

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO PROJETO DE LEI Nº 3.555/04

*Antônio Carlos Marcato**

Márcio Malfati

Boa tarde a todos! Iniciando os trabalhos, prometo ser breve na apresentação para ganharmos tempo e ouvirmos quem realmente interessa. Em primeiro lugar, muito obrigado ao Dr. Ernesto pelo convite. A vida às vezes nos reserva algumas alegrias. Um momento ímpar para o mercado, um Projeto de Lei andando, a discussão fervendo e eu convidado a presidir uma mesa onde encontro um antigo professor, que me deu aula em 1995 e 1996, o que me dá uma honra ainda maior para presidir os trabalhos. Brincava há pouco com o Professor Marcato e dizia que ele foi o meu melhor professor de Processo Civil, mas vou fazer uma reparação em público agora. O Professor Marcato não foi somente meu melhor professor de Processo Civil, foi meu melhor professor. O Professor Marcato dispensa apresentação, mas ele é professor livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e é coordenador acadêmico do CPC – Curso Preparatório para Concursos. Também compõe a mesa o Dr. Hector Valverde Santana, juiz titular do 3º Juizado Especial Civil da Circunscrição Especial de Brasília, mestre e

* Professor livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

doutor em Direito pela PUC, ex-diretor-geral da Escola de Magistratura do Distrito Federal. Sem mais, passo a palavra ao Dr. Marcato para poder nos brindar com a sua exposição.

Antônio Carlos Marcato

Boa-tarde aos presentes.

Agradeço a gentileza da apresentação, que realmente não retrata a realidade, mas foi uma homenagem, como disse, de um ex-aluno. Aliás, o Dr. Ernesto Tzirulnik e o Dr. José Eduardo Cardozo também foram meus alunos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, quando lá lecionava, o que me causa imensa alegria e grande honra por estar aqui presente.

O Dr. Hector e eu deliberamos o seguinte: como o nosso tema é comum, "Prescrição e Decadência", apresentarei uma visão geral dos dois institutos jurídicos à luz do novo Código Civil, com eventuais referências ao Projeto de Lei nº 3.555/04, do deputado José Eduardo Cardozo; em seguida, o Dr. Hector falará sobre o mesmo fenômeno à luz do Código de Defesa do Consumidor, que tem uma pertinência óbvia em relação à matéria securitária e também em relação ao Projeto. Creio que essa divisão seja adequada.

Tenho absoluta certeza de que todos os presentes tiveram dificuldades, quando estudantes universitários, em compreender exatamente os fenômenos da prescrição e da decadência. Não apenas em compreendê-los, como, também, em distingui-los, pois o Código Civil de 1916 era omissivo nesse particular – daí por que coube à doutrina e à jurisprudência essa dificultosa tarefa.

Por outro lado, o legislador de 1916 levou em consideração, ao regular o instituto da prescrição, a teoria civilista da ação, também denominada imanentista – e já superada na Europa desde o final do século XIX –, ao dispor, em seu artigo 75, que "a todo direito corresponde uma ação que o assegura". Daí surgiram aquelas duas expressões, hoje desprezadas pela melhor doutrina processualista: o direito material, como sendo o *direito substantivo*, e o direito processual, como sendo o *adjetivo*, como se este fosse simples

apêndice daquele. O que se considerou não foi um regime de direitos, mas, sim, um sistema de ações. O legislador da época ainda estava preso à concepção de ação do Direito Romano. Clóvis Beviláqua, por conta desse posicionamento, afirmava que "a prescrição extinguiu o direito de ação". Se esta não fosse ajuizada no prazo estabelecido por lei, o direito de ação pereceria, fulminado pela prescrição. Houve uma reação por parte da doutrina da época, afirmando que a prescrição não atingiria o direito de ação, que permaneceria imune à passagem do tempo, mas, sim, o direito material. Essa orientação permeou todo o século passado.

Essas-duas posições eram, todavia, insustentáveis. O direito de ação é o direito a obter-se uma resposta do Estado-juiz sobre determinada pretensão deduzida em juízo pela parte, ainda que a resposta lhe seja, ao final, eventualmente desfavorável. Não é direito a uma tutela favorável. Em outras palavras, é perfeitamente possível, à luz da teoria abstrata, recepcionada pela lei processual civil brasileira, ser titular de direito de ação, ainda que a pretensão deduzida em juízo seja infundada. Tanto que o Código de Processo Civil dispõe, no inciso IV de seu artigo 269, que, ao reconhecer, no caso concreto, a ocorrência de prescrição ou decadência, o juiz deverá extinguir o processo com julgamento do mérito. A sentença de mérito, por si só, representa o resultado final do processo de conhecimento, instaurado em virtude do exercício efetivo do direito de ação. Portanto, a idéia de que a prescrição extinguiria ora o direito de ação, ora o direito material, é insustentável.

O novo Código Civil, fruto dessa onda renovatória do Direito, define a prescrição em seu artigo 189, ao afirmar que ela atinge não o direito de ação, nem o material, mas a pretensão. Ou seja, é fenômeno atinente ao direito subjetivo a uma prestação e que possa ser suscetível de lesão.

Mesmo esse conceito é criticável. Ao dispor, no referido dispositivo, que, "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206", o legislador aparentemente ignorou a circunstância de que, muito embora possa inexistir pretensão, ou esta ser infundada, ainda assim o prazo prescricional terá fluência. Além do mais, há

outras causas desencadeantes da pretensão que não necessariamente a violação do direito; a pretensão pode surgir de estipulação contratual, não necessariamente da violação do direito.

O legislador civil continuou preso à idéia de que a prescrição atinge interesses de natureza patrimonial. Tanto é verdade que o Código não faz qualquer menção à chamada prescrição não patrimonial, muito embora ela esteja prevista no artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil. E isto porque, não obstante prescrição e decadência sejam, inegavelmente, institutos de direito material, o reconhecimento de sua ocorrência dá-se, em geral, em sede processual.

Talvez por isso, alguns dispositivos do Projeto de Lei nº 3.555/04 aparentemente não tratam de prescrição, mas apenas de decadência, como direito potestativo não exercido dentro de determinado prazo. Por que aparentemente? Porque a idéia de que a prescrição decorre necessariamente da violação de um direito não é correta, ou, pelo menos, não corresponde necessariamente à realidade jurídica.

E a decadência? O legislador de novo furtou-se a defini-la. Aliás, adotou uma técnica interessantíssima. Os prazos estabelecidos pelos artigos 205 e 206 do Código Civil são prazos prescricionais; os previstos no conjunto do Código Civil, decadenciais, valendo a pena lembrar que a decadência atinge o direito potestativo, não exercido em prazo predeterminado pela lei ou por ato de vontade dos interessados. Depende apenas da iniciativa do titular do direito. Independe, portanto, da violação do direito em razão do comportamento alheio.

De qualquer modo, o sistema atual é seguramente melhor que o anterior. As dúvidas, no entanto, remanescem, porque o Código Civil é, em determinados aspectos, totalmente assistemático. Percebemos que determinados dispositivos nele inseridos não se coadunam com outros tantos. Se me permitem exemplo estranho à matéria securitária, basta lembrar, na seara do direito sucessório, que, se o cônjuge sobrevivente concorrer à herança com os filhos comuns ao casal, receberá determinado quinhão; se forem filhos apenas do

de cujus, outro quinhão; se filhos comuns e unilaterais, a aplicação pura e simples da lei civil acarretaria distinção entre os mesmos, o que é vedado pela Constituição Federal.

Outra novidade – e continuo ainda nessa toada de mostrar o que há de novo no Código Civil – é aquela referente à interrupção da prescrição. Se me permitem, gostaria de fazer um reparo. Não se interrompe prescrição, prescrição é fenômeno jurídico consumado. O que se interrompe é o curso do prazo prescricional. Portanto, se o prazo se esgotou, a prescrição já se consumou. Não há mais o que interromper.

Mas há novidades, nesse aspecto, que me parecem extremamente preocupantes. A primeira delas diz respeito ao artigo 202, I, ao dispor “que a prescrição só pode ser interrompida uma vez”. Essa previsão é repetida no Projeto de Lei nº 3.555/04, embora ele não se refira à prescrição interrompida uma vez, mas, sim, à suspensão, o que é diferente. Se o prazo prescricional pode ser interrompido apenas uma vez e, quando voltar a fluir em sua integralidade, não mais estará sujeito a interrupção, algumas questões desde logo podem ser suscitadas.

Assim – e exemplificando –, em seu inciso VI o artigo 202 indica como causa interruptiva qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Este ato inequívoco, interruptivo do curso do prazo prescricional, pode se dar antes do ajuizamento da demanda. Interrompeu-se o prazo prescricional. Proposta a ação, não se interrompe mais? Sabido como o processo civil brasileiro é rápido (perdoem a ironia), é perfeitamente possível que antes de seu término o segundo prazo prescricional já se tenha esgotado. Alguém poderia objetar que o parágrafo único do artigo 202 dispõe que a *prescrição interrompida* recomeça a correr na data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para interrompê-la. Mas se já foi interrompido o prazo anteriormente, por ato extrajudicial antecedente ao ajuizamento da demanda, aparentemente não irá ocorrer a segunda interrupção, operando-se, por conseqüência, a denominada prescrição intercorrente.

Espero, então, que doutrina e jurisprudência consigam resolver a contento esse problema – que, todavia, pode ser aparente, resultado de minha equivocada interpretação do dispositivo.

Há outro dispositivo merecedor de reflexão.

O artigo 202 prevê, em seu primeiro inciso, em síntese, que o despacho do juiz, mesmo incompetente, interrompe o curso do prazo prescricional. Nos dizeres do Código de Processo Civil, o que interrompe o fluxo do prazo prescricional é a citação válida do réu (art. 219), ainda quando ordenada por juiz incompetente. Realizada no prazo máximo de cem dias após o despacho que a ordena, ou em prazo superior, mas ó excesso decorrendo de motivo não imputável ao autor, o efeito interruptivo retroagiria à data do ajuizamento.

Ora, de acordo com o referido artigo 202, o ato interruptivo do prazo prescricional *não é mais* a citação do réu, é o despacho que a ordena, desde que aquela seja realizada no prazo legal. Mas esse efeito interruptivo retroage à data do ajuizamento?

Creio que duas interpretações são possíveis. A primeira é que, apesar de o despacho representar a causa interruptiva, seu efeito retroagirá à data do ajuizamento, como previsto no § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil. Se fora essa a interpretação que irá predominar, a alteração legislativa terá sido inócua, pois, retroagindo o efeito interruptivo à data do ajuizamento, pouco importa se ele decorre do despacho ou da citação válida. Admitindo-se, no entanto, a não-retroação do efeito interruptivo à data do ajuizamento, injustiças poderão ocorrer. O autor foi diligente, mas causas alheias à sua vontade poderão impedir o pronto despacho judicial.

Mas nem todas as novidades são merecedoras de críticas, ainda que estas se mostrem, com o tempo, eventualmente infundadas.

Vejo, aqui, jovens advogados e é para eles, desde o início, que estou me dirigindo, pois os mais experientes dispensam essas considerações que ora faço.

Sabemos que há duas espécies de defesas a serem deduzidas no processo: aquelas que o juiz só leva em conta se e quando

provocado pelo interessado e outras, denominadas objeções, que são de ordem pública e podem (devem, na verdade) ser conhecidas inclusive de ofício, a qualquer tempo e grau.

Assim, por exemplo, a prescrição. Sendo patrimonial e beneficiando réu total ou relativamente capaz, não poderá ser reconhecida de ofício. Tem-se, então, uma novidade trazida pelo novo Código Civil: e se o réu for absolutamente incapaz? Neste caso, a prescrição patrimonial será tratada como objeção substancial, devendo ser reconhecida até mesmo de ofício, conforme prevê o artigo 194 em sua parte final. Então, apesar de o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 295, IV, do mesmo Código, prever o reconhecimento de ofício da prescrição não-patrimonial, agora também deverá reconhecê-la, sendo patrimonial, sempre que beneficie réu incapaz.

Em suma: se a prescrição tiver natureza não-patrimonial, o juiz a conhece de ofício, o mesmo ocorrendo se, sendo patrimonial, favorecer absolutamente incapaz. Já a prescrição patrimonial que não beneficie absolutamente incapaz continua sendo considerada exceção em sentido estrito, ou seja, somente será conhecida se alegada, muito embora possa ser alegada a qualquer tempo e grau, nos termos do artigo 193 da lei civil.

E a decadência? Agora há previsões sobre duas situações distintas: a decadência legal e a convencional, conforme disposto nos artigos 209 e 210. A decadência legal tem natureza de objeção. Então, quando o artigo 295 do Código de Processo Civil faz referência, em seu inciso IV, à decadência, esta será a legal. A convencional somente será considerada se e quando alegada pela parte interessada. Poderá ser alegada a qualquer tempo (artigo 211), mas não conhecida *ex officio*.

Finalizando, trato agora da suspensão do prazo prescricional.

O Código fala em suspensão, mas onde se lê suspensão, leia-se, também, impedimento. Se a causa obstativa do fluxo do prazo é preexistente ao seu início, há impedimento; sendo superveniente, estar-se-á diante de suspensão.

A respeito, localizei um dispositivo interessante no Projeto do Deputado Eduardo Martins Cardozo, que corresponde ao artigo 114. Reli um trabalho do Dr. Ernesto sobre seguro e as questões atuais de seguro e ele faz algumas críticas à falta de fixação de termos iniciais de contagem do prazo prescricional, principalmente quando se trata de seguro envolvendo responsabilidade civil. O Projeto, de certa forma, corrige algumas dessas falhas – mas as observações pertinentes ficam por conta do Dr. Hector.

O artigo 144 do Projeto diz: “Além das causas previstas no Código Civil, a prescrição da pretensão relativa ao recebimento de indenização ou capital será suspensa uma única vez quando a seguradora receber pedido de reconsideração da recusa”. Ora, se a suspensão pressupõe que o prazo prescricional esteja em curso, mas será paralisado temporariamente, significa dizer que esse prazo prescricional já em curso teve um tempo inicial, *dies a quo*. Pelo que pude entender, e gostaria depois de ouvi-los, está dito, aqui, que se suspende o curso do prazo prescricional quando a seguradora receber o pedido de reconsideração da recusa ao pagamento. Estaria esse dispositivo prevendo que o termo inicial do prazo corresponderia ao momento em que foi “violado o direito” do segurado?

Querem outra situação? O artigo 206 do Código Civil, não do Projeto, prevê que prescreve em um ano a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo, para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador. Ora, se o segurado, com anuência do segurador, indeniza a vítima, que direito teria sido violado para gerar pretensão? Aqui, a causa determinante da pretensão não é a violação de direito; a causa determinante da pretensão é o fato de o segurado haver pago diretamente à vítima. Aliás, com anuência da seguradora, o que significa dizer que sequer conflito há; este pode surgir posteriormente, caso a seguradora se recuse a reembolsá-lo.

Há outra questão, envolvendo a ação direta da vítima em relação à seguradora. Aqui, a responsabilidade civil é a aquiliana, não

a contratual. O Dr. Ernesto, em seu trabalho que mencionei, faz uma exposição longa e interessante sobre as doutrinas nacional e estrangeira, para concluir basicamente o seguinte: a vítima do ato ilícito estaria legitimada a promover ação direta não contra o segurado – que por sua vez teria direito a reembolso –, mas contra a própria seguradora. Sabemos todos que há uma resistência muito grande em relação a essa tese. Afirma-se que a vítima não teria relação direta com a seguradora. A relação jurídica estabelecer-se-ia entre a seguradora e o segurado por força do contrato. Conseqüentemente, seria uma relação bilateral da qual não participaria a vítima e, conseqüentemente, ela não teria legitimidade, nem interesse, nem direito, na verdade, em relação à seguradora. É, porém, sabido que o seguro de responsabilidade civil não tem por única finalidade garantir o segurado; tem dupla natureza, preventiva para o segurado e reparatória para a vítima. Em outras palavras, o interessado faz o seguro de responsabilidade civil para resguardar seu patrimônio de um evento que possa gerar ruína ou depauperar seu patrimônio. Esse é o caráter preventivo. E o caráter reparatório diz respeito à proteção da própria vítima e a seguradora existe, justamente, nesse particular, para assegurar a reparação. Faça minhas as palavras do Dr. Ernesto: não apenas para proteger o segurado ou o patrimônio segurado, mas também para ressarcir a vítima.

Por fim, queria aqui renovar o meu agradecimento pelo convite para participar de evento desta magnitude, evento que envolve pessoas interessadas em área específica e muito difícil do Direito.

Muito obrigado pela atenção.

Instituto Brasileiro de Direito do Seguro

**IV FÓRUM DE
DIREITO DO SEGURO**
José Sollero Filho



instituto brasileiro de direito do seguro

MARCATO, Antônio Carlos. *Prescrição e decadência no Projeto de Lei nº 3.555/04*. IV Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho” – IBDS. São Paulo: MP, 2004. p. 249-258