



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ELIMARCOS JOSÉ LIMA DO NASCIMENTO

**A APLICABILIDADE DE DECRETAÇÃO DA
PRESCRIÇÃO EX - OFÍCIO NA JUSTIÇA TRABALHISTA**

**JUIZ DE FORA
2009**



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ELIMARCOS JOSE LIMA DO NASCIMENTO

**A APLICABILIDADE DE DECRETAÇÃO DA
PRESCRIÇÃO EX - OFÍCIO NA JUSTIÇA TRABALHISTA**

Monografia de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito,
Faculdade de Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos (UNIPAC)
como requisito parcial a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Wagner Veiga

**JUIZ DE FORA
2009**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Elimarcos José Lima do Nascimento.

Aluno

A Aplicabilidade de Decretação da Prescrição
Ex-Ofício na Justiça Trabalhista

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BAÑCA EXAMINADORA

U. C. D. C. F.
Aut

Luciana Fátima Braga

Aprovada em 23 / 11 / 2009.

ELIMARCOS JOSÉ LIMA DO NASCIMENTO

**A APLICABILIDADE DE DECRETAÇÃO DA
PRESCRIÇÃO EX - OFÍCIO NA JUSTIÇA TRABALHISTA**

Monografia de conclusão ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora.

Banca Examinadora

PROF: Wagner Antônio Daibert Veiga - Orientador
UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

PROF: Rodrigo Longotano do Nascimento
UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

PROF(A): Luciana Maciel Braga
UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

Aprovada em: ----/----/2009.

Agradeço ao orientador prof. Wagner
Veiga a dedicação e compromisso
dispensado na elaboração desse ensaio.

Tal como a Terra, que eu possa servir de
apoio a seres tão numerosos quanto o
céu é vasto.

Dalai-Lama

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DA PRESCRIÇÃO EM GERAL.....	9
1.1 Generalidades	9
1.2 Distinções entre prescrição e decadência	9
1.3 Modalidades de prescrição	10
2 DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS.....	11
2.1 Contratos urbanos.....	11
2.2 Contratos rurais.....	13
2.3 Contrato doméstico	13
2.4 Fundo de garantias (FGTS).....	13
2.5 Prescrição intercorrente.....	14
2.6 Prescrição parcial e prescrição total	14
3 CAUSAS IMPEDITIVAS, SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO.....	15
3.1 Causas Impeditivas e Causas Suspensivas	15
3.2 Causas Interruptivas	16
4 PRESCRIÇÃO TRABALHISTA: CAUSAS IMPEDITIVAS E SUSPENSIVAS.....	17

4.1	Critério da Actio Nata.....	18
4.2	Prescrição Trabalhista: Causas Interruptivas.....	19
5	LEI 11.280/2006	20
6	DECRETAÇÃO EX-OFFÍCIO PELO JUÍZ	24
7	CONCLUSÃO.....	31
	BIBLIOGRAFIA	33

INTRODUÇÃO

A análise do instituto da prescrição, bem como seus desdobramentos na seara cível e trabalhista, são norteadores desse ensaio, reunindo subsídios doutrinários e jurisprudenciais, a fim de compreender melhor a prescrição e seus reflexos na seleta justrabalhistas.

O Código Civil atual, Lei nº 10.406/02, dispensou à prescrição um tratamento individualizado que permitiu, mais confortavelmente, diferenciá-la do instituto da decadência. O novo código trouxe prazos prescricionais exaustivos para os mais diversos tipos de pretensão, além de trazer regras específicas sobre os fatos e atos que impedem, suspendem e interrompem tais prazos. E, ainda, originalmente, em seu art. 194, seguindo a tradição histórica do instituto, vedava o reconhecimento de ofício pelo juiz da prescrição, cabendo à parte interessada sua alegação.

A Lei 11.280/2006 objetiva a real efetividade ao comando constitucional contido no último inciso do art. 5º da Constituição Federal, nos quais asseguram à todos, no âmbito judicial e administrativo, "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Ela revogou o art. 194 do Código Civil e deu nova redação ao §5º do art. 219 do CPC, possibilitando ao magistrado o reconhecimento ex - ofício da prescrição.

A aplicação da nova sistemática dada à prescrição pela Lei 11.280/2006 vem dividindo a doutrina e a jurisprudência tanto na justiça comum cível, quanto na trabalhista e o que mudou na sistemática do reconhecimento da prescrição.

O presente estudo tem com objetivo principal, vislumbrar se a aplicabilidade do conhecimento ex - ofício pelo juiz da prescrição no processo do trabalho.

1. DA PRESCRIÇÃO EM GERAL

1.1 Generalidades

O estabelecimento do instituto da prescrição encontra fundamento na pacificação social e manutenção da segurança jurídica, exigindo do legislador a fixação de limites temporais para o exercício do direito.

Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, “sob diversos aspectos, o direito atenta para a circunstância temporal: ao disciplinar a eficácia da lei, estatui as normas a que se subordina o começo e o fim de sua vigência; ao tratar das modalidades do negócio jurídico, cuida do termo inicial e do final, a que sujeita o exercício do direito; e dita as regras a serem observadas na contagem dos prazos”¹.

No direito civil a prescrição vem regulada no Título III do Livro III, da Parte Geral do respectivo Código que cuida da chamada prescrição extintiva; a dita prescrição aquisitiva vem regulada na Parte Especial referindo-se o legislador a possibilidade de aquisição da propriedade pela usucapião (artigos 530, III e 550 a 553). Também, a lei 6969 de 10/12/1981 cuidou da usucapião de imóveis rurais, dispondo de sua aquisição em cinco anos da ocupação.

“Esse instituto da prescrição foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado”².

1.2 Distinções entre prescrição e decadência

Inicialmente, pensemos nas distinções entre prescrição e decadência que por vezes são alvo de dúvidas a cerca de suas peculiaridades. A prescrição como a decadência são figuras jurídicas capazes de interferir nas relações jurídicas materiais em razão de findo o tempo.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 19a edição, São Paulo: Forense, vol. I, 2000.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil Brasileiro*, 1º volume: teoria geral do direito civil. 24. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 384.

Embora possuam características similares, a prescrição e decadência podem ser diferidas quanto aos efeitos gerados pela sua ocorrência ao sujeito do direito. Dessa forma a figura da prescrição torna inaplicável direito já existente, mas, por falta de exercício, torna-se ineficaz, já na decadência o sujeito poderá tornar-se titular do direito pretendido, e como consequência da extinção do prazo, perde tal possibilidade.

Entretanto, a decadência pode se dizer que é a perda da possível obtenção de uma vantagem jurídica e garanti-la judicialmente, em face do não exercício oportuno. Assim o que decai é a pretensão jurisdicional da obtenção do direito material, haja vista o exaurimento do prazo legal.

1.3 Modalidades de prescrição

Podemos dizer que a prescrição se subdivide em extintiva e aquisitiva, diferente do que ocorre na decadência, instituto singular.

A prescrição extintiva é a perda do direito de ação pelo seu não-exercício no prazo determinado por lei³, ou seja, a impossibilidade de exigir judicialmente a pretensão do direito, por estar precluso o prazo.

“Já a prescrição aquisitiva é meio de aquisição de propriedade mobiliária ou imobiliária em decorrência de seu prolongado uso pacífico”⁴. Na esfera trabalhista, a prescrição aquisitiva (usucapião) é instituto de pequena aplicabilidade. Entretanto, o usucapião no direito do trabalho diz respeito aos efeitos da alteração do contrato de trabalho, quanto a sucessão trabalhista e ocorrendo a mudança de empregador no pólo passivo da relação empregatícia. Desta forma, com a transferência da propriedade, por usucapião não obsta os efeitos sucessórios trabalhistas dos eventuais contratos empregatícios pretéritos à aquisição do imóvel usucapido.

A prescrição extintiva é a modalidade vastamente mencionada entre os doutrinadores justrabalhista, haja vista a sua importância, ocorrerá à produção de inúmeros preceitos normativos versando sobre o assunto. Sendo assim, citem-se alguns ensinamentos positivados pelo ordenamento nacional que posteriormente, ao logo desse ensaio, trataremos de modo mais aprofundado, como:

³ FILHO, Ives Gandra da S. M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 18. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

a) o artigo 11 da CLT, em vigor desde 1940 que estabelecia o prazo prescricional para o trabalhador em geral, revogado pelo art. 7º, XXIX, "a", da Constituição Federal/88, fixando novo prazo prescricional para o trabalhador urbano;

b) a prescrição de especial prazo para a categoria rural de trabalhadores, descrito no Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/63), posteriormente mantido pela Lei n. 9.658 de 1973, resguardado, pelo art. 7º, XXIX, "b" de nossa *Mater lege*.

Somente com a edição da Emenda Constitucional nº.28 de 2000, estirpando essa singularidade concedida aos ruralistas, igualando os prazos prescricionais para ambas as categorias (rural e urbano);

c) da prescrição especial dos valores dos depósitos do FGTS (vide art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90). Nos casos de depósito do FGTS o prazo prescricional, em regra, será de 30 anos, quando, estiverem efetivamente depositadas as parcelas, ainda respeitar-se-á os o prazo bienal, para a propositura da pretensão de FGTS, bem como do principal, a partir da extinção do contrato trabalhista, e quinquenal, quando a prescrição for argüida no curso da relação empregatícia.

2. DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Basicamente, o prazo prescricional do Direito do Trabalho está fixado na nossa Carta Política, compreendendo trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXIX). Porém, existe controvérsia a cerca da prescrição aplicada ao empregado doméstico e o prazo especial concernente ao FGTS.

2.1 Prescrição nos contratos urbanos

Há duas correntes interpretativas a respeito. A primeira, majoritária, elucida ter a Constituição ampliando o velho prazo celetista de dois para cinco anos, limitado ao biênio, após a ruptura do contrato, o prazo para protocolo de qualquer ação relativa ao pacto empregatício. Nesse diapasão, a prescrição seria quinquenal, contada do protocolo da ação, independente da extinção do contrato; o prazo bienal, por sua vez, atuaria observando a extinção do pacto, fluindo, porém concomitantemente com o lapso quinquenal.

A CF/88 estabeleceu prazo prescricional de cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato (art. 7º, XXIX, "a",

CF/88). A Emenda Constitucional n. 28, de 05/2000, conferindo nova redação ao inciso XXIX, manteve o mesmo critério prescricional quanto ao trabalhador urbano.

Revogou, assim, a nova Carta, desde 1988, o preceito contido no velho art. 11 da CLT, que dispunha prescrever “em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”. Revogação tácita, evidentemente. Dez anos após, o art. 11 da CLT seria adequado, de modo expresso, ao critério constitucional superior, incorporando a redação do texto magno, através da modificação que lhe foi introduzida pela Lei n. 9.658, de 05/06/98 (Diário Oficial de 08/06/98).

A segunda corrente minoritária, porém, afirma que a CF teria procurado aproximar ao máximo os critérios prescricionais então aplicáveis aos contratos empregatícios rurais e urbanos. Para Godinho, “desse modo, teria estabelecido uma combinação de prazos, pelo qual o obreiro poderia pleitear parcelas referentes aos últimos cinco anos do contrato, desde que protocolasse sua ação até dois anos após a ruptura do contrato. O prazo quinquenal contar-se-ia, pois, da extinção do contrato (se o contrato estivesse findo), ao passo que a prescrição bienal contar-se-ia, sim, do protocolo da ação”⁵.

Assim, para esta segunda vertente interpretativa, a CF teria estendido ao trabalhador cidadão um pouco da vantagem prescricional assegurada ao rurícola, assim como viria tentar estender ao empregador rural, através do art. 233, um pouco da vantagem prescricional assegurada ao empregador urbano pela mesma Carta.

Os argumentos da corrente minoritária enfraqueceram-se, contudo, a partir da unificação de prazos prescricionais entre trabalhadores rurais e urbanos pela EC nº. 28 de 2000.

É incontroverso na doutrina e descrito pelo enunciado jurisprudencial, Súmula nº.308, TST, de 1992, esclarecendo que a “norma constitucional que ampliou a prescrição da ação trabalhista para 5 anos é de aplicação imediata, não atingindo pretensões já alcançadas pela prescrição bienal, quando da promulgação da CF/88” (Súmula 308, II, TST).

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

2.2 Prescrição nos contratos rurais

A Emenda Constitucional n. 28, unificou os prazos prescricionais para o trabalhador urbano e rural: ação com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato.

2.3 Prescrição nos contratos domésticos

Há uma discussão no Direito do Trabalho sobre o prazo prescricional aplicável ao empregado doméstico. Entende-se haver uma lacuna normativa, ensejando a necessidade da integração jurídica. Uma primeira corrente sugeria que deveria ser aplicada a regra prescricional do velho Código Civil, uma segunda corrente doutrinária sugeria que fosse aplicado o prazo prescricional (dois anos) de antigos diplomas trabalhistas das décadas de 1930 e 1940. A terceira posição sugeria que se aplicasse o prazo do velho art. 11 da CLT (prescrição simples de dois anos). Sendo de todo inaceitáveis, surgiu uma quarta corrente, amplamente dominante, a qual dispõe que o prazo prescricional aplicável ao contrato doméstico é aquele próprio ao trabalhador urbano consubstanciado pelo art. 7º, XXIX, da Lex Mater;

2.4 Prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

No caso de prescrição quando se tratar de FGTS, também há uma discussão a respeito, em razão da natureza complexa do FGTS. Através da redação determinada pela Resolução n.º 121, de 28 de outubro de 2003, observa-se o enunciado da súmula 362 do TST o qual dispõe “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recebimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato.”

2.5 Prescrição Intercorrente

Assim como Gandra a “prescrição intercorrente é a prescrição que flui durante o desenrolar do processo. Proposta a ação, interrompe-se o prazo prescritivo; logo a seguir, ele volta a correr de seu início, podendo consumir-se até mesmo antes que o processo”⁶

Dispõe a Súmula 327 do STF: “O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente” e, por outro lado, dispõe a Súmula 117 do TST: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.

Há uma conjugação de fatores que consideram inviável a prescrição intercorrente no âmbito do processo de cognição trabalhista. Contudo, há uma situação que torna viável a decretação da prescrição na fase executória do processo do trabalho, situação que permite harmonizar o estabelecido nas duas súmulas supracitadas. Porém, a ausência de atos executórios derivada de falta de bens do executado ou de seu desaparecimento não enseja a decretação da prescrição.

2.6 Prescrição Total e Prescrição Parcial

A jurisprudência trabalhista faz distinção entre prescrição total e prescrição parcial: “Tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei” (Súmula 294, TST).

Assim, irá se firmar no instante da lesão – e de surgimento conseqüente da pretensão – caso não assegurada à parcela especificamente por preceito de lei (derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou contrato).

Dá-se, aqui, a prescrição total, que corre desde a lesão e se consoma no prazo quinquenal subseqüente. Consistindo, entretanto, o título jurídico da parcela em preceito de lei, a actio nata incidiria em cada parcela especificamente lesionada. “Torna-se, desse

⁶ FILHO, Ives Gandra da S. M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 18. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.

modo, parcial a prescrição, contando-se do vencimento de cada prestação periódica resultante do direito protegido por lei”⁷.

3 CAUSAS IMPEDITIVAS, SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO

Não há dúvida de que a prescrição agride direitos assegurados pela ordem jurídica: é instituto que, em nome da segurança nas relações sociais, torna inexigíveis parcelas não reivindicadas ao longo de certo prazo legalmente estabelecido. É figura que confere prevalência, de certo modo, ao valor segurança em detrimento do valor justiça. É como se a ordem jurídica assegurasse a busca, pelo titular, da proteção estatal a seus interesses, mas desde que o fazendo em um prazo máximo prefixado, de maneira a não eternizar situações indefinidas no âmbito social. Se o justo não é perseguido em certo tempo, fica a ordem jurídica com o status quo, com a segurança, em favor da estabilização social.

Por essa lógica algo controvertida, o instituto da prescrição é limitado pela mesma ordem jurídica que o regulamenta.

Tais limites são dados pelas causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição.

3.1 Causas Impeditivas e Causas Suspensivas

O primeiro grupo desses limites situa-se naqueles fatores (tipificados, é claro) que a lei considera indicativos de restrições sofridas pelo titular do direito no que tange à defesa de seus próprios interesses. A ordem jurídica considera que a prescrição não poderia, em tais situações, favorecer ao devedor, já que o credor se encontra submetido a restrições verdadeiras (ou legalmente supostas) no tocante à defesa de seus interesses. Tais fatores são as causas impeditivas ou causas suspensivas do curso da prescrição.

Os fatores impeditivos ou suspensivos, tipificados pela legislação, atuam de modo direto sobre o efeito prescricional: ora inviabilizam, juridicamente o início da contagem da prescrição (causas impeditivas), ora sustam a contagem prescricional já iniciada (causas suspensivas).

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

Verificada a causa impeditiva, a prescrição sequer inicia sua contagem; verificada a causa suspensiva, cessa a contagem do prazo já transcorrido (que será, contudo, reiniciado após o desaparecimento da causa de suspensão).

As causas impeditivas e suspensivas em geral consubstanciam fatos ocorridos independentemente da explícita vontade da parte beneficiada pelo impedimento ou suspensão prescricional. São fatores, pois, externos à vontade do titular do direito, mas que inviabilizam ou restringem a defesa de seus interesses jurídicos.

Há, no Direito Administrativo, uma exceção a essa característica comum (de se tratar de ato ou fato externo à vontade do titular do direito): a reclamação administrativa (embora sendo ato voluntário do sujeito) suspende o curso da prescrição (na verdade, percebe-se que, aqui, o Estado/legislador apenas criou para si mais um privilégio, através do Decreto nº.20.910, de 1932). A lei nº.9.958/2000 criou outra situação de suspensão propiciada pelo exercício da vontade do titular: a submissão de qualquer demanda à Comissão de Conciliação Prévia ou Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista suspende o prazo prescricional correspondente (arts. 625-D e 625-G da CLT).

3.2 Causas Interruptivas

O segundo grupo de limites que a ordem jurídica cria para a prescrição é dado pelas causas interruptivas de sua fluência.

Trata-se de fatores – expressamente especificados pela legislação – que traduzem uma efetiva e eficaz defesa do direito pelo respectivo titular e que, por isso, tem o condão de sustar o fluxo do prazo prescricional. Aqui não se trata de fatores que inibem ou restringem a possibilidade de defesa do titular do direito (como as causas impeditivas e suspensivas); ao contrário, é fator que demonstra a aberta e franca defesa de seu direito pelo correspondente titular.

“As causas interruptivas atuam sobre o curso prescricional, com efeito, mais amplo do que o característico da suspensão. A interrupção susta a contagem prescricional já iniciada, eliminando inclusive o prazo prescricional em fluência (respeitada a prescrição já consumada)”⁸. Ou seja: enquanto na suspensão o prazo transcorrido é preservado (retomando-se a contagem sustada após o desaparecimento da causa suspensiva), na interrupção verifica-se a eliminação do prazo prescricional em curso, favorecendo mais largamente o titular do direito. É óbvio, como visto que o prazo

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p.256.

eliminado pela interrupção será o prazo em curso (isto é, o prazo legalmente fixado e em andamento), não se atingindo, pois, a prescrição já consumada (que corresponde ao prazo que já suplantou o lapso prescricional fixado).

As causas interruptivas, portanto, consubstanciam atos ocorridos em decorrência da explícita ação da parte beneficiada pela interrupção prescricional. Por essa razão, em face de mostrar-se o titular do direito alerta e interessado na preservação de seu direito, a legislação confere largo efeito à conduta interruptiva, restituindo ao credor, por inteiro, o prazo prescricional em curso. A contagem do prazo recomeça, assim, de maneira geral, desde a data do ato de interrupção (art. 173, CCB/1916; art. 202, parágrafo único, CCB/2002).

Raro exemplo de ato explícito do titular em defesa de seu direito que não se enquadra como causa interruptiva (mas suspensiva) é aquele já referido, próprio ao Direito Administrativo: o Decreto n. 20.910, de 1932, estipula que a reclamação administrativa apenas suspende (e não interrompe) o andamento da prescrição. Outro exemplo raro é o concernente à submissão de demanda trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia ou Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista: este ato voluntário provoca a suspensão (e não interrupção) do prazo prescricional (arts. 625-D e 625-G, CLT).

Produzindo as causas interruptivas efeito significativamente favorável ao credor preferiu o novo Código Civil estabelecer que a interrupção da prescrição dar-se-á por uma única vez (art. 202, caput). O antigo CCB era silente no que tange a esse aspecto.

4 PRESCRIÇÃO TRABALHISTA: CAUSAS IMPEDITIVAS E SUSPENSIVAS

O direito civil (arts. 168 a 170, CCB/1916; arts. 197 a 199, CCB/2002) arrola diversas causas impeditivas e/ou suspensivas da prescrição. Muitas delas são plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho – algumas sofrendo, contudo, adequações à área juslaborativa.

A primeira causa impeditiva em destaque é a incapacidade absoluta (art. 169, I, CCB/1916; art. 198, I, CCB/2002). A propósito, sendo originária (por faixa etária), a incapacidade absoluta impede o fluxo prescricional. Tratando-se de incapacidade superveniente (isto é, resultante de circunstância restritiva surgida na vida adulta), pode atuar como causa suspensiva da prescrição.

A lei trabalhista tem preceito específico sobre a relação incapacidade e prescrição, ao dispor que não corre prescrição contra os menores de 18 anos (art. 440, CLT; art. 10, Lei nº. 5.889/73). Ou seja: a menoridade trabalhista é fator impeditivo da prescrição, independentemente de ser o menor absoluta ou relativamente incapaz – o que torna irrelevante, sob o ponto de vista da prescrição, essa diferenciação do Código Civil Brasileiro.

Outra causa impeditiva civilista aplicável ao Direito do Trabalho é a ausência no país por parte do titular do direito, em serviço público da União, Estados e Municípios (art. 169, II, CCB/1916; art. 198, II, CCB/ 2002). Evidentemente que, por inevitável interpretação extensiva, deve-se estender a vantagem aos ausentes em face de serviço público prestado às autarquias e ao Distrito Federal.

A terceira causa impeditiva prevista no Código Civil – compatível com o Direito do Trabalho – é a prestação do serviço militar, em tempo de guerra (art. 169, III, CCB/1916; art. 198, III, CCB/2002). Evidentemente que a prestação de serviço militar em tempos de paz não é causa impeditiva do curso prescricional.

A lei civil estipula, ainda, duas outras importantes causas suspensivas, ao dispor que também não corre prescrição, seja quando pendendo condição suspensiva (art. 170, I, CCB/1919; art. 199, I, CCB/2002), seja quando não estando vencido o prazo (art. 170, II, CCB/1916; art. 199, II, CCB/2002).

4.1 Critério da Actio Nata

Segundo Godinho, “desponta neles dois preceitos do Código Civil (pendência de condição suspensiva e não vencimento do prazo) o relevante critério da actio nata, prevalecente no Direito Brasileiro”⁹. Já que a prescrição somente inicia seu curso no instante em que nasce a ação, em sentido material, para o titular do direito. Isto é, antes de poder ele exigir do devedor seu direito, não há como falar-se em início do lapso prescricional.

No Direito do Trabalho, surgiu interessante exemplo acerca da aplicação do critério da actio nata. Trata-se do propiciado pela edição de Lei nº.8.632, de 05/03/93. Esse diploma concedeu anistia aos dirigentes sindicais dispensados após 05/10/88, deferindo-lhes o direito de retorno ao emprego (direito que surgiu, como é óbvio, apenas em março de 1993, em face da anistia datada de 05/03/93, não se poderia

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 259.

considerar prescrita tal vantagem fundada nesse título jurídico, ainda que o obreiro houvesse, de fato, sido dispensado há mais de dois anos antes de 1993: é que pelo princípio da *actio nata* a prescrição somente iniciará sua contagem na própria data do diploma instituidor do direito (e de sua correspondente ação).

O mesmo se passou com a recente Lei Complementar nº. 110, de 29/06/01. O diploma conferiu aos trabalhadores direito a complemento de atualização monetária sobre seus depósitos de FGTS de mais de dez anos atrás, entre 01/12/88 a 20/02/89 e durante o mês de abril de 1990 (arts. 4º e 5º, Lei 110/01). Ora, o direito ao acréscimo nos depósitos do Fundo surgiu na data de publicação da nova lei (30/06/2001), produzindo a *actio nata* com respeito às pretensões, sobre tais diferenças de FGTS e, inclusive, diferenças quanto ao acréscimo rescisório de 40% sobre o Fundo, se for o caso.

4.2 Prescrição Trabalhista: Causas Interruptivas

A causa interruptiva mais relevante no Direito do Trabalho é a decorrente da propositura de ação judicial trabalhista (art. 172, I, CCB/1916; art. 202, I, CCB/2002).

A data dessa propositura fixa o termo exato da interrupção, por ser automática a citação do reclamado no processo do trabalho (art. 841, CLT), tomando o juiz conhecimento do processo, em regra, apenas na audiência inaugural. No processo civil, essa data tradicionalmente fixava-se no dia do despacho judicial determinador da citação do réu (atingido art. 219, §1º, CPC). Com a Lei nº. 8952/94, alterando o citado art. 219, CPC, assimilou-se, parcialmente, a sistemática justralhista, ao se estabelecer que a interrupção da prescrição retroagirá à data do ajuizamento da ação. O critério justralhista é, de todo modo, especial, não se afetando por distinto critério geral civilista.

A jurisprudência trabalhista firmou que a extinção do processo sem resolução de mérito não prejudica a interrupção prescricional efetuada com a propositura da ação (Súmula 268, TST). O critério abrange extinções processuais por ausência injustificada do obreiro, autor da ação, à audiência, por desistência, por inépcia da inicial e outras correlatas.

A jurisprudência trabalhista, contudo, não tem considerado aplicável à esfera juslaborativa este privilégio, em face de não contar o empregador estatal com vantagens materiais específicas em comparação com o empregador privado.

A presente reflexão deixa claro que a interrupção verifica-se com respeito às parcelas indicadas no petitório da ação, exatamente em razão de poder haver pronunciamento judicial (art. 128, CPC; Súmula 268, TST). O máximo que se deve admitir é a interpretação extensiva de que, indicada a parcela principal, considera-se também implícita a parcela a ela acessória.

O Direito Civil arrola diversas outras causas interruptivas, algumas delas plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho (art. 172, CCB/1916; art. 202, CCB/2002).

Assim, ilustrativamente, a prescrição interrompe-se pelo protesto judicial e pessoal feito ao devedor ou por qualquer ato judicial que o constitua em mora (interpelações, notificações, medidas preventivas, etc.). Tal hipótese tende a ser incomum na dinâmica processual trabalhista, não só por serem pouco usuais procedimentos cautelares ou preparatórios no cotidiano do processo do trabalho, como por se configurar muito mais prático ao credor a utilização direta da própria ação trabalhista principal. Mas há importante aspecto a ser ressaltado neste tópico: é preciso que o protesto ou congênere enuncie as parcelas sobre as quais se quer a interrupção da prescrição, já que não é cabível interrupção genérica e imprecisa.

5 LEI 11.280/2006

Até a edição da Lei nº 11.280/2006 a maioria da doutrina entendia que a prescrição, caso tutelasse direitos disponíveis, sendo esta entendida como aquela que cabe somente a parte alegar, não podendo o magistrado conhecê-la de ofício, ainda que estivesse provada nos autos do processo. Isso porque violaria o princípio da demanda o juiz tutelar de ofício direito subjetivo da parte. Base legal disposta no art. 194 do Código Civil que, antes de ser revogado pela referida lei, dispunha que: "o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz".

Entretanto, o instituto da prescrição sofreu modificações, com destaque no que tange a seu reconhecimento no curso do processo, dando ao juiz a possibilidade de reconhecimento ex - ofício da prescrição.

Com efeito, a Lei 11.280/2006 provocou uma importante alteração no Código de Processo Civil o qual, no § 5º de seu art. 219, passou a prever que "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição".

O mesmo enunciado normativo expressamente revogou – por notória incompatibilidade – o referido art. 194 do Código Civil. O objetivo principal da alteração era dar efetividade ao inciso LXXVIII da Constituição Federal, introduzido pela E.C. nº 45/2004, que elevou à categoria de direito fundamental a celeridade processual¹⁰.

Diversos questionamentos foram então desenvolvidos acerca do reconhecimento da prescrição de ofício pelo juiz. A modificação recebeu críticas de diversos doutrinadores, inclusive quanto a sua duvidosa constitucionalidade. Alexandre Freitas Câmara retrata bem a preocupação da doutrina:

“Tenho para mim que esta é uma modificação amalucada ou, como disse no título que atribuí ao presente estudo, descabeçada. Penso, e o digo aqui sem qualquer pudor, que o legislador brasileiro demonstra, agora, que perdeu totalmente o juízo”¹¹.

Conforme o renomado processualista, seria absolutamente inaceitável que se desse ao julgador o poder de reconhecer de ofício a prescrição se aquele a quem ela aproveita (o Réu), conforme visto anteriormente, pode renunciá-la.

Acrescenta, ainda, que:

[...] a norma ora em exame, ao estabelecer que o juiz tem o poder de reconhecer de ofício a prescrição, invade, de forma absolutamente desarrazoada e irracional, a esfera da autonomia privada dos participantes de uma relação jurídica obrigacional, ao levar o juiz a ter de reconhecer uma prescrição que o prescribente não quer que lhe aproveite. Penso, assim, que há aqui mais uma inconstitucionalidade do dispositivo sub examine, que viola o princípio constitucional da liberdade.¹²

De outra banda, mesmo superados os fortes argumentos quanto à inconstitucionalidade do novo §5º do art. 219 do CPC, destacamos a dificuldade em sua aplicação, isso porque o dispositivo rompeu com a sistemática até então vigente (doutrinária e legislativamente) sobre a prescrição.

Como se vê, a alteração do texto é substancial, justamente o oposto do que estava sendo tratado. “Cai o mito de que a prescrição não pode ser conhecida de ofício. Isso, em prol da suposta celeridade processual. Em tom crítico, pode-se dizer que o Código Civil era harmônico quanto ao tema da prescrição, principalmente se

¹⁰ Neste sentido Flávio Tartuce (2008, p. 413) e Fredie Didier Jr. (2007, p. 413).

Por todos, consultar CÂMARA, Alexandre Freitas. **Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>> Seção Processo Civil. Acesso em: 03 fev. 2009.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

¹² Idem.

confrontado com a decadência. Mas essa harmonia foi quebrada pela reforma processual”¹³ [...]. (TARTUCE, 2008, p. 413)

Destarte, essa aparente desarmonia na sistemática da prescrição, trazida pela Lei nº 11.280/2006, gerou, é óbvio, dificuldades para a aplicação da nova regra de seu reconhecimento de ofício pelo magistrado. Vejamos alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito.

Para CÂMARA:

[...] é impossível, em qualquer caso, o reconhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado, vez que é inconstitucional o dispositivo. E, caso admitido sua constitucionalidade, continuaria a vigor o sistema anterior, pelo qual o magistrado deve sempre oportunizar ao Réu o direito de renunciar ou não à prescrição e, em caso de silêncio deste último, deve-se interpretar como se tivesse renunciado a ela¹⁴.

Para DIDIER JR. “a possibilidade de reconhecimento ex- officio da prescrição é uma opção legislativa (por ser instituto de direito positivo) e, por isso, não haveria nenhum obstáculo contra isto, como já era corrente no Processo Penal e no Tributário”¹⁵.

No entanto, só admite uma única ocasião em que seria possível o reconhecimento de ofício da prescrição no Processo Civil, qual seja, quando se tratar de direitos indisponíveis (por exemplo, de incapazes, os quais não poderiam renunciar a prescrição) e, apenas, no despacho que (não) recebe a Petição Inicial, devendo o juiz indeferi-la liminarmente, sem necessidade de ouvir o Réu. Em todas as outras situações o magistrado não poderia agir de ofício, só podendo reconhecer a prescrição caso fosse provocado pelo Réu.

Flávio Tartuce (2008, p. 414), tomando por premissa o Enunciado nº. 295 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, “posiciona-se entre aqueles que defendem a idéia de que nunca o juiz poderá reconhecer de ofício a prescrição sem ouvir o Réu previamente. Acrescenta, igualmente, um outro argumento, o de que seria injusto, caso o juiz reconheça inaudita altera partes a prescrição, não oportunizar às

¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil 1: Lei de introdução e parte geral**. 4. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 413.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 300.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 418.

partes a discussão acerca de causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição”¹⁶.

Sobre a temática, já se manifestou a 2ª Turma do Colendo STJ. Eis alguns trechos do acórdão:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO EX OFFICIO. PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA. NULIDADE. INEXISTENTE. 1. “Apesar da clareza da legislação processual, não julgamos adequado o indeferimento oficioso da inicial. De fato, constata-se uma perplexidade. O magistrado possui uma ‘bola de cristal’ para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas ao curso da prescrição? (Nelson Rosenvald in Prescrição da Exceção à Objeção. Leituras Complementares de Direito Civil. Cristiano Chaves de Farias, org. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, pág. 190)

A prévia oitiva da Fazenda Pública é requisito para a decretação da prescrição prevista no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980, bem como da prescrição referida no art. 219, § 5º do CPC, ainda que esse último dispositivo silencie, no particular.

Deve-se interpretar sistematicamente a norma processual que autoriza o juiz a decretar ex - officio a prescrição e a existência de causas interruptivas e suspensivas do prazo que não podem ser identificados pelo magistrado apenas à luz dos elementos constantes no processo.

Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.005.209/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 08.04.2008, DJ 22.04.2008, p. 1, sem negrito no original), citi-se:

[...]Diante do exposto, não há como deixar de concordar com os autores aqui invocados, no sentido de que não cabe ao magistrado a tutela dos direitos do Réu, sobrepujando-se o interesse do Estado em manter a celeridade processual ao do indivíduo, mormente quando este pode ter interesse em renunciar à prescrição consoante facultado pelo art. 191 da Lei Civil. No entanto, é mister reconhecer que a atitude do magistrado, ao se deparar com a prescrição da pretensão do autor, mudou com a alteração legislativa, passando a assumir papel ativo no processo não podendo mais fazer “vista-grossa” diante da prescrição.

Por isso, defende-se também que ao magistrado, uma vez verificada a prescrição nos autos, caberia, antes de extinguir o feito com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC), ouvir ambas as partes: o autor, para que possa provar algum fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do prazo prescricional; e o Réu, para que possa exercer ou não o seu direito de renunciar. Em qualquer caso, entretanto, o silêncio do Réu deverá ser interpretado como se houvesse renunciado à prescrição, por ser esta a posição mais congruente com o sistema obrigacional vigente no país.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil 1: Lei de introdução e parte geral**. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.

6 DECRETAÇÃO EX - OFÍCIO PELO JUÍZ

A CLT prevê, em seu artigo 769, a possibilidade de aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, in verbis: "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".

Entretanto, esta aplicação não poderá ser feita de qualquer forma, ela exige a observância de certos requisitos, quais sejam, segundo CARRION: "a) não esteja no processo do trabalho regulado de outro modo; b) não ofendam os princípios do processo laboral (não seja incompatível); c) se adaptem aos mesmos princípios e às peculiaridades deste procedimento; d) não haja impossibilidade material de aplicação (institutos estranhos à relação deduzida no juízo trabalhista)"¹⁷.

E ainda entendemos como CARRION "[...] Assim, do ponto de vista jurídico, a afinidade do direito processual do trabalho com o direito processual comum (civil, em sentido lato) é muito maior (de filho para pai) do que com o direito do trabalho (que é objeto de sua aplicação).

E mais "[...] Isso leva a conclusão de que o direito processual do trabalho não é autônomo com referência ao processual civil e não surge do direito material do trabalho. O direito processual do trabalho não possui princípio próprio algum, pois todos os que o norteiam são do processo civil (oralidade, celeridade etc.); apenas deu (ou pretendeu dar) a alguns deles maior ênfase e relevo"¹⁸.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2007), mutatis mutandi, embora reconhecendo a autonomia e a existência de princípios próprios do direito processual do trabalho, concorda com o saudoso mestre Valentin Carrion, no sentido de que o direito processual civil constitui fonte formal direta do processo do trabalho, devendo ser aplicado "subsidiariamente em caso de lacuna da legislação trabalhista e desde que haja compatibilidade daquele com os princípios [deste]"¹⁹.

¹⁷ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁸ Idem, p. 584-585.

¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2007, p. 40.

Destarte, resta clara a possibilidade de utilização subsidiária do CPC no Processo do Trabalho. Contudo, quando tratamos, em especial, da aplicação subsidiária do parágrafo 5º do art. 219 do CPC, faz-se necessário evocar os requisitos acima destacados para se chegar a uma conclusão prudente.

A partir das considerações presentes na obra de Carlos Henrique Bezerra Leite (2007, p. 500-501), pode-se identificar três vertentes de posicionamento que se destacam na análise da declaração da prescrição ex- officio ao processo trabalhista.

Há, inicialmente, aqueles para os quais a nova regra da declaração ex- officio, deve ser aplicada integralmente, uma vez que os direitos materiais e processuais do trabalho sempre se socorreram das mesmas regras do CPC e do CC alusivas a prescrição, não havendo embasamento científico para deixar de fazê-lo diante das novas redações.

Para outros, a nova regra prescricional do CPC não se aplicaria ao processo laboral devido a indisponibilidade do crédito trabalhista (natureza alimentícia) e à situação de vulnerabilidade jurídica, econômica e social do trabalhador, especialmente pelo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência especializadas do chamado “direito potestativo de dispensa reconhecido ao empregador, o que, na prática, impede que o empregado possa exercer o seu direito de acesso à justiça”,²⁰.

Existem, por fim, aqueles, dentre os quais se encontra o supracitado autor, que admitem a aplicação ao processo do trabalho da nova regra do CPC. No entanto, para que seja possível tal aplicação, faz-se necessário que o juiz, antes de decretar a prescrição de ofício, abra vistas dos autos ao autor, para que este possa demonstrar a existência de alguma causa, dentre aquelas previstas nos art. 197 à 204 do CC, impeditiva, interruptiva ou suspensiva da prescrição; bem como ao réu, para que este se manifeste a respeito da prescrição, cujo silêncio deverá valer como renúncia tácita. Do mesmo modo que defendemos para o processo comum.

No mesmo sentido, manifesta-se Renato Saraiva p. 125-126):

[...] entendemos que, embora seja aplicável ao processo do trabalho a regra contida no art. 219, parágrafo 5º, do CPC, deverá o Magistrado ouvir previamente as partes da decretação da prescrição, pois: 1) O reclamante pode renunciar a prescrição (art. 191 CC), bem como pode ter interesse no julgamento do mérito propriamente dito da demandada, objetivando promover futura ação de reparação em face do autor (art. 574 do CPC e art. 940 do CC). 2) O reclamante também deve ser ouvido, pois a declaração da prescrição representa fato extintivo do direito do autor. Além disso, pode o

²⁰ Idem, p. 500-501.

reclamante apresentar eventuais causas suspensivas ou interruptivas da prescrição²¹.

Contudo, não concordamos integralmente com a corrente defendida por SARAIVA e LEITE, isso porque é notória a incompatibilidade do dispositivo do CPC em questão com os princípios que norteiam o processo do trabalho. Além disso, jamais o Estado poderia sobrepujar a celeridade processual à proteção dos hipossuficientes. Mesmo a doutrina processualista comum vem concordando com esta posição.

Por todos, Fredie Didier Jr.:

[...] É preciso indagar sobre a possibilidade de conhecimento de ofício da prescrição em desfavor do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88), trabalhador (art. 7º, CF/88), idoso (art. 230 da CF/88). Trata-se de grupos humanos protegidos constitucionalmente pelo Estado, que lhes reconhece hipossuficiência bastante para merecer tutela estatal. Não encontraria abrigo constitucional uma interpretação que permitisse ao próprio Estado (Estado-Juiz), a quem compete a proteção de tais sujeito atuasse ex - officio para prejudicá-los, reconhecendo uma prescrição que lhes seja desfavorável, sem alegação da parte adversária²².

Nesta pisada, resgatando os requisitos supramencionados para que se aplique uma regra própria do processo civil ao processo do trabalho, passa-se a analisar a possibilidade de aplicação subsidiária do §5º, do art. 219 do CPC.

De início, destacamos que não há na CLT qualquer dispositivo vedando nem, tampouco, autorizando o juiz a reconhecer de ofício a prescrição, ou seja, há uma lacuna quanto à matéria. Assim, o primeiro dos requisitos para aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho ("não esteja no processo do trabalho regulado de outro modo") não representa nenhum óbice à utilização do dispositivo em comento.

Quanto ao segundo dos requisitos (não ofendam os princípios do processo laboral) parece que o § 5º do art. 219 mostra-se incompatível com alguns deles, por exemplo, o princípio da conciliação (art. 764, 831, 846 e 850 da CLT), o da finalidade social e o da indisponibilidade. Imaginemos a seguinte situação: aberta a audiência, o juiz propõe as partes fazer a conciliação; as partes fazem um acordo; o juiz ao homologar os termos do acordo percebe que a ação foi proposta há mais de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho; diante disso, não cabe ao magistrado tomar outra atitude senão homologar o acordo. A um, porque a prescrição é renunciável pelo

²¹ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. 9. ed. São Paulo: Método, 2008.

²² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 417.

devedor (geralmente o empregador) ao qual é facultado pagar dívida prescrita e, no processo do trabalho, comumente dispõe de maiores informações que o credor (em geral, o empregado). Segundo porque a "finalidade social" do processo do trabalho quebra a igualdade formal entre as partes em comparação ao processo comum, o objetivo é dar efetividade às normas de proteção do trabalhador e, com isso, alcançar a isonomia material.

Terceiro porque, como alerta Fredie Didier Jr., se a justiça do trabalho surge como espaço de proteção ao trabalhador, não se pode inverter tal proteção com vistas apenas à celeridade processual e à pacificação geral, enquanto o trabalhador é vilipendiado em seus direitos. Por fim, cabe ao Estado-juiz velar para que os direitos trabalhistas não sejam objetos de livre disposição pelo trabalhador, o qual diante da necessidade de sobrevivência acaba aceitando "qualquer negócio", uma vez que interessa a sociedade como um todo o cumprimento dos direitos básicos trabalhistas (direitos humanos fundamentais). Este talvez seja o espírito que motivou a edição da Orientação Jurisprudencial n. 130 da SDI-1 do TST.

Em outro giro, se é verdade que "não há impossibilidade material de aplicação" (4º requisito) – pelo menos aparente – do reconhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado trabalhista, tendo em vista que a mesma é matéria constante da própria Constituição Federal (art. 7º, XXIX) e, portanto, seria de ordem pública, também é notório que a prescrição trabalhista envolve uma série de peculiaridades, as quais a letra fria da lei não leva em consideração.

Como bem assevera Mônica Sette Lopes,

[...] O sistema prescricional no direito do trabalho traz o empecilho que não está presente em outras searas do direito e que diz respeito à efetividade autônoma da vontade. Entre os atos-fatos geradores de direitos e deveres no contrato de trabalho subordinado está a ausência de garantia do emprego e, via de consequência, a possibilidade de dispensa sem justa causa, como ato incondicionado do empregador. Isto significa que, paradoxalmente, a opção por deixar o tempo fluir, na relação não-eventual, não é incondicionada sob o prisma do empregado: ele sabe que, se reclamar, porá em risco o seu emprego. – destaque nosso²³.

Portanto, na seara trabalhista, o empregado tem de suportar o ônus de "colaborar" forçadamente para a perda de seus direitos. Isso porque se encontra

²³ LOPES, Mônica Sette. **A prescrição de ofício e o processo do trabalho – o interno e o entorno**. Revista LTR, vol. 72, nº 10. São Paulo, out. 2008, p. 1217-1230.

impossibilitado de reclamar em juízo, pois tem medo de perder o emprego, vez que a manutenção deste é o que há de mais importante. Apesar desta imponente barreira ao livre exercício do direito de ação do empregado, a lei não lhe outorgou qualquer meio de compensação como, por exemplo, fez com os incapazes (art. 198, I do CC). Assim, seria ainda mais injusto com o trabalhador – o qual está tacitamente "impedido" de ingressar em juízo para interromper a prescrição na constância do contrato de trabalho – o reconhecimento ex - officio da prescrição. Isso também não recomenda a aplicação subsidiária do dispositivo sob análise ao processo trabalhista.

Outro ponto importante, diz respeito à forma de aplicação da regra prevista no CPC, o que acabaria gerando uma impossibilidade de sua adequação ao processo (procedimento) trabalhista por incompatibilidade material (4º requisito). É porque o §6º do art. 219 do CPC diz que "passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento", o que transmite a idéia de que a prescrição seria reconhecida de ofício in limine litis, sem a oitiva do Réu, o qual só deveria ser comunicado após o trânsito em julgado da decisão. Então, se no processo do trabalho a audiência é marcada automaticamente e somente nela, ou seja, após a notificação do Reclamado, é que o juiz terá a oportunidade de manifestar-se sobre a reclamação, a sistemática contida no CPC para aplicação do §5º de seu art. 219 não se mostra compatível com o rito processual trabalhista. Assim, no processo do trabalho não há lugar para as etapas previstas no art. 219 da CLT [rectius, do CPC].

O saneamento é feito, por sua ritualística peculiar, no momento da audiência, que é também aquele em que cabe a arguição da prescrição pelo réu. "Isto constitui uma incompatibilidade do dispositivo com o sistema específico do processo do trabalho, até porque, concretamente, qualquer manifestação ou indicação do juiz, mesmo como fonte argumentativa nos debates que cercam a tentativa de conciliação, poderá levar ao suprimimento da defesa em que ela não tenha sido frontalmente argüida"²⁴.

Igualmente, por força do §6º, do art. 219, do CPC, outro fator importante a ser considerado é o de que as causas trabalhistas envolvem, quase sempre, prestações periódicas, em que é muito mais comum a ocorrência da prescrição quinquenal, em relação à data de propositura da ação, do que propriamente a prescrição bienal, extintiva de toda a pretensão. Neste passo, não seria lógico o juiz declarar de ofício a prescrição

²⁴ LOPES, Mônica Sette. **A prescrição de ofício e o processo do trabalho – o interno e o entorno.** Revista LTR, vol. 72, nº 10. São Paulo, out. 2008, p. 1228.

parcial – o que implicaria em extinguir o processo com resolução de mérito – e, ainda assim, continuar no seu ofício de julgar, o que impossibilitaria o "trânsito em julgado da sentença" (segundo a parte inicial do aludido §6º).

Pela impossibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição no processo do trabalho parece, acertadamente, caminhar também a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. MAT É RIA DE DEFESA. REVELIA. DECLARAÇÃO EX - OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% DO FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. NÃO-CONHECIMENTO. Não há como se aferir violação literal dos dispositivos de lei e da Constituição Federal quando a r. decisão recorrida foi pautada na impossibilidade de pronúncia de prescrição pelo MM. Juízo de 1º grau quando não r e querida pela parte a quem a aproveita em defesa, porque revel, além de ter ficado assente naquele julgado a inexistência de pedido de reconhecimento de prescrição constante das contra-razões apresentadas pela reclamada ao recurso ordinário. A aplicação de ofício da prescrição não condiz com os princípios do Direito do Trabalho, diante da regra protetora dos créditos trabalhistas. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1864/2003-001-02-00. 6 T. DJ - 10/10/2008, grifamos)

Do voto condutor do supracitado acórdão extrai-se a seguinte passagem:

Quanto à possibilidade de decretação de ofício da prescrição, norma instituída no § 5º do artigo 219 do CPC, a partir do advento da Lei nº 11.280/2006, não é demais acrescentar que o artigo 769 da CLT apenas dispõe sobre a aplicação subsidiária do direito processual comum, como fonte, quando houver omissão e inexistir incompatibilidade com as normas da CLT.

A prescrição é a perda da pretensão pela inércia do titular no prazo que a lei considera ideal para o exercício do direito de ação.

Ao contrário da decadência, onde a ordem pública está a antever a estabilidade das relações jurídicas no lapso temporal, a prescrição tem a mesma finalidade de estabilidade apenas que entre as partes.

A aplicação subsidiária do direito comum tem como pressuposto a lacuna da lei trabalhista, subordinada a uma regra maior de não confrontar com os princípios que regem o direito quer material, quer processual do trabalho.

Os conflitos de interesse que pressupõem a iniciativa da parte para a solução judicial ou extrajudicial, exigem do Estado condições mínimas de exercício, isto é, o acesso à Justiça.

A prescrição por atingir apenas a pretensão jurisdicional e não o direito material pode ser objeto de renúncia a quem a aproveita. O beneficiário da prescrição, por isso, ao não argüi-la, reconhece a subsistência do direito.

A questão social, a hipossuficiência, a dificuldade de acesso trazem incompatibilidade da aplicação da prescrição de ofício pelo juiz com os princípios do direito do trabalho, de modo a impedir a aplicação subsidiária do artigo 219, § 5º, do CPC. - destacamos

Deste modo, diante de todo o exposto, é imperioso concluir ser inviável a aplicação do §5º, do art. 219 do CPC ao processo do trabalho. E ainda, mesmo que se encontrem argumentos para justificar sua aplicação, é necessário que o juiz, antes de declarar de ofício a prescrição, ouça ambas as partes. E, por fim, jamais o dispositivo deverá ser aplicado para reconhecer ex officio a prescrição parcial (quinqüenal) de alguns direitos pleiteados pelo reclamante, isso porque a ratio essendi do dispositivo é fazer extinguir completamente a ação, inclusive sem necessidade de manifestação do réu, por motivos de economia e celeridade.

CONCLUSÃO

A prescrição tem fundamento na manutenção da ordem pública e visa à pacificação social, constituindo-se em fato jurídico incidindo independentemente da vontade das partes, pelo simples decurso do tempo somado à inércia do titular do direito prescrito.

De outro modo, sob o olhar processual, a prescrição historicamente constitui-se em matéria de defesa que deve ser alegada pelo réu, sendo classificada como exceção substancial, defesa indireta de mérito.

Ao que parece, a Lei 11.280/06, ao dar nova redação ao art. 219, §5º do CPC e revogar o art. 194 do CC, transformou a prescrição em objeção de mérito, facultando ao juiz que dela conheça de ofício com vistas à economia processual e à rápida duração do processo. O juiz passa, então, a ter papel ativo no reconhecimento da prescrição no curso do processo. Entretanto, sendo duvidosa a constitucionalidade do dispositivo, ele deve ser aplicado com o devido cuidado para não representar ingerência injustificada do Estado-juiz na autonomia privada.

Por isso, defende-se que ao magistrado, no processo civil, uma vez verificada a prescrição nos autos, cooperando para a solução do litígio, caberia ouvir ambas as partes: o autor, para que possa provar algum fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do prazo prescricional; e o réu, para que possa exercer ou não o seu direito de renunciar. Em qualquer caso, entretanto, o silêncio do réu deverá ser interpretado como se houvesse renunciado à prescrição, por ser esta a posição mais congruente com o sistema obrigacional vigente no país.

No processo do trabalho, não obstante a existência de lacuna, não é prudente o reconhecimento de ofício da prescrição, por aplicação subsidiário do §5º do art. 219 do CPC, por incompatibilidade com o rito da processualística laboral e por conflitar com alguns de seus princípios.

E ainda, mesmo que se encontrem argumentos para justificar a aplicação da nova regra no processo do trabalho, é primordial que o juiz, antes de declarar de ofício a prescrição, ouça ambas as partes.

Por fim, jamais o dispositivo deverá ser aplicado para reconhecer ex - ofício a prescrição parcial (quinqüenal) de alguns direitos pleiteados pelo reclamante, isso

porque a objetivo do dispositivo é fazer extinguir completamente a ação por motivos de economia e celeridade processuais.

BIBLIOGRAFIA

ROSENVALD, Nelson In **Prescrição da Exceção à Objeção. Leituras Complementares de Direito Civil**. FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). Salvador: Edições (Jus Podivm, 2007, pág. 190).

_____. **Curso de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>> Seção Processo Civil. Acesso em: 03 fev. 2009.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. ed. rev. e atual. por: prof. Caio Mario da Silva Pereira. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil Brasileiro**, 1º volume: teoria geral do direito civil. 24. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, Ives Gandra da S. M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 18. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2007.

LOPES, Mônica Sette. **A prescrição de ofício e o processo do trabalho – o interno e o entorno**. Revista LTR, vol. 72, nº 10. São Paulo, out. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 19a edição, São Paulo: Forense, vol. I, 2000.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. 9. ed. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 1: Lei de introdução e parte geral**. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.