidade de um direito repousa no seu “asseguramento” tanto no presente quanto no futuro, visto que, assim, as pessoas terão a tranquilidade de gozar de seus direitos em um tempo razoável, não aquele tempo que a lei confere, mas sim aquele que conforme for a relevância do direito será prolongado se for mais importante, não se reduzindo, portanto, num crescente os prazos, mesmo porque devem ser verificados os direitos que estão no alvo da redução.

b) Segurança jurídica

Conforme a matéria debatida acima, a sociedade se une para instituir um Estado que lhe possa viabilizar a busca do bem comum conforme os reclames dos cidadãos; no entanto, a doutrina mais conservadora, sem muito critério sociológico, elegeu alguns valores para a sociedade que, no fim das contas, não se coadunam uns com os outros, ou seja, os autores mais dogmáticos afirmam que a comunidade quer a segurança jurídica nas relações intersubjetivas; contudo, tais juristas trazem essa suposta segurança jurídica em disparidade com o que realmente almeja o povo.

Saliente-se que a segurança jurídica em debate deve emanar do povo, e não se insurgir contra ele, isto é, os civilistas mais antigos dizem que a prescrição e decadência são institutos aptos a ofertar

estabilidade e segurança no que trata de relações de direitos, assim, cria-se uma ideia de que um direito não pode prosperar por muito tempo em nome da tranquilidade e paz do devedor.

Há quem diga, ou melhor, justifique essa segurança jurídica com o argumento de que, se não houvesse tal instituto, as pessoas teriam que guardar eternamente recibos de contas pagas, pois, caso não os guardassem, poderiam pagar um débito já quitado. Porém, indaga-se: não haveria outros meios para salvaguardar uma relação já adimplida que não a total perda de um direito? E quando a relação está em aberto por algum tempo, a solução é extinguir o direito do credor?

É nesse tocante que se constrói a crítica do real significado da expressão segurança jurídica: esta não deveria dar guarida a um direito em vez de extinguir-lo?

Nesse cenário repleto de questionamentos, pode-se verificar a amplitude negativa que carregam a prescrição e a decadência, pois a segurança jurídica tão questionada não reproduz boa imagem ou aceitação na atual sociedade nos caracteres que foram apresentados pelo civilista, valendo lembrar que o Código Civil não é guia da sociedade, e sim a constituição, e é nela que se prevê a possibilidade de mitigar tais institutos, a fim de que seja feita justiça para todos.

A segurança jurídica na atual configuração (como se fundamenta na prescrição e decadência), conforme dito acima, não deve mais continuar, pois hoje ela sugere mais uma ideia de segurança para o devedor da relação obrigacional do que uma segurança propriamente dita para a comunidade.

Infelizmente os devedores, ou seja, aqueles com relações pendentes de quitação, se utilizam dos institutos acima com a intenção de beneficiar-se, isso porque os institutos em cena permitem que seja visualizada no novo Código Civil uma redução praticamente pela metade dos prazos prescricionais e decadenciais. Diante disso, costumeiramente se ouviu dizer que a legislação pátria é feita para devedores.

Todavia, a segurança jurídica, nesses termos, deveria guardar e manter a tranquilidade do credor, em outras palavras, a tranquilidade e a paz daquele que tem o direito (credor) também deve reinar, inclusive em caráter de preferência, estando, agora, a segurança jurídica ligada à estabilidade de um direito, este devendo ser assegurado, conforme a sua relevância, no presente e no futuro, com um lapso temporal elástico.

A amplitude desse direito no tempo, necessariamente, faz jus às suas relevâncias sociais, individuais e jurídicas para que, quando houver uma relação jurídica em aberto, existindo, portanto, uma

obrigação a ser adimplida, sejam examinadas todas as circunstâncias que envolvem tal relação, tais como sociais, econômicas, financeiras, individuais, entre outras que possam auxiliar a determinar com proporcionalidade a propagação desse direito no tempo, não podendo somente ser extinto com o único critério legal ofendendo, logo, o direito daquele que talvez mais precise.

Em se tratando de relações jurídicas de menor importância, acredita-se que o seu tempo pode ser menor, salvaguardando, assim, a tranquilidade daqueles que já pagaram os seus débitos e não querem mais os ver sendo discutidos judicialmente. Porém, quando a relação jurídica importa em direito de grande valia e já houve a quitação desta, que se registrem, por exemplo, os termos de adimplemento em serventia competente.

c) Enriquecimento sem causa

Outro instituto que se apoia na prescrição e decadência é o enriquecimento ilícito ou sem causa, pois este busca amparo, em sua fundamentação, sobretudo quando se trata de uma relação entre particular e Estado, nos institutos tão cantados neste trabalho.

O parágrafo supra, em sua tônica, quer desprezar a necessidade de certo indivíduo ou até mesmo do Estado, ao angariar fundos, ter patrimônio acrescido em virtude da prescrição, por exemplo. Mesmo porque não se pode acreditar em segurança jurídica no momento em que determinada pessoa se vê mais afortunada que outra sem razão para isso e, concomitantemente, em detrimento ou empobrecimento de outra.

Em outras palavras, seria correto ver o Estado, consciente das próprias leis que edita, tributar imposto de renda sobre verba trabalhista, de natureza de alimentos e personalíssima, não passível de tributação em razão de lei, durante trinta anos, e quando o trabalhador vem a juízo requerer a restituição só lhe são devidos, sob os auspícios da prescrição e decadência, os últimos cinco anos? Não se poderiam mitigar os prazos ou até mesmo a aplicação literal e total da letra da lei?

Acredita-se que em um caso como esse seja francamente possível atribuir uma elasticidade do tempo justamente em razão da proporcionalidade, mesmo porque não é de bom tom o próprio Estado, que veda a tributação sobre tal verba, tributá-la. Outrossim, e em último caso, não podendo se esticar o tempo, que seja devolvido o valor indevidamente tributado em sua totalidade, e como pena por uma negligência do credor, o valor total restituído que venha sem correção, isto é, aqui se quer sugerir um meio de mitigar a lei fria, fazendo com que um direito certo seja sepultado

sem uma justa razão, que não seja a razão do dogma legal. Isso não é direito à realidade das pessoas, além do mais, foi o Estado causador da perda do direito com a sua legislação, bem como o ente que prejudicou o cidadão.

Ante essa situação, o magistrado deveria, indubitavelmente, ponderar as circunstâncias, verificar o porquê da inércia do trabalhador e da má-fé do Estado em tomar para si um provento que não lhe pertence em nenhuma situação, procurar conciliar os interesses do cidadão às suas necessidades, para, assim, mitigar com equidade e justiça os dogmas da prescrição e decadência para o fim de não prejudicar em demasia um direito.

O pretendido, nesta pesquisa, é sensibilizar o operador do direito na aplicação direta e imediata da lei. Pretende-se, antes de tudo, colocar a lei em consonância com a realidade para que aquele indivíduo detentor de um direito não se veja prejudicado por uma aplicação insensível do ordenamento jurídico à sua vida.

Em resumo, em um caso em que se trata de um direito de natureza alimentícia e principalmente personalíssima, o Estado não pode se apoderar desse direito indiscriminadamente por muito tempo, mesmo quando o detentor desse direito fique por algum tempo, ainda que por muito tempo, inerte, pois não se sabe precisar exatamente o porquê dessa inércia, sem contar que o Estado também possui a sua parcela de culpa.

Pode, nesse caso, o juiz não se limitar somente aos cinco anos anteriores à reclamação, pode ele estender o prazo na medida em que verificar as necessidades do Estado com relação àquele numerário e, primordialmente, aferir as necessidades e os direitos do credor, pois nessa relação o trabalhador é o hipossuficiente, merecendo maior atenção do magistrado.

Como se não bastasse, o Estado não necessita daquele dinheiro tributado indevidamente, uma vez que a sua receita já prevê um orçamento adequado ao custeio da máquina estatal, não precisando onerar excessivamente o sujeito.

Ademais, há de se ressaltar aqui uma importante questão que está ligada à relação privada, aquela que se constitui entre particulares, pois é nesta relação que o devedor também deve desenvolver um papel ético e moral.

Diz-se ético e moral o papel do devedor com o intuito de desenvolver mais justiça entre as pessoas, porque não seria de bom alvitre um indivíduo que munido de má-fé se utiliza dos institutos da prescrição e decadência com a finalidade obscura de se desonerar de obrigações anteriormente pactuadas.

Por outro prisma, não se pode permitir que uma pessoa por mera inércia se veja beneficiada em razão de lei, como, por exem-

plo, um prestador de serviços que é contratado para determinada tarefa, recebe pagamento adiantado ou parte dele e, contudo, não presta o serviço outrora contratado.

Este mesmo prestador de serviço verifica que o seu consumidor, por razões desconhecidas, não exige o adimplemento obrigacional e, contando com isso, deixa transcorrer o tempo descrito em lei que usualmente opera a prescrição e decadência com o fito de se ver livre de prestar os seus serviços.

Nesse diapasão, questiona-se: o devedor ou aquele sujeito que está do outro lado da relação jurídica, que na realidade está mais para ver um direito ser extinto e conseqüentemente acabar premiado, não deveria ser justo, ter um comportamento moral e ético, a fim de procurar honrar o seu compromisso?

Obviamente, o devedor da obrigação sempre teve e sempre terá o compromisso de honrar suas dívidas, independentemente de exigência do credor ou não. Há quem propugne pela tese de que se aquele sujeito que é titular do direito não o exerce em tempo ideal perderá o seu direito; entretanto, é essa a visão que se pretende repudiar aqui, pelo menos o seu rigor desnecessário, pois os axiomas do povo demonstram a vontade de ver relativizada a aplicação dos institutos em tela.

Assim, o devedor necessariamente tem que se comportar eticamente, com a finalidade de honrar os seus compromissos ajustados de maneira atuante, e não aguardando a cobrança do titular da obrigação.

Nesse caso, o devedor, por conta da prescrição e decadência, enriquecer-se-ia indevidamente, visto que viu o seu capital avultado em razão de contratos de prestação de serviços não cumpridos e encobertos pelo manto da prescrição ou decadência que não mais poderiam ser dirimidos sequer judicialmente.

É nesse cenário que, impreterivelmente, sugere-se a tomada de consciência do devedor para que seu comportamento também concorra para a realização do direito de outrem e ele não seja apenas um espectador de má-fé.

d) O artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.651 de 4/9/1942 – LICC

O artigo 3º da LICC diz que ninguém poderá se escusar da lei ou de cumprir alguma obrigação sob o argumento de que desconhece tal dispositivo legal. Essa afirmativa constitui um dogma puro, porque é de notório conhecimento que é humanamente impossível se conhecer todas as leis deste país, onde há uma cultura positivista muito forte e tudo decorre da lei.

Ante essa situação, o caso epigrafado acima do trabalhador remete a um questionamento que se traduz da seguinte maneira:

poderia um trabalhador de baixas condições financeiras e sociais, em virtude de uma anemia assistencialista do próprio Estado, que, por seu turno, é responsável pelo desenvolvimento de sua sociedade, ser alvo de políticas públicas com o fito de, no mínimo, ser informado de seus direitos de maneira eficiente?

Por mais revogado ou não que esteja esse artigo, não deveria ser superada a ideologia que ele acarreta, dando proporcionalidade e ponderação nos seus termos?

A questão, neste degrau, remonta a uma avaliação de valores, uma vez que se o povo precisa tanto de um direito para lhe assegurar a sua subsistência, em razão da ineficiência do próprio Estado, por que este há de tolher tal direito? Na realidade, ele não deveria ilidir o direito de alguém, e sim dar efetividade. É nesse cenário que a simples e irresponsável sustentação de que o direito de outrem padeceu em razão do desconhecimento do texto legal deve ser ponderada, avaliando-se as condições do sujeito, justamente porque este pode muito bem viver em condições que o acabam extirpando de um meio que lhe poderia propiciar as vitais informações quanto a seus direitos.

e) A morosidade do Judiciário e o apelo pelas causas prescritas

Graças às microrreformas do Código de Processo Civil, o artigo 219 teve anotado em seu parágrafo quinto o pronunciamento de ofício pelo juiz da prescrição da causa, ou seja, deve o pretor, a partir de agora, conhecer de plano a prescrição, fato este que não existia até o ano de 2005.

Contudo, por mais inteligente que pareça esse dispositivo, ele acaba por tolher o direito de outrem, não mais podendo o Judiciário se aproximar da realidade do litigante e saber o porquê da prescrição, muito menos ponderar essa aplicação.

Não seria injusto, em nome do “desafogamento” do Poder Judiciário, que foi criado para trazer justiça, negar acesso a ela de modo a ilidir o direito de um, olvidando muitas vezes a má-fé de outrem?

Nota-se, nesse estágio, as condições periclitantes do Poder Judiciário pátrio, que hodiernamente opta por negar a análise de um direito em razão de sua funcionalidade precária.

Portanto, em casos em que se pretende mitigar os institutos exaustivamente mencionados até agora, deve-se primeiramente conhecer o direito daquela pessoa que está sendo prejudica pelos prazos impostos pela lei, e não simplesmente ignorá-la. O magistrado deveria procurar saber a razão que fez tal direito perecer de maneira exauriente para, ao fim, ter convencimentos reais, e não somente legais, de que tal instituto deve ou não ser mitigado.

f) O artigo 183, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988

A letra da lei supracitada faz menção à impossibilidade de se adquirir bens imóveis públicos por usucapião. Tal ideia repudia que qualquer particular que esteja fazendo uso de um imóvel público por anos, com o fim de residência, ou até mesmo de subsistência, possa ser legítimo proprietário quando requerido o domínio judicialmente.

Por trás dessa norma existem duas críticas acobertadas pela função estatal. A primeira diz respeito à ineficiência do Estado em cuidar daquilo que é seu (ou de todos), deixando de utilizar um patrimônio em proveito da sociedade e negando que um necessitado o use para sobreviver. A segunda crítica tange ao afastamento da prescrição da atuação estatal, negando, assim, os postulados do artigo 37 da CF/88.

Porém questiona-se: se o Estado é o detentor de todo o poder e vítima de inúmeros casos de corrupção, arrecada mais tributos ano após ano, continua crescendo economicamente e possui uma superestrutura, não seria justo ele também incorrer como incorre o particular (hipossuficiente) nos institutos da prescrição e decadência, haja vista ser um ente extremamente rico e aparelhado?

Todos esses questionamentos perfazem, ainda, uma crítica incipiente que tem o condão de despertar a atenção do operador do direito para esses institutos. Isso se deve ao fato de que a sua aplicação literal pode prejudicar direitos e traz uma sensação de fragilidade para o ser, pois este quer que repouse no Estado um defensor de seus direitos.

Nesse caso, trata-se de prescrição aquisitiva; no entanto, isso não ocorre contra o Estado por razões unicamente dogmáticas. Mas, infelizmente, o prolongamento desse dogma acaba por prejudicar muitas pessoas que nem moradia possuem.

O que fatalmente ocorre é que o Estado, ineficiente que é, acaba por cortinar com a lei determinadas situações em que se veria prejudicado, utilizando o argumento soberano de que tal dispositivo estaria beneficiando, mesmo que não parecesse, indiretamente os cidadãos.

Contudo, voltam-se os olhos para a realidade e enxergam-se outras coisas, tais como a existência de imóvel público que é utilizado como meio de subsistência por determinada família, mas, quando do ingresso em juízo para requerer o domínio do bem por vias da usucapião, este lhe é negado com uma simples arguição da letra fria da lei, que anuncia a indisponibilidade de aquisição de bens públicos por usucapião. Assim, a família se vê obrigada a deixar tal bem público, ficando à mercê da própria sorte, enquanto o bem negado, que teria a finalidade de ajudar pessoas, volta a seu

destino, ou seja, ao abandono da coisa pública como assim o era, e as pessoas que ali viviam e faziam bom uso do bem também ficam fadadas ao mesmo destino. Dessa forma, o Estado não cuida nem de seus bens nem de seus cidadãos, tudo por causa que o dogma da prescrição não lhe é aplicado.

Portanto, o novo paradigma jurídico que se propõe visa dar equilíbrio à aplicação da lei em todas as relações, devendo sempre ser avaliadas as reais condições dos seres envolvidos, para desvelar o que a lei esconde e possibilitar, conseqüentemente, a mitigação e ponderação da aplicabilidade da prescrição e decadência.

Conclusão

Em síntese, o trabalho acima versado pretende descortinar os dogmas assentados pela lei para, neste caso, buscar a concretização de uma justiça mais sólida, inserida naquilo que preleciona a teoria crítica do Direito Civil, com o escopo de que este possa ser uma ferramenta a serviço da vida dos cidadãos, respeitando sempre os axiomas da sociedade para não haver, assim, uma disparidade entre direito e valor, bem como a utilização do princípio da proporcionalidade como bússola apta a guiar o magistrado na tarefa de aplicar tal princípio junto aos institutos da prescrição e decadência, tendo-se nesta pesquisa erigido as primeiras críticas com o condão de despertar a comunidade jurídica para aderir o direito à realidade, projetando um novo paradigma jurídico, afinal, o direito é do povo e para o povo.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. Barueri: Manole, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que Dogmática Jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. **Uma Visão Crítica da Jurisdição Civil**. Leme: Editora de Direito, 1999.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil II**. São Paulo: Atlas, 2009.