

TIPICIDADE DO DIREITO OBJETO DA CADUCIDADE

Jackson Trindade

Procurador Federal

*Coordenador-Geral de Capacitação Profissional da
Escola da Advocacia-Geral da União*

Seja-me permitido abrir este trabalho com a preocupante fala constante da exposição de Motivos apresentando o Projeto do Código Civil, vejamos:

“Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da prescrição e decadência, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes.

Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela Política legislativa.

Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvida. Prazos de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial”.

É deveras desconcertante.

Que autoridade temos nós, os estudantes do direito, de posicionar que o Direito é ciência?

Como pode uma ciência, depois de anos a fio ocultar dos doutrinadores e dos julgadores a fácil distinção da prescrição e da decadência?

A situação era desconcertante e desconcertante é também a posição dos doutores pela maneira como supõem que espancaram as dúvidas com o critério geográfico. O que constar na Parte Geral é Prescrição, decadência é todo o mais que aqui não constar.

Lembro-me de um pretense professor de zoologia que assim distinguia crocodilo de largatixa. O que estiver no pântano é crocodilo e o que estiver nos quintais é lagartixa.

Pela lição obtive de um aluno maroto na prova a seguinte resposta a indagação: Como voce distingue um crocodilo de uma largatixa?

Oh professor pelo “jeitão”...

Indubitável não se tratar de questão terminológica, é mesmo de alta ciência ou de preguiça mental para enfrentar o problema.

É de todo prudente assegurar-se de que se vai cuidar de tema dos mais abrangentes da ciência jurídica que já obteve manifestação de afamados mestres.

Vamos tentar navegação de cabotagem sem aventurar-nos pelo “*mar-de-longo*”.

Aferraremos em que nosso campo é um retalho do direito objetivamente considerado, precisamente, o “*direito adquirido*”, direito incorporado ao patrimônio do indivíduo e que sequer a lei pode molestá-lo. Não pode a lei nem o “*decreto do pretor*”.

Proponho releitura ao conceito da decadência magistralmente exposto pelo Mestre Câmara Leal. Decadência leciona o Mestre é “*a queda ou o perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido*”.

De que direito nos fala o Mestre?

Por certo não é aquele incorporado ao patrimônio de alguém, pois este não perece. A linguagem hoje evidenciaria tratar-se de matéria do campo procedimental na iluminação dos termos “*decurso do prazo fixado para o seu exercício*”.

O problema a ser focado é para exercer o direito. É no próprio falar de Mestre que encontro guarida para esta distinção que me atormenta há algum tempo, pela confusão lançada na doutrina e que causa a maior perplexidade na jurisprudência, onde se tem evitado a distinção da decadência e da prescrição, induzindo até ao impróprio uso da expressão “*decadência/prescrição*”.

Voltamos ao mestre:

“O terceiro traço diferencial se manifesta pela diversidade de natureza do direito que se extingue: a decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício; ao passo que a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas perece pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida”.

Informa-se que a escola alemã entende que a prescrição extingue diretamente as ações e só indiretamente os direitos. Há equívoco presente em nossa literatura. A prescrição só atinge a ação. O direito continua válido para acobertar-se pela exceção que é meio de defesa e que subsiste enquanto dura a possibilidade da ação contrária.

Um belo exemplo de caducidade e da espécie de direito atingido, para começar do mais simples, pela clareza, é o constante no artigo 18 da Lei 1533/51:

“O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorrido cento e vinte dias...”.

Vê-se que a decadência atinge unicamente o direito de requerer, deixando intacto o direito do indivíduo. É que não sendo um tema de direito processual guarda semelhança com a preclusão que é “*a perda, extinção ou conservação de uma faculdade processual, irmã gêmea da coisa julgada formal*”.

Por isso tenho proposto tratar-se de atividade procedimental, cuja finalidade é constituir um direito ou, pelo contrário, frustrar que se constitua um direito do adversário.

Na ação de nulidade matrimonial, o direito de anular o casamento visa obter que se torne efetivo o vínculo, tal na contestatória de paternidade.

Exalte-se que na decadência, em termos civis, atinge-se o direito de ação para desfazimento de um direito, não aperfeiçoado que conduz um germe de anulabilidade, não é ação para proteção de um direito. (v. artigo 75 Código Civil)

Diverso é no Direito Tributário onde é límpido o instituto da decadência, mas diverso o objeto a atingir, pois a Fazenda decai da atividade de constituir o crédito tributário, decorrência da obrigação principal, que tem por objetivo o pagamento do tributo ou penalidades.

O que é atingido pela decadência é a atividade de constituir o crédito pelo lançamento. Aqui é evidente não estar em jogo nenhum direito, salvo o eufemismo de chamar a esta atividade de direito de constituir o crédito.

Temos de manter lembrado que a todo direito corresponde uma ação que o assegura (~~Código Civil, art. 75~~) e que esta ação é resultante da lesão a direito.

Exige compreensão maior os atos estabelecidos por força de política legislativa, em consideração ao direito maior da sociedade que pressupõe eficazes os atos anuláveis, cujos interessados não exerceram ação para desconstituí-los.

Em todos estes casos ficam relevantes que a caducidade não visa o direito em si, senão o direito de proceder.

Onde distingui-los da prescrição é que ocorrendo a decadência o direito de ação perece, enquanto na prescrição como vimos o direito continua vivo, podendo ser defendido por exceção.

Notável é que se há zonas cinzentas dificultando a distinção da decadência e da prescrição no direito civil, no direito tributário afastou-se toda e qualquer dificuldade. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça da lavra do Ministro Garcia Vieira põe o tema bem aclarado (...) se bem que se vem esquecendo da lição.

Para não deixar passar em branco anoto e clamo a atenção dos doutores da má leitura que se faz, quer doutrinadores quer julgadores ao artigo 156 do Código Tributário Nacional, que é bom grafá-lo:

Artigo 156 – Extinguem o crédito tributário:

- I) O pagamento;
- II) A compensação;
- III) A transação;
- IV) A remissão;
- V) A prescrição e a decadência;
- VI) A conversão de depósito em renda;

- VII);
- VIII);
- IX) e
- X).

O legislador do Código Tributário Nacional demonstrou bela noção de razoável tino lógico.

Dúvidas são levantadas com a possível extinção do crédito tributário com a prescrição e a decadência. É que a prescrição não atinge o direito e crédito é direito. Por outro lado decadência não pode extinguir o crédito, posto que sua ocorrência inibe a formação do crédito e não se extingue o não-existente.

Todavia o que expressou o legislador é que a prescrição e a decadência extinguem o crédito. Isto é, a ocorrência de ambos exclui o crédito tributário. No mundo conceitual inexistente tal ocorrência, contudo no real viver, elas convivem.

Crédito tributário lançado em descumprimento do artigo 173 do Código Tributário Nacional é inscrito e cobrado após o prazo do artigo 174 o sujeito passivo alega decadência e prescrição e então o julgador terá de declarar extinto o crédito, para segurança do contribuinte que não ficará sujeito à compensação, caso apenas se declare prescrita a ação.

Curioso, para não dizer jocoso é a invenção da prescrição intercorrente.

A prescrição e a decadência envolvem-se absolutamente com o mérito, por isso é que se o juiz pronuncia qualquer delas, extingue o processo com o julgamento do mérito. Prescrição e decadência envolvem o pedido, envolve a lide e a sentença que julga total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (art.468 do Código de Processo Civil)

E Transitada em julgado, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas. art. 471 do Código de Processo Civil, pena de malferir o art.5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Tento atividade de adivinho, mesmo sendo arriscado tentar revelar o que se não quis. A atividade do Código de Processo Civil prevista no art. 267, é de extinção do processo, antes do julgamento do mérito. Advirto que o processo não se confunde com a ação ou pretensão. Se a causa da extinção foi ocasionada por haver o processo ficado parado por mais de um ano, ou houver o autor da ação abandonado a causa por mais de trinta dias, e, intimado, permaneceu inerte, o juiz ordenará o arquivamento dos autos, providencia, repito de extinção do processo sem julgamento do mérito.

A perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual é a preclusão, Machado Guimarães, bem lembrado pelo saudoso professor Eliézer Rosa, distinguiu a preclusão operada pela perda de uma faculdade processual e a preclusão decorrente da simples ultrapassagem (sem ocorrência de perda) de uma etapa das muitas que se tece o procedimento e adianta que não são dois aspectos de um mesmo fenômeno, mas duas espécies de um gênero.

È impensável declarar a prescrição quando a lide já foi julgada. Imperdoável se o julgamento é definitivo.

Estas Considerações servem apenas de meio para atrair melhores considerações dos sabedores.