

1

Prescrição

1.1

Prescrição em matéria civil

1.1.1

Conceito

Prescrição é um instituto de direito material, com profundas conexões com o direito processual, que caracteriza a perda de uma pretensão ou a aquisição de um direito, pelo decurso de um prazo determinado por lei.

Conceituando este instituto, Cristiano Chaves de Farias¹² assevera que:

“A prescrição, nessa linha de intelecção, é a perda da pretensão de reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal estipulado pela lei. Acompanha a prescrição, obviamente, a todo e qualquer direito subjetivo patrimonial (seja absoluto, seja relativo), por admitirem violação. Daí perceber-se que, com o término do prazo de prescrição, o direito de fundo subsiste, porém o seu titular não mais pode exigir o seu cumprimento (não tem mais pretensão).”

O prazo prescricional pode ser mais ou menos dilatado¹³, a depender da escolha política dos legisladores, de acordo com as condições sociais, econômicas e culturais vigentes em determinada época.

A perda da pretensão e a aquisição de um direito de propriedade são as duas faces deste instituto. A primeira caracteriza a prescrição extintiva ou liberatória, ou, simplesmente, prescrição propriamente dita e, a segunda, o usucapião¹⁴, relativo ao direito de propriedade e seus desmembramentos.

¹² FARIAS (2005),p. 502

¹³ VENOSA (2004),p.630

¹⁴ Artigos 1238 a 1244 do CC/02.

Estas duas espécies têm em comum o fato de versarem sobre o efeito do tempo nas relações jurídicas e as conseqüências geradas pela inércia ou a morosidade do titular de um direito em ver satisfeita a sua pretensão.

Tratar-se-á, ante os limites desta pesquisa, unicamente da denominada prescrição extintiva ou liberatória, uma vez que a prescrição dita aquisitiva (usucapião) encontra-se relacionada a direitos reais, não guardando qualquer pertinência com o presente estudo..

Segundo a doutrina, o propagado intuito do legislador ao estabelecer um prazo para o exercício do direito de ação dos jurisdicionados é garantir a estabilidade das relações jurídicas e a paz social, ao evitar a perpetuação das lides, dos conflitos intersubjetivos de interesses. Como afirma Venosa¹⁵:

“O exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente. Deve ser exercido pelo titular dentro de determinado prazo. Isto não ocorrendo, perderá o titular a prerrogativa de fazer valer seu direito.

Se a possibilidade de exercício dos direitos fosse indefinida no tempo, haveria instabilidade social. O devedor, passado muito tempo da constituição de seu débito, nunca saberia se o credor poderia, a qualquer momento, voltar-se contra ele. O decurso de tempo, em lapso maior ou menor, deve colocar uma pedra sobre a relação jurídica cujo direito não foi exercido. É com fundamento na paz social, na tranqüilidade da ordem jurídica que devemos buscar o fundamento do fenômeno da prescrição e da decadência.”

Corroborando este entendimento, Farias¹⁶:

“A manutenção de situações jurídicas pendentes, indefinidamente, por lapsos temporais prolongados, importaria, sem dúvida, em insegurança e seria fonte de conflitos e prejuízos diversos. Conseqüentemente, surge a necessidade de controlar, temporalmente, o exercício de direitos, propiciando segurança jurídica e social.”

Ao estabelecer um prazo considerado razoável para a busca da tutela judicial, a legislação cria um ônus para o interessado, qual seja o de demonstrar dentro deste prazo o seu interesse em ver sua pretensão satisfeita, seja através de medidas judiciais seja extrajudiciais.

¹⁵ VENOSA (2004),p.629

¹⁶ FARIAS (2005),p. 499

1.1.2

Prescritibilidade

Em regra, todas as ações são prescritíveis. As exceções, entretanto, estão relacionadas à natureza jurídica de certas relações, como as que envolvem os direitos da personalidade – vida, liberdade, nome, relações familiares, etc. e que são, portanto, imprescritíveis.

As ações meramente declaratórias, que têm como escopo somente a declaração acerca de uma situação jurídica, não se sujeitam aos prazos prescricionais nem decadenciais.¹⁷

São, ainda, imprescritíveis as pretensões relativas aos direitos potestativos (ações constitutivas) que são aqueles onde o titular visa à constituição, à modificação ou à extinção de uma dada situação jurídica e o devedor ocupa posição de mera sujeição. Estes direitos sujeitam-se aos prazos decadenciais e não aos prescricionais, uma vez que não são passíveis de sofrerem violações, estando sujeitos tão-só à faculdade conferida por lei ao seu titular.

1.1.3

Prescrição *versus* Decadência

Decadência é um instituto que, conquanto relacionado ao efeito do tempo nas relações jurídicas, não se confunde com a prescrição. Ambos têm origem na inércia ou morosidade do titular de um direito, por certo lapso temporal¹⁸, entretanto, a decadência gera a perda do direito – não só do direito de ação, mas do direito em si – pelo decurso do prazo fixado para o seu exercício, prazo este que pode ser legal ou convencional.

Analisando estes dois institutos, afirma Farias¹⁹:

¹⁷ VENOSA (2004),p.639

¹⁸ VENOSA (2004),p.636

¹⁹ FARIAS (2005),p.500

“Acrescente-se que, além da aproximação com o elemento tempo, a prescrição e a decadência também dizem respeito à inércia do titular de determinada relação jurídica. Equivale a dizer, além de fundar-se em aspecto objetivo, o decurso temporal, também tem como suporte uma conduta omissiva do titular do direito em perecimento.”

Encontram-se sujeitos aos prazos prescricionais, portanto, as pretensões de cunho condenatório, aquelas onde o credor teve seu direito violado pelo devedor, que não cumpriu com sua obrigação de adimplir um crédito.

Enquanto em vigor o Código Civil de 1916, a definição dos conceitos de prescrição e decadência cabia à doutrina e à jurisprudência, uma vez que este digesto civil, diferentemente do atual, não trazia um conceito expresso destes institutos. Como afirma Neves²⁰:

“O Código de 1916 já cuidava de ambos, sendo que a existência de referência à caducidade ou decadência, embora não explícita no texto, defluiu do próprio sistema. De qualquer sorte, a delimitação do conceito e dos efeitos destes fatos jurídicos recai, até recentemente, sobre a doutrina e a jurisprudência. Assim, prevaleceu o entendimento de que a prescrição consiste na consolidação, pelo decurso do tempo, de uma lesão a um direito subjetivo, e que a decadência representa a extinção, pelo decurso do tempo, de um direito potestativo.”

A cautela do legislador ao conceituar e, assim, distinguir a prescrição da decadência demonstra uma característica deste novo Código: a preocupação do legislador com a operabilidade das normas civis. Assim sendo, extremamente salutar a separação destes dois institutos no Código de 2002, como registra Venosa:

“A lei procurou simplificar o entendimento sempre desditoso da distinção entre prescrição e decadência, ao disciplinar na parte geral da prescrição no art. 205, dez anos, e os prazos especiais no art. 206, que se graduam de um a cinco anos. Os princípios da decadência são disciplinados em capítulo à parte (arts. 207 a 211). Os prazos de decadência estão espalhados pela parte geral e especial, como vimos.”

²⁰ NEVES (2003),p.427

1.1.4

Actio Nata

De acordo com o Código Civil de 2002²¹, “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.” No momento da violação ocorre a *actio nata*²², ou seja, o nascimento do direito de ação para tutela do direito violado (*actione non nata nos praescribitur*).

Transcorrido o prazo integralmente e quedando-se inerte o interessado, a sua pretensão prescreve, o que significa dizer que ela se torna juridicamente irrelevante, permanecendo somente sua característica de obrigação natural²³.

Obrigação natural porque existe uma lei básica de convivência social segundo a qual “aquele que deve tem que pagar” ou “a cada um o que é seu”. Mais do que uma noção histórica de dever jurídico, um preceito basilar de justiça. Como pontua Washington de Barros Monteiro²⁴:

“Não há dúvida que ela tem realmente um aspecto desfavorável; seu reconhecimento priva o proprietário daquilo que lhe pertence e impede o credor de embolsar o devido, quando, em princípio, a negligência de um e de outro não deveria favorecer a má-fé do usurpador e a relapsia do devedor recalcitrante. De certa forma, o reconhecimento da prescrição, em ambas as hipóteses, viola o preceito milenar – dar a cada um o que é seu.”

Ocorre que o ordenamento jurídico do nosso Estado Democrático de Direito resguarda além da justiça, uma série de outros valores, da mesma ordem de importância, que precisam ser protegidos, dentre os quais se destaca a segurança jurídica.

²¹ Art. 198.

²² VENOSA(2004),p.660:”Adota-se o princípio da *actio nata*, admitindo-se que a prescrição tolhe o direito de ação, ou, mais especificamente, dentro do direito material, a prescrição faz extinguir a pretensão, que é o espelho do direito de ação.”

²³ VENOSA (2004),p.633: “ A inércia é causa eficiente da prescrição;ela não pode, portanto, ter por objeto imediato o direito. O direito incorpora-se ao patrimônio do indivíduo. Com a prescrição o que perece é o exercício desse direito. É, portanto, contra a inércia da ação que age a prescrição, a fim de restabelecer estabilidade do direito, eliminando um estado de incerteza, perturbador das relações sociais.”

²⁴ MONTEIRO (2003), p.332

Afirma a doutrina²⁵, portanto, que a possibilidade de exercício ilimitado de uma pretensão levaria o devedor a uma posição de permanente insegurança, sujeito ao alvedrio do credor, que a qualquer momento, poderia ter sua pretensão analisada judicialmente.

Conclui-se, destarte, que o legislador elegeu a segurança jurídica do devedor como um bem jurídico de elevada importância, de tal ponto a afirmar, em síntese, que o não exercício do credor por um lapso temporal “x” torna a pretensão dele insubsistente. Em simples linhas, significa dizer que, para o Estado, aquela pretensão condenatória tornou-se indevida, em razão da inércia do credor, que não procurou a tutela jurisdicional dentro do prazo previsto em lei para tanto.

Parece claro que este instituto parte de uma premissa básica: a de que o credor poderia exercer sua pretensão e não o fez, podendo, portanto, ser punido pela sua omissão. Neste sentido, Monteiro²⁶:

“ O mesmo acontece com o credor negligente. Podia ele exigir o crédito e não o fez. Sua prolongada inatividade extermina a relação jurídica; a prescrição é então reconhecida *odio negligentiae*, nos favore *prescribentis*.”

E esta premissa torna-se ainda mais evidente ao observar-se no Código Civil brasileiro, nos artigos 197 a 204²⁷, que, considerada a existência de certas

²⁵ MONTEIRO (2003), p. 332: “Além disso, se não existisse esse meio liberatório, impor-se-ia indefinida a conservação de todos os papéis, livros, documentos e recibos. Bem se pode imaginar, dentro de muito pouco tempo, a extensão do arquivo de uma grande organização, de uma estrada de ferro, por exemplo. Ela teria de conservar *ad perpetuam rei memoriam* todas as notas de embarques ou despachos, a fim de estar a salvo, no futuro, de possível reclamação. Com a prescrição, porém, a ferrovia só as conserva durante algum tempo; transcorrido o prazo prescricional, inutiliza-se tudo quanto ficou para trás, consumido pelo decurso do tempo.”; VENOSA (2004), p.630: “Não fosse o tempo determinado para o exercício dos direitos, toda pessoa teria de guardar indefinidamente todos os documentos dos negócios realizados em sua vida, bem como das gerações anteriores.”

²⁶ MONTEIRO (2003), p. 333.

²⁷ Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção.

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

Art. 201. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.

contingências, o legislador expressamente determina que o prazo prescricional não se inicia, é interrompido ou suspenso, visando a evitar que indivíduos que não estão em condições de ver satisfeitas suas pretensões sofram esta “penalidade processual” de ver sua pretensão julgada extinta com resolução de mérito, sem a devida apreciação.²⁸

Trata-se da adoção em nosso ordenamento jurídico do brocardo romano “*agere non valenti non currit praescriptio*”, o que significa dizer, em tradução livre, que quanto àqueles que não podem agir não corre a prescrição.

Este brocardo possui substancial importância posto que sopesa os dois grandes pilares da prescrição, quais sejam, a justiça e a segurança jurídica e atenta para a realidade fática, ainda que através de cláusulas gerais e abstratas, ao reconhecer que em determinadas hipóteses exigir-se a ação do credor seria uma grande injustiça, consideradas as limitações existentes à sua livre manifestação de vontade.

Como sustenta Lopes²⁹:

“A regra contra *non valentem agere* inspira-se numa idéia humana, um princípio de equidade, e que não pode deixar de ser reconhecida pelo juiz. Cabe, portanto, a aplicação analógica. Mesmo entendida como uma exceção à regra geral, esta não é de molde a encerrar *num numerus clausus* os casos de suspensão da prescrição, sobretudo quando se impõe interpretá-la com o espírito da equidade.”

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Art. 203. A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

²⁸ Art. 269 do CPC/73 – “Haverá resolução de mérito: (...) IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.”

²⁹ Apud VENOSA (2003), p.651

1.1.5

Suspensão e interrupção

As causas suspensivas podem impedir o curso da prescrição ou suspendê-lo por um período e, neste segundo caso, o prazo prescricional já transcorrido será computado posteriormente se superada a causa suspensiva.

Embora parte da doutrina o faça, o Código Civil não diferencia o impedimento da suspensão. As causas impeditivas e suspensivas são as mesmas e estão elencadas nos artigos 197 a 200, sendo que se esta causa surge antes do vencimento da obrigação o caso será de impedimento, enquanto que se posterior, de suspensão. Exemplifica Venosa³⁰:

“Vejam: ou preexiste ao vencimento da obrigação o obstáculo ao início do curso do prazo prescricional, e o caso será de impedimento, ou esse obstáculo surge após o vencimento da obrigação e durante a fluência do prazo, ocorrendo nessa hipótese a suspensão da prescrição. Desse modo, não podemos preestabelecer, dentro dos artigos citados, casos estanques de impedimento ou suspensão da prescrição, como querem alguns, pois a classificação dependerá da situação fática.”

As causas interruptivas, por sua vez, interrompem o prazo prescricional e o tempo já transcorrido será inteiramente desprezado, iniciando-se uma nova contagem após a interrupção, que somente poderá ocorrer uma vez.

Neste sentido explicita Neves³¹:

“Na suspensão, o fluxo do prazo é sustado enquanto o motivo permanece – em desaparecendo este, passa o prazo a fluir exatamente no quantum ainda restante. As causas de suspensão (e as de impedimento) estão motivadas em razões subjetivas (dizem respeito às qualidades do credor e do prescribente) que justificam a não incidência do prazo prescricional (face à impossibilidade de resistência à lesão), e podem ser facilmente aferidas, de modo objetivo (ou se é ou não se é menor por exemplo). Já as causas de interrupção – que fazem com que o prazo prescricional volte a correr desde o início – têm por fundamento a consideração objetiva de que o credor saiu da inércia, e sua constatação pode ser difícil (ex vi o art. 202, VI) porque dependente de considerações mais subjetivas.”

³⁰ VENOSA(2003),p. 646

³¹ NEVES(2003),p.434

1.1.6

Renúncia e declaração *ex officio*

É possível também que o devedor renuncie à prescrição já consumada³², como dispõe o art. 191 do CC/02³³. Esta renúncia pode ser expressa³⁴, através de qualquer declaração inequívoca neste sentido, ou tácita, quando o devedor pratica atos incompatíveis com a prescrição, praticando atos de reconhecimento da dívida.

Trata-se, de acordo com a doutrina majoritária, de um instituto de ordem pública³⁵, cujos prazos, portanto, são inegociáveis pelas partes³⁶ e que pode ser alegado em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita, como prevê o art. 193 do CC/02, salvo em sede de recurso extraordinário, se não alegada na Justiça Comum³⁷.

Não poderá a parte, entretanto, argüir a prescrição após o trânsito em julgado da sentença relativa à fase de conhecimento, considerando-se que a parte que seria beneficiada tacitamente renunciou à prescrição. A prescrição que pode vir a ser alegada na fase de execução em nada se confunde com esta, versando sobre prazo prescricional iniciado após o trânsito em julgado da sentença ou relativo ao título executivo extrajudicial que dará início ao processo de execução.³⁸

³² VENOSA(2004),p.641: “A renúncia à prescrição não pode ser antecipada, isto é, não se pode renunciá-la antes que o prazo se inicie. Se fosse permitida a renúncia prévia, a prescrição perderia sua finalidade, que é de ordem pública, criada para a estabilização do direito.”

³³ Art.191 do CC/02: “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

³⁴ VENOSA (2004),p.641:”A renúncia pode ser expressa ou tácita, presumindo-se, na segunda hipótese, de fatos do interessado incompatíveis com a prescrição. Expressa não significa que seja necessariamente escrita:pode-se expressar verbalmente a renúncia, provada por todos os meios permitidos, da mesma maneira que se deve considerar tácita a renúncia decorrente da prática, pelo interessado, mesmo por escrito, de qualquer ato incompatível com a prescrição.”

³⁵ MONTEIRO (2003),p. 338

³⁶ Art. 192 do CC/02.

³⁷ Súmula 282 do STF.

³⁸ VENOSA(2003),p. 643.

A partir de maio de 2006, com a nova redação do §5º do art. 219 do CPC, alterado pela Lei 11280, a prescrição pode, ainda, ser pronunciada de ofício pelo juiz.

1.1.7

Sucessão do prazo prescricional

De acordo com o novo Código Civil³⁹, “a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr conta o seu sucessor”. Assim sendo, o herdeiro do falecido gozará somente do prazo remanescente para buscar a reparação do direito, sendo computado todo o prazo já prescrito em face do *de cujus*.

A Doutrina ressalta a boa técnica legislativa do Código Civil de 2002 quanto ao uso do termo “sucessor” em substituição ao “herdeiro” do Código de 1916, pois este termo genérico abarca também o ato de transmissão entre vivos. Assim pontua Venosa⁴⁰:

“O herdeiro do *de cujus* disporá, portanto, apenas do prazo faltante para exercer a ação, quando esse prazo se iniciou com o autor da herança. Com a morte deste, o prazo não se inicia novamente. Corretamente, o atual Código refere-se ao “sucessor”, e não a herdeiro, como fazia o Código anterior, em conotação mais ampla (art. 196). Esse sucessor não será apenas o decorrente da morte, mas também de ato entre vivos.”

Especificamente em relação à fluência do prazo prescricional quanto aos herdeiros do *de cujus*, é relevante observar-se que, se entre os herdeiros a título universal houver um que se enquadre na dicção legal dos artigos 197 e 198 do Código Civil, a prescrição estará suspensa também para os demais herdeiros, ante o caráter universal e indivisível da herança⁴¹.

³⁹ Art. 196

⁴⁰ VENOSA(2003),p644

⁴¹ Art. 1791: “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.”

1.2

Prescrição no Direito Material do Trabalho

Na seara justrabalhista o instituto da prescrição possui sua regra geral na Consolidação das Leis do Trabalho, mais especificamente em seu artigo 11, que de forma sucinta determina o seguinte:

“Art. 11 - O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve:

I - em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

II - em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social.”

E, de forma pontual, resguarda os interesses dos trabalhadores menores de 18 anos ao determinar que contra eles não corre prazo algum de prescrição em matéria trabalhista.⁴²

Com base nestes artigos e utilizando-se, de forma supletiva, como autorizam os artigos 8º⁴³ e 769⁴⁴ da Consolidação das Leis do Trabalho, das normas civis e processuais civis, a doutrina e jurisprudência trabalhistas construíram toda a teoria relativa à aplicação deste instituto na Justiça do Trabalho.

A Constituição da República de 1988 também trata sobre o tema no inciso XXIX do art.7º, que possui, atualmente, a seguinte redação:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição pessoal: (...) ação, quanto aos créditos resultantes das

⁴² Art. 440 da CLT.

⁴³ “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

⁴⁴ “Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Considerando-se o disposto no caput deste artigo, verifica-se que incorreu o legislador constituinte em certa atecnia ao estabelecer o prazo prescricional em um de seus incisos, uma vez que o instituto da prescrição não consubstancia nenhum direito dos trabalhadores, mas, ao revés, uma limitação ao exercício dos mesmos.

A aparente simplicidade do tema dissolve-se com a análise da jurisprudência relativa à aplicação do prazo prescricional nas relações de trabalho subordinado (relações de emprego, regidas pela CLT) e, a partir da Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004, das relações de trabalho *lato sensu*.

A doutrina especializada caracteriza a prescrição trabalhista como um gênero que possui duas espécies, que seriam a prescrição bienal e a prescrição quinquenal. Em regra, o prazo bienal seria aquele de dois anos aplicável após o término do contrato de emprego e o prazo quinquenal seria o de cinco anos a contar do ajuizamento da ação.

Ressalta-se o “em regra”, uma vez que a complexidade das relações jurídicas e sociais levou esta fórmula aparentemente simples de contagem do prazo prescricional a transformar-se em um labirinto de contraditórias compreensões sobre o assunto.

A relevância das divergências surgidas da interpretação dos artigos supracitados levou o Tribunal Superior do Trabalho, instância máxima de interpretação das normas relativas ao direito do trabalho, a produzir mais de trinta súmulas e orientações jurisprudenciais a respeito deste tema.

Outro aspecto merece ser destacado no tocante à aplicação do prazo prescricional durante o vínculo de emprego: a real possibilidade de o trabalhador buscar a tutela jurisdicional estando em vigor o seu contrato de trabalho. A fluência do prazo prescricional quinquenal durante a manutenção do contrato de

trabalho, para alguns doutrinadores, como Raimundo Simão de Melo⁴⁵, ignora as reais condições fáticas, jurídicas e econômicas de um trabalhador brasileiro.

Parece desarrazoado impor-se ao trabalhador o ônus de não ter buscado a tutela dos seus direitos trabalhistas enquanto em vigor o seu contrato de emprego, se considerarmos que o nosso ordenamento jurídico garante o direito potestativo de rescisão contratual ao empregador, ou seja, sem a necessidade da motivação do seu ato. No mesmo sentido, Mallet⁴⁶:

“Em matéria trabalhista, porém, ainda que formalmente possa o empregado, verificada a lesão, de pronto exigir a reparação correspondente, se o fizer, colocará em risco, não sendo estável, a continuidade do seu contrato de trabalho. Por isso, melhor se amolda às peculiaridades da relação de emprego comum, inclusive e especialmente no meio rural, a fluência da prescrição somente depois de extinto o vínculo, como já dispunha a lei 5889, em diretriz mantida pela Constituição de 1988.”

Este fato leva a que muitos trabalhadores optem por aceitar certas condições de trabalho adversas a ajuizar uma reclamação trabalhista e correrem o risco de serem discriminados no emprego e até mesmo dispensados sem justa causa. Segue Melo⁴⁷:

“ O fundamento da prescrição é a inércia ou negligência do credor ou titular da pretensão, no exercício, em tempo certo, da ação correspondente. Mas, como é notório, não se pode falar em inércia ou negligência quando o trabalhador deixar de reclamar algum direito durante a relação de emprego, muito menos na presunção de abandono do direito, que, por óbvio, é incompatível com o seu estado de hipossuficiência econômica.”

Por esta razão, a imensa maioria das reclamações trabalhistas é ajuizada após o término dos contratos de emprego, o que transforma a Justiça do Trabalho na Justiça dos “sem” Trabalho, cujas ações trazem como objeto um contrato de trabalho já extinto, cujas violações já se consumaram e, por vezes, já se encontram até prescritas.

⁴⁵ MELO (2006),p.399

⁴⁶ MALLET (2005), p. 105

⁴⁷ MELO (2006),p.400-401

1.2.1

Breve histórico

A primeira norma brasileira em matéria prescricional trabalhista foi o Decreto 23.103 de 1933, que em seu art. 17 previa que:

“Toda reclamação relativa à não concessão de férias deverá ser dirigida à autoridade competente, pelo interessado ou pelo sindicato a que estiver associado, dentro do prazo de um ano após o término do prazo estabelecido no art. 5º, sob pena de prescrição.”

Posteriormente, a Lei 62 de 1935, aplicável a todo comerciário e industriário, dispôs em seu artigo 17, que o direito à indenização criada naquela lei prescrevia em um ano, a contar da data da dispensa.

Em 1939 foi publicado o Decreto-Lei 1287, que em seu artigo 101 determinava, que não havendo disposição especial em contrário, prescreverá em dois anos qualquer reclamação perante a Justiça do Trabalho.

Esta disposição foi mantida pelo Decreto 6596 de 1940 que aprovou o Regulamento da Justiça do Trabalho.

Depois, veio o Decreto-Lei 5452 de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação original do art. 11 previa que o crédito resultante das relações de trabalho prescreveria em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato e em dois anos, após a extinção do contrato, para o trabalhador rural.

Em relação aos trabalhadores rurais, o Estatuto do Trabalhador Rural (lei 4212 de 1963) preceituava que a prescrição dos direitos assegurados aos trabalhadores rurais só ocorreria após dois anos da cessação do contrato de trabalho, o que foi mantido pela Lei 5889 de 1973 que revogou este Estatuto e passou a ser a lei aplicável aos empregados rurais.

1.2.2

Prescrição trabalhista na Constituição da República de 1988

A Constituição de 1988 é a primeira constituição brasileira a tratar sobre o tema da prescrição do direito dos trabalhadores⁴⁸. O artigo 7º, XXIX em sua redação original dispunha que:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...) ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural.”

Este artigo foi alterado no ano 2000, pela Emenda Constitucional 28, que determinou um critério uniforme de prescrição para os trabalhadores urbanos e rurais, ao revogar as alíneas “a” e “b” antes existentes. A redação atual é a seguinte:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...) ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.”

Esta emenda constitucional foi alvo de muitas críticas pela doutrina⁴⁹ que considerou a equiparação prejudicial aos empregados rurais⁵⁰. A nova norma constitucional, claramente menos benéfica do que a anterior, considerou existirem condições paritárias nas relações urbanas e rurais a ponto de determinar a equiparação dos prazos prescricionais.

Entretanto, autores como Alice Monteiro de Barros, consideram salutar esta modificação, por ter privilegiado o princípio da igualdade. Como se pode observar deste posicionamento da autora⁵¹:

“O tratamento desigual sobre a matéria, dispensado aos empregadores rurais e urbanos, não mais se justifica na sociedade contemporânea, exatamente porque desviou-se do princípio da igualdade. Ademais, as peculiaridades do trabalho

⁴⁸ MAGANO (1993), p.150

⁴⁹ GUNTHER (2000),p.19

⁵⁰ MALLETT (2005),p. 107: “Em síntese, não se mostra positiva a inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 28”

⁵¹ BARROS (2009),p. 1059

nessas circunstâncias também já não justificam tratamento desigual, não só em face do fortalecimento dos sindicatos de trabalhadores rurais, mas também da maior facilidade de acesso aos meios de comunicação e informação.”

O Tribunal Superior do Trabalho buscou através de sua jurisprudência criar norma de transição e uniformizar a aplicação deste dispositivo, em razão das muitas dúvidas que surgiram a respeito da aplicação do novo artigo constitucional. Daí a redação da OJ 271 da SDI-1 do TST:

“O prazo prescricional da pretensão do rurícola, cujo contrato de emprego já se extinguiu ao sobrevir a Emenda Constitucional nº 28, de 26/05/2000, tenha sido ou não ajuizada a ação trabalhista, prossegue regido pela lei vigente ao tempo da extinção do contrato de emprego.”

Desta forma, somente serão regidos pela nova regra prescricional, os contratos de emprego dos rurais que se extinguirem após a EC 28/2000.

A Emenda Constitucional 45 também alterou substancialmente a aplicação dos prazos prescricionais na Justiça do Trabalho. A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que antes versava quase que unicamente sobre relações de emprego, para o gênero relações de trabalho, trouxe para esta Justiça Especializada a análise de relações antes de competência da Justiça Comum, como as relativas às indenizações decorrentes de acidentes de trabalho⁵².

Com esta alteração muitas matérias de natureza civil, que possuem prazos prescricionais próprios serão analisadas na Justiça do Trabalho.

Muitas divergências surgiram quanto à competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as indenizações decorrentes dos acidentes de trabalho. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se contrário a esta interpretação e decidiu que continuaria sendo competente nestes casos a Justiça Comum.

⁵² EÇA (2008),p. 82: “A EC 45, de 8 de dezembro de 2004, a chamada Reforma do Judiciário, trouxe para a competência da Justiça do Trabalho a possibilidade de conhecer e julgar todas as pendengas decorrentes da relação de trabalho, e não mais as históricas relações de emprego, fato jurídico que transformou a Corte Laboral em Justiça do Trabalho efetivamente, e não mais em “Justiça da CLT”, eis que lhe ampliou o espectro, permitindo-lhe julgar todas as demandas fundadas no valor do trabalho.”

Entretanto, o próprio STF alterou seu entendimento, no Conflito de Competência 7204/MG, e passou a reconhecer que o novo inciso VI do art. 114 da CR/88, ao definir a competência da Justiça do Trabalho para as ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes da relação de trabalho, abrange aquelas decorrentes de acidentes de trabalho.

Neste sentido foi editada a Súmula Vinculante 22 do STF:

“ A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/04.”

Surgiu então nova discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual prazo prescricional seria aplicado a estas indenizações derivadas de responsabilidade civil. Isso porque, embora seja pacífico que os direitos da personalidade são imprescritíveis, a pretensão de reparação dos danos causados a estes direitos não o é⁵³.

Em síntese, três correntes podem ser destacadas: a primeira, pugnando pela aplicação do prazo de cinco anos, previsto no art. 7, XXIX da CR/88, limitado a dois anos após a extinção do contrato de trabalho; a segunda, pelo prazo de três anos do art.206, §3º,V do Código Civil e a terceira, pelo prazo de dez anos do art. 205 do Código Civil.

A corrente que sustenta a aplicação do prazo prescricional trabalhista baseia-se na idéia de que estas indenizações constituem espécie do gênero crédito trabalhista, pois derivam de uma relação de emprego e, portanto, estão sujeitas a regra geral deste ramo jurídico quanto à prescrição. Neste sentido, Oliveira⁵⁴:

“ Como a própria Constituição de 1988 incluiu o direito à indenização decorrente do acidente do trabalho no rol dos direitos dos trabalhadores, também a prescrição será aquela indicada para os créditos resultantes da relação de trabalho. A existência de norma especial expressa afasta a aplicação da previsão genérica do direito comum.

⁵³ MELO (2006),p.398

⁵⁴ OLIVEIRA (2007),p.:348

Ademais, se a Suprema Corte, por unanimidade, entendeu que a indenização por acidente do trabalho caracteriza-se como um “autêntico direito trabalhista”, é imperioso concluir que a prescrição aplicável é também a trabalhista.”

A que defende a aplicação do prazo de três anos do Código Civil sustenta-se na redação do art. 206,§3º, V do Código Civil que expressamente prevê ser de três anos o prazo para a pretensão de reparação civil.

A última corrente, por outro lado, afirma que as pretensões relativas às indenizações decorrentes de acidente de trabalho não se enquadram na dicção do art. 206,§3º, V do Código Civil, por versarem sobre danos a direitos humanos fundamentais, ligados à personalidade do trabalhador, à sua dignidade enquanto pessoa humana e não a meras reparações civis comuns. Por esta razão, inexistindo norma específica para esta pretensão, estaria ela sujeita a regra geral prevista no art. 205 do referido Código⁵⁵. Assim defende Melo⁵⁶:

“No caso dos acidentes de trabalho, os danos causados são pessoais, com prejuízo à vida, à saúde física e/ou psíquica, à imagem, à intimidade, etc. do cidadão trabalhador, porquanto assegura a Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil e da livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o trabalho com qualidade e o respeito ao meio ambiente (Arts. 1º e 170), além de assegurar a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Portanto, se não se trata de natureza trabalhista nem civil, e, como não existe qualquer dispositivo legal regulando de outra forma o prazo de prescrição para as pretensões decorrentes, por exclusão aplica-se o prazo geral de 10 anos, como previsto no art. 205 do Código Civil. O Código Civil está sendo aplicado, repita-se, não porque se trata de uma pretensão de reparação civil no sentido estrito, mas porque é a lei civil que socorre nos casos de omissão regulatória sobre a prescrição no Direito brasileiro.”

O Tribunal Superior do Trabalho ainda não solidificou seu entendimento através de suas súmulas ou orientações jurisprudenciais, havendo decisões em diferentes sentidos, com predominância até este momento, para aplicação do prazo prescricional trabalhista, como se observa dos seguintes arrestos:

“RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. 1. Orienta-se o entendimento recente da SBDI-I desta Corte superior no sentido de que a regra prescricional aplicável à pretensão relativa a indenização por danos morais decorrente de acidente do trabalho é definida a partir da data em que a parte tem ciência inequívoca do evento danoso. Ocorrido o acidente ou cientificada a parte da

⁵⁵ Art. 205 CC: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

⁵⁶ MELHO (2006),p.404

incapacitação ou redução da sua capacidade laboral em ocasião posterior ao advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, por meio da qual se definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas, a prescrição incidente é a prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, porquanto indiscutível a natureza trabalhista reconhecida ao evento. Contrariamente, verificado o infortúnio anteriormente à entrada em vigor da referida emenda constitucional, prevalece a prescrição civil, em face da controvérsia que pairava nas Cortes quanto à natureza do pleito - circunstância que não pode ser tomada em desfavor da parte. 2. Na presente hipótese, como expressamente asseverado pela egrégia Corte de origem, o acidente do trabalho ocorreu em 11/7/1991 - ou seja, em data anterior à edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004. A prescrição incidente, portanto, é a civil, com a regra de transição consagrada no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, porquanto transcorridos mais de dez anos até a data da entrada em vigor do referido Código. 3. Assim, em face da regra contida no indigitado dispositivo de lei, forçoso concluir que a prescrição aplicável, no presente caso, é a vintenária, estabelecida no artigo 177 do Código Civil de 1916, contada de 12 / 7/1991 e findando em 12/7/2011. 4. Ajuizada a presente ação em 23/2/2005, não há **prescrição** a ser decretada relativamente à pretensão de reparação por danos morais decorrentes de **acidente do trabalho**. 5. Recurso de Revista conhecido e provido.”(TST- RR - 22400-62.2005.5.23.0003. Rel.: Min. Lélío Bentes Correia. Publicação: 18.03.2011)

“RECURSO DE REVISTA. 1. PRESCRIÇÃO. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004. Tratando-se de pedido de dano moral e/ou material decorrentes de acidente de trabalho e/ou doença profissional, esta Corte Superior pacificou entendimento no sentido de que, quando a lesão for anterior à Emenda Constitucional n° 45/2004, hipótese dos autos, o prazo prescricional aplicável será o previsto na legislação civil.” (TST- RR - 135700-06.2006.5.17.0012. Rel.: Min. Dora Maria da Costa. Publicação: 18.03.2011)

“RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO AJUIZADA APÓS ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. Trata-se de ação de reparação civil por dano moral ajuizada após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, mas com fundamento em fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916, o que impõe a aplicação da regra de transição inscrita no artigo 2.028 do Código Civil em vigor, respeitando-se o princípio da irretroatividade das regras jurídicas. Com efeito, à época do acidente (30/3/2001), o prazo aplicável era o de vinte anos, previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916. Contudo, antes do ajuizamento da presente ação (27/11/2008), entrou em vigor o Código Civil de 2002 (11/01/2003), que reduziu o prazo prescricional para três anos (artigo 206, § 3º, V). Por outro lado, dispõe o artigo 2.028 que serão os da lei anterior os prazos quando reduzidos por esse Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Na data de entrada em vigor do novo Código Civil, havia transcorrido menos de 10 anos da data do acidente ocorrido.” (TST- RR - 182500-82.2008.5.15.0043. Rel.: Min. Emmanoel Pereira. Publicação: 18.03.2011)

Cabe lembrar, que independentemente do prazo prescricional a ser aplicado, o art.23 da lei 8213/90, expressamente determina que a contagem do

prazo prescricional se inicia da ciência inequívoca, pela vítima, da incapacidade laboral ou redução desta. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram esta questão por meio das súmulas 230⁵⁷ e 278⁵⁸, respectivamente.

1.2.3

Contagem do prazo prescricional

Da análise dos artigos 7º, XXIX da CR/88 e 11º da CLT observa-se que os créditos trabalhistas estão sujeitos a dois prazos prescricionais: o bienal e o quinquenal.

O prazo bienal se inicia com o término do contrato de trabalho, enquanto que o quinquenal, em regra, abrange os cinco anos anteriores ao ajuizamento da reclamação trabalhista. A súmula 308, I do TST ressalta que os cinco anos contam-se do ajuizamento da ação e não da data da extinção do contrato.

Explico. Se o contrato de emprego de “A” vigorou de 01.01.2000 a 01.01.2010 e o ajuizamento de sua reclamação trabalhista ocorreu em 01.01.2011, o prazo bienal de prescrição foi observado (de 01.01.2010 a 01.01.2011 só passou um ano) e restarão prescritas as pretensões de cunho condenatório anteriores a 01.01.2006 (contando-se cinco anos para trás, a partir de 01.01.2011 chegaremos a 01.01.2006)⁵⁹.

As pretensões de cunho declaratório são imprescritíveis e algumas parcelas estão sujeitas a prazos especiais de prescrição, como é o caso do Fundo de

⁵⁷ Súmula 230 STF: “A prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade.”

⁵⁸ Súmula 278 STJ: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.”

⁵⁹ BARROS (2009),p.1034: “Logo, quanto mais tempo o empregado demorar para ingressar em Juízo, menor será o lapso de tempo alusivo aos direitos que lhe serão garantidos. Se o empregado é dispensado e o ingresso em Juízo ocorre de imediato, a prescrição abrangerá as parcelas vencidas há mais de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Outra será a situação se o empregado ajuizar a reclamação um ano após a cessação do contrato. Nesse caso, ser-lhe-ão assegurados os direitos dos últimos quatro anos trabalhados. Se ajuizar ação dentro de dois anos após a ruptura do contrato, ser-lhe-ão assegurados os direitos alusivos aos três últimos anos trabalhados. Na hipótese de o empregado ajuizar ação após dois anos da ruptura do contrato, nenhum direito lhe será assegurado, pois a pretensão está fulminada pela prescrição total.”

Garantia por Tempo de Serviço, cuja lei específica⁶⁰ prevê prazo trintenário de prescrição.

Importante ressaltar que a pretensão de recolhimentos do FGTS quando incidentes sobre parcelas postuladas na reclamação trabalhista está sujeita à prescrição ou não destas verbas, pois o acessório segue a sorte do principal⁶¹. Estes recolhimentos não se confundem com aqueles relativos ao FGTS postulado enquanto parcela principal, sobre remuneração já paga no contrato de trabalho⁶².

1.2.4

Arguição e declaração da prescrição

A prescrição pode ser alegada em qualquer momento na instância ordinária⁶³, não sendo possível para a parte interessada fazê-lo na instância superior (TST ou STF), por ausência do requisito do prequestionamento.⁶⁴

Com a nova redação dada ao parágrafo 5º do artigo 219 do CPC surgiu na seara processual-trabalhista acirrada cizânia doutrinária e jurisprudencial a respeito da aplicabilidade ou não desta regra ao processo do trabalho.

Alguns doutrinadores, como Barros⁶⁵ pugnam pela sua inaplicabilidade por força da sua inadequação aos princípios que regem o direito do trabalho, mormente o princípio da proteção, verdadeiro centro epistemológico deste ramo jurídico.

⁶⁰ Lei 8036/90

⁶¹ SUM- 206- FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELAS PRESCRITAS: “A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.”

⁶² SUM-362 FGTS. PRESCRIÇÃO: “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

⁶³ SUM-153: “Não se conhece de prescrição não argüida na instância ordinária.”

⁶⁴ BARROS (2009),p. 1029.

⁶⁵ BARROS (2009),p. 1028: “ A prescrição, no Direito do Trabalho, por versar sobre matéria de cunho patrimonial, não pode ser conhecida ex officio pelo juiz (apesar de o art. 219,§5º do CPC ter sido alterado para o juiz acatar essa prescrição). Essa situação só seria aplicável ao Direito do Trabalho se compatível com seus princípios e suas regras. E é pouco provável que isso ocorra, pois além dos enfoques da interpretação, há o princípio da proteção que se funda na regra e norma mais favoráveis ao empregado.”

Destaca Melo⁶⁶:

“Desse modo, o instituto da prescrição no Direito do Trabalho deve ser visto levando-se em conta os princípios e peculiaridades que cercam esse ramo especial do Direito e, em particular, a hipossuficiência e a subordinação do trabalhador perante o empregador. Na esfera trabalhista, diferentemente dos outros ramos da Ciência Jurídica, a interpretação deve ser feita em favor do trabalhador hipossuficiente e não contra ele. Aliás, é da essência do Direito que toda interpretação deva ser feita em favor daquele a quem a norma legal visa a proteger.”

Ratificando esta posição, Theodoro Júnior⁶⁷:

“ (...)o novel preceito legal é incompatível com a norma constitucional que promove a melhoria da condição social dos trabalhadores e, assim, por força do princípio da subsidiariedade, não tem aplicação no processo do trabalho.”

Outra corrente doutrinária e jurisprudencial, por outro lado, sustenta que o novel parágrafo deve ser aplicado no processo do trabalho, eis que não é incompatível com os princípios do direito do trabalho – ao revés, atende aos princípios da celeridade e economia processual – e ante a omissão normativa no texto obreiro.

Afirmam ainda que as normas processuais civis sempre foram usadas subsidiariamente ao processo do trabalho, e, com mais razão, deveriam sê-lo após a Emenda Constitucional 45 que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar todas as ações relativas às relações de trabalho, independentemente da existência de um vínculo jurídico de emprego.

Mostram-se favoráveis a este entendimento doutrinadores como Sebastião Geraldo de Oliveira, que afirma⁶⁸:

“Apesar da controvérsia, entendemos que a mudança introduzida é compatível com o processo do trabalho, por aplicação subsidiária (Arts. 8º e 769 da CLT), visto que nem a Constituição, nem a CLT disciplinam (assegurando ou negando) a questão do pronunciamento da prescrição de ofício pelo juiz. Os créditos decorrentes do contrato de trabalho, apesar de irrenunciáveis, são prescritíveis, conforme disposição expressa do art. 7, XXIX da Constituição Federal.”

E também, Vitor Salino Eça⁶⁹:

⁶⁶ MELO (2006),p.: 401

⁶⁷ JÚNIOR (2007),p. 67

⁶⁸ OLIVEIRA (2007),p. 374

“O conhecimento de ofício da prescrição, em situação que o eleva à categoria de norma cogente, é perfeitamente possível, inclusive no âmbito do Direito Processual do Trabalho, aliás, como já era antes mesmo do implemento da norma em análise, por força do §4º, do art. 40/LEF. Entretanto, nesta há exigência positivada de prévia ciência ao credor, justamente para que possa este apresentar qualquer fato jurídico que se mostre como um óbice.”

O Tribunal Superior do Trabalho ainda não pacificou a controvérsia em sua jurisprudência, o que tem gerado os mais diversos pronunciamentos por parte dos juízes e Tribunais Trabalhistas, o que acarreta um quadro de insegurança e quebra da isonomia aos jurisdicionados.

Divergência há ainda sobre a possibilidade da argüição da prescrição pelo Ministério Público. Os defensores da aplicabilidade do pronunciamento da prescrição ex officio, entendem que por uma questão lógica, é possível ao Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, argüir a prescrição. A corrente que defende a impossibilidade do pronunciamento de ofício do magistrado trabalhista, nega legitimidade ao Ministério Público para tal argüição, por não ser ele parte na demanda⁷⁰.

A este respeito, permanece em vigor a OJ 130 da SDI-1 do TST, no seguinte sentido:

“PRESCRIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ARGÜIÇÃO. "CUSTOS LEGIS. ILEGITIMIDADE. Ao exarar o parecer na remessa de ofício, na qualidade de “custos legis”, o Ministério Público não tem legitimidade para argüir a prescrição em favor de entidade de direito público, em matéria de direito patrimonial (arts. 194 do CC de 2002 e 219, § 5º, do CPC).

1.2.5

Prescrição total e prescrição parcial

Com base no artigo 7, XXIX da Constituição da República, a Doutrina e a Jurisprudência criaram uma classificação que divide os prazos prescricionais em totais e parciais.

⁶⁹ EÇA (2008),p.80

⁷⁰ BARROS (2009),p. 1029

Há quem qualifique como total a prescrição bienal e como parcial a quinquenal. Entretanto, a doutrina majoritária considera equivocada esta distinção.

A prescrição dita total seria aquela que atinge a pretensão dois anos ou cinco anos após a *actio nata* e não cinco anos do ajuizamento da ação, como é a regra geral de contagem da prescrição quinquenal.

A prescrição total incorreria sempre que a lesão decorresse de um ato único do empregador ou quando a lesão incidisse sobre cláusula contratual e não sobre direito garantido por lei. Exemplificando: se um trabalhador teve uma cláusula contratual (por ex., o percentual de suas comissões) alterada em 01.01.2000 e seu contrato de emprego continuou em vigor até 01.01.2010, esta pretensão foi fulminada pela prescrição total em 01.01.2005, cinco anos após a lesão.

Assim sedimentou o TST sua jurisprudência:

“OJ-SDI1-175 COMISSÕES. ALTERAÇÃO OU SUPRESSÃO. PRESCRIÇÃO TOTAL. A supressão das comissões, ou a alteração quanto à forma ou ao percentual, em prejuízo do empregado, é suscetível de operar a prescrição total da ação, nos termos da Súmula nº 294 do TST, em virtude de cuidar-se de parcela não assegurada por preceito de lei.”

Já a prescrição parcial é a regra geral no caso dos direitos trabalhistas, que, de maneira geral, decorrem da lei, de normas de ordem pública e indisponibilidade absoluta. Neste caso, considerando as mesmas datas acima mencionadas, se ao invés de alteração de uma norma contratual, se tratasse de violação de regra de ordem pública, como a redução salarial, se o trabalhador ajuizasse sua ação em 01.01.2010, poderia ter sua pretensão analisada em relação aos cinco anos anteriores ao ajuizamento (até 01.01.2005).

Por se tratar de uma construção doutrinária, na ausência de parâmetros legais para esta distinção o Tribunal Superior do Trabalho criou a Súmula 294 com o seguinte teor:

“SUM-294 PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO. Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”

Baseou-se o Tribunal Superior do Trabalho, portanto, na natureza da norma que embasa a pretensão para a fixação do prazo prescricional. Se a natureza for de ordem pública, a prescrição será parcial; se, de ordem privada, total.

Esta distinção, entretanto, peca pela imprecisão e por criar uma interpretação restritiva de uma norma constitucional, em prejuízo do trabalhador. No ordenamento jurídico trabalhista é extremamente difícil traçar claros limites a respeito da natureza das normas que envolvem um caso concreto, como no caso supramencionado das comissões.

Analisando esta distinção, posiciona-se Maurício Godinho Delgado⁷¹:

“É oportuno, finalmente, enfatizar-se que essa dualidade entre prescrição total e prescrição parcial, segundo o título jurídico correspondente à parcela trabalhista pleiteada, tem merecido críticas. De um lado, ela importaria no acolhimento de diferenciação não sugerida pela Carta de 1988 (art. 7, XXIX), acentuando, através da chamada prescrição total, o efeito prescricional constitucionalmente firmado – em afronta à conduta interpretativa sugerida pelo princípio da norma mais favorável.”

Para doutrina e jurisprudência majoritárias, a redução do percentual de comissões caracteriza uma alteração contratual e não uma afronta a um preceito legal, porque não há regra expressa na Constituição da República, tampouco na CLT, que garanta a manutenção do percentual previamente estipulado a título de comissões.

Ora, mantidas inalteradas todas as demais condições contratuais, a redução deste percentual não redundará inevitavelmente em diminuição do salário do obreiro? Não seria então o caso de ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial estampado nos artigos 7º, VI da CR/88 (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI-

⁷¹ DELGADO (2007),p. 276

irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.”) e 468 da CLT (“*Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.*”)? Ressalvado meu entendimento pessoal e de parte da doutrina⁷² e da jurisprudência, não tem sido essa a interpretação dada pelos Tribunais pátrios.

À guisa de exemplo, seguem algumas ementas de decisões do TST sobre este assunto:

“RECURSO DE REVISTA. ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL DAS COMISSÕES. PRESCRIÇÃO . Trata-se, a pretensão ao pagamento de diferenças de comissões pela alteração lesiva do respectivo percentual, de pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado que, todavia, cuida, na esteira da jurisprudência iterativa, notória e atual desta Corte Superior, hoje sedimentada na Orientação Jurisprudencial 175/SDI-I do TST, de parcela não assegurada por preceito de lei. Sujeita-se, portanto, não à exceção albergada na parte final da Súmula 294/TST, mas à diretriz geral enunciada nesse verbete, segundo o qual, “ tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.” Ressalva de entendimento pessoal da Ministra Relatora. (TST- RR-127200-86.2007.5.04.0008. Rel.: Min. Rosa Maria Weber.)

“RECURSO DE REVISTA. PETROBRÁ S. PETROS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO. Em se tratando de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio, nos termos da Súmula nº 327 do TST. Ressalva de entendimento deste Relator no sentido de que, tendo o Reclamante se aposentado em 07/01/2004, a actio nata para a contagem da prescrição deve ser a data do pagamento a menor da suplementação de aposentadoria, ocorrido há mais de cinco anos do ajuizamento da ação. Como a reclamatória foi proposta em 15/09/2009 , incidiria a lâmina prescritiva, por ultrapassado o prazo quinquenal previsto na mencionada Súmula 327 /TST . Observada a ressalva de entendimento, dá -se efetividade à jurisprudência do TST. (TST- RR - 121300-14.2009.5.15.0084. Rel.: Min. Maurício Godinho Delgado.)

⁷² DELGADO (2007), p. 276: “De outro lado, a teoria civilista ensina que as parcelas de trato sucessivo (como as derivadas do contrato de trabalho, independentemente do título jurídico instituidor da parcela) submetem-se à prescrição parcial, incidindo o critério total essencialmente naquelas obrigações que se concentram em um único ato, não se desdobram no tempo (exemplo: compra e venda, que se perfaz com a tradição do bem móvel; dano moral resultante de uma única ofensa cometida, etc.). Finalmente, argumenta-se que toda cláusula contratual ajustada, encontra-se pretelegida pela legislação heterônoma estatal (art. 468, CLT), o que conduziria à imperativa incidência parcial da prescrição também nesses casos.”

No capítulo seguinte buscar-se-á demonstrar a importância que uma sólida e bem estruturada organização sindical pode ter um efeito de destaque na defesa dos direitos dos trabalhadores, evitando a ocorrência da prescrição das pretensões obreiras.

Com efeito, embora o trabalhador possa, abstratamente, exercer seu direito de ação enquanto vinculado juridicamente ao empregador, há cerceios metajurídicos que o impedem de fazê-lo, como as contingências sociais, econômicas e culturais existentes no nosso país e que cerceiam de forma indireta a autonomia da vontade dos trabalhadores.

De fundamental importância, portanto, a existência de sindicatos de trabalhadores fortes, coesos, desvencilhados do Estado e do patronato e comprometidos com a efetiva realização dos direitos substanciais da classe obreira.