

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

**PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: PROPOSTA DE DEFINIÇÃO E IDENTIFICAÇÃO  
DOS INSTITUTOS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA E DE  
DIREITO COMPARADO**

DOUTORADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
SÃO PAULO - 2019

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

**PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: PROPOSTA DE DEFINIÇÃO E IDENTIFICAÇÃO  
DOS INSTITUTOS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA E DE  
DIREITO COMPARADO**

Tese apresentada à Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo,  
como exigência parcial para obtenção  
do título de doutor em Direito do  
Trabalho, sob orientação da Dra.  
Fabíola Marques.

SÃO PAULO

2019

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese de doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura \_\_\_\_\_

Data \_\_\_\_\_

e-mail \_\_\_\_\_

442

Chamone, Marcelo Azevedo

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: PROPOSTA DE DEFINIÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DOS INSTITUTOS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA E DE DIREITO COMPARADO / Marcelo Azevedo Chamone. -- São Paulo: [s.n.], 2019.

242p. ; 30 cm.

Orientadora: Fabíola Marques.

Tese (Doutorado em Direito)—Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2019.

1. Prescrição. 2. Decadência. 3. Ação. 4. Direito do trabalho. I. Marques, Fabíola. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

**BANCA EXAMINADORA**

-----

-----

-----

-----

-----

Aos que se foram e ao que passou.

Agradeço com muito carinho a todos que de uma forma ou de outra, com ponderações sobre os temas, trocas de ideias, indicações de bibliografia, ou mesmo apoio moral!, ajudaram a dar a este trabalho sua forma final, em especial minha orientadora, FABÍOLA MARQUES, os amigos PATRÍCIA FONTES COSTA, JOSÉ CARLOS CASTELLO BRANCO, FÁBIO MOTERANI, SILVIA TEIXEIRA, FREDERICO CERUTTI, e ELESSANDRA MARQUES, e as professoras NÚRIA LÓPEZ e CLÁUDIA ABUD.

*Le temps détruit tout.*

GASPAR NOE, *Irréversible*, 2002.

*(...) als daß die Zuhörer keine Voraussetzungen irgendeiner Art, keine festen Vorurteile mitbringen, sondern den Gegenstand, wie oft sie auch bereits über ihn gedacht oder gesprochen haben mögen, von neuem untersuchen, so, als wüßten sie noch gar nichts Feststehendes von ihm, und sich also mindestens für die Zeit der Untersuchung alles dessen entschlagen, was sie bisher über den Gegenstand anzunehmen gewohnt waren.\**

F. LASSALLE, *Über verfassungswesen*, 1862.

---

\* (...) que os ouvintes não tragam consigo suposições prévias de nenhuma espécie, nem idéias próprias, mas sim que venham dispostos a colocar-se ao nível de meu tema, mesmo que a respeito dele tenham falado ou discutido, e fazendo de conta que pela primeira vez o estão estudando, como se ainda não soubessem dele, despindo-se, pelo menos enquanto durar a minha investigação, de quanto a seu respeito tenham dado por assentado.

**PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: PROPOSTA DE DEFINIÇÃO E IDENTIFICAÇÃO  
DOS INSTITUTOS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA E DE  
DIREITO COMPARADO**

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

**RESUMO:** Partindo de uma análise da evolução histórica dos conceitos de *ação*, *prescrição* e *decadência*, desde suas origens no direito romano, passando pelos principais sistemas europeus que compõem o panorama cultural herdado pela cultura jurídica brasileira, esta tese procura estabelecer um conceito contemporâneo de *prescrição* e *decadência* e confirmar, na análise de hipóteses previstas na legislação vigente, se os rótulos utilizados na legislação são coerentes com o seu conteúdo.

**Palavras-chave:** Prescrição; Decadência; Ação; Direito do Trabalho

**PRESCRIPTION AND DECADENCE: PROPOSAL FOR THE DEFINITION AND  
IDENTIFICATION OF THE INSTITUTES FROM A HISTORICAL AND  
COMPARED LAW PERSPECTIVE**

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

**Abstract:** Based on an analysis of the historical evolution of the concepts of '*actio*', *prescription* and *decadence*, from its origins in Roman law to the main European systems that make up the cultural panorama inherited by Brazilian legal culture, this thesis seeks to establish a contemporary concept of *prescription* and *decadence* and confirm, in the analysis of hypotheses provided for in the current legislation, whether the labels used in the legislation are consistent with its content.

**Key-words:** Prescription; Decadence; 'Actio'; Labor Law

## Abreviaturas e siglas utilizadas

|          |                                                                      |
|----------|----------------------------------------------------------------------|
| ABGB     | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (código civil geral [austríaco]) |
| Ac.      | Acórdão                                                              |
| ADCT     | Ato das Disposições Constitucionais Transitórias                     |
| AEC / EC | antes da era comum / era comum                                       |
| AgRgAI   | Agravo Regimental no Agravo de Instrumento                           |
| AI-AgR   | Agravo Regimental no Agravo de Instrumento                           |
| AI-ED    | Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento                      |
| art.     | artigo                                                               |
| BGB      | Bürgerliches Gesetzbuch (código civil [alemão])                      |
| c.       | cerca de                                                             |
| CC       | código civil                                                         |
| cf.      | conforme / conferir                                                  |
| CF       | Constituição Federal                                                 |
| CLT      | consolidação das leis do trabalho                                    |
| coord.   | coordenação / coordenador(a)                                         |
| CP       | código penal                                                         |
| CPC      | código de processo civil                                             |
| D.       | Digesto                                                              |
| DJ       | Diário Oficial de Justiça                                            |
| EC       | Emenda Constitucional                                                |
| ex.      | exemplo                                                              |
| FGTS     | Fundo de Garantia do Tempo de Serviço                                |
| IAC      | Incidente de Assunção de Competência                                 |
| i.e.     | isto é                                                               |
| IUJ      | Incidente de Uniformização de Jurisprudência                         |
| j.       | julgado em                                                           |
| LEF      | Lei de Execuções Fiscais                                             |
| min.     | ministro(a)                                                          |
| n.       | número                                                               |

|          |                                               |
|----------|-----------------------------------------------|
| OIT      | Organização Internacional do Trabalho         |
| op. cit. | obra citada                                   |
| p.       | página(s)                                     |
| p.ex.    | por exemplo                                   |
| RA       | Resolução Administrativa                      |
| RE       | Recurso Extraordinário                        |
| rel.     | relator(a)                                    |
| Res.     | Resolução                                     |
| REsp     | Recurso Especial                              |
| RR       | Recurso de Revista                            |
| SDI-1    | 1ª Subseção de Dissídios Individuais (do TST) |
| ss.      | seguintes                                     |
| STF      | Supremo Tribunal Federal                      |
| STJ      | Superior Tribunal de Justiça                  |
| t.       | tomo                                          |
| tb.      | também                                        |
| TP       | Tribunal Pleno                                |
| TRT      | Tribunal Regional do Trabalho                 |
| TST      | Tribunal Superior do Trabalho                 |
| v.       | volume                                        |

## SUMÁRIO

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introdução.....                                                                                    | 001 |
| 1. <i>Actio</i> e <i>praescriptio</i> entre os romanos.....                                        | 009 |
| 1.1. O processo nos períodos pré-clássico e clássico.....                                          | 009 |
| 1.1.1. As <i>legis actiones</i> .....                                                              | 014 |
| 1.1.2. O processo formulário.....                                                                  | 017 |
| 1.2. A <i>cognitio extra ordinem</i> e desenvolvimento nos períodos<br>justiniano e medieval.....  | 031 |
| 2. <i>Anspruch</i> , <i>Klage</i> , <i>Verjährung</i> , e <i>Befristung</i> no direito alemão..... | 040 |
| 2.1. Formação e desenvolvimento do direito alemão.....                                             | 040 |
| 2.2. O processo e a construção dos conceitos relacionados à<br>prescrição.....                     | 047 |
| 2.3. O código civil alemão e o panorama atual.....                                                 | 060 |
| 3. Uma história dos conceitos nos países de língua neolatina.....                                  | 063 |
| 3.1. Ação, decadência e prescrição no direito ibérico.....                                         | 063 |
| 3.1.1. Do período pré-romano à invasão muçulmana.....                                              | 063 |
| 3.1.2. Período reinícol e brasileiro pré-codificado.....                                           | 070 |
| 3.1.3. Codificações portuguesas, espanholas e<br>(principais) latino-americanas.....               | 090 |
| 3.2. <i>Action</i> , <i>prescription</i> , e <i>décheance</i> no direito francês.....              | 103 |
| 3.3. Desenvolvimento no direito italiano.....                                                      | 119 |
| 4. <i>Action</i> e <i>limitation</i> no sistema inglês.....                                        | 128 |
| 4.1. Formação do estado e primeiras leis.....                                                      | 128 |
| 4.2. O desenvolvimento do <i>common law</i> .....                                                  | 136 |
| 4.3. As ações e as limitações.....                                                                 | 140 |
| 5. O estado da arte do direito brasileiro, especialmente no direito<br>do trabalho.....            | 148 |
| 5.1. Desenvolvimento legislativo.....                                                              | 148 |
| 5.2. Premissas teóricas.....                                                                       | 157 |
| 5.3. Hipóteses em que a “prescrição” não é prescrição.....                                         | 176 |

|                   |                                                                                                                 |     |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.3.1.            | O prazo para cobrança de honorários de sucumbência em face da parte beneficiária da assistência judiciária..... | 178 |
| 5.3.2.            | Prescrição da execução e prescrição intercorrente.                                                              | 180 |
| 5.3.3.            | O prazo para ajuizamento da ação trabalhista.....                                                               | 191 |
| 5.3.4.            | A prescrição total.....                                                                                         | 197 |
| Conclusões.....   |                                                                                                                 | 202 |
| Bibliografia..... |                                                                                                                 | 206 |

## INTRODUÇÃO

O *direito* nasce intimamente ligado à superação das idéias de vingança e retribuição, derivadas da preservação da honra dos indivíduos e grupos, e voltadas contra o agente causador da lesão, mesmo que fosse um animal ou objeto inanimado. Ao redor do mundo primitivo encontramos disposições como aquela contida no Êxodo ("Se um boi chifrar um homem ou uma mulher, causando-lhe a morte, o boi terá que ser apedrejado até a morte, e a sua carne não pode-rá ser comida. Mas o dono do boi será absolvido" 21, 28), ou no *Sólon* de PLUTARCO (um cachorro que mordeu um homem deveria ser amarrado a um tronco de quatro cúbitos de comprimento), nas *Leis* de PLATÃO (se um escravo matasse um homem, deveria ser entregue aos parentes do falecido (θ', ix), se ele ferisse um homem, deveria ser entregue ao ferido para fazer o que quisesse (θ', xv), da mesma forma se ele causasse um dano para o qual o lesionado não tenha contribuído como concausa, em qualquer caso, se o dono deixasse de entregar o escravo, ele era obrigado a compensar a perda (ια, xiv); se um animal matasse um homem, deveria ser morto e lançado além da fronteira ("*border*"); se uma coisa inanimada causasse a morte, deveria ser lançada além da fronteira de igual forma, e deveria ser feita uma expiação (θ', xii)) – a responsabilidade por fato da coisa ou por ato de terceiros era um meio de chegar até o causador da ofensa.<sup>1</sup>

Através da vingança se busca o reestabelecimento da justiça anterior à lesão, enquanto que o direito objetiva o controle do

---

<sup>1</sup> "The hatred for anything giving us pain, which wreaks itself on the manifest cause, and which leads even civilized man to kick a door when it pinches his finger, is embodied in the *noxae deditio* and other kindred doctrines of early Roman law" (O ódio por qualquer coisa que nos cause dor, que se volta à causa manifesta, e que leva mesmo o homem civilizado a chutar uma porta quando prende seu dedo, está incorporada na *noxae deditio* [entrega da coisa que causou a lesão] e outras doutrinas aparentadas do direito romano primitivo) (HOLMES, *Common law*, p. 10-14).

uso da força, regulando as relações sociais – a rixa de sangue levou à composição, inicialmente opcional e então compulsória, pela qual a rixa era paga.<sup>2</sup>

O recurso inicial à violência parece estar limitado às lesões causadas intencionalmente, e somente numa época posterior a transgressão passou a abarcar danos previsíveis, mas não a consequência pretendida do ato do ofensor, e depois também as lesões imprevisíveis.<sup>3</sup>

A análise interna da intenção do ofensor, sua culpa ou inocência, indica um refinamento da concepção jurídica estranha aos romanos antes da *Lex Aquilia* e aos ingleses quando o *trespass* (transgressão) tomou forma – nosso sistema de responsabilidade individual pelas consequências dos atos próprios de uma pessoa começou com a noção de efetiva intenção e efetiva culpa pessoal.<sup>4</sup>

TACITUS relata que entre os germanos as amizades e inimizades da casa recaiam sobre toda a família, mas que as inimizades não eram eternas e podiam ser pacificadas através do pagamento de gado.<sup>5</sup>

Institutos como a prescrição têm por propósito pôr termo à busca por reparação – é libertação pessoal do devedor –, impedindo que a *justiça* trespasse em simples *vingança*, pois esta permanece como importante força social que deve ser controlada pelo aparato estatal a fim de assegurar uma *paz social*.

---

<sup>2</sup> HOLMES, *Common law*, p. 6.

<sup>3</sup> HOLMES, *Common law*, p. 6-7.

<sup>4</sup> HOLMES, *Common law*, p. 7-8.

<sup>5</sup> TACITUS, *On Germany*, n. 21.

O que se propõe aqui é precisamente *reestudar* a prescrição e a decadência, com uma análise histórica e comparativa, levando em conta os aspectos linguísticos, de modo a construir um significado coerente desses institutos, concluindo com a análise reenquadramento de situações que hoje são encaradas como enquadradas numa figura, mas que na verdade têm características de outra.

O *direito* é uma *técnica*, é “complexo de condições existenciais da sociedade, coactivamente asseguradas pelo poder publico”;<sup>6</sup> o jurista é essencialmente um técnico que constrói a norma. O direito nada mais é do que instrumento para a imposição de uma decisão a conflitos, para pacificação social, para dominação e controle.

A questão das categorias e terminologia dos institutos jurídicos é um problema de proporções gigantescas. Frequentemente os doutrinadores e os legisladores atribuem nomes diversos para coisas idênticas, e idênticos para coisas diversas.<sup>7</sup> A precisão e unicidade terminológica no estudo do Direito se mostra como sendo algo de utópico.

Mas é preciso ter em mente que as coisas são o que são, de acordo com a sua constituição; nomes não as definem, apenas as identificam. Chamar uma coisa por outro nome não lhe altera a substância.

Assim, qualquer trabalho jurídico não passa de uma proposta, onde o jurista busca a aceitação de suas teses por seus pares, onde a eventual pretensão de verdade absoluta às suas conclusões, e de

---

<sup>6</sup> RUDOLPH VON JHERING *apud* CLOVIS BEVILAQUA, *Theoria geral*, p. 12.

<sup>7</sup> “O rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes” ALFREDO BUZAID, *Exposição de motivos do Código de Processo Civil [de 1973]*, n. 26.

falsidade das antagonistas, não passa de arroubo egocêntrico. A ciência é caracterizada pela diversidade teórica, e, como consequência, é *“uma atividade em que a crítica, a polêmica, a controvérsia, o pôr em dúvida, o debate são ingredientes indispensáveis: eles é que nos preservam do dogmatismo, do obscurantismo, do irracionalismo que são a morte da própria ciência”*.<sup>8</sup>

Direito não é *ciência* – pelo menos não no sentido aristotélico do termo: o conhecimento verdadeiro e certo cuja perfeita estabilidade deve se opor às flutuações da experiência imediata e das opiniões, ou, em outras palavras, o conhecimento racional do necessário cuja perfeita clareza deve superar os testemunhos contingentes e demonstrar o por quê das coisas.<sup>9</sup> Os estudos jurídicos não são feitos sobre verdades imutáveis da natureza, mas sim sobre dados culturais, variáveis no espaço e no tempo – não são muito mais do que opiniões. A sociedade contemporânea pouco tem em comum com a sociedade medieval, ou com a romana clássica, ou mesmo com a da revolução industrial; muito embora o ser humano seja ainda, em essência, o mesmo, os valores são outros, assim como os mecanismos e processos sociais são outros.

É tarefa impossível a construção de uma teoria geral suprapositiva e atemporal do direito. Porém, um mínimo de coerência, lógica, e bom senso é esperado de qualquer trabalho. A inexistência de coerência inerente ao direito em si, não quer dizer que o jurista não possa – na verdade deve – buscá-la na construção interpretativa do sistema.

Ainda que a pós-modernidade tenha vindo trazer uma maior importância ao valor *justiça*, o valor *segurança jurídica* ainda

---

<sup>8</sup> FARACO, *Linguística histórica*, p. 94.

<sup>9</sup> Cf. CHÂTELET, *Historia de la filosofía*, t. 1, p. 134.

deve ser considerado o Norte de toda construção no campo do direito, inclusive como meio de realização da *justiça*. E para que haja uma efetiva segurança jurídica se mostra essencial uma construção do direito positivo que mostre uma coerência do sistema e previsibilidade das consequências das ações realizadas pelos sujeitos de direito.<sup>10</sup>

Na questão da teoria da prescrição, particularmente, o problema da coerência das construções se mostra tormentosa, pois o tema em geral costuma ser tratado pela legislação em total descompasso com a evolução doutrinária levada a cabo pelos estudiosos; o tema ainda é frequentemente abordado por pesquisadores das mais diversas áreas sem o devido aprofundamento, e não raro com base em doutrina superada.

O pior ainda se dá quando, frequentemente, fazem-se leituras de novos textos, que pretendem romper com os paradigmas anteriores, sob a luz de comentários feitos à legislação revogada. Assim, por vezes, avanços teóricos importantes são ignorados, persistindo-se e renovando-se o debate de questões que se pretendiam já superadas.

Tal realidade leva à calcificação de posicionamentos que já não encontram mais sustentação legal, onde os aplicadores do direito nada fazem além de repetir ensinamentos antigos, sem qualquer senso crítico.<sup>11</sup>

Outro problema que se apresenta é a cultura estabelecida de estudo compartimentalizado das diversas áreas do direito – intencionado a justificar uma pretensa “autonomia científica” –, sem

---

<sup>10</sup> Nesse sentido: CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 22-23.

<sup>11</sup> Nesse mesmo sentido já eram as críticas de TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação*, p. XXXII-XXXIII).

que haja o necessário diálogo entre os estudos sobre as legislações que tratam de temas correlatos em áreas diversas.<sup>12</sup>

Nos temas que serão abordados no presente trabalho, a questão terminológica se mostra especialmente espinhosa, ainda mais quando tratamos de pontos de intersecção entre o direito material e o processual, e sobretudo quando considerado que os vocábulos *ação* e *prescrição* (assim como seus cognatos) sofrerem alterações semânticas diacrônicas, passando por seguidos processos de ampliação e redução de significados, resultando, não raro, no convívio de mais de um.

Assim, em geral, cada doutrinador busca atrair para a sua área de especialização o ponto central da questão, frequentemente tecendo infundadas críticas às classificações, definições e terminologias utilizadas pelos doutrinadores que enxergam o problema da perspectiva oposta, sem notar que muitas vezes dizem a mesma coisa, mas com termos diferentes.

Outras vezes, porém, as discordâncias surgem da utilização de premissas distintas; ocorre de nem mesmo haver a preocupação de se verificar a coerência entre os diversos pressupostos utilizados como base, resultando em conclusões incoerentes com as premissas adotadas; assim, a fim de evitar esse tipo de problema, procuro definir de forma clara os fundamentos e conceitos pressupostos para o desenvolvimento do tema, buscando sempre a coerência lógica nas relações entre as questões abordadas.

---

<sup>12</sup> “Uma lei trabalhista pode derrogar preceito de natureza previdenciária e vice-versa. Trata-se de leis da mesma hierarquia: a posterior derroga a anterior, se entre ela houve incompatibilidade ou se a lei nova regular de maneira integral o assunto da lei antiga. O ordenamento jurídico compõe um sistema, pouco importando a natureza das normas, se previdenciárias, trabalhistas, civis, penais, etc. O sistema jurídico não tolera antinomias entre as partes que o compõem. Toda lei integra o conjunto do ordenamento e deve ser entendida em consonância com as demais, mesmo no tema da revogação” ROMITA, *Efeitos da aposentadoria sobre o contrato de trabalho*, p. 1051.

O que apresento é uma proposta que busca um diálogo sistemático, numa tentativa de estabelecer o conteúdo dos conceitos em questão através de *pré-juízos autênticos*;<sup>13</sup> é uma proposta com base em estudos da dogmática, harmonizando o tratamento legislativo dado aos temas em estudo em diversas áreas, fugindo de uma análise estanque.

É importante, assim, definir a essência dos institutos, independente do nome atribuído, para identificar quais regras devem ser aplicadas a cada situação. Daí a relevância de se definir, p.ex., se a *prescrição intercorrente* é efetivamente *prescrição*. Para tanto, demonstro, inicialmente, o desenvolvimento histórico do conceito dos principais institutos relacionados ao presente trabalho: *ação*, *prescrição*, e *decadência*, tratando, também, de outros temas necessários a delimitar o conteúdo daqueles.

A conceituação de *ação* é outro tema bastante problemático, visto com o mesmo nome referir-se a institutos diversos;<sup>14</sup> muitos autores não se apercebem da existência de realidades distintas sob a mesma denominação.

Este trabalho passou por diversos estágios de desenvolvimento, iniciando com a pretensão de ser algo próximo a um tratado sobre o tema, depois redirecionado para uma redefinição dos termos, passando então para, em sua forma atual, uma tentativa de reenquadrar as hipóteses legais nos institutos tradicionais.

O caminho se inicia com a análise do desenvolvimento dos institutos relacionados ao tempo (*prescrição* e *usucapião*,

---

<sup>13</sup> Cf. STRECK, *Dicionário de hermenêutica*, p. 233 e ss.

<sup>14</sup> Para um apanhado das doutrinas italiana e alemã, demonstrando a infinitude das teorias acerca do conceito do vocábulo *ação*, ver ALESSANDRO PEKELIS, *A ação*, p. 68-72.

sobretudo) do direito romano, desde seus primórdios documentados até a sua superação e incorporação pelos proto-estados que lhe sucederam.

Na sequência é abordado o desenvolvimento dos termos no direito alemão, certamente onde se chegou ao maior nível de apuração técnica e refinamento das definições.

Seguindo adiante, é feita a análise da utilização dos termos nos principais sistemas ocidentais de língua neolatina: Portugal e Espanha, França e Itália, países de evolução muito semelhante e que frequentemente exercem influência um sobre o outro.

Encerrando a parte de estudo dos sistemas estrangeiros é abordado o direito inglês, de característica muito mais pragmática do que os demais e, apesar de, nos aspectos relacionados à prescrição e decadência, exercer pouca influência externa, é relevante entender a sua evolução para melhor entender a nossa evolução.

No último capítulo é abordado o direito nacional e toda a sua evolução legislativa, fixando os parâmetros teóricos e a definição dos institutos da prescrição e decadência conforme as premissas legais e a doutrina que mais se aprofundou no tema, para então concluir fazendo uma exposição e análise de quatro hipóteses específicas normalmente enquadradas como prescrição para concluir se esse enquadramento é ou não adequado e conforme com o quadro teórico e legal atual.

Exceto onde expressamente indicado de modo diverso, todas as traduções de textos estrangeiros neste trabalho foram feitas por mim.

## 1. ACTIO E PRAESCRIPTIO ENTRE OS ROMANOS

*Nullius addictus iurare in verba magistri, –  
quo me cumque rapit tempestas, deferor hospes.*<sup>15</sup>  
*HORATIUS, Epistularum liber primus, c. 21 AEC.*

### 1.1 O processo nos períodos pré-clássico e clássico

O direito romano – termo tomado no sentido de estrutura de normas obrigatórias, destacado da religião e da moral, mas sem a ideia de sistema ou ordenamento, não havendo necessária coerência entre as diversas regras, exigência que só muito mais tarde, no período medieval, foi desenvolvida – passou por diversas fases ao longo de seu desenvolvimento histórico.

Nascido de bases religiosas etruscas e itálicas, desprende-se e se tornou profano – aspecto que se destaca sobretudo se comparado com outros sistemas legais intimamente ligados ao sagrado –, mantendo forte característica formalística, ritual, simbólica e conservadora.<sup>16</sup>

O forte elo entre religião e direito primitivo pode ser entrevisto no termo grego νόμος – *nómos*, substantivo derivado do verbo νέμω (*némō*), que significa atribuir, distribuir de acordo com os costumes, de onde νέμεις (*némesis*), distribuição ou retribuição. *Nóμος*

<sup>15</sup> "Não sou obrigado a jurar lealdade ao mestre — aonde quer que a tempestade me carregue, chego como convidado".

<sup>16</sup> PEYRAS, *Religion étrusque, passim*; SZMODIS JENŐ, *The reality of the law, passim*. "(...) as religiões seriam de base familiar, assentes no culto dos antepassados divinizados – os **lares**, os **manes** e os **penates**, cuja proteção, em vida e na morte, se estendia aos **clientes**, ou seja, aos dependentes livres, e aos **escravos**" PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 230.

significa costume, tradição ou lei, utilizado tanto no contexto religioso como no jurídico.<sup>17</sup>

Ao rei cabia a defesa comum e resolução das questões que afetassem a unidade das famílias, que mantinham uma considerável autocracia, o que explica os largos poderes atribuídos aos *patres*, inclusive direito de vida e de morte sobre todos os membros da família, cabendo-lhes “julgar e punir todos e quaisquer membros das respectivas famílias, se os actos puníveis não tivessem transcendido o âmbito familiar”.<sup>18</sup>

Inicialmente o direito privado era o *ius civile quiritorium*,<sup>19</sup> aplicável apenas aos cidadãos romanos e essencialmente consuetudinário.

Aqui interessa apenas as questões envolvendo particulares; os casos de quebra da paz pública (traição, comunhão com o inimigo, rebelião violenta contra a magistratura, e também o homicida, sodomita, violador da castidade da mulher, incendiário, o que cometia falso testemunho, ou que através de encantos impedia a colheita, ou ainda quem sem título colhia os grãos consagrados à proteção pelos deuses ou pelo povo) estavam sujeitos a regras diversas, correndo em processo público com iniciativa do próprio rei, e resultando, no caso de procedência, em morte do acusado.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> JAN-MATHIEU CARBON e VINCIANE PIRENNE-DELFORGE, *Codifying 'sacred laws' in ancient Greece*, p. 143, 152 e 155; PIERRE CHANTRAINE, *Dictionnaire*, p. 742-743.

<sup>18</sup> PEDRO MARTINEZ, *Ensaio*, p. 228.

<sup>19</sup> *Quirinus* era o nome de um deus sabino da guerra – significando ou “portador da lança” ou originário de Curês, principal cidade sabina (na atual Fara in Sabina), próxima de Rôma –, e foi o nome atribuído a Rômulo quando este foi divinizado (cf. <https://pantheon.org/articles/q/quirinus.html>). Segundo a tradição romana, em 745 AEC (oito anos após a data tradicional de fundação da cidade), quando, após a guerra que se seguiu ao *rapto das sabinas*, foi firmada a paz com a união das cidades de Rôma e Curês, o *imperium* foi atribuído integralmente àquela, e os cidadãos passaram a ser chamados de quirites em homenagem a esta (TITUS LIVIUS, *The history of Rome*, v. 1, livro I, itens XIII-XIV).

<sup>20</sup> MOMMSEN, *History*, v. 1, p. 189-192.

Inicialmente somente existia a sanção penal, isto é, o castigo pelo descumprimento das regras legais, e somente num momento posterior é que surgiu a previsão de uma compensação pelos danos causado por uma ação ilegal.<sup>21</sup>

Assim, o indivíduo ofendido comparecia junto com o acusado perante o rei – o acusado poderia ir por iniciativa própria ou levado a força pelo reclamante –, e apresentada a reclamação, se o demandado recusasse a aquiescer, o rei poderia investigar o caso ele mesmo ou delegar para alguém o fazer em seu nome; a forma regular de satisfação de uma lesão era um acordo feito entre ofensor e ofendido, havendo intervenção do poder real apenas quando o bem não era retornado, ou a lesão não fosse reparada por uma expiação adequada (*poena*), ou ainda se a justa demanda não fosse atendida.<sup>22</sup> A *lex aquilia*, passada em período posterior, através de plebiscito em 286 EC, tratando da responsabilidade por *damnum iniuria datum* (dano causado ilicitamente), tratava a situação como delito privado, apenado com multa de caráter misto, pena e reparação do dano.<sup>23</sup>

Se o credor fosse o estado,<sup>24</sup> o devedor era vendido, junto com toda a sua propriedade privada, bastando a demanda para estabelecer o débito; se, por outro lado, uma pessoa privada informasse o rei de alguma violação de sua propriedade (*vindiciae*) ou se o pagamento de um empréstimo não ocorresse corretamente, se os fatos não estivessem já estabelecidos, era feita uma aposta, fazendo cada

---

<sup>21</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 58-59.

<sup>22</sup> Mommsen, *History*, v. 1, p. 192-193.

<sup>23</sup> Gilissen, *Introdução*, p. 751.

<sup>24</sup> Mommsen usa o termo *estado* (*state* na tradução inglesa, *Staat* no original alemão), que deve ser compreendido como a *comunidade* ou a *res publica*, i.e., a organização política (“todos os homens (...) congregados em um agrupamento da multidão por seu consenso de justiça e uma reunião de utilidade comum”, Cícero, *Sobre a república*, I, 25, p. 93) detentora do monopólio da violência legítima, mas com uma noção de território diversa da contemporânea, pois a jurisdição era mais ligada à cidadania do indivíduo do que à territorialidade. V., a propósito, a crítica de Grossi, muito embora limitada à utilização do termo “estado” no período medieval (*A ordem jurídica medieval*, p. 51-52).

parte um depósito (*sacramentum*) em gado<sup>25</sup> contra a contingência de perda, cabendo a um magistrado decidir o vencedor, e os animais caucionados eram utilizados pelos sacerdotes em sacrifícios públicos. Não cumprida a obrigação, o credor levava o devedor (pondo as suas mãos sobre ele – *manus iniectio*) ao magistrado para que satisfizesse o débito reconhecido, e poderia haver a intervenção de um terceiro que passava a ser corresponsável pela dívida, e se não houvesse nem pagamento nem garantia o rei adjudicava o devedor ao seu credor, tornando aquele escravo deste. Se após sessenta dias, período no qual o devedor era exposto três vezes no mercado, a situação não fosse resolvida, o credor poderia matar o devedor, ou vendê-lo com seus bens e filhos fora da cidade, ou ainda mantê-lo como escravo pessoal.<sup>26</sup>

Como decorrência da liga perpétua estabelecida entre Roma e o Latium, declarando a validade de todos os contratos estabelecidos entre romanos e latinos, foi estabelecido um processo civil abreviado perante *recuperatores* (no mínimo três, e sempre em número ímpar, composto por árbitros romanos e latinos, que deveriam concluir o processo em até dez dias.<sup>27</sup>

A falta de leis escritas, contudo, dava espaço para uma atuação despótica e arbitrária dos reis e magistrados, ameaçando a relativa independência das famílias, situação que culminou com a queda da monarquia em 509 AEC e estabelecimento do governo consular patrício, renovado anualmente.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Cinco bois quando o objeto sob litígio fosse superior ao equivalente a dez bois, e cinco ovelhas quando o valor fosse inferior (MOMMSEN, *History*, v. 1, p. 196). A utilização do gado (*pecū*, raiz de *pecūnia*, *pecūlium*, *peculātus*, ...) como símbolo monetário primário de riqueza e nas transações comerciais na sociedade primitiva romana (e indo-européia em geral, cf. TACITUS, *On Germany*, n. 5 e 21) é evidente: “O estudo de *\*peku* e de seus derivados nos três grandes dialetos em que ele é representado – indo-iraniano, itálico e germânico – leva a uma inversão da interpretação tradicional: *\*peku* designa originalmente ‘a riqueza móvel pessoal’, e é apenas por especificações sucessivas que ele pôde designar, em certas línguas, o ‘gado’, o ‘gado miúdo’, o ‘carneiro’.” (BENVENISTE, *O vocabulário das instituições indo-européias*, v. 1, p. 45).

<sup>26</sup> MOMMSEN, *History*, v. 1, p. 196-197.

<sup>27</sup> MOMMSEN, *History*, v. 1, p. 200.

<sup>28</sup> PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 231-233.

Mas seguiram definindo os rumos da república as tensões sociais entre patrícios e plebeus decorrentes de diversos fatores, dentre os quais a divisão de poderes e a indefinição de direitos, pois os patrícios decidiam exclusivamente em proveito próprio. Esse período ficou conhecido como *conflito das ordens*, com início marcado em 494 AEC, quando houve uma revolta popular, e encerrado somente quando, muito tempo depois, foi finalmente atingida a igualdade política entre as ordens, em 287 AEC, através da *lex Hortensia*.

Na sequência de uma série de reformas que aumentaram a representatividade e poder da plebe, foi elaborada a *lei das doze tábuas* (*lex duodecim tabularum*), resultado da proposta em 461 AEC do tribuno do povo TERENTILIUS ARSA de se nomear magistrados para formular leis escritas.

Como preparação, em 454 AEC foram escolhidos e enviados a Atenas três patrícios<sup>29</sup> para estudar as leis atenienses de SÓLON e as dos demais estados gregos, retornando dois anos depois, e em 451 AEC foi criada uma comissão de dez pessoas<sup>30</sup> (*decemviri legibus scribundis*) – a quem foi atribuído também o império consular, abolindo-se as demais magistraturas –, e no primeiro ano concordaram com dez tábuas, compilando regras fundamentais de direito consuetudinário sobre temas diversos, e duas mais no segundo e final ano de sua magistratura.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> SPURIUS POSTUMIUS ALBUS, AULUS MANLIUS VULSO, e SERVIUS SULPICIUS CAMERINUS. Todos os três vieram a integrar o primeiro decenvirato.

<sup>30</sup> Todos os integrantes já haviam servido como cônsul e a comissão inicialmente foi composta por APPIUS CLAUDIUS CRASSUS SABINUS REGILLENSIS, AULUS MANLIUS VULSO, TITUS GENUCIUS AUGURINUS, SERVIUS SULPICIUS CAMERINUS CORNUTUS, VETURIUS GEMINUS CICURINUS, PUBLIUS CURIATIUS FISTUS TRIGEMINUS, PUBLIUS SESTIUS CAPITOLINUS VATICANUS, TITUS ROMILIUS ROCUS VATICANUS, GAIUS JULIUS IULUS, e SPURIUS POSTUMIUS ALBUS REGILLENSIS, todos patrícios. No ano seguinte permaneceu apenas APPIUS CLAUDIUS CRASSUS SABINUS REGILLENSIS, que nomeou outros nove integrantes: QUINTUS POETELIUS LIBO VISOLUS, MARCUS CORNELIUS MALUGINENSIS, TITUS ANTONIUS MERENDA, LUCIUS SERGIUS ESQUILINUS, KAESO DUILIUS, LUCIUS MINUCIUS ESQUILINUS AUGURINUS, SPURIUS OPPIDIUS CORNICEN, QUINTUS FABIUS VIBULANUS, e MANIUS RABULEIUS.

<sup>31</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 425 e 551; TITUS LIVIUS, *The history of Rome*, v. 1, livro III, itens XXXI-XXXIII.

A solidariedade familiar foi abolida (mas mantida a autoridade quase ilimitada do *pater familias*), proibidas as guerras particulares, e as terras tornaram-se alienáveis. Até o século 2º AEC o direito romano seguiu “de tipo arcaico, primitivo, direito de uma sociedade rural baseada sobre a solidariedade clânica”.<sup>32</sup>

Entrevê-se aqui que a sobrevivência e engrandecimento de Roma se deu em grande parte à absorção da cultura dos povos dominados, inclusive a religião, iniciando-se pela etrusca, destacando-se a grega, e por fim a judaica-cristã.

### 1.1.1 As ‘*legis actiones*’

Nessa época vigorava o processo da *legis actio* – algumas formas derivando de modelos do período reinícola e outras desenvolvimentos mais recentes –, com procedimento bifásico, utilizando fórmulas orais determinadas na primeira fase (*in iure*) – deixar de utilizar as palavras corretas resultaria na perda do processo –, realizada perante um magistrado (inicialmente exclusivamente o praetor, mas depois também o *consul* ou o tribuno militar), a quem cabia supervisionar todas as questões prévias, e encerrada pela *litis contestatio*,<sup>33</sup> e uma segunda fase decisória (*apud iudicem*) com julgamento por um juiz privado escolhido pelas partes (*iudex*).<sup>34</sup>

Havia cinco *legis actiones*: *sacramento*, *per iudicis arbitri postulationem*, *per condictionem*, *per manus iniunctionem*, e *per pignoris capionem*. As três primeiras de caráter condenatório ou constitutivo e as demais executivas.

---

<sup>32</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 81 e 87.

<sup>33</sup> Uma pessoa presenciava os atos e pronunciava a frase “*testes estote*” (*estou presente*, numa tradução aproximada – *testes* é a forma acusativa plural do verbo *testis*, palavra derivada das raízes indo-européias \**tréyes* + \**steh₂-*, significando aquele “terceiro”, e este “ocupar um lugar”, “ficar de pé” (cognato do inglês *stand* e do alemão *stehen*) – o sentido do termo seria, então, *terceira pessoa presenciando o ato*), de onde o termo *con-testatio*.

<sup>34</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 495, 518, 541-542, 566.

A *legis actio sacramento* era genérica, e disponível quando não houvesse outra *legis actio* específica. O nome revela a origem sacra do instituto: um juramento que se provado falso colocava o perjurador fora da lei (*sacer*<sup>35</sup>), e com o tempo passou a designar uma quantidade de dinheiro (variável de acordo com o valor do objeto sob litígio) a ser depositado (inicialmente em gado, como visto acima, e mais tarde passaram a ser aceitas garantias do pagamento) e entregue como penalidade ao erário (e não ao adversário) no caso de derrota – proferidas as fórmulas e ritos, os litigantes se desafiavam pelo *sacramentum*, cabendo ao *iudex* determinar, ao por fim ao litígio, qual *sacramentum* foi *iustum* e qual *iniustum*.<sup>36</sup>

Na *legis actio per condictionem* – assim denominada a partir do verbo *condicere*, significando *noticiar, notificar* – o reclamante fazia uma declaração formal perante o magistrado de que o réu lhe devia uma quantidade de dinheiro – *certa pecunia* (processo regulado pela *lex Silia*), ou alguma coisa específica – *de omni certa re (lex Calpurnia)*. Após essa declaração o autor chamava o réu para confirmá-lo ou negá-lo, e neste caso o autor notificava o réu para comparecer trinta dias depois perante o magistrado para que fosse indicado um *iudex*, obrigando-se a pagar uma parte do valor em litígio como penalidade em caso de perda.<sup>37</sup>

A *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* foi introduzida pela Lei das doze tábuas para reclamações de contrato verbal e divisão de herança entre os herdeiros e posteriormente estendida para outros litígios, como aqueles entre coproprietários

---

<sup>35</sup> A *sacratio* era decretada para crimes: contra instituições que estavam sob proteção divina, de remoção de pedras de divisa, fraude cometida por um patrono contra seu cliente, e (a partir do século 5º AEC) pela injúria feita a um tribuno do povo. Não correspondia a uma pena de morte, mas o *sacer homo* estava excluído da proteção divina e humana, e matá-lo não era considerado crime. Além disso a propriedade do *sacer* era entregue aos deuses (*consecratio* ou *sacratio bonorum*) (BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 687).

<sup>36</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 542-543.

<sup>37</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 542.

(*actio communi dividundo*) pela *lex Licinnia*. Uma vez apresentada a declaração formal do autor e a negação pelo réu, era indicado, de acordo com a natureza da demanda, um juiz (*iudex*) ou árbitro (*arbiter*).<sup>38</sup>

A *legis actio per manus iniunctionem* era uma forma de execução pessoal do devedor para demandas específicas, derivando seu nome de uma apreensão, nesta fase, simbólica do devedor pelo credor, em que este colocava a mão (*manum inicere*) sobre a aquele. Tinha cabimento quando o devedor, passados trinta dias de uma decisão tomada numa das *legis actiones* de cunho condenatório não tivesse saldado o débito, e poderia levar à sujeição pessoal do devedor ao credor (inclusive podendo ser vendido fora dos limites da cidade, perdendo a liberdade e cidadania, mas já não mais poder de vida e morte) caso não houvesse o pagamento ou indicação de um garantidor (*vindex*).<sup>39</sup>

O vocábulo *vindex* é formado pelos termos *vim* (forma acusativa singular de *vis*, *força*, *violência*) e a raiz do verbo *dicō* (originalmente *apontar*, *mostrar*, e depois *dizer*, *falar*, *afirmar*), significando *aquele que afirma com força ou veemência*, i.e., que com a sua palavra garante o cumprimento da obrigação.<sup>40</sup> Serve de origem de diversas palavras, como *reivindicação* (*rei* + *vindicatio*, afirmar direito a uma coisa) e *vingança*; *vindicatio* significava originalmente revidar uma lesão sofrida, e depois a defesa da propriedade ou acusação por um ilícito.<sup>41</sup>

Havia ainda uma forma sumária de execução extrajudicial, a *legis actio per pignoris capionem*, aplicável a apenas algumas poucas

<sup>38</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 542.

<sup>39</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 348 e 542.

<sup>40</sup> ERNOUT & MEILLET afirmam significar *aquele que afirma (denuncia) a violência sofrida pelo réu* (*Dictionnaire étymologique*, p. 737).

<sup>41</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 766.

demandas de natureza militar ou sacra. O credor recebia promessa sobre a propriedade do devedor, podendo haver a execução de mão-própria mesmo na ausência do devedor ou em dias em que não poderia haver atos oficiais por motivos religiosos (*dies nefasti*). Ante a presença de uma testemunha o credor pronunciava a fórmula prescrita e tomava o objeto para si.<sup>42</sup>

Essa forma de processo civil foi depois superada pelas fórmulas escritas que caracterizam o processo romano clássico.

### **1.1.2 O processo formulário**

Em paralelo às *legis actiones* desenvolveu-se o *ius honorarium*, leis introduzidas por magistrados (sobretudo pretores – *ius praetorium* –, mas também edis – *ius aedilicium*) que podiam promulgar editos válidos pelo período de sua magistratura para corroborar, suplementar ou corrigir as leis existentes “no interesse da comunidade” (*propter utilitatem publicam*, *Digesto* 1.1.7.1), levando em conta o desenvolvimento da vida legal e econômica, consistindo basicamente de remédios processuais, introduzindo novas ações (*actiones praetoriae*) mais tarde se desenvolvendo num sistema legal paralelo ao *ius civile*, vindo a prevalecer em razão de sua forma mais simplificada e acessibilidade a inovações materiais e processuais exigidas pelas mudanças nas necessidades econômicas e sociais.<sup>43</sup>

Construído sobre o desenvolvimento do *ius honorarium*, o processo formulário surgiu com uso limitado aos estrangeiros (*peregrinus*), sendo originalmente utilizada pelo *praetor peregrinus* que lhes concedia ações (ou contra eles) através de uma ficção: “como se fosse um cidadão romano”; passou a ser aplicado também aos cidadãos

---

<sup>42</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 542.

<sup>43</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 449, 475 e 529.

por força da *lex Aebutia* (entre 199 e 126 AEC), e mais tarde estendida pela *lex Iulia iudiciorum privatorum*, substituindo quase completamente o processo da *legis actiones*.<sup>44</sup>

A *formula* era um documento escrito, acordado entre as partes ao fim da primeira fase do processo (chegando-se ao *litis contestatio*), pelo qual se atribuía ao *iudex* num processo civil a autorização para condenar o réu caso certas circunstâncias legais ou fáticas fossem provadas, ou absolvê-lo em caso contrário, contendo diversas cláusulas, inclusive a própria indicação do *iudex* que decidiria o caso, e duas partes essenciais: a *intentio* (onde o demandante expunha a questão a ser decidida), e a *condemnatio* (parte onde era atribuído ao *iudex* o poder de condenar num valor monetário ou absolver o réu), podendo haver ainda a *demonstratio* (para especificar mais precisamente o objeto da demanda, quando este não fosse certo), e *adiudicatio* (autorizando o *iudex* a transferir a propriedade do objeto da demanda em ações divisórias); ao demandado cabia pedir a inserção de exceções (*exceptio*) ou outras modificações na *formula*.<sup>45</sup>

Na *formula praeiudicialis*, veiculando uma *actio praeiudicialis* relacionada a questões preliminares (*praeiudicium*), a *condemnatio* estava ausente e havia apenas a *intentio*, pois a declaração final do *iudex* (*pronuntiatio*) estabelecia apenas a existência de um fato juridicamente importante.<sup>46</sup>

Antes da *intentio* poderia ainda ser inserida a *praescriptio*, servindo para delimitar com maior precisão a demanda. Originalmente poderia ser tanto a favor do autor (*praescriptio pro actore*, logo substituídas pelas *exceptiones*) quanto do réu (*praescriptio*

<sup>44</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 474, 547 e 626.

<sup>45</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 349, 403, 430, 475, 506; GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §§39-48.

<sup>46</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 347 e 475.

*pro reo*).<sup>47</sup> O sentido de perda da ação por decurso de tempo é estranho ao termo “*praescriptio*” no período do processo formulário e só surgiu na fase posterior do processo civil romano<sup>48</sup> – numa analogia grosseira, pode ser equiparada à corrente figura da *exceção substancial*, veiculando matérias tais como a usucapião e outras análogas às modernas decadência (como os prazos para a *restitutio in integrum*,<sup>49</sup> o *pactum displicentiae*,<sup>50</sup> e a *actio redhibitoria*<sup>51</sup>) e prescrição.<sup>52</sup>

A elasticidade do processo formulário facilitava a sua adaptação para qualquer caso, e permitiu a sua sobrevivência por um longo período até que finalmente fosse substituído por uma nova forma de procedimento, a *cognitio extra ordinem*.

Todas as ações eram ou derivadas das leis ou do poder de império dos magistrados.<sup>53</sup> As ações das leis eram instituídas na cidade de Roma (ou dentro da área delimitada pelo primeiro marco), entre cidadãos romanos perante um *iudex* singular; as ações de *ius honorarium*, que têm como fonte o império de um magistrado, eram aquelas instituídas perante um painel de *recuperatores* (pelo menos

<sup>47</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 645.

<sup>48</sup> AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, p. 8 *apud* MOREIRA ALVES, *O novo código civil*.

<sup>49</sup> Remédio pretoriano extraordinário - *auxilium* - concedido em face do pleito de quem tenha sofrido (ou sido ameaçado de) uma perda iníqua, invalidando um negócio realizado validamente segundo o *ius civile*; quando fundada em falta de experiência ligada à minoridade, deveria ser ajuizada em um ano após atingir a maioridade (BERGER, *Dictionary*, p. 682). Nas Ordenações Filipinas (1603), o prazo era mais elástico: deveria ser “pedida e impetrada” em até quatro anos depois de completada a maioridade, que, então, se dava aos 25 anos (L. 4ª, T. 79, §2), mas o código comercial (Lei n. 556, de 25.06.1850, art. 441) não a admitia.

<sup>50</sup> Cf. definição de BERGER (*Dictionary*, p. 615) pode-se afirmar que era semelhante ao pacto de retrovenda previsto no art. 505 do Código Civil brasileiro de 2002 (“O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias”).

<sup>51</sup> Permitia o desfazimento do negócio jurídico dentro de um período de tempo, tal como a ação redibitória prevista no art. 445, do Código civil brasileiro de 2002 (“O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade”).

<sup>52</sup> Cf. BERGER, *Dictionary*, p. 645; FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY *apud* NAZO, *A decadência*, p. 33.

<sup>53</sup> “*Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur*”, GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §103

três) ou um *iudex* singular, se o *iudex* ou uma das partes fosse estrangeiro ou se instituída fora dos limites da cidade.<sup>54</sup>

O pedido mal formulado, afirmando-se ter direito maior do que o autor tem, em termos de valor (acima do quanto lhe é devido), tempo (antes de quando é devido), lugar (em local diverso de onde é devido), ou afirmação do caso (impedindo o réu de fazer uma escolha prevista em contrato), levaria à perda da demanda. Por outro lado, “intendere” menos do quanto devido impedia o autor de pedir o restante em outra ação no mesmo pretorado, pois a segunda ação poderia ser excluída por uma exceção do réu: *exceptio appellatur litis dividuae*.<sup>55</sup> Vê-se, assim, que a *actio* não era expressão sinônima ao direito do autor.

Mas, poderia o autor acionar o réu a qualquer tempo?

Cabia ao magistrado *cum imperium* (inicialmente só os cônsules e a partir do século 4º AEC o pretor urbano e de 242 AEC o pretor peregrino) dar aos cidadãos ordens sobre a sua conduta, ora de forma individualizada, ora em caráter geral: era através desse *ius edicendi* que em determinado momento o pretor passou a estabelecer no princípio do seu período de serviço as “regras de justiça e fórmulas processuais que se propunha seguir em todas as decisões”, geralmente aproveitando do edito do ano anterior “tudo o que era razoável, pelo que foi permanecendo durante anos e anos sucessivos um núcleo de regras que formava o *edictum vetus* ou *tralatitium*”.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §§104, 105 e 109; BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 668.

<sup>55</sup> GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §§53-56.

<sup>56</sup> MARCELO CAETANO, *História*, p. 80-81.

Assim, originalmente todas as *actiones civiles*, fundadas numa lei ou *senatusconsultum*, eram ilimitadas em sua duração<sup>57</sup> (*actiones perpetuae*, em oposição às *actiones temporales*), mas com o passar do tempo os pretores passaram a limitar em seus editos o direito de apresentar a maioria das novas ações que eles introduziam (*actiones praetoriae*) em um ano da data do evento sobre o qual a ação era fundada; os edis limitavam as suas ações relacionadas a vendas a um período ainda mais curto – seis ou doze meses; algumas *actiones civiles*, contudo, eram limitadas (a *querela inofficiosi testamenti*, p.ex., deveria ser apresentada em cinco anos; a limitação também ocorria com vários interditos, como o *interdictum fraudatorium*, e as *restitutiones in integrum*),<sup>58</sup> e podia ocorrer de o pretor fazer as ações pretorianas perpétuas.<sup>59-60</sup>

Nos *iudicia legitima* (ações da lei exercidas entre cidadãos e dentro dos limites da cidade) as ações instituídas pela *lex Julia iudiciaria* “expiravam”, ou “morriam” – “*expirant*”, do verbo *expirō*, expirar; “*mori*”, do verbo *morior*, morrer –, em dezoito meses, sendo possível o estabelecimento de prazo diverso; nos *iudicia quae imperio* (ações criadas por *ius honorarium* ou ações das leis exercidas fora dos limites da cidade) as ações somente valiam enquanto o pretor que as editou mantivesse império (as investiduras romanas duravam um ano) – não se tratava de prazo para ajuizamento da ação, mas de

---

<sup>57</sup> “Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatus ue consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, | eas uero, quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare”. [Devemos lembrar aqui que o pretor as concede, sem limite de prazo, nas ações originadas de uma lei ou senatusconsultus, mas às dependentes de sua própria jurisdição, o pretor as recebe em até um ano].

<sup>58</sup> MOREIRA ALVES, *O novo Código Civil*.

<sup>59</sup> “Aliquando tamen et perpetuo eas dat, uelut quibus imitatur ius legitimum, quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque, qui heredis loco sunt, accommodat. furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.” [Todavia, às vezes a ação pretoriana imita o direito legítimo; tais são as que o pretor concede ao possuidor do bem, e aos outros sucessores que ocupam o lugar de um herdeiro. A ação de furto flagrante, embora derivada da jurisdição do pretor, é concedida perpetuamente; e com razão, já que em substituição à pena capital foi estabelecida a pecuniária].

<sup>60</sup> GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §§110 e 111; POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §110.

duração do processo;<sup>61</sup> no entanto, qualquer litígio poderia ser postergado por uma série de recursos, havendo relatos de processos durando até vinte anos.<sup>62</sup>

EMILIO BETTI<sup>63</sup> chega a afirmar que o prazo a que se sujeitavam as ações pretorianas teria natureza decadencial, em afirmação claramente anacrônica, pois a noção do que é decadência somente viria a ser desenvolvida séculos depois, ainda que possa haver alguma aproximação (maior do que em relação à própria “prescrição”, como veremos mais adiante) entre aquilo que hoje entendemos como “decadência” e os prazos limitando o exercício das *actiones*.

A limitação da duração das ações presente na época do processo formulário, muito embora tenha deixado alguns resquícios no *Digesto*, estava obsoleta muito antes do tempo de JUSTINIANUS; THEODOSIUS II limitou a trinta anos o prazo para o estabelecimento da *litis contestatio* a contar do nascimento da ação, e a ausência de um novo ato das partes ou do juiz dentro desse mesmo prazo impediria o prosseguimento da ação.<sup>64-65</sup>

Em data incerta foi introduzida uma limitação temporal pelos governadores provinciais em ações reais sobre bens não sujeitos à usucapião, impedindo o antigo proprietário de utilizar a *rei vindicatio* para reaver a sua propriedade: era a *praescriptio longi temporis*, variando entre dez e vinte anos, a depender das circunstâncias do caso; posteriormente a *praescriptio* deixou de ser apenas uma limitação à ação do autor e passou a operar como a usucapião e ser modo de

---

<sup>61</sup> POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §§104-105.

<sup>62</sup> AUGUST VON BETHMANN-HOLLWEG, *Die Gerichtsverfassung und der Prozeß des sinkenden Römischen Reiches*, §80 *apud* POSTE, *ibidem*.

<sup>63</sup> *Istituzioni di Diritto Romano*, v. I, p. 49, nota 35, 92 *apud* MOREIRA ALVES, *O novo Código Civil*.

<sup>64</sup> *Codex Theodosianus* 4.14.1.

<sup>65</sup> POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §§104-105; BERGER, *Dictionary*, p. 347, 474-475 e 645-646.

aquisição da propriedade.<sup>66</sup> Veio ainda a introdução de uma limitação de quarenta anos impedindo que o autor buscasse a restituição de propriedade perdida.<sup>67-68</sup>

Em 424 EC, por Lei dos imperadores HONORIUS e THEODOSIUS II, todas as ações que não tivessem outro prazo passaram a estar sujeitas ao limite de trinta, e em alguns casos quarenta, anos, e a partir de então *actiones perpetuae* passou a significar as ações sujeitas a este limite genérico, e *actiones temporales* as sujeitas a prazo mais breve.<sup>69</sup>

O nascimento da ação (*actio nata*), nas ações reais, era o momento em que o direito real havia sido violado; nas ações pessoais sobre delito a partir do momento do delito, nos quasi-contratos de *tutelae iudicium* do fim da tutela quando o ilícito do tutor é estabelecido, e na *condictio indebiti* a partir do pagamento indevido; nas ações de contrato a partir da violação do contrato.<sup>70</sup>

Contudo, o curso do prazo da *praescriptio* nem sempre depende da violação do direito primário do credor ou uma quebra do contrato; se for fixado um termo para o adimplemento do contrato a prescrição começará a correr a partir do termo final para a execução do contrato, i.e., da violação do direito primário do autor (*Codex*, 7.39.7.4); se nenhum termo fosse prefixado, o curso da *praescriptio* não

---

<sup>66</sup> No tempo de JUSTINIANUS (527-565 EC) a *usucapio* (prevista já na sexta tábuas da *Lei das doze tábuas*, cf. BERGER, *Dictionary*, p. 645 e 752) e a *praescriptio longi temporis* foram fundidas num único instituto utilizando-se aquela expressão para bens móveis e esta para imóveis (BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 645).

<sup>67</sup> Na época do imperador CONSTANTINUS (c. 324-337 EC), posteriormente reiterada pelos imperadores VALENTIANUS e VALENS (c. 364-375 EC): Cod. 7.39.2.pr. Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex constantiniana iubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt, eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. [*Estariam mal os donos da terra, se houver tal precária prerrogativa do possuidor de acusar, de modo que eles por qualquer motivo ao fim do lapso de quarenta anos não pudessem ser perturbados. A lei constantina determina que não é questionada a posse desde o início, daquele que toma a posse para si e não para outrem, mas não convém chamar os possuidores, que a tem pelo simples motivo de que devem prestar pagamento habitual (aluguel)*].

<sup>68</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 645; POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §110.

<sup>69</sup> MOREIRA ALVES, *O novo Código Civil*.

<sup>70</sup> POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §110, citando SAVIGNY.

se iniciava quando o credor exigia a execução, mas da conclusão do contrato (i.e., da origem do direito primário<sup>71</sup>), de modo que o curso do prazo se iniciaria antes mesmo de haver a violação do direito (i.e., o inadimplemento), conclusão confirmada pela redação do *Digesto* (16.3.1.22<sup>72</sup>) e nas *Institutiones* de JUSTINIANUS (3.15.2<sup>73</sup>), e a demora do credor em exigir a prestação não levaria a uma postergação indefinida do início do prazo. Assim, o nascimento da ação frequentemente precede e não se confunde com a *mora*, que ocorre com a expiração do termo prefixado para pagamento ou recusa do devedor em cumprir a exigência do credor.<sup>74</sup>

O curso do prazo da *praescriptio* era interrompido através do reconhecimento pelo réu ou a apresentação de uma demanda pelo autor, identificada inicialmente com a *litis contestatio*, mas mais tarde, ante a possibilidade de se portar essa fase por iniciativa exclusiva do réu, foi fixado outro momento ligado aos efeitos da *litis contestatio*: a *citation*, concedida pelo juiz em resposta ao *libellus* do autor e entregue ao réu, era considerada o momento de início da *actio* e interrupção da *praescriptio* ou a *usucapio* impedida (*Codex* 7.39.7.5 e 7.40.3).<sup>75</sup>

A pretensão não morre pelo mero transcurso do tempo, mas por se a ter feito valer durante um período determinado – com a sentença a *actio* é consumida e em seu lugar o titular passa a ter o resultado desta.<sup>76</sup> A *actio* nova, surgida com a sentença, é

---

<sup>71</sup> Diversamente, SAVIGNY (*System*, § 240) afirmava que o inadimplemento da prestação resultava em violação do direito do autor, mas que em contratos que por natureza implicavam retardo na sua execução, como o *mutuum*, *depositum* e *commodatum*, o curso da prescrição se iniciaria não com a conclusão do contrato, mas da exigência de sua execução (*apud* POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §110).

<sup>72</sup> Est (...) scriptum eum qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat.

[Está escrito que o depositante pode agir imediatamente contra o depositário para que a coisa depositada seja devolvida quando houver má-fé do depositário em não devolvê-la].

<sup>73</sup> [Ex stipulatione pura] confestim peti potest

[(No contrato puro) pode reclamar imediatamente].

<sup>74</sup> Cf. POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §110, citando WINDSCHEID e VANGEROW.

<sup>75</sup> POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §110, citando SAVIGNY; WINDSCHEID, *La 'actio'*, p. 101-102.

<sup>76</sup> WINDSCHEID, *La 'actio'*, p. 105 e 110.

imprescritível, ainda que a anterior estivesse sujeita à prescrição, o que para o direito justianeu significava estar limitada a trinta anos.<sup>77</sup>

ALEXANDER HEINRICH FRIEDRICH FICK, em dissertação sobre a diferença entre as *actiones perpetuae* e as *temporales*,<sup>78</sup> divide os prazos não prescricionais em três categorias: aqueles em que não se trata de propor ação;<sup>79</sup> aqueles em que se trata de ação ou exceção, não sendo necessário agir em juízo;<sup>80</sup> aqueles em que se trata de ação ou exceção, podendo ser necessária a instauração do *iudicium*:<sup>81</sup>

“Em todos esses casos se trata de *beneficia iuris* concedidos a uma pessoa contra *ius commune*, os quais são (...) *maleficia* relativamente a outra pessoa e (...) o mesmo princípio de equidade, que os criou, exige que fiquem encerrados dentro de um breve prazo, voltando-se ao rigor do direito comum uma vez ele decorrido, não ficando mais nenhum vestígio do benefício”.

E o que seria, então, uma *actio*?

O termo deriva do verbo latino *agō* (*agir*) em sua forma supina acusativa *āctum*, acrescido do sufixo *-tio* (utilizado para formar um substantivo relacionado a uma ação ou o resultado de uma ação); uma tradução simples do latim nos dá, portanto, o vocábulo “ação”.

Em seu sentido jurídico, na definição de CELSUS (*Institutiones* 4.6 pr.), a *actio* “nada mais é do que o direito de

---

<sup>77</sup> WINDSCHEID, *La ‘actio’*, p. 171.

<sup>78</sup> *Quid intersit, quoad vim tempore in jus exercitam, inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam, et alias quas dicunt temporis praescriptiones*, 1847, apud NAZO, *A decadência*, p. 35.

<sup>79</sup> *Ius bonorum possessionem agnoscendi, beneficium excusationis, beneficium inventarii, etc.*

<sup>80</sup> *Ius protimeseos na enfiteuse, querela non numeratae pecuniae, beneficium reluendi pignoris, pactum displicentiae.*

<sup>81</sup> Ações temporárias, pretorianas e edilícias.

perseguir em juízo o que lhe é devido”.<sup>82</sup> BERGER<sup>83</sup> a define como o ato do autor pelo qual ele inicia um processo – *actione experiri* (intentar uma ação), *actionem exercere* (exercer uma ação) –, designando também, por sinédoque ou metonímia, todo o processo – “e não se extingue até o pronunciamento da sentença”<sup>84</sup> – ou, ainda, a fórmula concedida para uma determinada demanda (neste caso há superposição de sentido com *iudicium*, que poderia significar todo o processo ou apenas a segunda fase, *apud iudicem*, i.e., os procedimentos perante o *iudex* privado, ou ainda a fórmula escrita ou o ato que separava as duas fases do processo: a *litis contestatio*<sup>85</sup>).

Em linha semelhante WINDSCHEID e JUAN IGLESIAS<sup>86</sup> – pontuando, este, faltar entre os romanos “um conceito unitário de denúncia, ação ou 'reclamação'", pois “não há uma *actio*, senão particulares *actiones* com nomes diversos” –, atribuem-lhe um sentido **material** (“reclamação de um direito - de um direito civil obrigatório. *Actio* se traduz aqui pelo que os modernos chamam de 'pretensão' (...) enunciada na *intentio* da *legis actio* ou da *formula*”<sup>87</sup>), e outro **formal** (“instrumento que abre portas ao processo. (...) ato das partes dirigido a lograr a tutela jurisdicional”<sup>88</sup>).<sup>89</sup>

Em seu sentido material, e principal, WINDSCHEID afirma, inicialmente, que a *actio* seria um poder pertencente ao sujeito *com*

---

<sup>82</sup> “*Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*”.

<sup>83</sup> *Encyclopedic dictionary*, p. 341.

<sup>84</sup> WINDSCHEID, *La 'actio'*, p. 14.

<sup>85</sup> Cf. BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 520.

<sup>86</sup> WINDSCHEID, *La 'actio'*, p. 14; JUAN IGLESIAS, *Direito romano*, p. 264.

<sup>87</sup> “Cada direito se encontra tutelado por uma *actio*, e, em qualquer caso, não há pretensão com acesso aos tribunais que dela não tenha sido concedida uma ação” (JUAN IGLESIAS, *op. cit.*). Trata-se de idéia correlata à de que “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura” (art. 75, do código civil brasileiro de 1916).

<sup>88</sup> JUAN IGLESIAS, *op. cit.*

<sup>89</sup> Também notaram que *actio* expressa tanto uma faculdade *processual* como uma *material*: JOAHNN FRIEDRICH KIERULFF (*Theorie des gemeinen Civilrechts*, 1839, p. 156), CARL GEORG VON WÄCHTER (*Erörterungen aus dem römischen, deutschen und Württembergisches Privatrecht*, 1845-1846, §62, nota 2), EDUARD BÖCKING (*Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts*, 1855, §131), CHRISTIAN FRIEDRICH MÜHLENBRUCH (*Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte: Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt*, 1817, p. 17), GEORG FRIEDRICH PUCHTA (*Vorlesungen über das heutige römische Recht*, II, 1848, p. 3), cf. WINDSCHEID, *La 'actio'*, p. 12-13.

*anterioridade ao processo*:<sup>90</sup> é o direito à tutela judicial, nascido com a lesão do direito, “es decir, el derecho en el que se transforma un derecho al ser lesionado”,<sup>91-92</sup> implicando se tratar de algo diverso e que substitui um *ius*<sup>93</sup> – não “qualquer” *ius*, mas o *ius* lesionado – com existência autônoma,<sup>94</sup> permitindo ao autor impor a sua vontade mediante a persecução judicial. O reconhecimento ou não de um *ius* no *ius civile* não vinculava o magistrado, pois assim como poderia conceder *actio* para que o autor fizesse valer a sua pretensão, poderia concedê-la a quem não tivesse *ius* e negar a quem tivesse;<sup>95</sup> expressa, assim, a *obligatio*<sup>96</sup> e tudo o mais que se pode exigir do outro, designando a *pretensão*.<sup>97</sup>

Em sua resposta a MUTHER, WINDSCHEID altera sua abordagem, passando a afirmar que a *actio* não tem por pressuposto essencial a lesão de um direito, nem está em seu conceito que se faça valer por ela um direito, nem serve de apoio ao direito, mas sim que faz as vezes do direito, não como algo derivado, mas autônomo – “em Roma o cidadão não recebia o que lhe assinava o direito, mas o que lhe assinava o *iudicium*”, de modo que o mais importante era “ter a seu favor, não o direito, mas o *iudicium*”, e assim já era com as *legis actiones*, pois uma pretensão que não se enquadrasse em uma daquelas existentes não era perseguível, e ainda mais com o processo formulário porque aí o pretor estabelecia a seu próprio critério os princípios pelos

<sup>90</sup> Essa concepção de ‘direito de acionar’ foi primeiramente exposta por J. C. HASSE (*Über das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, 1834), e, mais significativamente, por F. C. VON SAVIGNY (*System des heutigen römischen Rechts*, V, 1840).

<sup>91</sup> WINDSCHEID, *La ‘actio’*, p. 5.

<sup>92</sup> Mas o *Corpus Iuris Civilis* faz diversas referências a *actiones* que não pressupõem a lesão de um direito, conforme citado pelo próprio WINDSCHEID (*La ‘actio’*, p. 6).

<sup>93</sup> PUCHTA (*Pandekten*, 1866, §81) fala que a *actio* é um anexo ao direito; KARL LUDWIG ARNDTS VON ARNESBERG (*Lehrbuch der Pandekten*, 1868, §96) de uma “adição a seu conteúdo”; WÄCHTER (*Württembergisches Privatrecht*, II, §62) em suplemento, um elemento integrante do direito; BÖCKING (*Pandekten*, I, §131, nota 2) e KIERULFF (*Theorie des gemeinen Civilrechts*, p. 156-157) ensinam que “la actio no es otra cosa que el derecho mismo en actuación o en acción de hacerse valer” (cf. WINDSCHEID, *La ‘actio’*, p. 7).

<sup>94</sup> *Idem*, p. 44-45.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 7-9.

<sup>96</sup> “(...) las fuentes romanas no llaman *actio* solamente al momento de la accionabilidad, sino por la común a toda la relación jurídica obligacional a que se refiere una acción” (WÄCHTER, *Württembergisches Privatrecht*, II, §67, n.2 *apud* WINDSCHEID, *La ‘actio’*, p. 52).

<sup>97</sup> *Idem*, p. 10-12.

quais administraria a justiça, podendo reconhecer uma pretensão não fundada no direito e desconhecer outra assistida pelo direito.<sup>98</sup>

WINDSCHEID<sup>99</sup> afirma, ainda, haver consenso sobre a permanência do direito real após a prescrição da ação real nele fundada, mas profundo dissenso quanto à influência da *actio in personam* sobre a existência da obrigação correspondente, posicionando-se em favor da identidade entre pretensão obrigacional e direito obrigacional, de modo que exaurida a *actio*, a obrigação não subsistiria, ficando liberado o devedor. Mas prescrita a ação, subsiste uma *naturalis obligatio*, destruindo a pretensão, mas não de forma total.<sup>100</sup>

Ter *actio* era ter uma pretensão juridicamente fundada, e nem sempre a *actio* era decorrente de um *ius* (é o caso da *actio* pretorial), de modo que não haveria *ius* a sobreviver à extinção da *actio*. A *litiscontestatio* implicava a extinção da *obligatio* original que, numa espécie de ‘novação’ (“ainda que do ponto de vista jurídico não se trate de nada novo, mas justamente da realização do que já existia anteriormente”<sup>101</sup>) levava ao surgimento de uma nova, ligada ao *iudicium*, tendo por objeto o que vier a ser estabelecido na sentença – a *actio* se realiza com a *litiscontestatio*, que é o momento em que se constitui o *iudicium*, excluindo eventual outra *actio* sobre o mesmo objeto.<sup>102</sup>

Desse modo, até mesmo à atividade do demandado que opõe defesa autônoma, não se limitando a negar a pretensão do autor, poderia ser aplicada o termo *actio*.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> WINDSCHEID, *La ‘actio’ - réplica*, p. 299-300.

<sup>99</sup> *La ‘actio’*, p. 59-62.

<sup>100</sup> WINDSCHEID, *La ‘actio’ - réplica*, §16, p. 333.

<sup>101</sup> WINDSCHEID, *La ‘actio’*, p. 98.

<sup>102</sup> WINDSCHEID, *La ‘actio’*, §8; também, de forma semelhante WINDSCHEID, *La ‘actio’ - réplica*, §19, p. 341.

<sup>103</sup> WINDSCHEID, *La ‘actio’*, p. 14.

Contudo, nem todos autores conseguiram enxergar esse aspecto dúplice, limitando-se a afirmar um ou outro aspecto da *actio*.

Assim é que para PUGLIESE<sup>104</sup> a *actio* seria apenas o ato de iniciativa processual ou o poder – conferido pelo magistrado *no curso do processo* e exercido perante o adversário (fala-se em “*actio adversus aliquem tenetur*”, *ter ação contra alguém*), e não o Estado, pois não havia uma obrigação do magistrado de entregar a conceder a tutela (o que somente viria a ocorrer quando o magistrado perdeu o *imperium* no período do *principado*<sup>105</sup>) – de perseguir, via de regra, a tutela de uma situação substancial preexistente, com a qual não se confunde, pois o *ius civile* teria validade própria e não dependente de confirmação pelo magistrado, não havendo um valor criativo na *actio* – “o que criava o direito não era a *actio*, mas a fonte da *actio*, ou seja a cláusula edital”; por outro lado, as providências do magistrado seriam fonte do *ius honorarium*, não havendo reconhecimento de um *ius* que o antecedesse – no direito pretório a *actio* é dada *in factum*, “uma realidade vital subjacente, reclamadora de justiça timbrada com a *aequitas*” –, e apenas neste sistema haveria sentido na proposição de WINDSCHEID.

PROVERA<sup>106</sup> afirma que a *actio* não guarda relação com qualquer atividade material do sujeito, tendo se identificado “com a noção de faculdade ou poder, e portanto, com aquela de *ius*”, pois somente a adesão do réu à *litis contestatio* poderia levar à execução forçada; defende que a *actio* representa tanto “o gozo de uma coisa” como o “agir para atingir com uma sanção executiva o possuidor que

<sup>104</sup> *Introducción*, p. XXI-XXXVI.

<sup>105</sup> Período que vai de 27 AEC, com a ascensão do primeiro imperador, CAESAR AUGUSTUS, e encerrado em 284 EC, com o fim da *crise do terceiro século* (de 235 a 284 EC, iniciado com o assassinato do imperador SEVERUS ALEXANDER, em que mais de uma vintena de pessoas – em sua maioria gerais proeminentes – assumiu o poder imperial em todo ou parte do Império), e foi sucedido pelo período do *dominato* (fase despótica do governo imperial, mais autoritária e burocrática e menos colegiada do que o *principado*, diarquia entre o príncipe e o senado, iniciada com o reino de DIOCLETIANUS, e finda, no Oeste, com o colapso do Império do Ocidente em 476 EC, e no Leste com o fim do reino de JUSTINIANUS em 565 EC ou de FLAVIUS HERACLES em 641 EC).

<sup>106</sup> *A noção romana de ‘actio’*, p. 1-3.

recusava a restituição”, em suma “um poder, exatamente aquele de perseguir através do processo o que é de direito”.

THEODOR MUTHER<sup>107</sup> tem visão semelhante, afirmando que “o significado verdadeiro e originário da palavra *agere* é apresentar-se ante o pretor, falar e atuar”, e não poderia ser exercido unilateralmente mas em união com o adversário – *agere cum aliquo* (agir **com** alguém) – de modo que *actio* significaria o ato bilateral com que se inicia o processo,<sup>108</sup> ou mais precisamente a fórmula concedida pelo magistrado e que designa e instrui o *iudex*, i.e., que instaura o *iudicium*, pelo qual o titular busca o reconhecimento de seu direito primitivo. Com o fim da *legis actio*, e da presença e atuação solene perante o pretor, *agere* e *actio* continuaram designando o ato pelo qual o demandante iniciava o processo e também todo o procedimento que se desenvolvia perante o pretor. Assim, MUTHER afirma que o autor tinha uma pretensão a que se lhe fosse conferida a fórmula prevista no édito sempre que presentes as circunstâncias gerais sob as quais se havia prometido a *actio* – mas poderia ocorrer de mesmo assim o pretor negar-lhe, e nesses casos a utilização do *intercessio* (veto por um magistrado superior contra o ato oficial (decisão) de seu colega ou de um magistrado de nível inferior),<sup>109</sup> mas, ao contrário do que insinua MUTHER, não havia garantia de que o pedido seria atendido (não havia *pretensão*).

MUTHER distingue o *direito material*, direcionado à outra parte, e o *direito à tutela judicial*, direcionado ao Estado, este um direito condicionado, existente junto a esse outro direito, para o fim de tutelá-lo; mas também um direito nascido incondicionalmente, de modo que a sua existência começa só com a lesão desse direito primitivo.<sup>110</sup> Assim é que critica a expressão *prescrição da ação* utilizada por

<sup>107</sup> *Sobre la doctrina de la 'actio' romana*, §11.

<sup>108</sup> Quanto a esta afirmação MUTHÉ cita FRIEDRICH LUDWIG VON KELLER (*Der römische Civilprozeß und die Aktionen*, 1852, §12, pág. 45).

<sup>109</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 506.

<sup>110</sup> *Sobre la doctrina de la 'actio' romana*, p. 241.

WINDSCHEID, preferindo dizer *prescrição da pretensão à assistência estatal por lesão de um direito*.<sup>111</sup>

A premissa, contudo, é falsa, pois esse *poder* do autor também podia ser exercido, em determinadas hipóteses, pela via privada, e as formas estatais nada mais eram do que institucionalização “das primárias e elementares atitudes de defesa - física e pessoal - do próprio poder”.<sup>112</sup>

Assim, vê-se que o sentido original do vocábulo *actio* estava diretamente ligado a um agir do demandante, em juízo ou fora dele (p.ex., *actio per pignoris capionem*), tanto que chegava a haver sinonímia entre *actio* e *petitio*;<sup>113</sup> era algo, via de regra, levado às instituições estatais, mas externo e preexistente ao processo.<sup>114</sup>

### **1.2 A ‘cognitio extra ordinem’ e desenvolvimento nos períodos justiniano e medieval**

A expansão territorial e a progressiva concessão de cidadania para os povos aliados e conquistados (sobretudo com o édito de CARACALLA, de 212 EC) tornaram a lei romana aplicável a populações falantes de línguas bastante diversas, o que certamente levou ao afrouxamento das fórmulas, já que o latim – muito embora mantivesse status de *língua alta*,<sup>115</sup> sendo superado apenas pelo grego koiné na área de influência bizantina – não era mais o vernáculo para a larga maioria dos cidadãos romanos, o que dificultava a sua estrita observância.

---

<sup>111</sup> *Idem*, p. 266.

<sup>112</sup> JUAN IGLESIAS, *Direito romano*, p. 261.

<sup>113</sup> Cf. BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 629.

<sup>114</sup> Nesse sentido: JUAN IGLESIAS, *Direito romano*, p. 264; WINDSCHEID, *La ‘actio’*, *passim*.

<sup>115</sup> Nas áreas em que há *diglossia*, situação em que duas variedades linguísticas (dialetos de uma mesma língua ou duas línguas diferentes) coexistem num mesmo território e têm, por motivos históricos e políticos, status e funções sociais distintas, uma tomada como superior (“língua alta”, geralmente ligada à administração e/ou cultura) e outra inferior (“língua baixa”) (FERGUSON, *Diglossia*, p. 325-327 e 336).

Inicialmente concorrendo com o processo formulário (“extraordinário”), mais tarde (c. 200 EC) tornado exclusivo, o *cognitio extra ordinem* era baseado na idéia de que a administração da justiça é uma função estatal, enquanto que nas formas anteriores o processo era dominado pelas partes e apenas moderado e supervisionado pelo magistrado. Desaparece, então, a figura do juiz privado e em seu lugar assume um agente público atuando por delegação do imperador ou de um alto funcionário; não havia bipartição no procedimento nem fórmula, permanecendo todo o procedimento sob o controle do mesmo funcionário ou de seu delegado.<sup>116</sup>

A citação do réu passou a ser feita por uma agente do tribunal (que poderia prendê-lo se recusasse a comparecer), com base na reclamação apresentada pelo autor, que não mais precisava levar o réu até a corte (nem mesmo simbolicamente). Passou a haver maior ênfase na prova documental e o magistrado, não mais restrito por uma fórmula, passou a ter um poder mais discricionário em suas decisões, introduzindo-se, também, um complexo sistema recursal que poderia culminar no próprio imperador, e a execução passou a ser feita por um oficial com poderes de tomar os bens do réu para vendê-los em leilão.

A duração das ações civis foi limitada por JUSTINIANUS a três anos a contar da *litis contestatio*, sancionando a parte que deixasse de dar andamento à ação após ser-lhe determinado fazê-lo (*eremodicium*, do grego ἐρημοδίκιον, significando “direito vazio”) – *Codex* 3.1.13; caso a contumácia fosse de ambas as partes, o limite era de 40 anos.<sup>117</sup> Essa noção de prazos para ajuizar e dar andamento na ação é importante para entender o que mais tarde veio a ser chamado de *prescrição intercorrente*, e será analisada mais adiante.

---

<sup>116</sup> BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 394.

<sup>117</sup> Cf. BETHMANN-HOLLWEG, §47 *apud* POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius quartus*, §§104-105.

Também no tempo de JUSTINIANUS (de 527 a 565 EC) a *longi temporis praescriptio*, posse contínua por dez ou vinte anos, sujeita às condições da usucapião, tornou-se o modo universal de aquisição da propriedade fundiária, e foi acrescida uma segunda forma, a *longissimi temporis praescriptio* (Codex 7.39.8).<sup>118</sup>

A *longi temporis praescriptio* era aplicável como defesa não apenas nas ações de um proprietário reclamando a posse de sua propriedade, mas também naquelas relacionadas à existência de uma servidão, e muito embora diz-se que a *lex Scribonia* eliminou a usucapião das servidões, na legislação imperial tardia a *praescriptio* se tornou um meio de aquisição de servidões, assim como era meio de adquirir a propriedade.<sup>119</sup>

No período de THEODOSIUS 2º (de 402 a 450 EC) foi assinalado um prazo de trinta anos para a prescrição de todas as ações para as quais não se tivesse marcado um prazo mais breve (Codex Theodosianus 4.14.1; Codex 7.39.3), tendo como característica singular a de extinguir a ação, mas não o direito - ao menos o direito real (Codex 8.39.8.1).<sup>120</sup>

Em 426 EC foi editada a *Lex citationum* (lei das citações) por GALLA PLACIDIA AUGUSTA, mãe e regente do imperador VALENTINIANUS 3º, mais tarde incluída na compilação legal de THEODOSIUS 2º (Codex Theodosianus 1.4.3), numa tentativa de limitar a interpretação dos textos legais e simplificar a prática de julgar, fixando um critério quantitativo e não qualitativo, dentre uma lista fechada de autoridades escolhida dentre os juristas mais proeminentes do período clássico: GNAEUS DOMITIUS ANNIUS ULPIANUS (c. 170 – 223), GAIUS (c. 110-179), JULIUS PAULUS (secs. 2-3), AEMILIUS PAPINIANUS (142–212) e HERENNIUS MODESTINUS

<sup>118</sup> POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius Quartus*, § 110.

<sup>119</sup> POSTE in GAIUS, *Institutiones, Commentarius Quartus*, § 110.

<sup>120</sup> JUAN IGLESIAS, *Direito romano*, p. 266-267.

(c. 250) – havendo conflito na opinião entre esses juristas, prevaleceria a posição da maioria, e no caso de empate a posição de PAPINIANUS,<sup>121</sup> e se este não tivesse opinião expressa sobre o tema, o julgador ficava livre para decidir, o que gerou um engessamento no desenvolvimento teórico do direito que, somado a outras circunstâncias tratadas adiante, atravessou a Idade Média.

No Império do Oriente o *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIANUS manteve-se como base do direito bizantino, e a legislação foi alterada e adaptada às novas relações sociais, refletindo também a alteração da língua administrativa do latim para o grego, editando-se novos códigos legais, como a *Ecloga* (ἐκλογή, em 740), o *Proheiron* (Ὁ πρόχειρος νόμος, c. 879), e a *Basilika* (τὰ βασιλικά, fim do século 9º), que influenciaram a legislação dos territórios do leste europeu sob o jugo otomano e os estados que surgiram após o recuo das fronteiras turcas (Grécia e países balcânicos).

No Ocidente, o *Codex* de THEODOSIUS 2º exerceu “uma influência profunda e duradoura no decorrer da Alta Idade Média, até depois do ano 1000” e, não obstante a breve reconquista da Itália (de 540 EC a 568 EC) – pois a Gália e a Ibéria já haviam sido ocupadas pelos povos germânicos e a Itália foi logo tomada pelos lombardos –, apenas com o renascimento do século 12 o *corpus iuris civilis* passou a ser “fonte capital do novo direito comum que dominará a cena do direito do continente até o fim do século 18”.<sup>122</sup>

Na Alta Idade Média (do fim do *período das migrações* [invasões bárbaras] e queda do Império Romano do Ocidente em 476 EC, ao início da sociedade feudal e as invasões nórdicas no século 10), o direito romano, com o desmoronamento da estrutura estatal romana –

<sup>121</sup> A escolha de um doutrinador como autoridade máxima para a interpretação de textos legais é recurso recorrentemente utilizado, cf., p.ex., SCHIOPPA, *História*, p. 143, citando regra castelhana do final do século 15.

<sup>122</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 18-19.

gerando um vazio político, não preenchido totalmente pelas entidades políticas que sucederam a Roma –, cedeu espaço à tradição oral germânica, e com o advento do sistema feudal a situação se agravou, com prevalência de um direito consuetudinário cada vez mais descentralizado, não havendo nenhum desenvolvimento relevante, situação que permaneceu até o fim do século 10.<sup>123</sup>

O poder político incompleto na ordem jurídica medieval permitia a ingerência de poderes concorrentes.<sup>124</sup>

Diversos textos foram editados nos reinos germânicos, sob pesada influência do direito romano, cuidando, sobretudo, de procedimentos governamentais, tributos, composição por delitos, e sucessões.<sup>125</sup>

A partir da *lex salica* (possivelmente inspirada pelo *codex euricianus*, que retratava o direito romano vulgar contemporâneo) várias das leis bárbaras surgiram à medida que as “regiões entram no quadro político da monarquia franca”, como estados tributários: assim foi com os alamanos (estabelecidos no que corresponde hoje ao leste da Suíça), bávaros (no sudeste da Alemanha), saxões (norte da Alemanha), e frísios (das ilhas costeiras do Flandres ao rio Weser, englobando a Zelândia, Holanda e Frísia).<sup>126</sup>

Note-se que muitos desses trabalhos são anteriores ao *corpus iuris civilis* compilado no oriente à época de JUSTINIANUS, entre

<sup>123</sup> Cf. ABELARDO DA CUNHA LOBO, *Curso*, p. 522.

<sup>124</sup> GROSSI, *A ordem jurídica medieval*, p. 49.

<sup>125</sup> *Codex euricianus* (visigodos), c. 480; *lex burgundionum* (burgúndios), c. 500; *lex salica* (francos sális), c. 500; *breviarium alaricianum* (visigodos, também chamado *lex romana visigothorum*), 506; *edictum theodorici* (ostrogodos na Itália), entre séculos 5º e 6º; *pactus alamanorum* (alamanos), c. 620; *lex ripuaria* (francos do reino da Austrásia), c. 630; *edictum rothari* (lombardos), 643; *lex visigothorum* (visigodos, também chamado de *liber iudiciorum* ou *forum iudicium*), 654; *lex alamanorum* (alamanos), 730; *lex baiuvariorum* (bávaros), c. 745; *lex frisiorum* (frísios), c. 785; *lex saxonum* (saxões), 803; *lex anglorum et werinorum, hoc est, thuringorum* (turíngios), c. 802. Praticamente todos, enquanto vigentes, foram reeditados com acréscimos feitos pelos sucessivos reis.

<sup>126</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 175-176.

529 e 534, e utilizaram como fonte o *codex theodosianus* (438), as *institutas* de GAIUS (c. 161) e fragmentos das *sententiae* de PAULUS (séculos 2º e 3º).

GROSSI<sup>127</sup> relata que, na cultura da época, “*lex* significa *ius*, significa *Volksrecht*, constitui a redação escrita de um patrimônio consuetudinário complexo”, a ponto de o prólogo da *Lex Baiuvariorum*, editada na metade do século 8º, afirmar que “cada povo formou, a partir dos usos, uma *lex* própria. O uso prolongado tem efetivamente valor e vigor de *lex*”;<sup>128</sup> conclui, o autor, que “a *consuetudo* é uma *lex* em potência, e a *lex* é um costume certificado e sistematizado; ambos estão em contínua osmose”.<sup>129</sup>

Então, a norma “extraí conteúdo e autoridade do costume geralmente observado”, de modo que a própria norma régia contrária aos costumes seria inválida<sup>130</sup> – esse fato é observável também na atualidade, onde, no conflito entre lei e costume, a prática habitual (ainda que *contra legem*) é tida como obrigatória pelos envolvidos, que não raro encaram com indignação a aplicação estrita da lei pelo aparato estatal.

O costume não pode ser considerado como algo estático, mas um fenômeno dinâmico e plástico, suscetível de transformações profundas a longo prazo, refletindo as estruturas sociais, interesses, valores e princípios constantes no tempo em determinado lugar,

<sup>127</sup> *A ordem jurídica medieval*, p. 109-110.

<sup>128</sup> “Unaquaque gens propriam sibi ex consuetudine elegit legem. Longa enim consuetudo pro lege habetur”. O autor afirmar trata-se de uma circunstância comum a inúmeros textos normativos da alta Idade Média.

<sup>129</sup> “Entendia-se (...), desde os tempos da realeza, que todo o Poder provinha do *populus*, por ele era delegado e em seu proveito e benefício devia ser exercido. Aos reis fazia-se a delegação pela votação, nos comícios curiais, da *lex regia curiata de imperio*; sob o regime republicano, em vez do rei eram dois cônsules que anualmente recebiam o poder, da mesma forma por uma *lex curiata imperio*; e ainda no tempo do Império enquanto durou a diarquia, o Príncipe era investido pelo Senado, em nome do povo, por uma *lex regia de imperio*. Assim o poder nunca podia considerar-se direito ou prerrogativa pessoal de quem mandava: mas *função*, isto é, autoridade em nome alheio para ser exercida em proveito do dono”. “A partir de ADRIANO (117-138) só o Imperador tem o direito de iniciativa, isto é, só ele pode apresentar propostas de lei à aprovação do Senado, o que faz por um discurso – *oratio*. O poder legislativo do Senado cessou de facto no séc. III” MARCELO CAETANO, *História*, p. 50 e 80.

<sup>130</sup> GROSSI, *A ordem jurídica medieval*, p. 112-113.

refletidos na prática constante e reiterada de determinada conduta; alguns se transformam, outros se espalham até locais remotos; uns ganham espaço por força própria enquanto outros são impostos, mas refletindo sempre uma convicção de obrigatoriedade por parte daqueles que o observam.<sup>131</sup>

A criação jurídica era presidida pelo empirismo,

“orientada, no âmbito do direito privado, fundamentalmente, pelos tabeliões, através dos contratos e outros actos que elaboravam, não existindo, via de regra, preceitos gerais individualizadores dos vários institutos. Na verdade, são as escrituras tabeliônicas, redigidas de acordo com a vontade concreta das outorgantes, que paulatinamente, acto após acto modelam os vários negócios jurídicos. A perfeita autonomia, a definição e a disciplina destes só vieram a operar-se à medida que se deu a penetração das normas da ciência do direito romano renascido e do direito canónico renovado”.<sup>132</sup>

No século 11 houve um ressurgimento do estudo do direito romano centrado em Bolonha,<sup>133-134</sup> onde se desenvolveu a escola dos glosadores<sup>135</sup> (de 1090 a 1230, quando ACCURSIO completou seu trabalho de compilação das glosas, a *Glossa ordinaria*), sucedidos pelos *pós-glosadores* ou *comentadores*, que fizeram uma revisão crítica dos

<sup>131</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 46-47; ALMEIDA COSTA, *História*, p. 190.

<sup>132</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 196.

<sup>133</sup> Inicialmente utilizado pelo primeiro professor de Direito na universidade local, PEPO, sucedido por IRNERIUS, e depois pelos “quatro doutores de Bolonha”: BULGARUS, MARTINUS GOSIA, JACOBUS DE BORAGINE, e HUGO DE PORTA RAVENNATE.

<sup>134</sup> É frequente a referência um relato da redescoberta de uma cópia do *corpus iuris civilis* em 1070, mas a veracidade desse relato é contestada por diversos autores – como, p.ex. SAVIGNY (*apud* ABELARDO DA CUNHA LOBO, *Curso*, p. 378-381) – prevalecendo na doutrina atual tratar-se de mito, cf. ALMEIDA COSTA (*História*, p. 207-209), relatando que os textos eram conhecidos e citados antes disso, devendo-se o ressurgimento a outros fatores de ordem política, religiosa, cultural e econômica, como estabelecimento do novo Império e o universalismo ligado inclusive à fé católica que tomava a Europa de então.

<sup>135</sup> “Os glosadores encararam o *Corpus Iuris Civilis* como uma espécie de texto revelado e, portanto, intangível. Deslumbrava-os a perfeição técnica dos preceitos da coletânea justiniana, que consideravam a última palavra em matéria legislativa. O papel do jurista, nesta perspectiva, deveria reduzir-se ao esclarecimento de tais preceitos com vista à solução das hipóteses concretas da vida. Não se procurava elaborar doutrina que superasse e muito menos contrariasse as estatuições aí contidas” ALMEIDA COSTA, *História*, p. 215.

comentários, buscando identificar o “espírito” da lei e adaptá-la às mudanças sociais – dentre os quais se destacou BARTOLO SASSAFERRATO (1314-1357) –, tradição passada aos demais países do oeste europeu no final da Idade Média, com a fundação de universidades e escolas de Direito.<sup>136-137</sup>

Contudo, a afirmação do direito romano não levou à extinção dos demais complexos normativos existentes e nem impediu a formação de novos direitos (legislados ou consuetudinários) disciplinando as relações jurídicas de grupos sociais ou classes específicas – chamados *direitos particulares*<sup>138</sup> – ou com vigência limitada a determinados territórios – os *direitos locais*.<sup>139</sup>

A interação entre as fontes normativas e consuetudinárias preexistentes e as fontes normativas locais, levou ao desenvolvimento de um procedimento judicial particular, com características essenciais derivadas da elaboração comum das fontes romanas e canônicas: o processo se iniciava com o libelo, um breve escrito onde era indicada a contraparte, o objeto da causa e a razão de seu pedido, com ou sem (de acordo com o caso e costumes locais) a indicação da ação específica posta como fundamento; então o juiz fixava uma data para as partes comparecerem, e nessa oportunidade era apresentada a contestação, e ambos apresentavam um “juramento de calúnia”, confirmando solenemente a sua boa-fé; o processo então seguia de forma escrita, inclusive quanto às declarações das

<sup>136</sup> Na França: Paris, 1180, Toulouse, 1233, Orléans, 1236, Montpellier, 1289, Bourges, 1464; na Itália: Pádua, 1222, Nápoles, 1224, e depois Roma, Vercelli, Piacenza, Reggio Emilia, Arezzo, Módena, Mântua, Vicenza, Milão, Pisa, Benevento; na Espanha: Salamanca, 1422, Alcalá, 1510; em Portugal: Lisboa, 1289, transferida para Coimbra em 1308; na Alemanha: Heidelberg, 1386, Colônia, 1388, Ingolstadt, 1410, Rostock, 1415, Mainz, 1441, Greifswald, 1456, Basileia, 1459, e posteriormente Berlin, Marburg, Gaetting, Jena, Leipzig, Landshut, Kiel, Giessen.

<sup>137</sup> ABELARDO DA CUNHA LOBO, *Curso*, p. 378-403; SCHIOPPA, *História*, p. 62-64; ALMEIDA COSTA, *História*, p. 218-226 e 236-241; PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 11-12.

<sup>138</sup> As classificações, e quantidade de classes, variavam de local para local, e muitas vezes transcendiam as delimitações geográficas. A título de exemplo, nas *Usatges de Barcelona* (século 12), combinando fragmentos de direito romano e visigótico com resoluções do condado e cânons dos sínodos eclesiásticos, eram distinguidas oito classes de homens (cf. SCHIOPPA, *História*, p. 122-123 e 126).

<sup>139</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 120.

testemunhas, concluindo-se com a sentença proferida pelo tribunal, que em geral poderia ser impugnada por apelação e após se tornar definitiva deveria ser cumprida pelo condenado, sob pena de ser-lhe executada coativamente com a alienação forçada de bens correspondentes ao valor da condenação – a contumácia do réu resultava na imissão do autor na posse do bem sob litígio, disparando o curso do prazo para usucapião.<sup>140</sup>

A convivência e coabitação entre povos com direitos particulares diversos levou à necessidade de construção de regras aplicáveis a essas interações, que foi construído sobre uma base romana, consolidada com os comentadores e constituiu, ainda que não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século 18.<sup>141</sup>

A partir daqui é preciso estudar de forma individualizada as regiões do antigo império, o que faremos nos capítulos seguintes em relação às principais e mais relevantes para a formação do direito brasileiro contemporâneo.

---

<sup>140</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 103-104.

<sup>141</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 254.

## 2. ANSPRUCH, KLAGE, VERJÄHRUNG, E BEFRISTUNG NO DIREITO ALEMÃO

*HEIDEGGER hat mir auch zugegeben, daß Etymologien niemals etwas beweisen sollen, aber für ihn inspirierend und illustrativ seien.*<sup>142</sup>

HANS-GEORG GADAMER, *Heidegger und die Griechen*, 1990.

### 2.1. Formação e desenvolvimento do direito alemão

Os povos germânicos eram inicialmente nômades, com uma economia baseada na caça e no butim de guerra, sem desenvolvimento de agricultura extensiva, de modo que a propriedade imobiliária lhes era desconhecida, e os móveis estavam sujeitos à propriedade comum. O direito era baseado em regras consuetudinárias (pois eram iliteratos) e na vingança particular (faida)<sup>143</sup> – “cada princípio de direito tinha seu fundamento numa necessidade dos indivíduos”<sup>144</sup> –, administrado por chefes<sup>145</sup> (elemento agregador essencial) eleitos em

---

<sup>142</sup> “HEIDEGGER também me confessou que etimologias jamais deveriam demonstrar algo, mas que elas lhe eram inspiradoras e ilustrativas”.

<sup>143</sup> Termo presente nas línguas europeias – *feud* (inglês), *faida* (italiano), *feudo* (espanhol), *faide* (francês), p.ex. –, derivado do alemão *Fehde*, com origem no proto-germânico \**faihiþō* que significa ódio ou inimizade.

<sup>144</sup> SCHULTE, *Histoire*, p. 22-23.

<sup>145</sup> “(...) a organização política das etnias varia da sociedade acéfala ao reino centralizado. O sistema mais espalhado é uma estrutura baseada no agrupamento de clãs e colocada sob a autoridade de um chefe. A participação de certas pessoas – chefes de clã, chefes religiosos, chefes guerreiros, homens ‘livres’, detentores de uma parte do solo, etc. – geralmente pouco numerosos, na gestão da comunidade quer ao lado, quer em plano superior ou inferior ao chefe, é frequente. Encontra-se um tal órgão de cogestão e/ou de conselho tanto em África como na Europa antiga, nomeadamente nos países nórdicos na Alta Idade Média; por exemplo, na Escandinávia e na Islândia, o *thing* era uma ‘assembleia do povo’, uma reunião de chefes de clã ou de chefes de poderosas famílias desempenhando um papel na fixação das regras consuetudinárias, pois ao dizer o que era o direito, ele ‘escolhia’ o direito. Na estrutura política mais desenvolvida, a função judiciária existe quer na posse do chefe ou do seu conselho, quer enquanto instituição separada. Uma justiça interclânica torna a solidariedade activa e passiva das linhagens e dos clãs menos necessária; ela substitui-se parcialmente às vinganças privadas que são prejudiciais à etnia, pois elas significam o seu enfraquecimento ou mesmo a sua destruição” GLISSEN, *Introdução*, p. 43.

assembleias gerais dos homens livres<sup>146</sup> – que também decidiam sobre a paz e a guerra, problemas de interesse geral, e crimes contra a comunidade –, havendo a possibilidade de se reparar ofensas de qualquer natureza através de composições patrimoniais – *wergeld*.<sup>147-148</sup>

Não se conhecia a responsabilidade individual – o dano causado a alguém de outro grupo era respondido por qualquer um desse grupo contra qualquer um do grupo do ofensor – solidariedade ativa e passiva do grupo familiar; da mesma forma, não havia distinção entre ilícito contratual e legal, resultando nas mesmas consequências. Esse sistema de responsabilidade coletiva e de vingança privada irá dominar a Europa ocidental até o século 13, permanecendo reminiscências até os séculos 16 e 17; a responsabilidade individual surge no direito penal a partir do século 12, e com maior força nos séculos 13 e 14, iniciando-se a noção de necessidade de culpa do ofensor.<sup>149</sup> Somente no século 18 é que irá surgir a responsabilidade puramente civil, sendo raros os processos de indenização por fato não-delitual – DOMAT foi um dos primeiros a identificar os princípios mais tarde positivados no art. 1382 do *code civil* (atualmente renumerado para art. 1240), com redação claramente inspirada no texto deste autor.<sup>150-151</sup>

<sup>146</sup> Chamadas de *ping*, *thing*, *ding* ou *ting* nas diversas línguas germânicas – do proto-germânico *\*pingq* –, significava inicialmente a *assembleia*, *tempo adequado* ou *tempo designado* – realizada em locais sagrados, via de regra, num dos quartos da lua: lua nova ou cheia (MARCELO CAETANO, *História*, p. 100; SCHULTE, *Histoire*, p. 383-385).

<sup>147</sup> O termo é comumente traduzido como *dívida* ou *preço de sangue*, e significa mais precisamente *preço do homem*, ou *compensação pela vida de um homem*: do proto-germânico *\*weraz* (*homem* ou *marido*, cognato do latim *vir*, e encontrado no inglês *werewolf*, *lobisomem*) e *\*geldq* (*pagamento*, *recompensa*, *dinheiro*, cognato do alemão *Geld*, *dinheiro*, presente em *Trinkgeld*, *gorjeta*).

<sup>148</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 28-29; TACITUS, *On Germany*, n. 21; MARCELO CAETANO, *História*, p. 100; SCHULTE, *Histoire*, p. 38-41.

<sup>149</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 751-752.

<sup>150</sup> O referido artigo tem a seguinte redação: “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer” [Todo fato do homem, que cause a outrem um dano, obriga-o pelo erro que ocasionou a repará-lo], enquanto que a passagem de DOMAT é nos seguintes termos: “Toutes les pertes, & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence, ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'auroit pas eu intention de nuire” [Todas as perdas e todos os danos que possam ser causados pelo fato de qualquer pessoa, seja imprudência, distração, ignorância daquilo que se deve saber, ou outras faltas semelhantes, por mais leves que possam ser, devem ser reparadas por aquele cuja imprudência ou outra falta lhe deu lugar. Porque este é um erro que ele fez, ainda que não tenha tido a intenção de lesar].

<sup>151</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 752-753; DOMAT, *Les loix*, p. 131.

Já à época das *migrações dos povos* (*Völkerwanderung*, entre 375 e 568 EC), mostrava-se uma tendência à fixação, com a predominância do agrupamento das populações em povoados e comunidades agrárias (*marcas*) em direção a um sistema de propriedade privada; a organização política era encabeçada por um rei ou conselho (*witan*, “sábios”) – “em qualquer dos casos, os poderes supremos residiam numa assembleia popular, integrada pelos homens livres da comunidade com capacidade para o exercício das armas”, e somente após esse período é que se estabeleceram *estados* germânicos num sentido mais próximo ao atual, geralmente com monarquias eletivas.<sup>152</sup>

Ainda que coletiva a propriedade (situação favorecida pelo nomadismo), o uso temporário podia ser alocado a um indivíduo, mas sempre retornava à comunidade – inviável sequer cogitar de usucapião –; a terra era inalienável. Com a sedenterização a colheita cede lugar à agricultura, a posse comum deixa de ser temporária e torna-se permanente, passando a surgir divisões internas, destacando-se a figura da família e a noção de propriedade familiar e somente depois individual do solo, junto com a sucessão imobiliária e a alienabilidade do solo, o que leva à existência de sortes diversas e ao fim a classes econômicas diversas, que vão se diferenciando com mais intensidade à medida que aumenta a diferença entre ricos e pobres, pois este frequentemente, tendo que procurar meios de sobrevivência, toma crédito com aquele e põe seus bens e a sua pessoa em penhor, o que gera consequências graves nos casos de inadimplemento, levando a uma servidão não mais relacionada à guerra, mas econômica.<sup>153</sup>

Inicialmente prevaleceu o princípio da pessoalidade na aplicação do direito, também em razão do desnível evolutivo entre o direito romano e os direitos dos povos invasores, que não puderam

---

<sup>152</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 105-106; SCHULTE, *Histoire*, p. 26.

<sup>153</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 45-46; SCHULTE, *Histoire*, p. 26.

impor aos conquistados o seu direito, assegurando assim a sobrevivência do direito romano mesmo após o fim do estado que o produziu.

Essa dicotomia, contudo, deu-se em níveis diferentes de intensidade: no norte pouco romanizado<sup>154</sup> dominou o direito germânico; nas regiões profundamente romanizadas do sul<sup>155</sup> dominou o direito romano, com alguma pouca influência germânica; na área central<sup>156</sup> se desenvolveu com maior duração o princípio da personalidade do direito, que foi desaparecendo progressivamente do século 7º ao 11 sob pressão das duas outras zonas que acabaram por prevalecer, “deixando apenas subsistir uma fronteira que se estendia da ilha de Oléron<sup>157</sup> à Áustria passando por Charente, Auverne, Ródano e este de Lião e a cadeia setentrional dos Alpes”.<sup>158</sup>

Esta fronteira dividindo a Europa Ocidental em duas zonas “corresponde aproximadamente à fronteira nos domínios linguísticos (entre as regiões de língua d’oc e as regiões de língua d’oïl) e artístico (arte românica e arte gótica) no século XII”,<sup>159</sup> e entre o direito escrito e consuetudinário, demonstrando o forte caráter cultural do direito.

Com o tempo, em decorrência desse contato constante, um direito romano vulgar, dominado pelos costumes próprios de cada região, suplantou progressivamente os textos da época clássica.<sup>160</sup>

---

<sup>154</sup> Bélgica, norte da Gália, Vosges, com exceção de alguns centros onde a presença romana havia sido mais significativa, tais como Colônia, Trier, e Reims.

<sup>155</sup> Sul da Gália, penínsulas itálica e ibérica.

<sup>156</sup> Centro da Gália, norte da Itália, sudoeste da Alemanha e região alpina.

<sup>157</sup> Na costa atlântica, defronte a Rochefort-sur-Mer e à boca do rio Charente, pouco ao norte do estuário do rio Garonne.

<sup>158</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 167-169.

<sup>159</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 168.

<sup>160</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 169.

A estabilização e crescimento da população levou à necessidade de estabelecimento de regras claras para regular as relações sociais, surgindo então compilações de regras costumeiras, com poucos acréscimos de inovações, com maior ou menor influência romana, dispondo sobre direito penal, civil e processo.<sup>161</sup>

Foi assim que no território dos francos sálíos, o *pactus legis salicae*<sup>162</sup> (compilado c. 500 pelo primeiro rei franco, CLÓVIS) consolidou e atualizou regras consuetudinárias, sem qualquer influência romana, substituindo a vingança privada pela *compositio* com um extenso catálogo de sanções pecuniárias relativas aos diversos ilícitos possíveis, e ainda baseada num modo de vida nômade.<sup>163</sup>

Também foram elaboradas compilações do direito romano, por vezes destinadas a aplicação apenas às populações romanas,<sup>164</sup> outras vezes a todos, ou ainda com natureza subsidiária, como ocorreu mais ao sul, no território dos visigodos (*breviário de Alarico* de 506).<sup>165</sup>

Entre os lombardos o *édito (edictus)* de ROTHARI – de 643, compilando regras costumeiras –, também trazia disposições sobre penas de ilícitos; as leis de LIUTPRAND (início do século 8º) permitiam a escolha da lei aplicável em matéria de contrato, se a lombarda ou a romana, iniciando a superação do sistema de pessoalidade do direito,

---

<sup>161</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 109-110; GILISSEN, *Introdução*, p. 178-179.

<sup>162</sup> Permaneceu em uso pelo menos até o século 9º, mas teve um legado muito mais longo na medida em que serviu de base para diversas leis posteriores. A regra mais conhecida da lei sálica provavelmente é a do capítulo 59, que estabelecia regras de sucessão excluindo a mulher, tendo sido utilizada como justificativa, em maior ou menor grau, de boa parte das guerras na Europa medieval e moderna – p.ex., Guerra dos cem anos (1337-1453), Guerra da sucessão austríaca (1740-1748), e Guerras carlistas na Espanha (1833-1876).

<sup>163</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 32; GILISSEN, *Introdução*, p. 178-179; SCHULTE, *Histoire*, p. 68.

<sup>164</sup> Sobretudo em relação aos povos que entraram no Império Romano como aliados deste, havia uma forte separação jurídica entre os migrantes e o povo local, pois, como já visto alhures, o direito romano aplicava-se exclusivamente aos cidadãos do Império, reservando-se aos aliados o uso de suas leis nacionais (MARCELO CAETANO, *História*, p. 112).

<sup>165</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 111-112.

em razão da crescente frequência com que romanos e lombardos faziam negócios.<sup>166</sup>

Aos poucos o direito romano foi desaparecendo até que sobreviveu apenas nos costumes locais no sul da França e nas penínsulas itálica e ibérica.

Os reis germânicos, apesar dos imensos poderes, inclusive como administrador supremo da justiça e de todos os negócios do governo e da administração, estavam sujeitos aos limites das leis, devendo procurar o bem comum e não o seu proveito pessoal, e frequentemente tinham que compor com outros poderes concorrentes, como o clero católico e a nobreza.<sup>167</sup>

Nos séculos 9º a 11 houve crise do sistema de pessoalidade do direito com o “adensamento das relações entre indivíduos de diferentes estirpes”, e para superar essa questão “se difundiu, em muitas regiões, a prática de declarar, nos negócios, a própria lei a que o indivíduo pertencia (profissão de lei), para estabelecer previamente qual direito se pretendia aplicar”.<sup>168</sup>

A solução desse problema veio com a formação de *costumes locais comuns* aos núcleos populacionais pertencentes a estirpes diferentes vivendo no mesmo local, refletindo parcialmente o direito da etnia dominante, de modo que o costume valia apenas nos espaços vazios da lei – mas na prática frequentemente era o costume que prevalecia.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 34-35.

<sup>167</sup> MARCELO CAETANO, *História*, p. 102.

<sup>168</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 47.

<sup>169</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 47-48.

Em razão de sua tardia unificação<sup>170</sup> até que se chegasse à definitiva formação do Império Alemão, os territórios germânicos (que abrangiam também áreas que não eram romanizadas) regiam-se por uma colcha de retalhos legislativa composta pelos direitos *romano*,<sup>171</sup> *dinamarquês*,<sup>172</sup> *austriaco*,<sup>173</sup> *prussiano*,<sup>174</sup> *saxônico*,<sup>175</sup> *badenense*,<sup>176</sup> e *francês*.<sup>177-178</sup>

<sup>170</sup> CARLOS MAGNO, no ano 800, já havia sido coroado monarca de um novo império romano, mas após a sua morte em 814, e a de seu filho LUDWIG (LOUIS, o pio) em 840, os filhos deste firmaram o Tratado de Verdun em 843, dividindo o império em três: Francia Ocidental para CARLOS (KARL ou CHARLES), o Calvo, Francia Média para LOTHAIR (de onde o nome Lotaríngia, que posteriormente denominou este território), e Francia Oriental para LUDWIG (LOUIS, o Germano). Seguiu-se um período de fragmentação ainda maior dos territórios carolíngios, e o último de seus sucessores coroado imperador foi BERENGAR, falecido em 924, governando apenas uma fração do território original e restrito ao norte da península itálica. O *Império Romano* foi efetivamente refundado por OTTO em 962 (“Sacro” a partir de 1157, e “Germânico” a partir de 1512) – abrangendo inicialmente o Reino da Alemanha (fundado por seu pai, HEINRICH da Saxônia, e integrado pelos ducados da Saxônia, Alta Lotaríngia, Baixa Lotaríngia, Francônia, Suábia, Baviera; e pelas marcas saxônicas de Schleswig, Billung, Marca do Norte [Brandenburgo], Marca do Leste [Lausitz, Merseburgo, Zeitz, e Meissen], e as marcas bávaras da Caríntia, do Leste [Áustria], Carniola, e Ístria), o Reino da Itália (cujo rei, BERENGAR 2º, foi deposto por OTTO em 961, centrado na Lombardia, incluindo o ducado de Spoleto, as marcas de Verona e Toscana, e as regiões dos Estados Papais e Pentápolis), e o ducado da Boêmia (incluindo a Morávia), acrescido em 1032 pelo Reino da Borgonha –, era, em verdade, um aglomerado de estados (chegando, através de intenso processo de fragmentação – com a feudalização a partir do século 10º, dividindo a autoridade em benefício dos senhores feudais, e sobretudo após o *Confoederatio cum principibus ecclesiasticis* e o *Statutum in favorem principum* assinados por FREDERICO 2º em 1220 e 1232, respectivamente, implicando significativo esvaziamento do poder imperial em favor dos príncipes locais, como barganha para a eleição e seu filho, HENRIQUE, como rei da Alemanha, permitindo que FREDERICO deixasse a segurança da parte norte do império na mão dos príncipes enquanto governava diretamente no sul – a mais de cinco centenas de entidades políticas sujeitas diretamente ao imperador, e quase dois mil se considerados também aquelas de nível inferior, de tamanho e cultura variados. O *Império* foi dissolvido em 1806 por pressão NAPOLEÃO BONAPARTE logo após o Tratado de Pressburgo de 26.12.1805, com a criação da breve *Confederação do Reno* (*Rheinbund* em alemão, e *États confédérés du Rhin* em francês, 1806-1813 – resultando na secessão em 01.08 dos doze estados que haviam assinado o Tratado da Confederação do Reno em Paris (*Rheinbundakte*) em 12.07 – em 06.08.1806 o imperador FRANZ 2º renunciou ao título e declarou dissolvido o Império; em sua maior extensão incluiu quatro reinos, cinco grão-ducados, treze ducados, dezessete principados, e as cidades livres de Hamburg, Lübeck, e Bremen), sucedida pela *Confederação Germânica* (*Deutscher Bund*, 1815-1866), uma associação de 39 estados alemães criada pelo Congresso de Viena e substituída pela *Confederação do Norte da Alemanha* (*Norddeutscher Bund*, 1867-1871), que finalmente deu lugar ao unificado *Império Alemão* (*Deutsches Reich*, 1871-1918), uma federação liderada pela Prússia e composta por 25 estados soberanos (22 reinos, grão-ducados, ducados, e principados, e três repúblicas: Hamburg, Lübeck, Bremen) e um território imperial (Alsácia-Lorena).

<sup>171</sup> *Ius commune* (*Gemeinen Rechts* em alemão), aceito de modo geral como lei consuetudinária, em alguns locais de modo subsidiário ao *iura propria* (direito próprio), e em outros como direito principal. Houve textos compilando regras de direito consuetudinário, dentre os quais foi o primeiro (de que se tem conhecimento) o *Sachsenspiegel* (c. 1220, compilado por EIKE VON REPGOW), seguido por outros que o utilizaram de modelo, como o *Augsburger Sachsenspiegel*, o *Deutschenspiegel*, o *Schwabenspiegel* (1275-1276), o *Heidelberger Sachsenspiegel*, o *Oldenburger Sachsenspiegel*, e diversos outros (cerca de três mil, no total, reflexo do caráter fragmentário da organização imperial) reunindo as regras de direito comum de determinada localidade (SCHIOPPA, *História*, p. 130; GILISSEN, *Introdução*, p. 166-167; SCHULTE, *Histoire*, p. 58-60 e 165-171).

<sup>172</sup> *Jydske Lov* de 1241 (“lei juta”, editada pelo rei VALDEMAR 2º da Dinamarca, esvaziando as atribuições legiferantes das assembleias locais, contendo normas casuísticas a par de previsão genérica sobre o processo), além de regras de direito frísio não codificado, na província prussiana de Schleswig, onde permaneceu vigente mesmo após ter sido revogado na Dinamarca pela *Danske Lov* de 1683 (“lei dinamarquesa”, compilação de leis anteriores editada pelo rei KRISTIAN 5º, buscando unificar a legislação de todas as províncias, sanar as contradições existentes, e compatibilizar as regras vigentes com o regime absolutista recém-implantado), que tem partes ainda em vigor, inclusive regra que atribui ao empregador o direito de reparação por danos causados pelo empregado (TAMM, *The danish code of 1683, passim*).

A leis imperiais eram concentradas em temas de direito público, predominando as regras sobre a administração do Império e dos Reinos e as relações entre os poderes político e eclesiástico.<sup>179</sup>

Somente no século 18 é que se iniciou um processo significativo de unificação da legislação, e em 20.12.1873 uma lei imperial (*Lex Miquel-Lasker*) fixou as matérias que deveriam ser legisladas de forma comum, e em 1877 foram promulgadas diversas leis: código de organização judiciária, código de processo civil, código de processo penal, e código de falências, além de diversas outras naquela mesma década.<sup>180</sup>

## **2.2. O processo e a construção dos conceitos relacionados à prescrição**

Sobre a legislação primitiva dos povos germânicos há pouca informação quanto à existência de normas relacionados aos efeitos do tempo sobre os direitos e obrigações.

É certo, contudo, que regras romanas sobre *praescriptio* e *usucapio*, bem como processo, foram confirmadas em diversos textos editados por reis germânicos, havendo apenas variações quanto ao

---

<sup>173</sup> *Josephinische Gesetzbuch* (1787), e depois o *Bürgerliches Gesetzbuch von Westgalizien* (1797), e finalmente o *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (1811), nos territórios do Império Austríaco e em uma pequena parte da Baviera.

<sup>174</sup> *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794) nas diversas províncias prussianas e em parte do reino da Baviera, em alguns locais como direito exclusivo, outros como principal, e em outros como fonte subsidiária.

<sup>175</sup> *Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* (1865) no Reino da Saxônia e nos diversos pequenos principados e ducados da região central da Alemanha

<sup>176</sup> *Badische Landrecht* (1810) no Grão-ducado de Baden.

<sup>177</sup> *Code civil* (1804), herança das guerras napoleônicas (1803-1815) nas regiões onde houve marcante ocupação francesa: a prussiana Província do Reno, o território imperial da Alsácia-Lorena, e parte dos Grão-ducados de Baden e Oldenburg e do Reino da Baviera.

<sup>178</sup> PUTZGER, *Historischer Schul-Atlas*, p. 29; KLIPPEL, *Deutsche Rechts- und Gerichtskarte*.

<sup>179</sup> GROSSI, *A ordem jurídica medieval*, p. 69.

<sup>180</sup> SCHULTE, *Histoire*, p. 339-340.

lapso de tempo exigido,<sup>181</sup> o que foi reforçado com o renascimento do estudo do direito romano havido no final do século 12, que já foi referido no capítulo anterior, muito embora com influências do direito canônico e adaptações aos costumes locais.<sup>182</sup>

As demandas (*Klage*) sobre direitos individuais somente eram iniciadas por ato do interessado: o reclamante (*Klager*)<sup>183</sup> deveria providenciar a citação de seu oponente diante de testemunhas, que em situações excepcionais poderia ser realizada por documento escrito, convocando-o a comparecer em juízo, exigindo-se a apresentação de garantias que implicavam, inclusive, o compromisso de não apresentar outra demanda sobre o mesmo objeto. Era, então, decidido se o réu estava obrigado a responder, oportunidade em que eram analisadas questões prejudiciais, e após a eventual produção de provas era finalmente adjudicada a questão. No caso de inadimplemento os bens do devedor poderiam ser apreendidos, ou, em caso negativo, ele mesmo detido, o que aos poucos foi sendo abandonado.<sup>184</sup>

É uma concepção germânica atribuir certos efeitos a uma posse continuada durante um ano, de modo que ao possuidor era atribuído um direito legítimo – a essa situação chamavam *Verjährung*.<sup>185</sup>

Não havia atribuição da propriedade, mas apenas consolidação da situação do possuidor,<sup>186</sup> semelhante à configuração

---

<sup>181</sup> ARNTZ, *Cours*, p. 786-787.

<sup>182</sup> SCHULTE, *Histoire*, p. 146-147 e 288-290.

<sup>183</sup> Do verbo *klagen* (proto-germânico *\*klagōnq*), significando *reclamar, lamentar*, possivelmente relacionada com o termo latim *clāmāre* (*clamar, gritar, chamar*), pois, no período romano, *clamans* era utilizado no sentido de autor de uma demanda.

<sup>184</sup> SCHULTE, *Histoire*, p. 386-422 e 478.

<sup>185</sup> Traduzido comumente como *prescrição*, o termo *Jährung* deriva do verbo *jähren*, *completar um ano* (*Jahr* significa *ano*), acrescido do sufixo *ung* utilizado para formar substantivos a partir de verbos, descrevendo um evento em que ocorre uma ação ou o resultado da ação; o prefixo germânico *ver* - tem origem na raiz indo-européia *\*per*, que exprime a ideia básica de 'ir além dos limites' -, transmitindo, principalmente (mas não só), as ideias de erro (como em *mal-entendido, desviar, trespassar*), mudança (*transformar em, fazer ficar como*), e colocar fora do alcance, geralmente com um sinal negativo, o que permite uma tradução literal de *Verjährung* como *passar além de um ano, exaurimento de um ano, ou aniversariar* (concluindo de forma semelhante: LEVANO, *La prescription extinctive*, p. 947; VIOLLET, *Histoire*, p. 572).

original da *praescriptio* romana, e somente após o decurso dos prazos mais longos trazidos do direito romano é que se operava o efeito de aquisição da propriedade.<sup>187-188</sup>

Algum tempo se passou até que surgissem estudos mais aprofundados sobre o tema, e um grande passo se deu quando surgiram as primeiras tentativas de se diferenciar as diversas situações tratadas sob o mesmo nome.

No fim do século 16 HUGUES DONEAU, fez a primeira tentativa de caracterizar a decadência ao estabelecer distinções entre as *actiones temporales* e as *perpetuae*.<sup>189</sup> As primeiras se extinguiriam *ipso iuri*, tornando nulo o pacto posterior em que o devedor permita ao credor agir ou prometa cumprir a obrigação, ocorrendo o contrário nas últimas, vez que permanecia a obrigação ainda que transcorrido o prazo prescricional.

THIBAUT criticou DONEAU por confundir num único instituto os vários casos em que um direito se adquire ou se perde por ter sido ou não exercido durante um certo tempo, e subdividiu a *praescriptio*, termo com que exprimiu esse conceito, em *legalis*, *judicialis*, *conventionalis*, e *testamentaria*, de acordo com a fonte de que derivava o prazo.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> Esse tratamento decorre da diferença essencial entre poder de fato (posse) e poder de direito (propriedade), conforme elaborado por JHERING em *Teoria simplificada da posse*, seu texto sobre a posse mais difundido no Brasil, originalmente publicado como *Der Besitz*, no *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, v. 32, 1893, p. 41-98, mas o autor também publicou sobre o tema outras obras mais extensas: *Beiträge zur Lehre vom Besitz* (1868), *Über den Grund des Besitzesschutzes* (1869), e *Der Besitzwille* (1889).

<sup>187</sup> SCHULTE, *Histoire*, p. 463-466.

<sup>188</sup> O *Décretion de CHILDEBERT 2º*, de fevereiro de 595, reformou profundamente a lei sálica, estabelecendo a igualdade entre as populações franca e galo-romana, e reintroduzindo a lei romana pré-existente. Assim, foram adotados prazos previstos no direito romano, prevendo a consolidação da posse e do direito

<sup>189</sup> Na obra *Commentaria ad titulum digestorum de praescriptis verbis et in factum actionibus*, de 1574, cf. NAZO, *A decadência*, p. 26. Também chamado DONELO, ou DONELLUS, era francês e lecionou nas universidades de Bourges (França, 1551-1572), Heidelberg (Eleitorado do Palatinado do Reno, 1573-1579), Leiden (República das Sete Províncias Unidas dos Países Baixos, 1580-1588), e Altdorf (Cidade Imperial de Nuremberg, 1589-1591).

<sup>190</sup> ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, *Über Besitz und Verjährung*, 1802 *apud* NAZO, *A decadência*, p. 32.

HEINRICH FICK, também no século 19, dividiu os prazos não prescricionais em três categorias:<sup>191</sup> os que não tratam de aforamento de ação (p.ex., *ius bonorum possessionem agnoscendi*,<sup>192</sup> *beneficium excusationis*,<sup>193</sup> *beneficium inventarii*<sup>194</sup>); os que tratam de ação e exceção, quando necessário agir em juízo (direito de preferência na enfiteuse), e quando desnecessário (ações temporárias e as pretorianas). Naqueles que não precisavam ser arguidos por *exceptio*, a extinção do direito seria resultado do decurso do tempo fixado em lei - não subsistiria uma *obligatio naturalis*, diversamente do que ocorre com a prescrição.<sup>195</sup>

GUSTAV DEMEL aponta que havia uma oposição de princípio entre a prescrição anterior a THEODOSIUS 2º (ano 424 EC) e a prescrição da ação por ele introduzida, de modo que somente esta seria “verdadeira” prescrição, i.e., fundada na inércia prolongada do titular do direito, enquanto aquelas teriam tornado *temporales* certas *actiones* desde o início limitadas a prazo determinado, “em virtude do conteúdo especial da relação jurídica” – quando a inércia do titular leva a fazer cessar o direito, embora não houvesse termo *ad quem* prefixado, haveria *prescrição*; mas quando para a existência do direito for desde logo fixado termo final (p.ex., nas *actiones temporales*), haveria um *direito limitado no tempo* (decadência).<sup>196</sup> WINDSCHEID viu esta mesma distinção feita em FICK (*supra*) e em ALOIS VON BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten*, 1873-1895).<sup>197</sup>

<sup>191</sup> ALEXANDER HEINRICH FRIEDERICH FICK, *Quid intersit, quoad vim tempore in jus exercitam, inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam, et alias quas dicunt temporis praescriptiones*, 1847 apud NAZO, *A decadência*, p. 35.

<sup>192</sup> Pedido feito ao pretor pelo sucessor de acordo com a lei pretoriana (sistema paralelo ao direito civil, corrigindo iniquidades deste), para receber a posse de uma herança (BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 358 e 375).

<sup>193</sup> Benefício de ordem, concedido por JUSTINIANUS, manejado pelo segurador quando acionado antes do devedor principal (BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 373).

<sup>194</sup> Também instituído por JUSTINIANUS, garantia ao herdeiro que somente responderia com três quartos da herança pelos débitos do testador e dos legados, sendo-lhe reservado o restante (BERGER, *Encyclopedic dictionary*, p. 373).

<sup>195</sup> LORENZETTI, *Considerações*, p. 16.

<sup>196</sup> GUSTAV DEMEL (também chamado DEMELIUS), *Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht*, 1856 apud NAZO, *A decadência*, p. 36.

<sup>197</sup> *Lehrbuch des Pandektenrechts*, v. I, §§112 e ss., 1862 apud NAZO, *A decadência*, p. 36, nota 39.

Na segunda metade do século 19 foi elaborado um rigoroso sistema de direito privado baseado no “direito romano atual”,<sup>198</sup> objetivando construir um sistema dogmático completo, logicamente coeso, onde se encontraria resposta para todos os problemas jurídicos, denominado “Pandectística” (*Pandektenwissenschaft*), por derivar do corpo de regras contido no *corpus iuris civilis* do imperador JUSTINIANUS, quadripartido em: 1. *codex justinianus* ou, simplesmente, *codex* (529 EC), 2. *digesta* ou *pandectae* (533 EC), 3. *institutiones* (533 EC), 4. *novellae constitutiones* (diversas compilações publicadas no período posterior a 534 EC).<sup>199</sup>

Foi assim que a tradição jurídica alemã se desenvolveu fortemente influenciada por essa doutrina, lançando um olhar para trás e buscando construir desenvolvimentos teóricos a partir das instituições romanas, mas propondo um método diverso para solução dos problemas, mais voltado à dedução de soluções individuais de princípios gerais e não do casuísmo romano.

Nesse contexto surgiram novos estudos, aprofundando o que se conhecia sobre o direito antigo, o que evidenciou a necessidade de se construir novas bases para o direito contemporâneo, identificando e dando tratamento adequado a institutos até então amontoados sob um único nome ou subdesenvolvidos.

SAVIGNY já alertara quanto aos perigos da classificação da usucapião (“exercício contínuo”) e prescrição (“falta de exercício ininterrupta”) sob termo idêntico, afirmando ainda que a *praescriptio* não significava para os romanos nem uma nem outra coisa, mas

---

<sup>198</sup> “Heutigen römischen Rechts”, parte do título da famosa obra em oito volumes de FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849), que na tradução francesa recebeu o nome *Traité de droit romain*.

<sup>199</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 394; ALMEIDA COSTA, *História*, p. 399-400.

simplesmente “*exceptio*”, “exceção”,<sup>200</sup> de modo que o instituto hoje conhecido como *prescrição* na verdade não tinha um nome próprio, e com o tempo passou a ser referido pela fórmula utilizada para invocá-lo, e cada vez mais em confusão com a *usucapio*, sendo vistos como espécies de um mesmo gênero, quando na verdade sempre foram institutos bastante diversos.

WINDSCHEID, em 1856 (*Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*), foi o primeiro a apontar a diferença entre a *actio* romana e o *Klagerecht* (*direito de reclamar*), pois até então não se cogitava haver diferença entre os conceitos; as fontes romanas reconheciam a ação a quem não havia sofrido nenhuma violação, enquanto que os modernos, sobretudo SAVIGNY, reputavam a violação ao direito um pressuposto essencial da ação.<sup>201</sup> WINDSCHEID definiu a *actio* romana não como um meio de tutela do direito lesionado, mas sim “una expresión autónoma del derecho”, ou, melhor ainda, “de la pretensión jurídica”, *Anspruch*<sup>202</sup> no original alemão.<sup>203</sup>

Não se questionava que o sujeito passivo da ação era o adversário do autor, quem deveria reparar a lesão, antes de HASSE identificar o Estado como sujeito passivo da ação; também não se duvidava da sua relação com o direito subjetivo, havendo controvérsia apenas quanto a tratar-se de um novo direito surgido com a lesão (SAVIGNY), ou de elemento anexo ou acessório ao direito substancial (PUCHTA, BÖCKING) – “La monografía de WINDSCHEID agitó las aguas estancadas”.<sup>204</sup>

<sup>200</sup> *Traité*, t. 4, §178, p. 319-328.

<sup>201</sup> PUGLIESE, *Introducción*, p. XI-XII.

<sup>202</sup> O substantivo é formado a partir do verbo *ansprechen* (que significa “falar”, “discursar”, “mencionar”), formado pelo prefixo verbal germânico *an-* (“em”, “sobre”) e pelo verbo *sprechen* (“dizer”, “falar”, “discursar”, “responder”), transmitindo o sentido de se dirigir verbalmente sobre algo ou a alguém diante de si. O termo *Anspruchen* é traduzido para o português como “reivindicação” (no sentido próprio, ligado à ideia de exigir a propriedade de alguma coisa), “afirmação”, “direito (subjetivo)”, ou ainda “qualidade” ou “nível” (no sentido de “pretensão”, como em “despretensioso”), e mais tecnicamente como “pretensão”.

<sup>203</sup> *La ‘actio’*, Prólogo, p. 3.

<sup>204</sup> PUGLIESE, *Introducción*, p. XII.

A disputa surgiu de dois equívocos: confundir a ação de direito material com o processo, como se *actio* correspondesse ao conceito moderno de ‘ação’ “enquanto pedido – abstrato e indeterminado – de tutela jurídica processual”, definição que nunca preocupou os romanos; “imaginar que o direito processual estivesse inteiramente desligado do direito material, a ponto (...) de a própria existência daquele depender do exercício da ação processual”.<sup>205</sup>

Já falavam em *Anspruch* UNTERHOLZNER<sup>206</sup> – poder jurídico de exigir a prestação –, e SAVIGNY<sup>207</sup> – possibilidade nascida da violação de um direito de pedir ao violador a reparação da lesão,<sup>208</sup> resultando na *ação* ou *direito de ação* (*Klage* e *Klagrecht*, respectivamente), definida como relação em potência resultante dessa violação (sentido material) e também a própria ação (sentido formal) –, mas foi WINDSCHEID quem lhe atribuiu um alcance geral, abarcando tanto os direitos de crédito como os direitos reais, noção que serviu de base para a construção do sentido de direito subjetivo como direcionado ao comportamento alheio.<sup>209</sup>

Para WINDSCHEID (*La ‘actio’*, p. 179, 183-184 e 189; *La ‘actio’ - réplica*, p. 299, nota 1, e 323) o que nasce da violação de um direito não é um direito de acionar, mas sim um direito à restituição do patrimônio lesado, dirigido contra o possuidor, que não é, ainda, direito de ação – é *Anspruch* a tendência que todo direito possui de sujeitar ao seu império a vontade alheia, mesmo quando não violado, porém mais enfaticamente manifestada diante da violação, e que não se exaure com a sentença, mas apenas com a sua satisfação; o direito de acionar surge quando a satisfação da reparação é negada, sendo a exceção o meio de

<sup>205</sup> OVÍDIO BATISTA DA SILVA, *Jurisdição e execução*, p. 149 e 155.

<sup>206</sup> KARL AUGUST DOMINIK UNTERHOLZNER, *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, 1840, apud PUGLIESE, *Introducción*, p. XXVI-XXVII.

<sup>207</sup> *Traité*, t. 5, §105, p. 4-11.

<sup>208</sup> Na edição francesa *Anspruch* é traduzida como “*poursuite à exercer*”, “busca do exercício”.

<sup>209</sup> PUGLIESE, *Introducción*, p. XXVI-XXVII.

defesa do acionado. A ação processual, por seu turno, é direito subjetivo dirigido contra o Estado, para que este tutele a relação de direito material existente entre as partes, de modo que se o Estado não reconhece o direito do autor, não há esse direito, mas houve pretensão.

Diz<sup>210</sup> que o direito não se extinguiria por prescrever a ação – assim era, de modo que o proprietário não poderia mais reaver a coisa perdida se não acionasse o transgressor no prazo legal, mas não perderia a propriedade, ao menos inicialmente.

A argumentação, porém, não era completamente coerente, pois para justificar a estabilização de todas as relações jurídicas, faz questão de admitir a prescrição de dívidas não vencidas, nas hipóteses de obrigação sem vencimento, pois estas poderiam ser exigidas a qualquer tempo, e para isso é obrigado a adotar um conceito especial de ação para essas hipóteses: nesse caso se designa por *actio* não o direito de acionar (que nem sequer nasceu), mas o meio para fazer impor o que se quer, e, com isso, a pretensão fundada em direito.<sup>211</sup>

Assim foi-se construindo uma ideia de autonomia da ação, pensada sob o aspecto processual, que culminou no nascimento do “processualismo científico” na segunda metade do século 19, marcado pela “polêmica sobre a ação” entre BERNHARD WINDSCHEID e THEODOR MUTHER, e os trabalhos de OSKAR VON BÜLOW, ADOLF WACH, e GIUSEPPE CHIOVENDA, estabelecendo a ação processual como um direito potestativo, autônomo e distinto do direito subjetivo material submetido à apreciação do órgão jurisdicional.<sup>212-213</sup>

---

<sup>210</sup> WINDSCHEID, *La 'actio' - réplica*, §16, p. 332-333.

<sup>211</sup> WINDSCHEID, *La 'actio'*, p. 65-68.

<sup>212</sup> As obras são as seguintes: WINDSCHEID: *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856, e *Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, 1857; MUTHER: *Zur Lehre von der römischen Actio*, 1857; VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, 1868; WACH: *Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, 1885, e *Der Feststellungsanspruch*, 1889; CHIOVENDA: *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903.

A partir daí, KARL HEINRICH DEGENKOLB e PLÓSZ SÁNDOR conceberam a “ação” (processual) como direito subjetivo público exercível contra o estado, e em razão do qual se obriga o réu a comparecer em juízo.<sup>214-215</sup>

Para WACH,<sup>216</sup> a *pretensão de proteção do direito* (*Rechtsschutzanspruch*) é ato de amparo judicial que forma o objetivo do processo, dirigida ao Estado, que deve outorgar tal amparo (tutela), e à parte contrária, contra quem deve ser outorgada tal proteção e que deve tolerá-la – tem natureza de direito público e não decorre do direito privado subjetivo, e ao alterar-se os modos de proteção do direito, o direito, em si, permanece inalterado.<sup>217</sup>

Mas ao mesmo tempo, e ainda hoje, é comum encontrar argumentos que condicionam a própria existência de um direito (subjetivo) à da ação, pois esta é que colocaria aquele numa situação de poder (*Machtpositionen*)<sup>218</sup> – não haveria direito sem um instrumento que lhe assegurasse a sua integridade.

As confusões quanto à definição do direito de ação (*Klagerecht*) se devem a manter-se no centro das observações apenas a ação (*Klage*) de prestação, a persecução da pretensão civil que precisa ser satisfeita,<sup>219</sup> sem levar em conta, por um lado, diversas ações (materiais) exercidas sem a necessidade de intervenção estatal (casos em que é autorizada a justiça de mão própria, como a defesa da propriedade e a legítima defesa, para ficar nos exemplos mais

---

<sup>213</sup> BRODERMANN FERRER, *Relación jurídica procesal*, p. 7-8.

<sup>214</sup> DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, 1877; PLÓSZ, *A keresetjogról*, 1876, publicada em alemão como *Beiträge zur theorie des Klagerechts*, em 1880.

<sup>215</sup> FÁBIO GOMES, *Da ação*, p. 108-110.

<sup>216</sup> *La pretensión de declaración*, p. 59.

<sup>217</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>218</sup> ENGISCH, *Introdução*, p. 44.

<sup>219</sup> WACH, *La pretensión de declaración*, p. 41-42.

evidentes), e, por outro lado, as situações de exercício da ação processual sem que houvesse efetivamente o direito subjetivo alegado (formulação de pedidos insinceros).

“Os direitos são os interesses juridicamente protegidos”,<sup>220</sup> direito no sentido de direito subjetivo, e juridicamente no sentido objetivo de lei positiva ou direito consuetudinário.<sup>221</sup>

Assim, a proteção jurídica não seria necessariamente a previsão de um instrumento processual que assegure a sua realização de forma coativa, podendo ser, p.ex., simplesmente assegurar a validade dos efeitos jurídicos do ato praticado pelo próprio interessado.<sup>222</sup>

A acionabilidade do direito, sua realizabilidade compulsiva, é só a expressão da afirmação do direito mas, não reduzido a uma conduta determinada ou uma prestação do devedor (como revelam as ações declarativas),<sup>223</sup> e nada diz sobre a medida e o modo de realização e comprovação, ou da compulsão,<sup>224</sup> de modo que a concepção romana da *actio* não tinha mais aplicação no direito alemão,

---

<sup>220</sup> “Os direitos são os interesses juridicamente protegidos” (“Rechte sind rechtlich geschützte Interessen”) JHERING, *Teoria simplificada da posse*, p. 30. Esta definição apresentada primeiramente na obra *Der Geist des römischen Rechts*, v. 3, 1865, §61).

<sup>221</sup> Essa definição foi resgatada por Kelsen ao definir a sua contraparte, o direito objetivo: “O Direito objetivo é a norma determinante da norma individual, e o que ordena a sanção num caso concreto, dependente de ação ilícita de uma determinada pessoa; o Direito objetivo autoriza a aplicação de sanção em caso concreto. Não é um interesse juridicamente protegido, mas a proteção desse interesse. E essa proteção se realiza de modo que o Direito – objetivo – outorga a um sujeito o poder de, mediante uma ação, promover um processo, no qual uma norma individual é estabelecida, a qual prescreve a execução de uma sanção contra o sujeito que lesou seu dever. Neste sentido, ‘ter um dever subjetivo’ significa um específico poder jurídico concedido pelo Direito objetivo, quer isto dizer, ter o poder de colaborar na produção da norma jurídica individual através de uma ação específica – demanda, queixa –. A concessão de um semelhante poder jurídico é uma função do Direito objetivo” (Kelsen, *Teoria geral das normas*, p. 174-175).

<sup>222</sup> “O nosso ponto de vista moderno de que todo indivíduo que tem um direito contra outrem deve antes de tudo seguir os caminhos do direito era completamente desconhecido dos romanos da época antiga. A abstração feita de certas relações particulares, que em razão do seu caráter duvidoso deviam ser submetidas à decisão do juiz, e nas quais a demanda de um juiz indicava-se especialmente como particularidade do processo que se devia seguir (*leges actio per iudicis postulationem*), o romano estava convencido da legitimidade da justiça privada [*Selbsthilfe*] nas formas prescritas pela lei era a condição prévia da introdução da instância judicial. Essas mesmas formas tiraram daí os seus nomes (*leges actio per vindicationem, per manus injectionem, per pignoris capionem*)” (Jhering, *Teoria simplificada da posse*, p. 17-18, p. 53 no original)

<sup>223</sup> Evidente o erro de Kelsen ao afirmar que “exercitar uma ação” é “promover o procedimento judicial para obter a aplicação de uma sanção” (*Teoría general del derecho y del Estado*, p. 62), pois ignora as ações não-condenatórias.

<sup>224</sup> Wach, *La pretensión de declaración*, p. 46, citando Windscheid.

cedendo lugar à ideia de pretensão, e a prescrição da ação judicial à prescrição da pretensão (*ibidem*), de modo que o direito permanece, mas sem o poder de reagir.<sup>225</sup> Daí concluir que só há prescrição da pretensão necessitada de proteção, daí as ações declarativas não estarem sujeitas à prescrição, por serem ações sem pretensão.<sup>226</sup>

Originariamente, por *Verjährung* designavam-se todos os fenômenos que nascem da ação do tempo sobre os direitos, tanto a *prescrição* como a *usucapião* (*Ersitzung*).<sup>227-228</sup>

Aquilo que conhecemos como decadência, muito embora tenha origem mais remota do que a prescrição, nas *actiones temporales*, até ZACHARIE VON LINGENTHAL e SAVIGNY<sup>229</sup> não teve um conceito próprio, mas “apenas a intuição de que ela consiste em algo diferente da prescrição, mas não se sabe exprimir a essência desse *quid* senão negativamente”, isto é, “mediante uma enumeração de casos que se não devem confundir com a prescrição”.<sup>230</sup>

SAVIGNY e ZACHARIE VON LINGENTHAL identificaram casos que não poderiam ser qualificados como de prescrição – LINGENTHAL alerta que não se deve confundir a prescrição com a decadência ocorrida em consequência do decurso do prazo dentro do qual estava circunscrito o exercício de uma *faculdade*, enquanto SAVIGNY rejeita o conceito unitário de prescrição e afirma haver três institutos em que a inércia ou ação do respectivo titular determinam a aquisição ou perda do direito: *usucapião*, *prescrição das ações*, e “um certo número de casos isolados,

<sup>225</sup> JOSEF KOHLER *apud* BEVILAQUA, *Theoria geral*, p. 396.

<sup>226</sup> WACH, *La pretensión de declaración*, p. 69.

<sup>227</sup> O prefixo *-er* indica a conclusão de uma ação levando ao resultado desejado através um modo específico; o verbo *sitzen* traduz-se por *sentar*, ou *permanecer* num lugar ou modo; o sufixo *-ung* já foi explicado alhures. O sentido do termo pode, então, ser traduzido como conseguir algo pela posse contínua, o que traduz perfeitamente o sentido da usucapião.

<sup>228</sup> NAZO, *A decadência*, p. 29-30.

<sup>229</sup> Respectivamente *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 1808, e *System des heutigen römischen Rechts*, t. 4, 1841.

<sup>230</sup> NAZO, *A decadência*, p. 11-12, nota 2.

que não poderiam ser reunidos sob uma denominação comum”, dentre os quais aqueles “que tinham em comum com a prescrição a circunstância de que o silêncio do titular do direito, continuado durante certo prazo, acarretava a perda do direito”, e enumera os prazos processuais da *restitutio in integrum*, o do *bonorum possessio* (um ano ou cem dias), e o para excepcionar o *pactum displicentiae* (sessenta dias), mas não chegou, porém, a firmar conceito ou delinear noção da categoria de fatos.<sup>231</sup>

O austríaco ALEXANDER GRAWEIN<sup>232</sup> agrupou as hipóteses de influência do tempo sobre os direitos da seguinte forma: *temporalidade do direito, ou termo legal* (o tempo é a medida da duração dos efeitos de um fato jurígeno); *prescrição e fenômenos semelhantes* (o tempo é a medida da extensão de um fato exterior destruidor de direitos, que se realiza, estendendo-se no tempo); *usucapião e fenômenos semelhantes* (o tempo é a medida da extensão de um fato jurígeno, que se realiza estendendo-se no tempo, e cujos efeitos, por meio de colisão, expulsam um direito anterior); *prazos presuntivos* (o tempo é a medida da duração de um estado de fato, que serve de base para a presunção da cessação de um direito); *prazos preclusivos do direito material* (o tempo é a medida para a duração da possibilidade de realizar um ato com eficácia jurídica).

ISIDORO MODICA<sup>233</sup> critica a posição de GRAWEIN, pois este teria confundido *decadência* com *direito a termo*, ao conceber aquela apenas levando em conta a inércia do titular, não se atentando a que, exercido dentro do prazo preestabelecido, a vida do direito, de limitada, passa a ilimitada, diversamente do que se passa com o *direito a termo*, que se extingue com o advento do prazo, quer tenha sido exercido ou não – mas não resta dúvidas de que não era disso que GRAWEIN tratava,

---

<sup>231</sup> NAZO, *A decadência*, p. 32-34.

<sup>232</sup> *Verjährung und Gesetzliche Befristung*, 1880 apud NAZO, *A decadência*, p. 38-41.

<sup>233</sup> Apud NAZO, *A decadência*, p. 41.

vez haver referência expressa a ações que se extinguem pela inércia de seu titular, distinguindo-as dos direitos limitados a um certo tempo.

Para GRAWEIN o prazo preclusivo seria para adquirir um direito – a inércia impediria a formação de um direito; na decadência já haveria um direito que se deveria fazer valer em juízo dentro do prazo prefixado pela lei: o ato aquisitivo seria *conditio iuris*, não havendo, até a sua realização, um direito perfeito,<sup>234</sup> estabelecendo uma distinção muito mais formal do que material, pois o que distingue um do outro seria a prática de ato judicial ou extra-judicial – “será o mesmo que afirmar-se que são duas modalidades que dizem respeito apenas ao ‘exercício do direito’, que não envolveriam, como consequência, a sua essência, em virtude da identidade de efeitos”.<sup>235</sup>

O código austríaco (ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, de 01.06.1811, com projeto elaborado por KARL ANTON FREIHERR VON MARTINI e FRANZ VON ZEILLER, aplicado também em Liechtenstein até hoje, e na Tchécua até 1951, quando foi substituído pelo código civil de 1950) trata da prescrição e da usucapião no mesmo capítulo – o que por si só já é motivo para ser visto com receio – e define a prescrição como a perda de um direito pelo não exercido no tempo determinado pela lei,<sup>236</sup> enquanto que a usucapião é definida como aquisição de um direito prescrito.<sup>237</sup>

É sobre essa base que foi construído o código civil alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), publicado em 24.08.1896, passando a vigorar em 01.01.1900.

---

<sup>234</sup> NAZO, *A decadência*, p. 41-43.

<sup>235</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>236</sup> §1451. Die Verjährung ist der Verlust eines Rechtes, welches während der von dem Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist.

<sup>237</sup> §1452. Wird das verjährte Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes zugleich auf jemand Andern übertragen; so heißt es ein ersessenes Recht, und die Erwerbungsart Ersitzung (Quando o direito prescrito é transmitido a outra pessoa por posse legal, é chamado de direto usucapido e o modo de aquisição usucapião).

### 2.3. O código civil alemão e o panorama atual

O BGB tratou de modo distinto as figuras até então tratadas de forma confusa e imprecisa, contribuindo para uma maior segurança na aplicação dos institutos, e não raro fornecendo definições.

A prescrição é definida como limite à pretensão, que por sua vez, incorporando o conceito de WINDSCHEID, é definida como “o direito de demandar de outrem um fazer ou abster-se” (§194),<sup>238</sup> e coincide com o momento em que o débito se torna exigível,<sup>239</sup> enquanto que a usucapião (*Ersitzung*) é definida como aquisição da propriedade pela posse qualificada (“posse proprietária”) por determinado período (§937, parágrafo 1).<sup>240</sup>

A decadência é referida pelos termos *Frist*<sup>241</sup> e *Ablauf*,<sup>242</sup> havendo múltiplas referências mas não uma definição legal. LEO ROSENBERG<sup>243</sup> exclui do conceito de decadência os direitos a termo, repele a distinção entre *decadência* e *prazos preclusivos* – a decadência, como as prescrições, se refere a direitos que podem realizar-se também depois do prazo, desde que o exercício seja anterior à expiração; não é contrária à sua índole a previsão de causas suspensivas. Divide a decadência em duas categorias: *exercer direito* e *executar ato*. A decadência não depende do decurso do prazo e da inércia do titular – não se pode atribuir a estas condições eficácia diversa da que lhe confere a lei.

Em 2001 a regulamentação do direito das obrigações sofreu profundas alterações, e a prescrição não passou imune.

---

<sup>238</sup> “Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (...)”.

<sup>239</sup> LEVANO, *La prescription*, p. 950.

<sup>240</sup> “Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum”.

<sup>241</sup> Prazo, período.

<sup>242</sup> Fim do curso (de um prazo), expiração.

<sup>243</sup> *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 1927 apud NAZO, *A decadência*, p. 45-46.

Passou a haver um sistema com prazos duplos, um mais longo (de dez ou trinta anos), de caráter objetivo, e outro mais curto (três anos) de caráter subjetivo.<sup>244</sup>

O termo inicial do prazo padrão (*Regelmäßige Verjährungsfrist*, de três anos, §§195 e 199, parágrafo 1) não se identifica, necessariamente, com o nascimento da pretensão (§199, parágrafo 1 (1)), mas sobretudo com o conhecimento pelo credor das circunstâncias que deram origem à pretensão e da identidade do devedor (§199, parágrafo 1 (2)) – o desconhecimento por negligência grave não impede o início do prazo.

Os prazos objetivos são fixados para impedir a eternização da situação de insegurança decorrente do termo inicial aberto para o prazo padrão. Do surgimento da lesão, que nem sempre será contemporânea ao fato que lhe deu causa, corre um prazo de dez anos, sendo irrelevante qualquer aspecto subjetivo (§199, parágrafos 3 (1) e 4). O prazo limite de trinta anos (§199, parágrafos 2, 3 (2), e 3a) tem seu início independente de conhecimento pelo credor a contar da data em que ocorreu o fato que deu origem à lesão, tem aplicação nas hipóteses em que a pretensão decorre de lesão à vida, integridade física, saúde ou liberdade, ou quando a lesão ocorre mais de dez anos depois de ocorrido o fato que lhe deu causa.

Assim, poderá ocorrer de dois ou três prazos correrem em paralelo, consumando-se a prescrição quando o primeiro deles terminar, ou correr apenas os prazos objetivos, sem que o outro jamais se inicie.

Um exemplo ajudará a entender melhor a aplicação das hipóteses: numa determinada ocasião ocorreu um fato ilícito, que

---

<sup>244</sup> LEVANO, *La prescription*, p. 949-952; BAUERREIS, *Nouveau droit de la prescription*, p. 1024-1025.

causou um dano a terceiro muito tempo depois, e somente passado mais algum tempo é que a vítima teve ciência das circunstâncias e autoria daquele fato que lhe causou um prejuízo. O prazo de trinta anos teve início quando ocorreu o fato ilícito, o de dez anos quando surgiu o dano (se o prejuízo for simultâneo ao fato que lhe deu causa, o prazo de dez anos corre desde aquela data), e o de três anos quando o credor teve ciência das circunstâncias; a prescrição estará consumada quando qualquer um deles primeiro atingir seu termo final. Há regra semelhante no direito suíço: o art. 60, do código das obrigações<sup>245</sup> prevê o prazo prescricional de um ano para ações por danos, a contar da data em que a vítima toma conhecimento do dano e da identidade do responsável, e de dez anos a contar da ocorrência do fato ilícito.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> *Obligationenrecht*, em alemão; *code des obligations*, em francês; *diritto delle obbligazioni*, em italiano; *dretg d'obligaziuns*, em reto-românico.

<sup>246</sup> JANKE & LICARI, *The french revision*, p. 11, nota 42.

### 3. UMA HISTÓRIA DOS CONCEITOS NOS PAÍSES DE LÍNGUA NEOLATINA<sup>247</sup>

*Assim o dever do homem que investiga os escritos de cientistas, se aprender a verdade é seu objetivo, é se tornar inimigo de tudo que lê, e, ... atacá-lo por todos os lados. Ele deve também suspeitar de si mesmo ao fazer seu exame crítico, para evitar cair em preconceitos ou leniência.*<sup>248</sup>

IBN AL-HAYTHAM, *Kitab al-Manazir*, 1011-1021.

#### 3.1. **Ação, decadência e prescrição no direito ibérico**

##### 3.1.1. **Do período pré-romano à invasão muçulmana**

A Ibéria pré-romana “estava longe de oferecer uma unidade étnica, linguística, cultural, religiosa, política, económica ou jurídica”, prevalecendo as regras de direito consuetudinário<sup>249</sup> (de ordem religiosa<sup>250</sup> e ética) vigentes em cada comunidade, geralmente centradas em grupos familiares, “cujo chefe exercia poderes políticos, judiciais e religiosos” sobre seus membros.<sup>251</sup> Nas áreas planas mais ao

<sup>247</sup> São *neolatinas*, ou *românicas*, as línguas modernas que evoluíram do latim vulgar entre os séculos 3º e 8º, formando um subgrupo de línguas itálicas dentro da família linguística indo-européia; as mais faladas são: castelhano, português, francês, italiano, e romeno.

<sup>248</sup> Traduzido do árabe para o inglês por ABDELHAMID IBRAHIM SABRA.

<sup>249</sup> “(...) as normas jurídicas surgiram pela prática reiterada das mesmas condutas, perante os vários problemas e situações sociais, acompanhada da convicção ou consciência da sua obrigatoriedade” ALMEIDA COSTA, *História*, p. 77.

<sup>250</sup> “Estas religiões, de origem e cunho familiares, impunham o cumprimento de estritos deveres de apoio, de proteção e de solidariedade, a todos os membros das tribos entre eles, mas não aos estranhos, aos de outras tribos” PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 221.

<sup>251</sup> MARCELO CAETANO, *História*, p. 35-39.

sul e na costa oriental,<sup>252</sup> mais desenvolvidas social e economicamente,<sup>253</sup> havia também normas originárias de atos legislativos (mas é possível que fossem apenas compilações de regras consuetudinárias).<sup>254</sup>

A essas normas somavam-se pactos celebrados entre os diferentes grupos sociais, pelos quais se estabeleciam igualdade recíproca de direitos ou normas regulando as relações jurídicas entre os grupos e, mais tarde, pactos de aliança ou amizade (*foedus*) com Roma.<sup>255</sup>

Mesmo após a anexação romana (iniciada em 218 AEC, com a segunda guerra púnica, e concluída apenas em 20 AEC, com a submissão dos povos da extremidade norte), o direito local seguiu aplicável até quando, em 212 EC, CARACALLA estendeu a cidadania romana a todos os habitantes do império, igualando os direitos de todas as pessoas livres.<sup>256</sup>

Mas nem assim a romanização foi completa, permanecendo elementos do direito autóctone, sobretudo fora dos grandes centros urbanos, dando uma estrutura menos complexa ao que foi chamado de *direito romano vulgar*,<sup>257</sup> de aspecto heterogêneo,

---

<sup>252</sup> Com grande influência de colonizadores estrangeiros: fenícios de Tiro e, depois da sua tomada pelo império babilônio de NABUCODONOSOR 2º no início do século 6º AEC, Cartago (fundada no século 9º AEC); jônios da Focéia (Φώκαια, atual Foça) e, quando a jônia caiu sob o jugo do reino lídio de Creso e logo em seguida dos persas de Ciro 2º na metade do século 6º AEC, Massalia (fundada por volta de 600 AEC, atual Marselha).

<sup>253</sup> “Sendo as condições naturais diferentes, também os sistemas culturais que organizam o domínio da natureza o terão de ser” JOSÉ MATTOSO, *Identificação de um país*, p. 10.

<sup>254</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 67 e 78; PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 221.

<sup>255</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 77; PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 222.

<sup>256</sup> “A concessão de Caracalla foi um acto político (para fazer esquecer o assassinio do irmão [GETA, em 211]) e um acto fiscal, pois assim todos os habitantes do Império ficaram a pagar impostos a que estavam sujeitos os cidadãos romanos. (...). O que dois séculos antes fora honra cobiçada, representava agora aborrecido peso que as populações recebiam com indiferença e receio” MARCELO CAETANO, *História*, p. 77.

<sup>257</sup> “Não oferece dúvida que este se distanciou muitíssimo da estrutura e do apuro dogmático do direito romano clássico: designadamente, quanto às formulações, aos esquemas processuais de base e à conceitualização das figuras jurídicas, sobretudo em matéria de contratos. Satisfaz, todavia, as exigências da época. A simplificação verificada, por exemplo, na redução dos princípios e dos institutos ao essencial, traduziu o sentido pragmático com que a ordem jurídica deve adaptar-se às realidades sociais. O fenómeno do ‘vulgarismo’ tornou possível conformar o direito romano às novas situações. Facilitou, desse modo, o encontro com o direito germânico e a continuidade

variando de acordo com “as circunstâncias e os elementos consuetudinários intervenientes” no tempo e no espaço, e com o passar do tempo foi ganhando espaço um vagoroso recrudescimento de instituições e princípios jurídicos locais, de índole sobretudo popular e consuetudinária, de modo que ao tempo da chegada dos povos germânicos, posto que continuassem a possuir fundo romano, a regras jurídicas observadas na península não diferiam radicalmente das que os invasores traziam consigo.<sup>258</sup>

As primeiras incursões dos visigodos<sup>259</sup> ao sul dos Pirineus datam dos reinados de WALIA (417) e THEODORICO (435), agindo como soldados do Império, e de EURICO (466-484), expandindo seus domínios ao sul em reação à pressão dos francos ao norte; unificaram quase toda a península sob LEOVIGILDO em 576 quando conquistaram o reino dos suevos, centrado nas regiões da Galícia e Minho (noroeste da península), abrangendo mais ao sul a Bética e Lusitânia e, a leste, a Cartaginense (permaneceu um enclave bizantino no sul de 554 a 620), criando três núcleos populacionais na região: hispano-romanos (cristãos católicos), suevos<sup>260</sup> (cristãos calcedônios) e visigodos<sup>261</sup> (cristãos arianos), divisão reforçada pela proibição de casamentos mistos – a

---

de expressivos elementos romanísticos nos séculos posteriores. Inclusive, através da legislação visigótica” ALMEIDA COSTA, *História*, p. 98 (no mesmo sentido: MARCELO CAETANO, *História*, p. 90).

<sup>258</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 76, 90-93, 96-98; MARCELO CAETANO, *História*, p. 47-48 e 83-84; PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 223-227.

<sup>259</sup> Os visigodos, fugindo da invasão hunica, foram introduzidos no Império em 375, e ao fim da guerra gótica (376-382) fizeram a paz com THEODOSIUS e se tornaram *foederati* do Império, e fixaram-se nas Gálias em 412, incorporando outros grupos germânicos e escravos libertos em suas fileiras ao longo do caminho, mas sem uma base territorial fixa, compartilhando e convivendo nos mesmos territórios que a população romana, mas cada povo com leis e jurisdição apartada, o que não impediu que se tornassem o povo germânico mais impregnado pela cultura romana. O tratado foi quebrado por ALARICO, líder do saque de Roma (410), mas em 415 o *foedus* foi renovado entre o rei WALIA e o imperador HONORIUS (MARCELO CAETANO, *História*, p. 99; PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 245-246).

<sup>260</sup> “Culturalmente [os suevos] nada podiam dar. Eram um povo rude, menos civilizado que os hispano-romanos. Os filólogos atribuem apenas a 6 palavras portuguesas o étimo suevo. Traços de arte, não há nenhum. Os seus costumes bárbaros é que provavelmente alastraram depressa: estalado o verniz superficial da romanização, os galegos encontraram neles maiores afinidades com as tendências naturais de uma humanidade inculta” MARCELO CAETANO, *História*, p. 95.

<sup>261</sup> Apesar do período relativamente longo de dominação dos visigodos, “da sua passagem pouco ficou em nosso território: nenhuma povoação por eles fundada, ou nome de povoação por eles crismada, poucos vestígios culturais, apenas 10 palavras na língua, raras e pobríssimas igrejas e alguns rudes artefactos de ourivesaria destinados ao culto religioso. Era um povo menos civilizado do que os hispano-romanos e, se deixou de si algum traço cultural deve-o ao clero católico, quase todo de origem romana, que foi o transmissor e difusor dos restos da civilização latina à qual se adaptaram os bárbaros” MARCELO CAETANO, *História*, p. 97-98.

vedação, na verdade, fora levantada por LEOVIGILDO (546), mas, por conta da necessidade de prévia aprovação, pouco contribuiu para a miscigenação da população.<sup>262</sup>

No reinado de EURICO,<sup>263</sup> quando o centro populacional visigodo ainda estava ao norte dos Pirineus, na Aquitânia (com capital estabelecida em Tolosa, atual Toulouse), foi editado o *codex euricianus* (*código de Eurico*, c. 475), reconhecendo e afirmando os costumes visigóticos em matéria de direito privado, com alguma influência de direito romano.<sup>264</sup>

Não muito tempo depois vieram o *breviarium alaricianum* (*breviário de Alarico*, 506, também chamado de *lex romana visigothorum*), um resumo das leis romanas e decretos imperiais ordenado por ALARICO 2º aplicável apenas à população galo e hispano-romana, e o *codex revisus* (*código revisto*, 546) de LEOVIGILDO, unificando em direitos as populações visigoda e hispano-romana<sup>265</sup> e fazendo correções ou alterações de algumas leis, acrescentando outras e suprimindo as consideradas inconvenientes ou inúteis.<sup>266</sup>

Após a conversão dos visigodos ao catolicismo (Concílio de Toledo, 589 – já quando estavam centrados na Ibéria),<sup>267</sup> foi editado

<sup>262</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 115-116, 119-120 e 123; MARCELO CAETANO, *História*, p. 91-93.

<sup>263</sup> EURICO tomou a coroa de seu irmão THEODORICO 2º em 466, e foi o primeiro rei de uma nação visigoda unificada e de forma independente de Roma (468), e não mais como um mero legado romano, tendo forçado o imperador JULIUS NEPOS a reconhecer a sua independência completa em 475 em troca de ceder a região da Provença.

<sup>264</sup> Os visigodos eram “os mais romanizados de todos os bárbaros” (MARCELO CAETANO, *História*, p. 96). “(...) o Estado visigótico da península hispânica aparece, na sua constituição, como produto da mistura dos elementos germânicos (a unidade do grupo dada pelo chefe, os vínculos sociais estabelecidos hierarquicamente pela fidelidade dos homens ao seu chefe), com elementos romanos (a ideia da *res publica*, feixe de interesses colectivos permanentes da colectividade que o próprio rei tem de acatar e servir, a ideia de que a soberania sobre as pessoas e as coisas é atributo da colectividade e não do príncipe e de que há uma património colectivo constituído pelos bens destinados à utilidade pública)” (p. 101).

<sup>265</sup> É controversa a aplicação do princípio da personalidade no reino dos visigodos – uns defenderem a *territorialidade* desde o século 5º, enquanto outros a *personalidade* pelo menos até o século 7º; o direito consuetudinário de origem germânica deve ter sobrevivido nas áreas rurais, entra a população de classe mais baixa (GILISSEN, *Introdução*, p. 175).

<sup>266</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 126-130 e 137; MARCELO CAETANO, *História*, p. 113-117; GILISSEN, *Introdução*, p. 176.

<sup>267</sup> Em razão do maior prestígio, cultura e riqueza do clero e da população local que seguia o catolicismo, o rei RECARDO converteu-se em 587 e após ele seguiram os demais visigodos; a partir daí o rei passou a atuar como

o *liber iudiciorum* (livro dos juízes), publicado inicialmente por CHINDASVINTO em 642-643 e ampliado por RECESVINTO em 654, também de aplicação geral e com escopo bastante abrangente, contando com influência germânica, romana e canônica, veda a aplicação das leis romanas,<sup>268</sup> e trata do setor orgânico estatal, sistema judiciário, processo, direito privado e direito penal, tendo recebido revisões periódicas que levaram a alterações, supressões e acréscimos; foi preservado após a invasão mulçumana de 711<sup>269</sup> e o estabelecimento do emirado umaíada de Córdoba,<sup>270</sup> sob a denominação *forum iudicum* ou *lex visigothorum*, pois seguiu sendo aplicado à população cristã naquilo em que não conflitava com as normas dos conquistadores, havendo um funcionário em cada cidade para governar os cristãos, um juiz (*censor*) e um encarregado da cobrança de tributos devidos pelos cristãos

---

“protetor” da Igreja e passou a exercer maior poder sobre esta instituição, convocando os concílios e aprovando os cânones lá formulados, que frequentemente eram utilizados para reforçar as leis reais (MARCELO CAETANO, *História*, p. 106-108). Havia, contudo, uma desvantagem bastante inconveniente: a Cúria Romana fazia “intervenções espirituais”, consistente na excomunhão dos príncipes e interdição de seus reinos e senhorios, o que privava “todos os habitantes de lhes serem ministrados sacramentos, suscitavam, naturalmente, reacções muito fortes, que punham em causa a legitimidade do exercício do poder por parte dos governantes”, o que em Portugal ocorreu algumas vezes, sempre que houve algum conflito mais sério com os interesses da Igreja, como nos casos em que em 1222 se ameaçou absolver os vassalos de Afonso 2º “do vínculo de fidelidade e de entregar o rei aos príncipes, ou nobres, que dele quisessem apoderar-se”, e as interdições que levaram às deposições de Sancho 2º em 1247 e de Afonso 6º em 1667 (PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 268-270).

<sup>268</sup> Há divergência quanto à referência: se à *lex romana visigothorum* ou a leis bizantinas aplicadas nos territórios que haviam sido dominados pelo Império do Oriente entre 554 e 620 (sudeste da península, formando a *Provincia Spaniae*) (MARCELO CAETANO, *História*, p. 118-119).

<sup>269</sup> A causa da invasão foi a disputa pela sucessão de Witiza, morto em 710. Formadas duas facções, apoiando a eleição de Ágila 2º e Roderico, seguiu-se uma guerra civil, havendo relatos de que os partidários daquele teriam solicitado ajuda ao uáli Musa Ibn Nusair, que cruzou o Mediterrâneo e derrotou Roderico em 712; em 716 invadiram a última província visigoda (Narbonense, a costa mediterrânea da França atual), completando a conquista em 721. O avanço mouro somente teve fim com a vitória de Charles Martel (prefeito do palácio dos reinos francos – Nêustria e Austrásia –, e “duque e príncipe dos francos”) na batalha de Tours, em 732, que causou o recuo dos sarracenos ao sul dos Pirineus. Havia grande incentivo à conversão ao islã, pois estes ficavam isentos dos impostos aos cristãos e poderiam ocupar cargos administrativos (todo poder administrativo era também religioso), havendo significativo aumento das liberdades e direitos civis; os servos tinham um incentivo a mais, pois com a conversão se tornavam homens livres (MARCELO CAETANO, *História*, p. 126-129 e 133).

<sup>270</sup> Inicialmente província do califado de Bagdá, tornou-se sultanato autônomo a partir de 755 (em razão da revolução que colocou a dinastia abássida no califado em 750), seguido de breve período de fragmentação territorial no final do século 9º, e unificação sob a forma de califado de 929 a 1031, seguido de novo período de fragmentação em estados independentes (*taifas*), até que os territórios mulçumanos foram dominados pelo emirado almorávida (processo iniciado em 1090 e completado em 1110), que foi sucedido pelo califado almóada (de origem berbere e sediado em Marraquexe; a Ibéria mulçumana foi submetida entre 1147-1172), e este pelo emirado nasrida de Granada em 1230, dissolvido em 1491 após derrota para o reino castelhano, ao que se seguiu a expulsão dos judeus e mulçumanos da península (MARCELO CAETANO, *História*, p. 131; PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 256 e 37).

(*exceptor*), visto que o direito muçulmano era essencialmente confessional, obrigando apenas os crentes.<sup>271</sup>

Ao longo desse período pós-romano a organização processual permaneceu confusa, em razão da instabilidade social (passaram-se pouco mais de duzentos anos entre as invasões germânicas e muçulmana, e até a conclusão da reconquista em terras portuguesas mais quinhentos anos, períodos de constante beligerância), coexistindo uma pluralidade de direitos; não permaneceram textos que permitam uma perfeita compreensão de como se passava a solução dos litígios.

Certo, contudo, é que a instauração do processo somente se dava por iniciativa das partes,<sup>272</sup> e os juízes eram meros representantes do poder real (exercendo simultaneamente funções administrativas ou militares),<sup>273</sup> cabendo aos *judices* (“homens bons” locais) determinar o direito aplicável e ao presidente do Tribunal proferir a sentença, consistindo no compromisso das partes se sujeitarem ao resultado das provas (reminescente à *litis contestatio* romana), que serviam para “salvar” o réu da acusação.<sup>274</sup>

A condenação era em pena pecuniária, geralmente resultando em penhora sobre os bens do devedor ou, na falta destes, sanções sobre a própria pessoa, num evidente retorno ao sistema

---

<sup>271</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 130-132; MARCELO CAETANO, *História*, p. 117-132; GILISSEN, *Introdução*, p. 176.

<sup>272</sup> “O pleito apresentava-se em grande parte como uma luta entre as partes, à qual o tribunal assistia como espectador. O objetivo do processo era, pode-se dizer, substituir este estado de luta por uma composição das partes nos termos marcados pela sentença” (PAULO MERÊA, *Lições*, p. 50).

<sup>273</sup> A descentralização e distribuição de poderes pregada por MONTESQUIEU (o *De l'esprit des lois* foi publicado em 1748) somente se começará a se difundir a partir do século 18, com sistemas bipartidos e tripartidos, e até mesmo quadripartidos (prevendo um poder “moderador”: Constituição imperial brasileira de 1824 e Constituição portuguesa de 1826, ambas elaboradas com inspiração em BENJAMIN CONSTANT por PEDRO DE ALCÂNTARA, imperador do Brasil (1822-1831) e rei de Portugal (1826): “não se distinguiam, antes do século XIX, as atribuições administrativas e judiciárias para o efeito da especialização das autoridades públicas. Quem tinha autoridade, por via de regra administrava e julgava muito embora pudesse exercer principalmente uma dessas formas de jurisdição” (MARCELLO CAETANO, *História*, p. 191).

<sup>274</sup> PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 8-9; MARCELO CAETANO, *História*, p. 110; PAULO MERÊA, *Considerações*, *passim*.

primitivo de submeter o devedor ao poder do credor (PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 10).

Havia previsões esparsas e sem sistematização no *forum iudicium* sobre prazos (variando de vinte e cinco a cinquenta anos) para exercício de direitos, tais como reclamar propriedade imobiliária, retornar um escravo fugitivo à servidão, ajuizamento de ações civis ou criminais.

Muito embora ALMEIDA COSTA<sup>275</sup> negue qualquer legado significativo dos mouros no campo jurídico, em razão da natureza eminentemente confessional e personalista do direito muçulmano, parece mais correta a posição de MARCELLO CAETANO<sup>276</sup> ao apontar que o contato íntimo entre as populações cristã e muçulmana, principalmente nas regiões rurais, levou a uma alteração dos costumes, assimilando-se muitas práticas do invasor, sobretudo a partir do século 10, citando o instituto da parceria rural e possivelmente o ressurgimento de regras pré-visigóticas reprimidas pelo Código Visigótico mas não pelas leis islâmicas, tais como a vingança privada, composição e o preço do sangue,<sup>277</sup> o que se poderá confirmar no ítem seguinte, ao se verificar a existência de disposições confirmando ou tentando erradicar essas práticas no período reinícola.

Ao fim e ao cabo, trata-se de período com apenas breves lapsos de estabilidade social, que não permitiram um desenvolvimento doutrinário do direito, que permaneceu eminentemente prático e ligado aos costumes locais, não se verificando qualquer desenvolvimento em relação às regras criadas e desenvolvidas pelos romanos, sobretudo no que se refere aos pontos de maior interesse a este trabalho.

---

<sup>275</sup> *História*, p. 153.

<sup>276</sup> *História*, p. 134-135.

<sup>277</sup> Cf., tb., PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 256.

### 3.1.2. *Período reinícola e brasileiro pré-codificado*

Antes mesmo do término da invasão muçulmana logo já se iniciou a retomada dos territórios ocupados – a *reconquista* – com dois pontos de origem: no noroeste o Reino das Astúrias,<sup>278</sup> e no nordeste as Marcas Hispânica e Gótica;<sup>279</sup> a partir desses locais houve uma contínua expansão ao sul, com frequente desmembramento e incorporação de territórios até que no final do século 15 foi completada a retomada da península e consolidadas as fronteiras de Portugal e Espanha.<sup>280</sup>

Prevalecia o direito consuetudinário, atribuível às circunstâncias da vida no período da reconquista, com uma população iliterata e pobre, onde prevalecia uma economia primitiva

“assente sobe o grupo doméstico e a produção familiar, a uma organização política em que as funções do Estado se achavam

---

<sup>278</sup> Fundado nas montanhas cantábricas em 718 por nobres visigodos que resistiram à invasão sarracena, teve como primeiro rei PELAYO. O Reino das Astúrias, que depois passou a ser conhecido como Reino de Leão (entre 850-866), foi partilhado entre os três filhos do rei ALFONSO 3º em 910: Astúrias (FRUELA 2º), Galícia (ORDOÑO 2º) e Leão (GARCÍA). Com a morte de seu irmão, ORDOÑO adquiriu Leão (914) e quando este morreu em 925, FRUELA reunificou o território de seu pai, e após a sua morte no ano seguinte houve breve período de divisão e nova unificação do Reino de Leão em 929, seguindo breves períodos de independência da Galícia em 982-985, e, sob reis rebeldes, em 1296-1300 e 1386-1387. Em 1065, com a morte de FERNANDO 1º, Castela (condado fundado em 860, que já era semi-independente desde 931), Leão e Galícia se tornaram reinos independentes, reunidos por ALFONSO 6º em 1072. Leão e Castela estiveram unidos de 1072 a 1157 e definitivamente a partir de 1230, mantendo independência nominal de ambos, juntamente com a Galícia, muito embora Castela, em todos os aspectos, tenha se tornado a entidade política dominante. Em 1139 AFONSO HENRIQUES declarou a independência de seu condado (concedido a seu pai, HENRI DE BORGONHA, em 1093) do Reino de Leão, que passou então a Reino de Portugal.

<sup>279</sup> Criadas por CARLOS MAGNO em 795 como zona tampão entre as terras mouras e a fronteira meridional do Império Carolíngio (Ducados da Gasconha e da Aquitânia), contendo diversos condados, dentre os quais ganhou proeminência o de Barcelona, que passou da coroa francesa para a aragonesa em 1258, onde permaneceu como parte do Principado da Catalunha. O Reino de Pamplona nasceu a partir de uma área semi-independente na fronteira entre francos e sarracenos surgida em 824 a partir da supressão dos ducados da Gasconha e Aquitânia, assumindo independência total em 925; passou a ser chamado Reino de Navarra no final do século 10; caiu sob o domínio de Aragão e França por alguns períodos (1054-1134 e 1285-1328, respectivamente), e a parte ao sul dos Pirineus foi conquistada definitivamente por Aragão em 1512, incorporando-se o restante aos demais territórios franceses da Casa de Foix derrotada. O Condado de Aragão tem origem carolíngia (final do século 8 ou início do século 9, e passou para o domínio de Navarra em 922; em 1135 ganhou independência e foi fundado o Reino de Aragão.

<sup>280</sup> Em 1249 Portugal capturou o Algarve, definindo suas atuais fronteiras. Em 1469 a Espanha foi unificada pelo casamento dos reis ISABELLA de Castela e FERNANDO de Aragão; em 1492 o Emir de Granada foi derrotado definitivamente e a Espanha peninsular adquiriu sua fronteira meridional atual (ressalvada a tomada de Gibraltar pelos ingleses em 1704); entre 1707 e 1716, após a Guerra da Sucessão (1701-1714), houve uma reestruturação e as partes constituintes da coroa espanhola foram unificadas, construindo-se um Reino da Espanha centralizado.

muito reduzidas, a uma sociedade preocupada absorventemente com as necessidades militares de defesa e da represália, correspondia naturalmente um direito completamente diverso do direito romano e mesmo do direito expresso na *Lex Wisigothorum*, um direito em que as relações de família, o sistema sucessório, a propriedade, todas as instituições, em maior ou menor grau, apresentam um carácter primitivo acentuado e muito curioso”.<sup>281</sup>

No período dos séculos 9 a 13, ocupados os reis com a guerra, organização do território e administração da justiça, as fontes preponderantes do direito na Península Ibérica foram os direitos locais, manifestados através de ***cartas da população*** ou ***de povoação*** (“*cartas pueblas*”, documentos rudimentares estruturados essencialmente como contratos agrários coletivos, pelas quais um senhor<sup>282</sup> estabelecia direitos e obrigações coletivos para grupos de colonos, explicitando, comumente, costumes de direito privado preexistentes, funcionando como base de núcleos populacionais autônomos, com o intuito de povoar ou incrementar a população<sup>283</sup> de determinado local.<sup>284</sup>

Via de regra tratavam de liberdades e garantias das pessoas e dos bens dos povoadores, impostos e tributos, composições e

---

<sup>281</sup> MARCELLO CAETANO, *História*, p. 199-200.

<sup>282</sup> O “senhor” poderia ser o próprio rei ou algum vassalo seu, nobres ou clérigos que recebiam direitos de uso e fruição sobre terras com caráter pessoal e vitalício em troca de serviço militar; mais tarde esses senhores também foram investidos no governo e administração, inclusive jurisdição, desses territórios em nome do rei como duques (do latim *dux*, líder militar) e condes (do latim *comes*, administrador). O regime feudal surge quando a concessão passa a ser considerada direito hereditário, tendo como características a voluntariedade no estabelecimento da relação entre suserano e vassalo (*commendatio*), consistindo num encargo a ser prestado pelo vassalo em favor do suserano (*beneficium*), e atribuição de poderes de autoridade pública (ministrar justiça, levantar hostes, cobrar impostos, etc) exercidos em nome próprio pelo beneficiário nas terras possuídas; em Portugal prevalece o entendimento de não ter havido um sistema feudal típico, mas sim um *regime senhorial*, pois o serviço militar era remunerado e não dependia da concessão de terras, não havendo hereditariedade dos prestamos ou funções públicas, exercício dos poderes senhoriais como concessão régia sujeita à correição do monarca, reservando-se a este prerrogativas soberanas consideradas essenciais, “reservando-se o senhorio dos senhorios e castigando os abusos e as tentativas de usurpação” (MARCELO CAETANO, *História*, p. 144-148).

<sup>283</sup> Como forma de estimular o povoamento de zonas de fronteira durante o período da reconquista, havia previsões de concessão de liberdade após determinado período aos servos que se dispusessem a habitar tais locais (VARGAS, *Forais*, p. 26).

<sup>284</sup> Através da criação de *conselhos*, unidade territorial que poderia incluir diversos núcleos de povoamento (aldeias) além da sede (vila).

multas devidas pelos diversos delitos – inclusive prevendo o pagamento de *preço de sangue* em casos de homicídio –, imunidades coletivas, serviço militar, encargos e privilégios dos cavaleiros vilões, ônus e forma das provas judiciais, citações, arrestos e fianças, aproveitamento dos terrenos comuns) e ***fueros municipais “breves”*** (expressando a concessão de privilégios pelo rei a uma comunidade local, como liberdades de comércio e de organização local, podendo coincidir com a tradição jurídica da comunidade, servindo como defesa dos concessionários contra abusos dos nobres, fortalecendo, assim, o papel do rei), frequentemente de caráter fragmentário e lacunoso, exigindo complementações através do *Liber iudiciorum* (Código visigótico de 654), e também o arbítrio judicial e os usos locais (*usus terrae*).<sup>285</sup>

Há dúvida, contudo, se as frequentes referências ao Código visigótico são “meras reminiscências eruditas ou fórmulas rotineiras dos juízes e dos tabeliães, que não traduziam uma verdadeira aplicação prática daquela fonte”, decorrente inclusive dos séculos de utilização prática/costumeira ao longo do período de dominação sarracena, ou testemunho de sua efetiva vigência sancionada pelo poder estatal; é certo que no início do século 13 as citações começam a rarear, cedendo espaço para preceitos consuetudinários locais e leis gerais cada vez mais frequentes.<sup>286</sup>

A prevalência dos costumes locais deve ser atribuída também à iliteracia da população em geral, sobretudo nas comunidades mais isoladas, reforçados pelas decisões proferidas pelos juízes eleitos pela comunidade, frequentemente também iletrados, e que se fiavam mais nos costumes que conheciam do que nos textos legais para decidir os litígios que lhe eram apresentados.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 132.

<sup>286</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 183-184; VARGAS, *Forais de Belmonte*, p. 24; MARCELLO CAETANO, *História*, p. 193-195.

<sup>287</sup> PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 262 e 23.

O período medieval, e o feudalismo, são caracterizados pelo fenómeno da *privatização do poder*, com o exercício de prerrogativas de carácter estatal pelos senhores na região norte, contra a manutenção (em maior grau, mas não total) de noções de direito público nas zonas organizadas em concelhos,<sup>288</sup> prevalecentes no centro e sul – não se distinguia a autoridade pública da privada, e é tardia a caracterização do Estado como detentor exclusivo do direito público, tendo ocorrido em Portugal a apropriação dessa função pelo monarca no tempo de DINIS (1279-1325).<sup>289</sup>

O *senhor* é o proprietário da terra e dos meios de produção e também o “detentor da autoridade e do poder nos domínios militar, judicial, fiscal e, chamemos-lhe assim, legislativo”, figura equivalente ao *bannus* dos reinos francos.<sup>290</sup>

Muito embora o rei muitas vezes concedesse a senhores locais o poder de julgar certas questões, sempre reservou a si o de conhecer das causas quando estas se negassem a fazer justiça e para ele se recorresse por apelação (prática romana adotada pelos germânicos e revigorada no período dos reinos neovisigóticos), ou ainda em causas entre senhores. O processo, seguindo a tradição germânica, era público, formal e oral: uma vez definido o pleito cabia ao tribunal designar a prova a ser prestada pelas partes – que poderiam ser juramentos ou *juízos de Deus* (água quente, ferro em brasa, duelo), conforme a prática local –, cujo resultado vinculava a decisão do julgador; o rei também poderia cometer funções judiciais ao conde ou magistrados especiais, e

---

<sup>288</sup> “Além das terras da Coroa e das terras senhoriais havia (...) os territórios municipais, da jurisdição dos concelhos”, caracterizados como “a personalidade colectiva reconhecida a uma comunidade de homens livres unidos pelos laços naturais da vizinhança num mesmo território ou lugar, para o exercício da autoridade pública na gestão dos interesses do grupo” (MARCELLO CAETANO, *História*, p. 183-184).

<sup>289</sup> JOSÉ MATTOSO, *Identificação de um país*, p. 30-31, 44 e 70.

<sup>290</sup> JOSÉ MATTOSO, *Identificação de um país*, p. 69.

alguns casos eram resolvidos pelo conde ou pelo juiz em assembleia geral dos homens livres da comarca.<sup>291-292</sup>

Os magistrados municipais (isto é, dos concelhos) eram geralmente eleitos e a sua denominação variava de lugar para lugar (*judex*, *alvazil*,<sup>293</sup> ou *alcalde*<sup>294</sup>), e não eram limitados ao exercício de atividade jurisdicional, mas também tinham papel semelhante ao de tabeliões, além da cobrança de impostos e, por vezes, legiferante.<sup>295</sup>

No final do século 12 começou a se afirmar um novo tipo de *fuero*, com base nos costumes e, em Castela e Navarra, em sentenças judiciais (*fazañas*, *decisões* tomadas sobre casos não previstos em normas, posteriormente consideradas vinculantes para casos futuros), oferecendo uma disciplina mais completa, que pretendia não necessitar de acréscimos – alguns poucos *fueros* serviram de modelo para a grande maioria daqueles que foram sendo feitos nas diversas cidades, mantendo as características de costumes locais: os *Fueros de Jaca* e de *Tudela* em Aragão e Navarra, o *Fuero de Salamanca*, na Estremadura leonense, os *Fueros de Sepúlveda* e de *Cuenca* na Estremadura castelhana, e os *Consuetudines* ou *Costums de Lérida* e de *Tortosa* na Catalunha.<sup>296</sup>

No século seguinte passou a prevalecer uma tendência convergente com a finalidade de superar o particularismo, através dos

---

<sup>291</sup> “O *concillium*, também chamado *juncta* e ainda *placitum* ou *judicium* era a assembleia dos homens livres dum distrito mais ou menos extenso, um julgado [território em que um juiz tem jurisdição], por exemplo, a qual se reunia com frequência para diversos fins de interesse comum, em especial e sobretudo para proceder a julgamento” MARCELLO CAETANO, *História*, p. 192.

<sup>292</sup> MARCELLO CAETANO, *História*, p. 158-159 e 193.

<sup>293</sup> Do árabe وزير (*wazir*), significando *aquele que tem o encargo de um ofício, oficial*.

<sup>294</sup> Do árabe قاضي (*qāḍin*), significando *aquele que julga ou que decide*; cognato do termo *alcaide*. O *cadi* ou *alcaide* designava, no período sarraceno, aquele que exercia “funções ordinárias de judicatura, além das respeitantes à guarda dos bens dos incapazes, à execução de testamentos e outros de feição policial ou edilícia” (PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 255).

<sup>295</sup> MARCELLO CAETANO, *História*, p. 189-190.

<sup>296</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 132-133.

*forais*, ou *cartas de foral*,<sup>297</sup> espécie mais significativa das *cartas de privilégio* (“documentos que atribuem prerrogativas ou isenções de qualquer natureza”), “criando para certas comunidades ou localidades uma disciplina jurídica específica e mais favorável do que a comum”,<sup>298</sup> constando, além da delimitação do território, “os deveres e os direitos dos moradores, os meio de que dispunham em defesa das suas liberdades e, geralmente, as formas de selecção dos magistrados municipais, as suas funções e competências”.<sup>299</sup>

Eram de três classes os concelhos: os *rudimentares*, que não dispunham de magistrados judiciais; os *imperfeitos*, com magistratura judicial de competência limitada; e os *perfeitos*, com pelo menos dois juízes, dotados de ampla competência judicial.<sup>300</sup>

Nos *forais*, ao contrário das cartas de povoação, as normas de direito privado ocupam plano secundário, prevalecendo aquelas sobre as relações entre as comunidades e o indivíduo e a sua comunidade, mas mesmo na esfera do direito público diversas matérias seguem reguladas pelo costume.<sup>301-302</sup>

Os *forais* eram geralmente cópias de um concedido anteriormente para outro conselho, normalmente da mesma região, havendo pouca variação de conteúdo, fazendo-se apenas adaptações aos costumes locais.

---

<sup>297</sup> “(...) diploma concedido pelo rei, ou por um senhorio laico ou eclesiásticos, a determinada terra, contendo normas que disciplinam as relações dos povoadores ou habitantes, entre si, e deste com a entidade outorgante” ALMEIDA COSTA, *História*, p. 188.

<sup>298</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 188.

<sup>299</sup> PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 279.

<sup>300</sup> PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 280.

<sup>301</sup> Nos casos de zonas de despovoamento mais acentuado, “não havia disposições de direito consuetudinário com suficiente força para integrar o novo código legal” (VARGAS, *Forais*, p. 29).

<sup>302</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 188-190; MARCELLO CAETANO, *História*, p. 203.

Assim, o poder do rei ou senhor local era limitado pelas regras contidas no foral e pelos costumes reconhecidos (*foros*).<sup>303</sup>

Surgiram, então, em Navarra o *Fuero general* (1234-1253), em Aragão os *Fueros de Aragón* (1247), na Catalunha as *Utsages de Barcelona* (já na década de 1070) e depois as *Commemoracions* e as *Costumas de Catalunya* (século 13), em Castela o *Fuero Real* (1255, tomando por base o *Fuero Juzgo*, tradução para o castelhano do *Liber iudiciorum* visigótico feita por ordem de FERNANDO 3º em 1241, acrescido de disposições de direito canônico – mas a resistência de comunidades locais que tiveram a sua autonomia podada levou a um recuo real na época de SANCHO 4º, limitando a aplicação do *Fuero Real* às causas de competência do tribunal régio de justiça, excluídas as dos Tribunais locais, onde eram observados os *Fueros* preexistentes; em Leão e locais de conquista recente valia principalmente o *Fuero Juzgo*).<sup>304</sup>

*Las Siete Partidas* (1256-1265), elaboradas por ordem de ALFONSO 10º de Leão e Castela, tiveram seu teor extraído de fontes romano-canônicas medievais, mas somente passaram a ter aplicação quando, em 1348, o *ordenamento de Alcalá* de ALFONSO 11, introduzindo normas de direito civil, processual e penal, estabeleceu uma ordem das fontes de direito que seria observada em Castela até o século 19: o direito régio, os *Fueros* locais, e subsidiariamente as *Partidas*, introduzindo o direito comum, ainda que de forma transversa, como fonte do direito espanhol.<sup>305</sup>

Nas *Siete Partidas* usucapião e prescrição eram tratadas como aspectos de um único instituto nem sequer nomeado (aquisição de coisas e perda de direitos: Partida Terceira, Título 29) – justificado na necessidade de certeza sobre o senhorio das coisas –; eram previstos

<sup>303</sup> MARCELLO CAETANO, *História*, p. 205.

<sup>304</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 132-134; ALMEIDA COSTA, *História*, p. 183.

<sup>305</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 135; ALMEIDA COSTA, *História*, p. 235.

prazos variando de três a cem anos (conforme se tratasse de bens móveis, imóveis, ou ainda bens eclesiásticos, se a posse fosse de boa ou má-fé – a boa-fé tem papel destacado ao longo de todo o texto), e para a cobrança de dívidas em juízo o prazo de trinta anos.<sup>306</sup> Como reflexo desse tratamento confuso, a redação frequentemente se refere à usucapião (aquisição de coisas) como decorrente do não ajuizamento de ação pelo interessado no prazo fixado.

A prescrição da ação do antigo proprietário funciona como causa de aquisição da propriedade pelo possuidor, semelhante à regulamentação à época do imperador JUSTINIANUS, vista no capítulo 1.

Em Portugal, mais especificamente, no início de seu período de independência houve observância do Código visigótico durante todo o século 12 e sobrevivência do direito leonês – inclusive dos forais outorgados pelo rei de Leão,<sup>307</sup> alguns deles posteriormente confirmados por reis portugueses, e outros forais do conde HENRI DE BORGONHA e de sua viúva TERESA DE LEÃO (pais do primeiro rei), além de outros de iniciativa de entidades eclesiásticas ou de senhores leigos; até a época de AFONSO 3º (1248-1279) e DINIS (1279-1325) muitos forais foram outorgados, tornando-se escassos a partir do reinado de AFONSO 4º (1325-1357).<sup>308</sup>

Assim, o direito privado seguiu regulado quase exclusivamente pelos costumes herdados da tradição leonesa. Com o tempo, e vagarosamente, foram surgindo fontes portuguesas, incrementadas à época de AFONSO 2º (1211-1223) – que condenou expressamente a *vindicta* privada, “substituindo-a por decisões

---

<sup>306</sup> Também havia provisões sobre perda e ganho da liberdade pessoal, tratando a relação de servidão de forma semelhante à posse.

<sup>307</sup> O mais antigo de que se tem notícia é o de São João da Pesqueira, datado de 1055, outorgado pelo rei FERNANDO de Leão, e confirmado pelos reis portugueses AFONSO HENRIQUES (1110), SANCHO 1º (1198), FERNANDO (1376) e MANOEL 1º (1510) ([www.sjpesqueira.pt/pages/99](http://www.sjpesqueira.pt/pages/99), consultada em 17.04.2018).

<sup>308</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 183, 187 e 260.

forenses” –, e desenhando-se a tendência de o monarca sobrepor a lei aos preceitos consuetudinários considerados inconvenientes.<sup>309</sup>

A partir de AFONSO 3º (1248-1279), findo o estado permanente de guerra com a conquista do Algarve, acompanhado pelo desenvolvimento econômico e cultural, verificou-se uma supremacia das leis gerais, sem que isso afastasse, contudo, o costume como a principal fonte do direito à época. Esse “surto legislativo” teve como efeito o reforço da autoridade régia, iniciando “o caminho da centralização política e da relacionada unificação do sistema jurídico”, com a consequente perda de espaço pelo costume para a lei como fonte de criação de direito novo, e o poder legislativo passou a ser considerado atributo essencial do poder real – doutrinariamente a vigência do costume passou a ser vista como expressão da vontade do rei e não mais do povo: “se o rei não publica leis contrárias ao costume, revogando-o, é porque tacitamente o aceita”.<sup>310</sup>

A partir desta desenvolveu-se a idéia de insubmissão do rei a qualquer lei humana (apenas a Deus), e desnecessidade de iniciativa ou consenso de qualquer outra autoridade que marcou o *absolutismo* embrionário.<sup>311</sup> A centralização do poder, que caracterizou Portugal como o primeiro estado europeu “a unificar o seu território sob o comando indisputado de um único rei”, viabilizado pela passagem à economia monetária que impediu a fragmentação territorial que caracterizou o restante da Europa (pois o soberano fazia pagamentos em dinheiro e não em terras).<sup>312</sup>

Nessa época adquiriu importância outra fonte de direito: os *foros* ou *costumes* – “compilações medievais concedidas aos

<sup>309</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 190 e 192-193.

<sup>310</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 256-257 e 260; MARCELLO CAETANO, *História*, p. 214-215 e 231.

<sup>311</sup> MARCELLO CAETANO, *História*, p. 231-233.

<sup>312</sup> JESSÉ SOUZA, *A tolíce*, p. 54-55.

municípios ou simplesmente organizadas por iniciativa destes” – abrangendo normas de direito político e administrativo, privado (contratos, direitos reais, família e sucessão), direito penal e processo, e muito embora frequentemente transcrevessem os forais possuíam amplitude e alcance mais amplos. Em Leão e Castela os foros surgem nos fins do século 12, com maior número nos séculos 13 e 14, e em Portugal os que se têm notícias são da segunda metade do século 13 e do 14, e, assim como os forais, eram frequentemente copiados, formando “famílias”.<sup>313</sup>

Esse período coincide também com o renascimento do estudo do direito justinianeus, que leva à sobreposição do modelo processual romano (escrito) sobre o modelo germânico (oral) até então vigente.<sup>314</sup>

As *Siete Partidas*, traduzidas para o português em 1341, tiveram larga aplicação em Portugal, muito embora sem incorporação formal, tendo servido como importante instrumento divulgador do direito justinianeus, e títulos inteiros foram mais tarde inseridos nas *ordenações afonsinas*.<sup>315</sup>

Antes das *ordenações afonsinas* as omissões eram supridas com recurso aos direitos romano, canônico, e castelhano; as obras castelhanas eram utilizadas em razão da “autoridade intrínseca do conteúdo romano-canônico” que lhes servia de fundamento, a ponto de o recurso abusivo a textos (especialmente as *Partidas*) em detrimento da observância das regras locais de direito ter sido objeto de protestos levados ao rei PEDRO 1º, e por ele acolhidos, em 1361.<sup>316</sup>

---

<sup>313</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 261-262.

<sup>314</sup> MARCELLO CAETANO, *História*, p. 227-228.

<sup>315</sup> MARCELLO CAETANO, *História*, p. 263-264.

<sup>316</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 263-264.

Nos primeiros anos do reino português os juízes eram escolhidos entre os homens bons do local, mas a partir de AFONSO 4º (1325-1357) passaram, com alguma resistência dos senhores, a ser estranhos à localidade – *juízes de fora* (letrados e insubmissos aos poderes locais, e também sem conhecimento dos costumes locais, fortalecendo a aplicação das leis gerais e o propósito de centralização), que também presidiam o concelho e a vereança –, com apelação aos tribunais régios ou diretamente ao rei; o fortalecimento do poder real levou a alterações significativas em áreas do direito público e privado, tornando-se a defesa da ordem pública encargo exclusivo do Estado, que aparece como único titular do *jus puniendi*, repudiando-se a justiça privada e a auto-tutela. Houve um desenvolvimento da disciplina legislativa do processo, com marcada tendência de substituição da oralidade pela escrita e organização do regime dos recursos, e transformações relevantes no regime das provas, adotando-se fórmulas e solenidades inspiradas pelos direitos romano e canônico.<sup>317</sup>

A pedido das Cortes,<sup>318</sup> para evitar “as incertezas derivadas da grande dispersão e confusão das normas, com graves prejuízos para a vida pública e a administração da justiça”, atendido por JOÃO 1º, foi determinada a elaboração de uma compilação das leis do reino, trabalho continuado sob o mando de DUARTE (1433-1438) e de PEDRO DE PORTUGAL, tio e regente (1438-1449) do infante AFONSO 5º, finalmente aprovando-se as *ordenações afonsinas* em 1446 ou 1447, não

---

<sup>317</sup> PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 10-11; ALMEIDA COSTA, *História*, p. 268; MARCELLO CAETANO, *História*, p. 250 e 256; PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 23.

<sup>318</sup> Órgão, surgido no século 13, que reunia representantes dos estamentos que compunham o Estado, de caráter consultivo e deliberativo, equivalente ao mais conhecido “Estados Gerais” da França pré-revolução (esta nomenclatura foi utilizada para nomear diversos parlamentos ao longo da história, sobretudo nos séculos 18 e 19, e na atualidade ainda é utilizada nos Países Baixos; na Espanha o parlamento é chamado de “Cortes Generales”). Na Ibéria foi um desenvolvimento da *cúria régia*, órgão consultivo mas que constituía limite de fato ao poder real (nelas “se aprovaram, ratificaram, ou aceitaram as primeiras leis gerais promulgadas em Portugal”, PEDRO MARTÍNEZ, *Ensaio*, p. 273-274), e da anterior *aula régia*, conselho do rei “constituído pelas pessoas de confiança com quem habitualmente governava e pelas mais importantes personagens do reino que nos casos graves ouvia”, criado quando a expansão territorial inviabilizou a realização das assembleias gerais; “era consultada sobre as leis e sobre as questões a resolver pelo Rei, quer fossem de governo, quer da administração corrente ou até de natureza judicial”, tendo como principal papel a eleição do novo rei em caso de vacância da coroa (MARCELO CAETANO, *História*, p. 104-105).

se sabendo quando entrou em vigor pois ainda não se utilizava a imprensa<sup>319</sup> e as cópias manuscritas eram “laboriosas e dispendiosas”.<sup>320</sup>

As *ordenações* não trouxeram inovações profundas, utilizando em larga escala fontes anteriores (leis gerais, capítulos das Cortes, concórdias com a Igreja, e antigos costumes e jurisprudência da Corte) – mantidos, p.ex., a limitação da prisão por dívidas (livro 3º, título 121; livro 5º, título 108), e reconhecimento do direito a legítima defesa própria acertado nas Cortes de Santarém (livro 5º, título 74) –, mantendo o processo formulário (complexo e moroso), e impuseram o direito comum como direito subsidiário.<sup>321</sup>

O modelo de processo contido nas *ordenações* supunha a apresentação pelo autor das razões do pleito em petição escrita, citação do réu, que, após juízo de admissibilidade da peça inicial, deverá apresentar a sua contestação (livro 3º). Quanto à prescrição, é alterado o prazo que havia sido fixado em lei passada pelo rei DINIZ em 06.01.1339,<sup>322</sup> que fixava o prazo para cobrar dívidas não pagas em dez anos, ampliando-o para trinta anos, e em dez ou vinte anos o prazo para exigir a entrega de coisa, conforme estivesse na mesma ou outra comarca; foi determinada também a duração máxima do processo em quarenta anos (livro 4º, título 108), contendo disposições determinando que os magistrados não prolongassem o curso dos processos.

Em razão da desatualização e esvaziamento dos forais pelas leis gerais, em fins de 1481 iniciou-se um processo de reforma por ordem de JOÃO 2º, concluído apenas em 1520, sob MANUEL 1º, que

---

<sup>319</sup> A efetiva generalização da imprensa deve ter ocorrido apenas depois de 1450, tratando-se, inclusive, de tarefa de JOÃO 2º (1481-1495).

<sup>320</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 273-275.

<sup>321</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 143; ALMEIDA COSTA, *História*, p. 279; PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 11; MARCELLO CAETANO, *História*, p. 268.

<sup>322</sup> A edição feita pela Universidade de Coimbra em 1786 corrige a data, indicando que seria 1349. De qualquer forma há evidente erro, pois DINIZ reinou de 16.02.1279 a 07.01.1325. Se alguma das datas estiver correta, a lei terá sido passada por AFONSO 4º.

iniciou o período marcado pelo poder absoluto e irrestrito do monarca; passaram a ter conteúdo muito mais restrito, geralmente limitado a matéria tributária<sup>323</sup> e foram extintos definitivamente pela Carta de Lei de 22.06.1846, ficando a organização municipal a cargo das leis gerais.<sup>324</sup>

Já em 1505 começou-se a tratar da reforma das ordenações, por ordem de MANUEL 1º, que levou a alterações supressivas e aditivas, editando-se as *ordenações manuelinas* entre 1512 e 1515, sem trazer alterações profundas,<sup>325</sup> mas introduzindo alguma lógica na regulamentação do processo que, não obstante seguia com curso lento (foi expurgada a previsão de prazo máximo de duração) e defeituoso, levando à sua reforma no reinado de João 3º (1521-1557), “excluindo algumas fórmulas que se julgaram inúteis e sobretudo marcando prazos curtos e fatais para os termos dos litígios”.<sup>326</sup>

Os prazos prescricionais para exigir coisa ou valor foram unificados e reduzidos, podendo se de cinco, dez ou vinte anos, conforme as partes habitassem no mesmo *lugar* (pequeno povoado com poucas habitações), na mesma *comarca*, ou em *comarcas* diversas.

As alterações que se seguiram foram compiladas em obra de DUARTE NUNES DE LEÃO, à qual SEBASTIÃO 1º deu força de lei pelo Alvará régio de 14.02.1569, onde encontramos na Sexta Parte (*Leis extravagantes*, p. 199) relato de que João 3º, em lei de 04.02.1534, havia ampliado novamente o prazo prescricional para trinta anos, a contar da data em que a quantia ou coisa deveriam ter sido entregues,

---

<sup>323</sup> O Foral de Belmonte de 1510 além de conter disposições sobre a propriedade régia e tributos, traz também previsão de competência do *jus puniendi* relacionado ao porte e uso de armas não autorizadas, oportunidade em que é reforçado o *poder de vida e morte* do “pai de família” (“Nem pagarão a dita pena aquelas pessoas que castigando sua mulher e filhos e escravos e criados tirarem sangue”) (VARGAS, *Forais*, p. 96).

<sup>324</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 296; VARGAS, *Forais*, p. 95 e ss.; MARCELLO CAETANO, *História*, p. 271-273 e 284-285.

<sup>325</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 281-283.

<sup>326</sup> PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 12.

acrescentando não haver prescrição da ação caso o devedor estivesse de má-fé, disposição de inegável influência canônica.

Finda a dinastia de Avis com o falecimento de HENRIQUE 1º em 1580 sem deixar herdeiros diretos, acumulou o trono português em 1581 FILIPE HABSBURGO, rei de Castela. Havendo necessidade de atualização das leis, a oportunidade permitiu ao rei estrangeiro “demonstrar pleno respeito pelas instituições portuguesas e empenho em actualizá-las dentro da tradição jurídica do País”, iniciando-se os trabalhos preparatórios entre 1583 e 1585, concluídos em 1595, e aprovados por Lei de 05.06.1595, mas só depois as *ordenações filipinas* foram impressas e vieram a produzir efeitos durante o reinado de FILIPE 2º por Lei de 11.01.1603.<sup>327</sup>

Tratou-se de revisão atualizadora das ordenações anteriores, mas também foram introduzidas algumas alterações de inspiração castelhana, sem preocupação, contudo, com a sistematização das matérias, com a inserção de textos que estavam em desuso, que já haviam sido revogados, ou contraditórias entre si e com falta de clareza, defeitos atribuíveis a um respeito excessivo ao texto manuelino.<sup>328</sup>

Nas *ordenações filipinas* eram previstas três formas de processo, sendo os dois últimos inspirados pelo processo canônico: o *ordinário* ou *pleno*, procedimento padrão, com preceitos rígidos e que somente poderia ser substituído sob autorização do rei ou desembargador; o *sumário* ou *sempierno*, com prazos abreviados pela metade; e o *sumaríssimo*, que podia ser escrito ou verbal.<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 288-289.

<sup>328</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 290-292.

<sup>329</sup> PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 14.

A boa-fé seguiu sendo requisito para o curso do prazo prescricional (livro 4º, título 79, princ.), mais tarde expurgada por força da Lei de 18.08.1769, §12, que ordenou se houvesse "por não escripta a suposição de peccado" como motivo das leis, bastando o transcurso do lapso temporal, sendo de todo irrelevante a boa ou má-fé do indigitado devedor.<sup>330</sup>

Note-se que a prescrição se applicava mesmo em relação ao estado pessoal, como se pode verificar no Alvará de 10.03.1681<sup>331</sup> assinado por PEDRO 2º (então regente de seu irmão, AFONSO 6º), que trata da revolta de Palmares, prevendo que estaria prescrita em cinco anos a ação do senhor para reaver o escravo que estivesse livre de fato.

Enquanto que nas ordenações anteriores se dizia que a prescrição "tolhia" a ação (*ordenações afonsinas*, livro 3º, título 55, §2º – ação "tolhida e aniquilada" pela incúria do interessado; *ordenações manuelinas*, livro 3º, título 38), o texto das *ordenações filipinas* se refere à "prescrição da ação", e também que com o curso do prazo "perece" o direito, e que a contestação perpetuava a ação, tratando direito e ação como expressões sinônimas ou, ao menos, com significado sobreposto (livro 3º, títulos 4, 9 e 18, §12º). Também segue a utilização do termo *prescrição* em sentido amplo, incluindo também a usucapião (livro 2º, título 53, §5º).

Com base no texto legal é que CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA cita a definição de COELHO DA ROCHA de que a prescrição era a "perda de um direito, por não se ter dele usado em certo espaço de tempo, tirando nas leis".<sup>332</sup> CORRÊA TELLES, por sua vez, afirmava que a "Acção é um remedio de direito para pedir ao juiz, que obrigue outro a dar ou a

<sup>330</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, p. 511, art. 854 e nota 2; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica*, p. 660. De modo diverso, defendendo não haver a derrogação: CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código*, p. 897-898.

<sup>331</sup> Inserido na compilação das *ordenações filipinas* feita por CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA (*Código*, p. 1045-1046).

<sup>332</sup> *Código*, p. 896.

fazer aquillo de que tem obrigação perfeita”, produzida pelo descumprimento de uma obrigação jurídica.<sup>333</sup>

Com o reestabelecimento de uma dinastia doméstica, JOÃO 4º, da casa de Bragança, viu a necessidade de confirmar a legislação filipina de forma genérica no próprio ano de 1640 e, depois, mais especificamente as *ordenações* por Lei de 29.01.1643,<sup>334</sup> até que nova compilação fosse elaborada, o que nunca ocorreu.<sup>335</sup>

Seguiu centralizada a criação do direito nas mãos do rei, tendência confirmada com o advento da Lei conhecida como *lei da boa razão*, assinada por JOSÉ 1º em 18.08.1769 (período em que governava de fato SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELO, o MARQUÊS DE POMBAL, ápice do absolutismo em Portugal), que afirmou a impossibilidade de haver costume *contra legem* – o costume (e também o uso do direito romano) é subordinado à lei e aos “princípios inalteráveis do direito natural e aos usos dos povos civilizados”.<sup>336</sup>

Em 1808 foi transferida para o Rio de Janeiro a corte real de MARIA 1ª,<sup>337</sup> empreendendo fuga do exército invasor de BONAPARTE. Em 1815, para justificar a permanência da corte mesmo após a expulsão francesa havida em 1814, foi alterada a constituição política portuguesa e constituído o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, com base no modelo britânico. Em razão das contínuas pressões da população portuguesa que atravessava momentos de convulsão social (crise econômica decorrente da abertura dos portos aos ingleses, e a revolução liberal do Porto), a *Junta Provisional do Governo Supremo do*

---

<sup>333</sup> *Doutrina das acções*, p. 22.

<sup>334</sup> Já contando, então, com quarenta anos, em Portugal viveu por mais de dois séculos e meio até que finalmente foram revogadas pelo código civil de 01.07.1867; no Brasil a parte de direito civil substantivo (Livro IV) sobreviveu até a entrada em vigor do código civil de 1916 em 01.01.1917.

<sup>335</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 290-292; MARCELLO CAETANO, *História*, p. 289.

<sup>336</sup> PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 16; ALMEIDA COSTA, *História*, p. 295 e 369.

<sup>337</sup> Incapaz, seu filho, João, já havia assumido a regência em 15.07.1799. Faleceu no Rio de Janeiro em 20.03.1816.

*Reino* convocou as Cortes Gerais e Extraordinárias em 1820 para aprovar uma Constituição, retornando João 6º a Lisboa em 1821.<sup>338</sup>

Nas Cortes Gerais, a partir de 1821, foram passados leis e decretos que visavam a reduzir os privilégios da antiga colônia, fator preponderante para a declaração de independência feita em 07.09.1822, reconhecida apenas em 13.05.1825,<sup>339</sup> figurando PEDRO DE ALCÂNTARA (filho e herdeiro do monarca português)<sup>340</sup> como imperador do estado recém-fundado do Brasil.

Lei imperial de 20.10.1823 determinou que

“As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas”.

---

<sup>338</sup> As bases da Constituição foram aprovadas em 09.03.1821, e juradas por João 6º em 04.07 do mesmo ano, logo após seu retorno do Brasil. O documento final foi aprovado em 23.09.1822.

<sup>339</sup> Firmado o Tratado do Rio de Janeiro em 29.08.1825, intermediado pela Inglaterra, João 6º ratificou o reconhecimento da independência do Brasil, e seu filho PEDRO como imperador, reservando “para a sua pessoa, o mesmo título” (*sic!*). Fixou-se prazo (decadencial) de um ano para a reclamação de indenizações decorrentes de expropriações ocorridas no período de beligerância. Disponível em [https://pt.wikisource.org/wiki/Tratado\\_do\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_\(1825\)](https://pt.wikisource.org/wiki/Tratado_do_Rio_de_Janeiro_(1825)), consultado em 01.06.2018.

<sup>340</sup> Com a morte de João 6º em 10.03.1826, assumiu o trono português como PEDRO 4º por breve período até 02.05.1826, bastante para outorgar a Portugal a Carta Constitucional de 1826, que vigeu em três períodos: de 29.04.1826 a maio.1828 (com o golpe que restaurou o absolutismo), de agosto.1834 a setembro.1836 (quando foi restaurada a Constituição de 1822), e de janeiro.1842 a outubro.1910 (instauração da república). Renunciou em favor de sua filha, MARIA 2ª, então com 7 anos, condicionado a que esta se casasse com MIGUEL (irmão de PEDRO). A regência coube em conjunto aos irmãos ISABEL MARIA e MIGUEL, mas este, em 11.07.1828 ocupou o trono até ser finalmente derrotado em 26.05.1834, período durante o qual foi reestabelecido o absolutismo.

Outorgada a Constituição imperial em 25.03.1824, desde logo foi prevista a redação de um código civil (e um criminal) em seu art. 179, XVIII. Assim, em 1855, TEIXEIRA DE FREITAS foi encarregado de elaborar, como projeto preparatório para a elaboração de um código civil, uma *consolidação das leis civis* então vigentes, trabalho publicado em 1857, compilando e sistematizando as regras contidas nas ordenações filipinas e legislação extravagante.<sup>341-342</sup>

Na *consolidação das leis civis* se identificam diversos prazos de natureza eminentemente *decadencial*, muito embora fosse utilizado o termo *prescrição* para a generalidade de situações relacionadas a extinção ou inexigibilidade em razão do decurso do tempo:

- prazo para rescindir contrato por vício de lesão enorme, contado de quando o contrato foi feito (art. 859; a base encontra-se nas ordenações filipinas, livro 4º, título 13, §5º);
- restituição de bens nulamente arrematados em ação revocatória, contando o prazo de quando a sentença passar em julgado, findo o qual, remanesce ao executado o direito de haver o preço da arrematação pelo depósito, ou do exequente, se este o recebeu, ou de seu fiador (arts. 860-861; ordenações, livro 3º, título 86, §4º);

---

<sup>341</sup> Depois foi contratado para elaborar um projeto do código civil, que resultou no *Esboço* abandonado/concluído em 1864, pois entendia necessária a unificação da legislação civil e comercial: "(...) não ha distinguir entre materia mercantil e não mercantil. Sêde coherentes, porque tudo é commercio em dividas não pagas pelo crú beneficio da prescrição" (TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, p. 513, nota 2). Tanto o *Esboço* quanto a *Consolidação* influenciaram fortemente DAMÁCIO VELEZ SANSFIELD, elaborador do código civil argentino de 1869 (adotado pelo Paraguai em 1876 e pela Nicarágua em 1904) e TRISTÁN NAVAJA, redator do projeto do código civil uruguaio de 1868 (também influenciado por um projeto anterior de EDUADO ACEVEDO de 1851, pelos projetos redigidos por VELEZ SANSFIELD, FLORENCIO GARCIA GOYENA – que resultou no código civil espanhol de 1851 –, e ANDRÉS BELLO – autor do código chileno de 1855, copiado, quase integralmente, pelo Equador, El Salvador, Nicarágua, Honduras, Colômbia e Panamá –, bem como pelo código napoleônico de 1804).

<sup>342</sup> BARROS MONTEIRO, *Augusto Teixeira de Freitas*, p. 305-318.

- ação redibitória, “prescrevendo” da data da entrega, em um mês entre presentes, e dois entre ausentes (se feito protesto judicial); se fora do Império, deveria citar o devedor dentro de um mês depois que voltasse (arts. 862-864; ordenações, livro 4º, título 17, §§7º-8º).

Quanto à prescrição propriamente dita, fixou-se em trinta anos a prescrição da responsabilidade aquiliana, a contar da data de cometimento do delito (art. 869; Lei de 03.12.1841, art. 36, que revogou o art. 57, do código de processo criminal de 29.11.1832), e quanto à Fazenda já se previa tratamento nitidamente desigual: a dívidas ativas prescreviam em quarenta anos, contados do vencimento da obrigação (arts. 881-882), enquanto que as passivas em cinco anos, não correndo o prazo quando a demora fosse ocasionada por fato das repartições a quem coubesse fazer a liquidação e reconhecimento das dívidas e efetuar o pagamento (art. 870 e §2º; Decreto n. 857 de 12.11.1851, arts. 1º e 7º, §2º e Alvará n. 210 de 05.06.1856).

Também veio repetida na *Consolidação* (arts. 865-866) regra já antiga referente aos prazos para cobrança de salários dos criados, fixando em três anos o prazo prescricional a contar do dia em que saíssem da casa dos amos (prorrogado para quando atingirem a maioridade, se fossem menores), e se servissem por mês o prazo foi estipulado em três meses do tempo em que deixassem a casa dos amos.

Nas *ordenações filipinas* (livro 4º, título 32) havia regra um pouco diversa, estipulando em três anos a prescrição, a contar da saída da casa do amo ou senhor, não iniciado o curso do prazo até que o credor atingisse a maioridade (à época fixada em 25 anos, mas já

reduzida para 21 no tempo de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA),<sup>343</sup> em três meses se a contraprestação era feita através de “comer e beber, e no cabo do mez certa cousa”, e dez dias se em dinheiro, sempre contados de quando saísse da casa de seu amo. Nas *ordenações manuelinas* (livro 4º, título 20) e *afonsinas* (livro 4º, título 27) havia apenas a previsão do prazo de três anos, sensivelmente mais curto do que a regra geral, também diferindo o início do curso do prazo para quando o autor atingisse a maioridade. A origem da regra é fixada ainda antes, em lei passada no reino de AFONSO 4º em 30.05.1350, com idêntico conteúdo.

A justificativa da estipulação de prazo breve foi colocada como a frequência de demandas apresentadas de má-fé, contando com a prática de não se exigir recibo nos trabalhos domésticos, e com a dificuldade de se produzir prova de pagamento passados muitos anos.

Outros pontos que merecem referência são as regras dos arts. 875, da Consolidação (que repete o art. 5º, do Decreto n. 857, de 12.11.1851), afirmando que a prescrição de uma parcela não implica a prescrição das posteriores, e 856-857, que dispunham não correr o prazo prescricional contra menores de quatorze anos, podendo haver o “benefício da restituição” do prazo (repetindo regra das *ordenações afonsinas* – livro 4, título 108, §5 –, *manuelinas* – livro 4, título 80, §3 –, e *filipinas* – livro 4, título 79, §2) quando atingissem a maioridade, salvo se se tratasse de ação comercial, pois nestas já havia sido excluída essa possibilidade (art. 441, do código comercial).

O código comercial (Lei n. 556, de 25.06.1850) previa prazos próprios de prescrição (definida como prazo “para dentro dele se intentar alguma ação ou protesto”, art. 441), variando de um a vinte anos, a depender da forma de constituição da obrigação (arts. 442-449), havendo previsão específica quanto à remuneração das pessoas

---

<sup>343</sup> Código, p. 810.

contratadas para trabalhar no comércio, fixando-se o prazo em um ano, “a contar do dia em que os agentes, caixeiros ou operários tiverem saído do serviço do comerciante, ou a obra da empreitada for entregue” (art. 448). Segue ainda a utilização de *prescrição* como termo “guarda-chuva”, se referindo a hipóteses de *usucapião* (arts. 450-451) e decadência (arts. 109, 211, 441 parágrafo, 618).

A Lei n. 628, de 17.09.1851, falava em *prescrição (rectius, usucapião)*, em favor da Fazenda, dos bens de ausente não reclamados em trinta anos, contados de quando entrassem nos cofres do Tesouro.<sup>344</sup>

Após diversas tentativas,<sup>345</sup> finalmente foi promulgado o código civil, elaborado a partir de projeto redigido por CLOVIS BEVILAQUA, em 01.01.1916 (Lei n. 3071), com vigência a partir de 01.01.1917, e pela primeira vez em português a *usucapião* se destacou e passou a receber denominação legal autônoma.

O desenvolvimento do tema no direito brasileiro será analisado em capítulo adiante.

### **3.1.3. Codificações portuguesas, espanholas e (principais) latino-americanas**

O processo judicial português sofreu reformas sucessivas na primeira metade do século 19 (*Reforma judiciária* de 16.05.1832, *Nova reforma judiciária* de 29.11.1836 e 13.01.1837, e *Novíssima*

<sup>344</sup> CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código*, p. 897.

<sup>345</sup> Houve um projeto parcial elaborado pelo VISCONDE DE SEABRA (autor do código civil português de 1867), e outro em elaboração por NABUCO DE ARAÚJO (interrompido por sua morte em 1878); FELÍCIO DOS SANTOS apresentou “apontamentos para o projeto de código civil” em 1881 (composta uma comissão os trabalhos foram publicados entre 1884 e 1887, mas não se levou adiante); em 1889 foi composta nova comissão (composta por AFONSO PENA, OLEGÁRIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO, SILVA COSTA e COELHO RODRIGUES) mas que foi dissolvida com o advento da República. Já na República, em 1890 ANTÔNIO COELHO RODRIGUES foi contratado pelo governo para redigir novo projeto, concluído em janeiro.1893, rejeitado pela comissão nomeada pelo governo para analisá-lo. Em 1899 CLÓVIS BEVILAQUA foi contratado para apresentar novo projeto, trabalho concluído em outubro daquele mesmo ano, e, após revisões, foi submetido ao Congresso Nacional em novembro.1900, e finalmente aprovado em 26.12.1915 e encaminhado à sanção presidencial (MOREIRA ALVES, *Panorama*, p. 205-210).

*reforma judiciária* de 21.05.1841, “seguida por uma verdadeira avalanche de diplomas sobre matéria de processo”), substituindo os livros II e V das ordenações, que tratavam do processo civil e penal,<sup>346</sup> buscando uma simplificação do processo e colocando pela primeira vez a autonomia do poder judiciário, independente do executivo, ao afirmar expressamente a inamovibilidade dos juízes.<sup>347</sup>

A partir do século 18 iniciou-se um movimento na Europa (que logo se espalhou a outros continentes) volvido à codificação das leis, que se intensificou ao longo do século seguinte e atingiu seu ápice no século 20, levando à elaboração de corpos legislativos pretensamente sistemáticos e coerentes que iam além da compilação de regras anteriores, tendo por escopo a modernização do direito.<sup>348</sup>

Em 1833 veio o código comercial português – “pouco mais era do que a compilação de preceitos estrangeiros já recebidos, entre nós, a título de direito subsidiário”<sup>349</sup> –, revisto, em grande parte, por um novo código em 1888. Em 01.07.1867 foi aprovado o código civil, a partir de um projeto redigido por ANTÓNIO LUÍS DE SEABRA, futuro VISCONDE DE SEABRA, reformado pelo Decreto n. 19.126, de 16.12.1930, e substituído por um novo código em 1966 (Decreto-lei n. 47.344, de 25.11.1966), ainda vigente, que fez uma completa revisão do texto anterior.

No código de SEABRA a usucapião e a prescrição ainda são tratadas como se a mesma coisa fossem, numa definição flagrantemente estranha e mal-acabada: “Pelo facto da posse adquirem-se cousas e direitos, assim como se extinguem obrigações pelo facto de não ser exigido o seu cumprimento. (...). Chama-se a isto prescrição”,

---

<sup>346</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 441.

<sup>347</sup> PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 17-19.

<sup>348</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 420-421.

<sup>349</sup> ALMEIDA COSTA, *História*, p. 408.

denominando a primeira hipótese de “positiva” e a segunda de “negativa” (art. 505), e acrescentando que “podem ser objeto de prescrição todas as cousas, direitos e obrigações que estão em commercio” (art. 506).

Na prescrição propriamente dita, a boa fé (definida como “ignorância da obrigação”) voltou a ser relevante, mas a sua falta não mais impedia a consumação da prescrição, apenas estendendo o tempo exigido na regra geral que passava a ser de trinta anos ao invés de vinte (art. 535).<sup>350</sup>

O código de 1867 é concluído definindo o que é a *ação*: meio para restituir, indenizar ou assegurar a fruição dos direitos dos lesados ou ameaçados (art. 2536 e 2537), vendando-se a justiça de mão-própria (art. 2535).

No código de 1966 a usucapião ganha denominação e tratamento próprios (arts. 1287 a 1301). A lei define ainda três institutos correlatos (*prescrição, caducidade e não uso do direito*) de forma muito semelhante,<sup>351</sup> pois coloca como objeto de todos eles o *direito*, e a causa o não uso ou exercício: a *prescrição* seria o não exercício de um direito num lapso de tempo estabelecido em lei, a *caducidade* o término de um prazo estabelecido em lei ou convenção para o exercício de um direito, e o *não uso do direito* a causa de extinção de um direito real em casos específicos previstos em lei. Vê-se que as definições se sobrepõem e não têm muita utilidade, tanto que é

<sup>350</sup> Os prazos prescricionais das obrigações trabalhistas eram bastante curtos, fixados em seis meses a três anos, a depender da profissão ou periodicidade dos contratos (arts. 538 a 543), e decorrido o prazo fixado e mais um terço, não era mais possível alegar a exceção de má-fé (art. 544). Nos casos de criados contratados por ano o prazo somente começava a correr após a saída da casa do amo (art. 539, §3º).

<sup>351</sup> Artigo 298.º (Prescrição, caducidade e não uso do direito) 1. Estão sujeitos a prescrição, pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição. 2. Quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição. 3. Os direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta de disposição em contrário, as regras da caducidade.

deixado à própria lei dizer quando um prazo é de prescrição ou caducidade (cf. art. 299, 1).

Uma figura interessante prevista no código português é a *prescrição presuntiva* (arts. 312 a 315), que pode ser afastada por confissão do devedor originário ou seu sucessor, estabelecendo prazos mais curtos do que a generalidade (seis meses ou dois anos, contra cinco ou vinte anos) para algumas situações específicas.

A justiça de mão própria, chamada de *acção directa*, e a legítima defesa, encontram previsão expressa (arts. 336 e 337).

Em 1876 foi editado o código de processo civil e em 1895 e 1896 o código de processo comercial,<sup>352</sup> em 1899 o código de falências. Em 1905 foram refundidos no código de processo comercial, iniciando-se um movimento legislativo reformador a partir de 1926 (sobretudo os decretos ns. 12.353, de 22.09.1926, 12.488, de 14.10.1926, e 13.979, de 25.07.1927, orientados pelos princípios da oralidade, concentração, inércia da jurisdição e iniciativa do juiz, e disponibilidade das partes), que culminou com reunificação no código de processo civil de 1939 e consolidação das alterações do período (Decreto n. 29.637, de 28.05.1939, substituído pelo código de 1961 que o aperfeiçoou (Decreto-lei n. 44.129, de 28.12.1961), atualizado em razão da posterior aprovação do código civil de 25.11.1966,<sup>353</sup> e substituído, mais recentemente, pelo código de 2013 (Lei n. 41, de 26.06.2013).

O texto vigente repete, com redação levemente modificada, o código anterior vedando a autotutela (art. 1º, “salvo nos

---

<sup>352</sup> Portugal conheceu uma jurisdição exclusivamente comercial em diversos períodos, desde a época do rei HENRIQUE (1578-1580) até 1932, quando os tribunais de comércio foram definitivamente extintos pelo Decreto n. 21.694, de 29.09.1932 (PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 20-24 e 33).

<sup>353</sup> PALMA CARLOS, *Linhas gerais*, p. 17-30.

casos e dentro dos limites declarados na lei”) e ao afirmar que “A todo o direito (...) corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação” (art. 2º, 2), ressaltando a necessidade de iniciativa da parte interessada (art. 3º, 1). A ação, assim, é o meio pelo qual se obtém o reconhecimento judicial de um direito, assegurando-se o seu efetivo exercício.

No campo específico do direito do trabalho, a Lei n. 1952 de 10.03.1937, fixava em seis meses o prazo prescricional dos salários e indenizações, contados do dia seguinte à rescisão do contrato de trabalho. O Decreto-lei n. 47.032, de 27.05.1966 majorou o prazo para um ano (fala em “extinção do crédito” pela prescrição), mantendo a regra quanto ao início do curso do prazo – mas restringe a cobrança dos créditos vencidos há mais de três anos – (art. 38), e fixa prazo prescricional específico (de um ano) para o direito do empregador punir o empregado por infração disciplinar (art. 27, 3). O Decreto-lei n. 49.408, de 24.11.1969, que aprovou novo regime do contrato individual de trabalho, repetiu as regras do diploma anterior, ampliando para cinco anos a regra especial de cobrança de créditos antigos.

Em 2003 foi promulgado o código do trabalho (Lei n. 99, de 27.08.2003), mantendo as regras de prazo e contagem (art. 381), estabelecendo prazo próprio de prescrição para créditos decorrentes de acidente de trabalho (art. 308), fixado em um ano a contar da comunicação da alta clínica ou três anos da morte do trabalhador se esta for decorrente do sinistro. Manteve-se o prazo contra o empregador para exercer o direito de punir o empregado, ressalvando a incidência do prazo prescricional da lei penal se o ato também for enquadrado como crime (art. 372).

Atualmente vige o código do trabalho promulgado pela Lei n. 07, de 12.02.2009, que manteve as regras do anterior, fora a exclusão do prazo específico referente a acidente do trabalho.

Na Espanha, a Constituição de Cádiz (1812) determinou a redação de um código civil único para todo o estado, aspiração postergada em razão da instabilidade social e econômica que se seguiu à invasão napoleônica (finda em 1814) e do governo absolutista de FERNANDO 7º (1814 a 1833). Em 1851 foi enviado ao governo um projeto redigido em 1846 por uma comissão encabeçada por FLORENCIO GARCIA GOYENA, baseado no código civil francês de 1804, mas posto de lado em favor de leis especiais. Após outras tentativas, finalmente foi promulgado o código civil espanhol através do Real Decreto de 24.07.1889.

Na legislação espanhola, assim como no código português de SEABRA, a usucapião e a prescrição são tratadas sob o mesmo nome, e também aqui a lei dá uma definição desajeitada do instituto (art. 1930):

“Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean.”

Muito embora nesse artigo inicial se fale em prescrição “dos direitos e das ações”, no capítulo específico a lei fala que “as ações prescrevem” (art. 1961). Também há múltiplas referências à *caducidade* de direitos (art. 20.2.d, 411) e de ações (art. 43, 76, 140, 141 e 1434), mas nenhuma definição, muito embora todas essas situações possam ser enquadradas como prazo para o exercício de um direito, interesse ou prerrogativa.

Lei de 21.11.1931 (Ley de Contrato de Trabajo) estabeleceu prazo especial para “as ações derivadas do contrato de trabalho”: três anos, a contar do término da relação de trabalho (art. 94). O Decreto de 26.01.1944, que refundiu a lei trabalhista, mantém esse prazo e acresce um outro de caducidade para questionar a dispensa imotivada (quinze dias, art. 82) – prazo repetido no Real Decreto-ley n. 17 de 04.03.1977 (art. 35). A Ley n. 16 de 08.04.1976 fixa prazos prescricionais para o exercício do direito punitivo pelo empregador (art. 34).

O *Estatuto de los Trabajadores* foi promulgado pelo Ley n. 8 de 10.03.1980, encurtando o prazo prescricional para um ano, contado do término do contrato (mas se a obrigação não puder ser cumprida após a extinção do contrato de trabalho, o curso do prazo se iniciará “desde el día en que la acción pudiera ejercitarse”; o prazo (caducidade) para questionar a dispensa ilegal foi ampliado para vinte dias (art. 59), regras mantidas nos textos refundidos do Real Decreto Legislativo n. 1 de 24.03.1995, e do Real Decreto Legislativo n. 2 de 23.10.2015, atualmente vigente.

Na esteira das revoluções americana (1765-1783) e francesa (1789-1799), as colônias americanas da Espanha conquistaram a independência no período de 1810 a 1833, seguindo-se o natural impulso de criar um direito próprio em substituição ao da metrópole. No campo do direito privado dois códigos serviram de modelo para praticamente todos os demais: o chileno de 1855 e o argentino de 1869, cujos projetos foram redigidos, respectivamente, por ANDRÉS BELLO e DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD. Aqui trataremos destas legislações e da uruguaia, por serem representativas das demais, tornando desnecessária a análise individual de todas elas, o que implicaria

inevitáveis redundâncias, vez que os textos em geral são cópias uns dos outros.

Após uma série de projetos fracassados, o código chileno foi finalmente promulgado pela Ley de 14.12.1855, entrando em vigor em 01.01.1857. Sofreu diversas alterações ao longo do tempo e profunda revisão pela Lei n. 19.585, de 26.10.1998.

O código civil chileno não faz distinção alguma entre *prescrição*, *decadência* e *usucapião*:<sup>354</sup> se refere a prescrição de direitos e ações (art. 181) e extinção da obrigação pela prescrição (arts. 1470, 2º<sup>355</sup> e 1567, 10º), a prazo prescricional para ação anulatória (art. 202), e à prescrição como modo de aquisição da propriedade e outros direitos reais (arts. 588, 703, 766, 882, etc.). A *ação*, muito embora frequentemente utilizada como sinônimo de *direito*, é definida como meio pelo qual se reclama um direito (art. 2517). *Caducidade* é referida apenas como perda de efeitos, sendo que a quase totalidade das referências é feita em relação ao testamento.

O código de processo civil (Ley n. 1552, de 28.08.1902) não define o que é a ação, mas fala em “acción deducida”, “acción entablada”, “acción ejercida” ou ainda “acción que se haya hecho valer en el juicio”. Em duas disposições há referência a caducidade de direito (arts. 21 e 585).

O código del trabajo de 1931 (Decreto con fuerza de ley n. 178 de 28.05.1931), que compilou toda a legislação trabalhista vigente à época, fixou prazos prescricionais próprios e curtos (60 dias

---

<sup>354</sup> “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice *prescribir* cuando se extingue por la prescripción.” (art. 2492)

<sup>355</sup> Esta afirmação é feita ao se definir as obrigações naturais, i.e., aquelas cujo cumprimento não pode ser exigido, mas não autorizam a repetição em caso de pagamento.

ou seis meses, ou ainda dois anos nos casos de acidente do trabalho), contados, em geral, da cessação do contrato (arts. 74, 89 e 134). Após o desmantelamento da legislação laboral no final da década de 1970, sobreveio nova codificação em 1987 (Ley n. 18.620, de 27.05.1987), que inovou na regulamentação do tema (art. 453): o prazo prescricional foi fixado em dois anos (seis meses para a cobrança de horas extras), contados da exigibilidade do direito, não ultrapassando seis meses após o término do contrato, não havendo nenhuma hipótese de suspensão ou interrupção.

Em 1994 foi editado novo código do trabalho, com o texto refundido em 2002 (Decreto con fuerza de ley n. 1, de 31.07.2002), repetindo as regras anteriores, acrescentando-se prazo específico para a “acción para reclamar la nulidad del despido”, estipulado em seis meses.

Na vizinha Argentina o código civil foi promulgado pela Ley n. 340, de 29.09.1869.

VELEZ SARSFIELD (no *Proyecto*) tratava a prescrição e a usucapião sob a denominação comum (“*prescripcion*”: L. 4º, Sec. 3ª, art. 1º), definindo a propriamente dita como “exceção para repelir uma ação por simples fato de alguém ter deixado de intentá-la por um lapso de tempo ou de exercer o direito ao qual ela se refere”,<sup>356</sup> implicando a liberação de toda obrigação do devedor, e dispensada a prova de boa-fé (art. 71).

Na lei promulgada a prescrição também é utilizado como termo “guarda-chuva”, definida como “un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo”

---

<sup>356</sup> “(...) escepcion para repeler una accion por el hecho solo que él que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, ó de ejercer el derecho al cual ella se refiere” (art. 3º)

(art. 3947) – não se utiliza o termo *usucapião* e a *caducidade* é referida poucas vezes, relacionada a direitos de família e sucessão, enquanto que as ações constitutivas em geral são tratadas como sujeitas a prazos prescricionais (art. 4030, p.ex.). A prescrição tem por objeto a ação não intentada ou o direito não exercido (art. 3949). O prazo prescricional fixado para os créditos decorrentes de relações de trabalho era de um ano (art. 4035).

No campo específico dos acidentes de trabalho a Ley n. 9688, de 29.09.1915, estabeleceu prazo prescricional de dois anos para as ações relacionadas a acidentes e doenças do trabalho, fixando como termo inicial o falecimento ou conhecimento da incapacidade, e também um prazo de um ano para o empregador acionar os empregadores anteriores que tenham contribuído para o mal (arts. 19 e 22). A Ley n. 24.028, de 14.11.1991, de breve vigência, manteve o prazo, fazendo algumas modificações quanto ao termo inicial, e fixando um termo máximo de duração do prazo: dois anos do término da relação com o empregador demandado (art. 12). A vigente Ley n. 24.557, de 03.10.1995 (*ley de riesgos del trabajo*), manteve, de forma simplificada, as regras da lei anterior.

A *ley de contrato de trabajo* (Ley n. 20.744, de 13.05.1976), ainda vigente, traz um título chamado “De la Prescripción y Caducidad” mas não trata esta de forma coerente, falando tanto em “caducidade da ação” (art. 135, prazo para o empregador cobrar judicialmente do empregado danos causados por este) como “caducidade de direito” (art. 269, hipótese de exercício de direito de requerer embargo para exercer direito de preferência de seu crédito sobre o patrimônio do empregador). Fixa prazo geral de dois anos para “las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos” (art. 256), mencionando apenas o termo inicial para as ações

decorrentes de responsabilidade por acidentes de trabalho e doenças profissionais (“desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima”, art. 258).

Em 2015 sobreveio o *código civil y comercial de la nación* (Ley n. 26.994, de 07.10.2014). Pela primeira vez é utilizado o termo *usucapión*, mas uma única vez (art. 2119) e como variação da expressão *prescripción adquisitiva*, definida como “modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley” (art. 1897).

O termo *caducidad*, por outro lado, apresenta um uso consistente, significando impossibilidade de um direito gerar efeitos (extinção de um direito não exercido, art. 2566), seja pelo não exercício dentro de um prazo pré-fixado (arts. 1573, 2284, 2288, etc), seja pela ocorrência de fato que lhe esvazia a eficácia (arts. 2518 e 2519, morte do herdeiro instituído em testamento antes do testador, ou perecimento do bem antes da abertura da sucessão), muito embora seja denominado de prescrição o prazo da ação “de declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos” (art. 2563) e algumas outras hipóteses não relacionadas à exigência de uma prestação (como, p.ex., o art. 2564, f).

Quanto à prescrição propriamente dita (*prescripción liberatoria*), não há definição, mas se refere via de regra à prescrição de ações e eventualmente de direito. Prevê, por fim, a irrepetibilidade do pagamento de obrigação prescrita (art. 2538).

Na Argentina a legislação processual é de competência de cada província,<sup>357</sup> havendo uma lei (Ley n. 17.454, de 1967) que regula o processo na justiça federal (*código procesal civil y comercial de la nación argentina*). Aqui também não encontramos definições legais dos termos de interesse para este trabalho, relevando notar que o termo *acción* é sempre utilizado com os verbos “*ejercer*”, “*intentar*”, “*dirigir contra*” alguém, “*deducir*”, e “*promover*”, havendo referência de onde se infere que a ação tem por base um direito (art. 305),<sup>358</sup> que a caducidade do processo não extingue a ação (art. 318). Nas duas vezes em que faz referência ao objeto da prescrição refere-se à ação (arts. 310, 3 e 330).

No Uruguai o primeiro código civil foi promulgado em 23.01.1868. A prescrição foi definida como modo de adquirir ou extinguir direitos de terceiros (art. 1.188) – mais uma vez *prescrição* e *usucapião* tomados pelo mesmo termo,<sup>359</sup> e *caducidade* tem uso restrito, sempre no sentido de perda de efeitos de um negócio jurídico – com redação quase idêntica ao projeto de VELEZ SANSFIELD, mas frequentemente também é ligada à ação – direito e ação são utilizados praticamente como sinônimos, inexistindo critério coerente para a utilização de um ou de outro, o que não impediu a doutrina de buscar afinar os conceitos. Assim é que COUTURE<sup>360</sup> define a ‘ação’ como faculdade de provocar o Judiciário, é dizer, um poder jurídico, diverso do direito subjetivo e da demanda em sentido formal (processo), “destinado a provocar a atividade estatal, através de seus órgãos competentes, no sentido da declaração coativa de um direito”. O autor

---

<sup>357</sup> Trata-se de competência residual dos entes federados, já que a legislação processual não está arrolada no art. 75, da Constituição argentina, que trata da competência do Congresso, e nem no art. 126, que lista as matérias excluídas da competência provincial.

<sup>358</sup> “(...) el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción”.

<sup>359</sup> Essa confusão terminológica é generalizada, podendo ser encontrada também na legislação Mexicana (Codigo Civil para El Distrito Federal en Materia Comun y para toda La Republica en Materia Federal, de 30.08.1928), conforme se vê pela definição apresentada por DE LA CUEVA, que reconhece a figura da ação de direito material, ao se referir aos prazos para o patrão dispensar o empregado por justa causa e deste de se desligar do trabalho e exigir a reparação correspondente, previstos no art. 517, da Ley del trabajo de 1969 (*El nuevo derecho*, p. 604 e 607).

<sup>360</sup> *Fundamentos*, p. 21.

uruguaio, porém, incidindo em erro típico dos processualistas, falha ao ver a ação, em sua configuração atual, como instituto puramente processual, negando a existência da ação de direito material.<sup>361</sup>

A Ley n. 16.906, de 22.12.1997, unificou todos os prazos prescricionais até então previstos nas relações de trabalho, variando de dois a trinta anos, para um ano,<sup>362</sup> contado a partir do término do contrato de trabalho, prevendo em disposição à parte que paralelamente corre outro prazo de dois anos (art. 29). Em verdade, o prazo prescricional é de dois anos, estabelecendo-se um mecanismo de encurtamento para um ano assim que extinta a relação de trabalho.

Percebe-se claramente uma falta de preocupação em se distinguir a nomenclatura dos diversos institutos ligados ao decurso do tempo, utilizando-se indistintamente o termo *prescrição* para as figuras que por aqui chamamos de *prescrição*, *caducidade* ou *decadência*, e *usucapião*.

De qualquer forma, também é clara a existência com características próprias de figuras diversas; no que nos importa: fim da eficácia do direito e inexigibilidade de um crédito, chamado por vezes de *direito*, mas em geral de *ação*. A afirmação eventualmente encontrada de extinção da obrigação é falsa, na medida em que não se admite a repetição do pagamento de dívida prescrita (se obrigação não mais houvesse, a repetição seria inevitável).

A falha é notada pela doutrina. Na Espanha a Asociación de Profesores de Derecho Civil redigiu uma proposta de reformulação

<sup>361</sup> Cf. *Fundamentos, passim*, especialmente p. 24-25.

<sup>362</sup> A doutrina, porém, fez leitura restritiva da alteração legislativa, mantendo sob a legislação anterior as relações de trabalho nas atividades públicas, acidentes de trabalho, execução e danos morais (cf. HOMERO BATISTA DA SILVA, *Estudo*, p. 104). No código civil peruano (Decreto legislativo n. 295, de 24.07.1984) há uma tentativa de sistematização, com artigos definindo a prescrição (art. 1989: a prescrição extingue a ação, mas não o direito) e a caducidade (art. 2002: a caducidade extingue o direito e a ação correspondente), mas ainda utiliza o termo ‘prescripción adquisitiva’ para se referir à usucapião (art. 950).

do direito civil e introduz um artigo definindo a prescrição como “el derecho a reclamar de otro una acción u omisión, prescribe tras la expiración del plazo previsto legal o convencionalmente”, e a caducidade como a extinção dos “poderes jurídicos que nacen con una duración determinada y cuyo ejercicio faculta a su titular para configurar unilateralmente una situación jurídica”; em nota explicativa os autores expõem que a prescrição “No actúa sobre el derecho mismo y no es un modo de extinción del mismo, a diferencia de lo que prevé el derecho francés (art. 2219), italiano (art. 2934) o, según algunos autores, el CC español (art. 1930.2).”<sup>363</sup>

Nas situações em que há dois prazos de prescrição previstos, um “ordinário” e outro máximo, assim como na lei alemã, não há prazos de natureza diversa, mas uma limitação para evitar que as diversas hipóteses de suspensão e interrupção eternizem o curso do prazo prescricional. Assim, atingido o limite máximo, todos os prazos em curso são colhidos e as pretensões se tornam inegíveis.

### **3.2 *Action, prescription, e décheance* no direito francês**

A presença do povo que veio a ser conhecido como celta ou gaulês é identificada desde pelo menos 800 AEC (e possivelmente desde 1200 AEC) ocupando a maior parte da Europa central, península ibérica e ilhas britânicas. Dominados pelos romanos a partir do século 1º EC, pouco se sabe sobre a estrutura do seu direito, mas provavelmente era muito semelhante ao germânico, e não deixou nenhuma herança significativa nas terras gálicas.<sup>364</sup>

Os francos sálios, de origem germânica, fixaram-se no final do século 5º na região da Bélgica, entre o Mar do Norte, o rio

---

<sup>363</sup> MARÍN LOPEZ (coord.), *Propuesta*, art. 611-1.

<sup>364</sup> VIOLLET, *Histoire*, p. 6-8.

Somme e a floresta carbonária (entre os rios Dyle e Sambre), período em que foi compilado o *pactus legis salicae* pelo primeiro rei dos francos, CLÓVIS, com base em regras costumeiras; a primeira redação possivelmente é anterior a 496, e foi ampliado e modificado pelo menos seis vezes até a época de CARLOS MAGNO (c. 802).<sup>365</sup>

O direito romano sobreviveu ininterruptamente na região meridional da França, primeiro através do *breviário de Alarico* de 506 (*breviarium alaricianum* ou *lex romana visigothorum*, aplicável às populações hispano-romana e galo-romana vivendo sob o domínio visigótico ao sul do rio Loire), observado até o século 11, não obstante a derrota dos visigodos, batidos por CLÓVIS em Vouillé-lez-Poitiers (507) – parece ter sido adotado em todo o império franco, mesmo na regiões da Burgúndia (desde o fim do século 6º), substituindo a *lex romana burgundionum*.

A *lex ribuaria*, redigida entre 633 e 639 por ordem de DAGOBERT 1º, rei da Austrásia,<sup>366</sup> retomou numerosas disposições da *lex salica*, ligeiramente modificadas.<sup>367</sup>

A convivência nos mesmos espaços de diversos povos, como resultado das inúmeras migrações ocorridas (característica mais prevalente na Gália do que em outras regiões perdidas por Roma),

<sup>365</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 32; GILISSEN, *Introdução*, p. 173.

<sup>366</sup> Com a morte de CLOVIS 1º em 511, o reino franco foi dividido entre seus quatro filhos: THEUDERIC em Metz, CHLODOMER em Orléans, CHILDEBERT em Paris, CHLOTAR em Soissons; em 558 os territórios foram reunificados (acrescidos de outros conquistados neste entremeio) por CHLOTAR, que ao falecer em 561 particionou o reino entre seus filhos: CHARIBERT em Paris (incluindo a região entre o rio Somme e os Pirineus, a bacia de Paris, a Aquitânia e Provença – morto em 567, seu reino foi repartido entre seus irmãos), GUNTRAM em Orléans (incluindo a Burgúndia, passando o reino a ser conhecido por este nome), SIGEBERT em Rheims e Metz (região entre o rio Mosa e a Renânia, que passou a ser chamada de Austrásia, por constituir a parte oriental do reino), CHILPERIC em Soissons (região ocidental que passou a ser chamada de Nêustria). Após período de guerra mútua, nova unificação foi realizada pelo filho de CHILPERIC, rei da Nêustria, CHLOTHAR 2º, que em 613 derrotou seu sobrinho SIGEBERT 2º, rei da Burgúndia e Austrásia (esta fora conquistada por seu pai THEUDERIC em 612-613); foi sucedido por seu irmão DAGOBERT em 629. Os reinos permaneceram independentes, e somente foram unificados definitivamente por THEUDERIC 3º, filho de DAGOBERT, em 679, muito embora as administrações tenham permanecido separadas até 751, quando, com o apoio papal, CHILDERIC 3º foi deposto, e coroado como rei PÉPIN, filho de CHARLES MARTEL e até então prefeito do palácio de Nêustria (administrando *de fato* o reino), encerrando-se a dinastia merovíngia e inaugurando-se a carolíngia (SCHULTE, *Histoire*, p. 51-60).

<sup>367</sup> GILISSEN, *Introdução*. 173.

tornou problemática a prevalência da *personalidade das leis* e levou à progressiva substituição pela *territorialidade*, muito embora não seja possível precisar quando uma cedeu lugar à outra – houve épocas de maior tendência em direção à unificação, e outras mais tendentes à personalidade.<sup>368</sup>

Após a partição do império de CARLOS MAGNO entre seus netos (Tratado de Verdun, 843), a parte oeste, Francia Occidentalis, coube a CHARLES o calvo, e após breve período de reunificação entre 875 e 877, o território manteve-se como reino independente, transformando-se em reino da França, transição tradicionalmente marcada pela eleição de HUGUES CAPET em 897 quando LOUIS 5º, o último carolíngio, morreu sem herdeiros.

Já nas últimas décadas do século 9º o comando real além do território da capital Paris era pouco mais do que nominal, prevalecendo o controle dos senhores locais, situação agravada com o período em que os reis ingleses reivindicaram a coroa francesa,<sup>369</sup> situações que fomentaram a série de disputas conhecida como *Guerra dos cem anos* (1337-1453) – nesse mesmo período a praga avassalou a Europa, e ao seu fim a população francesa ficou reduzida pela metade. Finda a guerra acelerou-se o processo de centralização política na França.

O direito romano foi superado apenas com a renascença do direito havida com a fundação da Universidade de Bolonha. A fim de amenizar a influência e potencial subordinação ao Império Romano Germânico – “do qual o direito romano era considerado a expressão” –,

---

<sup>368</sup> VIOLLET, *Histoire*, p. 127-128; GILISSEN, *Introdução*, p. 178-179.

<sup>369</sup> A partir de 1340 com EDWARD 3º na abertura da sucessão de CHARLES 4º, somando-se às tensões já existentes em razão da relação de vassalagem entre os dois reis, pois o rei da Inglaterra era simultaneamente senhor feudal de diversos territórios no reino francês, correndo da Mancha aos Apeninos, chegando a cortar ao meio as terras leais ao rei francês: Anjou, Normandia, Gasconha e Aquitânia, e outras ligadas por laços mais ou menos fortes.

o rei PHILIPPE 4º estabeleceu em 1312 que nos *Pays de droit écrit*<sup>370</sup> o direito romano somente seria admissível como costume local e não como direito imperial.<sup>371</sup>

Na região setentrional, contudo, diversamente do que ocorreu no resto da Europa, o direito romano não foi admitido como fonte subsidiária,<sup>372</sup> marcando com tintas mais fortes a diferença cultural entre as duas regiões.<sup>373</sup> Nos séculos 13 a 18 o costume sofreu declínio como fonte de direito, cedendo espaço paulatinamente à lei, passando o poder legiferante progressivamente dos senhores e cidades para os soberanos e depois para a nação.<sup>374</sup>

Já a partir do século 9º, intensificando-se nos séculos 12 e 13 até atingir sua força máxima no 15, os costumes locais (regulando pontos específicos de direito civil e penal) foram reduzidos a escrito, por ordem das autoridades reais, senhoriais ou urbanas (cartas de vilas, estatutos municipais, costumes provinciais) – observando a *territorialidade*, de modo que todos os habitantes de uma mesma região seguissem os mesmos costumes –, adquirindo maior certeza e facilitando a prova do direito.<sup>375</sup>

O desenvolvimento dos costumes locais, escritos nas cartas de vilas (*chartes de villes*) seguiu padrão semelhante àquele que na mesma época passou a península ibérica, com a lei de um local servindo de modelo para diversas outras, destacando-se a carta de Lorris (1155), a lei de Beaumont (1182), e os estabelecimentos de Rouen (segunda metade do século 12) (VIOLETT, *Histoire*, p. 137-139).

---

<sup>370</sup> *Regiões de direito escrito*, i.e., regiões do centro e sul, com grande influência de direito romano – sobretudo em razão das compilações de direito romana dirigidas às populações galo-romanas redigidas nos reinos burgúndio e visigótico –, em oposição ao norte mais germanizado, onde nunca houve preocupação em preservar as leis romanas para a população local (VIOLETT, *Histoire*, p. 149).

<sup>371</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 130-131; GILISSEN, *Introdução*, p. 170.

<sup>372</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 204.

<sup>373</sup> V. GILISSEN, *Introdução*, p. 39.

<sup>374</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 205-206.

<sup>375</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 274; VIOLETT, *Histoire*, p. 135.

Os costumes provinciais, abrangendo áreas mais amplas, surgiram de uma tendência centralizante a partir do início do século 15, ainda durante a conturbada fase da *Guerra dos Cem Anos*, intensificada no reino de CHARLES 7º, sobretudo a partir de 1454, reduzida sob LOUIS 11 (1461-1483) e depois retomada nos reinados de CHARLES 8º (1483-1498), LOUIS 12 (1498-1515), e FRANÇOIS 1º (1515-1547), e ainda nos séculos 17 e 18 foram redigidos novos costumes, e revisados ou confirmados os mais antigos; possuíam caráter mais completista, e eram mais uma compilação e unificação dos costumes do que criação de direito novo.<sup>376</sup>

Como contrapeso a essa tendência centralizadora havia os *parlements*, órgãos provinciais com origem na *curia regis* no final do século 13, compostos por cerca de uma dúzia de juízes (“nobres de toga”), que funcionavam, desde o século 13, como corte final de apelo além de exercer outros poderes ligados à tributação, e regulamentação das éditos reais e práticas consuetudinárias. Seu principal poder, contudo, estava em assentir e publicar as leis e éditos passados pela coroa – o que podia ser negado se entendessem que o ato real fosse contrário aos interesses do povo local (aos interesses próprios, na verdade) ou às leis fundamentais do reino, funcionando como controle político do poder real. Sobretudo nos séculos 17 e 18 os reis se empenharam em suprimir esses poderes desses órgãos regionais; foram suspensos em novembro de 1789, em meio à revolução francesa, e abolidos em setembro do ano seguinte.

Houve uma confluência entre as regras de origem germânica e romana. No que pertine à prescrição (*rectius*, usucapião) viu-se uma prevalência dos prazos mais longos trazidos do direito romano (e que chegaram ao código de 1804), mas sem que o prazo de

---

<sup>376</sup> VIOLLET, *Histoire*, p. 142-147.

um ano tenha desaparecido de todo, muito embora cada vez encontrasse menos espaço de aplicação, passando a ser previsto para situações mais próximas à ideia de decadência ou termo inicial de direitos, como, p. ex., os prazos para o parente do vendedor de um bem exercer direito de preferência para a compra, e aquisição de domicílio em dado lugar.<sup>377</sup>

Paralelamente, a partir do século 15, foi sendo desenvolvido um sistema de meios próprios de colocar os direitos em prática, chamados *estilos* ou *estilos de proceder*, embriões dos códigos de processo.<sup>378</sup> No reino franco em cada *pagus*<sup>379</sup> havia no mínimo um (frequentemente mais) tribunal ordinário chamado de *mallum*, presidido pelo senhor feudal.

Com a influência do iluminismo, veio na França do início do século 16, o segundo renascimento da jurisprudência romana, com o *humanismo jurídico*, capitaneada por ANDREA ALCIATO (1492-1550), seguido por expoentes como JACQUES CUJAS (1522-1590, também chamado CUJACIUS), e HUGUES DONEAU (1527-1591), buscando abandonar o trabalho dos comentadores medievais e concentrar em apontar o texto correto e contexto social dos trabalhos originais do direito romano.<sup>380</sup>

Chamavam por *prescription*, no já conhecido modo ambíguo, tanto o tornar-se proprietário quanto o deixar de ser devedor em razão do decurso de determinado lapso de tempo, definição que

---

<sup>377</sup> VIOLLET, *Histoire*, p. 571-574.

<sup>378</sup> VIOLLET, *Histoire*, p. 146.

<sup>379</sup> Unidade territorial composta por homens livres e controlada por um *comes* ou *grafio* (de onde surgiram os termos cognatos *conde* [português e espanhol], *conte* [italiano], *comte* [francês], *count* [inglês], e *graf* [alemão]) ou seu substituto – *thunginus* ou *centenarius* – e assistido por assessores que eram chamados a “dizer o direito”: *legem dicere*, “isto é, a encontrar a solução do litígio baseando-se no costume. A seguir, os homens livres aprovavam ou desaprovavam a solução proposta” GILISSEN, *Introdução*, p. 172.

<sup>380</sup> ABELARDO DA CUNHA LOBO, *Curso*, p. 403-409.

viria a ser guardada e consagrada quando houve a codificação do direito no início do século 19.<sup>381</sup>

Era possível até mesmo adquirir a condição de nobre pela prescrição (*rectius*, usucapião) de um feudo,<sup>382</sup> bem como a de servo pelo estabelecimento de residência em terras servis, e perdê-la pelo gozo da liberdade por vinte anos.<sup>383</sup>

A utilização de definição tão ampla leva, p.ex., à referência a “direitos naturais e imprescritíveis do homem”,<sup>384</sup> entendendo-se por *imprescritible* aquilo que não pode ser surprimido após o decurso de um prazo.<sup>385</sup>

A inadequação dessa definição não passou totalmente despercebida pela doutrina. FRANÇOIS IGNACE DUNOD DE CHARNAGE, p.ex., já enxergava regimes jurídicos diferentes aplicáveis às “prescrições legais extrajudiciais, que derivam do direito romano”, e às outras, das quais a maioria se aproxima dos prazos prefixados (*délais préfixés*).<sup>386</sup>

Tendo como um dos objetivos superar e unificar a confusa teia de regras contidas nos diversos textos editados ao longo dos séculos, por níveis de poder diversos, sem qualquer preocupação de sistematização, o *code civil*,<sup>387</sup> compilando regras de direito

---

<sup>381</sup> VIOLLET, *Histoire*, p. 570.

<sup>382</sup> VIOLLET, *Histoire*, p. 257.

<sup>383</sup> VIOLLET, *Histoire*, p. 321 e 324.

<sup>384</sup> Art. 1, II, da Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789): “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression” [O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão].

<sup>385</sup> Num sentido mais próprio, dizer que direitos são imprescritíveis equivale a dizer que as pedras são imortais, atribuindo-se predicados inadequados ao sujeito, que podem funcionar muito bem numa linguagem poética, mas não num texto técnico.

<sup>386</sup> *Traité des prescriptions, de l’aliénation des biens d’Église et des dixmes*, 1730-1774 apud NAZO, *A decadência*, p. 49-50.

<sup>387</sup> Trinta e seis leis promulgadas sucessivamente e reunidas pela lei de 30 de ventôse do ano 12 do calendário republicano francês, 21.03.1804 no calendário gregoriano. Outros trabalhos já haviam sido feitos anteriormente: projetos foram elaborados em 1793, 1794, e nos anos 4, e 7; o projeto que resultou no código foi elaborado ao longo dos anos 8 a 12, redigido por uma comissão nomeada por BONAPARTE, representando cada um uma tradição

consuetudinário contidas no *coutume de Paris* (editado em 1510, e revisado em 1580 e 1605) e do direito escrito da França meridional, trouxe um caráter exclusivista: o art. 7º<sup>388</sup> eliminou qualquer outra fonte subsidiária anterior sobre matéria regulada pelo código.<sup>389</sup>

A teoria das obrigações desenvolvida no *code civil* é diferente daquela do direito romano clássico, tratando-se de uma reconstrução teórica feita entre os séculos 16 e 18 com auxílio das fontes romanas por autores como DUMOULIN, D'ARGENTRÉ, DOMAT e POTHIER.<sup>390</sup>

À prescrição foram dedicados os últimos artigos do código (arts. 2260 a 2281, na redação original), seguindo a tradição da utilização plurívoca da *prescription*, definida como “um modo de adquirir ou de se liberar por um certo lapso de tempo, e sob as condições determinadas pela lei”,<sup>391</sup> fixando-se um prazo geral de trinta anos (tomado da tradição romana), e prazos especiais mais curtos (tirados dos costumes e ordenanças reais),<sup>392</sup> que foram se multiplicando nas leis especiais.

O art. 1234, do *code civil*, em sua redação original,<sup>393</sup> listava a prescrição como modo de extinção das obrigações, junto com o pagamento, novação, remissão, compensação, confusão, perda da coisa,

---

jurídica dentro da França: FRANÇOIS DENIS TRONCHET (especialista no costume de Paris, o mais completo), FÉLIX JULIEN JEAN BIGOT DE PRÉAMENEU (especialista no costume da Bretanha, de caráter predominantemente rural), JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS (profundo conhecedor de direito romano), e JACQUES DE MALEVILLE (vindo de região de direito escrito – Périgord –, influenciada pelos costumes do norte), sob a direção de JEAN-JACQUES-RÉGIS DE CAMBACÉRÈS (VIOLLET, *Histoire*, p. 236-237).

<sup>388</sup> “À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d’avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l’objet desdites lois composant le présent code” [A contar do dia em que essas leis entrem em vigor, as leis romanas, as ordenanças, os costumes gerais e locais, os estatutos, e os regulamentos cessam de ter força de lei geral ou particular nas matérias que são objeto das leis componentes do presente código].

<sup>389</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 326-327; VIOLLET, *Histoire*, p. 201-204 e 236-239.

<sup>390</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 729.

<sup>391</sup> Art. 2219. La prescription est un moyen d’acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi.

<sup>392</sup> JANKE & LICARI, *The french revision*, p. 4.

<sup>393</sup> Alterada pela reforma de 2016.

nulidade, rescisão, e condição resolutória, mas o art. 1235 previa a irrepetibilidade da dívida natural.<sup>394</sup>

A legislação de Quebec (província francófona do Canadá), de inegável tradição francesa (o código civil vigente foi promulgado em 18.12.1991, substituindo o anterior *code civil du Bas-Canada* de 1865), também utiliza o termo *prescription* para se referir tanto à prescrição propriamente dita (*extinctive*) quanto à usucapião (*acquisitive*). A prescrição é definida como “um modo de extinguir um direito pelo não uso ou de opor uma ordem de inadmissibilidade a uma ação”,<sup>395</sup> e fixado prazo geral de dez anos, inclusive para propor ação executiva de julgado (arts. 2922-2924).

A decadência (*déchéance*) – também chamada de preclusão (*forclusion*) ou prazo préfixado (*délais préfix*) – não foi definida no código francês, havendo apenas duas referências no texto, uma sobre prazo para a declaração de créditos do tutor em face do tutelado e outra sobre prazo para ajuizamento das ações *ex empto*, *quanti minoris*, ou de resolução do contrato quando houver falta de correspondência entre o objeto (imóvel) contratado e a medida real (arts. 451 e 1622).<sup>396</sup>

A lei processual (*code de procédure civile*, Décret n. 75-1123, de 05.12.1975, substituindo o código de 1806) faz referência aos termos *forclusion* – sempre relacionado ao não exercício de um prazo processual (arts. 115, 126, 540, 541, e 804) – e *déchéance* – referindo a

<sup>394</sup> Regra prevista de forma mais expressa no atual art. 2249 (“Le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré”), na redação dada pela Loi n. 561, de 17.06.2008. É possível também a compensação da dívida prescrita, desde que as condições tivessem sido implementadas antes de consumada a prescrição – expressamente: *code civil* de Quebec, arts. 1554 e 2882; Cour de cassation de Belgique, arrêt de 13.06.2014 (RG C.11.00595.F et C.11.0673.F; também: MAZEAUD & CHABAS, *Leçons*, p. 1222. [http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=F-20140613-3](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20140613-3)).

<sup>395</sup> Art. 2921. La prescription extinctive est un moyen d'éteindre un droit par non-usage ou d'opposer une fin de non-recevoir à une action.

<sup>396</sup> Correspondem aos arts. 1751 e 500, do nosso CC/2002, respectivamente – VILSON RODRIGUES ALVES (*Da prescrição*, p. 785), qualifica as ações *ex empto* e *quanti minoris* como sujeitas a prazo prescricional e não decadencial, pois são ações condenatórias.

perda de um direito material (art. 131-5) ou da oportunidade para interpor recurso de apelação ou cassação (arts. 621, 978, 989, e 1011).

A falta de preocupação com o rigor terminológico é marcante no direito francês (e fora da Alemanha, em geral), e bem representada no código suíço de obrigações (de 30.03.1911), onde nem sequer há uma uniformidade de terminologia nas traduções nas línguas oficiais, utilizando como sinônimas as expressões *pretensão*, *ação*, e *reclamação* como objeto da prescrição (art. 127).<sup>397</sup>

Em 2008 foi apresentada na assembleia francesa uma proposição de lei tendo por objeto a modernização das regras sobre prescrição na legislação civil francesa, tendo como eixos principais a redução do número e duração de prazos (mais de 250 prazos diferentes, variando de um mês a trinta anos), simplificação da contagem, e permitir, em casos determinados (excluídas relações tais como as formalizadas por contrato de adesão, locação residencial, e contratos de trabalho, dentre outras), a pactuação entre particulares (observados limites máximo e mínimo) – são destacadas, na justificativa do projeto, as dificuldades de interpretação sobre qual prazo se aplica nos casos concretos<sup>398</sup>, bem como a definição do termo inicial dos prazos,<sup>399</sup> que resultou na lei n. 2008-561, de 17.06.2008.

A regra geral ("prazo de direito comum") foi reduzido de trinta para cinco anos (art. 2224) – uma tendência generalizada em

---

<sup>397</sup> Em francês: *Toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement.* Em alemão: *Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen [reclamações], für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt.* Em italiano: *Si prescrivono col decorso di dieci anni tutte le azioni per le quali il diritto civile federale non dispone diversamente.* Em reto-românico: *Suenter 10 onns suranneschan tut las pretensiuns, per las qualas il dretg civil federal na dispona betg insatge auter.*

<sup>398</sup> Situação não raro agravada pelo conflito entre juízos formais e de equidade, levando a tensões na aplicação da lei, não raro levando a jurisprudência a decidir por motivos mais de justiça do que técnicos, sobretudo quanto à distinção entre responsabilidade contratual (prescrição em trinta anos) e extra-contratual (prazo de cinco anos), “submetendo uma demanda ao prazo que ela merece” (JANKE & LICARI, *The french revision*, p. 4-5 e 15, nota 69).

<sup>399</sup> BÉTEILLE, *Rapport*, p. 7-12.

todas as legislações que revisaram as regras de prescrição<sup>400</sup> – e instituído um *butoir*, isto é, termo final em que a prescrição se consumará, independente de impedimentos, suspensões ou interrupções no curso do prazo – regra semelhante àquela inserida no direito alemão, visto no capítulo anterior.<sup>401</sup> Assim, qualquer que seja o prazo incidente no caso concreto, as hipóteses que impedem ou reiniciam o curso do prazo prescricional não poderão levar o seu curso para além de vinte anos a contar da data de nascimento do direito (art. 2232).<sup>402</sup>

Em seu texto atual, o *code civil* passou a falar em "*délais de forclusion*" (prazo de preclusão), e dividiu o tratamento da prescrição em *extinctive* (definida como "um modo de extinção de um direito resultante da inação de seu titular por um certo lapso de tempo"<sup>403</sup> – arts. 2219 a 2254)<sup>404</sup> e *acquisitive* ("modo de adquirir um bem ou um direito como efeito da posse"<sup>405</sup> – arts. 2255 a 2278). O termo *usucapion*, muito embora utilizado pela doutrina e em julgados, não é encontrado no texto do código.

<sup>400</sup> P.ex.: Bélgica, *code civil*, art. 2262bis (inserido em 1998, prevendo prazos de dez anos para ações pessoais, e de cinco anos para ilícitos extracontratuais, abriga a maior parte das ações, esvaziando o prazo geral de trinta anos); Grécia, *astikos kodikas* (código civil), art. 10:249 (vinte anos); Itália, *codice civile*, art. 2946 (dez anos); Japão, 民法 (*minpō* - lei civil), §167 (dez anos); México, código civil federal, art. 1159 (dez anos); Québec, *code civil*, art. 2922 (dez anos); Rússia, *grazhdanskii kodeks rossiiskoi federatsii* (código civil da federação russa), art. 196 (prazo geral de três anos); Suíça, *code des obligations*, art. 127 (dez anos) (JANKE & LICARI, *The french revision*, p. 7, nota 18).

<sup>401</sup> Já havia no próprio *code civil* uma regra semelhante nos arts. 1386-16 e 1386-17, inseridos pela lei n. 98-389, de 19.05.1998, prevendo o prazo prescricional em razão de acidentes de consumo escoaria em três anos da data em que a vítima teve ou poderia ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor, limitada, exceto nos casos de culpa, a dez anos da data em que o produto foi colocado em circulação. Estes dispositivos foram recentemente revogados por lei de 01.10.2016.

<sup>402</sup> Esta regra não se aplica a casos especiais: ações relacionadas à reparação de dano corporal ou dano ecológico; ações reais; nas ações entre cônjuges ou companheiros; no caso de ação ajuizada, inclusive cautelar ou executiva (aqui apenas reafirma que o ajuizamento da ação interrompe a prescrição, e que esta não se consuma no curso do processo); e ações relacionadas ao estado das pessoas. A regra de exceção cita ainda as ações relacionadas a créditos condicionais ou a termo, enquanto não ocorrerem estes, e à garantia enquanto não ocorrer a evicção, mas nestes casos nem sequer há exigibilidade/acionabilidade, sendo inócua, portanto, a regra.

<sup>403</sup> Art. 2219. La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps.

<sup>404</sup> "La prescription extinctive ou libératoire est un mode légal d'extinction, non pas de l'obligation elle-même, mais de l'action qui sanctionne l'obligation" [A prescrição extintiva ou liberatória é um modo legal de extinção, não da própria obrigação, mas da ação que garante a obrigação], impedindo que o credor exija a execução (MAZEAUD & CHABAS, *Leçons*, p. 1198, 1200, e 1221).

<sup>405</sup> Art. 2258. La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

Certo é que até hoje a doutrina pouco avançou no aperfeiçoamento das definições – encontram-se tantas definições quanto autores consultados<sup>406</sup> –, sobretudo porque enxergam pouca ou nenhuma diferença entre as figuras. NAZO<sup>407</sup> afirma a tendência francesa de não diferenciar a prescrição da decadência, demonstrada através de um apanhado abrangente dos principais autores, desde TROPLONG,<sup>408</sup> que apenas via na decadência um caráter de penalidade mais acentuado, passando por TISSIER,<sup>409</sup> que não via necessidade em critério de distinção entre prescrição e decadência, apesar de admitir haver prazos que não são precisamente prescricionais, citando ainda autores como HENRI & LEON MAZEUD, JEAN CARBONIER, ESMEIN, MICHEL VASSEUR, GEORGES RIPERT & JEAN BOULANGER. Quando fazem alguma diferenciação geralmente é através de características incidentais, tais como tratar-se de interesse público ou privado, ou ser ou não exercitável a ação desde o seu nascimento.

Alguns poucos vão além, procurando construir uma diferenciação e definição de uma e outra. AUBRY & RAU,<sup>410</sup> por exemplo, definem a *decadência* como extinção de prazo legal, convencional ou judicial, quer para o exercício de uma opção ou de uma faculdade qualquer, quer para o pagamento de uma obrigação ou a execução de uma condenação – a ação é concedida com prazo específico.

JOSSERAND<sup>411</sup> define a prescrição ("dite *extinctive* ou *libératoire*") como modo de extinção de um direito real ou pessoal, sobretudo um direito de crédito, pelo só escoamento de um prazo certo, mas percebe uma incoerência na redação legal, pois se a extinção da

<sup>406</sup> JANKE & LICARI, *The french revision*, p. 21.

<sup>407</sup> *A decadência*, p. 51-63.

<sup>408</sup> RAYMOND-THÉODORE TROPLONG, na obra *De la prescription*, t. 1, 1835.

<sup>409</sup> Em trabalho em coautoria: ALBERT TISSIER & GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE, *De la prescription*, 1895.

<sup>410</sup> CHARLES AUBRY & CHARLES-FRÉDÉRIC RAU, *Cours de droit civil*, v. XII, 5ª ed. (até a segunda edição mera tradução da obra de LINGENTHAL, *Handbuch des französischen Civilrechts*) apud NAZO, *A decadência*, 52-53.

<sup>411</sup> *Cours*, v. 2, p. 510-511.

obrigação<sup>412</sup> se dá com o pagamento, remissão, e outros modos previstos em lei, a prescrição de uma obrigação já paga não implicaria uma nova extinção, mas sim uma facilitação da prova, presumindo a liberação do obrigado.

Havia uma efetiva situação de mera presunção nos artigos 2271-2273, que previam prazos prescricionais curtos (de seis meses a três anos), pois a prescrição poderia ser afastada pelo reconhecimento da dívida pelo obrigado, que poderia ser obtido de modo tácito ou expresso (inclusive através da exigência pelo credor de juramento do devedor, ou simplesmente se o devedor deixasse de afirmar que houve pagamento),<sup>413</sup> caso em que passaria a ser observado o prazo ordinário de trinta anos.<sup>414</sup> Esta regra, prevista nos artigos 2274 e 2275 foi excluída pela reforma de 2008.<sup>415</sup>

Para a doutrina francesa, a *déchéance* abarca uma grande gama de situações, tal como o resultado da renúncia, abandono ou superveniente impossibilidade material de se exercer o direito, decorrente do perecimento ou perda da coisa sobre o qual se exerce, além das hipóteses de perda ou limitação da capacidade.<sup>416</sup>

JOSSERAND<sup>417</sup> a encontra nos prazos fixados em lei para que se faça valer um direito, realizar um ato determinado, e que têm um

---

<sup>412</sup> É flagrante que JOSSERAND não se preocupa com a precisão terminológica, pois ora fala em extinção do *direito*, ora do *crédito*, ou ainda da *obrigação*.

<sup>413</sup> Art. 2275, na redação original (regra revogada pela loi n. 2008-561, de 17.06.2008, que conferiu nova redação ao artigo): Néanmoins, ceux auxquels ces prescriptions seront opposées peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. Le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due [No entanto, aqueles a quem essas prescrições serão opostas podem exigir o juramento daqueles que se lhe opõem, sobre a questão de saber se a coisa realmente foi paga. O juramento pode ser exigido das viúvas e herdeiros, ou tutores destes, se forem menores de idade, para que tenham que declarar se não sabem que a coisa é devida].

<sup>414</sup> JOSSERAND, *Cours*, v. 2, n. 988, p. 519-525; MAZEAUD & CHABAS, *Leçons*, p. 1209, 1213, e 1224-1225.

<sup>415</sup> No direito italiano ainda vige previsão idêntica contida nos arts. 2954-2961, do *codice civile*.

<sup>416</sup> NAZO, *A decadência*, p. 26; CAROLINE PELLETIER, *La caducité*, p. 33.

<sup>417</sup> *Cours*, v. 2, p. 528-529.

caráter fatal<sup>418</sup> – findo o prazo o retardatário decai da prerrogativa, da possibilidade que lhe havia sido aberta pela lei: “une foi la déchéance encourue, le droit est éteint, absolument”.<sup>419</sup> CAROLINE PELLETIER<sup>420</sup> a define de forma semelhante, ressaltando que o ato caduco é privado de um elemento essencial em razão de evento posterior à sua formação, e independente da vontade do autor.

GARSONNET & CÉZAR-BRU<sup>421</sup> definiram a decadência como a perda de um direito por não o ter exercido ou não ter cumprido as formalidades necessárias para conservá-lo no tempo previsto na lei. Esse duplo aspecto foi mais tarde explorado por MARNIÉRE,<sup>422</sup> que viu uma terceira figura entre a prescrição e a decadência: prazos subordinados a um termo extintivo ou a condições legais para a existência de um direito que, afetando-o desde o nascimento, acarretam o seu desaparecimento automático, constituindo, às vezes, a condição do exercício ou validade do direito, enquanto que a prescrição estaria ligada à negligência, e a decadência à culpa do titular de um direito (é sanção), por ação ou omissão – cita o prazo do pacto de retrovenda (*code civil*, art. 1660),<sup>423</sup> como *termo*, e não *decadência*.

JANKE & LICARI<sup>424</sup> identificam, quatro modalidades de extinção de direitos pela passagem do tempo:

---

<sup>418</sup> Cita como exemplos os prazos processuais, para a celebração do casamento após a publicação (art. 65), para fazer vales certos casos de nulidade de casamentos (arts. 181 e 183), para a transcrição do julgamento do divórcio (art. 252) ou do julgamento de adoção (art. 367), para agir em busca da paternidade natural (art. 340), para exigir a rescisão de uma venda de imóvel lesionária (art. 1660), para a requisição de leilão no procedimento de execução de hipoteca (art. 2185-1º).

<sup>419</sup> “uma vez incorrida a decadência, o direito está extinto, absolutamente”.

<sup>420</sup> *La caducité*, p. 15-16.

<sup>421</sup> EUGENE GARSONNET & CHARLES CEZAR-BRU, no *Traité theorique et pratique de procedure civile et commerciale*, t. II, 1912 *apud* NAZO, *A decadência*, p. 57-58.

<sup>422</sup> EDMOND SALLE DE LA MARNIERE, no artigo ‘La déchéance comme mode d'extinction d'un droit’, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1933, p. 1037 ss. *apud* NAZO, *A decadência*, p. 57 e 59.

<sup>423</sup> Art. 1660. La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme [A faculdade de recompra não pode ser estipulada por um termo excedente a cinco anos. Se ela for estipulada por um termo mais longo, ela será reduzida a este termo]. Corresponde ao art. 505, do nosso CC/2002, que nomeia expressamente a natureza decadencial do prazo.

<sup>424</sup> *The french revision*, p. 17-19.

- *prescription* – implicando a extinção da ação, permanecendo íntegro o direito material subjacente, agora como obrigação natural (art. 2249, do *code civil*);
- *péremption d'instance*<sup>425</sup> – extinção do processo por inação das partes por dois anos, e anulamente de todos os atos nele praticados (inclusive o efeito interruptivo da citação em relação aos prazos de direito material),<sup>426</sup> sem atingir o direito ou a ação (arts. 386 e 389, do *code de procedure civile* de 2010; na lei anterior o prazo era de três anos: art. 397 do código de 1806);
- *déchéance* – perda de um direito, qualidade, função ou benefício, em decorrência de uma penalidade (não somente pelo decurso de um prazo), ou melhor dizendo, impedimento de que o interessado exerça de modo forçado o direito, sem exintiguí-lo;
- *forclusion*<sup>427</sup> – sanção pela abstenção negligente em satisfazer uma formalidade legal, contratual ou judicial dentro de um prazo estabelecido, como,

---

<sup>425</sup> A origem deste instituto é romana (*mors litis*): nos *iudicia legitima* (processos entre cidadãos romanos, dentro dos limites da cidade, e perante um juiz único – *iudex unus*) o processo era extinto se não tivesse se encerrado em dezoito meses a contar do seu início, e no *iudicium quod imperio continetur* com o fim do *imperium* do magistrado que o presidia (BERGER, *Dictionary*, p. 520-521).

<sup>426</sup> CAROLINE PELLETIER, *La caducité*, p. 466-467; MAZEAUD & CHABAS, *Leçons*, p. 1212.

<sup>427</sup> No *civil code* do estado de Louisiana, de inspiração francesa, há a figura da *peremption*, definida pela lei como um período de tempo fixado pela lei para a existência de um direito, e, a não ser que seja tempestivamente exercido, o direito é extinto com a expiração do período peremptivo (“art. 3458. Peremption is a period of time fixed by law for the existence of a right. Unless timely exercised, the right is extinguished upon the expiration of the peremptive period”).

p.ex., “trazer uma ação perante o tribunal”,<sup>428</sup> extinguindo o direito.

A legislação trabalhista foi sendo codificada por diversas leis no período de 1910 a 1972, até que um novo código foi promulgado pela Lei n. 73-4, de 02.01.1973, composto por uma parte legal e outras duas regulamentares. Mais recentemente, sob o objetivo declarado de simplificar a legislação, a parte legal foi substituída por ato do poder executivo (ordonnance n. 2007-329, de 12.03.2007, autorizada por delegação legal da Assembleia, e ratificada pela lei n. 2008-67, de 21.01.2008), e as partes regulamentares pelos décrets ns. 2008-243 e 2008-244, de 07.03.2008.<sup>429</sup> Novas reformas de relevo sobrevieram nos anos de 2015 a 2017.

O *code du travail* traz alguns prazos prescricionais especiais: cinco anos para o dano resultante de discriminação (a contar de quando ocorreu a “revelação” desta, art. L1134-5); doze meses para as ações questionando a regularidade da dispensa por motivo econômico (art. L1235-7); até o final do ano seguinte ao fato gerador a ação para o empregador pedir reembolso dos salários devidos aos seus empregados atuando como conselheiros *prud’hommes*<sup>430</sup> (arts. L1442-6 e R1423-51); cinco anos para a ação de cobrança ou repetição de salário (art. L3245-1); dois anos para cobrar o pagamento de seguro desemprego (art. L5422-4), e três anos para a cobrança do valor indevidamente pago (dez anos se houver fraude ou declaração falsa, art. 5422-5). Também é fixado prazo para a aplicação de sanção disciplinar (dois meses ou aquele aplicável à ação penal correspondente, art.

---

<sup>428</sup> “The *délai préfix* is a fixed delay established by statute to bring an action before the court, which is sanctioned by forclusion”.

<sup>429</sup> Os dispositivos da parte legal são referidos com a letra ‘L’ antes do número do artigo, e os da parte regulamentar com a letra ‘R’.

<sup>430</sup> O *conceil de prud’hommes* (concelho de sábios, numa tradução livre) é o órgão de jurisdição de primeiro grau em matéria relacionada à execução ou ruptura do contrato de trabalho entre partes de direito privado. Sua composição é paritária e seus membros são eleitos por colégios de empregados e de empregadores.

L1332-4), e há múltiplas referência à *déchéance* com o mesmo significado de *perda de direito* (art. L 2314-5, p.ex.).

### **3.3 Desenvolvimento no direito italiano**

Com o esfacelamento da porção ocidental do império romano a península itálica passou por longos períodos de instabilidade política. Deposto o último imperador do leste, ROMULUS AUGUSTUS, em 476 EC, foi proclamado rei da Itália o líder dos *foederati* (tribos germanas aliadas de Roma), ODOACRO, governando, até certo ponto, em nome do imperador oriental ZENO; quando seu poder passou a incomodar Bizâncio, THEODORICO e os ostrogodos, a pedido do imperador e sob a promessa de receber a península, invadiram o reino numa campanha que durou de 489 a 493, período durante o qual outras tribos germânicas aproveitaram o momento de tumulto e saquearam partes da península.

Estabelecido o reino ostrogodo da Itália em 493, era nominalmente vassalo do império oriental, mas as tensões eram frequentes e o reino teve duração efêmera, sendo finalmente tomado pelos bizantinos em 554, que não conseguiram manter o território por muito tempo, não resistindo à invasão lombarda, que em 569 cruzou o Danúbio e iniciou a ocupação da península, estendendo o território nas décadas seguintes em direção ao sul, e estabelecendo os ducados semi-autônomos de Spoleto e Benevento, até que em 774 foram conquistados pelos francos de CARLOS MAGNO (Benevento permaneceu independente, agora como principado, até ser conquistado por Cápua em 899).

Durante o período lombardo os costumes foram postos em escrito pelo rei ROTHARI em 643 (*edictum rothari*), completado por outros éditos, sobretudo do rei LIUTPRAND, entre 733 e 735.<sup>431</sup>

A parte sul da península começou a ser tomada dos bizantinos pelos muçulmanos e normandos no início do século 9º, até que em 1091 foi consolidada a dominação normanda, unificando-se os territórios em 1130 como reino da Sicília, que teve uma parte destacada como reino de Nápoles (oficialmente também reino da Sicília) em 1282, e reunificados em 1816 no reino das Duas Sicílias.

O centro-norte seguiu a sorte da Lotaríngia e depois do reino franco da Itália, que foi parte integrante do Império Germânico, e sofreu o mesmo processo de fragmentação criando estados frequentemente em conflito entre si,<sup>432</sup> além de perder territórios para os Estados Papais no centro e para a República de Veneza no nordeste, até que em 1797, após as convulsões causadas pelas guerras revolucionárias francesas (1792-1802), o imperador germânico abriu mão dos territórios do reino da Itália (Tratado de Campo Formio),<sup>433</sup> estabelecendo-se diversas repúblicas em seu lugar, até que em 1805 BONAPARTE ele mesmo se corou rei da Itália, período em que foram adotadas traduções dos códigos napoleônicos.

Com a derrota e exílio de NAPOLEÃO em 1814, os principais estados anteriores foram revividos: reino das Duas Sicílias, reino da Sardenha (Piemonte), reino Lombardo-Vêneto, ducado de Parma, ducado de Modena, e o grão-ducado da Toscana, a maioria deles sob forte influência política ou controle direto da Áustria. Iniciou-se aí o processo de unificação da Itália sob a monarquia piemontesa, que iria se consumir com a fundação do reino da Itália em 1861, e

---

<sup>431</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 176.

<sup>432</sup> Retratos parcialmente n' *O príncipe* de MAQUIAVEL (1532).

<sup>433</sup> Mas desde a Paz de Westphalia (1648) a suserania era apenas formal.

estabelecimento de Roma como capital em 1871, substituído pela República Italiana ao fim da 2ª Grande Guerra.

Com a renovada autonomia, e não podendo ficar indiferentes à agitação que veio na esteira da revolução francesa, seguiu-se um período de intensa atividade legislativa (nem sempre bem-sucedido e resultando na promulgação de novas leis, contudo), tomando como inspiração os códigos napoleônicos e, em menor extensão, o código austríaco e as leis uns dos outros.

Assim foi que surgiram códigos no Reino das Duas Sicílias em 1819; um código civil no Ducado de Parma em 1820; a *leggi civili e criminali del Regno di Sardegna* em 1827 (*código feliciano*), e um código civil dez anos depois (chamado *código albertino*); o *código civil para os estados estenses* (Ducado de Modena) em 1851.<sup>434</sup>

Ultimada a unificação, entre tendências descentralizantes e federativas (defendendo a manutenção das autonomias locais) e centralizantes (com a extensão das leis piemontesas ou elaboração de novas estruturas jurídicas), prevaleceu esta, e em 1865 foram aprovados os primeiros códigos da Itália unificada, dentre eles o código civil (chamado *código pisanelli*, em referência ao então ministro da justiça GIUSEPPE PISANELLI), seguindo proximamente a estrutura e matriz ideológica do *code civil* francês,<sup>435</sup> que representava o espírito da época (liberalismo econômico e individualismo burguês).

PEKELIS, analisando os códigos civil e de processo civil de 1865, enumera mais de uma dúzia de sentidos diferentes em que o vocábulo *ação* é utilizado na legislação italiana de então (1937) e

---

<sup>434</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 342-345.

<sup>435</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 369-370.

inúmeros mais na doutrina,<sup>436</sup> expondo a ambiguidade deste termo, mas consegue extrair um conteúdo comum, consistente numa “certa situação de vantagem na qual se acha ou se pode achar um indivíduo em relação à atividade jurisdicional ou processual do Estado, ou da sociedade juridicamente organizada”,<sup>437</sup> excluindo do seu conceito qualquer atuação direta do interessado, que estava no significado original da *actio* romana, pois não admite a existência de ação sem jurisdição (hipótese em que haveria apenas exercício de direito subjetivo material)<sup>438</sup> e nem direito que não tenha ação.<sup>439</sup> De modo semelhante, CHIOVENDA afirma que o conceito de ação pressupõe a existência do Estado que assujeite as partes e assegure ao interessado o

<sup>436</sup> Sinônimo de *petitum*, da *res in iudicium deducta* (CC, art. 1342); sinônimo do fato da efetiva propositura da demanda judicial (CC, art. 1510); contraposição ao processo judicial (CPC, art. 431); conteúdo de uma defesa judicial (CPC, art. 456); poder de repor uma demanda judicial, ainda que sem fundamento ou inadmissível (“as ações às quais os registros hipotecários podem dar lugar contra os credores são promovidas perante as autoridades judiciais competentes”); poder de propor uma demanda judicial, obtendo uma sentença *de meritis* (CPC, Título II, do Livro III); possibilidade de propor com êxito uma demanda judicial, obtendo sentença favorável (art. 67, das normas sobre títulos cambiários – Real Decreto n. 1669, de 14.12.1933); distinção entre ação e direito subjetivo substancial (CC, art. 1234); contraposição entre o direito subjetivo substancial e obrigação natural (CC, art. 1802); sinônimo de direito subjetivo substancial (CC, art. 193); direito subjetivo processual (CC, art. 439); direito contra o obrigado (CC, art. 1007); direito contra a pessoa do juiz ou do órgão judiciário (“diz-se habitualmente que o juiz ou a autoridade judiciária estão investidos de uma ação”); simples legitimação ativa (CC, art. 296); legitimação processual passiva (“fala-se da existência, pelo menos, de ações possessórias contra a administração pública”): “classificam-se as ações ora segundo o seu sujeito ativo, e fala-se de ação pública, privada, oficiosa, popular; ora segundo o seu objeto ou conteúdo, e fala-se de ação pessoal ou real, petitória ou possessória, mobiliária ou imobiliária; ora segundo a atividade estadual que ela põe em movimento, e fala-se então de ação de declaração, de execução e condenatória; ora ainda segundo a forma que toma o seu exercício, e fala-se de ação sumária, formal, cominatória, sumaríssima, etc. etc. (...). Não há, nas doutrinas sobre a ação, nenhum ponto sobre o qual possa dizer-se que se haja conseguido acordo entre os escritores. Começa por se discutir se ação é ou não um direito subjetivo. Há os que, negando que a ação passa qualificar-se como um direito, defendem que é uma simples faculdade jurídica (DEGENKOLB), uma relação jurídica (MORTARA), uma manifestação do direito geral de personalidade ou de liberdade (KÖHLER), uma mera possibilidade de facto (BLINDER), um negócio público (A. LEVI), uma função pública (POMPEO BIONDI). Há os que entendem que se trata duma manifestação da vida do direito subjetivo privado (WINDSCHEID), de uma sua arma de guerra (PUCHTA), de uma sua metamorfose, que surge em seguida à sua violação (SAVIGNY), de uma sua função (COVIELLO), de uma sua posição particular (REDENTI), de uma medida de tutela que acompanha o direito subjetivo (SATTA). Há os que pensam que se trata de um direito subjetivo autônomo e distinto do direito subjetivo privado (BÜLOW, WACH, DEGENKOLB, CHIOVENDA, CARNELUTTI). Segundo outros, ao contrário, não é senão o poder de constituir-se, mediante a propositura duma demanda, um direito subjetivo (o direito à tutela jurisdicional: assim, em vários sentidos, WINDSCHEID, GOLDSCHMIDT, HEIN, SECKEL). Segundo outros, é aquele direito especial que surge de fato de uma demanda ter sido proposta (BÜLOW). Segundo outros, porém, é um direito possessório, ou seja, a posse do direito correspondente (FINZI); segundo outros, finalmente, a ação é o único direito subjetivo que o indivíduo realmente possui, em relação ao qual o pretense direito subjetivo substancial privado é mero reflexo (PEKELIS). (...). As soluções dos diversos problemas cruzam-se, pois, entre si dando lugar a uma quantidade praticamente infinita de teoria individuais. Assim, por exemplo, para falar só de dois problemas, o da direção da ação e o do seu caráter concreto ou não, vemos que a ação é um direito concreto tanto para LABAND como para CHIOVENDA e para WACH; mas para o primeiro ela é um direito contra o Estado, para o segundo, um direito contra o adversário; para o terceiro é dirigido contra ambos. Ao contrário, tanto para ZANZUCCHI como para BETTI e DEGENKOLB a ação é um direito abstrato; mas para o primeiro ela é um direito contra o Estado, para o segundo contra o adversário, para o terceiro contra ambos”. (A ação, p. 68-72).

<sup>437</sup> PEKELIS, *A ação*, p. 74.

<sup>438</sup> PEKELIS, *A ação*, p. 76-85.

<sup>439</sup> PEKELIS, *A ação*, p. 647.

direito de se socorrer às estruturas judiciais e ao poder de coação estatal.<sup>440</sup>

De modo diverso, PIERO CALAMANDREI,<sup>441</sup> aponta a existência de duas ações, a correspondente ao direito violado e que não pode ser exercido pela autotutela, e aquela entendida como atividade direcionada à constatação pelo juiz de ter ou não a primeira.

O *codice di procedura civile* (decreto real n. 1443, de 28.10.1940) chama de “exercício da ação” o “fazer valer um direito em juízo” (art. 99); assim, a mera aquisição do direito não basta, sendo indispensável que o titular atue sempre que violado.<sup>442</sup>

LODOVICO MORTARA<sup>443</sup> identifica um aspecto tríplice na ação, representando simultaneamente coisas diversas para cada um dos envolvidos: para o autor, a pretensão à tutela dum direito apenas afirmado e na obrigação que nasce do exercício das suas faculdades processuais; para o réu, a obrigação que nasce do ato provocador do autor e na razão de defesa do próprio réu; para o Estado, no dever de prestar a tutela e no poder de efetuar os atos destinados a restabelecer a observância do direito objetivo.

Finda a 1ª Guerra Mundial logo se iniciaram os trabalhos para a elaboração de um novo código civil, aprovado em meio à 2ª Guerra pelo real decreto n. 262, de 16.03.1942, utilizando o modelo alemão em substituição ao francês que trata a usucapião e a prescrição sob a mesma denominação.<sup>444</sup> Muito embora promulgado quando já

---

<sup>440</sup> CHIOVENDA *apud* PEKELIS, *A ação*, p. 637.

<sup>441</sup> *La relatività del concetto di azione*, 1939, *apud* FÁBIO GOMES, *Da ação*, p. 108.

<sup>442</sup> SANDONÀ, *Alle origini*, p. 253.

<sup>443</sup> *Manuale di procedura civile*, 1888, 2ª ed. 1897; *Principi di procedura civile*, 3ª ed. 1895; *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1897 *apud* PEKELIS, *A ação*, p. 634.

<sup>444</sup> SANDONÀ, *Alle origini*, p. 239. Os códigos pré-unificação seguiam o mesmo modelo: arts. 2125 e ss., do *Codice per lo Regno delle due Sicilie*, *Leggi Civili*; arts. 1303-1317, e 2332 e ss, do *Codice civile Parmense*; arts. 2354 e ss, do *Codice civile albertino*; arts. 2261 e ss, do *Codice civile Estense*. O único desvio ocorria no código de Parma, pois nele

estava no poder (desde outubro de 1922) o partido fascista de BENITO MUSSOLINI, no processo legislativo resistiu-se em grande parte a uma “fascistização” do texto, e as numerosas reformas sofridas ao longo do tempo e decisões em controle de constitucionalidade acabaram por expurgar qualquer influência significativa, sobretudo as de cunho racista e corporativistas.<sup>445</sup>

A ideia liberal segundo a qual o processo civil seria uma atividade jurisdicional pública a serviço das partes foi superada, de modo que o interesse privado no processo civil, a ação, passou a atender um interesse estatal, convergendo esses dois interesses na aplicação da lei.<sup>446</sup>

O novo código, acolhendo a crítica de parte da doutrina de irracionalidade da divisão em razão da diversidade dos elementos constitutivos e dos respectivos efeitos – vez que enquanto em relação à prescrição basta o transcurso do tempo, enquanto que na usucapião é preciso agregar um fato humano (posse contínua) – passou a se referir expressamente à usucapião (*usucapione*, arts. 1158-1167) como um dos “efeitos da posse”, e a prescrição (*prescrizione*, arts. 2934-2963 e outros artigos esparsos) como modo de extinção de direitos<sup>447</sup> e ações exercitáveis em razão de o seu titular não o ter feito,<sup>448</sup> avançando

---

havia apenas previsão da prescrição como modo de aquisição de o domínio ou direito sobre uma coisa, enquanto que havia hipótese denominada de extinção das obrigações em razão da inércia prolongada do titular. Na Toscana foi promulgada Lei de 02.05.1836, estabelecendo, em seu art. 170, que “La prescrizione posta in essere col lasso del tempo e colle condizioni da dirsi in appresso, libera il debitore dalle sue obbligazioni verso il creditore, e spoglia questo dalle azioni corrispondenti, libera i beni dalle ipoteche, e dai privilegi a favore del terzo possessore e li fa perdere al creditore, e diventa anche un modo legittimo per il possessore di acquistare il dominio e di perderlo per il proprietario” (A prescrição ocorrida pelo passar do tempo e com as condições abaixo ditas, libera o devedor de suas obrigações para com o credor, e tira deste as ações correspondentes, libera os bens das hipotecas, e dos privilégios em favor do terceiro possuidor e do credor, e também se torna uma maneira legítima de o possuidor adquirir o domínio e perdê-lo o proprietário) (SANDONÀ, *Alle origini*, p. 239, nota 848).

<sup>445</sup> SANDONÀ, *Alle origini*, p. 40-67.

<sup>446</sup> SANDONÀ, *Alle origini*, p. 234-235.

<sup>447</sup> Não há, na verdade, extinção do crédito, pois há regra prevendo a impossibilidade de repetição de pagamento de dívida prescrita (art. 2940).

<sup>448</sup> SANDONÀ, *Alle origini*, p. 240-247.

ainda mais ao tratar também da decadência (*decadenza*, arts. 2964-2969) como prazo para exercício de um direito.<sup>449</sup>

A previsão expressa desse terceiro gênero foi evidente avanço, e a partir disso a doutrina passou a preocupar-se com a delimitação do novo instituto. GIOVANNI PUGLIESE<sup>450</sup> a define como o decurso de prazo prefixo ao exercício de uma ação, que é perdida com a expiração do prazo, embora o direito a cuja consecução tendia a ação, não possa dizer-se perdido em virtude da decadência, e nem se possa dizer que o direito do adversário a quem a decadência favoreça seja aquisição produzida por ela, e exclui os prazos processuais e aqueles estabelecidos por vontade privada ou pelo juiz, os primeiros por tratar-se de ação já proposta, e estes por serem *sui generis* disciplinados de acordo com a intenção das partes ou pelo juiz; também exclui o direito temporário e os prazos legais para realizar determinado ato, cuja execução pode acarretar um benefício ou excluir um ônus por não se tratar de verdadeira perda. Enquanto que a *prescrição* seria conversão de estado fático em jurídico, na *decadência* haveria possibilidade de desenvolver atividade que tem por fim alterar o estado de fato existente, revalidando e imunizando o estado de fato a impugnações; refere-se também a decadências derivadas da não realização de atos conservativos, e prazos que em princípio não seriam de decadência, mas que o legislador, ao seu término, veda a propositura da ação.

ENRICO GIUSIANA,<sup>451</sup> define a decadência de forma mais simples como “o fenômeno jurídico em virtude do qual, com o decurso de determinado prazo sem a prática de certos atos, se torna impossível a produção de um dado efeito jurídico”, e por não conduzir a uma perda, mas a um deixar de adquirir um direito, distingui-se da preclusão (perda, extinção ou consumação de atividade processual), muito

---

<sup>449</sup> SANDONÀ, *Alle origini*, p. 251.

<sup>450</sup> *Apud* NAZO, *A decadência*, p. 72-75 e 108-109.

<sup>451</sup> *Decadenza e prescrizione*, 1943 *apud* NAZO, *A decadência*, p. 84-86.

próxima da definição de GIUSEPPE FALCONE: curso sem sucesso de prazo legal exaurindo a possibilidade de se exercer um poder apto a fazer se adquirir um direito.

Foi criada uma figura chamada de *prescrição presuntiva* (art. 2959), com prazos curtos (de seis meses, um, ou três anos), que é afastada caso o devedor admita não ter havido extinção da obrigação (por adimplemento, novação, remissão, compensação, confusão, impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor).

No campo das relações de trabalho três prazos podem ser aplicados: o da prescrição ordinária de cinco anos (aplicável para todos os valores que devem ser pagos periodicamente a prazo de até um ano e a indenização devida pela extinção da relação de trabalho), e aqueles da prescrição presuntiva de um (para cobrar a remuneração referente a período não superior a um mês) e três anos (para exigir a contraprestação de período superior a um mês).

Em decisão datada de 10.06.1966 (*sentenza* n. 63, rel. GIUSEPPE BRANCA) a Corte Costituzionale declarou que essas regras são incompatíveis com a Constituição ao permitirem o curso do prazo durante a relação de trabalho – argumentando que o temor de perder o emprego seria um obstáculo material ao ajuizamento de ação no curso do contrato de trabalho, violando, assim, as garantias constitucionais de igualdade –, transformando, então, a vigência do contrato de trabalho como causa de impedimento do curso dos prazos de prescrição e decadência. Em decisões posteriores<sup>452</sup> tal efeito foi restringido, excluindo-se os contratos de emprego público e os privados em que há regime de estabilidade no emprego, situação que se tornou bastante

---

<sup>452</sup> *Sentenze* n. 143, de 13.11.1969, rel. GIUSEPPE CHIARELLI; n. 86, de 22.04.1976, rel. GIUSEPPE VERZI; n. 174, de 05.12.1972, rel. COSTANTINO MORTATI; n. 40 e 41, de 25.05.1979, e n. 42 a 45, de 12.06.1979, rel. VIRGILIO ANDRIOLI. Estas decisões e a anterior estão disponíveis no sítio da Corte Costituzionale italiana: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), consultado em 22.09.2018.

comum com a edição das Leis ns. 604, de 15.07.1966 e 300, de 20.05.1970 (*Statuto dei lavoratori*), que introduziram garantia contra dispensa imotivada em determinados casos.<sup>453</sup>

---

<sup>453</sup> ALICE MONTEIRO DE BARROS, *Aspectos jurisprudenciais*, p. 387-392; MARCO NOVELLA, *Prescrizione e decadenza*, p. 4.

#### 4. ACTION E LIMITATION NO SISTEMA INGLÊS

*The essential relativity of all knowledge, thought or consciousness cannot but show itself in language. If everything that we can know is viewed as a transition from something else, every experience must have two sides; and either every name must have a double meaning, or else for every meaning there must be two names.*

ALEXANDER BAIN, *Logic*, 1870.

##### 4.1 Formação do estado e primeiras leis

Os povos germânicos que ficaram conhecidos como anglo-saxões fixaram-se na Britânia a partir de 428, e com maior firmeza no século 6º, vivendo sob seus próprios costumes, provavelmente misturados com costumes celtas das etnias belgas anteriores à romanização; nos reinos que se formaram foram redigidos textos de direito consuetudinário, caracterizadas pela total ausência de influência do direito romano e redação em vernáculo local – enquanto que no continente as leis bárbaras eram escritas em latim.<sup>454</sup>

As leis foram redigidas de forma simples, sem desenvolvimento teórico prévio, podendo ser entendidas e aplicadas por qualquer pessoa, sobretudo porque, à época, inexistia um aparato estatal para fazer aplicar as leis.

---

<sup>454</sup> SCHULTE, *Histoire*, p. 82-83; GILISSEN, *Introdução*, p. 209.

Os invasores formaram reinos,<sup>455</sup> disputando territórios entre si e com os reinos bretões<sup>456</sup> que resistiram aos romanos ou haviam sido formados após a retirada das legiões ocorrida entre 383 e 411.

A quantidade e extensão dos reinos e sub-reinos flutuava rapidamente de acordo com as disputas pela supremacia. No século 8º a Mércia se tornou hegemônica, sobretudo durante o reino de OFFA, até que a maioria dos reinos anglo-saxões caiu sob o controle de EGBERT de Wessex em 829, muito embora até o século 9º ou 10 a Mércia ainda tenha mantido uma independência formal. O primeiro a ser denominado rei dos ingleses foi ÆDELSTÂN, em 927.<sup>457</sup>

O mais antigo texto legal conhecido é do reino de Kent e atribuído a ÆDELBERT 1º, na virada do início do século 6º para o 7º, tratando principalmente de fixar multas por atos ilícitos (foco na reparação da vítima e não de punição do ofensor) e algumas disposições sobre herança e partilha. Também há registro de outras leis editadas

---

<sup>455</sup> **Saxões** em Essex, Sussex, Wessex; **anglos** em Mercia, Bernícia, Deira, East Anglia, Lindsey; **jutos** e **frísios** em Kent e Ilha de Wight.

<sup>456</sup> No centro, sul e oeste: Gododdin, Strathclyde, Bryneich, Ebrauc, Rheged, Gwynedd, Dyfed, Powys, Linnuis, Londein, Cantia, Regia, Atrebatia, Ynys Weith, Durotrigia, Dumnonia. O último estado galês, Gwynedd, foi conquistado pelo rei inglês EDUARDO 1º em 1283, e Gales foi definitivamente incorporado ao Reino da Inglaterra por leis de 1535 e 1542 (*Laws in Wales Acts*). No norte os pictos: Cait, Ce, Circinn, Fib, Fidach, Fotla, e Fortriu – o reino irlandês de Dál Riata foi formado no século 4º e provavelmente se expandiu para a ilha da Grã-Bretanha no início do século 5º, e deu origem ao reino de Alba (fundado por CÍNÁED MAC AILPIN em 843 ou 848, mas passou a ser referido por este nome apenas a partir da morte de DOMNALL MAC CAUSANTÍN, em 900), que passou a ser chamado de Escócia (Scotland) no século 11; a partir de 1603, quando JAMES 6º STUART herdou as coroas inglesa e irlandesa (conquistada pelos ingleses em 1177-1198, e elevada a reino em 1542), os três reinos passaram a estar em união pessoal (estados independentes governados pelo mesmo monarca), e em 1706 e 1707 foram passados os *Acts of Union* unificando Inglaterra e Escócia sob uma única coroa, e mais tarde (*Acts of Union* 1800) também a Irlanda.

<sup>457</sup> Neto de ÆLFRĒD, o grande, seu reino durou de 924 a 939.

nos reinados seguintes, como por EORCENBERHT,<sup>458</sup> HLOTHHERE e EADRIC,<sup>459</sup> e WIHTRED.<sup>460-461</sup>

Em Wessex entre 688 e 694 o rei INE promulgou sua legislação, contendo regras de observância religiosa, sanções por ilícitos laicos e sacros (em geral pecuniária, mas também penas físicas e inclusive capital para alguns ilícitos, mostrando um início de virada para a punição), e regras sobre contratos. Não há notícias de novas leis nos dois séculos que se seguiram, quando foi publicada a legislação de ÆLFRED (c. 893), com fortes tintas religiosas (o texto contém diversas transcrições e resumos de passagens bíblicas) e influência de codificações anteriores (há referências às leis de INE, ÆDELBERHT 1º, e OFFA<sup>462</sup> da Mércia), no que foi uma tentativa de unificação do direito de então. A lei de ÆLFRED, chamada *doom book*,<sup>463</sup> prevê diversas regras éticas, prevendo pena de prisão pela inobservância, bem como fixação de sanções pecuniárias e corporais por atos ilícitos.<sup>464-465</sup>

Desde o início do século 9º os reinos ingleses sofreram com ataques dinamarqueses (os *vikings*) cada vez mais frequentes, até que no final do século<sup>466</sup> já estavam estabelecidos em territórios próprios, tomando todo o leste, norte e grande parte do centro da

---

<sup>458</sup> O texto foi perdido, mas pelas referências em outras fontes sabe-se que continha caráter eminentemente religioso.

<sup>459</sup> Segunda metade do século 7º. As disposições são centradas na fixação de multas por ilícitos, algumas regras sobre sucessão e prova da venda de imóvel, e outras sobre processo, prevendo o pagamento de um seguro pelo réu para garantir o cumprimento da decisão, e impondo um procedimento de arbitragem para a solução dos litígios entre os particulares.

<sup>460</sup> Editada em 695, possuindo partes idênticas às leis de INE de Wessex. Trata de temas religiosos (casamento, e vedação a 'uniões ilícitas') e tributos (com evidente e forte influência religiosa, inclusive com previsão de imunidade tributária à Igreja).

<sup>461</sup> ATTENBOROUGH, *The laws*, p. 2-31.

<sup>462</sup> O texto das leis de OFFA, que reinou de 757 a 796, não sobreviveu.

<sup>463</sup> *Livro das leis* ou dos *julgamentos*.

<sup>464</sup> A lei de ALFRED contém uma curiosa regra de origem bastante primitiva, prevendo que no caso de morte de uma pessoa pela queda de uma árvore, esta deve ser entregue à sua família – não está expresso no texto legal, mas a intenção é que a família pudesse se vingar do causador da morte de seu parente (a árvore).

<sup>465</sup> ATTENBOROUGH, *The laws*, p. 34-93; GILISSEN, *Introdução*, p. 178.

<sup>466</sup> Em 865 se iniciou a invasão, que iria durar até 878, pelo *grande exército pagão* (*great heathen army*) unindo diversos líderes, dentre eles alguns dos filhos de RAGNARR LOPBRÓK. Nessa mesma época outros nórdicos (noruegueses, suecos, e dinamarqueses) estavam se estabelecendo nas ilhas Hébridais, Orkney, Faroé, Irlanda, Islândia, Groenlândia, Normandia, Báltico, Rússia, e Ucrânia.

Inglaterra – apenas os reinos anglo-saxões da Mércia (com tamanho bastante reduzido) e de Wessex se mantiveram, e 884 foi firmado um tratado entre ÆLFRED de Wessex e o líder invasor GUÐRUM, que tratou de uniformizar o valor do *wergild*, traçar regras gerais para o comércio entre nórdicos e saxões, e fixou as fronteiras das áreas dominadas pelos dinamarqueses, onde estabeleceram auto-governo, ficando essa área conhecida como *Danelaw* (lei dinamarquesa), dentro da qual formaram-se reinos e condados, em constante disputa entre si e com seus vizinhos anglo-saxões – muito embora se diga haver paz e relativa estabilidade no período –, até que o último líder estrangeiro, ERIC HARALDSSON, da Northumbria, foi finalmente derrotado em 954.<sup>467-468</sup>

Há um outro texto de leis desse período, de data e autoria incertos, mas atribuído a GUÐRUM, ÆLFRED, e seu filho e sucessor ĒADPEARD (EDUARDO) de Wessex, estabelecendo regras de respeito à religião oficial e multas também para ilícitos laicos.<sup>469</sup>

Também se sabe da existência de outras leis de data incerta, duas feitas no reinado de ĒADPEARD, e outras seis no reinado de seu filho, ÆDELSTĀN – a primeira sobre matéria exclusivamente eclesiástica, inclusive pagamento de dízimo e outros valores à Igreja; a segunda, a quarta, e a quinta sobre administração da justiça; a terceira é essencialmente cópia de partes das duas primeiras e da quinta; a sexta lida principalmente com as guildas londrinas. Há ainda o *decreto*

---

<sup>467</sup> Em 1013 houve nova invasão, desta vez liderada por SVEINN HARALDSSON, rei da Dinamarca e Noruega, e muito embora tenha durado apenas pouco mais de um mês (do final de dezembro ao início de fevereiro do ano seguinte), seu filho KNÚTR SVEINSSON (CANUTE), retornou pouco tempo depois, tomando a coroa inglesa em 1016 (logo depois também assumiu as coroas da Dinamarca e Noruega). Com a sua morte em 1035 os noruegueses se rebelaram contra o governo local despótico e colocaram a coroa em MAGNÚS (então com 11 anos), filho ilegítimo do rei deposto OLAF HARALDSSON; nos demais reinos foi sucedido por seus filhos HAROLD (1035-1040, apenas na Inglaterra, inicialmente como regente em nome de seu irmão) e HARDEKNUD (1035-1042, na Dinamarca; 1040-1042, na Inglaterra). HARDEKNUD morreu jovem (23 ou 24 anos) e sem herdeiros; em 1038 ou 1040 havia sido feito um pacto com o rei norueguês pelo qual um nomeou o outro seu herdeiro, de modo que MAGNÚS o sucedeu, e estendeu sua pretensão à Inglaterra; na Inglaterra, desde o ano anterior, atuava como co-regente EDWARD, filho de ÆTHELRED, o penúltimo rei saxão, e enteado de KNÚTR, que tinha apoio político local e assumiu o trono.

<sup>468</sup> ATTENBOROUGH, *The laws*, p. 96-101.

<sup>469</sup> ATTENBOROUGH, *The laws*, p. 101-108.

sobre caridade (*ordinance on charities*) que trata da forma de manutenção dos pobres e libertação de escravos.<sup>470</sup>

Nenhuma dessas leis inglesas primitivas tratou de qualquer aspecto relacionado ao tempo para exercício de direitos e ações, o que pode ser explicado pela falta de estabilidade das instituições – não havia permanência por tempo suficiente para que o decurso do tempo se tornasse algo relevante nas relações jurídicas estabelecidas.

Outro rei ÆADPEARD, cognominado *o confessor*, morreu sem filhos em janeiro de 1066, gerando uma crise sucessória. Seguiu-se uma disputa que opôs seu cunhado, HAROLD GODWINSON (eleito pelo conselho de nobres em janeiro de 1066), HARALDR SIGURÐARSON HARÐRÁÐI<sup>471</sup> da Noruega, e WILLIAM<sup>472</sup> da Normandia. WILLIAM invadiu o sul da Inglaterra enquanto a maior parte do exército do rei estava no norte combatendo os noruegueses, e travaram a decisiva batalha de Hastings em 14.10.1066, onde o rei foi morto e os ingleses derrotados. EDGARD<sup>473</sup> foi eleito pelo conselho para suceder a HAROLD já no dia seguinte, mas dois meses depois, por decisão do mesmo conselho, renderam-se ao invasor e ainda em dezembro de 1066 WILLIAM foi coroado rei da Inglaterra.<sup>474-475</sup>

---

<sup>470</sup> ATTENBOROUGH, *The laws*, p. 112-169.

<sup>471</sup> Sucessor do rei MAGNÚS da Noruega de quem era tio (meio-irmão de seu pai, na verdade), invadiu a Inglaterra pelo norte, onde morreu em batalha em 25.09.1066.

<sup>472</sup> Bisneto do *jarl* (título nórdico equivalente ao *earl* inglês e ao *conde* continental) da Normandia, RICHART 1º (neto de HRÓLFR, ou ROLLO, líder viking a quem o rei franco CHARLES 3º concedeu terras no baixo Sena em 911), que era avô materno do rei EDWARD. Fundamentou sua pretensão numa suposta promessa de EDWARD em nomeá-lo seu sucessor.

<sup>473</sup> Filho de ÆADPEARD *o exilado*, que por sua vez era sobrinho do rei morto e filho de ÆADMUND IRONSIDE, último rei saxão, que havia sido deposto por KNÚTR cinquenta anos antes.

<sup>474</sup> Houve grandes mudanças na forma de administração do país, substituindo-se os cerca de cinco mil *thegns* (líderes locais; literalmente “aquele que serve”) por uma centena de barões que acompanharam WILLIAM. Os ingleses compunham cerca de 98% da população, e a dificuldade em aceitar a autoridade do conquistador caracterizou o seu reino por repressão e violência sem precedentes. WILLIAM deixou o ducado para seu filho mais velho, ROBERT CURTHOSE, e a Inglaterra para WILLIAM RUFUS, e quando da morte deste sem herdeiros, seu irmão mais novo HENRY passou à frente do mais velho, e para ajudar a estabelecer a sua posição editou uma carta de liberdades (tratando de direitos dos barões e da igreja, excluindo a “massa de iletrados desdentados”), prometendo honrar as leis de ÆADPEARD, *o confessor* – foi uma promessa meramente formal e não cumprida ao longo dos 35 anos de seu reino, mas tem relevância histórica por ter sido referida numa versão prévia da *carta magna*; morreu tendo uma

Assim, mais um elemento cultural (e jurídico) foi adicionado no caldeirão inglês: o direito normando,<sup>476</sup> caracterizado pela mistura de costumes nórdicos e francos, que somente foram redigidos muito tempo depois.<sup>477</sup>

O século 12 viu o surgimento de um estado e sistema legal centralizados, com tribunais, registros, e júris, bem como a expansão territorial do que veio a ser conhecido como *império angevino* – HENRY 2º<sup>478</sup> em 1166 promulgou o *Assize* (“assento”) *de Clarendon*, que iniciou um processo de substituição dos então prevaletentes sistemas de julgamento por combate ou por ordálias pelo julgamento pelo júri (já testado nos tempos de ÆTHELRED e KNÚTR),<sup>479</sup> afirmando que a coroa investigaria todos os crimes, quer os senhores locais também o tenham feito ou não, procurando, se não eliminar, ao menos reduzir a impunidade então largamente difundida, fruto de um sistema em que a

---

filha, MATILDA, como única herdeira, e muito embora tenha feito os barões lhe prestarem juramento, eles apoiaram seu sobrinho, STEPHEN DE BLOIS, quando este tomou o trono, seguindo-se uma guerra civil entre os apoiadores dos primos que chegou ao fim apenas quando STEPHEN concordou em nomear como seu herdeiro o filho de MATILDA com GEOFFREY D’ANJOU, HENRY FITZEMPRESS (“filho da imperatriz”; MATILDA havia sido casada em primeiras núpcias com o imperador germânico HEINRICH 5º), que assumiu o trono em 1154, trazendo certos avanços para o estado inglês, como o sistema do júri, mas também era notoriamente cruel, ganancioso e violento, como o restante de sua família, os Plantagenatas (ou Angevinos) (WEST, 1215, p. 2-7).

<sup>475</sup> WEST, 1215, p. 2.

<sup>476</sup> Ainda vigente, posto que bastante modificado e fortemente influenciado pelo desenvolvimento posterior do direito inglês, nas *Ilhas do Canal* (Jersey e Guernsey) que, historicamente ligadas à Normandia, desde 1204 são possessão direta da coroa britânica, com parlamentos e sistemas administrativos próprios.

<sup>477</sup> Inicialmente apenas coletâneas privadas redigidas por juizes para uso próprio e de seus colegas – na Normandia, o *très ancien coutumier*, entre 1200 e 1245, e o *grand coutumier de Normandie* (originalmente *summa de legibus Normanniae in curia laicali*), entre 1235 e 1245; na Inglaterra as *leges Henrici Primi* de 1108 (SCHIOPPA, *História*, p. 150).

<sup>478</sup> HENRY 2º herdou a Normandia de sua mãe, Anjou de seu pai, e sua esposa, ELEANOR, lhe trouxe a Aquitânia, de modo que aos 22 anos já controlava toda a costa oeste da França; quando assumiu o trono dispensou todos os tesoureiros e nomeou NIGEL, bispo de Ely (que havia servido HENRY 1º) como *Lord High Treasurer of England* (Senhor Tesoureiro-mor da Inglaterra, numa tradução livre), cargo que depois desenvolveu-se no *First Lord of the Treasury* (Primeiro Senhor do Tesouro) a partir de 1714, e que por sua vez evoluiu para o papel do primeiro ministro, posição sempre ocupada por clérigos no período medieval (WEST, 1215, p. 21).

<sup>479</sup> Os julgamentos por ordálias, existentes desde o tempo dos saxões, somente desapareceram depois do 4º Concílio de Latrão (1215), que banuiu a participação de padres em tais eventos, e como orações e bênçãos eram parte essencial, a sua realização ficou inviabilizada – apenas na Inglaterra e Dinamarca a substituição se deu pelo julgamento pelo júri, enquanto que no restante da Europa a substituição se deu pela tortura; com o passar do tempo as penas se tornaram cada vez mais corporais e mais severas, evidenciando uma maior preocupação com a punição do ofensor do que com a reparação da vítima. Foram formalmente abolidos em 1219, enquanto que o julgamento por combate (costume germânico trazido pelos normandos), foi extinto apenas em 1818, muito embora já em desuso há muitos séculos (a partir de 1179 o acusado passou a poder escolher entre julgamento por combate ou pelo júri), quando foi invocado com sucesso por um acusado de homicídio (WEST, 1215, p. 22-26).

parcialidade e ineficiência do aparato estatal local era a regra – consolidando, como efeito secundário desejado, o poder central sobre todo o território –, trazendo ainda o conceito do que viria a ser conhecido como *habeas corpus*, permitindo também reclamar propriedades herdadas e de onde a pessoa havia sido retirada.<sup>480</sup>

Foi a partir do reino de RICHARD,<sup>481</sup> o *coração de leão*, que os registros de propriedade se tornaram universais e fidedignos. Em razão do aumento da demanda de processos, e como modo de neutralizar a referida parcialidade dos senhores locais, partindo de premissa semelhante ao do juiz de fora do direito ibérico, foi o introduzido o *traveling circuit* (circuito itinerante, em tradução livre), composto por oficiais do rei integrantes da *curia regis*, seguindo a lógica de centralização da administração.<sup>482</sup>

A competência da jurisdição régia foi sendo paulatinamente ampliada com o desenvolvimento dos *writs*,<sup>483</sup> concedidos pela chancelaria do rei, sistema fundamental para o nascimento do *common law*, servindo de base à construção feita nos séculos 12 e 13, sobretudo da época de HENRY 2º (1154-1189), do conjunto de regras destinadas a resolver as controvérsias civis e punir os ilícitos civis ou penais. Era um processo rigidamente formal, com regras complexas de procedimento e competência, não podendo haver ação fora dos *writs* “reconhecidos e admitidos”, fórmulas padrão que o

<sup>480</sup> WEST, 1215, p. 10-22; SCHIOPPA, *História*, p. 150.

<sup>481</sup> “(...). HUBERT WALTER, who RICHARD made Chief Justiciar during his absence, thought it wise to record everything in case the king accused him of fiddling with the books, and government affairs have been written down ever since” [HUBERT WALTER, quem RICHARD tornou Magistrado-mor durante sua ausência, achou prudente registrar tudo para o caso de o rei o acusar de adulterar os registros, e os assuntos governamentais têm sido postos em escrito desde então] (WEST, 1215, p. 80).

<sup>482</sup> WEST, 1215, p. 27 e 80; SCHIOPPA, *História*, p. 150-151.

<sup>483</sup> Cognato dos termos *breve* (latim) e *brief* (francês), é traduzido como *escrito*, significando uma ordem formal (escrita, por suposto) e breve, emitida por uma autoridade administrativa ou jurisdicional, concedendo terras ou transmitindo instruções para um tribunal local. Quem quisesse pedir justiça ao rei dirigia-lhe um pedido analisado pelo Chanceler, que se o achasse fundamentado enviava um *writ* a um *sheriff* (agente local do rei) ou a um senhor para que este ordenasse ao réu que desse satisfação ao queixoso.

Chanceler passa após pagamento, sem exame prévio aprofundado, lembrando a formalidade do direito romano clássico.<sup>484</sup>

Assim, sempre foi fundamental identificar o *writ* apropriado ao caso concreto, e se não houvesse, nada podia ser feito; o brocardo "where there is no remedy there is no wrong"<sup>485</sup> é bastante eloquente – *só há direito se houver uma via processual de garanti-lo* –, reflexo do foco principal dado às formas processuais e não às regras relativas ao fundo do direito.<sup>486</sup>

Esse desenvolvimento não deixou espaço para a entrada do direito romano renascido que se afirmava no continente nessa época.<sup>487</sup>

Os litígios foram sendo deslocados da jurisdição dos senhores locais para as jurisdições reais, o que levou a um inchaço desta e à sua tripartição: Court of Common Pleas (questões particulares), Exchequer (fiscal, e funções de natureza financeira e administrativa), e King's Bench (questões criminais, civis e feudais mais importantes), que prevaleceu até o século 19.<sup>488</sup>

O movimento de centralização do poder foi posto em cheque por uma revolta dos barões, que em 1215 impôs a assinatura da Magna Carta<sup>489-490</sup> (*the great charter of the liberties*, firmada em

---

<sup>484</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 151-154; GILISSEN, *Introdução*, p. 210.

<sup>485</sup> MAITLAND, *The forms of action*, p. 299.

<sup>486</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 211.

<sup>487</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 155.

<sup>488</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 154.

<sup>489</sup> Em 1014 Æthelræd 2º, como concessão para retomar o reino usurpado pelo dinamarquês Sveinn Haraldsson, havia feito pacto semelhante, sobre governar com o consentimento do povo, assim como fizeram diversos outros reis desde então, normalmente ignorando-os logo depois.

<sup>490</sup> A relação entre rei e barões já não caminhava bem há algum tempo em razão da crueldade, mesmo para os padrões de então, com que os Plantagenetas tratavam seus súditos, e a quantidade de impostos cobrados para sustentar os excessos da corte, cruzadas, e guerras (contra os franceses) que não geraram nenhum ganho em qualquer sentido, e também para pagar o resgate do rei RICHARD, que indo para a Palestina fez inimizados ao longo de todo o caminho (WEST, 1215, *passim*). Após uma derrota final e humilhante para os franceses sofrida em 1214, uma agitação eclodiu e um grupo de barões rebeldes desafiou o rei; o resultado desse confronto foi a *magna carta*,

Runnymede em 15.06.1215), com redação definitiva em 1225, reconhecendo prerrogativas dos senhores locais em relação a seus súditos, inclusive seus poderes judiciais; a regra de observância da “*law of the land*” reflete mais uma disputa de poderes entre rei e barões locais do que garantia contra arbítrio. Anos mais tarde, os barões conseguiram impedir a criação de novos *writs* (*provisões de Oxford*, 1258), mas o *Statute of Westminster II* (1285), conciliou os interesses em conflito: o Chanceler não poderia criar novos *writs*, mas poderia passar *writs* em casos similares (*in consimili casu*),<sup>491</sup> permanecendo em vigor até pelo menos 1832.<sup>492</sup>

Em 1272, ainda no reino de EDWARD 1º, foi abolido o *wergild*, e a clivagem entre direito civil e criminal emergiu de forma completa – aquele buscando a reparação enquanto que este a punição.

## 4.2 O desenvolvimento do common law

---

um “tratado de paz fracassado” à época (JOHN recorreu ao papa, que negou validade à *magna carta*, e se recusou a cumpri-la, dando início a uma guerra civil, a 1ª guerra dos barões, encerrada com a morte do rei por disenteria, mas no final do século a magna carta já estava “written into english law”, WEST, 1215, p. XI), que não foi direcionada apenas ao rei JOHN, mas a toda a dinastia Plantageneta – JOHN foi apenas o mais incompetente deles, enquanto que seu filho HENRY 3º era um tolo – ao longo do século seguinte se tornou parte firme do direito inglês, pois, muito embora os rebeldes não tivessem qualquer ideal democrático em mente, o objetivo ousado de vincular não apenas um mal governante, mas as próprias condições que permitiam que os reis não respondessem por seus desvios. Com a morte de JOHN assumiu seu filho HENRY 3º, então com nove anos, e como mais da metade do território inglês estava ocupado pelo exército francês do príncipe LOUIS (futuro rei LOUIS 8º), clamante do trono (pelo casamento com BLANCHE de Castela, neta de HENRY 2º), seus guardiões fizeram concessões permanentes, firmando uma versão revista e encurtada da *magna carta*, mas também esse compromisso foi insincero e logo estourou a 2ª guerra dos barões, ao fim da qual ela foi reafirmada e estabelecido o Parlamento. Em 1297 EDWARD 1º assinou a *confirmatio cartarum*, tornando-a lei em definitivo, e a confirmou novamente em 1300 após tentar impor novos impostos. Foi editada pela quadragésima e última vez 1423 – seguiu-se período de intensificação da centralização de poderes que levou ao absolutismo, ressurgindo o espírito da *magna carta* apenas no movimento de resistência durante o primeiro período dos Stuarts, tendo sido usada como modelo para a *petition of rights* redigida por EDWARD COKE (ele também ajudou a redigir os estatutos da Virginia Co. em 1606) que o Parlamento forçou CHARLES 1º a assinar em 1628. A *magna carta* foi reinterpretada, lida como garantindo direitos básicos a todos os cidadãos/súditos, e não apenas aos barões (A magna carta foi “a fundação dos princípios e sistemas de governo que nem o rei JOHN ou seus nobres sonharam” [(...) the foundation of principles and systems of government of which neither king JOHN nor his nobles dreamed”), WINSTON CHURCHILL), servindo de inspiração na redação dos instrumentos constitucionais e/ou cartas de direitos das colônias norte-americanas e da própria *bill of rights* (sobretudo as 5ª e 6ª emendas à Constituição dos EUA), e incorporada a forma de limitação de poder do governo pela lei nas constituições pós-revolução francesa (1814, da França, e 1830, na Bélgica, e destas para o resto do mundo). Hoje ainda vigem as cláusulas ns. 1, 13, 39 e 40, mais por motivos emocionais, pois são direitos garantidos por leis posteriores – as demais foram revogadas ao longo do tempo (WEST, 1215, p. 7, 92, 127, 132-133, 137, 141, 151, 154-159, 161, e 163).

<sup>491</sup> Este foi o germen dos tribunais de equidade.

<sup>492</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 210; SCHIOPPA, *História*, p. 153-154, 158-159.

O renascimento do direito romano não chegou à Inglaterra, mas teve alguma influência, ainda que reduzida, como a importação de alguns institutos, sobretudo aqueles relacionados ao direito comercial e canônico.<sup>493</sup>

O direito comum dos normandos no final da idade média criou o *common law*<sup>494</sup> inglês, em contraposição aos inúmeros direitos locais de caráter consuetudinário, administrado de forma centralizada e de aplicação geral, um híbrido dos costumes anglo-saxões e normandos, com teorias romanas, utilizando termos e conceitos franceses,<sup>495</sup> e, até 1731, mantendo registros em latim; surgido no final da idade média, e foi o primeiro sistema jurídico nacional na Europa.<sup>496</sup>

Tem por característica a inexistência de um corpo sistematizado de regras, não distingue o direito público do privado; nele os juízes têm papel proeminente, sem significativo desenvolvimento doutrinário, possuindo um caráter mais pragmático, de modo que sua evolução se deve muito à criatividade dos juízes régios, que por meio de uma série ininterrupta de decisões para casos específicos construíram, a partir do século 12, um vasto e complexo conjunto de regras e de princípios.<sup>497</sup>

A Court of Chancery ocupava o papel principal no sistema judiciário inglês, pois era ele que emitia os *writs* que constituíam a base da jurisdição real, bem como aceitava ou rejeitava os pedidos de intervenção real em casos judiciais nas Central Courts – ao longo do

---

<sup>493</sup> GILISSEN, *Introdução*, p. 130-135; SCHIOPPA, *História*, p. 149.

<sup>494</sup> Nada tem a ver com o *ius commune* continental.

<sup>495</sup> Como *debt* (débito), *contract* (contrato), *heir* (herdeiro), *trespass* (trespasse, transgressão), *court* (corte), *judge* (juiz), *jury* (júri), todas palavras de origem latina.

<sup>496</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 149; WEST, *1215*, p. 27; GILISSEN, *Introdução*, p. 207-208.

<sup>497</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 149.

século 15 essa função foi se expandindo gradualmente, “afirmando-se sobretudo onde o *common law* não oferecia uma proteção adequada”.<sup>498</sup>

A partir do século 15 a Court of Chancery passou a ser uma jurisdição complementar à dos tribunais de *common law* com regras inicialmente fluídas, ocupando o espaço deixado descoberto pela rigidez das fórmulas dos *writs*, mas depois fixadas por precedentes, assumindo o nome de *Equity*, pois eram demandas que se enquadravam dentro dos princípios utilizados para a concessão dos *writs*.

As demandas fundadas em equidade eram analisadas pela Court of Chancery, sobretudo para os casos em que não havia um remédio previsto ou o existente dava uma solução “injusta” para o caso, sobretudo em temas relacionados a regras locais consuetudinárias. O *chancellor* geralmente era um eclesiástico, com conhecimento de direito romano e canônico, cujos princípios orientavam as suas decisões, sobretudo a ideia de *aequitas*, mas as regras que governavam esse órgão variavam de acordo com quem ocupava o cargo, até que no final do século 16, e a partir do final do século 17 apenas juristas passaram a ser nomeados. Com o tempo desenvolveu-se um sistema de precedentes semelhante ao de *common law*. As regras de common law não são ignoradas nos julgamentos por equidade, mas não há um apego tão grande às palavras das leis (“*words of the statutes*”), e maior atenção ao espírito e ao sentido das leis.<sup>499</sup>

EDWARD COKE (1552-1634 – Chief Justice da Court of Common Pleas desde 1606, e Chief Justice do King’s Bench de 1615-1616) se posicionou firmemente na defesa da *common law* contra a

---

<sup>498</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 268.

<sup>499</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 268.

Nos EUA alguns estados mantiveram tribunais com competência exclusiva para julgar as ações de equidade, enquanto que em outros os tribunais analisavam os dois tipos de processos; hoje quase todos os tribunais de equidade foram fundidos com as *courts of law*, i.e., tribunais que julgam com base na *common law*, permanecendo, no nível federal, os tribunais de falência.

expansão da jurisdição dos tribunais de *equity*, enxergando aquela como a lei fundamental do reino, “capaz de se impor e de predominar diante da coroa e do próprio parlamento”.<sup>500</sup>

A vinculatividade do precedente judiciário – característica marcante do sistema, batizada por MATTHEW HALE na década de 1670 como *stare decisis* – teve seu surgimento com a extensão da obrigatoriedade do costume e não das decisões em si, considerando-se vinculante não uma decisão isolada, mas “uma linha judicial consolidada”. Entre os séculos 16 e 17 passaram a ser consideradas vinculantes as decisões do Exchequer Chamber, que resolvia casos de maior importância reunindo os juízes do Exchequer, King’s Bench e Court of Common Pleas, o que no final do século 17 já era inquestionável; na mesma época também se estabeleceu o caráter vinculante das sentenças do Equity. A obrigação de decidir segundo regras estabelecidas pelos precedentes judiciais (*stare decisis*) só foi imposta por lei em 1875, quando um único precedente passou a ser considerado suficiente para os juízes de nível inferior – para o mesmo nível as opiniões são discordantes.<sup>501</sup>

As tensões entre o Parlamento e tribunais de *common law* com as decisões arbitrárias dos monarcas culminaram com a abdicação de JAMES 2º STUART, e coroação de sua filha MARY e seu marido WILLIAM de Orange, e a edição da *Bill of Rights* em 1689, declarando *illegal* qualquer decisão que suspendesse a aplicação de uma lei sem autorização do parlamento – este princípio só viria a ser acolhido do outro lado do Canal da Mancha em consequência da revolução francesa de 1789; nesse mesmo contexto havia sido editado o *Habeas Corpus Act* de 1679, muito embora já contasse com precedentes remotos.<sup>502</sup>

<sup>500</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 270; MAITLAND, *The forms of action*, p. 345.

<sup>501</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 274-275; GILISSEN, *Introdução*, p. 211-212.

<sup>502</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 270-271; GILISSEN, *Introdução*, p. 215.

Ao longo do século 19, o sistema processual sofreu grande reformulação, a multitude de *writs* foi eliminada e a jurisdição central foi unificada adotando-se uma nova estrutura, culminando nos Judicature Acts de 1873 e 1875, quando tanto as causas de *common law* como as de *equity* passaram a ser processadas pela High Court of Justice, submetida à Supreme Court of Judicature, com último recurso à Câmara dos Lordes.<sup>503</sup>

### 4.3 As ações e as limitações

No direito inglês, desde o tempo de WILLIAM 1º, o *conquistador*, toda a terra era propriedade do rei, e concedido o uso em troca de serviços feudais.<sup>504</sup>

O direito de retomar a posse, inicialmente, era limitado à retomada imediata, aproximando a determinação da propriedade a um *direito de conquista*, e com o tempo prazos mais dilatados foram sendo aceitos. Assim, não havia previsão de aquisição de posse ou propriedade pelo decurso do tempo, mas apenas a limitação da reivindicação pela posse perdida – a posse contínua apenas eliminava o direito do despossuído –, e por muito tempo todos os prazos de limitação previstos em lei diziam respeito a direitos reais.<sup>505</sup>

Relevante notar que também em inglês, talvez por influência dos textos sobre direito romano, não há refinamento terminológico e os termos *limitation* (limitação) e *prescription* (anglicização do latim *praescriptio*) – utilizados como sinônimos – correspondem, aproximadamente, tanto à prescrição<sup>506</sup> quanto à

<sup>503</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 379; GILISSEN, *Introdução*, p. 213.

<sup>504</sup> SCHIOPPA, *História*, p. 149.

<sup>505</sup> ANGELL, *Treatise*, p. 3; MAITLAND, *The forms of action*, p. 354.

<sup>506</sup> “(...) the time at the end of which no action at law, or suit in equity, can be maintained” [tempo ao fim do qual nenhuma ação na lei, ou um processo de equidade, pode ser mantido]

usucapião,<sup>507</sup> com referências a perda de direito ou do *remedy*,<sup>508</sup> no que há uma aproximação à decadência; já a *action*, num sentido próprio, é normalmente utilizado para ações de *common law* enquanto que *suit* é termo mais amplo, gênero do qual a *action* é espécie, utilizado para se referir também às ações de equidade.<sup>509</sup>

As constantes guerras, revoltas, conquistas, e movimentações de população em geral, formavam um pano de fundo de instabilidade constante, tornando inconcebível para a pessoa da época a própria ideia de estabilização da situação de fato pelo decurso de tempo.

Aquele que é considerado o primeiro *statute* (ato legislativo) inglês, o *Statute of Merton*, assinado por HENRY 3º em 1235, no contexto de disputa de poder com os barões, desenvolve e define o conceito de propriedade, e limita o tempo em que poderia ser feita a reivindicação de terras através de um *writ of right*:<sup>510</sup> somente seria concedido o *writ* se a aquisição da posse tivesse ocorrido a partir do tempo de HENRY 2º (1154-1189),<sup>511</sup> termo postergado no *Statute of Westminster*, assinado por EDWARD 1º em 1275, compilando as leis até então existentes, fixando como termo a coroação de RICHARD 1º (1189), até que o *Act of Limitation* de 1540, assinado por HENRY 8º, estabeleceu novos prazos-limite: sessenta, cinquenta, e trinta anos para *writs of*

---

<sup>507</sup> “the time which is prescribed by the authority of the law during which a title may be acquired to property by virtue of a simple adverse possession and enjoyment” [o tempo que é determinado pela autoridade da lei durante o qual um título pode ser adquirido à propriedade em razão de uma simples posse adversa e usufruto].

<sup>508</sup> Cognato da palavra portuguesa *remédio*, se refere ao meio de fazer um direito ser cumprido, ou ainda prevenir ou reparar um mal (GARNER, *Black’s law dictionary*, p. 1407). A melhor correspondência deste termo para o português seria a *ação processual*.

<sup>509</sup> ANGELL, *Treatise*, p. 1, 4, e 22.

<sup>510</sup> O *writ of right* (*ordem de direito*) tinha por objeto a reivindicação de propriedade imobiliária “simples”, isto é, aquelas sobre a qual proprietário tem a propriedade plena; a expressão também é utilizada no sentido de uma ordem concedida com base em direito do requerente, em contraposição àquela concedida por graça da autoridade (GARDNER, *Dictionary*, p. 1749).

<sup>511</sup> Até então se admitiam reclamações sobre terras perdidas a partir da morte de HENRY 1º (1135).

*right* relacionados a terras, *writs of morts d'ancestor*,<sup>512</sup> e demandas baseadas na posse do demandante, respectivamente.<sup>513</sup>

É relevante notar que o limite para exercício dessas ações, inicialmente, não afetava o direito de propriedade em si, mas apenas impedia o uso do remédio (*remedy*). Apenas com o *Real Property Limitation Act 1833*, no reinado de WILLIAM 2º, é que passou a ser afirmado que ao fim do período limitado pela lei “the right and title to the land, etc. shall be extinguished”,<sup>514</sup> de modo que a partir de então o decurso do tempo passou a converter a posse em propriedade,<sup>515</sup> espelhando, de certa forma, o desenvolvimento havido no direito romano.

Somente em 1623 surgiu a primeira lei tratando de limitação para demandas que não fossem de direito real, o *Statute of Limitations Act*,<sup>516</sup> assinado por JAMES 1º, fixando prazos de dois a seis anos para demandas relacionadas a obrigações contratuais e extracontratuais especificadas, mantendo sem nenhum limite diversas outras, como as prestações de contas entre comerciantes e seus serventes ou agentes. Outras leis se seguiram ao longo do tempo alterando os prazos das ações de direito real, e afirmando a imprescritibilidade das ações da Igreja.<sup>517</sup>

Essa demora na fixação de prazos para a cobrança de dívidas pode ser atribuída ao desenvolvimento tardio do comércio na Inglaterra, que ocorreu apenas na época da rainha ELIZABETH 1ª (1558-1603).<sup>518</sup>

---

<sup>512</sup> *Imissão na posse de herdeiro*, numa tradução livre.

<sup>513</sup> ANGELL, *Treatise*, p. 9 e Appendix, p. i-iii, xxiv.

<sup>514</sup> “o direito e o título à propriedade etc. serão extintos”.

<sup>515</sup> ANGELL, *Treatise*, p. 3, e Appendix, p. xxvi, xxi.

<sup>516</sup> Esta lei estava vigente à época da independência das colônias norte-americanas, que a adotaram e a utilizaram de base para a legislação subsequente (ANGELL, *Treatise*, p. 10).

<sup>517</sup> ANGELL, *Treatise*, Appendix, p. iii-xvii.

<sup>518</sup> ANGELL, *Treatise*, Appendix, p. 11-12.

As limitações aplicáveis aos procedimentos legais sempre foram observadas pelos antigos tribunais de equidade, e mesmo quando não havia limites legais,<sup>519</sup> rejeitavam “demandas envelhecidas” (*stale demands*); mas há casos em que afastam a prescrição, como quando o curso do prazo é mascarado por fraude do devedor.<sup>520</sup>

A dificuldade ou impossibilidade de exercício da ação também, gerando diversas situações de suspensão do curso do prazo, dentre as quais a incapacidade do interessado, mas nesse caso havia uma suspensão especial, pois o prazo ordinário não iniciava seu curso enquanto durasse a incapacidade, mas o surgimento da ação fazia disparar o início de um prazo especial de quarenta anos (*Real Property Limitation Act 1833*, s. 16 e 17).<sup>521</sup>

Logo no início do século 18 (em 1704), no reinado da rainha ANNE, foi editada lei (4 Anne, c. 16), onde foi fixado em seis anos o prazo para cobrança de salários pelos marinheiros.<sup>522</sup>

Em 1939 houve uma revisão dos prazos de limitação (*Limitation Act 1939*), simplificando-os e fixando em seis anos os prazos para todos os casos de responsabilidade contratual e extracontratual, que sofreu diversas alterações nas décadas seguintes, destacando-se aquela trazida pelo *Limitation Act 1963*, que concedeu à vítima, após o escoamento do prazo legal, um prazo adicional de doze meses para ajuizar a demanda a contar da data em que tivesse conhecimento de “fatos de caráter decisivo”. Todas essas alterações foram consolidadas no *Limitation Act 1980*, ainda vigente.

---

<sup>519</sup> Algumas leis trazem limitação expressa para o ajuizamento de demandas nos tribunais de equidade, como foi o caso do já citado *Real Property Limitation Act 1833*.

<sup>520</sup> ANGELL, *Treatise*, p. 20-24.

<sup>521</sup> ANGELL, *Treatise*, Appendix, p. xx.

<sup>522</sup> ANGELL, *Treatise*, p. 25-27.

Há alguns poucos prazos especiais incidentes nas relações de emprego, relacionados à dispensa ilegal (variando de três a seis meses, ou seis anos, a depender do fundamento e da Corte a que for submetida a demanda) e discriminação no local de trabalho (três meses).

Nos EUA no nível federal há o Fair Labor Standards Act (29 U.S. Code Chapter 8), de aplicação limitada aos trabalhadores engajados em comércio interestadual, onde são fixados prazos para a cobrança de pagamentos atrasados (dois anos, três se houver dolo), contados da ocorrência da *cause of action*. Nas legislações estaduais os prazos são variados, em geral entre dois e quatro anos, podendo haver prazos diferenciados para questões específicas: na Califórnia, p.ex., é fixado em seis meses o prazo para ajuizar uma reclamação contra o empregador que se recusa a exibir ao empregado seus registros pessoais, em um ano o prazo para reclamar do empregador que deixou de providenciar alteração de jornada para permitir à empregada (ou empregado) vítima de violência doméstica que acompanhe qualquer ato do seu processo, seis meses para reclamar de dispensa discriminatória (ampliada para dois anos se o critério for cor, religião, status familiar, sexo ou deficiência).

Há ainda outra figura, o *repose* (ou *peremption*, ou ainda *forfeiture*), pelo qual certos direitos são eliminados se não forem exercidos até certa data limite (*not acted on by a certain deadline*), ainda que não surja uma *cause of action*; tal se dá, por exemplo, no caso de responsabilidade por produtos colocados em circulação: o prazo de limitação começa a correr quando for causada a lesão (ou quando a vítima teve ou poderia ter tido ciência da lesão), mas em paralelo corre um outro prazo (*repose*) iniciado quando o produto foi posto em

circulação,<sup>523</sup> mas também se refere à perda de direitos pelo não exercício, no que se aproxima da decadência.<sup>524</sup> Nessa mesma vizinhança semântica temos o *foreclosure*:<sup>525</sup> o credor (quem fez empréstimo, garantido por imóvel) aciona o devedor, a quem é assinalado prazo para saldar o débito, que se não observado levará à execução da garantia, inclusive, em algumas jurisdições, por via extrajudicial<sup>526</sup> – neste caso há exercício de ação sem intervenção do estado, sem processo, portanto.

A análise dos termos utilizados pela doutrina e legislação confirma o aspecto mais prático do desenvolvimento da *common law*, com pouca refinação teórica da terminologia.

MAITLAND<sup>527</sup> se refere a *remedy* como sinônimo de *form of action* (forma da ação), e *claim* (reclamação) como algo diverso de *action* (ação).<sup>528</sup> A partir dessas formulações podemos afirmar que *remedy* – e, portanto, *form of action* – se referem ao processo judicial, à forma de exercício da ação, *claim* se refere aos argumentos apresentados, e que, portanto, *action* é algo anterior ao processo; e também que a *action* surge quando há a violação de algum direito (uma *cause of action*), mas, somente é possível afirmar haver direito se houver um *remedy* correspondente.

GARNER<sup>529</sup> dá definição semelhante à *claim*, define *form of action* como os ritos associados a cada *writ*, e *remedy* como o meio de fazer valer um direito ou evitar uma lesão. Mas define *action* como processo judicial, sinônimo de *suit*, preferindo aquele para os processos legais e este para os de equidade (apenas por costume, pois os textos

<sup>523</sup> GARNER, *Black's law dictionary*, p. 1415 e 1546.

<sup>524</sup> JANKE & LICARI, *The french revision*, p. 23, nota 115.

<sup>525</sup> Do francês antigo *forclos*, particípio passado de *forclore*, de *for-* 'fora' (do latim *foras* 'lado de fora') + *clore* 'fechar'. O sentido original era 'impedir de escapar', passando a significar impedimento para se fazer algo.

<sup>526</sup> NAZO, *A decadência*, p. 17, nota 11.

<sup>527</sup> *The forms of action*, p. 298-299.

<sup>528</sup> "(...) upon the accuracy of his claim depended the success of his action" [sobre a precisão de sua reclamação depende o sucesso de sua ação] (MAITLAND, *The forms of action*, p. 361).

<sup>529</sup> *Black's law dictionary*, p. 281-282, 724 e 1407.

legais já não mais os distinguem), referindo que antigamente *action* significava apenas o processo de conhecimento, findo com a prolação do julgamento, enquanto que *suit* sempre teve um significado mais amplo relacionado a todo o processo, inclusive a execução;<sup>530</sup> mas também fala em trazer uma *action* ao tribunal,<sup>531</sup> o que pressupõe se tratar de algo externo e pré-existente ao processo.

Na República da Irlanda (*Statute of Limitations 1957*), a *action* é definida como *procedimento numa Corte judicial*. No Reino Unido, o *Limitation Act 1980* trata dos limites temporais “for bringing actions”, isto é “para trazer ações [ao tribunal]”, redação frequentemente utilizada em textos legais.<sup>532</sup>

Vê-se, assim, confusão semelhante àquela encontrada em países de tradição romana em relação ao significado de ação, ora com conteúdo de direito material, ora como sinônimo (ou quase) de processo.

Em relação à prescrição não poderia ser diferente. Fala-se em criação (a velha confusão com a usucapião), ou extinção de direitos ou títulos pela falta de exercício ou reclamação por um longo período de tempo.<sup>533</sup>

Uma observação de GARNER – “Enquanto que a prescrição simplesmente barra um remédio específico, a perempção barra a própria ação”<sup>534</sup> – revela a impossibilidade de tratar a prescrição dos países de tradição romano-germânica como correspondente à

---

<sup>530</sup> *Black’s law dictionary*, p. 32-33 e 1572.

<sup>531</sup> *Black’s law dictionary*, p.ex., p. 1415.

<sup>532</sup> P.ex., nos EUA, no nível federal UCC §2-725. HELD destaca que mesmo tendo ocorrido uma *cause of action* – e se ocorreu a *cause of action*, passa a existir a *action* – o prazo da limitação não se inicia enquanto não houver um *remedy* disponível para o autor (HELD *et al*, *The sales statute*, p. 250).

<sup>533</sup> GARNER, *Black’s law dictionary*, p. 1302 e 1546.

<sup>534</sup> “Whereas prescription simply bars a specific remedy, peremption bars the action itself”, *Black’s law dictionary*, p. 1251.

*prescription* anglo-saxônica. Se a limitação legal impede apenas o acesso a remédios específicos,<sup>535</sup> sem prejuízo da utilização de outro (se existir), com reconhecida natureza processual<sup>536</sup> – contradizendo, inclusive, a afirmação de que extingue direitos –, certamente não pode ser equiparada à prescrição que conhecemos.

O sistema anglo-saxão teve desenvolvimento autônomo em relação ao que se passava no continente, muito embora tenha havido alguma influência no nome ou conteúdo de alguns institutos.

Nos países de tradição romano-germânica há uma constante influência recíproca, com utilização das leis dos demais como parâmetro a cada nova atualização legislativa, e ainda que em alguns lugares haja um maior apuro técnico e outros uma abordagem mais pragmática, ou que não haja coincidência total entre os conteúdos dos institutos e terminologia utilizados, é possível traçar paralelos e semelhanças; em relação aos sistemas de *common law* as diferenças são muitas, e as eventuais semelhanças enganadoras.

---

<sup>535</sup> THEODORO JR., *Prescrição*, p. 132.

<sup>536</sup> Trata-se de conclusão afirmada e reafirmada pela *Supreme Court*, destacando tratar-se de interesse estatal e não do réu (ROBERTO FINZI, *Transfer of time-barred claims*, p. 990, nota 87); veja-se a propósito: *Sun Oil Co. v. Wortman*, 486 U.S. 717 (1988).

## 5. O ESTADO DA ARTE DO DIREITO BRASILEIRO, ESPECIALMENTE NO DIREITO DO TRABALHO

*It is what it is, but it is not what it seems.*<sup>537</sup>

U2, *The Showman (little more better)*,  
in: *Songs of experience*, 2017.

### 5.1 Desenvolvimento legislativo

O código civil promulgado em 01<sup>o</sup>.01.1916 (Lei n. 3071), vigente a partir do primeiro dia do ano seguinte (art. 1.806), trouxe como regra geral o prazo prescricional de trinta anos (art. 177) – reduzido para vinte pela Lei n. 2437, de 07.03.1955, que alterou diversos outros prazos relativos a prescrição e usucapião –, e diversas regras especiais, dentre as quais prazo de cinco anos para a prescrição da “ação dos serviçais, operários e jornaleiros, pelo pagamento dos seus salários” (art. 178, §10, V), rompendo com a regra de não curso do prazo de prescrição na vigência do contrato.

Houve controvérsia quanto à revogação da regra do código comercial, prevalecendo que ele seguia aplicável para os empregados no comércio, enquanto que o código civil se aplicava aos da indústria – apesar da indústria ser considerada atividade comercial pelo art. 19, do Regulamento n. 737, de 25.11.1850.<sup>538-539</sup>

---

<sup>537</sup> “Isso é o que é, mas não é o que parece”.

<sup>538</sup> Art. 19. Considera-se mercancia: § 1<sup>o</sup> A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso; § 2<sup>o</sup> As operações de cambio, banco, e corretagem; § 3<sup>o</sup> As empresas de fabricas; de commissões; de depositos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos; § 4<sup>o</sup> Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contractos relativos ao commercio maritimo; § 5<sup>o</sup> A armação e expedição de navios.

<sup>539</sup> PAMPLONA & FERNANDEZ, *Tratado*, p. 101-102.

O Decreto n. 20.910, de 06.01.1932, estabeleceu em cinco anos o prazo da prescrição das *dívidas, direitos e ações* contra a Fazenda Pública (art. 1º).

Sobrevieram regras especiais, contendo prazos mais curtos, de um ano: Decreto n. 23.103, de 19.08.1933 (férias de trabalhadores em estabelecimentos comerciais e bancários),<sup>540</sup> Decreto n. 23.768, de 18.01.1934 (férias de empregados da indústria),<sup>541</sup> Lei n. 62, de 05.06.1935 (indenização por dispensa sem justa causa de empregado da indústria ou comércio).<sup>542</sup>

O Decreto-lei n. 1237, de 02.05.1939, que organizou a Justiça do Trabalho, previa que “Não havendo disposição especial em contrário, prescreve em dois anos qualquer reclamação perante a justiça do Trabalho” (art. 101). No Decreto n. 6596, de 12.12.1940 (regulamento da Justiça do Trabalho) a regra era repetida com especificação: “Não havendo disposição especial em contrário, qualquer reclamação perante a Justiça do Trabalho prescreve em dois anos, contados da data do ato ou fato que lhe der origem” (art. 227).

Seguindo o processo legiferente de regras relacionadas às relações de trabalho, foi editado o Decreto-lei n. 5452, de 01.05.1943, a

---

<sup>540</sup> Art. 17. Toda reclamação relativa a não concessão de férias deverá ser dirigida á autoridade competente, pelo interessado ou pelo sindicato a que estiver associado, dentro de um ano após o termino do prazo estabelecido no art. 5º, sob pena de prescrição.

Art. 5º As férias serão sempre gosadas no decurso dos doze meses seguintes á data em que ás mesmas o empregado fizer jus, não se permitindo, em hipotese alguma, a acumulação de periodos de férias.

<sup>541</sup> Art. 17. A reclamação relativa à não concessão de férias deverá ser dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 20, pelo interessado ou pelo sindicato a que estiver associado, dentro de um ano após o término do prazo estabelecido no art. 6º sob pena de prescrição.

Art. 6º. As férias serão sempre gozadas no decurso dos doze meses seguintes à data em que as mesmas tiver o empregado feito jús, não se permitindo, em hipótese alguma, a acumulação de período de férias.

<sup>542</sup> Art. 17. O direito à indenização criada nesta Lei prescreve em um ano, a contar da data da despedida.

consolidação das leis do trabalho (CLT),<sup>543</sup> trazendo as seguintes disposições em seu texto original:

- “Não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido” (art. 11, alterado pela Lei n. 9658, de 05.06.1998, adaptando-o ao texto da Constituição de 1988, e afirmando a não aplicação do prazo para ações tendo “por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social” – obrigação de fazer cumulada ou não com ação declaratória – e pela Lei n. 13.467, de 13.07.2017, trazendo inovações abaixo descritas);
- “Prescreve em 2 (dois) anos a ação para reaver a diferença, contados, para cada pagamento, da data em que o mesmo tenha sido efetuado” (art. 119, sobre salário mínimo);
- “O direito de reclamar a concessão das férias prescreve em dois anos, contados da data em que findar a época em que deviam ser gozadas” (art. 143, *caput* – regra transposta pelo Decreto-lei n. 1535, de 13.04.1977, para o art. 149: “A prescrição do direito de reclamar a concessão das férias ou o pagamento da respectiva remuneração é contada do término do prazo mencionado no art. 134 ou, se for o caso, da cessação do contrato de trabalho”);

---

<sup>543</sup> Foram expressamente excluídos desta regulamentação, exceto em temas pontuais, os empregados domésticos e rurais (art. 7º), que, quanto à prescrição, seguiam sujeitos aos prazos previstos no código civil.

- “Contra os menores de 18 (dezoito) anos não corre nenhum prazo de prescrição” (art. 440).
- “Os prazos de prescrição fixados pela presente Consolidação começarão a correr da data da vigência desta, quando menores do que os previstos pela legislação anterior” (art. 916).

Aquelas regras que, aparentemente, se afastam do biênio então marcado pelo art. 11 e contidas, por exemplo, nos arts. 119 (salário mínimo) e na redação original do 143 (férias) fixam prazo idêntico, apenas com particularidades em relação ao início do prazo, mas sempre coerente com a idéia de que se inicia a partir do momento em que o direito *poderia ser exercido* e seu titular permanece inativo.

A redação do artigo 11 evidentemente não foi muito refletida, pois nunca houve disposição em contrário dentro da CLT; os prazos menores que nela previstos, são (ou eram, pois alguma já foram revogados) prazos de *decadência* (ou *preclusivos*) e, não, de *prescrição*: são aqueles dos artigos 36 (reclamação por falta de anotação da CTPS),<sup>544</sup> 143, §1º (prazo para opção do abono de férias), 616, §3º, da CLT (prazo para instauração de dissídio coletivo, para que não ocorra *vacatio*), 662, §3º (impugnação à posse de juiz classista),<sup>545</sup> 853 (inquérito para apuração de falta grave);<sup>546-547</sup> fora da CLT há também o

<sup>544</sup> Muito embora o TST fizesse referência a esse prazo como sendo prescricional: Súmula n. 64. Prescrição (RA 52/1975, DJ 05.06.1975. Cancelada - Res. 121/2003, DJ 19.11.2003) A prescrição para reclamar contra anotação de carteira profissional, ou omissão desta, flui da data de cessação do contrato de trabalho.

<sup>545</sup> PRUNES, *Tratado*, p. 97-98.

<sup>546</sup> “O prazo extintivo será de trinta dias ou de dois anos, conforme se tenha, ou não, utilizado o empregador da faculdade de suspender o empregado (arts. 11, 494 e 853 da Consolidação)” (DÉLIO MARANHÃO, *Instituições*, p. 1529-1530, com referência a parecer de EVARISTO MORAES FILHO, na *Revista do Trabalho*, nov-dez.1952, p. 431 e 435).

<sup>547</sup> Aplica-se ao estável decenal (CLT, art. 492, 494 e 853), dirigente sindical (Súmulas ns. 197, do STF, e 379, do TST), empregado eleito para o cargo de diretor em sociedade cooperativa (Lei n. 5764/1971, art. 55), representante do Conselho Curador do Fundo de Garantia (Lei n. 8036/1990, art. 3º, §9º), representante no Conselho Nacional de Previdência Social (Lei n. 8213/1991, art. 3º, §7º), membro do Conselho deliberativo das entidades fechadas de previdência complementar (Lei complementar n. 108/2001, art. 12, *caput* e §1º), membro da Comissão de Conciliação Prévia (CLT, art. 625-B, §1º) e o empregado público estável (ADCT, art. 19, CF, art. 41, §1º, I, e Súmula n.

art. 2º, §2º, da Lei n. 4749/1965 (pedido de adiantamento da gratificação natalina), e havia o art. 1º, §4º, da Lei n. 5107, de 13.09.1966 (retratação da opção pelo FGTS).<sup>548</sup>

Com o surgimento dessas leis extravagantes, houve nova dúvida sobre a incidência da regra prevista na CLT ou no código civil, prevalecendo a primeira posição.<sup>549-550</sup>

O TST chegou a admitir, até 16.04.2004, que normas convencionais estipulassem prazo, decadencial, para que a empregada gestante comprovasse a sua condição a fim de assegurar a garantia prevista no art. 10, II, b, do ADCT,<sup>551</sup> quando, curvando-se ao posicionamento do STF,<sup>552</sup> conferiu nova redação à OJ n. 88, da SDI-1, posteriormente incorporada à Súmula n. 244, I. Atualmente, portanto, entende-se inadmissível tal estipulação.

A Lei n. 5107, de 13.09.1966 (que instituiu o regime do fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS), em seu art. 20, para a cobrança dos valores devidos ao fundo, fazia referência às regras aplicáveis às contribuições devidas à Previdência Social (Lei n. 3807, de 26.08.1960), que estabelecia prescrição no prazo de trinta anos (art.

---

390, do TST). CATHARINO (*Prescrição*, p. 214) menciona haver autores franceses que tratam a aquisição de estabilidade sob a perspectiva de direito real, de modo que o prazo decenal seria de *usucapião*.

<sup>548</sup> RUSSOMANO, *A prescrição no direito do trabalho*, p. 201; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 47, p. 489; LORENZETTI, *A prescrição*, p. 229-230; JORGE NETO *et al*, *A decadência e a prescrição*, p. 21; CATHARINO, *Prescrição*, p. 214.

<sup>549</sup> MOZART VICTOR RUSSOMANO (*Comentários*, v. 1, p. 52) se alinhou à posição que foi ao fim vencida, defendendo que o art. 11 somente se aplicava aos direitos previstos na CLT, e os prazos do código civil aos demais.

<sup>550</sup> HOMERO BATISTA, *Curso*, v. 1, p. 287; CATHARINO, *Prescrição*, p. 219.

<sup>551</sup> TST, SDI-1, OJ n. 88. Gestante. Estabilidade provisória. (Inserida em 28.04.97) O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT). A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.

<sup>552</sup> "Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. 2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite" (STF, RE n. 234186, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 05.06.2001).

144), regra reafirmada pelo art. 2º, §9º, da Lei n. 6830, de 22.09.1980;<sup>553</sup> art. 209, do Decreto n. 89.312, de 1984;<sup>554</sup> art. 21, 4º, da Lei n. 7839, de 1989;<sup>555</sup> e 23, §5º, da Lei n. 8036, de 11.05.1990<sup>556</sup> – mas o STF, posteriormente,<sup>557</sup> afirmou aplicar-se os prazos do art. 7º, XXIX, da CF.<sup>558</sup>

Em 02.03.1963 foi editada a Lei n. 4214, de 02.03.1963, o estatuto do trabalhador rural, fixado prazo prescricional de dois anos, tendo como termo inicial o fim da relação contratual (art. 175), regra mantida no estatuto que o substituiu (Lei n. 5889, de 08.06.1973, art. 10).

Na Constituição de 1988, enquanto foi mantida a regra até então vigente para os trabalhadores rurais, houve inovação substancial em relação aos urbanos, passando a prever o curso de dois prazos: um prescricional, aumentado para cinco anos, e outro de dois anos cujo termo inicial se daria apenas com a extinção do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX).<sup>559</sup> Os prazos especiais previstos na própria CLT e leis extravagantes não foram recepcionados pela regra da nova Constituição.

<sup>553</sup> Lei de execuções fiscais – LEF, fazendo referência à Lei n. 3807, pois havia controvérsia sobre a observância do prazo de cinco anos previsto no art. 174, do código tributário nacional (Lei n. 5172, de 25.10.1966).

<sup>554</sup> Consolidação das leis de previdência social – CLPS.

<sup>555</sup> Nova lei do FGTS.

<sup>556</sup> Regulamentação do FGTS hoje vigente.

<sup>557</sup> RE n. 522897, rel. min. GILMAR MENDES, j. 16.03.2017.

<sup>558</sup> Muito embora o *caput* do art. 7º, da CF, afirme que os direitos ali elencados constituem patamar mínimo, o que em relação aos prazos previstos no referido inciso levaria a afirmar que a lei infraconstitucional não poderia fixar prazos mais curtos, o Tribunal, por maioria, revendo farta jurisprudência anterior em sentido contrário (RE n. 100249, rel. desig. min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 02.12.1987; RE n. 134328, rel. min. ILMAR GALVÃO, j. 02.02.1993; AI-AgR n. 468526, rel. min. ELLEN GRACIE, j. 29.11.2005; AI-ED n. 357580, rel. min. JOAQUIM BARBOSA, j. 22.11.2005; AI-AgR n. 378222, rel. min. GILMAR MENDES, j. 01.10.2002) declarou a inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc*, do art. 23, §5º, da Lei n. 8036/1990 e do art. 55 do Decreto n. 99.684/1990, de modo a alcançar apenas os processos ajuizados posteriormente à decisão, criando ainda tratamento diverso para pretensões contemporâneas a depender da data de eventual ajuizamento de reclamação.

<sup>559</sup> Na linha do posicionamento jurisprudencial adotado na Itália (v. item 3.3, *supra*), SOUTO MAIOR & VALDETE SEVERO (*A garantia, passim*) argumentam ser inviável o curso do prazo prescricional na vigência do contrato enquanto não regulamentada a regra do art. 7º, I, da CF, mas há decisão expressa na própria CF que não pode ser ignorada, sobretudo porque essa possibilidade – de o curso do contrato ser condição impeditiva do início do prazo – estava presente no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos (art. 343, XVII: “vedação de prescrição no curso da relação de emprego”), foi debatida e rejeitada na Assembleia Constituinte (PAMPLONA & FERNANDEZ, *Tratado*, p. 98).

Os prazos do art. 7º, XXIX, da CF, se aplicam a todas as pretensões em todas relações: para cumprimento de normas coletivas, domésticos,<sup>560</sup> avulsos, pequenos artífices, ações dos empregadores, execução de título extrajudicial, i.e., “sempre que houver a relação de trabalho como causa remota da pretensão”.<sup>561</sup>

A Emenda Constitucional n. 28, de 25.05.2000, igualou trabalhadores rurais e urbanos, estendendo àqueles a regra aplicável a estes, pondo fim de vez à hipótese de impedimento do curso do prazo prescricional na vigência do contrato de trabalho.

Além das ordenações filipinas também era previsto o início do prazo apenas após o fim do contrato no código comercial (art. 448, um ano), e nos estatutos do empregado rural (Leis ns. 4214, de 02.03.1963<sup>562</sup> e 5889, de 08.06.1973<sup>563</sup>), e no código do trabalho português vigente ainda é assim.<sup>564</sup> Mas a prática vem mostrando que a maioria dos contratos de trabalho levados ao Judiciário têm duração inferior a cinco anos, reduzindo o impacto da discussão.

A vinculação do prazo bienal ao término da relação contratual criou dificuldade para a aplicação em algumas situações, sobretudo em relação às lesões pré e pós contratuais e àquelas que muito embora o ato ilícito tenha ocorrido durante a relação contratual a lesão somente se manifesta tempos depois de extinta (sobretudo, mas não só, doenças do trabalho).

---

<sup>560</sup> Muito embora o referido inciso não conste no rol do parágrafo único, que lista os direitos dos empregados domésticos, nem mesmo após a edição da Emenda Constitucional n. 72, de 2013. Contrariamente, defendendo que referido prazo não se aplica aos domésticos (por expressa exclusão do art. 7º, a, da CLT, e falta de previsão no art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal), aplicando-se-lhes o prazo de dois anos previsto no art. 101, do Decreto-lei n. 1237, de 02.05.1939, que nunca foi expressamente revogado: PAMPLONA Fº., *Prescrição*, p. 69-70.

<sup>561</sup> HOMERO BATISTA, *Curso*, v. 1, p. 296.

<sup>562</sup> Art. 175. A prescrição dos direitos assegurados por esta lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho. Parágrafo único. Contra o menor de dezesseis anos não corre qualquer prescrição.

<sup>563</sup> Art. 10. A prescrição dos direitos assegurados por esta Lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho. Parágrafo único. Contra o menor de dezoito anos não corre qualquer prescrição.

<sup>564</sup> Art. 337, 1. O crédito de empregador ou de trabalhador emergente de contrato de trabalho, da sua violação ou cessação prescreve decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho.

Quanto às hipóteses de doença relacionada às condições de trabalho, há consenso de que o curso do prazo somente se inicia com a identificação ou consolidação da lesão.<sup>565-566</sup> Em relação às demais hipóteses o termo inicial seria o próprio ato ilícito extemporâneo à relação contratual, seja ele anterior ou posterior.

Mas qual prazo?

Nas relações de trabalho não subordinado – p. ex., os representantes comerciais (Lei n. 4886/1965, art. 44, p.ú.) – aplicam-se os prazos da lei comum.<sup>567</sup>

Mas nas demandas vinculadas a relação de trabalho, mesmo que finda ou ainda não iniciada (ou mesmo que frustrada), deve ser observado o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Por outro lado, não se tratando de pretensão nascida no curso da relação contratual não há sentido em se aplicar o prazo bienal previsto na parte final do referido dispositivo, vez que este tem seu disparo vinculado ao termo final do contrato de trabalho. Assim, conclui-se incidir, apenas, o prazo quinquenal, contado, conforme o caso, do ato ilícito ou, quando não for contemporânea, da sua manifestação.<sup>568</sup>

Mas a práxis trabalhista encontra dificuldade em deixar de aplicar o prazo bienal – expressando uma tendência recorrente de

---

<sup>565</sup> Súmulas ns. 230, do STF (“A prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade”), e 278, do STJ (“Termo Inicial. Prazo Prescricional. Ação de Indenização. Incapacidade Laboral. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”). Na doutrina, por todos, HOMERO BATISTA, *Curso*, v. 1, p. 299.

<sup>566</sup> No direito francês há regra legal fixando como termo inicial do prazo a manifestação do dano (data de conhecimento do dano pela vítima) ou de seu agravamento – art. 2270-1, do *code civil* (MAZEAUD & CHABAS, *Leçons*, p. 1206).

<sup>567</sup> ZANGRANDO, *Curso*, p. 1371-1372.

<sup>568</sup> Há decisão do TST utilizando raciocínio semelhante: No caso de morte do empregado, quando a parcela tem por fundamento não o contrato de trabalho, mas o falecimento do ex-empregado, este é o termo inicial do prazo quinquenal, pois o bienal “aplica-se à hipótese em que a parcela pleiteada tem por fundamento a extinção do contrato de trabalho”: TST, 3ª T., RR n. 997/02.018.02.85.2, rel. min. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, j. 10.10.2007.

em caso de dúvida optar pelo prazo mais curto –, levando a conclusões que geram absoluta perplexidade, como aplicar ao trabalhador avulso a contagem do prazo bienal para cada engajamento (apesar de se reconhecer se tratar de modo de trabalho totalmente diverso do contrato de trabalho urbano ou rural),<sup>569</sup> o que na prática exclui a incidência do prazo quinquenal.<sup>570</sup>

O novo código civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002), reformulou significativamente a regulamentação dos prazos, adotando (ao menos tentativamente) critério pragmático para distinguir os prazos prescricionais dos decadenciais: seriam prescricionais aqueles previstos nos arts. 205 e 206, e decadenciais todos os demais. O prazo geral de prescrição foi significativamente reduzido (dez anos, art. 205) e sua incidência bastante restrita,<sup>571</sup> e fixado em cinco anos o prazo da “pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato” (art. 206, §5º, II).

A Lei n. 13.467, de 13.07.2018, alterou o art. 11, da CLT, que foi atualizado com a redação atual do art. 7º, XXIX, da CF, mantida a regra de imprescritibilidade do §1º (anotações para fins de prova junto

<sup>569</sup> Por todos: TST, 7ª Turma, RR n. 1367/2004-030-12-00, rel. min. CAPUTO BASTOS, j. 03.12.2008.

<sup>570</sup> Há posição intermediária, defendendo a prescrição do avulso é de cinco anos enquanto houver vínculo com o OGMO ou sindicato, e de dois anos após isso (ZANGRANDO, *Curso*, p. 1363), mas ainda assim há significativa ampliação do significado de “extinção do contrato de trabalho” contido no art. 7º, XXIX, parte final, da Constituição Federal, e consagrada na Lei n. 12.815, de 05.06.2013, art. 37, §4º (“As ações relativas aos créditos decorrentes da relação de trabalho avulso prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra”).

<sup>571</sup> As hipóteses dos §§ do art. 205 e a legislação extravagante são bastante exaustivas – a jurisprudência relaciona as seguintes hipóteses: ação de adjudicação compulsória; ação de cobrança do empréstimo, após a prescrição do cheque; ação de ressarcimento decorrente da venda a non domino; ação de cobrança de despesas condominiais extraordinárias; ação de indenização por inadimplemento do contrato; ação de adimplemento ruim; ação de sonegação de juros e correção monetária de caderneta de poupança; ação sobre falta de documentação de importação; ação de retrocessão; ação de desapropriação indireta; ação de reparação de danos por prejuízos de defeitos graves de mudas para plantio; ação de anulação de partilha por exclusão de herdeiro; ação de sonegados; ação de estranho prejudicado pelo inventário e partilha; ação de proteção ao nome comercial e à marca; ação de indenização pelo uso indevido de marca; ação de petição de herança; ação de prestação de contas; ação de nulidade de partilha ofensiva de fideicomisso; ação de resolução de doação; ação de revogação de doação; ação de proteção à própria imagem; ação cominatória de desocupação de passeio público; ação de evicção; ação de retrocessão; ação de nulidade absoluta de partilha de separação consensual ou de divórcio, etc.

à Previdência), inserindo-se os §§2º (sobre prescrição total) e 3º (sobre interrupção pelo ajuizamento de ação, incorporando a Súmula n. 268, do TST),<sup>572</sup> o art. 855-E (hipótese de suspensão do prazo durante o curso de processo de homologação de acordo extrajudicial), o art. 11-A (prescrição intercorrente), e o art. 611-B, XXI, da CLT (reforçando a indisponibilidade dos prazos prescricionais).

## 5.2 Premissas teóricas

Feita a distinção entre prescrição e usucapião no código civil de 1916, restava ainda a necessidade de apurar a definição de *decadência*, referida em apenas quinze artigos da codificação, sendo dois deles sobre a perda do pátrio poder (arts. 178, §6º, IV, e 406, II) e outros fazendo referência à caducidade<sup>573</sup> da doação (art. 314, parágrafo único), de títulos (art. 1509, parágrafo único), do testamento, legado, ou fideicomisso (arts. 1575, 1658, 1662, 1708, *caput* e II, 1714, parágrafo único, 1735, 1738, e 1748), do direito (arts. 1143, §1º, e 1153), ou da ação (art. 1531).

A doutrina ao longo do século 20 muito debateu sobre a distinção entre as duas figuras, restando a maior relevância da controvérsia – centrada geralmente sobre incidir cada uma delas sobre o direito ou sobre a ação – sobre a não incidência das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas previstas nos arts. 168 a 176 sobre os prazos de natureza decadencial.

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, que nem mesmo via diferença entre usucapião e prescrição, afirmava que esta se dirigia contra a ação, impossibilitando o seu exercício, enquanto que a

<sup>572</sup> Apesar da redação do dispositivo (“A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista ...”), não se excluem aquelas previstas no art. 202, do CC/2002 (HOMERO BATISTA, *Comentários*, p. 32).

<sup>573</sup> Geralmente sem referência a prazos, como veremos melhor mais adiante.

decadência extinguiria direito e ação.<sup>574</sup> BRENNO FISCHER afirmava que prescrição extinguia a ação, e que direito sem ação prescreve.<sup>575</sup> Para CAMPOS BATALHA *et al*, a prescrição seria perda do direito, enquanto que a caducidade impediria a aquisição de um direito pelo transcurso inútil do tempo, ou, a limitação temporal de exercício da pretensão.<sup>576</sup> CAIO MÁRIO afirmava que a prescrição acarretava a perda do direito subjetivo.<sup>577</sup> RIPERT que, extinta a ação, permanece o vínculo obrigacional – agora obrigação natural e não mais obrigação legal –, passível de ser desfeito pela execução voluntária, e criticava os que entendiam haver mera paralisação, e que somente o adimplemento levaria à sua extinção, argumentando que haveria, então, injustificadamente, um liame legal eterno, concluindo que, sendo a ação mero aspecto do direito subjetivo – “*l’action n’est que le droit en exercice*” – , extinta aquela, extingue-se este.<sup>578</sup> BEVILAQUA definia a prescrição ora como a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva,<sup>579</sup> ora como perda da eficácia da ação, implicando a extinção da obrigação.<sup>580</sup> MANUEL DE ANDRADE,<sup>581</sup> diz que com o decurso do prazo prescricional o direito subjetivo perde a sua *exercitabilidade*. CÂMARA LEAL<sup>582</sup> e ROCHA GUIMARÃES<sup>583</sup> afirmavam que a prescrição, preservando o direito subjetivo, extinguiria o direito de ação (*ação processual*).<sup>584</sup>

---

<sup>574</sup> *Doutrina e pratica*, p. 658-662.

<sup>575</sup> *A prescrição*, v. I, t. I, p. 23 e 111-112.

<sup>576</sup> *Prescrição*, p. 21.

<sup>577</sup> *Instituições*, v. I, n. 121.

<sup>578</sup> *La règle morale*, p. 367.

<sup>579</sup> *Theoria geral*, p. 370.

<sup>580</sup> *Obrigações*, p. 142.

<sup>581</sup> *Teoria geral*, p. 440-441.

<sup>582</sup> *Da prescrição*, p. 26.

<sup>583</sup> *Prescrição*, *passim*.

<sup>584</sup> Essa posição os opõe frontalmente a CHIOVENDA, para quem o direito de ação (processual) é um direito potestativo, e implica também negar a sua abstração e autonomia em face do direito subjetivo, no que vão contra a doutrina processual construída desde BERNHARD WINDSCHEID (*Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856) e OSKAR VON BÜLOW (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozess-Voraussetzungen*, 1868), valendo destacar o seu desenvolvimento dado nas obras do próprio GIUSEPPE CHIOVENDA (*Principii di diritto processuale civile*, 1934-1937), EDUARDO J. COUTURE (*Fundamentos del derecho procesal civil*, 1942), e F. C. PONTES DE MIRANDA (sobretudo no *Tratado das ações*, 1970).

Enfim, não havia consenso útil a se extrair das posições doutrinárias.

A indefinição era tão grande a ponto de na redação do código de defesa do consumidor (Lei n. 8078, de 11.09.1990), em relação ao prazo decadencial lá previsto (art. 26), foi deliberadamente evitada a utilização dos termos *impedimento* ou *suspensão*, optando-se pela expressão “obstam a decadência” (§2º).

O código civil vigente se propôs a superar essa insegurança, utilizando um critério pragmático: seriam prescricionais os prazos assim expressamente denominados na parte geral, e decadenciais os demais. Mas ainda que isso resolvesse a questão internamente no código civil – e, como veremos mais adiante, não o fez –, ainda resta a indefinição nos demais textos legislativos.<sup>585</sup>

Qual seria, então, a distinção entre esses dois institutos?

Primeiramente é preciso identificar o que caracteriza um e outro, e o que são aspectos meramente acidentais, podendo ou não estar presentes.

São características acidentais a existência ou não de causas de interrupção ou suspensão dos prazos, apreciação de ofício, possibilidade de renúncia, que podem ou não estar previstos na regra legal, conclusão confirmada ao se verificar, p.ex., a regra do código de defesa do consumidor acima citada, bem como aquela contida no art.

---

<sup>585</sup> “Sobre o termo ‘pretensão’, peço-lhes um pouco de atenção. Há aspectos técnicos – e com isto respondo a V.Exa. – que no Código atual estão inegavelmente superados. Por exemplo, o Código não distingue entre ‘pretensão’ e ‘ação’, nem entre ‘prescrição’ e ‘caducidade’. O Código diz: ‘prescreve a ação’. E vem aquela lista enorme e indiscriminada de atos de prescrição e de caducidade, que tem dado lugar a decisões as mais conflitantes. Obedecendo à nova técnica de Teoria Geral do Direito, estabelecemos a seguinte distinção: caducidade diz respeito ao direito; prescrição diz respeito à pretensão. Já não usamos mais a palavra ‘ação’. O atual Código Civil diz que prescreve a ação do médico para cobrar seus honorários em tantos anos. Dizemos: prescreve a pretensão do médico. Não é ação, porque a ação é uma categoria do Direito Público Processual, não sujeita, como tal, a prazos de prescrição fixados pela lei civil.” (MIGUEL REALE, in: MENCK, *Código civil brasileiro no debate parlamentar*, p. 101).

208, do código civil de 2002, prevendo não haver curso dos prazos decadenciais em face do incapaz.<sup>586</sup> Assim, haverá suspensão (ou impedimento) ou interrupção do prazo da prescrição ou da decadência sempre que a lei assim determinar.

A verdadeira diferenciação entre uma e outra deve ser identificada, então, no objeto de incidência da regra jurídica. Mas sobre qual é o objeto de cada uma a divergência é longa e antiga, e envolve as figuras que vêm sendo analisadas ao longo de todo este trabalho, sobretudo *ação*, *pretensão*, e também *direito subjetivo*.

Boa parte do dissenso decorre precisamente da conceituação da *ação*, e muito se debateu sem se perceber que estava sendo utilizado o mesmo termo para tratar de coisas distintas.

A linguagem cotidiana acaba atribuindo uma série de significados ao vocábulo *ação*, e é possível identicar três acepções técnicas: a primeira, equivalente à *actio* romana, corresponde ao direito material violado (daí falar-se em “ter ação contra o autor do dano”, ou mesmo em “ação regressiva”).<sup>587</sup>

A segunda, especialmente desenhada por COUTURE,<sup>588</sup> possui natureza abstrata e incondicionada, desconectada do direito material, e representa o direito, constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), de provocar a jurisdição – é a *pretensão à tutela jurídica* exercível em face do Estado a que se refere PONTES DE MIRANDA.<sup>589</sup>

<sup>586</sup> Neste sentido: EURICO DE SANTI, *Decadência e prescrição*, n. 3.

<sup>587</sup> A ação é o direito de se perseguir em juízo aquilo que a si é devido, dizia PUBLIUS IUVENTIVUS CELSUS – “*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*” (D. 44, 7, 51). “É um poder concreto de obter a tutela requerida, enquanto fundado sobre a existência da correspondente situação subjetiva” (PUGLIESE *apud* RICARDO BRASILEIRO, *O objeto*, p. 54). Note-se, porém, que PUGLIESE entendia a *Anspruch* de WINDSCHEID como expressão sinônima à *actio* de SAVIGNY (cf. MOREIRA ALVES, *A parte geral*, p. 157).

<sup>588</sup> *Fundamentos*, p. 30 e *passim*.

<sup>589</sup> *Tratado das ações*, t. I, *passim*.

Por fim, há a ‘ação processual’, o efetivo exercício do direito abstrato de agir, sobre a qual incidem as regras atinentes aos elementos e condições da ação.<sup>590-591</sup>

Uma coisa, então, é a ação de direito material, que pressupõe a existência de direito ao qual se liga; outra coisa é a “ação” de direito processual, o remédio jurídico criado para a tutela dos direitos, desmembramento do direito de petição aos órgãos públicos, e meio pelo qual a ação (*actio*) é exercida, direito abstrato e autônomo, sendo-lhe indiferente a existência ou não do direito discutido – a *res in iudicium deducta*, ou *res de qua agitur* – para que seja plenamente realizado.

Assim, a *teoria do direito abstrato de agir* trata da ação processual, enquanto que a do *direito concreto*, da ação material – “Não se trata de teorias contrastantes. Elas se referem a fenômenos diversos, embora igualmente chamados de ação”.<sup>592</sup>

É nesse sentido material que podemos afirmar que a *ação* pressupõe a existência do *direito subjetivo* e da *pretensão* – mas há ação sem pretensão<sup>593</sup> –, pois a toda *pretensão* corresponde uma *ação* que o assegura, como era afirmado no art. 75, do CC/1916, “e a toda lesão de direito subjetivo ficará aberta a via judiciária”.<sup>594</sup> Ela não se

---

<sup>590</sup> PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (*Breves notas*, p. 2) vai além e lista os usos técnicos e informais do termo na área jurídica: ação como direito à jurisdição, ou de acesso à justiça: exercer o direito de ação; ação como relação jurídica processual: extinguir a ação; ação como procedimento: suspender a ação; ação como autos do processo: arquivamento da ação de execução, em razão do trânsito em julgado dos embargos; ação como pedido: valor da ação; ação como remédio jurídico processual: ação de atentado; ação de direito material: ação de indenização.

<sup>591</sup> Por todos, DIDIER JR., *Curso*, v. 1, p. 157-158.

<sup>592</sup> TESHEINER, *Ação e direito subjetivo*, p. 297.

<sup>593</sup> São ações preventivas: interdito proibitório (arts. 567-568, do CPC/2015, e 932-933, do CPC/1973), mandado de segurança preventivo (art. 1º, §3º, da Lei n. 12016/2009), *habeas corpus preventivo* (art. 5º, LXVIII, da CF), tutela inibitória (art. 5º, XXXV, da CF). Não basta o temor subjetivo para autorizar o socorro à tutela preventiva; deve haver *causa*, i.e., ameaça objetiva e atual (cf. BARBI, *Comentários*, p. 23-24), tal como preceitua o art. 1210, do CC (“O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”).

<sup>594</sup> LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade e relação*, p. 200.

identifica com o dever do sujeito passivo; enquanto o direito subjetivo tende à prestação, fazendo surgir a pretensão e a ação, esta supõe a transgressão da norma, tendendo, não à prestação, mas a efeito jurídico específico.<sup>595</sup> Assim, a ação “vige em função da lesão ao direito, seja a lesão efetiva, seja a ameaça de lesão, que é uma forma de se manifestar”.<sup>596-597</sup>

A ação surgirá, em razão da pretensão, ou do direito mesmo, quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular *age* ou quando, tratando-se de pretensões que vêm sendo satisfeitas por atos positivos ou negativos, ocorre interrupção dessa conduta duradoura. Enquanto não houver essa violação, não há ação; se ela deixou de existir, estando satisfeita a ação, não há mais ação.<sup>598-599</sup>

Assim, enquanto o direito nasce do fato que o gera,<sup>600</sup> a ação nasce da violação por ele sofrida, de modo que, “enquanto nenhuma perturbação sofre o direito, nenhuma ação existe que possa ser posta em atividade pelo seu titular”.<sup>601</sup>

Outrossim, a *ação*, posto que freqüentemente o seja, não se limita ao ingresso em juízo (por meio da “ação” remédio jurídico processual), sendo exercitável de diversos modos;<sup>602</sup> ela representa uma

<sup>595</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, p. 122.

<sup>596</sup> A ação é elemento externo ao direito subjetivo, que “pode nascer, viver e extinguir-se sem que a sua negação proporcione ao titular a invocação da coercibilidade” (CAIO MÁRIO, *Instituições*, v. I, p. 29).

<sup>597</sup> CAIO MÁRIO, *Instituições*, v. I, p. 29-30.

<sup>598</sup> A afirmação de que há ações sem pretensão não é pacífica. Outros autores preferem solução diversa, afirmando haver “direitos que já nascem com pretensão e prescindem de qualquer violação para se mostrarem, desde logo, exigíveis. O proprietário tem o poder de exigir que outrem abstenha-se de lesar a sua propriedade - por exemplo, que alguém ocupe a sua casa. Efetivada, nada obstante, tal ocupação, ou seja, violado o direito de propriedade, surge outra pretensão - a pretensão à restituição da coisa” (ARAKEN DE ASSIS, *Fluência*, p. 607).

<sup>599</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 5, p. 481-482.

<sup>600</sup> Todo direito tem duas fontes: a lei, que o reconhece em tese, e o fato que lhe dá nascimento. Uma vez adquirido pela verificação do fato, a que a lei atribui o efeito de gerá-lo, o direito entra para o poder de seu titular como faculdade de agir (*facultas agendi*), podendo, então, ser exercido de acordo com as limitações legais (CÂMARA LEAL, *Da prescrição*, p. 34-35).

<sup>601</sup> CÂMARA LEAL, *Da prescrição*, p. 35, que, porém, confunde ação e remédio jurídico.

<sup>602</sup> Exemplos de autotutela no ordenamento brasileiro são o direito de retenção (arts. 578, 644, 1219, 1433, II, e 1434, do CC), o desforço imediato (art. 1210, §1º, do CC), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (art. 1283, do CC), a auto-executoriedade das decisões administrativas, sob

“faculdade de obrar em geral, que é um dos sentidos da palavra latina *actio*”.<sup>603</sup> A ação não se confunde com a pretensão à tutela jurídica.<sup>604</sup>

*“A coerção jurídica nem sempre é judicial. Há, por exemplo, a compensação, que é jurídica, e não é, de regra, judicial: nela, é evidente o fato de auto-satisfação do credor. Há a excepcional defesa própria (e. g., Código Civil, art. 502 [art. 188, do CC/2002]), que em verdade é anterior, historicamente, à execução forçada, e o exercício da coerção física que o Código Civil excepcionalmente permite”.*<sup>605-606</sup>

No Estado de Direito, a violência privada, a justiça de mão própria, é substituída pela petição à autoridade, que constitui um poder jurídico do indivíduo, único meio idôneo para se obter a prestação da jurisdição. Esse direito (ou poder) de requerer perante a autoridade, “a fim de que esta atue diante de um caso concreto”,<sup>607</sup> vem

---

certo aspecto, o poder de efetuar prisões em flagrante (art. 301, do CPP), os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (arts. 24, 25, do CP; arts. 188, 929 e 930, do CC), autotutela de urgência em face do inadimplemento de obrigações de fazer e de não fazer (parágrafos únicos dos arts. 249 e 251, do CC), desconto no salário de danos causados pelo empregado (art. 462, §1º, da CLT), compensar adiantamento de gratificação natalina com outro crédito trabalhista, caso, na rescisão contratual, apurar-se que o valor devido é inferior ao pago (art. 3º, da Lei n. 4749, de 12.08.1965), exclusão de sócio remisso da sociedade limitada (art. 1058, do CC), exclusão de sócio por justa causa (art. 1085, do CC). ADALBERTO MARTINS (*Manual*, p. 21-22) aponta, ainda, o penhor legal (art. 1467, do CC), greve (art. 9º, da CF, e Lei n. 7783/1989), poder disciplinar do empregador – cita ainda o *lock-out* (art. 722, da CLT, e art. 17, da Lei n. 7783/1989) como hipótese de autotutela expressamente vedada, e afirma que a autotutela (vedada fora das hipóteses expressamente autorizadas – art. 345, do CP) não se confunde com as excludentes de ilicitude (art. 23, do CP – estado de necessidade, legítima defesa e em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito).

<sup>603</sup> ROCHA GUIMARÃES, *Prescrição*, p. 30.

<sup>604</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 5, p. 478.

<sup>605</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 5, p. 478.

<sup>606</sup> “A ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, *exijo-o*; porém ainda não *ajo* contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, *ajo* condenatòriamente, *condeno* e *executo*. Os dois atos só são hoje permitidos onde a lei especialmente os permite. A ação, depois que a justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandato e da execução; essas, tornadas funções exclusivas do Estado, são objeto de prestação (jurisdicional), quando os titulares de ações, não mais podendo tutelar os seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão à tutela jurídica contra o Estado. Exercem-na, para que a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação, chegue ao que colima. Por isso mesmo, os juristas que confundiram e ainda confundem a *actio* e a pretensão à tutela jurídica (que é sempre de direito público), não só desatendem aos antecedentes históricos, como à sistemática do direito. A ação *é*, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Essa diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da *res in iudicium deducta*. A ação não é ‘direito à proteção judicial’” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 5, p. 460).

<sup>607</sup> CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, *Teoria geral*, p. 249.

garantido na maioria das constituições democráticas modernas – em nossa vem previsto no art. 5º, XXXIV, ‘a’ e XXXV. Tal direito não pode ser recusado a ninguém.<sup>608</sup> A esse poder a doutrina processual moderna costuma atribuir o nome de *ação* (no sentido processual, por suposto).<sup>609</sup>

Destarte, os remédios jurídicos processuais – ‘*ações*’ *processuais* – têm por característica ser *universais* – por serem possivelmente utilizadas por todos, o que é atenuado pela possibilidade de a lei exigir pressupostos de legitimação ativa e passiva; *abstratas* – pois independem das ações que tenham, ou não, seus exercentes; e *indeterminadas* quanto ao seu objeto.<sup>610</sup> O remédio “é direito subjetivo contra um Estado, – o que estabelece o remédio, o Estado do foro”.<sup>611</sup>

Da ação distingue-se a pretensão, que é apenas potência de agir – “Se o titular do direito pretende, e o sujeito passivo cumpre o dever respectivo, torna-se inútil qualquer agir ulterior”.<sup>612</sup>

A ação e a pretensão apartam-se da pretensão à tutela jurídica, de que o Estado tutele o direito que lhe é apresentado; “exercida ela, tem o Estado de fazer a prestação jurisdicional. É pré-

<sup>608</sup> COUTURE, *Fundamentos*, p. 45; LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade e relação*, p. 201.

<sup>609</sup> Essa ‘ação’, remédio jurídico processual, é o meio instrumental, que o direito põe a serviço de pessoas que estejam em determinadas situações, “para que, com o uso dele, possam suscitar a decisão, a prestação jurisdicional” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, p. 138-139). Há, contudo, diversas disposições no código de processo civil (tanto o de 2015 quanto o de 1973, que agasalhou mais diretamente a teoria de ENRICO TULLIO LIEBMAN, de que só haveria exercício de jurisdição quando preenchidas as ‘condições da ação’, pois a ação, tendo por conteúdo o julgamento do pedido, englobaria as hipóteses em que o pedido for julgado procedente ou improcedente – segue da premissa posta por FRANCESCO CARNELUTTI de que a ação é o direito subjetivo público de obter uma sentença sobre a *lide* – conflito de interesses qualificado pela pretensão de um interessado, a que se opõe outro interessado – deduzida no processo) referentes a *ação* no sentido de *ação de direito material*: ação de prestação de contas (arts. 914/1973, e 550/2015), ação possessória (arts. 920/1973, e 554/2015), ação de nunciação de obra nova (art. 934/1973), ação de consignação em pagamento (art. 890/1973, e 539/2015), ação de depósito (art. 901/1973), ... - “Ora, se a ação é um direito contra o Estado, para julgamento do mérito, ela não é de ‘consignação’, ou de ‘depósito’, ou ‘possessória’” (BARBI, *Comentários*, p. 14-15). “(...) não fosse por força do direito material, em função do que se estaria a ordenar ou executar?” (MITIDIERO, *Polêmica*, p. 289).

<sup>610</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, p. 58.

<sup>611</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, p. 136.

<sup>612</sup> ARAKEN DE ASSIS, *Fluência*, p. 605.

processual. Processual é a pretensão que nasce daquele exercício. O Estado está obrigado a prestar a decisão”.<sup>613-614</sup>

*Pretensão – o Anspruch dos alemães – é a posição subjetiva de poder exigir de outrem uma prestação positiva ou negativa,*<sup>615-616</sup> de modo que é equívoco dizer-se que é o poder de reagir contra a violação do direito (CC, art. 189),<sup>617</sup> como fez nosso legislador, ao tomar como sinônimas as expressões *pretensão* e *ação*, com fundamento na doutrina de PUGLIESE, conforme relata MOREIRA ALVES;<sup>618-</sup>  
<sup>619</sup> “violável é a pretensão, nascendo a ação”.<sup>620</sup>

Temos, então, três conceitos distintos: *pretensão à tutela jurídica*, que é conceito pré-processual, pré-excluída pela falta de interesse de agir, eliminável pela desaparecimento desse interesse, atribuída tanto a quem tem a pretensão de direito material quanto ao obrigado, e que engloba a procura de resolução do litígio (*Urteilanspruch*), pretensão à resolução judicial, a pretensão à resolução não-judicial, e a execução; *pretensão processual*, a que se entregue a prestação prometida; *pretensão objeto do pedido*, que é a pretensão de direito material, *merita causae, res in iudicium deducta*.<sup>621-622</sup>

<sup>613</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória*, p. 49; LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade e relação*, p. 202.

<sup>614</sup> “(...) a ninguém parece lícito equiparar a ação correspondente à pretensão à tutela jurídica, e que origina a relação processual, às pretensões e ações (de direito material) porventura deduzidas no processo, formando-lhe o respectivo mérito... Foi mérito incontestado da processualística alemã (...) diferenciar a *Anspruch* do §194 do BGB da *prozessuale Anspruch* ou mérito” (ARAKEN DE ASSIS, *Fluência*, p. 605).

<sup>615</sup> BGB, §194 *Gegenstand der Verjährung*: (1) *Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung* [Objeto da prescrição: (1) O direito de exigir de outrem um agir ou omitir-se (pretensão) está sujeito à prescrição].

<sup>616</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. 5, p. 451; ARAKEN DE ASSIS, *Fluência*, p. 605.

<sup>617</sup> CC/2002, art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

<sup>618</sup> Em TEPEDINO *et alii* (*Código civil*, p. 350-351), fala-se de pretensão que prescinde da violação – que representaria um direito de não ter o direito violado – e em pretensão à reparação do direito violado, sendo que somente sobre esta última incidiria a prescrição. O leitor atento perceberá a equivalência às categorias *pretensão* e *ação*, tal como vêm sendo explanadas neste trabalho.

<sup>619</sup> *A parte geral*, p. 157.

<sup>620</sup> MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Plano da eficácia*, p. 181.

<sup>621</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, p. 57-58.

<sup>622</sup> “Todas essas categorias jurídicas: direito, pretensão, direito de ação, direito de petição (processo), nada mais são do que o próprio direito em sua realização, em sua atuação concreta para se realizar, que é a finalidade intrínseca decorrente da sua própria razão de ser” (ROCHA GUIMARÃES, *Prescrição*, p. 25).

Assim é que TEIXEIRA DE FREITAS<sup>623</sup> já alertava que a ação (*actio*) não deve ser confundida com o “meio ou forma do processo” – “o direito, a acção, a forma da acção, são tres factos, que a analyse distingue”. Se o direito e a ação estão intimamente ligados, o mesmo não ocorre com o processo; se a ação pressupõe o direito, o processo nada pressupõe.

A ‘ação processual’ pode, então, ser classificada com base no conteúdo das decisões, partindo-se da premissa de que todos os atos decisórios (tanto as sentenças como as decisões interlocutórias) são dotados de eficácias variadas, decorrentes do seu conteúdo: a) *declarativa*, declarando sobre a existência ou eficácia de relação jurídica material, ou sobre a autenticidade de documento; b) *constitutiva*, declarando sobre a validade de relação jurídica material, de modo a alterá-la; c) *mandamental*, determinando o cumprimento imediato do provimento jurisdicional, independentemente de ação (ou “fase”) de execução; d) *condenatória*, declarando sobre a existência, validade ou eficácia de fato jurídico material e aplicando sanção executória; e) *executiva*, satisfazendo a pretensão do credor, pondo na esfera jurídica do demandante a prestação jurisdicional, à custa do que se deixa com sinal negativo na esfera jurídica do demandado.<sup>624</sup> Ressalte-se que a eficácia predominante da sentença nem sempre será contemporânea com a própria sentença; nem sempre a característica da sentença está na eficácia que ela produz, que às vezes será só confirmativa.<sup>625</sup> Assim, o fato de os efeitos da sentença terem sido

---

<sup>623</sup> *Consolidação*, p. XCI.

<sup>624</sup> ARAÚJO CINTRA *et alii*, *Teoria geral*, p. 303; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, p. 142, 197-211, e *Comentários ao código de processo civil*, t. I, p. 180.

<sup>625</sup> As decisões acautelatórias e antecipatórias dos efeitos da tutela, sobretudo aquelas proferidas com fundamento nos arts. 497 e 498, do CPC/2015 (461 e 461-A, do CPC/1973), e 84, do CDC, vêm sendo, em geral, classificadas pela doutrina contemporânea como “executivas *lato sensu*”, pois são exequíveis no curso do próprio processo de conhecimento (DIDIER JR., *Curso*, v. 1, p. 181-183).

antecipados, em nada altera a sua força, e, via de consequência, sua classificação.<sup>626</sup>

PONTES DE MIRANDA<sup>627</sup> define a prescrição como a exceção,<sup>628</sup> que alguém tem contra o que não exerceu a sua *pretensão* ou *ação*, durante certo tempo fixado por regra jurídica, tolhendo a eficácia das pretensões e ações:

*“Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrando a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade. Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina”.*

Assim, afirma PONTES DE MIRANDA,<sup>629</sup> que quando se diz que um direito está prescrito emprega-se elipse reprovável, porque em verdade se quis dizer que “o direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava, ou teve prescritas todas as pretensões (ou ações) que dele se irradiavam”. Em nenhuma dessas hipóteses se elimina quer a pretensão, quer a ação, e menos ainda, o direito.

A CLT (art. 11) fala em prescrição do “direito de pleitear a reparação” (em sua redação original), do “direito de ação” (na redação dada pela Lei n. 9658, de 05.06.1998, espelhando o texto da art. 7º, XXIX, da Constituição Federal), e da “pretensão” (na redação atual, por influência do art. 189, do código civil).

---

<sup>626</sup> PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, t. I, p. 142.

<sup>627</sup> *Tratado de direito privado*, t. 6, §662; no mesmo sentido: MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Plano da eficácia*, p. 181.

<sup>628</sup> *Exceção*, é direito do sujeito passivo da relação jurídica que se opõe a direito, pretensão ou ação do sujeito ativo, encobrido-lhe os efeitos, vez que a sentença que a acolhe suspende a eficácia (ex.: *exceptio non adimpleti contractus*) ou extingue o direito, pretensão ou ação (ex.: prescrição), cf. MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Plano da eficácia*, p. 184.

<sup>629</sup> *Tratado de direito privado*, t. 6, p. 103.

O código civil de 1916 falava em “prescrição da ação” (arts. 177 e 178), no que foi parcialmente alterado, afirmando o código vigente (tal como o art. 27, do código de defesa do consumidor) que a prescrição extingue a pretensão – art. 189, do código civil.

Obsevando a correlação do conteúdo eficaz das relações jurídicas,<sup>630</sup> e de acordo com literal disposição da lei, a prescrição seria causa de *extinção da pretensão* (art. 189, do código civil), e, portanto, também da obrigação,<sup>631</sup> implicando, ainda, a extinção da ação, preservando-se, contudo, o direito/dever, de modo que o pagamento da dívida prescrita não enseja repetição (art. 882, do código civil).

Contudo, o mesmo código civil lista como causas de extinção da obrigação (arts. 304-388) o pagamento, a novação, a compensação, a confusão, e a remissão, excluindo, portanto, a prescrição, de modo que o advento do termo final do prazo prescricional, por si só, não extingue a dívida, o que só ocorre com o adimplemento ou uma das outras causas legais referidas.<sup>632</sup>

Já POTHIER<sup>633</sup> afirmava que, como as demais exceções, a prescrição não extingue o crédito, mas o torna ineficaz, “tornando o credor inadmissível para intentar a ação que dele nasce”,<sup>634</sup> impedindo,

---

<sup>630</sup> Direito/dever (àquele corresponde este, que tem por objeto a prestação), pretensão/obrigação (aquela o “grau de exigibilidade do direito”, e esta “grau de submissão ao adimplemento”), ação/sujeição (“grau de impositividade do direito”) (MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Plano da eficácia*, p. 179-183; BEVILAQUA, *Obrigações*, p. 12; PAULO LÔBO, *Obrigações*, p. 27-30).

<sup>631</sup> Inexigível a obrigação (“dever de prestar ou observar determinado comportamento”), também o é a responsabilidade (“responsabilidade do patrimônio do devedor como garantia pelo inadimplemento, ou seja, de um estado de submissão de um ou mais coisas”) – PAULO LÔBO (*Obrigações*, p. 27-30).

<sup>632</sup> PAULO LÔBO, *Obrigações*, p. 107.

<sup>633</sup> *Obrigações*, p. 606.

<sup>634</sup> Note-se que a obra de POTHIER foi publicada originariamente em 1761, anterior, portanto, ao desenvolvimento do conceito de *pretensão* (*Anspruch*) levado a cabo por WINDSCHEID quase um século depois na obra *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (1856).

inclusive a oposição do crédito em compensação (art. 369, do código civil).<sup>635-636</sup>

A prescrição é *causa de retirada*, não da pretensão (ou da ação), pois não lhe nega nem ataca em qualquer de seus planos, mas *da sua eficácia* – retira-se a sua exigibilidade, *encobre-lhe a eficácia*, não havendo que se falar, portanto, em sua *extinção*.

O autor não perde o poder de exigir; e tanto é assim, que a prescrição, sendo *exceção*, poderá ser renunciada, nunca previamente (art. 191, do código civil), pela parte beneficiada quando se tratar de direito disponível. O titular do direito deixa de ter a pretensão condenatória, isto é, apaga-se o poder de exigir a prestação, permanecendo o débito e, por consequência, o poder do credor de reter aquilo que lhe foi pago – a conduta não deixa de existir, e o agente ainda é responsável. “A eficácia que desaparece é a eficácia dinâmica, ativa, de poder exigir o pagamento em juízo”.<sup>637</sup>

A prescrição ocorre quando o seu suporte fático se compõe, estando presentes: a *possibilidade* da pretensão ou ação (não é necessário que *exista* a pretensão ou ação, razão pois o que não é devedor, mas é apontado como tal, pode alegar a prescrição);<sup>638</sup> a prescritibilidade da pretensão ou da ação; e o transcurso do prazo prescricional, sem interrupção, e sem o exercício pelo titular da

<sup>635</sup> BEVILAQUA, *Obrigações*, p. 132.

<sup>636</sup> Observe-se, contudo, que a compensação pode ser oposta se, antes de consumada a prescrição, foram implementados os requisitos legais, de modo que a posterior prescrição não lhe obsta (POTHIER, *Obrigações*, p. 607; LORENZETTI, *A prescrição*, p. 285), regra que consta expressamente no §390, do BGB: **Keine Aufrechnung mit einredebehafteter Forderung**. Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden [Não cabe compensação entre dívidas inexigíveis. A alegação de uma exceção não pode ser excluída].

<sup>637</sup> ROCHA GUIMARÃES, *Prescrição*, p. 27.

<sup>638</sup> “O que não é devedor pode alegar a prescrição; e a decisão, que acolhe a alegação, não faz coisa julgada quanto à existência da dívida. Para isso, seria de mister que a sentença contivesse julgamento da parte do mérito concernente a existência da dívida, seguindo-se-lhe o da prescrição. É vício lamentável pensar-se em exceção de prescrição somente a favor do que é devedor. A regra jurídica protege os que não são devedores, os que não no são mais, e os que o são” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 6, §665).

pretensão ou da ação.<sup>639</sup> Trata-se, portanto, de ato-fato jurídico, pois, dependente da (in)ação humana, é-lhe indiferente a vontade – pouco importa se o credor quis ou não, ou se a inação foi culposa ou não.

Também em relação à decadência há uma certa confusão doutrinária, muito embora em grau menor.<sup>640</sup>

Assim, se a princípio a todo direito corresponde uma obrigação, há direitos em que a faculdade de agir do titular não se relaciona a uma prestação de outrem – são os denominados *direitos potestativos*, que acarretam a sujeição do terceiro, caracterizados pela possibilidade de criação de nova situação jurídica, pela manifestação unilateral de vontade do titular de um direito, influem sobre situações jurídicas preexistentes (direitos, pretensões, ações e exceções), mudando-as, extinguindo-as ou criando novas mediante uma atividade própria unilateral.<sup>641</sup>

Assim, enquanto os *direitos absolutos*<sup>642</sup> são suscetíveis de lesão por qualquer um, vez que o seu objeto pode ser subtraído do titular, e nos *direitos relativos*<sup>643</sup> pode haver descumprimento pelo devedor, nos direitos potestativos a lesão não é nem mesmo concebível, porque o exercício deles é totalmente independente da vontade de quem a ele deve se sujeitar.

---

<sup>639</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 6, §665.

<sup>640</sup> Prevalece, p.ex., que a decadência atua sobre o próprio direito, muito embora haja algumas poucas vezes divergentes colocando como seu objeto a ação: NAZO, *A decadência*, p. 22, nota 15.

<sup>641</sup> ROCHA GUIMARÃES, *Prescrição*, p. 68-69; AGNELO AMORIM F.º, *Critério científico*, p. 728; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 5, p. 242-244.

<sup>642</sup> Aqueles oponíveis contra todos – “sujeitos passivos totais” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 5, p. 232; CHAMOUN, *Instituições*, p. 115).

<sup>643</sup> Referentes a “relações jurídicas com pessoas determinadas que são as únicas que podem violar os direitos resultantes” (CHAMOUN, *Instituições*, p. 115).

A *caducidade* ocorre quando algo deixa de gerar efeitos jurídicos,<sup>644</sup> decorrendo de um *ato-fato* (decorso do tempo, podendo o ato ser praticado uma única vez,<sup>645</sup> se exaurir o direito, ou diversas vezes<sup>646</sup> desde que dentro daquele prazo pré-fixado) ou *ato volitivo* (ato positivo, lícito<sup>647</sup> ou ilícito,<sup>648</sup> sendo que neste último caso geralmente implicará uma consequência negativa para o detentor do direito).

A caducidade em razão do decurso do tempo (a *decadência* ou *preclusão*<sup>649</sup>) é apenas um modo seu de ser, e não o único.<sup>650</sup>

Extingue-se o direito, bem como pretensões, ações e exceções que dele decorram,<sup>651</sup> e, portanto, as obrigações correspectivas, de modo que o seu cumprimento é indevido, dando ensejo a eventual repetição, inclusive.<sup>652</sup>

A estabilidade decenal (art. 492, da CLT, já há muito esvaziado, mas esquecido na limpeza feita pela reforma) era, sob a

---

<sup>644</sup> Nesse sentido é que o Código do Trabalho de Portugal se refere à caducidade do contrato de trabalho (art. 343º. O contrato de trabalho caduca nos termos gerais, nomeadamente: a) Verificando-se o seu termo; b) Por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber; c) Com a reforma do trabalhador, por velhice ou invalidez.).

<sup>645</sup> Prazo para início da exploração pelo empregador do objeto da patente de invenção ou modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviços (art. 91, §3º, da Lei n. 9279, de 14.05.1996, Lei da Propriedade Industrial).

<sup>646</sup> P.ex., dentro do prazo legal, podem ser ajuizados quantos mandados de segurança se mostrarem necessários, sem que haja exaurimento do direito com a interposição do primeiro.

<sup>647</sup> P.ex., a denúncia unilateral de um contrato, como no pedido de demissão do empregado, ou dispensa por parte do empregador.

<sup>648</sup> P.ex., as hipóteses de perda do poder familiar previstas no art. 1638, do código civil, ou aquelas arroladas nos arts. 482 e 483, da CLT, que resultam na rescisão contratual por justa causa.

<sup>649</sup> É conhecida a crítica ao termo: PONTES DE MIRANDA prefere *preclusão* a *decadência*, entendendo que o termo técnico é *prazo preclusivo* (*Präklusivfrist*), pois “o direito cai, não decai” (*Tratado de direito privado*, t. 6, §668), isto é, não há perda gradual de substância, mas fim abrupto uma vez implementadas as condições legais.

<sup>650</sup> No código civil de 1916 o termo *caducar* era utilizado, via de regra, como exprimindo a extinção do direito, independente de prazo (arts. 1509, parágrafo único, 11, 118, 1585, 1712, 1718, 1749, 1658, 1662, 1708, III a V, 1735, 1748, 1708, I a V, 1709, 1583, 1712), mas no art. 1153 (direito de preferência, também previsto no art. 25, §1º, da Lei n. 10.257, de 10.07.2001, o Estatuto da cidade) há referência a prazo temporal.

<sup>651</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 6, p. 135.

<sup>652</sup> MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Plano da existência*, p. 134-135 e 247-248.

perspectiva do empregador forma de caducidade do direito de dispensa imotivada pelo simples decurso do tempo.<sup>653</sup>

O exercício do direito disciplinar (incluindo aí a dispensa por justa causa, advertências e suspensões, e, por outro lado, a rescisão por justa causa do empregador), com exceção da hipótese prevista no art. 853, da CLT, não tem prazo legal fixado, de modo que o decurso do tempo não implicaria a caducidade do direito da parte. Contudo, não se admitindo a eternização da situação de insegurança, se o direito não for exercido em tempo razoável (imediatidade entre causa e exercício do direito), considera-se ter havido perdão tácito ao ofensor.<sup>654-655</sup>

É bastante conhecida a tentativa de AGNELO AMORIM F.<sup>o</sup>, em artigo publicado pela primeira vez em 1960,<sup>656</sup> de sistematização das hipóteses de incidência da prescrição e da decadência. O autor, partindo da classificação ternária das ações de CHIOVENDA, definiu que: as **ações declaratórias** não estão sujeitas a qualquer tipo de restrição temporal<sup>657</sup> – i.e., não prescrevem nem caducam;<sup>658</sup> as **ações**

<sup>653</sup> HOMERO BATISTA, *Aquilo que não nos contaram*, p. 213.

<sup>654</sup> Trata-se de aplicação da figura conhecida como *supressio*, concreção do princípio da boa-fé objetiva: “Descompasso entre o não-uso de um direito subjetivo ou de uma faculdade, durante certo tempo, em vista de uma relação negocial”; o não uso cria na contraparte “a confiança na estabilidade da situação” (JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé*, p. 647). Sua aplicação já foi acolhida pela jurisprudência: “A *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa” (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1202514, rel. min. NANCY ANDRIGHI, j. 21.06.2011). A *supressio* não se aplica quando houve previsão de prazo prescricional ou decadencial para o caso, ante o seu caráter subsidiário (PAMPLONA & FERNANDEZ, *Tratado*, p. 28-29).

<sup>655</sup> HOMERO BATISTA, *Aquilo que não nos contaram*, p. 215.

<sup>656</sup> *Critério científico*, p. 725-750.

<sup>657</sup> Assim, era inaceitável o entendimento esposado na Súmula n. 64, do TST (“A prescrição para reclamar contra anotação de carteira profissional, ou omissão desta, flui da data de cessação do contrato de trabalho”), surpreendentemente chancelada pelo STF (“Agravo regimental. - O Enunciado 64 do TST não entra em choque com o disposto no artigo 7º, XXIX, da Constituição, o qual estabelece que, com relação a trabalhador urbano, o prazo prescricional é de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato. E não entra em choque, porque não impede que, em favor do trabalhador, para que este não corra o risco de ser despedido, só se considere que a prescrição, para a anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social, não flua durante a vigência de tal contrato, mas apenas comece a correr a partir de sua cessação. Agravo a que se nega provimento” STF, AgRgAl n. 193559, rel. min. MOREIRA ALVES, j. 03.06.1997), visto tratar-se, evidentemente, de ação declaratória, cuja natureza não é alterada pelo mero lançar as informações em CTPS, tendo sido bem vindo o seu cancelamento (Res. 121/2003, DJ 19.11.2003), em consonância com o §1º, do art. 11, da CLT, introduzido pela Lei n. 9658/1998.

<sup>658</sup> Deve-se ressaltar o entendimento de que, prescrita a pretensão ou ação, ou caduco o direito potestativo ao qual é ligado o objeto da ação meramente declaratória, faltaria *interesse de agir* ao demandante – mas aí não se fala em restrição em razão do decurso de tempo, mas sim da falta de utilidade/necessidade da prestação jurisdicional.

**constitutivas**, que estão sempre ligadas ao exercício de um *direito potestativo*, não são sujeitas a restrição temporal, salvo quando prazo decadencial lhe houver sido atribuído; as **ações condenatórias** estão sempre sujeitas à limitação temporal, salvo quando a lei a disser imprescritível, como o faz, p.ex., o art. 37, §5º, da Constituição Federal – no silêncio da lei, aplica-se a regra geral.

Eventual prazo decadencial para o manejo do instrumento processual<sup>659</sup> em nada prejudica esta classificação – a prescrição se refere ao objeto da ação (pretensão de direito material), enquanto a decadência ao direito de ação, *rectius*, direito à prestação jurisdicional:<sup>660</sup> pretensão, na verdade direito potestativo, à tutela jurisdicional.

Mas a definição é claramente incompleta. A uma porque refere-se apenas a ações e, como já exposto, prescrevem ações e pretensões.<sup>661</sup> A duas porque parte da superada classificação proposta por CHIOVENDA nos *Principii di diritto processuale civile* (1934-1937), que leva em conta apenas três tipos de ações, e não incorporou os refinamentos posteriores, com a identificação como categorias autônomas das ações **mandamentais e executivas**.<sup>662</sup>

---

<sup>659</sup> P.ex., arts. 495 (THEOTÔNIO NEGRÃO *et al*, *Código de processo civil*, nota 4 ao art. 495, do CPC; MARINONI *et al*, *Código de processo civil*, nota 1 ao art. 495; NERY JR. *et al*, *Código de processo civil*, nota 1 ao art. 495, do CPC), 924, e 1029, parágrafo único (THEOTÔNIO NEGRÃO *et al*, *Código de processo civil*, nota 4a ao art. 1029, do CPC; MARINONI *et al*, *Código de processo civil*, nota 3 ao art. 1029, do CPC; NERY JR. *et al*, *Código de processo civil*, nota ao art. 1020, do CPC), do código de processo civil de 1973, repetidos nos arts. 975, 558, 657, parágrafo único, do código de 2015, respectivamente; art. 23, da Lei n. 12.016/2009, assim como, antes dela, o art. 18, da Lei n. 1533/1951 (NERY JR. *et al*, *Código de processo civil*, nota 3 ao art. 18, da Lei n. 1533); art. 853, da CLT.

<sup>660</sup> Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Direito subjetivo*, *passim*.

<sup>661</sup> “Quanto à ‘ação’, no sentido de remédio jurídico, não prescreve, – preclui” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 6, p. 103).

<sup>662</sup> A autonomia das ações mandamentais foi identificada por GEORG KUTTNER (*Die Urteilwirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 1914) e a das executivas pode ser atribuída ao próprio PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao código de processo civil de 1939, 1947, e Tratado das ações, 1970-1974*), cf. CLÓVIS DO COUTO E SILVA (*A teoria das ações*, p. 253 e 255-256).

Seguindo a classificação quinária acima exposta, as pretensões e ações **executivas**<sup>663</sup> e as **mandamentais**, poderão, de acordo com as características secundárias de cada pretensão/ação (efeito imediato ou mediato, na terminologia de PONTES DE MIRANDA) ser enquadradas junto com as **condenatórias** (quando for mais relevante a busca de uma prestação do demandado), casos em que serão sujeitas a prazos prescricionais,<sup>664</sup> ou com as **constitutivas** (quando for preponderante a modificação de uma relação jurídica material), casos em que poderão se sujeitar a prazos decadenciais, se houver previsão em lei.<sup>665-666</sup>

Imprescritíveis são as *exceções*, faculdade ou poder de opor uma defesa à pretensão de outrem, que subsiste enquanto permanece a *actio* do titular da pretensão, uma vez que a utilização da *exceptio* não está, em regra, na dependência da exclusiva iniciativa do seu titular, mantendo-se na dependência do exercício da ação por parte do adversário.<sup>667</sup> A exceção, propriamente dita, é direito e visa a encobrir a eficácia da pretensão que contrapõe, “pode extinguir-se, — não prescreve”.<sup>668</sup> Nesse sentido é que CÂMARA LEAL afirma que quando o réu é demandado, e tem contra o autor “um direito que não pode ser

<sup>663</sup> Quanto às ações executivas, em relação aos títulos executivos extrajudiciais, o prazo de exercício da pretensão pode ser estabelecido em lei especial, sempre prescricional por se tratar de cobrança, encobrindo-se “a eficácia da pretensão e a eficácia da ação executivas, sem atingimento do direito de crédito à sua base” (p.ex., Lei n. 5474, de 18.07.1968, art. 18 – duplicatas – na redação original falava em prescrição da cobrança, e na redação da Lei n. 6458, de 01.11.1977, em pretensão à execução), “enquanto não encobertas as correspondentes pretensões e ações de direito material condenatórias pela prescrição” (VILSON ALVES, *Da prescrição*, p. 121-122). Outros prazos: Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Convenções de Genebra de 07.06.1930, promulgada pelo Decreto n. 57.663, de 24.01.1966), arts. 70 e 77; Lei uniforme em matéria de cheques (Convenções de Genebra de 19.03.1931 promulgada pelo Decreto n. 57.595, de 04.01.1966), art. 52. Se o prazo da ação condenatória for mais curto, este prevalece (VILSON ALVES, *Da prescrição*, p. 123). Nas ações executivas lato sensu (fora daquelas listadas no CPC como títulos executivos judiciais ou extrajudiciais também se aplica prazo de prescrição – prazo geral do art. 205, do CC, se não houver regra especial (VILSON ALVES, *Da prescrição*, p. 125).

<sup>664</sup> P.ex., a ação de responsabilidade por avarias grossas, regulamentada pelo código comercial (art. 764, 765, 783, e 786, da Lei n. 556, de 25.06.1850), que permaneceu vigente até a entrada em vigor do código de processo civil de 2015, cf. art. 1218, do código de 1973, e art. 1046, §3º, do código de 2015.

<sup>665</sup> P.ex., ação para alterar o próprio nome – prazo de um ano após atingir a maioridade –, e ação para retificação de registro público – sem prazo fixado (Lei n. 6015, de 31.12.1973, Lei dos registros públicos, arts. 56 e 109-112, respectivamente). Também era a ação de posse em nome de nascituro, em que o direito e ação extinguíam-se com o parto (arts. 877-878, do código de processo civil de 1973, sem correspondência no código vigente).

<sup>666</sup> VILSON ALVES, *Da prescrição*, p. 115.

<sup>667</sup> CAIO MÁRIO, *Instituições*, v. I, p. 439.

<sup>668</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. 6, §667.

pleiteado por via de ação, mas somente oponível por meio de exceção, essa exceção é imprescritível, podendo ser, em qualquer tempo, alegada, desde que a ação seja proposta”. Diversamente, quando o réu poderia ter feito valer o direito que tem em face do autor por meio de ação, e não o fez, com a prescrição da ação prescreve também a exceção, “em virtude da extinção do direito que ela teria por fim fazer conhecer”<sup>669</sup> – é este o sentido do art. 190, do código civil.

O legislador pátrio, porém, quando da elaboração do código civil de 2002, parece ter preferido a proposta de CÂMARA LEAL, que não se distancia muito da de AGNELO AMORIM F.º, mas com o demérito de depender excessivamente do exame empírico do caso concreto, pois não trabalha com a categoria de *direitos potestativos*, dificultando uma identificação *a priori* da situação:

“É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição”.<sup>670</sup>

Seguindo a concatenação de idéias que vindo sendo feita, por *prescrição*, em sua concepção corrente, entende-se a perda da *eficácia* de determinada *pretensão*, ou *pretensão* e *ação* de direito

---

<sup>669</sup> Da *prescrição*, p. 50-60; também: BEVILAQUA, *Theoria geral*, p. 398.

<sup>670</sup> Da *prescrição*, p. 124.

material, pela inércia do titular do *direito subjetivo* por prolongado lapso temporal.

Já a *decadência* é a extinção do próprio direito, em razão da inércia de seu titular, “quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e êste se esgotou sem que êsse exercício se tivesse verificado”<sup>671</sup> – assim é que a doutrina alemã se refere à ‘temporalidade do direito’ (*Rechtstemporalität*). Tal como os prazos preclusivos em geral, extingue, com seu transcurso, o direito de que se irradia a pretensão constitutiva, ou de que se irradiam a pretensão e ação de direito material constitutivas.<sup>672</sup>

Assim, em conclusão, o que aparta uma figura da outra é o objeto de atuação da regra jurídica: uma (decadência) afeta o próprio direito, e a outra (prescrição) seus efeitos.<sup>673</sup>

### 5.3 Hipóteses em que a “prescrição” não é prescrição

Como decorrência esperada da confusão terminológica que reina sobre os conceitos prévios, a doutrina é divergente quanto a diversos aspectos da *prescrição* e da *decadência*, partindo do campo de incidência até os seus efeitos.

Para dificultar ainda mais a atuação do intérprete, não é rara a má-utilização de um termo pelo outro na própria legislação.

A antiguidade e penetração do termo *prescrição* na linguagem leva à sua utilização em regras jurídicas relacionadas ao

---

<sup>671</sup> CÂMARA LEAL, *Da prescrição*, p. 115.

<sup>672</sup> Cf. VILSON ALVES, *Da prescrição*, p. 724.

<sup>673</sup> EURICO DE SANTI, *Decadência e prescrição*, n. 6.

decurso do tempo, muito embora não se trate propriamente dessa figura.

Veja-se, por exemplo, o caso do código tributário nacional. Está afirmando em seu art. 156, V, que tanto a prescrição como a decadência constituem hipótese de extinção do crédito tributário, enquanto que no art. 174, por outro lado, fala-se em prescrição da ação. PAULO DE BARROS CARVALHO refere ora à extinção da obrigação, ora da ação, asseverando, contudo, a permanência do direito subjetivo.<sup>674</sup> Essa, contudo, não é a leitura feita pelo Superior Tribunal de Justiça, afirmando que o pagamento de dívida tributária prescrita enseja repetição,<sup>675</sup> pois não há mera inexigibilidade mas sim extinção do crédito,<sup>676</sup> igualando, na legislação tributária, aquilo que é chamado de prescrição àquilo que é chamado de decadência.<sup>677</sup>

A falta de criatividade para nomear os institutos relacionados ao tempo não é exclusividade da prescrição e encontra paralelo, p.ex., na *licença maternidade*, termo utilizado para nomear diversas licenças semelhantes mas bastante distintas.<sup>678</sup>

---

<sup>674</sup> *Curso*, p. 507-508.

<sup>675</sup> STJ, 2ª Turma, REsp n. 646328, rel. min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 04.06.2009 (citando HUGO DE BRITO MACHADO); STJ, 1ª Turma, REsp n. 1004747, rel. min. LUIZ FUX, j. 06.05.2008; STJ, 1ª Turma, REsp n. 636495, rel. min. DENISE ARRUDA, j. 26.06.2007 (citando SACHA CALMON NAVARRO COELHO e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS).

<sup>676</sup> THEODORO JR., *A exceção de prescrição*, p. 85, nota 45.

<sup>677</sup> EURICO DE SANTI distingue uma da outra afirmando que a decadência extingue o direito e a prescrição extingue a ação, mas se permanecesse o direito, não caberia a repetição do valor pago depois de já consumada a prescrição: "(...) direito extingue direito, produzindo novo direito. Ao aplicar a regra de decadência, o sistema jurídico extingue o direito de constituir o ato administrativo de lançamento tributário, o direito ao crédito ou o direito de pleitear administrativamente o débito do fisco. Ao aplicar a regra de prescrição, extingue o direito à ação executiva fiscal, à ação de repetição do débito do Fisco ou ao crédito" (*Decadência e prescrição*, n. 1).

<sup>678</sup> Cf. postagem de HOMERO BAPTISTA DA SILVA do dia 27.11.2017, em [https://www.instagram.com/p/Bb\\_f2MdBrla/](https://www.instagram.com/p/Bb_f2MdBrla/), consultada em 11.09.2018, onde cita as hipóteses de licença-maternidade "própria" (art. 392, da CLT, art. 71, da Lei n. 8213, de 24.07.1991, e art. 1º, I, da Lei n. 11.770, de 09.09.2008), licença para a/o adotante (arts. 392-A e 392-C, da CLT, e art. 71-A, da Lei n. 8213), licença para o/a cônjuge/companheiro(a) supersiste em caso de falecimento da mãe, natural ou adotante, ou pai (arts. 392-B e 392-C, da CLT, e art. 71-B, da Lei n. 8213), licença da gestante ou lactante que trabalha em local insalubre (art. 394-A, §3º, da CLT), e licença para a mulher que sofreu aborto não-criminoso (art. 395, da CLT).

Vê-se, assim, a importância de se ir além de respostas aparentemente fáceis e investigar, sistematicamente, do que trata cada regra jurídica.

É o que será feito nas páginas seguintes em relação a algumas figuras frequentemente utilizadas no direito do trabalho como se prescrição fossem, mas que, em verdade, não o são.

### **5.3.1. O prazo para cobrança de honorários sucumbenciais em face da parte beneficiária da assistência judiciária**

A Lei n. 1060, de 05.02.1950 (Lei da Assistência Judiciária) previa, no art. 12, a inexigibilidade das custas do processo em face da parte beneficiária da assistência judiciária, salvo se demonstrado, dentro do prazo de cinco anos, que poderia “fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, findos os quais a obrigação estaria prescrita.

Tal dispositivo foi revogado pela Lei n. 13.105, de 16.03.2015, que introduziu o vigente código de processo civil, passando a dispor que “as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade”, e somente serão cobradas se, dentro de cinco anos a contar do trânsito em julgado do título executivo, for demonstrada a alteração nas suas condições econômicas. Findo o prazo, a nova lei afirma que a obrigação estará, não mais prescrita, mas sim extinta (art. 98, §3º).

A chamada “reforma trabalhista” (Lei n. 13.467, de 13.07.2017) introduziu dispositivo quase idêntico na CLT (art. 791-A, §4º, da CLT), mas com prazo reduzido para dois anos ao invés de cinco.

Vê-se que a nova regulamentação é essencialmente igual à anterior, mas não mais utiliza o termo “prescrição da obrigação” – o que já era de questionado apuro técnico –, e tanto no código de processo civil quanto na CLT a referência é à extinção da obrigação.

Note-se, ainda, a previsão, na CLT (no próprio §4º) de possibilidade de cobrança dos honorários devidos pela parte através de créditos existentes em outro processo. Ainda que a princípio a regra pareça ser aplicável apenas em relação ao reclamante/trabalhador, a lei não faz essa restrição (e também a pessoa jurídica poderá ser beneficiada pela assistência judiciária, cf. art. 790, §4º, da CLT, e art. 98, caput, do código de processo civil), de modo que poderá ser aplicada também em relação a créditos do advogado do reclamante quando o devedor tiver créditos em outro processo, inclusive não-trabalhista.

Pois bem. A dúvida que deve ser esclarecida é se, havendo contemporaneidade do nascimento dos créditos, mesmo após o decurso do prazo previsto na lei (dois anos, conforme a redação da CLT), será possível a cobrança através de créditos do devedor obtidos em outro processo.

Já houve hipótese semelhante. O alvará real de 09.05.1810, assinado pelo regente JOÃO DE BRAGANÇA (rei JOÃO 6º a partir de 20.03.1816), considerou “antigas” todas as dívidas contraídas pela coroa antes do fim de 1797 e que todas essas que não tivessem o respectivo título apresentado em três anos a contar da data do alvará estariam prescritas, “e sem acção os Credores para as pedirem jámais, como se não tivessem sido contrahidas, ou estivessem totalmente pagas” – hipótese de extinção da própria obrigação e não mera prescrição.

Os honorários de sucumbência devidos não decorrem de relação contratual estabelecida entre as partes, e os encargos processuais detêm natureza diversa – ainda que o crédito da verba honorária seja particular – que justificam o tratamento diferenciado (não há suspensão de exigibilidade de nenhum outro tipo de crédito em razão de estado de hipossuficiência econômica do devedor, mas no máximo restrições quanto aos bens que podem ser expropriados), e a não incidência de prazo propriamente prescricional.

Assim, dentro do lapso fixado em lei, o credor deve *demonstrar* nos autos que não mais subsiste a situação de insuficiência de recursos do devedor,<sup>679</sup> sob pena de extinção de seu direito de crédito (i.e., caducidade do direito), nada mais havendo a ser cobrado, ainda que o devedor, beneficiário da assistência judiciária, tenha obtido créditos em outro processo antes da consumação do prazo – eventual pagamento após a extinção do direito ensejaria, inclusive a repetição do valor, por lhe faltar causa.

### 5.3.2. Prescrição da execução e prescrição intercorrente

Já foi afirmado acima que também as ações e pretensões executivas se sujeitam a prazos prescricionais, e que, para tanto, pouco importa se a ação executiva for veiculada através de processo autônomo ou como ação sucessiva à ação condenatória num mesmo processo.

Assim, o credor deverá iniciar a execução dentro do prazo legal para que não ocorra a prescrição. É nesse sentido que o STF, em enunciado aprovado em 13.12.1963 (confirmando sua jurisprudência de

---

<sup>679</sup> O §4º, do art. 791-A, faz menção expressa ao crédito “obtido em juízo”, expressão que deve ser tomada em conta com a situação de insuficiência financeira, de modo que o crédito obtido seja suficiente para fazer cessar a situação de hipossuficiência econômica. Ademais, questão diversa é delimitar o que seria a *obtenção do crédito em juízo*: poder-se-ia até mesmo afirmar que a sentença condenatória favorável ao devedor bastaria, ou que seria necessário o trânsito em julgado da decisão favorável, mas somente o crédito efetivamente adimplido é capaz de fazer cessar ou atenuar a situação de hipossuficiência - do contrário, há apenas expectativa de recebimento, o que não altera a situação fática do devedor.

várias décadas), ante a ausência de regra legal expressa,<sup>680</sup> afirmou que “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação” (Súmula n. 150), o que, para HOMERO BATISTA e FRANCISCO DE OLIVEIRA,<sup>681</sup> significa a observância do prazo bienal – posição com a qual discordo, conforme será adiante explanado no item 5.3.3.

O prazo para o exercício da pretensão executiva, no caso de título executivo judicial, inicia-se com o trânsito em julgado da decisão exequenda,<sup>682</sup> e interrompe-se com a citação do devedor para pagar a dívida (art. 617, do código de processo civil de 1973, e art. 802, do código de 2015).

No Decreto n. 737, no código de processo civil de 1939, ou na CLT inexistia dispositivo expresso prevendo que a citação na execução interrompera a prescrição (da ação executiva), mas a incidência de prazo prescricional no lapso entre o trânsito em julgado e o início da execução pode ser inferido a partir das disposições sobre embargos à execução: os arts. 577 e 578, do Decreto n. 737, previam dentre os argumentos admitidos em embargos a alegação de prescrição, e se já havia transitado em julgado o título executivo, somente poderia se referir a execução posterior ao trânsito – mas há julgado do STF (1ª T., RE n. 12647, rel. min. RIBEIRO DA COSTA, j. 15.12.1947), citando SÁ PEREIRA,<sup>683</sup> afirmando que o executado poderia arguir a prescrição da ação, porque “ação e execução são fases do mesmo processo”.

---

<sup>680</sup> No *code civil* do Quebec há regra expressa fixando o prazo prescricional da ação executiva: art. 2924. Le droit qui résulte d'un jugement se prescrit par 10 ans s'il n'est pas exercé [O direito que resulta de um julgamento prescreve em dez anos se ele não for exercido].

<sup>681</sup> HOMERO BATISTA, *Curso*, v. 1, p. 302) e FRANCISCO DE OLIVEIRA, *Comentários*, p. 235.

<sup>682</sup> BRENNO FISCHER, *A prescrição*, v. I, t. I. Cita STF, rel. RODRIGO OTÁVIO, j. 02.08.1929, Arq. Jud. 14/36. Do mesmo período também há outras decisões na mesma linha: STF, AP n. 11820, rel. min. CASTRO NUNES, j. 23.10.1944; STF, RE n. 7636, rel. min. LAUDO DE CAMARGO, j. 31.10.1946.

<sup>683</sup> “Não conhecendo o nosso direito positivo senão a prescrição das ações, que permite seja alegada por via de embargos na execução, é manifesto haver considerado a ação como um todo orgânico, como um processo integral, que se desdobra por momentos diversos, sendo o primeiro a citação e o derradeiro a expropriação judicial do vencido em benefício do vencedor”, *Arq. Jud.*, v. 12, p. 136

Quanto à execução de título extrajudicial havia o art. 250 com previsão semelhante), assim como os arts. 1010 e 1011, do código de processo de 1939 (com referência expressa à “prescrição superveniente à sentença exequenda”), e o art. 884, §1º, da CLT.

Coisa diversa é aquilo que veio a ser conhecido como “prescrição intercorrente”, pois tem seu curso durante o processo e não, como ocorre na prescrição da execução entre o fim de um e início de outro (ou entre as “fases” cognitiva e executiva).

A prática da prescrição intercorrente – aplicada tanto na fase de conhecimento quanto na de execução, e inicialmente sobretudo naquela – nasceu de decisões que deram aplicação limitada ao efeito interruptivo da citação inicial (previsto já nos arts. 38 e 59, do Decreto n. 737, de 25.11.1850, e no art. 166, do código de processo civil de 1939).

Assim, muito embora afirmasse o código civil de 1916 que “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper” (art. 173, regra repetida no art. 202, parágrafo único, do código de 2002), a leitura feita foi de que a cada ato processual se reiniciaria o curso do prazo prescricional. Essa leitura provavelmente tem influência da prática criminal, visto que naquela área, tanto na redação original do código penal vigente (Decreto-lei n. 2848, de 07.12.1940), quanto redação dada pela Lei n. 7209, de 11.07.1984, o art. 117 se refere expressamente a uma série de fatos processuais como causas interruptivas da prescrição penal.

Nesse sentido PONTES DE MIRANDA<sup>684</sup> afirma que, não havendo mais que se falar em perpetuação da ação (menção prevista nas ordenações filipinas, p.ex., no Livro III, Título 9, e não mais repetida a partir do Decreto n. 737), *último ato* seria o ato mais recente, diferente de *derradeiro ato* (i.e., o que põe fim ao processo, i.e., a sentença), de modo que entre cada ato do processo não poderia transcorrer o prazo prescricional; esse argumento é o mesmo utilizado por DÉLIO MARANHÃO.<sup>685</sup> No direito francês não há dúvida de que o efeito interruptivo prevalece enquanto houver processo: a interrupção é tida por não havida nos casos de desistência do processo, abandono da causa, ou improcedência do pedido (art. 2247, do *code civil*, em sua redação original, e art. 2243 após a modificação pela Lei n. 561, de 17.06.2008).<sup>686</sup>

Nem mesmo a superveniência de novas regras legais que tornavam impraticável essa leitura foi suficiente para alterar a interpretação.

O Decreto-lei n. 4597, de 19.08.1942, previa que o prazo prescricional contra a Fazenda Pública somente poderia ser interrompido uma única vez, após o que correia pela metade do tempo, isto é, dois anos e meio (art. 3º). A aplicação do entendimento acima exposto implicaria afirmar que o processo, depois de ajuizado, deveria estar finalizado, com a eventual satisfação do crédito do autor (ou ao menos prolatada a decisão final), em até trinta meses – interpretação evidentemente absurda ao se considerar os prazos médios de duração do processo, sobretudo nas ações contra a Fazenda. Contando-se os prazos do processo comum pré-2015, houvesse a interposição de recurso de apelação e especial, apenas somando-se os prazos da Fazenda para apresentar defesa e interpor recursos e respectivos prazos

<sup>684</sup> *Comentários ao código de processo civil*, t. 3, p. 233-235; *Tratado de direito privado*, t. 6, p. 237.

<sup>685</sup> *Instituições*, p. 1525-1526.

<sup>686</sup> MAZEAUD & CHABAS, *Leçons*, p. 1212.

de contrarrazões para a parte contrária, já tínhamos cinco meses (150 dias).

Ademais, o referido artigo, frequentemente utilizado para justificar a prescrição intercorrente por se referir a “prescrição no curso da lide”,<sup>687</sup> claramente se refere à lide como a totalidade do processo, incluindo as fases cognitiva e executiva, e prevê, na verdade, a possibilidade de prescrição entre essas duas fases.<sup>688</sup>

A regra de interrupção única do curso do prazo foi inserida também no código civil de 2002 (art. 202, *caput*) e traz as mesmas consequências, cabendo destacar que diversas das pretensões listadas na lei prescrevem em apenas um ano (art. 206, §1º), que seria então o prazo para finalização do processo, algo impensável na prática e cultura processuais brasileiras.

Os casos de decretação da prescrição no curso da fase de conhecimento nunca foram muito numerosos e a introdução na legislação processual de hipóteses de abandono da causa (art. 201,V, do código de processo civil de 1939; art. 267, II e III, do código de 1973; art. 485, II e III, do código de 2015), com prazos em geral mais breves do que a prescrição (trinta dias ou um ano), levou ao seu desuso, mas o mesmo não ocorreu em relação à fase de execução, onde permaneceu de aplicação frequente e, na esfera trabalhista, controvertida.<sup>689</sup>

---

<sup>687</sup> NAZO, A decadência, p. 125, p.ex..

<sup>688</sup> Eis a redação do dispositivo: “consumar-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio”.

<sup>689</sup> Apenas a título de exemplo cito contra: HOMERO BATISTA (*Comentários*, p. 34), GODINHO (*Curso*, p. 280-281); a favor (alguns com restrições): CAMPOS BATALHA (*Prescrição*, p. 38), TOSTES MALTA (*Prática*, p. 340), RODOLFO PAMPLONA Fº. (*Prescrição*, p. 35), CATHARINO (*Prescrição*, p. 221); MOZART VICTOR RUSSOMANO (*Comentários*, v. 1, p. 54, inclusive na fase de conhecimento).

Essa disputa levou à edição de súmulas com conteúdo conflitante pelo STF e TST,<sup>690</sup> e tentativas frustradas de tentar conciliá-las. O amadurecimento jurisprudencial levou à edição de leis positivando e dando contornos mais precisos ao que deve ser entendido por *prescrição intercorrente*.

A primeira regulamentação surgiu através da Lei n. 6830, de 22.09.1980, a lei de execuções fiscais – aplicável a todas as execuções fiscais, inclusive aquelas de competência da Justiça do Trabalho (art. 114, VII e VIII, da Constituição Federal)<sup>691</sup> –, prevendo em seu art. 40 que não correria o prazo prescricional (no curso da execução, portanto) quando fosse determinada a suspensão do processo “enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora”, e que após um ano os autos seriam arquivados. Mais tarde foi introduzido o §4º pela Lei n. 11.051, de 29.12.2004, dispondo que transcorrido, desde o arquivamento, o prazo prescricional (cinco anos, cf. Súmula n. 314, do STJ), a prescrição poderia ser reconhecida de ofício, após oitiva do exequente.

A previsão da Lei n. 6830 trata conjuntamente duas situações diversas: a falta de citação do executado e a não localização de bens penhoráveis. Na primeira nem mesmo houve interrupção do prazo prescricional da própria ação executiva, enquanto na segunda pressupõe-se já ter sido estabelecida a relação processual. Tratam-se de situações de fato que não guardam relação com o comportamento do credor/exequente, pressuposto causal inerente ao conceito de prescrição, evidenciando se tratar de figura distinta.

A positivação da prescrição intercorrente em relação aos executivos fiscais trouxe dúvida quanto à sua aplicação em relação aos

---

<sup>690</sup> STF, Súmula n. 327. O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente. TST, Súmula n. 114. Prescrição intercorrente. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

<sup>691</sup> HOMERO BATISTA, *Comentários*, p. 34.

demais procedimentos,<sup>692</sup> controvérsia superada, em grande parte, com o advento do código de processo civil de 2015, que transcreveu a regulamentação da lei de execução fiscal para o art. 921 (mas limitando a hipótese de suspensão à inexistência de bens penhoráveis, excluindo a não localização do devedor, de modo que enquanto não citado continuaria correndo o prazo de prescrição da execução), acrescentando no art. 924 que a prescrição intercorrente é modo de extinção da execução, listada ao lado da satisfação da obrigação, extinção da dívida, e renúncia do crédito, e deve ser declarada por sentença (art. 925).

Não foi fixado um prazo para a consumação da prescrição intercorrente, prevalecendo a posição de que deve ser observado o prazo da ação condenatória (Enunciado n. 196 do Fórum Permanente de processualistas civis).

Note-se, como já dito acima, que a prescrição intercorrente não pressupõe a inércia do exequente, mas o insucesso em localizar o executado ou bens seus penhoráveis, de modo que a suspensão do processo se dá de modo automático – i.e., independente de decisão judicial a afirmando – e somente se aceita como causa interruptiva da prescrição a efetiva citação ou penhora de bens, não

---

<sup>692</sup> **Recurso especial. Incidente de assunção de competência. Ação de execução de título extrajudicial. Prescrição intercorrente da pretensão executória. Cabimento. Termo inicial. Necessidade de prévia intimação do credor-exequente. Oitiva do credor. Inexistência. Contraditório desrespeitado. Recurso especial provido.** 1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes: 1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. 1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980). 1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual). 1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. 2. No caso concreto, a despeito de transcorrido mais de uma década após o arquivamento administrativo do processo, não houve a intimação da recorrente a assegurar o exercício oportuno do contraditório. 3. Recurso especial provido. STJ, 2ª Seção, IAC no REsp n. 1.604.412, rel. min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 27.06.2018.

bastando o mero peticionamento pela parte interessada.<sup>693</sup> É natural, portanto, a conclusão de que a *prescrição intercorrente* é coisa diversa da *prescrição propriamente dita* que analisamos acima, na medida em que inexiste identidade na formação do instituto, pois possuem

<sup>693</sup> **Recurso Especial Repetitivo. Arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973). Processual civil. Tributário. Sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80).** 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente". 3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege. 4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução; 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato; 4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera. 4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. 4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973). STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.340.553, rel. min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 12.09.2018.

causas diversas, e até mesmo as hipóteses de crise no curso do prazo são diferentes – como já dito, apenas a indicação de bens penhoráveis serve para a prescrição intercorrente, excluindo-se o rol de causas previstas nos arts. 197 a 202, do código civil.

A prescrição intercorrente é listada no art. 924, do código de processo civil, como causa de extinção da execução, ao lado das hipóteses de indeferimento da petição inicial, satisfação da obrigação, extinção total da dívida (por qualquer meio), e renúncia ao crédito pelo exequente. Afora a primeira, todas evidenciam situações em que o crédito/obrigação/direito não mais subsiste, e me parece natural concluir que na hipótese de prescrição intercorrente aconteça o mesmo, e não mera inexigibilidade da obrigação (e muito menos mera extinção do processo executivo sem afirmação sobre a quitação ou não do crédito).

Na esfera trabalhista havia (e em certa medida ainda há) grande resistência à sua aplicação, e chegou a ser editado ato pela Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (Ato n. 17, de, 09.09.2011), fixando parâmetros para a aplicação no processo do trabalho, importando regras da lei de execução fiscal e do código de processo então vigente, afirmando que ao se acolher a prescrição deveria ser proferida sentença de extinção da execução.

Não obstante, veio a Lei n. 13.467, de 13.07.2017, introduzindo o art. 11-A na CLT, com regulamentação bastante diversa da prescrição intercorrente delineada no código de processo e na lei de execução fiscal. A *prescrição intercorrente trabalhista*, diversamente das previsões no código de processo e na lei de execução fiscal, tem início com o não atendimento de alguma determinação judicial que deva

ser cumprida pelo exequente<sup>694</sup> – o termo inicial coincide com o fim do prazo processual –, consumando-se após dois anos.

Dizia acima que ainda há resistência à aplicação da prescrição intercorrente. HOMERO BATISTA<sup>695</sup> ao definir o conteúdo da regra legal, restringe tanto a sua aplicação – somente incidiria quando a providência fosse exclusiva do exequente, citando como exemplo a apresentação de artigos de liquidação (que a rigor é procedimento pré-executivo), e é acompanhado por ANTERO ARANTES & CHRISTINA PEDREIRA<sup>696</sup> ao excluir as hipóteses de cálculo de liquidação (que pode ser elaborado pelo executado ou pelo juízo), indicação de bens à penhora (pois é dever do executado e pode ser obtido por outros meios), e cumprimento de despachos genéricos – que acaba lhe esvaziando o sentido.

HOMERO BATISTA<sup>697</sup> enxerga a prescrição intercorrente como contraditória em relação ao movimento de sincretismo, e também a chama de prescrição da pretensão executiva ou prescrição intracorrente, mas a premissa de que parte o autor é falsa, pois a nova regra se aplica precisamente na execução já iniciada, vez que o próprio art. 11-A, §1º, da CLT, faz referência à inércia do exequente em “cumprir determinação judicial no curso da execução”.

É evidente, não é demais repetir, que “prescrição intercorrente no processo do trabalho” nada tem a ver com a *prescrição intercorrente* analisada acima. Trata-se de figura muito mais próxima à ideia de sanção do interessado pela inércia, aproximando-se ao mesmo

---

<sup>694</sup> A Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho editou a Recomendação n. 3, de 24.07.2018, sobre a prescrição intercorrente, recomendando que o início do curso do prazo somente se dê após intimação do exequente para cumprimento da determinação judicial, com expressa cominação das consequências do descumprimento, e que antes de decidir sobre a ocorrência da prescrição conceda-se prazo ao interessado para se manifestar, fazendo referência aos arts. 9º, 10, e 921, §5º, do código de processo civil. Faz menção à lei de execução fiscal, afirmando que não corre o prazo de prescrição caso não seja localizado o devedor ou bens, caso em que o processo deverá ser suspenso (art. 40). Reconhecida a prescrição intercorrente, deve ser extinta a execução, nos termos do art. 924, V, do código de processo civil.

<sup>695</sup> *Comentários*, p. 35.

<sup>696</sup> *Reflexões*, p. 136-137.

<sup>697</sup> *Comentários*, p. 34.

tempo da prescrição propriamente dita (que diz respeito a aspectos do direito material) e do abandono da causa hoje previsto no art. 485, II e III, do código de processo civil (e que também incide na fase executiva).

Qual a consequência, então, do preenchimento do suporte fático da “prescrição intercorrente no processo do trabalho”, já que nada é dito na nova regra legal?

Não é nova a noção de que aos nomes dados pela lei não corresponde o que a regra efetivamente é. Abundavam, p.ex., no código civil de 1916 as referências a prescrição e caducidade que a doutrina e jurisprudência tratavam com sinal trocado, entendendo que o legislador as havia nomeado mal.

Tratando-se de sanção no curso do processo pela inércia é inevitável a conclusão de que acarretará em extinção do processo, mas não só – pois a situação de abandono da causa já teria se consumado muito tempo antes de preenchido o suporte fático da *prescrição intercorrente no processo do trabalho*, e seria completamente desnecessária a criação de nova hipótese, com causa semelhante, e prazo muito mais longo.

Concluir que, tal como as prescrições intercorrentes tratadas no código de processo civil e na lei de execuções fiscais, haveria extinção da obrigação, seria desproporcional, pois naquelas, antes do início do curso do prazo “prescricional”, há um período de graça de um ano durante o qual o processo ficará suspenso, dando oportunidade para que surja em favor do exequente bens penhoráveis – note-se que a suspensão do processo pressupõe a inexistência de bens penhoráveis, e não a mera não indicação, de modo que a sonegação de bens pelo devedor inviabiliza a suspensão do processo e, portanto, o posterior arquivamento e disparo do prazo “processual”.

A consequência, portanto, não pode guardar a mesma gravidade, já que a norma nem mesmo prevê a prévia intimação pessoal do exequente – há de ser o fim da exigibilidade do crédito, com a consequente extinção do processo executivo, mas permanecendo existente, embora não acionável, o direito subjetivo do credor.

### **5.3.3. O prazo para ajuizamento da ação trabalhista**

O inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal, prevê o curso de dois prazos em relação aos créditos de natureza trabalhista, e é repetido no art. 37, §4º, da Lei n. 12.815, de 05.06.2013, em relação ao trabalhador avulso, colocando o termo inicial do prazo bienal com o cancelamento do registro ou cadastro no órgão gestor de mão de obra.

A doutrina majoritária afirma que ambos têm natureza prescricional, mas, no entanto, frequentemente fazem afirmações incoerentes em relação às suas características e consequências, sem se dar conta que o motivo do desconforto é a natureza diversa, incidindo sobre situações distintas, desses prazos.

Assim é que, p.ex., RODOLFO PAMPLONA F.º afirma que com o ajuizamento de uma ação o prazo bienal é interrompido, e o quinquenal suspenso,<sup>698</sup> mas não justifica o porquê do tratamento diferenciado, já que considera ambos de natureza prescricional.

Enquanto o prazo quinquenal tem natureza eminentemente prescricional, o de dois anos não se refere a uma violação de direito, ao surgimento de uma pretensão ou ação, mas sim a

---

<sup>698</sup> *Prescrição*, p. 28-29.

prazo para o exercício de direito de ajuizar reclamatória trabalhista,<sup>699</sup> da mesma forma que o art. 23, da Lei n. 12.016, de 07.08.2009 (e antes o art. 18, da Lei n. 1533, de 31.12.1951) falam em extinção do direito de requerer mandado de segurança.

Essa conclusão pode ser entrevista na redação do art. 731, da CLT, ao dispor sobre a “perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar” – figura chamada de *perempção*, assim como aquela prevista no art. 486, §3º, do CPC/2015, muito embora com consequências bastante diversas –, penalidade também prevista no artigo seguinte.<sup>700</sup>

Enquanto suspenso o “direito de reclamar”, segue correndo o prazo prescricional relativo às verbas contratuais. LORENZETTI,<sup>701</sup> porém, posiciona-se de forma diversa e, apesar de afirmar tratar-se tal regra de penalidade ao autor, defende que acarreta tão somente a prorrogação do vencimento do prazo prescricional das pretensões que prescreveriam no curso da suspensão, i.e., ao final, penalidade alguma teria sido imposta, nada se perdendo.

Jurisprudência e doutrina são (quase) unânimes ao afirmar, em relação a todos os demais prazos para o manejo de instrumento processual – exercício do chamado “direito de ação

---

<sup>699</sup> Chegou a essa mesma conclusão IRANY FERRARI (1992, p. 255); porém, em artigo posterior se refere a este prazo como *prescricional*: IRANY FERRARI & THEREZA NAHAS, 2000, p. 1386. Também: TRT12, 1ª T., RO n. 0539/94-V, Ac. n. 2420/95, rel. J. F. CÂMARA RUFINO, j. 03.04.1995 in: *Revista LTr*, v. 59, n. 9, p. 1240-1241, set/1995: “**Decadência e prescrição**. A Constituição, na realidade, aditou dois prazos, sendo um de decadência, de dois anos, contado da extinção do contrato, para o exercício do direito de ação, e um de prescrição, de cinco anos, contado do ajuizamento da ação, para haver o ressarcimento dos direitos lesados”.

<sup>700</sup> CLT, art. 731. Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 786, à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho. Art. 732. Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844.

<sup>701</sup> *A prescrição*, p. 90-92.

(processual)” –, que têm natureza *decadencial*<sup>702</sup> – assim o é, p. ex., em relação aos prazos para ajuizamento da ação rescisória,<sup>703-704</sup> e do mandado de segurança.<sup>705-706</sup>

Há situações correspondentes no direito comparado, como no *codice civile* italiano, que no art. 2113 fixa prazo de natureza expressamente decadencial para dentro dele ajuizar impugnação contra ato de transação ou renúncia de direito trabalhista. Na legislação espanhola (art. 59.3, do Estatuto dos Trabalhadores)<sup>707</sup> há previsão de

<sup>702</sup> PONTES DE MIRANDA (*Tratado da ação rescisória*, p. 363-384; *Tratado de direito privado*, t. 22, p. 380-388) prefere o termo *prazo preclusivo*. LAMARCA (*Prescrição*, p. 1024) fala em *preclusão temporal*, afirmando, nessa trilha, que também o prazo do art. 853, da CLT, não tem natureza decadencial, mas preclusiva.

<sup>703</sup> THEOTÔNIO NEGRÃO *et al*, *Código de processo civil*, nota 3 ao art. 495, do CPC; BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, p. 218-220 (citando em seu apoio CÂMARA LEAL, ORLANDO GOMES, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ARNOLDO WALD, NICOLAU NAZO, LOPES DA COSTA, BATISTA MARTINS, AGNELO AMORIM F., CALMON DE PASSOS, BUENO VIDIGAL, JOSÉ FREDERICO MARQUES, SÉRGIO FAHIONE FADEL, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, HUMBERTO THEODORO JR., NELSON NERY JR. & ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, GALENO LACERDA, e R. C. COSTA DO MONTE). O STF, contraditoriamente, inclusive em relação aos seus próprios julgados, editou a Súmula n. 264, que prevê prescrição intercorrente pela paralização da rescisória por cinco anos (CC/1916, art. 178, §10, VIII “*Prescreve em 5 (cinco) anos o direito de propor ação rescisória*”), insistindo que tal proposição não fora superada pela “circunstância de o atual Código de Processo Civil ter especificado melhor que a legislação anterior qual seja a natureza jurídica do prazo para propor ação rescisória, no sentido de que não é de prescrição, mas de decadência” (RE n. 103363, rel. min. SOARES MUÑOZ, j. 18.09.1984).

<sup>704</sup> “A rigor, o que se extingue não é, aliás, o ‘direito de propor ação rescisória’: esse existirá sempre, como simples manifestação particular do direito de ação. Extingue-se, sim, o direito mesmo à rescisão da sentença viciada. O fenômeno passa-se no pano *material*, não no plano *processual*, como de resto deixa entrever o próprio Código, quando estatui que a pronúncia da decadência acarreta a extinção do processo ‘com julgamento de mérito’ (art. 269, nº IV [do código de processo civil de 1973])” (BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, p. 219).

<sup>705</sup> THEOTÔNIO NEGRÃO *et al*, *Código de processo civil*, nota 4 ao art. 18, da Lei n. 1533/1951; e no mesmo sentido: OTHON SIDOU, *As garantias*, p. 233; SILVA PACHECO, *O mandado de segurança*, p. 246-249; HELY LOPES, *Mandado de segurança*, p. 52-55; SÉRGIO FERRAZ, *Mandado de segurança*, p. 220-222; SCARPINELLA BUENO, *Mandado de segurança*, p. 144-145; COQUEIRO COSTA, *Mandado de segurança*, p. 71; AGRÍCOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, p. 193; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, p. 269-270.

<sup>706</sup> Para DINAMARCO (*Instituições*, v. II, p. 261) o prazo para interposição de mandado de segurança não é decadencial (nem prescricional); o que ocorre é que deixa de haver adequação da tutela diferenciada, não sendo admissível considerar *de mérito* a decisão extintiva por este fundamento, mas, quanto a isto, não há quem afirme de forma diferente, pois quando se fala de prazo decadencial, no caso específico do mandado de segurança, é sempre em referência ao direito de se utilizar da via especial, e não ao direito material a que se visa proteger.

<sup>707</sup> Ley n. 8, de 10.05.1980 (*Ley del Estatuto de los Trabajadores*), **Artículo 59. Prescripción y caducidad**. 1. Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación. A estos efectos, se considerará terminado el contrato: a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo. b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita. 2. Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse. 3. El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente. 4. Lo previsto en el apartado anterior será de aplicación a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo. El plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas. **Artículo 60. Prescripción**. 1. Las infracciones cometidas por el empresario prescribirán a los tres años, salvo en materia de Seguridad Social. 2. Respecto de los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte

prazo decadencial de vinte dias para pleitear a anulação da rescisão contratual. Na legislação processual há diversas disposições impondo prazos, inequivocadamente decadenciais, para o ajuizamento de medidas para a anulação ou rescisão de atos contrários ao trabalhador: arts. 69, 103, 121, 125, 138, p.ex.<sup>708</sup> Até mesmo normas da OIT sobre a rescisão de contrato de trabalho (Convenção n. 158, art. 8º, 3; e Recomendação n. 119, item II.4) se referem expressamente à possibilidade de fixação de prazos para o ajuizamento de reclamação

Mas raros são os que enxergam a mesma situação no prazo para ajuizamento da ação trabalhista.<sup>709-710</sup>

---

días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

<sup>708</sup> Real Decreto Legislativo n. 521, de 27.04.1990 (*Ley de Procedimiento Laboral*), **Artículo 69 (De la reclamación previa a la vía judicial)**. 1. Para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, Entidades locales u Organismos autónomos dependientes de los mismos será requisito previo haber reclamado en vía administrativa en la forma establecida en las leyes. 2. Denegada la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la resolución, el interesado podrá formalizar la demanda ante el Juzgado o la Sala competente, a la que acompañará copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la presentación de la reclamación uniendo copia de todo ello para la entidad demandada. 3. No surtirá efecto la reclamación si la resolución fuese denegatoria y el interesado no presentare la demanda ante el Juzgado en el plazo de dos meses, a contar de la notificación o desde el transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada, salvo en las acciones derivadas de despido, en las que el plazo de interposición de la demanda será de veinte días. **Artículo 103 (Despido disciplinario)**. 1. El trabajador podrá reclamar contra el despido dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos. 2. Si se promoviese demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase en el juicio que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario. **Artículo 121 (Extinción por causas objetivas)**. 1. El plazo para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva será de veinte días, que en todo caso comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo. El trabajador podrá anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso. (...). **Artículo 125 (Vacaciones)**. El procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones se regirá por las reglas siguientes: a) Cuando la fecha esté precisada en convenio colectivo, o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o hubiera sido fijada unilateralmente por aquél, el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir del en que tuviera conocimiento de dicha fecha, para presentar la demanda en el Juzgado de lo Social. b) Cuando no estuviera señalada la fecha de disfrute de las vacaciones, la demanda deberá presentarse, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador. c) Si una vez iniciado el proceso se produjera la fijación de las fechas de disfrute de conformidad con lo previsto en el artículo 38 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, no se interrumpirá la continuación del procedimiento. d) Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados. **Artículo 138 (Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo)**. 1. El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, que deberá presentarse en el plazo de los veinte días hábiles siguientes a la notificación de la decisión. (...).

<sup>709</sup> Afirmando tratar-se de prazo decadencial: TST, Ag-E-RR n. 7117/86.9, rel. min. MARCO AURÉLIO, in: *Revista LTr*, v. 53, n. 6 (jun.1989), p. 678; PRUNES, *Tratado*, p. 83; CAMPOS BATALLA *et al*, *Prescrição*, p. 30.

<sup>710</sup> “Daí sustentar que esse segundo prazo não é prescricional, mas decadencial. Não havendo mais a subordinação jurídica, isso em que pese à alusão à extinção do contrato de trabalho – geralmente o afastamento da subordinação jurídica decorre dessa extinção –, correm os dois anos. Ajuizada a ação nesse período, são apanhadas as parcelas dos últimos cinco anos, porque o prazo prescricional é de cinco, para a propositura da ação” (STF, RE n. 317660, rel. min. ILMAR GALVÃO, j. 06.02.2002).

Os argumentos contra são diversos. Assim, LORENZETTI<sup>711-712</sup> afirma que o prazo bienal se refere a prestações, e, portanto, teriam natureza prescricional. RICARDO JOSÉ BRITTO PEREIRA parte de definição equivocada de decadência e conclui que o prazo bienal não pode ser decadencial por não se tratar de “direito potestativo do empregado, nascido com a extinção do contrato, mas de direito subjetivo preexistente, que foi violado pelo empregador na vigência do pacto laboral”, e que se a ação trabalhista “nascesse com a extinção do contrato de trabalho não poderia ser utilizada antes de seu término” e que “o interessado dispõe de uma mesma ação, podendo ajuizá-la antes ou depois de finda a relação de emprego”.<sup>713</sup> São todos argumentos que deixam de enxergar que o prazo é fixado é limite para a propositura de ação judicial.

PAMPLONA & FERNANDEZ afirmam que a fixação de termo inicial não coincidente com a lesão ao direito “é matéria submetida à decisão do legislador e não conduz à transformação da natureza do prazo para decadencial. O prazo bienal é, sem dúvidas, de natureza prescricional”.<sup>714</sup> É verdade que o legislador coloca os parâmetros que entender mais adequados a cada caso, mas também é verdade que os parâmetros fixados irão definir qual é a natureza do instituto, se os parâmetros fixados são típicos de um instituto, não é possível enquadrá-lo em outro.

---

“Prazo limite de 2 anos após o término do contrato de trabalho para exercer o direito. O art. 7º, XXIX, a, da CF/88, ao ampliar de 2 para 5 anos o prazo da ação trabalhista, relativamente ao trabalhador urbano, limitou o respectivo exercício a até dois anos contados da data da extinção do contrato de trabalho. Este último prazo é de decadência, pois inicia com a extinção do contrato de trabalho, independentemente da data da violação ao direito, não é relativo à ação, cujo prazo de exercício é de 5 anos, mas ao direito de exercê-la (cujo prazo é de 2 anos), uma vez extinto o contrato de trabalho, e tem como pressuposto a existência de um direito, nascido com a extinção do contrato, e que perecerá, uma vez não exercido. Estará decaído o direito de compelir o empregador aos recolhimentos relativos ao FGTS se o trabalhador não exercer o direito até dois anos após a extinção do contrato de trabalho”. TRT4, 4ª T., RO n. 94.025.660-6, rel. GELSON DE AZEVEDO, j. 02.10.1996.

<sup>711</sup> *A prescrição*, p. 146.

<sup>712</sup> Cita em seu apoio: TRT3, 4ª T., RO n. 7287/94, rel. CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA, j. 23.07.1994 in: *Revista do TRT da 3ª Região*, v. 25, n. 54, p. 548 (jul.94-jun-.95); TRT4, 1ª T., RO n. 94.013179-0, rel. CARMEN CAMINO, j. 17.08.1995 in: *Informa Jurídico* n. 12; TST, SDI-2, ROAR n. 541.091/99, rel. min. JOÃO ORESTE DALAZEN, DJ 10.11.2000.

<sup>713</sup> *Breves considerações*, p. 51-52.

<sup>714</sup> *Tratado*, p. 109.

A reclamação trabalhista não é ajuizada para o exercício de um direito potestativo, com o propósito de criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica, não sendo dotada de natureza constitutiva (assim como o mandado de segurança, cujo prazo, repito, é incontroversamente decadencial). O direito de ação, a rigor, já está assegurado alhures (art. 5º, XXXV); o art. 7º, XXIX se limita a fixar a máxima limitação da eficácia da pretensão.

O prazo é exatamente para o ajuizamento da ação processual (exercício do direito potestativo), e esse ato não caracteriza hipótese de interrupção de prazo, mas sim o próprio exercício do direito, o que pode ser feito indefinidas vezes, desde que dentro do prazo previsto em lei. Ultrapassado o biênio decadencial, mas não ainda a prescrição, o crédito ainda pode ser veiculado como exceção em eventual ação ajuizada pela parte contrária (que também deverá observar o prazo bienal).

O termo inicial do prazo fixado na Constituição Federal – rescisão do contrato de trabalho – não marca o nascimento do direito e antecede inclusive a exigibilidade de certas verbas tipicamente contratuais,<sup>715</sup> como as verbas rescisórias ou comissões devidas por vendas finalizadas ou pagas após o encerramento da relação contratual,<sup>716</sup> cujo vencimento se dá após o término da relação contratual, quando o prazo bienal já iniciou o seu curso, evidenciando não se tratar de prazo com curso suspenso em razão da vigência do contrato de trabalho,<sup>717</sup> pois do contrário deveria haver reinício da

---

<sup>715</sup> Esse fato não passa despercebido a HOMERO BATISTA (*Curso*, v. 1, p. 293), mas justifica afirmando haver excepcionalidade da prescrição trabalhista em relação ao código civil.

<sup>716</sup> Quanto ao pagamento de comissões devidas após o fim do contrato de trabalho, PRUNES afirma que não incide o prazo bienal para a sua cobrança (*Tratado*, p. 513).

<sup>717</sup> O art. 343, XVII, do anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985 (“Comissão Afonso Arinos”, DOU de 26.09.1986) vedava o curso do prazo prescricional no curso da relação de emprego. Nos demais projetos não havia menção à prescrição quanto aos créditos trabalhistas, somente vindo a ser reinserida já no avançado estágio de elaboração do Projeto de

contagem com eventual violação do crédito referente às verbas rescisórias.

Tampouco se trata de hipótese de *délais butoir*, previsto nas legislações alemã, francesa e italiana, pois nestes todos os termos estão ligados ao fato (ocorrência, manifestação dos efeitos, descoberta das circunstâncias), enquanto que no prazo bienal fixado no art. 7º, XXIX, parte final, da CF, o termo inicial não tem qualquer relação com o ilícito, seja contratual ou legal.<sup>718</sup>

É inegável, portanto, tratar-se de prazo de natureza decadencial.

#### 5.3.4. A prescrição total

A dicotomia prescrição total ou parcial é relevante quando se tratar de parcelas de trato sucessivo, e é objeto das Súmulas ns. 168<sup>719</sup> e 198<sup>720</sup> (esta adequando a posição do TST à do STF), substituídas pela Súmula n. 294,<sup>721</sup> transcrita quase literalmente pelo

---

Constituição A, em janeiro de 1988 (art. 6º, XXVI): “não incidência de prescrição no curso do contrato de trabalho e até dois anos de sua cessação”, regra posteriormente mantida somente em relação ao trabalhador rural, com a introdução da previsão expressa de prescritibilidade das pretensões a contar cinco anos da lesão (PRETEXTATO TABORDA, *A prescrição*, p. 39-40).

<sup>718</sup> Há uma previsão de *délais butoir* no direito brasileiro: o art. 12, da Lei n. 6453, de 17.10.1977, que trata da responsabilidade por dano causado por acidente nuclear, fixa o prazo prescricional em dez anos, “contados da data do acidente nuclear” e, caso este tenha sido “causado por material subtraído, perdido ou abandonado”, correrá em paralelo um prazo de vinte anos “contados da data da subtração, perda ou abandono”.

<sup>719</sup> **Prescrição. Prestações periódicas. Contagem** (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003  
Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina (ex-Prejulgado n. 48).

Histórico: Cancelada pela Súmula n. 294 - Res. 4/1989, DJ 14, 18 e 19.04.1989

Redação original - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982

<sup>720</sup> **Prescrição** (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito.

Histórico: Cancelada pela Súmula n. 294 - Res. 4/1989, DJ 14, 18 e 19.04.1989

Redação original - Res. 4/1985, DJ 01, 02 e 03.04.1985

<sup>721</sup> **Prescrição. Alteração contratual. Trabalhador urbano** (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

novo §2º, do art. 11, da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467, de 13.07.2017.<sup>722</sup> Prevalecia que a regra da súmula n. 294 estava restrita a atos comissivos, possivelmente influenciado pela redação original do art. 111, da CLT, que falava em “ato infringente” (a nova lei inclui também atos omissivos, i.e., descumprimento), e que deveria se tratar de violação de regra específica, não se aceitando argumentação genérica de violação aos arts. 7º, VI, da CF (irredutibilidade salarial) ou 468, da CLT (vedação da alteração contratual lesiva).<sup>723-724</sup>

Tratando-se de lesão caracterizada como *ato único*,<sup>725</sup> o prazo (quinquenal)<sup>726</sup> há de ser contado a partir da violação ao direito, i.e., da ocorrência do ato comissivo que gerou o dano no patrimônio da vítima, ou do momento em que o ato deveria ter ocorrido, resultando numa omissão ilegal que gera lesão indenizável – ultrapassado o prazo para questionar o ato único, a porta estaria igualmente fechada para se pleitear suas repercussões futuras.<sup>727</sup> Tal regra, construída ao longo dos anos pela jurisprudência – e estampada em diversas súmulas e orientações jurisprudenciais nem sempre coerentes entre si<sup>728</sup> –, foi recentemente positivada no art. 11, §2º, da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467, de 13.07.2017.

---

Precedente: IUJ-RR 6928/1986, Ac. TP 556/1989, rel. min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, DJ 19.05.1989 - Decisão por maioria

Histórico: Redação original (cancelamento das Súmulas nºs 168 e 198) - Res. 4/1989, DJ 14, 18 e 19.04.1989

<sup>722</sup> “Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”.

<sup>723</sup> Mas há casos em que se aceita: TST, 2ª Turma, rel. min. JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, RR n. 8300.52.2009.5.05.0007, j. 01.04.2014.

<sup>724</sup> PAMPLONA & FERNANDEZ, *Tratado*, p. 112-114.

<sup>725</sup> “Estará configurado o ato único quando, para a concessão do direito pleiteado, há necessidade de se perquirir sobre a legalidade ou ilegalidade do ato praticado” (FRANCISCO DE OLIVEIRA, *Comentários*, p. 519).

<sup>726</sup> Quanto ao prazo: HOMERO BATISTA, *Curso*, v. 1, p. 303-305; AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, *A prescrição*, p. 153-154; LIMA TEIXEIRA, *Instituições*, p. 1532; GODINHO, *Curso*, p. 275.

<sup>727</sup> “Direito. Reconhecimento. Prestações. Prescrição. Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo; mas se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa. RE conhecido e provido”. STF, 1ªT., RE n. 73958, rel. min. LUIZ GALLOTI, j. 19.05.1972. No mesmo sentido: STF, 1ªT., RE n. 94679, rel. min. SOARES MUÑOZ, j. 18.08.1981.

<sup>728</sup> No STF, súmula n. 349. No TST, súmulas ns. 6, 199, 275, 294, 373, 452; orientações jurisprudências da SDI-1 ns. 76, 175, 242, 243.

É importante destacar que a regra legal exclui do campo de incidência da chamada “prescrição total” os atos que impliquem em infração a disposição prevista em *lei* (compreendida em sentido lato).<sup>729</sup> Nesses casos sempre se poderia questionar o ilícito, mas ficando restrita a execução das repercussões patrimoniais surgidas nos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da reclamação.

Há dois pontos nesse regramento que merecem maior reflexão: natureza do prazo e campo de incidência.

A análise da natureza do prazo supõe uma breve digressão sobre o regime de nulidades adotado pela CLT, que é diferente daquela regulada no código civil. Enquanto o código civil faz uma gradação entre diversos níveis de invalidade (do nulo ao anulável)<sup>730</sup> – com consequências variadas, inclusive imunizando os vícios mais graves dos efeitos do tempo –, o art. 11, da CLT, por outro lado, faz referência à prescrição de todas as infrações às disposições da CLT e não apresenta nenhum tratamento diferenciado para qualquer tipo de invalidade, i.e., tudo se convalesce com o tempo<sup>731-732</sup> (ainda que “prescrição” não seja o termo mais adequado para todos os tipos de ações e pretensões que questionem esses atos).

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO coloca, acertadamente, que a reclamação formulada contra “a cláusula contratual lesiva é de natureza constitutiva, atraindo assim a incidência de prazo

<sup>729</sup> Mas há doutrina afirmando que essa regra somente se aplica aos direitos assegurados em lei em sentido estrito, sob o argumento de que se também os direitos previstos na Constituição resultassem em não se admitir a prescrição total haveria ampliação demasiada da hipótese (AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, *A prescrição*, p. 154-155).

<sup>730</sup> No código civil de 1916 havia previsão de ato nulo convalidável pelo tempo (art. 208, tratando de vício na celebração de casamento), hipótese referida como anulável pelo código de 2002 (art. 1550, VI).

<sup>731</sup> Nesse sentido: ORLANDO GOMES (*A prescrição*, p. 213); ALICE MONTEIRO DE BARROS (*Curso*, p. 1039), PAMPLONA F.º (*Prescrição*, p. 116-117); ZANGRANDO (*Curso*, p. 1357-1358); OSÍRIS ROCHA (*Prescrição*, p. 234); MOZART VICTOR RUSSOMANO, *Comentários*, v. 1, p. 53.

<sup>732</sup> “Prescrição – ato nulo. Prescreve em dois anos o direito de ação contra ato, mesmo que nulo, infringente do direito do autor” TST, Pleno, RR n. 3438/75, rel. min. FERNANDO FRANCO, DJU 06.06.1978.

decadencial”, pois tem por objetivo modificar a relação contratual.<sup>733</sup> Contudo, na sequência o citado autor afirma, no contexto das relações de trabalho, que “a nulidade opera sem necessidade de declaração judicial, gerando efeito *ex tunc* e pretensão condenatória, o que basta para atrair a incidência de prazo prescricional”, utilizando, assim, a regulamentação do código civil, ignorando o regime da própria CLT.

Na mesma linha BARACAT afirma que quando o art. 468, da CLT, diz que o ato é *nulo*, é *nulo* mesmo, e não *anulável*, mas também deixam de notar que o significado de nulo para a CLT não é idêntico àquele utilizado pelo código civil.<sup>734</sup>

Assim, se a CLT afirma que todos os vícios são convalidáveis pelo tempo, e fixa prazo único para tudo, sob a denominação “guarda-chuva” de *prescrição*, conclui-se, mas não sem certo desconforto, que o art. 11 prevê, a um só tempo, prazo de natureza prescricional e decadencial – o prazo é o mesmo para todas as situações, e deverá ser tratado como tendo uma ou outra natureza a depender do objeto da impugnação.<sup>735-736</sup>

A jurisprudência do TST, adotada pelo legislador na redação da inovação legal, utiliza como diferenciador das hipóteses em que incide a prescrição a previsão ou não do direito em lei (compreendida em sentido amplo, como ato legislativo), partindo de pressuposto equivocado de que toda lei é cogente; melhor critério seria precisamente a verificação da cogência ou não da norma em questão, tenha ela sido editada pelo estado, negociação coletiva ou ato entre particulares, isto é porque em se tratando de norma dispositiva, as

---

<sup>733</sup> *A prescrição*, p. 156; no mesmo sentido: PAMPLONA & FERNANDEZ, *Tratado*, p. 133.

<sup>734</sup> *Prescrição*, p. 48. Inúmeros outros autores seguem essa linha de argumentação, sendo ociosa a apresentação de relação.

<sup>735</sup> Não é o caso, portanto, de se aplicar os prazos decadenciais previstos no código civil para a impugnação de ato com vício de validade (arts. 178 e 179), postura defendida por VARGAS VALÉRIO (*A decadência*, p. 86).

<sup>736</sup> Nesse sentido: VARGAS VALÉRIO, *A decadência, passim*.

partes podem contratar da forma que melhor entenderem (dentro do quadro legal, por suposto), admitindo-se inclusive a alteração tácita. Havendo alteração tácita ou expressa das condições de trabalho, é natural que o decurso do tempo consolide a mudança.

Ademais, também é preciso verificar se é a própria norma que dá conteúdo ao contrato, definindo, p.ex., ser devido o pagamento de adicional por trabalho em condições perigosas em determinado percentual ou que as férias deverão ser concedidas com determinada periodicidade e remuneradas de certa forma, qualquer tentativa particular de alterar essas disposições (salvo se para incrementar o direito assegurado em lei, conforme dispõe o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal) seria ineficaz (não há necessidade de nem sequer analisar se há ou não validade no ato em questão), pois a norma cogente continuaria incidindo repetidamente naquela relação contratual, ignorando a vontade individual de qualquer uma das partes contratantes.

Da mesma forma, se houver disposição particular fixando a remuneração abaixo do piso legal, mas não no caso de alteração da forma de remuneração que implique em prejuízo ao empregado, pois neste caso a lei apenas fixa regras gerais e genéricas (vedação da redução salarial ou da alteração lesiva ao trabalhador),<sup>737</sup> sem chegar a determinar o conteúdo específico do contrato – nessas hipóteses o trabalhador deverá atacar o ato do empregador dentro do prazo legal, e se não o fizer nada mais poderá reclamar em relação aos efeitos patrimoniais posteriores.

---

<sup>737</sup> Partindo de construção diversa, mas chegando a conclusão muito próxima: O art. 468, da CLT, “assegura não o direito em si a qualquer parcela, mas à intangibilidade do contrato de trabalho. (...). As diferenças pleiteadas não têm vida própria. A condenação em satisfazê-las pressupõe o julgamento da controvérsia em torno da modificação contratual introduzida, ou seja, o exame do ato do empregador frente ao disposto no art. 468 (...). Se quanto a esta pretensão a demanda já se encontra fulminada pelo biênio, quanto à outra descabe falar em prescrição parcial. As diferenças pleiteadas consubstanciam direito acessório” (AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, *A prescrição*, p. 163).

## CONCLUSÕES

Nos países que não receberam influência da doutrina germânica, os vocábulos originados do étimo *actio* seguem com a acepção original de direito material – assim na Inglaterra, Irlanda, EUA, França, Québec (Canadá), falando-se, inclusive em *prescription de l'action*; quando se diz em inglês que o autor *has no action*, quer-se dizer que não tem direito material. Daí, em inglês dizer-se *to bring claim*, ou *to bring suit*, ou *to bring action*, no sentido de levar a ação a juízo – a ação é algo prévio à demanda judicial que é levado a juízo; em francês da mesma forma, *demander, action exercée* ou *intentée, remettre en cause*.

Sob o termo *prescrição* são definidas diversas hipóteses em que a consequência do decurso do tempo é a inexigibilidade da pretensão, extinção da ação ou do próprio direito.

Os efeitos são fixados pela lei e não pela definição doutrinária, cabendo ao intérprete/aplicador identificar as regras legais incidentes, e não inferir consequências a partir de uma denominação ou semelhança entre institutos, e tentar sistematizar as regras esparsas de forma coerente; para isso a utilização de termos inequívocos é essencial.

Não basta a lei afirmar que o objeto da prescrição é este ou aquele; é preciso analisar se as consequências que se verificam confirmam ou não aquela afirmação.

A distinção e nomeação de institutos diversos relacionados ao tempo é processo lento, que ocorre quando a cultura jurídica passa a identificar um “desconforto” na utilização de um único termo para situação distintas. A prescrição ainda é um termo “guarda-chuva” utilizado para se referir a fenômenos distintos, mas com tratamento razoavelmente uniforme; o mesmo ocorre com a decadência (ou caducidade, ou preclusão). Somente a evolução legislativa, e a tendência a diversificar ou convergir o tratamento jurídico dirá se haverá necessidade de tratar essas situações com maior apuro ou se bastará o tratamento conjunto.

Os institutos jurídicos não são categoriais universais, mas têm seu conteúdo e limites definidos pela sua história e seus contextos. A análise feita ao longo de todo este trabalho, fixando todo o contexto histórico do desenvolvimento dos conceitos até chegar ao quadro atual permite uma conceituação precisa dos termos *prescrição* e *decadência* quanto ao seu escopo de incidência.

Por *prescrição*, em sua concepção corrente, entende-se a perda da *eficácia* de determinada *pretensão*, ou *pretensão* e *ação* de direito material de cunho ***condenatório***, pela inércia do titular do *direito subjetivo* por prolongado lapso temporal.

Já *decadência* é a extinção do próprio direito, em razão da inércia de seu titular, quando sua *eficácia* for, desde o início, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado; extingue, com seu transcurso, o direito de que se irradia a pretensão ***constitutiva***, ou de que se irradiam a pretensão e ação de direito material constitutivas.

As pretensões e ações ***executivas*** e as ***mandamentais***, poderão, de acordo com as características secundárias de cada

pretensão/ação (efeito imediato ou mediato, na terminologia de PONTES DE MIRANDA) ser enquadradas junto com as **condenatórias** (quando for mais relevante a busca de uma prestação do demandado), casos em que serão sujeitas a prazos prescricionais, ou com as **constitutivas** (quando for preponderante a modificação de uma relação jurídica material), casos em que poderão se sujeitar a prazos decadenciais, se houver previsão em lei.

As ações e pretensões **declaratórias** não estão sujeitas a prazo para o seu exercício, sem prejuízo da análise de pertinência da necessidade e utilidade da prestação jurisdicional solicitada.

Destarte, considerado o contexto atual, não se deve falar em ‘prescrição do direito’ – direitos reais e da personalidade não prescrevem –, nem em ‘prescrição da dívida’ – também as ações reais prescrevem. Prescrevem (isto é, perdem a sua exigibilidade) ações e pretensões. Decaem (ou caducam, ou precluem) direitos, ações e pretensões.

A utilização desses conceitos e confronto com figuras referidas na legislação e doutrina por um nome (prescrição) permitiu concluir que na verdade se tratam de outra figura (decadência).

Assim como um leão-marinho não é um leão, a *prescrição intercorrente* não é *prescrição*, pois tem regras próprias relacionadas a início do prazo e hipóteses de interrupção/suspensão; tratando-se de hipótese de extinção de direito/obrigação, se enquadra no conceito de decadência. Mas a nova *prescrição intercorrente no processo do trabalho*, é prescrição.

Quando se ataca o chamado *ato único*, exerce-se ação constitutiva, sujeita, portanto, a prazo decadencial.

O decurso do prazo fixado para a cobrança de honorários advocatícios sucumbenciais de beneficiário da assistência judiciária implica a extinção do direito e tem, portanto, natureza decadencial.

Por fim, o prazo bienal estabelecido na Constituição Federal para ajuizamento de reclamação trabalhista, não estando relacionado a qualquer pretensão ou ação de direito material, tem natureza eminentemente decadencial.

## BIBLIOGRAFIA

### a. Obras citadas

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philippino*, 5v. 14ª ed., Rio de Janeiro: Instituto Philomathico, 1870.

ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. *Diritto @ Storia*, Sassari (Itália), n. 5, 2006. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/MoreiraAlves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>. Consultado em: 23.01.2011.

\_\_\_\_\_. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, São Paulo, 1993, p. 185-238.

\_\_\_\_\_. *A parte geral do projeto do código civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo código civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2004.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. In: *Revista dos tribunais*, n. 744. São Paulo: RT, out.1997 (1960). p. 725-750.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

ANGELL, Joseph K. *A treatise on the limitations of actions at law and suits in equity and admiralty, with an appendix containing the american and english statutes of limitations*. 5ª ed., Boston: Little, Brown, and Company, 1869.

ARENHART, Sérgio Cruz. O regime da prescrição em ações coletivas, in: GOZZOLLI, Maria Clara; et alii. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 599-617.

ARNTZ, Egide Rodolphe Nicolas. *Cours de droit civil français*, t. 2. Bruxelas: Bruylant-Christophe, 1863.

ASSIS, Araken de. Fluência do prazo de prescrição da pretensão a executar. In: *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*, v. 11, n. 2, Umuarama/PR, jul-dez/2008. p. 603-620.

ATTENBOROUGH, Frederick Levi. *The laws of the earliest english kings*. Cambridge (RU): Press University, 1922.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

BARACAT, Eduardo Milléo. *Prescrição trabalhista e a súmula nº 294 do TST*. São Paulo: LTR, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*, v. I. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *Do mandado de segurança*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARROS, Alice Monteiro de. Aspectos jurisprudenciais da prescrição trabalhista no Brasil e na Itália. *In: Revista da faculdade de direito da UFMG*, n. 26-27, Belo Horizonte, 1984, p. 355-392.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Prescrição e decadência no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

BAUERREIS, Jochen. Le nouveau droit de la prescription, *in: Revue internationale de droit comparé*, v. 56, n. 4, [s.l.], 2004, p. 1023-1031.

BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições indo-européias*. Campinas: Unicamp, 1975.

BÉTEILLE, Laurent. *Rapport n. 358 fait ao nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sua la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée Nationale, portant réforme de la prescription en matière civile*. Apresentado em 28.05.2008. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/I07-358/I07-3581.pdf>. Acessado em: 10.12.2011.

BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 2ª ed., São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1929.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

- BRASILEIRO. Ricardo Adriano Massara. *O objeto do processo civil clássico romano*. Belo Horizonte: Líder, 2007.
- BRODERMANN FERRER, Luis Alfredo. Relación jurídica procesal, in: *Alegatos*, n. 62, México, jan-abr.2006, p. 7-34.
- BROSSARD. Paulo. *O impeachment*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1964.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil [de 1973], in: *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, 1974.
- CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. Lisboa: [s.e.], 1941.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBON, Jan-Mathieu; PIRENNE-DELFORGE, Vinciane. Codifying 'sacred laws' in ancient Greece, in: JAILLARD, Dominique; NIHAN, Christophe (org.). *Writing laws in antiquity*, Wiesbaden: Harrassowitz Verlag, 2017. p. 141-157.
- CARLOS, Adelino da Palma. *Linhas gerais do processo civil português*. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXIV, Lisboa, 1972.

- CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. A prescrição trabalhista: a possível superação da prescrição total. *Revista do TST*. Brasília, v. 76, n. 3, 2010, p. 147-171.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- CATHARINO, José Martins. 'Prescrição (Direito do trabalho) I', in: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 214-230.
- CAVALCANTI, Themístocles. *Do mandado de segurança*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- CHÂTELET, François. *Historia de la filosofia, t. 1*. Madrid: Espasa, 1976.
- CÍCERO. Sobre a república. In: BERNARDO, Isadora Prévile. *O De Re Publica de Cícero: natureza, política e história*. Dissertação de mestrado em Filosofia pela USP, 2012.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. *Mandado de segurança e controle constitucional*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1987.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.

CUEVA, Mario de la. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, v. 1. 22ª ed., México: Porrúa, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1. 7ª ed, Salvador: Juspodium, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vs. II e III. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 2. 2ª ed, Paris: Pierre Aubouïn, Pierre Emery, Charles Clouzier. 1697.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

FALCONE, Giuseppe. Decadenza VI – Diritto tributario. In: *Estratto dal volume aggiornamento X della Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 2002.

FARACO, Carlos Alberto. *Linguística histórica*. São Paulo: Parábola, 2005.

FERGUSON, Charles. Diglossia. In: *Word*, v. 15, [s.l.], 1959. p. 325-340.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FINZI, Roberto. The 28 U.S.C. § 1406(a) - Transfer of time-barred claims.  
*In: Cornell law review*. Ithaca (EUA), v. 79, n. 4, maio.1994. p. 975-994.

FISCHER, Brenno. *A prescrição nos tribunais, vs. 1 e 2*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2003 (1857). 2v.

GAIUS. *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius, with a translation and commentary by the late Edward Poste, M.A.* 4ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1904.

\_\_\_\_\_. *Institutas do jurisconsulto Gaius*. São Paulo: RT, 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil, t. I*. Campinas: Bookseller, 2003 (1929).

GOMES, Fábio. Da ação, *in*: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2002. p. 90-133.

GOMES, Orlando. A prescrição no direito do trabalho, *in*: *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986. p.210-216.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

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

HELD, Kenneth; HIRSCH, Richard (ed.). The sales statute of limitations in the uniform commercial code - does it preclude prospective implied warranties? *In: Fordham Law Review*, New York, v. 37, 1968. p. 247-251.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. *Common law*. Toronto: University of Toronto Law School Typographical Society, 2011.

IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. São Paulo: RT, 2012.

JANKE, Benjamin West; LICARI, François-Xavier. The french revision of prescription: a model for Louisiana? *In: Tulane Law Review*, New Orleans, v. 85, n. 1, nov.2010. p. 1-53.

JHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*. Belo Horizonte: Líder, 2004 (1893).

\_\_\_\_\_. Der Besitz in: *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, v. 32, [s.l.], 1893, p. 41-98.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *A decadência e a prescrição no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: SAG, 1986 (1979).

\_\_\_\_\_. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995 (1945).

KLIPPEL, Diethelm (org.). *Deutsche Rechts- und Gerichtskarte*. [s.l.]: Golbach Keip Verlag, 1996.

LAMARCA, Antonio. Prescrição. *Revista LTr*, v. 53, n. 9, São Paulo, set.1989, p. 1023-1025.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LEÃO, Duarte Nunes. *Leis extravagantes*. Lisboa: Antonio Gonçalvez, 1569.

LEVANO, Yves. La prescription extinctive em droit allemand après la réforme du droit des obligations, *in: Revue internationale de droit comparé*, v. 56, n. 4, 2004, p. 947-958.

LIVIUS, Titus. *The history of Rome*, v. 1. N. York: Peter A. Mesier et al., 1823 (c. 25 aec).

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006 (1931).

LÔBO, Paulo Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ari Pedro. Considerações sobre a decadência no contrato de trabalho a partir do novo código civil. *Revista do TRT 18ª Região*, ano 6, n. 1. Goiânia, dez.2003. p. 16-21.

\_\_\_\_\_. *A prescrição no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

- MAITLAND, Frederic William. *Equity also The forms of action at common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1910.
- MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Lima; *et alii*. *Instituições de direito do trabalho*, v. 2. 22ª ed., São Paulo: LTr, 2005.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (coord.); ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Propuesta de Código Civil, Libros V y VI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2008.
- MARTÍNEZ, Pedro Soares. Ensaio de um curso básico de história do direito peninsular, romano e português, *in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 54-55, Lisboa, 2013-2014, p. 195-285 e 7-89.
- MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito processual do trabalho*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Antero Arantes; PEDREIRA, Christina de Almeida. *Reflexões sobre a reforma trabalhista*. São Paulo: Scortecci, 2017.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MATTOSO, José. *Identificação de um país: oposição - composição – ensaio sobre as origens de Portugal 1096-1325*. Lisboa: Temas e debates, 2015.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Recueil Sirey, 1931. 3v.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil, t. II, v. 1*. 9a ed., Paris: Montchestien, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*. Brasília: Edições Câmara, 2012.

MENDONÇA, Manuel Ignácio Carvalho. *Doutrina e pratica das obrigações*. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1908.

MÊREA, Manuel Paulo. Considerações acerca do 'iudex' visigótico, in: *Estudos de história do direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 1923.

\_\_\_\_\_. *Lições de história do direito português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1923.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a

Guilherme Rizzo Amaral. *In: Revista de processo*, v. 124, São Paulo, 2005. p. 283-290.

MOMMSEN, Theodor. *The history of Rome*, v. 1. Londres: MacMilian and Co., 1901.

MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 62, n. 2, São Paulo, 1967. p. 305-318.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, v. V. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la 'actio' romana, del derecho de accionar actual, de la 'litiscontestatio' y de la sucesión singular en las obligaciones. *In: Polemica sobre la 'actio'*. Buenos Aires: EJE, 1974 (1857). p. 199-291.

NAZO, Nicolau. *A decadência no direito civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.. *Código civil e legislação civil em vigor*. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor*. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed., São Paulo: RT, 2006.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Breves notas sobre o conceito de ação de direito material. Disponível em: <http://www.diritto.it/all.php?file=26300.pdf>. Disponibilizado em: 10.07.2008. Acessado em: 27.01.2011.

NOVELLA, Marco. *Prescrizione e decadenze nel diritto del lavoro e previdenziale questioni attuali*. Disponível em [www.ca.milano.giustizia.it/allegato\\_corsi.aspx?File\\_id\\_allegato=3049](http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=3049). Consultado em 22.09.2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008.

PACHECO, José Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; FERNANDEZ, Leandro. *Tratado da prescrição trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.

PEKELIS, Alessandro. A acção. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 2, ns. 3-4, Lisboa, 1941 (1937), p. 66-89 e 621-649.

PELLETIER, Caroline. *La caducité des actes juridiques em droit privé français*. Paris: L'Marmattan, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEYRAS, Jean. Religion étrusque et droit romain d'après le bureau central des géomètres de la dynastie vandalo-théodosienne. *In: Dialogues d'histoire ancienne*, v. 38, n. 1, [s.l.], jan.2012, p. 163-176.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969, t. III*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1970.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado, t. 5*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado, t. 6*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado, t. 22*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado, t. 47*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

\_\_\_\_\_. *Tratado da ação rescisória*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2003 (1964).

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações, t. 1*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1972.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil, t. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil, t. 3*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PORTUGAL. *Ordenações afonsinas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1786.

\_\_\_\_\_. *Ordenações manuelinas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1797.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002 (1761).

PROVERA, Giuseppe. *A noção romana de 'actio'*. Disponível em <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveranocao.pdf>. Acessado em 28.09.2011.

PRUNES. José Luiz Ferreira. *Tratado sobre a prescrição e a decadência no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: *Polemica sobre la 'actio'*. Buenos Aires: EJEa, 1974. p. XI-XLI.

PUTZGER, Friedrich Wilhelm. *Historischer Schul-Atlas*. 29ª ed., Leipzig: Velhagen & Klasing, 1905.

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, t. 2*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.

RIBAS NETTO, Pretextato P. Taborda. A prescrição e as prestações de trato sucessivo. In: *Revista do ministério público do trabalho*, n. 1, Brasília, mar/1991. p. 38-42.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949.

ROCHA, Osiris. 'Prescrição (Direito do trabalho) III', *in*: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 233-235.

ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da aposentadoria sobre o contrato de trabalho. *In*: *Revista LTr*, v. 60, n. 8, São Paulo: LTr, ago.1996, p. 1051-1059.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, v. 1. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. A prescrição no direito do trabalho, *in*: *Estudos de direito do trabalho*. 2ª ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1964. p. 186-216.

SANDONÀ, Alan. *Alle origini del libro "Della Tutela dei diritti": "storia esterna", natura ed ascendenze legislative, dottrinali e giurisprudenziali del VI libro del vigente Codice civile*. Tese de doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Milano, 2011.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e prescrição do direito do contribuinte e a LC 118: entre regras e princípios, *in*: *Revista diálogo jurídico*, n. 15, Salvador, jan-mar.2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª ed., São Paulo: Cortez, 2006.

SARFIELD, Dalmacio Velez. *Proyecto de código civil para la república argentina*, v. 3. Buenos Aires: Pablo Coni, 1868.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*, t. 4. Paris: Firmin Didot Frères, 1845.

\_\_\_\_\_. *Traité de droit romain, t. 5*. Paris: Firmin Didot Frères, 1858.

\_\_\_\_\_. *System des heutigen Römischen Rechts, t. 5*. Berlin: Veit und Comp., 1841.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHULTE, Frederick von. *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*. 5a ed., Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1882.

SIDOU, J. M. Othon. *As garantias ativas dos direitos coletivos*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Clóvis do Couto e. A teoria das ações em Pontes de Miranda, *in: Revista de Informação Legislativa*, n. 100, out-dez.1988, p.249-256.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Estudo crítico da prescrição trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários à reforma trabalhista*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho aplicado, v. 1*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. Aquilo que não nos contaram sobre a caducidade no direito do trabalho. In: *O direito material e processual do trabalho dos novos tempos*. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista da Ajuris*, n. 29. Porto Alegre: Ajuris, nov.1983. p. 99-126.

SILVA, Alessandro. A prescrição na reforma trabalhista: segurança jurídica para desrespeitar os direitos sociais, *in: A reforma trabalhista na visão da AJD*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 193-208.

SOLOMON, Robert C. Justice v. vengeance: on law and the satisfaction of emotion. *In: The passions of law*. Nova York: NYU Press, 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego*. Disponível em: [https://www.jorgesoutomaiior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a\\_garantia\\_contra\\_dispensa\\_arbitr%C3%81ria\\_como\\_condi%C3%87%C3%83o\\_de\\_efic%C3%81cia\\_da\\_prescri%C3%87%C3%83o\\_no\\_curso\\_da\\_rela%C3%87%C3%83o\\_de\\_emprego..pdf](https://www.jorgesoutomaiior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_garantia_contra_dispensa_arbitr%C3%81ria_como_condi%C3%87%C3%83o_de_efic%C3%81cia_da_prescri%C3%87%C3%83o_no_curso_da_rela%C3%87%C3%83o_de_emprego..pdf). Consultado em 13.11.2018.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Leya, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SZMODIS Jenő. *The reality of the law: from the etruscan religion to the postmodern theories of law*. Budapest: Kairosz, 2005.

TACITUS, Publius Cornelius. *On Germany*. Nova York: P. F. Collier & Son Co., 1910 (98).

TAMM, Ditlev. The Danish code of 1683: an early European code in an international context, *in: Scandinavian Studies in Law*, v. 28, [s.l.], 1984, p. 163-180.

TELLES, José Homem Corrêa. *Doutrina das acções*. Atual. por Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação e direito subjetivo, *in: Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba a. 7, n. 24, abr-jun/2002. p. 297-311.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Prescrição e decadência no novo código civil: alguns aspectos relevantes. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, n. 23. Porto Alegre, maio-jun.2003. p. 128-147.

\_\_\_\_\_. A exceção de prescrição no processo civil. Impugnação do devedor e decretação de ofício pelo Juiz. *In: Revista IOB de direito civil e processual civil*, v. 41, São Paulo, mai-jun.2006. p. 68-85.

TOSTES MALTA, Christovão Piragibe. *Prática do processo trabalhista*. 26ª ed., São Paulo: LTr, 1995.

VARGAS, José Manuel. *Forais de Belmonte: 1199-1510*. Belmonte: Câmara Municipal de Belmonte, 2001.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A singularidade interruptiva da prescrição civil. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, v. 42, São Paulo, jul.-ago.2006. p. 92-102.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2000.

VIOLLET. Paul. *Histoire du droit civil français*. 2a ed., Paris: L. Larose & Forcel, 1893.

WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*. Buenos Aires: EJE, 1962 (1889).

WEST, Ed. *1215 and all that : Magna Carta and King John*. Nova York: Skyhorse Publishing, 2017.

WINDSCHEID, Bernhard. La 'actio' del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. *In: Polemica sobre la 'actio'*. Buenos Aires: EJE, 1974 (1856). p. 3-196.

\_\_\_\_\_. La 'actio' – réplica al Dr. Theodor Muther. *In: Polemica sobre la 'actio'*. Buenos Aires: EJE, 1974 (1857). p. 295-355.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

## **b. Dicionários**

BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman law*. Philadelphia: American Philosophical Society, 1953.

CHANTRAINE, Pierre. *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*. Paris: Éditions Klincksieck, 1968.

ERNOUT, Alfred; MEILLET, Alfred. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 4a ed., Paris: Klincksieck, 2001.

GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's law dictionary*. 9ª ed., St. Paul: West, 2009.

GÖTZ, Dieter; HAENSCH, Günther; WELLMANN, Hans (ed.). *Großwörterbuch Deutsch als Fremdsprache*. Munique: Langenscheidt, 2010.

POKORNY, Julius. *Indogermanisches etymologisches wörterbuch*. Bern: Francke, 1959.

REY, Alain. (ed.). *Le Robert micro*. 3ª ed., Paris: Dictionnaires Le Robert, 1998.

VAAN, Michiel de. *Etymological dictionary of latin and the other italic languages*. Leiden: Brill, 2008.

VALÉRIO, João Norberto Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho, 3v*. São Paulo: LTr, 2008.

### **c. Fontes oficiais de legislação**

ALEMANHA: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktuell.html>

ARGENTINA: <http://www.saij.gob.ar/buscador/leyes-nacionales-vigentes>

ÁUSTRIA: <https://www.ris.bka.gv.at/Englische-Rv/>

BRASIL: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>

CANADÁ (federal): <http://laws.justice.gc.ca/eng/>

CANADÁ (Quebec): <http://legisquebec.gouv.qc.ca/>

CHILE: <https://www.leychile.cl/Consulta/homebasico>

ESPAÑA: <https://boe.es/legislacion/legislacion.php>

ESTADOS UNIDOS (federal): <https://www.usa.gov/laws-and-regs>

ESTADOS UNIDOS (Lousiana): <https://www.legis.la.gov/legis/LawSearch.aspx>

FRANÇA: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

ITÁLIA: <http://www.parlamento.it/Parlamento/841>

PORTUGAL: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DiplomasAprovados.aspx>

REINO UNIDO: <http://www.legislation.gov.uk/>

SUÍÇA: <https://www.ch.ch/fr/lois/>

URUGUAI: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes>

#### **d. Outras obras consultadas**

AGAMBEN. Giorgio. *Nudez*. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

ALMEIDA, Isis de. *Manual da prescrição trabalhista*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1999.

AMADO, João Leal. *A cessação do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *A prescrição e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

ASSIS, Araken de. Notas sobre o direito transitório na lei 10.352/01. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/centro\\_de\\_estudos/doutrina/doc/doutrina\\_notas.doc](http://www1.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/doutrina_notas.doc). Elaborado em 25.11.2009. Acessado em: 15.10.2010.

\_\_\_\_\_. *Manual do processo de execução*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2002.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russell, 2002 (1857).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2011.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAHALI, Yussef Said. 'Decadência', *in*: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 22. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 357-370.

CARDONE, Marly A. 'Prescrição (Direito do trabalho) II', *in*: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 230-233.

CARMO, Júlio Bernardo do. O encurtamento dos prazos extintivos como meio de garantir melhor efetividade processual. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/emdia/artigos/artigos.htm>. Elaborado em 26.08.2010. Acessado em: 25.11.2010.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do trabalho*. Aracajú: Evocati, 2011.

CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. 2ª tir., São Paulo: LTr, 1997.

\_\_\_\_\_. A prescrição extintiva de direito do trabalhador urbano. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, n. 7, 1999, p. 74-78.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A prescrição das ações trabalhistas de reparação de danos materiais e morais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 620, 20.03.2005. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6456>. Acesso em: 19.10.2010.

CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. A redução do prazo prescricional e a sua aplicação às situações jurídicas pendentes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3338, 21.08.2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22454>. Acesso em: 22.08.2012.

CHAVES, Luciano Athayde. 'Prescrição, perempção e decadência', in: CHAVES, Luciano Athayde (org.), *Curso de processo do trabalho*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2012. p. 500-552.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. A modernização do direito das obrigações. *Revista da ordem dos advogados*. Lisboa, vol. I, jan.2002.

\_\_\_\_\_. *Da boa fé no direito civil*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. A prescrição trabalhista. *Revista LTr*, v. 40, n. 9, São Paulo, set.1976, p. 1143-1145.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. In: *Revista da procuradoria-geral do estado – Cadernos de Direito Público*, v. 27, n. 57 supl. Porto Alegre, 2003, p.111-121.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 4ª ed., São Paulo: Dialética, 2006.

DALLEGRRAVE NETO, José Affonso. Execução de título extrajudicial na Justiça do Trabalho. *In: Revista da Amatra II, n. 6*. São Paulo, fev.2002, p. 31-35.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br). Elaborado em 1985. Acessado em: 24.05.2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 2. Salvador: Juspodium, 2007b.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Execução civil*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

EÇA, Vitor Salino De Moura. *Prescrição intercorrente no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA Fº., Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*, v. 1. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FALCONE, Giuseppe. Prescrizione III – Diritto tributario. *In: Estratto dal volume aggiornamento XI della Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 2003.

FAVA, Marcos Neves. Três aspectos da prescrição trabalhista. *Revista trabalhista – direito e processo*, v. 30, Rio de Janeiro, 2009, p. 58-71.

FERRARI, Irany. Prescrição trabalhista - Decretação 'ex officio'. *Suplemento trabalhista LTr*. São Paulo, n. 37, 1992, p. 255.

\_\_\_\_\_; NAHAS, Thereza Christina. Prescrição trabalhista - Decretação 'ex officio'. *Revista LTr*, v. 64, n. 11, São Paulo, nov.2000, p. 1384-1387.

FRANÇA, Milton de Moura. Prescrição – Multa de 40% do FGTS – Termo inicial – Alcance da lei complementar n. 110/2001. *Revista do TST*. Brasília, v. 72, n. 2, maio-ago.2010, p. 15-16.

FRIGIERI, Carlos Alberto. *Da inconstitucionalidade da prescrição parcial para o trabalhador rural*. São Paulo: LTr, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Fº., Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. 1. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GASPARINI, Diógenes. Parecer sobre regime jurídico de servidores de autarquia municipal ante a EC 19/98. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 45, 01.09.2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16259>>. Acesso em: 26.out.2010.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. 'Prescrição (Direito tributário) I',  
*in*: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 235-245.

HOWARD, Philip K.. A wrong without a remedy. *In: The Yale Law Journal Pocket Part*, v. 115, New Haven: The Yale Law Journal, 2006. p. 30-33.

HUMBERT, Georges Louis Hage. Inaplicabilidade da prescrição na execução trabalhista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1473, 14.07.2007. Disponível em:  
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10143>. Acesso em: 11.11.2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 2ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1932 (t. 1) e 1933 (t. 2).

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIEBMAN. Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. 1. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005 (1973).

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*, v. 1. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Imprescritibilidade da ação declaratória do direito de compensar tributo indevido. Disponível em: [www.hugomachado.adv.br](http://www.hugomachado.adv.br). Acessado em: 27.05.2005.

MACHADO, Manoel. 'Prescrição (Lei do FGTS)', in: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 248-254.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, v. 1. 4ª ed., São Paulo: LTr, 1991.

MALLET, Estevão. Novas e velhas questões em torno da prescrição trabalhista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 96, São Paulo, 2001, p. 215-229.

\_\_\_\_\_. O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil. *Revista LTr*, v. 70, n. 6, São Paulo, jun.2006. p. 668-675.

MARANHÃO, Délio. Prescrição, direito do trabalho e a súmula nº 198 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*, v. 49, n. 6, São Paulo, jun.1985. p. 649-651.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Pronunciamento 'ex officio' da prescrição e processo do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1387, 19.04.2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9769>. Acesso em: 18.10.2010.

MARCATO, Antonio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do Código Civil. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/sdi/paginas/imagens/arquivo68.pdf>. Elaborado em: 16.04.2010. Acessado em: 21.07.2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). *Decadência e prescrição*. São Paulo: RT, 2007.

MARUOTTI, Laura Solidoro. La perdita dell'a azione civile per decorso del tempo nel diritto romano. *Teoria e Storia del Diritto Privato*, Salerno (Itália), n. III, 2010. Disponível em: <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&clD=109>. Acesso em 11.03.2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003 (1ª ed., 1925).

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. Prescrição do dano moral no direito do trabalho: um novo enfoque. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 709,

14.06.2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6867>. Acesso em: 26.11.2010.

\_\_\_\_\_. Prescrição nas ações acidentárias. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/geral/PRESCRI%C3%87%C3%83O%20NAS%20ACIDENT%C3%81RIAS.doc>. Elaborado em 09.2006. Acesso em 18.12.2010.

MELLO, Marco Aurélio de. Prescrição: momento propício à articulação. *In: Revista de direito do trabalho*, n. 72, ano 13, mar-abr/1988, p. 41-45.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTIBELLER Paula Becker. Declaração *ex officio* da prescrição no processo do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, a. 72, t. I, n. 6, p. 647-657, jun. 2008.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 366, mar-abr.2003, p. 119-126.

NAHAS, Thereza Christina. Prescrição dos direitos do trabalhador doméstico. *Revista IOB trabalhista e previdenciária*, n. 199, São Paulo, jan.2006. p. 240-242.

\_\_\_\_\_. Breves notas sobre a prescrição trabalhista. Disponível em: <http://www.elsevier.com.br/site/multimidia/documentos-detalle.aspx?seg=4&docid=58385>. Disponibilizado em: 25.08.2009. Acessado em 27.07.2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e ação civil pública. *Revista de processo*, n. 38. São Paulo: RT, arb-jun.1985. p. 129-145.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil e meio ambiente. *Revista do advogado*, n. 37. São Paulo: AASP, set.1992. p. 36-47.

\_\_\_\_\_; *et alii*. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: MILARÉ, Édís. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repreensão*. São Paulo: RT, 1994.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Tratado de direito processual do trabalho*, v. 1. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. *Manual de audiências trabalhistas*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. O dano pessoal no Direito do Trabalho. In: *Revista da Amatra II*, n. 6. São Paulo, fev.2002, p. 5-21.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Prescrição nas ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 28, Campinas, 2006, p. 53-72.

PAES, P. R. Tavares. Prescrição (Direito tributário) II, *in*: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 245-248.

PALMEIRA SOBRINHO, Zeu. *Prescrição trabalhista e previdenciária*. São Paulo: LTr, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Prescrição trabalhista: questões controvertidas*. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. Pode a prescrição trabalhista ser reconhecida *ex officio*?. *Genesis - Revista de Direito do Trabalho*, n. 77, Curitiba, maio.1999. p. 712-714.

PAROSKI, Mauro Vasni. A prescrição na ação de reparação por dano moral no contrato de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 399, 10.08.2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5564>. Acesso em: 26.11.2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodium, 2014 (1960).

PEIXOTO, Matos. Limite temporal da lei. *Revista forense*, v. 103, t. 3, Rio de Janeiro, 2007, p. 177-192.

PEREIRA, José Luciano de Castilho; CORREIA, Nilton (orgs.). *Prescrição nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Breves considerações sobre a interrupção da prescrição trabalhista. *In: Revista do ministério público do trabalho*, n. 9, Brasília, mar.1995. p. 50-55.

PESSOA, Marcelo. Prescrição do dano moral trabalhista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 45, 01.09.2000. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1210>. Acesso em: 25.11.2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Prescrição de diferenças de complementação de aposentadoria: aplicação das Súmulas 326 e 327 do Tribunal Superior do Trabalho. Parecer inédito, elaborado em 15.12.2009.

\_\_\_\_\_. *Execução trabalhista*. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

PLATÃO. *República*. 9ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*, t. 26. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*, t. 48. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

\_\_\_\_\_. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, t. V. 2ª ed., São Paulo: RT, 1971.

\_\_\_\_\_. Pretensão à tutela jurídica, pretensão processual e pretensão objeto do litígio. *In: Revista forense*, n. 171. Rio de Janeiro: Forense, maio-jun.1957. p. 21-30.

PRATA, Marcelo Rodrigues. A prescrição intercorrente, pronunciada de ofício, no processo de execução trabalhista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1470, 11.07.2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10116>. Acesso em: 19.12.2010.

ROCHA, Andréa Presas; ALVES NETO, João (org.). *Súmulas do TST comentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale des obligations dan la seconde rédaction du projet du code civil pour l'empire d'Allemagne*. Paris: Librairie Cotillon, 1895.

SERAFIM JUNIOR, Arnor. *A prescrição na execução trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006.

SILVESTREIN, Natália Cristina Damásio. Do reconhecimento *ex officio* da prescrição conforme alterações da lei n. 11280/2006. *Revista da Esmesc*, v. 15, n. 21, Florianópolis, 2008. p. 527-544.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (org.); *et alii*. *Curso de direito do trabalho*, v. II. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_ (org.); *et alii*. *Curso de direito do trabalho*, v. IV. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. Reflexos das alterações do código de processo civil no processo do trabalho. *Revista LTr*, v. 70, n. 8, São Paulo, ago.2006, p. 920-930.

\_\_\_\_\_. A prescrição do direito de ação para pleitear indenização por dano moral e material decorrente de acidente do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 28, Campinas, 2006, p. 25-43.

SOUZA, Romildo Bueno de; PASSOS, Joaquim Calmon de; DINAMARCO, Candido Rangel. *A questão das liminares e o perecimento do direito*. Brasília: CEJ, 1994.

SUSSEKIND, Arnaldo. Prescrição. *Revista LTr*, v. 53, n. 9, São Paulo, set.1989, p. 1019-1022.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Liquidação da sentença no processo do trabalho*. 5ª ed., São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. *Execução no processo do trabalho*. 9ª ed., São Paulo: LTr, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; *et alii*. *Código civil interpretado*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 836, jun.2005, p. 49-68.

TRIGGIANO, Annalisa. Note sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione nel codice giustiniano. *Teoria e storia del diritto privato*, Salerno (Itália), n. III, 2010. Disponível em: <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=111>. Acesso em 11.03.2011.

VALÉRIO, João Norberto Vargas. Suspensão da prescrição trabalhista por doença profissional e *conditio juris*. *Suplemento Trabalhista LTr*, a. 46, n. 6, São Paulo, 2010, p. 21-26.

\_\_\_\_\_. Decretação da prescrição de ofício: óbices jurídicos, políticos, sociais, lógicos, culturais e éticos. *Revista do TST*. Brasília, v. 72, n. 2, maio-ago.2010, p. 112-126.

VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. Prescrição de ofício?. Disponível em: [http://www.anamatra.org.br/geral/Vg%20rx%20Est%20Prescri%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_of%C3%ADcio.doc](http://www.anamatra.org.br/geral/Vg%20rx%20Est%20Prescri%C3%A7%C3%A3o_de_of%C3%ADcio.doc).  
Disponibilizado em: 05.01.2007. Acesso em 19.12.2010.

VASCONCELOS, Ilná Carvalho. A prescrição no direito do trabalho e a legitimidade do ministério público para argüi-la em favor do ente público. *Revista do ministério público do trabalho*. Brasília, n. 5, mar.1993, p. 59-61.

VIEIRA, Nei Messias. Prescrição da pretensão de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho – Quebrando os dogmas prescricionais na Justiça do Trabalho. *In: Revista do ministério público do trabalho*, n. 34, Brasília, set/2007. p. 41-74.

*There's a sign on the wall  
But she wants to be sure  
'Cause you know sometimes  
words have two meanings\**

Led Zeppelin, *Stairway to heaven*, in: Led Zeppelin IV, 1971.

---

\* *"Há um aviso na parede, mas ela quer ter certeza, pois você sabe que as palavras às vezes têm dois sentidos".*