

A Prescrição das Pretensões Coletivas

Análise dos efeitos nas demandas coletivas e individuais. Estudo da legislação estrangeira.

Lorena de Mello Rezende Colnago

A Prescrição das Pretensões Coletivas

**Análise dos efeitos nas demandas
coletivas e individuais. Estudo da legislação
estrangeira.**





LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Agosto, 2022

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: RLUX
Projeto de capa: DANILO REBELLO
Impressão: LOG & PRINT GRAFICA

Versão impressa — LTr 6375.7 — ISBN 978-65-5883-166-2
Versão digital — LTr 9858.2 — ISBN 978-65-5883-167-9

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Colnago, Lorena de Mello Rezende

A prescrição das pretensões coletivas [livro eletrônico] : análise dos efeitos nas demandas coletivas e individuais : estudo da legislação estrangeira / Lorena de Mello Rezende Colnago ; prefácio Enoque Ribeiro dos Santos ; apresentação Clarissa Ribeiro Schinestsch.
— São Paulo : LTr, 2022.

PDF

Bibliografia.

ISBN 978-65-5883-167-9

1. Ação coletiva 2. Ação coletiva trabalhista 3. Justiça do trabalho 4. Poder judiciário I. Santos Enoque Ribeiro dos. II. Schnestsch, Clarissa Ribeiro. III. Título.

22-117501

CDU-347.998:331

Índice para catálogo sistemático:

1. Justiça do trabalho : Direito 347.998:331

Cibele Maria Dias — Bibliotecária — CRB-8/9427

DEDICATÓRIA

A Jorge Cavalcanti Boucinhas (in memoriam).

O tempo prematuramente o levou de nosso convívio.

Ironicamente, esse mesmo tempo marcou com intensidade a admiração, o carinho, a confiança, o respeito, a amizade e a cumplicidade de nossa relação parental.

Gratidão e saudade!

A Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho.

Meu grande amor e maior incentivador da vida acadêmica. Obrigada por todo carinho, compreensão, amor e cumplicidade.

Ao meu gatinho Fido, que sempre deixa meus dias mais doces e alegres.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é sempre uma tarefa difícil, não pelo sentimento genuíno de gratidão, mas porque tudo o que somos é um pouco do que nos deixa cada pessoa ao longo da vida. Espero nestas linhas não cometer o pecado de olvidar alguém.

Inicialmente agradeço a Deus. Ao amado esposo, Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, que vibrou, acompanhou-me e apoiou-me minuto a minuto, dividindo alegrias, tristezas, reflexões e livros em tempos tão difíceis e desafiadores.

Agradeço ao estimado Professor Orientador, Dr. Enoque Ribeiro dos Santos, que, com sua preparação, sua cultura e seu talento, aceitou-me como discípula, mas também porque me permitiu crescer sob a sua sombra. Aos professores Antonio Rodrigues de Freitas Júnior e Hermes Zaneti Junior, pelas reflexões críticas.

Muitas pessoas fizeram parte da construção desta tese, tijolo a tijolo, ora com apoio e amizade, ora com materiais e pesquisa. Agradeço à bibliotecária da USP, Maria dos Remédios, pela orientação quanto aos detalhes da formatação, e uma especial gratidão às servidoras públicas da Biblioteca Dr. Nebrídio Negreiros do Fórum Trabalhista Ruy Barbosa, na pessoa das bibliotecárias Denise de Mello Alcantara da Silva e Barbara Maidel. Nesses tempos de pandemia, vocês foram um bálsamo no meu caminho! Nunca pouparam esforços para me ajudar a conseguir as obras mais raras e difíceis, especialmente com as bibliotecas fechadas pelo isolamento social. Não tenho palavras suficientes para agradecer-lhes.

A Carla Reita Leal, Gabriela Mendizabal, Gabriela Merialdo, Vito Palo, João Renda Leal, Morgana de Almeida Richa, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, Manoel Carlos Toledo Filho, Ivani Contini Bramante, Luiz Eduardo Gunther, Maíra Marques da Fonseca, Valdete Severo, Adalberto Martins, Marcelo Azevedo Chamone, Mario Garmendia Arigón, Martha Elisa Monsalve Cuellar, María Áγγελles Valle, César Arese, Stefano Bellomo, Augustus Bonner Cocham III e Alberto Levi, que me emprestaram, além de seus conhecimentos, obras antigas e novas, com especial destaque para a última atualização do *Tratado de Direito Privado* de Pontes de Miranda, gentilmente cedido pela professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

Agradeço também aos professores Ricardo de Barros Leonel e Marcelo José Magalhães Bonizzi pela disciplina sobre ações coletivas Brasil e Itália, bem como ao professor de italiano Filippo *Di Iorio*, que, de retorno da Itália, trouxe-me um importante livro de Processo Coletivo e ainda conseguiu os originais de textos italianos. Ao professor Estêvão Mallet, pela indicação de importantes obras francesas. E ao meu querido sogro (*in memoriam*) que me ajudou com a tradução dos textos em alemão.

Aproveito o momento para fazer um agradecimento especial pelo tempo de debate, ainda que por telefone, com o professor Humberto Theodoro Júnior, e à querida Beatriz Theodoro, por me proporcionar tamanha alegria. Agradeço igualmente ao professor Antonio Gidi, sempre entusiasmado e com uma incrível disponibilidade para o diálogo. Agradeço aos professores Raimundo Simão de Melo, Sandoval Alves da Silva, Clarissa Ribeiro Schinestsck, Adriane Reis de Araújo, Ronaldo Lima dos Santos e Xisto Tiago de Medeiros Neto, pela disponibilidade para discutir sobre suas obras, e as reflexões compartilhadas com Angel Rafael Mariño Castellanos, Eliana dos Santos Alves Nogueira, Célia Regina Zaparolli e Valério Soares Heringer.

A todos(as) os(as) queridos(as) professores(as) que compuseram a banca examinadora: Clarissa Ribeiro Schinestsck, Hermes Zaneti Junior, Raimundo Simão de Melo, Guilherme Guimarães Feliciano e Antônio Rodrigues de Freitas Júnior.

Ao amigo Zeno Simm, pelo tempo despendido e pelos detalhes que não lhe fugiram em acurada leitura. Faltam-me palavras para expressar minha eterna gratidão por todo o carinho. À minha tia Eliane Rezende, à estimada Sônia Claro e à Graça Leal, pela ajuda na correção ortográfica e gramatical.

Aos colegas de disciplina, pela troca de reflexões e de material. Ouso citar alguns: Maria Elisa Cesar Novais, Vivian Paixão, Edna Lemos, Amanda Tirapelli, Selma Carloto, Robson Alves Ribeiro, Carlos Abener, Fábio Ribeiro da Rocha, Leonardo Aliaga Betti, Adib Pereira, Eduardo Caprara, Naiane Melo, Fernanda Junqueira, Ricardo Jahel Filho, Victor Gasparini e Gustavo Valle.

À estimada amiga Beatriz Casimiro Costa, com toda admiração, pela amizade, incentivo e confiança. Estendo os agradecimentos a toda equipe da Editora LTr e ao Dr. Armando Casimiro Costa (*in memoriam*) por publicarem meus trabalhos com especial destaque para o artigo Desaposentação (monografia do Bacharelado em Direito na UFES) e o livro Competência da Justiça do Trabalho para as lides de natureza jurídica penal trabalhista (dissertação de Mestrado em Direito Processual na UFES). É muito gratificante tê-los comigo a cada etapa da vida acadêmica.

Aos amigos e amigas, que não vou nominar para não cometer o pecado do esquecimento: Vocês são uma verdadeira família espiritual nesta Terra!

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
APRESENTAÇÃO	17
INTRODUÇÃO	19
1. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO	23
1.1. Escorço histórico da prescrição	23
1.2. Divergência histórica entre as doutrinas ítalo-francesa e germânica	27
1.3. Natureza jurídica da prescrição	37
1.4. Fundamentos do instituto da prescrição	38
1.4.1. Efeitos do tempo na perspectiva do Estado.....	38
1.4.2. Efeitos do tempo na perspectiva do indivíduo	40
1.4.2.1. Perspectivas do devedor	40
1.4.2.2. Perspectivas do credor	42
1.5. Conceito de prescrição	43
2. O ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA E A JUSTIÇA DO TRABALHO	44
2.1. O sistema de Justiça: políticas de combate à conflituosidade e o acesso coletivo ..	44
2.2. acesso coletivo à Justiça do trabalho: desenvolvimento e objeto.....	54
2.2.1. Antecedentes das ações coletivas no mundo.....	55
2.2.2. Evolução legislativa do sistema processual coletivo no Brasil	60
2.2.2.1. Dissídios coletivos	63
2.2.2.2. Ações de cumprimento.....	67
2.2.2.3. Ações anulatórias	68
2.2.2.4. Ações para a tutela de lesões de massa	69
2.3. O acesso coletivo ao Poder Judiciário e à Justiça do Trabalho	73

2.4. O objeto do direito coletivo	80
2.4.1. Direitos difusos	86
2.4.2. Direitos coletivos em sentido estrito	88
2.4.3. Direitos individuais homogêneos	89
2.4.4. Direitos coletivos, moleculares e transindividuais	97
3. LEGISLAÇÃO E DOUTRINA ESTRANGEIRAS EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO E AÇÕES COLETIVAS	100
3.1. A prescrição das pretensões individuais trabalhistas no direito estrangeiro	100
3.1.1. Itália	101
3.1.2. França	104
3.1.3. Alemanha	109
3.1.4. Colômbia	116
3.1.5. Estados Unidos da América	118
3.1.6. Uruguai	124
3.1.7. Argentina	126
3.2. O processo coletivo no direito estrangeiro e os prazos de prescrição para pretensões coletivas	129
3.2.1. Estados Unidos da América	130
3.2.2. União Europeia	139
3.2.2.1. Itália	142
3.2.2.2. França	150
3.2.2.3. Alemanha	156
3.2.3. Colômbia	160
3.2.4. Argentina	165
3.2.5. Uruguai	170
4. PRESCRIÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO	173
4.1. A prescrição da pretensão individual trabalhista e sua evolução	173
4.1.1. Prescrição de ofício da pretensão individual trabalhista	184
4.1.2. Inegociabilidade dos prazos prescricionais no ordenamento pátrio	186
4.1.3. Prescrição intercorrente da pretensão trabalhista individual	188

4.2. Previsões normativas da pretensão coletiva no microsistema	190
4.2.1. Pretensões coletivas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (dis- sídios coletivos)	190
4.2.2. Prescrição em pretensões coletivas contidas na lei da ação popular.....	191
4.3. Anteprojetos e projetos de alteração da legislação processual coletiva: enfoque nas previsões quanto à prescrição das pretensões coletivas.....	193
4.4. Revisões doutrinária e jurisprudencial.....	198
4.4.1. A imprescritibilidade das pretensões coletivas	198
4.4.2. Prescrição das pretensões coletivas e o prazo quinquenal	201
4.4.3. Direitos individuais homogêneos e multas decorrentes das pretensões coletivas.....	204
4.5. O instituto da prescrição aplicado às pretensões trabalhistas coletivas	206
4.5.1. A prescrição de ofício da pretensão coletiva trabalhista.....	212
4.5.2. A inegociabilidade dos prazos prescricionais coletivos	212
4.6. A prescrição e o direito intertemporal.....	213
5. EFEITOS DA PRETENSÃO COLETIVA NAS DEMANDAS COLETIVAS E INDI- VIDUAIS.....	217
5.1. Contagem dos prazos prescricionais	217
5.1.1. Pretensões individuais trabalhistas	217
5.1.1.1. Impedimento e suspensão do prazo prescricional	221
5.1.1.2. Causas de interrupção do prazo prescricional	226
5.1.2. Pretensões coletivas trabalhistas.....	234
5.1.2.1. Impedimento e suspensão dos prazos prescricionais em preten- sões coletivas.....	235
5.1.2.2. Causas de interrupção do prazo prescricional em pretensões cole- tivas.....	237
5.2. Efeitos das ações coletivas sobre as demandas individuais em matéria de pres- crição	243
5.3. A ação de cumprimento e o prazo prescricional	249
5.3.1. O impulso oficial na execução trabalhista e as ações de cumprimento..	255
5.3.2. O prazo das adesões individuais na liquidação coletiva e no cumprimento da sentença: art. 100 do Código de Defesa do Consumidor	258

5.4. A prescrição intercorrente e as execuções coletivas	265
5.5. Vantagens da adoção da tese decenal para o sistema de Justiça e para o acesso coletivo à Justiça.....	266
CONSIDERAÇÕES FINAIS	269
REFERÊNCIAS	275

PREFÁCIO

Com muita alegria e satisfação que recebi o amável convite da professora e juíza do Trabalho, agora Doutora em Direito, Dra. Lorena de Mello Rezende Colnago para elaborar o prefácio desta importante obra jurídica, mais uma entre várias outras por ela já elaboradas e publicadas, porém talvez o seu maior desafio nos últimos anos, entre seus vários e valiosos trabalhos científicos.

Entretanto, esse livro ostenta um valor especialíssimo à autora, pois representa o fruto de sua tese de Doutorado em Direito, defendida com sucesso e honrada com nota de destaque, na verdade com dois títulos acadêmicos, um de distinção e outro de reconhecimento para efeito de publicação, que foram conferidos à autora pela banca de Defesa de Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tradicional Arcadas do Largo São Francisco, presidida por mim, sem direito a voto, na condição de orientador, e aprovada por unanimidade pelos demais integrantes, professores Doutores Antônio Rodrigues de Freitas Junior, Guilherme Guimarães Feliciano, Raimundo Simão de Melo, Clarissa Ribeiro Schinestsck e Hermes Zaneti Junior.

A Juíza e Professora Lorena de Mello Rezende Colnago, neste momento particular, brinda o mundo do Direito com mais essa importantíssima contribuição jurídica, até o momento sem similar e precedente na academia brasileira, colmatando, na verdade, uma grande lacuna doutrinária e legislativa, diante do fato que é a primeira obra jurídica a se dedicar integralmente ao tema da prescrição e seus efeitos (impedimentos, suspensão, interrupção e prazos, no Brasil e no direito estrangeiro) no domínio do Direito Coletivo do Trabalho e, por extensão, no Processo Coletivo do Trabalho.

É cediço que o tema suscita inúmeras dúvidas e especulações no mundo do Direito, justamente pelo fato de que os conflitos moleculares, de massa e fragmentários advieram às relações jurídicas com maior intensidade, a partir da década de setenta, época em que surgiram os primeiros estudos de doutrinadores italianos e progressivamente pelos estudiosos americanos, que deram ensejo à gênese do microsistema de tutela coletiva e das "*class actions*" do direito norte-americano.

A aceitação da prescrição, como sendo instituto do direito material, porém produzindo efeitos predominantemente processuais, e não apenas causa direta de extinção do direito material, foi contemplada, inicialmente, no Código Civil Napoleônico, de 1805, tendo sido acompanhada no século XX pelos códigos da Alemanha e da Suíça. Logo a seguir, o Código Italiano afastou a tese de que a prescrição se constituía em perda da ação, pelo transcurso do tempo, declarando

em seu art. 2934, que são os próprios direitos que se extinguem. Certamente com fulcro neste entendimento que o legislador brasileiro, na esteira do Código Civil de 2002, ciente do embate existente entre o direito italiano e o alemão, optou por acompanhar a tradição romanística, considerando a prescrição como causa de extinção da *pretensão* (entendida como o direito do credor de querer, de exigir da parte contrária, o cumprimento de determinada obrigação — por meio de uma ação) e não do direito material em si, que permanece vivo, latente, embora transformado em obrigação natural, entretanto, que tem o condão, inclusive, de suscitar entre nós o pagamento voluntário de dívida prescrita.

A beleza do instituto jurídico da prescrição, e também da decadência, reside exatamente no fato de seus prazos diferenciados para cada ramo da ciência do Direito. Daí, porque os prazos prescricionais adotados pelo Código Civil brasileiro diferem-se do prazo prescricional de cinco anos, adotado pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 27). Além disso, para complicar ainda mais a aplicação do instituto, na seara das pretensões do trabalhador contra o empregador, provenientes de um contrato de trabalho extinto, a legislação apresenta dois tipos de prescrição (art. 7º, XXIX, da CF/88), uma de dois anos e outra de cinco anos.

Neste sentido, extremamente significativas e oportunas as palavras da Professora Lorena, ao aduzir em seu texto que *"na área trabalhista, os prazos prescricionais estão previstos na Constituição Federal quando se trata de pretensão individual, mas em 2017 a Consolidação das Leis do Trabalho foi alterada para reproduzir o texto constitucional do art. 7º, XXIX, no art. 11, além de receber outras pequenas regulamentações quanto ao tema. Há regra celetista de imprescritibilidade das pretensões declaratórias (art. 11, § 1º da CLT), início de contagem da prescrição quanto à pretensão das férias não usufruídas (art. 149), impedimento da pretensão para trabalho do menor enquanto não alcançar 18 (dezoito) anos (art. 440), e de suspensão do prazo prescricional pela provocação de mediação nas Comissões de Conciliação Prévia (art. 625-G) e para o direito intertemporal (art. 916). A omissão legislativa é complementada pelo direito comum (art. 8º, § 1º da CLT): o regramento quanto à prescrição previsto no Código Civil"*.

A temática da prescrição se apresenta de notável importância na sociedade atual, complexa, contingente, globalizada, reurbanizada, consumerista, politizada, altamente cibernética ou digital, descoletivizada, *on-line*, dominada pela técnica, ciência e tecnologia do conhecimento e da informação, que demanda novos pensares e saberes, em processo de constante transformação e evolução.

Neste contexto de alta complexidade e contingência da sociedade moderna, bem como de alta conflitualidade na seara dos direitos fragmentários e dos micro litígios, a Profa. Lorena de Mello Rezende Colnago nos apresenta a síntese de sua contribuição científica, ao propor como referencial para profunda reflexão do mundo jurídico uma síntese sobre a prescrição, nos seguintes termos: *"(...) o prazo da pretensão coletiva veiculada nas ações civis públicas e coletivas é decenal,*

independente da categoria de direito coletivo veiculado (art. 5º da LACP e art. 81 do CDC). As multas e medidas coercitivas aplicadas pelo magistrado no curso do processo coletivo são obrigação principal. Independente da destinação para o erário público ou para um ente privado, essas multas e medidas coercitivas têm o mesmo prazo da obrigação principal. Há modulação do prazo prescricional decenal na área trabalhista quando o ilícito gerar uma tutela reintegratória, nascida com o fim do contrato de trabalho. Nesse caso, o prazo para a atuação dos legitimados coletivos será de dois anos para essa tutela específica (art. 7º, XXIX, da CF/1988), embora a indenização moral que emerge dessa dispensa coletiva siga o prazo decenal".

Se o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento de validade do Estado Democrático de Direito, e por que não dizer fundamento e validade da própria preservação da raça humana, natural a preocupação dos autores modernos, entre eles, a Profa. Lorena de Mello Rezende Colnago, no sentido de apresentar à comunidade jurídica modernos referenciais jurídicos que visem promover a máxima efetividade a direitos materiais legitimamente conquistados.

Daí a inegável e transcendental importância da presente obra, não apenas pelo fato de se associar aos demais autores que defendem a ascendência dos direitos individuais homogêneos à mesma estatura jurídica dos considerados superdireitos metaindividuais (difusos e coletivos), mas também de oferecer um novo parâmetro no tempo para aplicação da prescrição trabalhista nas lides moleculares, tendo por objeto os direitos metaindividuais.

Não hesitamos, ao contrário, reforçamos o reconhecimento do mérito do trabalho científico de qualidade e de profundidade analítica da Profa. Lorena de Mello Rezende Colnago, com a desenvoltura que lhe é peculiar, no tratamento da gênese, evolução e aplicação contemporânea do instituto da prescrição no direito estrangeiro e, por extensão, no direito pátrio na seara do direito material e processual do trabalho.

Desta forma, congratulamo-nos com a nobre autora pelo árduo esforço intelectual, extensão e qualidade técnico-jurídico, e notadamente pela profundidade analítica e contribuição científica que esse trabalho proporcionará aos juristas, não tendo outra opção lógica a não ser recomendá-lo fortemente ao leitor, ávido e interessado na aquisição e incorporação de nossos ensinamentos jurídicos nesse maravilhoso mundo do direito.

Enoque Ribeiro dos Santos

*Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região.
Professor Associado do Depto. de Direito do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Professor convidado da Faculdade de Direito da
Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.*

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação que recebemos o convite de Lorena de Mello Rezende Colnago para fazer a apresentação da presente obra.

O trabalho que vem a lume aborda a prescrição das pretensões coletivas na Justiça do Trabalho, a incidência do prazo prescricional sobre tais pretensões e os efeitos desse prazo nas demandas coletivas e individuais.

Trata-se de pesquisa instigante, atual e de relevância para a comunidade jurídica, com implicações não apenas acadêmicas, mas sobretudo práticas. É notória também a sua contribuição com o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação da prescrição às pretensões coletivas na Justiça Laboral.

A perspicácia da autora, que alia aptidão para a pesquisa científica com a sua excelência profissional de docente e magistrada, é revelada na firme estruturação do trabalho e na discussão de questões importantes para o desenvolvimento do tema.

A tese, defendida pela autora com brilhantismo perante a banca de doutorado na Universidade de São Paulo, e da qual tivemos a honra de participar, está calcada na ideia central de que diante da lacuna normativa existente no microsistema de tutela coletiva a respeito da prescrição, deve-se aplicar às pretensões coletivas deduzidas em ações civis públicas e em ações coletivas, o prazo decenal fixado como regra geral no art. 205 do Código Civil brasileiro, excluídas as situações em que há prazos previstos em leis especiais, como são os casos das leis de Ação Popular e de Improbidade Administrativa, bem como as hipóteses de imprescritibilidade.

Observa a autora que, conquanto as pretensões coletivas e individuais sejam diferentes, a sociedade necessita de segurança e, em razão disso, é preciso que se estabeleça um prazo prescricional incidente sobre aquelas, ressaltando que em virtude da natureza de ordem pública e do caráter restritivo de direitos, o instituto da prescrição não comporta interpretação extensiva ou analógica.

Perfilhando um caminho intermediário entre as correntes que sustentam a imprescritibilidade dos direitos coletivos e as que preconizam a aplicação do prazo de cinco anos às pretensões coletivas, foram eleitos com lucidez os pontos fundamentais para o desenvolvimento do tema, sem desconsiderar as distintas orientações que se formaram a respeito do assunto de que trata a obra.

Fruto de pesquisa séria e comprometida, o livro que ora apresentamos ao público é baseado em rica literatura nacional e internacional, e, sem embargo de qual a orientação que se adote a respeito da prescrição dos direitos coletivos, certamente se constituirá em obra de referência e fonte de consulta qualificada fulcrada no saudável diálogo entre perspectivas controversas sobre a matéria em tela.

Campinas, 10 de maio de 2022

Clarissa Ribeiro Schinestsck

INTRODUÇÃO

A contagem do tempo ao longo da história das civilizações variou bastante em cada época e construção social. Há notícias de critérios de contagem em ciclos da natureza, tempos de caça ou de plantio, calendários lunares, solares etc. O primeiro ano já foi considerado como a fundação de Roma, mas atualmente é considerado o ano do nascimento de Jesus Cristo (mundo cristão ocidental). Para os árabes, o primeiro ano do calendário é marcado pela fuga de Meca para Medina, empreendida por Maomé. Essas demarcações situam a humanidade no tempo e no espaço. São importantes para as pesquisas históricas e culturais. O mundo ocidental contemporâneo, além do nascimento de Jesus Cristo, baseia sua contagem no ciclo solar e lunar. O tempo é dividido em dias, os dias em horas, as horas em minutos e os minutos em segundos. Convencionou-se usar o marco de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para a contagem do ano, período aproximado da volta da Terra em torno do Sol. E, a partir das fases da Lua, fixou-se o tempo dos meses, 28 (vinte e oito) a 31 (trinta e um) dias.

A passagem do tempo já foi considerada um fator de cura para as relações sociais e esperança de uma nova vida no clássico romance de Victor Hugo, *Os miseráveis*. A obra foi adaptada para a televisão e o cinema e contém diversos questionamentos sobre o tempo, o trabalho como fator de dignificação social, além de retratar as misérias e desigualdades sociais da França do século XIX. Usar o tempo para controlar os conflitos sociais não é próprio de todos os períodos do desenvolvimento humano.

Esta pesquisa restringe a incidência do tempo como fator de extinção da pretensão e exclui o estudo do tempo como fator de aquisição de direitos, para uma melhor delimitação. Não houve uma preocupação de aprofundamento do instituto da decadência, o qual será pontuado em algumas partes do trabalho quando necessário, apenas para diferenciá-lo do instituto da prescrição. A prescrição não é exclusiva do Direito do Trabalho; pelo contrário, seu desenvolvimento ocorreu dentro do Direito Civil, estuário normativo que originou toda sistematização normativa em torno das relações jurídicas trabalhistas. O instituto da prescrição — sua aplicação na área trabalhista, com enfoque nas pretensões coletivas — foi escolhido como o objeto central desta pesquisa.

É importante destacar que tanto o instituto da prescrição quanto o acesso coletivo à Justiça demandam uma compreensão atenciosa e profunda para a fixação de premissas seguras em uma sistematização lógica e harmônica. O tema da prescrição passou a fazer parte dos conflitos judiciais a partir do conflito

decorrente das correções monetárias oriundas dos Planos Bresser e Collor na Justiça Comum (REsp n. 1070896/SC). Houve intenso debate sobre o prazo prescricional aplicável às pretensões coletivas, considerando a omissão da Lei n. 7.347/1985 e da Lei n. 8.078/1990. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que o prazo prescricional aplicável deveria ser extraído das normas do microsistema de acesso coletivo à Justiça. No julgamento, o colegiado optou por aplicar à pretensão coletiva veiculada na ação civil pública, por analogia, o art. 21 da Lei n. 4.717/1965 – prazo quinquenal para as pretensões objeto da ação popular. Os fundamentos utilizados pelo STJ influenciaram o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A polêmica quanto aos prazos prescricionais para as pretensões coletivas ainda não foi sedimentada. A lacuna normativa referente ao tema é o principal objeto de análise deste estudo. Parte-se da visão de unicidade do ordenamento pátrio e da tentativa de harmonizá-lo do modo mais integrativo possível, observando as políticas públicas do sistema de Justiça e a análise dos institutos da prescrição e do processo coletivo pertinentes ao tema.

A visitação à doutrina civilista e processualista civil, ao lado da doutrina clássica trabalhista (material e processual), das legislações e doutrinas estrangeiras que influenciaram o desenvolvimento do ordenamento pátrio, é necessária para uma melhor compreensão do objeto de pesquisa. É igualmente necessária uma organização sistemática e aprofundada da prescrição em pretensões coletivas para que o instituto seja um fator que permite, ao mesmo tempo, eliminar as injustiças do sistema e sedimentar os conflitos pelo decurso do tempo. Há uma lacuna doutrinária quanto à aplicação do instituto da prescrição em sua plenitude quando se trata de processo coletivo. Não há uma obra completa sobre o tema.

Assim, a contribuição que se entregará à comunidade jurídica, sujeita a críticas, é uma tentativa de sistematização da problematização que gira em torno do tema. Qual o prazo aplicável às pretensões coletivas? A regra geral para a omissão dos prazos prescricionais prevista na codificação civil pode ser utilizada? Há diferença de tratamento para a prescrição de pretensões individuais e coletivas? Como harmonizar o sistema? De onde se extrai e como se aplica o impedimento à fluência dos prazos prescricionais em pretensões coletivas? Quais as causas de suspensão e de interrupção do prazo prescricional em pretensões coletivas? Qual o marco de contagem para o início ou reinício desses prazos e como eles se relacionam com as lides individuais? A prescrição intercorrente é aplicável às pretensões coletivas?

Todos esses questionamentos estão em aberto e precisam ser respondidos de algum modo para que a segurança jurídica que se almeja com a resolução judicial dos conflitos seja alcançada.

Optou-se por estruturar o trabalho em cinco capítulos a partir dos elementos principais de seu título. O primeiro capítulo discorrerá sobre o instituto da

prescrição desde o seu nascimento até a fixação de seu conceito e de sua natureza jurídica. Foi necessário apresentar os debates doutrinários entre as escolas ítalo-francesa e alemã, tão importantes para a visão contemporânea do instituto com seus fundamentos.

O segundo capítulo ocupa-se do estudo do acesso coletivo à Justiça. Em primeiro lugar, apresenta-se o que seria um sistema de Justiça e o que esse sistema pretende com a criação estruturada do combate aos litígios de massa. A história no mundo, no Brasil, nas áreas trabalhista e cível é igualmente importante para a compreensão do tratamento coletivo de conflitos. E, como o tema comporta muito debate e divergências doutrinárias, foi necessário, nesse capítulo, fixar as premissas utilizadas no entendimento do que seriam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois as pretensões coletivas derivam desses direitos.

O direito estrangeiro não poderia ser olvidado em uma tese de doutoramento, especialmente diante da comunicação e da relação de influência recíproca entre o ordenamento pátrio e os países eleitos para uma pesquisa da legislação pertinente ao tema da prescrição em pretensões trabalhistas individuais, do acesso coletivo e da indagação se há em outros ordenamentos alguma norma jurídica relativa à prescrição com enfoque na estrutura coletiva das pretensões. Na primeira parte do terceiro capítulo, a distribuição dos países foi realizada a partir do grau de influência e de comunicação com o Direito Material do Trabalho, sob a perspectiva individual, com corte metodológico no tratamento da prescrição para as pretensões individuais trabalhistas. Na segunda parte, o enfoque da pertinência é alterado. Passa-se a interagir com as legislações e doutrinas desenvolvidas sobre o processo coletivo. Daí a disposição dos primeiros países tratados, porque fazem parte, de algum modo, da história legislativa brasileira, e os últimos passam a demonstrar a influência do ordenamento pátrio em suas mudanças legislativas.

Chega-se ao coração da tese. O quarto capítulo traz o tratamento do instituto da prescrição das pretensões individuais e coletivas. Faz-se uma revisão doutrinária e jurisprudencial das teorias sobre a prescrição em pretensões coletivas, com a apresentação da solução proposta para a colmatação da lacuna normativa apresentada. Propõe-se uma solução de aplicação da prescrição às pretensões coletivas reivindicadas ou exigidas no Direito Coletivo do Trabalho, em sua visão contemporânea, bem como se expõem os anteprojetos e projetos de lei existentes sobre o tema da prescrição em pretensões coletivas.

Por fim, no quinto capítulo, apresentam-se respostas e soluções para os problemas da contagem do prazo prescricional, formas de impedimento, suspensão e interrupção. Discorre-se sobre os efeitos produzidos nas demandas individuais pelas ações coletivas, tanto na fase de conhecimento como na de execução, além de conflitos relacionados à chamada prescrição intercorrente, propondo-se, por meio de interpretação sistemática, lógica e segura, o tratamento do instituto.

Em termos de prescrição, foram utilizados como marcos teóricos os trabalhos desenvolvidos por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda no tomo VI do *Tratado de direito privado* e a obra de Humberto Theodoro Júnior, *Prescrição e decadência*, no que diz respeito à fixação do tema da prescrição como normativo geral do ordenamento pátrio e a suas especificidades. Quanto ao processo do trabalho, os marcos teóricos eleitos foram as obras de Wilson de Souza Campos Batalha e de Enoque Ribeiro dos Santos. Procurou-se abranger o máximo de autores da doutrina processual coletiva civil e trabalhista que tentaram de algum modo tratar o tema, ainda que pontualmente.

A epistemologia jurídica — estudo dos fatores que condicionam a origem do Direito e tem como um dos seus objetivos tentar definir o seu objeto de conhecimento e afirmações — foi utilizada desde a análise do instituto da prescrição até o exame do processo coletivo. A pesquisa sintética, aquela que, para explicar e prever comportamentos ou fenômenos complexos, examina o conjunto das relações em que variáveis dependentes e independentes intervêm para fixar uma linearidade sistêmica, foi eleita para o desenvolvimento desta tese. Além dela, utilizou-se da pesquisa de desenvolvimento, visando a elaboração de uma nova forma de intervenção sobre o tema da prescrição em pretensões coletivas tratadas pelo TST.

O método exegético, dialético e dedutivo, com o estudo lógico dos textos normativos, jurisprudenciais e doutrinários, também foi usado para a revisão dos conhecimentos científicos e a elaboração de uma abordagem original do instituto da prescrição e de sua interface com as pretensões decorrentes dos direitos coletivos. O processo coletivo, embora de raízes longínquas, é uma especialidade relativamente contemporânea em comparação com o desenvolvimento do Direito Processual Individual. Por esse motivo, os institutos que a ele se aplicam, como a prescrição, suscitam dúvidas, carecendo de uma maior dedicação para sua estruturação e aplicação visando a segurança jurídica e a harmonia do sistema de Justiça.

1. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Usar o tempo para controlar os conflitos sociais não é próprio de todos os tempos em termos de desenvolvimento humano. Neste capítulo, verificar-se-á o nascimento do instituto da prescrição, seu conceito, a interferência da doutrina pandectista ao esclarecer os conceitos de pretensão e ação, as divergências doutrinárias e o modo como o ordenamento pátrio foi alterado a partir da influência estrangeira.

A primeira lei brasileira que tratou da prescrição foi a Lei n. 556/1850, o Código Comercial do Império do Brasil, nos arts. 411 a 456. Foi fixado o prazo genérico de 20 (vinte) anos (art. 442) e foi previsto um ano para a prescrição trabalhista, a contar do término do contrato (art. 448⁽¹⁾). É interessante observar a trajetória do instituto da prescrição do Direito Comercial ao Código Civil de 1916 e analisar a influência das doutrinas ítalo-francesa e tedesca nas alterações realizadas pelo legislador pátrio no Código Civil de 2002. Sem essa evolução histórica dos conceitos, ainda que resumida, não há como entender o instituto da prescrição aplicado ao Direito do Trabalho.

São adiante abordados o conceito utilizado como premissa metodológica para o desenvolvimento das ideias aqui contidas, a natureza jurídica e os fundamentos do instituto da prescrição.

1.1. ESCORÇO HISTÓRICO DA PRESCRIÇÃO

A origem da prescrição encontra-se no direito grego antigo, sob a denominação de *prothesmia*, que agrupava tanto a preclusão como a decadência. Para a inércia e o atraso, em geral na reivindicação de direitos, era previsto o prazo de cinco anos. O Império Romano, na época de Caracalla, absorveu a regra do direito local grego e expandiu-a para suas áreas dominadas.⁽²⁾ A difusão do tempo como

(1) "As ações de salários, soldadas, jornais, ou pagamento de empreitadas contra comerciantes, prescrevem no fim de 1 (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. Se, porém, as dívidas se provarem por títulos escritos, a prescrição seguirá a natureza dos títulos" (BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia M. L. Batalha. *Prescrição e decadência no direito do trabalho*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998. p. 31).

(2) LEVESQUE, Frédéric; TREMBLAY, François; LEPAGE, Caroline. Lorsque le temps est l'ennemi de la justice: les fondements et les origines de la prescription extinctive des droits personnels: Note de recherche. *Revue de Droit*, Université de Sherbrooke, v. 46, n. 3, 2016, p. 590-591. Disponível em: <<https://doi.org/10.17118/11143/13624>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

limitador do exercício do direito manifestou-se no trabalho da *giurisprudenza romana* — responsável efetiva pela divulgação de *la perdita dell'azione civile per decorso del tempo*.⁽³⁾ Nessa época, havia uma fusão do direito material e do direito processual — a divisão só aconteceu séculos mais tarde.

Historiadores apontam a *Lex Aebutia* como a primeira a prever a prescrição no século II a.C.⁽⁴⁾ Historiadores divergem quanto à data dessa lei: 126 a 117 a.C.⁽⁵⁾, 126 a 149 a.C.⁽⁶⁾, ano 520 de Roma.⁽⁷⁾ Em geral, apontam para a fase em que os pretores puderam criar ações não previstas no direito honorário. A partir dessas ações, denominadas de temporárias, os pretores introduziram um prazo para o seu exercício em oposição à ausência de prazo das ações perpétuas. Ao estabelecer que a ação era temporária, o pretor realizava uma parte introdutória, a *praescriptio*, antes ou no começo da fórmula. Por causa do uso cotidiano de *praescriptio* para determinar o que vinha antes da fórmula, a palavra passou a designar o instituto da prescrição.⁽⁸⁾

A fórmula correspondia a uma previsão abstrata inserida no edito do pretor para ser aplicada num caso concreto, com as adequações necessárias, a fim de que um documento fosse redigido fazendo constar o objeto da demanda que seria julgada. A fórmula promoveu alterações no sistema de Justiça da época, marcado pela oralidade.⁽⁹⁾

A *Lex Aebutia* é apontada como uma das mais importantes do processo romano em razão dos novos poderes conferidos ao magistrado. A intervenção legislativa passou a ser quase inútil. Por meio dessa lei, as palavras e os gestos foram formalmente substituídos pela escrita, redigida pelo magistrado a pedido das partes. Essa é a origem do chamado processo formulário e um marco da origem das regras processuais contemporâneas.

A fórmula determinava que o juiz condenasse ou absolvesse o réu conforme as provas dos fatos alegados pelo autor. A *Lex Aebutia* permitia aos magistrados

(3) MARUOTTI, Laura Solidoro. La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel diritto romano. Profili Generali. *Rivista Internazionale On Line*. Peer Review Journal (ISSN 2036:2528). Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03/10/2007 — Proprietario e direttore responsabile: Laura Solidoro Iscr. Cam. Comm. n. 04552920482 — Partita IVA: IT01573850616 — Cod. Fisc. 04552920482. Disponível em: <<https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/iii-annata-2010/>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

(4) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2019. p. 605.

(5) CASEIRO NETO, Francisco da Silva. Conteúdo do processo formular romano, com suas condições da ação e pressupostos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 4, n. 245, p. 551-568, jul. 2015.

(6) ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 72.

(7) Há divergência se essa lei era de 151 a 124 a.C. ou de 149 a 126 a.C., ou ainda de 199 a 126 a.C. (CHAMONE, Marcelo Azevedo. *Prescrição e decadência*: proposta de definição e identificação dos institutos a partir de uma perspectiva histórica comparada. 2019. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 18).

(8) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2019. p. 605-606.

(9) TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. tir. São Paulo: RT, 2001. p. 47.

a correção do rigor das leis e o suprimento de suas lacunas. A cada ingresso no cargo, o magistrado poderia redigir um edito para dizer como seriam as regras, uma espécie de programa que adotaria ao assumir o cargo.⁽¹⁰⁾

A *Lex Aebutia* permitiu às partes escolher entre a *legis actio* e a fórmula, mas, se as partes não se entendessem quanto à escolha, cumpria ao magistrado substituir suas vontades. Uma interpretação extensiva da *Lex Aebutia* fez com que os magistrados preferissem o processo formulário à *legis actio*.⁽¹¹⁾ Com o desenvolvimento do exercício desses poderes, surgiram duas espécies de editos: um inicial, que continha a programação do que o pretor faria ao longo do cargo no início da administração, chamado *edictum annuum* (anual porque previsto para vigorar um ano) ou *edictum perpetuum* (permanente); quando surgiam questões não previstas nesses editos, o pretor criava outro edito para regular essa questão, que era chamado *edictum repentinum* (imprevisto). Nos editos, havia previsão de modelos ou fórmulas para pedir direitos previstos na lei (ações civis) ou criados pelo pretor (ações pretorianas). No primeiro caso, o pretor limitava-se a dar a fórmula sem indicar as condições em que concederia o direito porque a lei já tinha essa previsão. No segundo, as fórmulas eram seguidas de cláusulas estipulando as condições em que o magistrado concederia ou denegaria o direito. Também havia previsão de exceções para neutralizar as obrigações, sem negá-las — eram as defesas indiretas ou sua origem.⁽¹²⁾

Os editos tinham a duração de um ano. Cada novo magistrado que ingressava no cargo terminava por repetir os editos anteriores, recomendados pela experiência, deixando de fazê-lo apenas quando a solução não era mais adequada às relações sociais. Essa é a razão do direito pretoriano ser mais dinâmico que a lei e, portanto, mais aplicado. Em caso de conflito do edito com a lei, prevalecia o edito.⁽¹³⁾ Por isso, parte da doutrina entende que esse era um direito temporário e não a origem da prescrição.⁽¹⁴⁾

A chamada *praescriptio* do processo formulário aparecia de duas formas: a) a *praescriptio pro actore*, que era a forma como o autor tentava delimitar o objeto de sua pretensão a fim de que o seu direito não fosse atingido pela eficácia extintiva da *litis contestatio*, especialmente usada quando a pretensão não estava totalmente esclarecida, ou quando incerta, e até mesmo para impedir que um direito conexo deixasse de ser pleiteado futuramente, porque já teria sido

(10) PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano: partes introdutória e geral*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950. t. I, p. 66.

(11) *Ibidem*, p. 67.

(12) Acresce-se que, antes da Lei Eubúcia, o devedor não poderia deixar de pagar se fosse vítima de dolo, mas, após o processo formulário, o dolo poderia ser alegado como exceção, e o juiz só condenava o devedor a pagar se o credor não estivesse eivado de dolo (*Ibidem*, p. 68-69).

(13) *Ibidem*, p. 71.

(14) BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano*. Padova: CEDAM — Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1947. p. 291.

abrangido pela decisão do pretor; b) a *praescriptio pro reo*, que também consistia na delimitação de um direito do qual o réu afirmava ser titular, o que mais tarde originou as chamadas *exceptiones*, mais eficazes porque eram inseridas no corpo da fórmula imediatamente após a *praescriptio* do autor.⁽¹⁵⁾

As leis romanas eram deficitárias quanto à eficácia da norma. Havia o prazo de 30 dias para a nomeação de um juiz e nenhum prazo para a possibilidade de reivindicação de um direito no tribunal. Até o primeiro século depois de Cristo, o direito romano não conhecia a prescrição como matéria que poderia ser arguida contra o Estado. Apenas no governo do imperador Nerva tem-se notícia de uma prescrição quinquenal prevista num estatuto que impedia o Estado de discutir limitações territoriais da propriedade de pessoas mortas há cinco anos.⁽¹⁶⁾ Há forte crítica italiana à confusão que se faz entre as ações temporárias do período formulário e a prescrição.⁽¹⁷⁾

Por volta do século I d.C., havia uma norma prevendo que, depois de cinco anos em liberdade, essa liberdade seria definitiva — escravidão da época. Porém, essa norma também tinha origem no direito grego, apropriado pelo direito romano, e não na fórmula ou no processo formulário — conforme fragmentos encontrados em escritos antigos.⁽¹⁸⁾ A prescrição do período formulário era uma cláusula para questionar de modo preliminar as reservas do autor e do réu, limitando a abrangência das ações em processos criados por pretores.⁽¹⁹⁾

O período da *cognitio extra ordinem* ocorreu após o principado de Otaviano Augusto (27 a.C. a 14 d.C.) com a reorganização do sistema processual. Foi introduzido definitivamente o processo formular em substituição à *legis actiones*, de modo unificado e limitando o poder dos pretores. Nela havia, no máximo, as soluções previstas a partir de uma regra previamente fixada. Houve a substituição do mero parecer de um cidadão por uma decisão vinculativa de um órgão estatal e unificador das instâncias. Alguns apontam esse fato para a origem da publicização processual, porque nessa época o principado chamou para si os processos que

(15) TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. tir. São Paulo: RT, 2001. p. 95-97.

(16) AMELOTI, Mario. *La prescrizione delle azioni in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1958. v. VII, p. 116-117.

(17) Para Amelotti, o instituto da prescrição foi fixado no sentido de perda da ação devido à passagem do tempo, nascido da *cognitio extra ordinem*, procedimento estranho ao período formulário (AMELOTI, Mario. *La prescrizione delle azioni in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1958. v. VII, p. 8; BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano*. Padova: CEDAM — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1947. p. 49). Para aprofundar o tema, conferir: CHAMONE, Marcelo Azevedo. *Prescrição e decadência: proposta de definição e identificação dos institutos a partir de uma perspectiva histórica comparada*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 36 *et seq.*

(18) *Ibidem*, p. 116 e p. 117.

(19) HINESTROSA, Fernando. *La prescripción extintiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 24.

antes eram julgados pelos pretores.⁽²⁰⁾ A unificação de procedimentos produziu a unificação de prazos (*perdita dell'azione*). O legado do período de Theodosio foi a criação do prazo de 30 anos para a perda das ações.⁽²¹⁾

Como o direito romano propriamente dito foi desenvolvido por meio das ações perpétuas, a prescrição extintiva nasceu no direito grego, sendo difundida como costume legal transformado em lei pelos romanos descendentes do povo helênico.⁽²²⁾ A prescrição extintiva foi difundida legalmente pelo Império Romano exatamente em razão dessa prática. Da Grécia ao Império Romano, a prescrição difundiu-se por todos os ordenamentos jurídicos.

1.2. DIVERGÊNCIA HISTÓRICA ENTRE AS DOUTRINAS ÍTALO-FRANCESA E GERMÂNICA

Os estudos iniciais do instituto da prescrição elaborados pelos juristas italianos apontavam a incidência do tempo como causa de extinção do direito de ação. Ruggiero defendia que a prescrição extinguiu a ação e não a relação creditória.⁽²³⁾ A base conceitual da prescrição passava pelo entendimento do direito subjetivo. Carnelutti definia o direito subjetivo como a liberdade de comandar, e não a liberdade de fazer, um direito destituído da parte psicológica da faculdade do querer; associava-o ao elemento econômico e atribuía-o ao exercício desse direito para a criação das obrigações.⁽²⁴⁾

Para a doutrina italiana, a força do exercício de um direito continua sendo a ação. Couture indica que essa concepção esteve focada na ideia francesa de que os romanos tratavam direitos e ações do mesmo modo. Essas duas palavras tinham o mesmo significado. Demolombe, Pothier e os processualistas Garsonnet e Cezar-Bru influenciaram as escolas italiana, espanhola, portuguesa e latino-americana, base para essa concepção. Chegou-se a afirmar que a ação era o direito em

(20) TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2001. p. 47-48 e 137-139.

(21) AMELOTTI, Mario. *La prescrizione delle azioni in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1958. v. VII, p. 217. Conferir também: HINESTROSA, Fernando. *La prescripción extintiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 24.

(22) Cf. MODRZEJEWSKI, Joseph Méléze. *Le droit grec après Alexandre*. Paris: Dalloz, 2012. p. 95-96 *apud* LEVESQUE, Frédéric; TREMBLAY, François; LEPAGE, Caroline. Lorsque le temps est l'ennemi de la justice: les fondements et les origines de la prescription extinctive des droits personnels: Note de recherche. *Revue de droit*, Université de Sherbrooke, v. 46, n. 3, 2016. p. 591. Disponível em: <<https://doi.org/10.17118/11143/13624>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

(23) RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e hereditário*. Trad. da 6. ed. italiana com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português por Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1934. v. III, p. 27.

(24) CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006. p. 262-263.

movimento ou o direito elevado à segunda potência⁽²⁵⁾. O instituto da prescrição, que era entendido como a extinção da ação pelo tempo, recebeu uma modificação conceitual a partir da escola alemã.⁽²⁶⁾

No século XIX, com o desenvolvimento da disciplina processual civil a partir da obra clássica de Oskar Von Bülow, defendeu-se pela primeira vez a existência de uma relação jurídica processual entre autor, Estado e réu, e não apenas entre autor e réu, separando processo e procedimento. Iniciou-se a sedimentação das bases da ciência processual como autônoma.⁽²⁷⁾

Os alemães utilizavam duas palavras: *actio* e *Anspruch*. O estudo aprofundado delas dividiu os conceitos, entendidos como sinônimos. *Anspruch* correspondia à pretensão⁽²⁸⁾. Outra palavra muito utilizada era *Klage*, direito de queixa contra o Estado proveniente do processo medieval alemão. A *actio* romana era entendida como o próprio direito contra o obrigado. O novo direito criado pelo pretor não era o direito de acionar. Nesse sentido, a ação romana (*actio*) é equiparada à pretensão, distanciando-se do direito subjetivo, pois da lesão ao direito subjetivo é que surge a pretensão (*Anspruch*). A ação é a persecução judicial, concebida como existência ou potencial existência, a partir da vontade da parte lesada e ínsita à faculdade da pessoa em exercê-la. A realização da ação confunde-se não com a realização da pretensão, mas antes com o fato de tornar-se uma realidade judicial, uma *litiscontestatio*.⁽²⁹⁾

Em síntese, a *actio* é a faculdade de impor a própria vontade por meio da persecução judicial, podendo existir sem a existência do direito, pois ela não ordena a relação entre pessoas e coisas, mas apenas entre pessoas.⁽³⁰⁾ Windscheid, em seus estudos, afirma que os pretores utilizavam *actio* e *iudicium* como termos equivalentes: se promettessem a *actio*, prometiam um *iudicium*, sendo esse termo mais específico. Na verdade, o que o pretor prometia era uma ordem ou uma proibição, nem *actio*, nem *iudicium*.⁽³¹⁾

Os estudos de Muther apontam que Windscheid trouxe uma contribuição mais refinada em argumentação, ultrapassando a concepção jurídica moderna

(25) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: B de F. Julio Cesar Faria Editor, 2018. p. 51.

(26) *Ibidem*, p. 52.

(27) BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: LZN, 2005. p. 5-7.

(28) COUTURE, *loc. cit.*

(29) Retirado da apresentação de Luis Alejandro Luján Sandoval, que explica e interpreta a polêmica (WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. de Tomás A. Banzhaf. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017. p. 14-15).

(30) Conceito de Windscheid, assim mencionado como de sua autoria exclusiva na obra: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. de Tomás A. Banzhaf. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017. p. 61-63.

(31) *Ibidem*, p. 65-66.

segundo a qual o direito romano era focado na máxima de que o ordenamento jurídico é o ordenamento dos direitos. O conceito de acionamento do Estado não era totalmente desconhecido do direito romano.⁽³²⁾ Porém, ao tratar dos direitos obrigacionais ou creditórios, Windscheid afirma que a *actio* não se limita à *obligatio*, mas alcança o que se pode exigir de outra pessoa. Essa pretensão encerraria uma contradição. Com efeito, Windscheid inicialmente parte da ideia de que o ordenamento jurídico romano era o ordenamento dos direitos, e essa última afirmação contradiz a anterior. Se os romanos reconhecem o direito de acionar, seu ordenamento não é de ações, mas de pretensões judicialmente reivindicadas.⁽³³⁾

Muther reconhece que outros autores advertiram sobre o emprego da *actio* não só para designar uma faculdade processual, mas também para designar uma faculdade material — esclarecimento realizado em seus estudos que revisaram o direito de ação. A *actio* romana era entendida como o início do processo e dependia do réu, ou da pessoa contra quem era pedido algo. O verdadeiro significado da *actio* seria um instituto que iniciava o processo a partir de partes contrapostas. Entre outros fundamentos, Muther extrai o significado da *actio* da expressão *agere cum aliquo*. A partir dos estudos de Gaio, Muther percebeu que a *actio* também foi usada como sinônimo de fórmula no direito romano.⁽³⁴⁾

Ao separar os termos e fixar o conceito de ação, os processualistas da Alemanha sedimentaram como conceitos distintos direito, ação e pretensão, possibilitando o desenvolvimento do estudo diferenciado acerca da prescrição como fim da pretensão e não do direito, ou da ação.

Para Windscheid, o direito assinala o senhorio do indivíduo, cuja vontade é lei para os demais. O ordenamento não diz ao indivíduo que ele tem um direito, mas uma ação. E Windscheid acrescenta que o ordenamento confere ao indivíduo o poder de invocar o Estado para que a vontade estatal pela via judicial diga se a vontade individual pode ser lei para os demais. Por isso, não se trata de um ordenamento de direitos, mas de pretensões perseguíveis. E a ação nasceria quando o acionamento é feito em contraposição a outrem, de modo autônomo.⁽³⁵⁾ Ademais, as ações pretorianas não estavam fundadas em direitos, inicialmente; por isso, o que prescreve é a pretensão, possibilidade de acionamento do Estado, pois quantas vezes prescreve uma ação nem sequer nascida? Esse é o legado de Windscheid.⁽³⁶⁾

Em geral, os estudos dos pandectistas alemães tiveram um olhar para o passado, fugindo do casuísmo romano, sistematizando os conceitos.⁽³⁷⁾ Isso

(32) WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. de Tomás A. Banzhaf. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017. p. 213.

(33) *Ibidem*, p. 213-214.

(34) *Ibidem*, p. 233.

(35) *Ibidem*, p. 61.

(36) *Ibidem*, p. 100-108.

(37) Para um estudo mais aprofundado sobre a história do direito alemão e o desenvolvimento da prescrição, conferir a formação do direito alemão e o processo e a construção dos conceitos de prescrição

contribuiu não só para a evolução das teorias processuais, mas também para a fixação de um método distinto dos franceses e italianos para distinguir a prescrição como um instituto que finda a pretensão, mantendo-se o direito abstrato de ação e também o direito subjetivo do indivíduo.

Na réplica de Muther à teoria da ação de Windscheid, há a fixação do conceito de pretensão como a faculdade por direito de exigir algo. Ação seria a faculdade ou o poder de solicitar a assistência judicial para algo que se reclama. Essa faculdade não seria destinada ao réu, mas ao Estado. Nem no direito de ação, nem na pretensão, é dito qual é a norma que vai prosperar após a reclamação, qual norma será aplicada ao final pelo julgador. Ambos os autores acreditam que tanto a pretensão como a ação devem ser fundamentadas numa norma jurídica.⁽³⁸⁾ Embora Muther entenda que a prescrição extingue a ação, a pretensão e o direito, discordando de Windscheid,⁽³⁹⁾ é o pensamento desse último que prevalece na distinção dos institutos. Essa afirmação extrai-se do modo como o legislador tedesco tratou a prescrição no Código Civil alemão de 1900.

A separação dos conceitos pretensão e ação é importante para melhor explicar por que uma determinada obrigação pode ser adimplida por vontade do devedor, ainda quando haja incidência do instituto da prescrição. No direito pátrio, por exemplo, não há proibição legal do pagamento, gerado pela obrigação com pretensão prescrita.⁽⁴⁰⁾ O direito decorrente da obrigação pode gerar efeitos jurídicos, permanecendo incólume também o direito de ação.

A presença dessas doutrinas no Direito Civil pátrio é marcante.

A exposição de motivos do Código Civil brasileiro de 1916, primeira codificação civil pátria, demonstra a existência de influência não apenas das codificações francesa e italiana, mas também da codificação alemã ao evidenciar a necessidade de separação entre o direito público e privado, deixando para esse último a normatização produzida com harmonia entre “conservadorismo e inovação”. O Código Civil de 1916 reconheceu direitos e ao mesmo tempo as

na mesma tese ora referenciada: CHAMONE, Marcelo Azevedo. *Prescrição e decadência*: proposta de definição e identificação dos institutos a partir de uma perspectiva histórica comparada. 2019. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 51.

(38) WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Trad. de Tomás A. Banzhaf. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017. p. 305-306.

(39) *Ibidem*, p. 308.

(40) Portanto, quem paga dívida prescrita não tem direito à restituição do pagamento em juízo, como se pode verificar a partir da norma jurídica que se extrai do art. 882 do Código Civil (CC) de 2002: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”, mas também do art. 970 do Código Civil de 1916: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação natural”. Houve apenas uma adequação técnica do texto de 2002 ao substituir a obrigação natural por obrigação exigida em juízo.

ações para os proteger e assegurar, fazendo-os perecer por meio da prescrição. A forma e o modo de exercício da ação foram regulamentados como pertencentes ao processo.⁽⁴¹⁾

Houve divergência entre os projetos de lei apresentados. A cizânia deu-se quanto ao lugar, dentro da codificação civil, destinado ao instituto da prescrição. Gonçalves Chaves sustentava que a prescrição deveria ser tratada separadamente na parte geral, a aquisitiva, no direito das coisas e a extintiva, no direito das obrigações. Já Coelho Rodrigues defendia a unificação das duas partes do instituto em um só local, como as codificações internacionais da época. Prevaleceu o tratamento do instituto na parte geral, de modo unificado, a exemplo das codificações francesa e italiana, seguidas também por países como a Argentina e o Chile. O texto da exposição de motivos destaca que, apesar de serem tratados de modo unificado, os conceitos são distintos, porque, enquanto um fenece, atrofia-se e perde o tecido protetor da ação, o outro tem seu foco no nascimento de outro direito (prescrição aquisitiva).⁽⁴²⁾

De modo diverso, o projeto de Felício dos Santos, feito com base no Código Civil português e no uruguaio, tratou a prescrição de modo intercalado; na visão prevaiente dos comentários de Clóvis Beviláqua, essa classificação foi considerada ilógica. A palavra “usucapião” para a prescrição aquisitiva foi mantida tal qual na codificação alemã.⁽⁴³⁾ Adotou-se a corrente dualista, reservando-se a prescrição para a extinção das ações e a usucapião para a aquisição da propriedade pelo tempo, à semelhança do sistema alemão.⁽⁴⁴⁾

Revisitar a exposição de motivos do código brasileiro revogado é importante para compreender o nascimento da prescrição na legislação pátria codificada, influenciada pelas três nações envolvidas no desenvolvimento do instituto (Itália, França e Alemanha) e por países da América Latina.

Nas palavras de Clóvis Beviláqua, a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante determinado espaço de tempo. Destaca o não uso da propriedade defensiva o fator que marca a prescrição e coloca a ação como o princípio tutelar da sociedade, atrofiando-se como um órgão ante o seu desuso.⁽⁴⁵⁾ A marca da

(41) BRASIL. Câmara dos Deputados. Código Civil brasileiro, volume I: exposição de motivos. *Biblioteca digital*. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/14356?show=full>. Acesso em: 3 jun. 2020, p. 25-27.

(42) *Ibidem*, p. 51.

(43) *Ibidem*.

(44) LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. pelo juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 7.

(45) BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 370.

doutrina ítalo-francesa transparece também no conceito do instituto fixado pelo autor do projeto da primeira codificação brasileira.⁽⁴⁶⁾

Durante muitos anos, os civilistas brasileiros fixaram a prescrição como a extinção da ação seguindo a doutrina ítalo-francesa. A polêmica entre os autores perpetuou-se. Ainda no final da década de 30, Câmara Leal destacava-se com a obra *Da prescrição e da decadência*. Para esse autor, a prescrição significa a extinção da ação.⁽⁴⁷⁾

Outro expoente da doutrina brasileira foi Pontes de Miranda.⁽⁴⁸⁾ Para esse autor, há obrigação exigível por meio de interpelação, ou seja, o direito poderia ser reconhecido em juízo ou não, sem alterar o fato de a pessoa ter pretensão à tutela jurídica. “Se não se tem direito, pretensão, ação ou exceção, não se exerceu qualquer dêles; exerceu-se a pretensão à tutela jurídica, e a sentença foi desfavorável.”⁽⁴⁹⁾ Pontes de Miranda foi um dos primeiros a distinguir pretensão, ação e direito no Brasil ao estudar a prescrição, afirmando que as pretensões se exercem pelo fato positivo ou negativo, tendendo para que se cumpram no chamado espaço-exercício, e o direito seria o preenchimento desse espaço com a obrigação. Mas também ao afirmar: “Exercer a pretensão é exigir a prestação; propor ‘ação’ é pedir a tutela do Estado, deduzindo-se o que se pede (pretensão, ação). Quem apenas interpela não aciona. Às vezes, o titular da pretensão exige, porém não pode propor ação. São pretensões sem ação, se o obrigado cumpre, a pretensão está satisfeita”.⁽⁵⁰⁾ Pontes de Miranda estabelece ainda uma distinção entre exigir e acionar, separando a pretensão do direito material, de uma pretensão processual. A pretensão processual faz nascer a ação, que traz no mérito a relação de direito material. A pretensão material refere-se à obrigação.⁽⁵¹⁾

Agnelo Amorim Filho é outro autor clássico, importante por realizar uma distinção entre os institutos da decadência e da prescrição. A decadência incide sobre os direitos potestativos, ou seja, de sujeição, inerente às ações constitutivas. A prescrição incide sobre os direitos prestacionais sujeitos a tutelas condenatórias.

(46) *Ibidem*, p. 373-374.

(47) LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*: teoria geral do direito civil. 3. ed. atual. pelo juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 1-12.

(48) Pontes de Miranda iniciou a publicação dos 60 volumes do *Tratado de direito privado* em 1954, seguindo um movimento positivista, com a preocupação de estudar as estruturas sociais e as categorias adequadas para o conhecimento (SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p. 273-274).

(49) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição. Atual. por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. VI, p. 168.

(50) *Ibidem*, p. 207.

(51) *Ibidem*, p. 168-208.

A lesão ao direito faz nascer o direito de ação, sendo esse o momento de contagem inicial dos prazos.⁽⁵²⁾

No fim da década de 30, o direito processual brasileiro já estava sedimentado pelo Código de Processo Civil (CPC) de 1939. O Brasil já era signatário da teoria do direito abstrato de ação, realizando a separação entre ação e direito subjetivo, e esses dois, do conceito de pretensão.⁽⁵³⁾ Na seara processual, o conceito bastante aceito pela doutrina é o de que a pretensão é “a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”⁽⁵⁴⁾, por influência de Carnelutti⁽⁵⁵⁾. Coqueijo Costa, processualista do trabalho, de modo simples, claro e preciso, influenciado pelas ideias de Pontes de Miranda, resume e distingue ação, pretensão e direito subjetivo: a pretensão é o direito de exigir uma prestação; a ação é a atividade da pretensão que requer a tutela do Estado; direito subjetivo, o poder jurídico de ter a faculdade de exercer um direito.⁽⁵⁶⁾

A relação jurídica obrigacional pactuada entre as partes contém obrigações recíprocas. No momento da celebração do pacto, nasce a expectativa de cumprimento da obrigação e sua exigibilidade (pretensão material). Cumprida a obrigação, ou as obrigações, encerra-se a relação jurídica material, caso dela não decorram outros efeitos. Porém, se uma das partes não cumprir essa obrigação no tempo pactuado, a outra pode reivindicá-la diretamente à outra parte. Se as partes não se entendem sobre algo, diz-se que têm pretensões resistidas, por isso, abstratamente, há interesse no provimento jurisdicional, que será útil para resolver a questão entre esses sujeitos. Se além do interesse jurisdicional houver a legitimidade — em abstrato as pessoas indicadas para formar a relação triangular com o Estado e compor o polo ativo e passivo da relação jurídica —, há direito de ação.⁽⁵⁷⁾

A doutrina ítalo-francesa, como se pode observar, ao focar o nascimento da prescrição na violação da obrigação — daí o enfoque na ação, meio de reivindicar perante o Estado a substituição do ato ou a coação de outrem para o praticar —, também fixa o nascimento do prazo prescricional na violação, diferentemente da doutrina americana, que o coloca no nascimento da obrigação. Caio Mario da Silva

(52) AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 2, n. 3, jan./jun. 1961, p. 103-105.

(53) MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 2, p. 30-31.

(54) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p. 106.

(55) CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1959. p. 32.

(56) COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 90.

(57) Cf. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 59-60.

Pereira⁽⁵⁸⁾ defendia, de modo isolado no país, que a prescrição extinguiu o direito e não a ação, porém, não se pode dizer que a extinção é do direito. O direito permanece incólume, não havendo proibição de pagamento da dívida prescrita. Nesse sentido, o art. 970 do Código Civil de 1916 previu o pagamento de dívida prescrita, vedando a reivindicação jurídica. A base da tese defendida por Caio Mario⁽⁵⁹⁾ foi a codificação italiana — o artigo 2.934 do *Regio Decreto*, de 16 de março de 1942⁽⁶⁰⁾.

O afastamento legislativo da doutrina ítalo-francesa no Brasil apenas ocorreu com o advento do Código Civil de 2002; mesmo assim, o legislador manteve a fixação da violação do direito como marco para a contagem do prazo prescricional. A doutrina alemã foi recepcionada em diversos temas: direitos da personalidade, teoria da representação, teoria das nulidades, simulação, conversão substancial do negócio jurídico, silêncio e prescrição.⁽⁶¹⁾

A evolução no campo da ciência processual, com o reconhecimento da autonomia do direito de ação em relação ao direito material ameaçado ou violado, deveria ter sido suficiente para afastar a tese de que a prescrição extingue a ação — no Brasil, o direito de ação foi reconhecido como fundamental pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF) de 1988 —, mas ainda é comum o equívoco entre os juristas, atribuindo à prescrição um poder extintivo.⁽⁶²⁾

O art. 189 do Código Civil de 2002 positivou expressamente: “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”⁽⁶³⁾. A posição adotada foi elogiada pelos juristas por adequar-se a outros conceitos, como o de extinção do processo com resolução do mérito determinada pelo antigo art. 269, inciso IV, do CPC de 1973, equivalendo a dizer que a ação foi exercida de modo regular e que o seu mérito processual foi analisado.⁽⁶⁴⁾

(58) “[...] Pelo efeito do tempo, entretanto, aliado à inércia do sujeito, é o próprio direito que perece. O titular não pode reclamá-lo pela ação, porque não o pode tornar efetivo” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1, p. 405).

(59) *Ibidem*, 1971.

(60) GAZZETTA UFFICIALE. *Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262*. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&elenco30giorni=false>. Acesso em: 2 abr. 2020.

(61) RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 938, dez. 2013, p. 123.

(62) RABELLO, Bruno Resende. Algumas considerações sobre a prescrição e a decadência no Código Civil de 2002. In: FIUZA, Cesar (org.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Thompson-IOB, 2004. P. 312-313.

(63) BRASIL. Presidência da República. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Legislação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

(64) MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 19, set./out. 2002, p. 115-116.

A partir da nova codificação civil, a doutrina passou a afirmar que a prescrição não extingue o direito, enfraquece-o, ao permitir que o beneficiário da prescrição tenha êxito ao suscitá-la por meio das vias judiciais, impedindo a atuação do Estado na defesa desse direito, que continuará a existir.⁽⁶⁵⁾ Pode-se acrescentar que a prescrição não atua no plano da existência, nem da validade, pois o direito pode ser adimplido. A atuação dar-se-á no plano da eficácia, as defesas do direito é que serão mitigadas. Fazendo uma remissão à teoria de Pontes de Miranda, o exercício da pretensão pode ser realizado judicial ou extrajudicialmente; por isso, segundo o jurista, a prescrição refere-se ao prazo para a exigibilidade ou reivindicação da pretensão.⁽⁶⁶⁾

A violação como marco de início da prescrição (art. 189 do CC) gerou polêmica entre os doutrinadores, especialmente entre os que seguem a teoria pontiana.⁽⁶⁷⁾ Para Pontes de Miranda, a pretensão nasce a partir da exigibilidade do direito, não de sua lesão. A base desse estudo está na tradução literal do art. 194, § 1º, do Código Civil alemão (BGB): “(d)esde que há exigibilidade, há pretensão”⁽⁶⁸⁾.

Para conceituar a pretensão como poder efetivo de exigir, o Código Civil brasileiro preferiu o critério subjetivo ao objetivo, que iguala a palavra “pretensão” à mera exigibilidade. Essa escolha é objeto de crítica: utiliza-se o exemplo do direito de propriedade, cujo detentor pode exigir o respeito a ele por outrem independentemente de qualquer violação ou ameaça de violação. A importância da distinção é fixada na pretensão fundada (aquela que efetivamente representa a violação de um direito, quando nasce o poder de exigir) e na pretensão infundada (exigibilidade do direito antes que ele passe por qualquer violação).⁽⁶⁹⁾

Outra polêmica perpetuada na codificação atual refere-se à exceção⁽⁷⁰⁾. Clóvis Beviláqua aderiu à ideia de que a exceção, como defesa, é incompatível com as regras da prescrição, daí a “impossibilidade lógica de aplicar-lhe a noção”.⁽⁷¹⁾

(65) RABELLO, Bruno Resende. Algumas considerações sobre a prescrição e a decadência no Código Civil de 2002. In: FIUZA, Cesar (org.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Thompson-IOB, 2004. p. 316.

(66) No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 99, n. 366, mar./abr. 2003, p. 119-120.

(67) Por exemplo: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 99, n. 366, p. 147-158, mar./abr. 2003.

(68) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral. Exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. Atual. por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. VI, p. 211 (notas dos atualizadores).

(69) MOREIRA, *op. cit.*, p. 150.

(70) Atualmente há a regra da prescritibilidade da exceção no mesmo prazo da ação (art. 190 do CC). Ela refere-se às exceções pessoais impróprias como a compensação.

(71) BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 397.

Caio Mário afirmava ser perpétua a faculdade de se alegar a exceção, porque ela sempre depende de um ato alheio, o ajuizamento da ação, e seu fundamento é um princípio de justiça, pois a exceção não está sob a completa vontade de seu titular — “[...] não se inscreve na casa dos direitos imprescritíveis, senão da faculdade ou do poder de opor uma defesa à pretensão de outrem, faculdade que subsiste enquanto permanece a *actio* do contendor [...]”.⁽⁷²⁾ Atualmente o Brasil mitiga essa regra. Desde 2006, por meio da Lei n. 11.280, o art. 219, § 5º, do CPC/1973, repetido no art. 332, § 1º, do CPC/2015, permite o reconhecimento de ofício da prescrição pelo Estado-Juiz, revogando a regra do art. 194 do CC/2002.⁽⁷³⁾

Essas regras tornaram-se difíceis de serem compatibilizadas sob a perspectiva de que o devedor pode pagar uma dívida prescrita, devendo suscitar a prescrição em sede de exceção processual, imprescritível porque seu nascimento depende de um ato de outrem. No plano dos fatos, esse direito ainda é garantido, há permissão de pagamento da dívida decorrido o prazo prescricional de sua reivindicação (art. 882 do CC); processualmente há a autorização do reconhecimento de ofício, ou seja, sem a manifestação de vontade da parte, dessa ação do tempo, impedindo o credor obrigacional de litigar contra seu devedor no Poder Judiciário. A compatibilização só será possível se a prescrição for analisada na perspectiva do gerenciamento do processo e da estabilização das relações humanas. Em prol da harmonização das regras materiais e processuais, exsurge o contraditório. A parte ré deve ser intimada para manifestar-se sobre a prescrição antes que o juiz a pronuncie de ofício.⁽⁷⁴⁾

O legislador da codificação de 2002 reduziu os prazos prescricionais. Na codificação de 1916, na omissão de prazo, aplicava-se a regra geral de 20 anos às ações pessoais (arts. 177 e 179 do CC/1916). Houve a redução para dez anos na codificação de 2002 (art. 205), com uma regra de transição expressa no art.

(72) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1, p. 409.

(73) No Brasil, o CPC de 1973 previu a regra no art. 219, § 5º: excluindo direitos patrimoniais, o juiz poderá de ofício conhecer a prescrição e declará-la. Porém, em 2006, com a minirreforma da Lei n. 11.280, o legislador ampliou a regra, prevendo apenas que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, abrangendo a prescrição extintiva ou liberatória. Com a substituição do Código de 1973 pela Lei n. 13.105/2015, a nova codificação previu a improcedência liminar do pedido, independentemente da citação do réu e dispensando a fase instrutória, verificando a existência de prescrição (art. 332, § 1º); no art. 487, inciso II, previu a extinção com solução de mérito quando o juiz decidir de ofício ou a requerimento da parte sobre a prescrição. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inicialmente não previa a mesma regra. Com a reforma produzida pela Lei n. 13.467, o legislador inseriu o art. 11-A sobre prescrição intercorrente, a que é verificada ao longo do processo, e, no § 2º, previu a declaração de ofício pelo juiz em qualquer grau de jurisdição, sem, contudo, versar sobre a regra geral, tal como o fez a codificação do processo civil. Destaca-se que a codificação civil brasileira de 1916, substituída pela de 2002 (Lei n. 10.406), não tem regra sobre a declaração ou o reconhecimento de ofício pelo juiz da prescrição extintiva.

(74) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*: de acordo com a reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 81-105.

2.028: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

O instituto da prescrição deveria ser normatizado na lei de introdução ao direito brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942), pois seu espectro de aplicação irradia-se para várias áreas especializadas do ordenamento jurídico, o que facilitaria sobremaneira o trabalho da academia. Essa não foi a opção legislativa. A CLT, que é a base normativa de aplicação do direito material e processual trabalhista, ao lado da Constituição Federal, não tem um regramento detalhado sobre vários aspectos da aplicação do instituto da prescrição. O Direito do Trabalho tem origem normativa nas relações contratuais do Direito Civil, apartando-se dele quando houve o desenvolvimento de uma legislação própria para regulamentar relações desiguais. Atualmente, o Direito Civil aplica-se subsidiariamente ao Direito do Trabalho (art. 8º, § 1º, da CLT), por isso estudar a evolução do instituto no direito civil é tão importante.

1.3. NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO

Determinar a natureza jurídica de um instituto é fixar o seu lugar no sistema jurídico, aproximando-o das instituições às quais se relaciona, opondo-o a outras. A natureza jurídica, assim, é objeto do exame científico e analítico para determinar o mecanismo do instituto em questão com a necessária identificação dos interesses sociais que ele se destina a proteger.⁽⁷⁵⁾ É verificar quais são as suas características ou parâmetros nucleares, sua essência e seus fundamentos intrínsecos.⁽⁷⁶⁾

A primeira afirmação importante é que a prescrição serve ao sistema de Justiça como um todo. Dentro de uma organização social, o sistema de Justiça é o fiel que modula o tempo para as reivindicações, o que permite a estabilização social e a segurança jurídica.

A natureza jurídica destina-se a estudar um instituto a partir das categorias jurídicas existentes⁽⁷⁷⁾, buscando um lugar comum dentro de uma classificação útil do direito, comparando-o com os semelhantes para melhor compreender a sua complexidade, entendendo suas causas e seus efeitos.

Da divergência quanto ao conceito da incidência da prescrição na ação, extrai-se a tese superada pelo ordenamento pátrio de que a natureza jurídica da

(75) DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 3. ed. Paris: Delachaux & Niestlé S.A., 1948. p. 144-145.

(76) SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 4.

(77) MAGANO, Octavio Bueno. *Organização sindical brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 13.

prescrição é de direito processual porque teria a capacidade de extinguir a ação, e não a pretensão. Diversamente, trata-se de instituto de natureza jurídica privada, do subtipo ato jurídico, porque depende de dois atos humanos volitivos negativos para existir: 1) a omissão ou inércia do titular do direito em exigir um direito por um lapso, associada à 2) omissão ou inércia do devedor em renunciar ao lapso de exigibilidade do direito. Quando essas duas condutas estiverem presentes, haverá a prescrição. A alteração produzida pelo ordenamento em regra heterotópica para a pronúncia de ofício pelos juízes (do art. 219, § 5º, do CPC de 1973 pela Lei n. 11.280/2016) não alterou a natureza jurídica da prescrição, como regra de direito material.

Também não alterou o regramento de que a alegação da prescrição é exceção processual e não objeção⁽⁷⁸⁾. A compatibilização realizada para permitir a renúncia do devedor é mantê-la na apresentação da defesa, em respeito ao contraditório, antes do pronunciamento de ofício.⁽⁷⁹⁾ Esse fato não altera a natureza jurídica do direito material, como norma de direito privado que envolve o instituto.

1.4. FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Há diversos fundamentos para o instituto da prescrição. A sistematização desses argumentos levou em consideração a perspectiva estatal de organização social por meio dos institutos jurídicos e a perspectiva dos indivíduos (devedores e credores).

1.4.1. Efeitos do tempo na perspectiva do Estado

Partindo do pressuposto de que a prescrição extingue a ação, a doutrina italiana aponta que o fundamento da prescrição é o interesse público porque está fundamentado na lei e não no interesse do seu titular⁽⁸⁰⁾, tanto assim é que não podem ser criados prazos prescricionais pelas partes. Nessa perspectiva, as antigas ações perpétuas do direito romano não atendem à ideia de finitude, promovendo uma eterna tensão entre os indivíduos contrapostos. A razão da prescrição reside em não manter conflitos, nem em perpetuar os processos.

Para os franceses, o fundamento do instituto da prescrição é ainda mais complexo, e não se trata apenas de facilitar o trabalho do Judiciário ao eliminar

(78) PIRES, Eduardo Rockenbach. O pronunciamento de ofício da prescrição e o processo do trabalho. *Revista do Direito Trabalhista*, São Paulo, v. 14, n. 7, p. 24-26, jul. 2008.

(79) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência: de acordo com a reforma trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 91-104.

(80) MAZZONI, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro*. 6. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1988. v. 1, p. 1019-1020.

a prerrogativa de acionamento do Estado com o processo⁽⁸¹⁾, mas de garantir a credibilidade da regra de direito apagando suas falhas.⁽⁸²⁾ Esse entendimento, que atrela a prescrição à ação, foi superado pela doutrina pátria, mas é importante manter a essência do pensamento francês dentro da construção da fundamentação do instituto.

O instituto da prescrição serve ao Estado na medida em que organiza a sociedade em suas relações sociais, mantendo a ordem jurídica por meio da necessária observância de seu ordenamento, utilizando a ação do tempo para excluir dele as reivindicações longas. Dessa forma, a estabilização das relações jurídicas em sociedade proporciona certeza⁽⁸³⁾, por conseguinte, a segurança jurídica tão almejada.

Na perspectiva da moralidade, ele não é apontado como um instituto muito justo⁽⁸⁴⁾, porque sedimenta pelo tempo os ilícitos ou as violações legais. A justificativa de sua razão de ser é a afetação na justiça que produz.⁽⁸⁵⁾ Nesse sentido, uma pessoa não pode ser perpetuamente devedora de outra, sob pena de se institucionalizar a insegurança jurídica por revés, ainda que se trate de injustiça notória, porque essa injustiça não foi exigida no prazo que a lei considera razoável.

A sociedade, de um modo geral, cultiva a chamada cultura de arena em espaços institucionais, em especial dentro do Poder Judiciário, onde se acirram as disputas entre sujeitos que pretendem um mesmo bem da vida. Almeja-se que essa cultura seja substituída por uma outra de diálogo, em que a tolerância prevaleça com respeito ao dissenso e à diversidade.⁽⁸⁶⁾ Por isso, o tempo é tão importante como estabilizador das relações sociais.

O contorno do tempo também é um importante fator de gerenciamento de processos que tramitam no Poder Judiciário, pois a prescrição aplicada não apenas às pretensões que envolvem o acionamento, mas também àquelas que surgem ao longo do processo, pressupõe a inércia da parte por um lapso determinado, permite que o Estado se preocupe com o jurisdicionado ativo. Isso demonstra a necessidade e a utilidade do provimento jurisdicional para a pacificação de um conflito em prol da segurança jurídica.

(81) RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e hereditário*. Trad. da 6. ed. italiana com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português por Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1934. v. III, p. 27.

(82) BANDRAC, Monique. Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Lyon, v. 46, n. 2, avril/juin 1994, p. 360.

(83) MADDALONI, Osvaldo A.; JAVIER TULA, Diego. *Prescripción y caducidad en el derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 2.

(84) FERREIRÓS, Estrela M. El plazo de la prescripción, su oponibilidad, inicio y duración en la extensión de la responsabilidad de los socios, directores y gerentes de personas jurídica. *In Del*, nro. 243, t. XIX, Errepar, noviembre 2005 *apud* MADDALONI, Osvaldo A.; JAVIER TULA, Diego. *Prescripción y caducidad en el derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 4.

(85) MADDALONI, *op. cit.*, p. 4.

(86) Cf. FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, n. 123, p. 11-18, ago. 2014.

Em regra, esses são os fundamentos da prescrição na perspectiva estatal para a aplicação dos efeitos do tempo em pretensões individuais. À época da construção do instituto, os conceitos de litigiosidade repetitiva ou de conflitos de massa não eram desenvolvidos como na contemporaneidade. É importante estudar o instituto sob essa nova ótica para verificar em que termos interessa ou favorece ao Estado a aplicação do tempo como corretor das falhas sociais, do esquecimento de uma lesão, do cumprimento de um direito prestacional para a harmonia social e em que medida interessa ao Estado a reparação *in totum* dos direitos maciçamente lesionados. O debate pode ser solucionado com a análise das políticas públicas adotadas pelo sistema de Justiça.

Se um devedor ou um lesionante do ordenamento pátrio tornar-se um problema maior para todo o sistema de Justiça, com condutas que se repetem no tempo ou se avolumam em termos de pessoas prejudicadas, o sistema de Justiça deve formular um prazo maior ou gravar essa pretensão como imprescritível. Essa é uma importante ponderação que as políticas públicas do sistema de Justiça precisam realizar.

1.4.2. Efeitos do tempo na perspectiva do indivíduo

O instituto da prescrição também tem seus fundamentos extraídos da perspectiva dos indivíduos envolvidos na relação jurídica obrigacional que é por ele conformada. Extrair da perspectiva do devedor e do credor da relação os fundamentos da prescrição é primordial para o seu completo entendimento.

1.4.2.1. Perspectivas do devedor

A prescrição caracteriza-se por, transcorrido o tempo da reivindicação, deixar à escolha do devedor o pagamento ou não do crédito, como um menoscabo do império e da potestade ou da faculdade que o ordenamento confere ao titular de exigir o cumprimento compulsório de seu crédito em juízo.⁽⁸⁷⁾ O instituto trabalha com a presunção de pagamento⁽⁸⁸⁾ ou de perdão da dívida em razão de uma negligência prolongada decorrente da autonomia da vontade do credor, sujeito ativo da obrigação, e também da temporalidade das relações humanas. Há uma necessidade de se resolver relações de fato, evitando que elas sejam gravadas nas relações futuras.⁽⁸⁹⁾ O devedor tem a faculdade de pagar a dívida decorrente de

(87) MONSALVO, Manuel. Extinción de los créditos laborales. In: ACKERMAN, Mario E. (dir.); TOSCA, Diego M. (coord.). *Tratado de derecho del trabajo: la relación individual del trabajo* III. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005. p. 595.

(88) SAVIGNY, Friedrich Carl. *Traité de droit romain*, p. 287-288 *apud* SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109.

(89) LORENZETTI, Ari Pedro. *A prescrição e a decadência na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 29.

uma relação obrigacional, por uma análise moral, mas não pode ser compelido pelo Estado a pagá-la.

O direito pátrio fixou a negligência ou inércia do titular e a ação do tempo como fundamentos da prescrição, mas não deixou de perquirir se a boa-fé seria um fator essencial ao instituto, argumento fundamentado no Código Filipino, ord. 4, 79: “Porém, esta lei não haverá logar nos devedores que tiverem má fé, porque estes taes não poderão prescrever em tempo algum”. Essa norma foi revogada em 1869, prevalecendo os critérios objetivos na fixação dos fundamentos da prescrição. Assim, a má-fé do devedor para com o credor deixou de ser um fundamento do instituto, predominando a visão de Teixeira de Freitas, embora mereça o seu destaque na história dos fundamentos da prescrição na perspectiva do credor da obrigação decorrente da relação jurídica.⁽⁹⁰⁾

A negligência do credor, mesmo rechaçada por Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas, foi defendida por Câmara Leal (década de 40) como uma punição do ordenamento pátrio à pessoa que deixa de defender seu direito. A inércia representaria a falta de um dever social, com característica de penalidade, protegendo o devedor de uma má-fé do credor, que, aproveitando-se do desaparecimento das provas para o pagamento, da ausência ou morte de testemunhas que o presenciaram, novamente poderia exigir a obrigação.⁽⁹¹⁾

A inércia, a negligência ou o desuso do direito do credor modernamente geram para o devedor o direito ao esquecimento.⁽⁹²⁾ A prescrição extintiva ressurgiu, assim, como um mecanismo de adaptação do direito ao fato, realizando a justiça ao determinar o esquecimento do que se deixou por lapso demasiado de se realizar — capacidade do ordenamento de se autoadaptar a uma regulamentação que inscreve na série ininterrupta do tempo um fato ou ato.⁽⁹³⁾

Monique Bandrac afirma que esse perdão conferido pelo ordenamento seria uma punição pela negligência do inerte. Há uma forte crítica a esse argumento, por representar uma proteção conferida àquele que lucra. Todavia, por esse viés, não há a preocupação com a paz de espírito do devedor, direito igualmente legítimo para o ordenamento.⁽⁹⁴⁾ O esquecimento da conduta em benefício da paz

(90) BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 374-375.

(91) LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. pelo juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 16-18.

(92) POIRIER, Mireille. Éviter le couperet de la prescription, après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. *Le Droit Ouvrier*, Bordeaux, n. 788, mars 2014, p. 183. Disponível em: <file:///C:/Users/l170500/AppData/Local/Temp/201403_doctrine_poirier.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

(93) OST, François. *O tempo do direito*. Trad. de Élcio Fernandes, rev. téc. de Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edutec, 2005. p. 157-158.

(94) BANDRAC, Monique. Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Lyon, v. 46, n. 2, avril/juin 1994, p. 359.

social e da segurança jurídica faz parte das razões que fundamentam o instituto da prescrição.

1.4.2.2. *Perspectivas do credor*

A prescrição é um instituto que favorece o credor ao lhe impor um prazo para reivindicar suas pretensões (ou ações, para os que assim entendem), permitindo que as obrigações cumpram-se o mais próximo do ideal, facilitando a colheita da prova judicial.⁽⁹⁵⁾ A inação é vista positivamente como um facilitador do acesso à justiça.

As relações humanas tendem a ser temporárias e a ter finitude. Dessa forma, utilizar um critério subjetivo para fundamentar o instituto da prescrição, deixando transparecer que se privilegia o perdão como injustiça ou o castigo ao credor inerte, negligente, não é adequado. Por esse motivo, os critérios objetivos foram privilegiados neste estudo em detrimento dos subjetivos.

Acessar a justiça em tempo breve facilita o conhecimento da pretensão, por meio da colheita de provas que estarão mais acessíveis ao autor da ação, mas também ao réu, permitindo ao juiz conhecer do conflito entre as partes com maior riqueza de detalhes e também com maior aproximação da verdade real.

Por serem de trato sucessivo, as obrigações decorrentes do contrato de emprego perpetuam-se no tempo, e alguns credores, ao acessarem a Justiça do Trabalho, delimitam o período a ser cobrado, observando a regra de prescrição.⁽⁹⁶⁾ O fundamento para o fato constitui boa-fé processual e lealdade, traz o processo mais perto da realidade. O devedor pode pagar obrigações com pretensões prescritas por ato volitivo, não sendo essa regra proibida pelo ordenamento pátrio. Esse ato é classificado como renúncia à prescrição. Privilegia-se a boa-fé do credor que desde logo demonstra conhecer os prazos legais de sua pretensão, bem como a lealdade processual. Esses também são fundamentos do instituto da prescrição na perspectiva do credor.

Em sentido contrário, já foi defendido que a relação desigual e de subordinação jurídica, que envolve as relações de emprego, colocariam o empregado em uma posição de inferioridade e vulnerabilidade perante seu empregador, e por isso as pretensões decorrentes deveriam ter um tratamento de suspensão do prazo.⁽⁹⁷⁾ Por vezes, sem qualquer estabilidade no emprego, a inércia do credor dessa

(95) LORENZETTI, Ari Pedro. *A prescrição e a decadência na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 32.

(96) Alguns autores entendem o fato como omissão do pedido e não como renúncia dele. Ver SILVA, Homero Batista Mateus da. *Estudo crítico da prescrição trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004. p. 51.

(97) Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Estudo crítico da prescrição trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004. p. 91-94.

relação jurídica justifica-se e perpetua-se até o advento da extinção do contrato de trabalho. E, nessa hipótese, a legitimação extraordinária conferida para lesões coletivas exsurge como um meio de superar esse obstáculo ao acesso à Justiça, pois os legitimados podem atuar para eliminar as lesões macrossociais durante o contrato de trabalho.

1.5. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

A prescrição consiste na incidência do tempo sobre a exigibilidade da pretensão. A pretensão pode ser exercida judicialmente ou extrajudicialmente. Os prazos prescricionais são afetos aos direitos prestacionais, são de ordem pública, fixados pelo legislador e não podem ser alterados pelas partes. A natureza jurídica do instituto é de direito material.

A prescrição é a utilização do tempo para sedimentar as relações jurídicas. Ela baseia-se na inércia do titular da pretensão que a deixa de exigir contra outra pessoa. Essa pessoa pode renunciar ao prazo e cumprir a pretensão do titular. O Estado utiliza essa técnica, aparentemente injusta, para gerenciar melhor os processos, permitindo às partes o debate processual por meio de provas que ainda não se perderam no tempo, caso a reivindicação extrajudicial não tenha êxito. A sociedade para manter-se harmônica precisa de uma resposta em um tempo considerado razoável para que o conflito não se perpetue.

Outro instituto que utiliza a ação do tempo é a decadência. A decadência atinge os chamados direitos potestativos, pode ser instituída por lei ou pela vontade das partes — prazo decadencial convencional. A análise tem corte metodológico na prescrição extintiva, na ação do tempo sobre a exigibilidade da pretensão referente a direitos prestacionais, e não na aquisição de direitos em razão do tempo, a chamada prescrição aquisitiva, ou na decadência.