

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CURSO DE DIREITO**

LEIDE MARIA TOSTES

**UMA ABORDAGEM SOBRE A PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO NO PROCESSO
TRABALHISTA COM O ADVENTO DA LEI N. 11.280/06**

Juiz de Fora
2010

LEIDE MARIA TOSTES

**UMA ABORDAGEM SOBRE A PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO NO PROCESSO
TRABALHISTA COM O ADVENTO DA LEI N. 11.280/06**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/JF, como requisito obrigatório à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Rodrigo Longotano do Nascimento.

Juiz de Fora
2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE PRESCRIÇÃO.....	11
2 DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.....	14
3 CAUSAS IMPEDITIVAS, SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO.....	15
3.1 Causas impeditivas e causas suspensivas.....	15
3.2 Critério da <i>actio nata</i>	16
3.3 Causas interruptivas.....	17
3.4 Comentário à Lei nº 11.280 de 16 de fevereiro de 2006.....	19
4 A PRESCRIÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	25
4.1 Da aplicabilidade do art. 219, §5º ao processo do trabalho.....	26
CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	29

RESUMO

O inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal e as poucas normas esparsas inseridas no diploma consolidado que cogitam do instituto da prescrição no Direito do Trabalho, são notoriamente insuficientes para solucionar todas as questões polêmicas que circundam este interessante tema na esfera do Direito do Trabalho.

Neste caso, considerando que o tema prescrição nasceu, sofreu significativa evolução e foi cientificamente sistematizado nas quadras do Direito Civil, impossível não se reportar às suas fontes no afã de solucionar as questões que se deparam junto ao intérprete do Direito do Trabalho. Dessa forma, o presente trabalho tem como intuito abordar o posicionamento de alguns doutrinadores e da jurisprudência em relação ao debate que se instalou em relação a aplicação dessa modificação legislativa no âmbito do processo do trabalho e contribuir para o aprimoramento em relação às mudanças sociais nas relações trabalhistas que exigem uma maior rapidez na solução dos processos judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Prescrição de ofício. Processo do Trabalho.

INTRODUÇÃO

HISTÓRIA E TRAJETÓRIA

As expressões prescrição e decadência, segundo o 'Aurélio'¹, define respectivamente, de ***praescriptio, onis***, cujo significado é a ação de pôr no frontispício de um texto, de um título, e de ***decadentia, ae*** ou, ainda, do verbo *cadere*, cujo significado é cair.

Portanto, é da fundação de Roma em 754 a.C. ao século II, a.C., períodos clássicos, que se situa entre o século II a.C. e o século III d.C., e, por fim, período pós-clássico, que dominou do século III d.C. ao século VI d.C. de onde se originam e se caracteriza pelo formalismo, rigidez, solenidade e primitividade, as funções do Estado frente às questões de sobrevivência de seu povo.

No final desse período arcaico, em meados do século II a.C, editou-se a ***Lex Aebutia***, revolucionando os métodos até então usados e surge de um novo período, ***rectius***, da fase clássica da evolução do direito romano quando grande parte das inovações derivou das atividades dos magistrados e dos juristas, que, até essa época, não podiam alterar as regras então existentes.

Os pretores (títulos de época) tinham por incumbência as funções relacionadas com a administração da justiça, detendo o direito de criar ações não previstas e o prazo para o seu exercício, chamadas de ações temporárias e os juizes, que eram particulares, muitas vezes escolhidos pelas partes. Cabe também dizer que nesse momento o Direito também se utilizava termos como poder de ***imperium*** e delegava ao pretor 'poder de mando' para ações temporárias dentro das ações do Direito Quiriniário que foram denominadas como ações perpétuas².

Denominada de ***praescriptio***, da qual originou o vocábulo prescrição, que hoje, o que de modo geral, utilizando-se os termos antigos, "a absolvição do devedor pelo decurso do prazo que o credor tinha para exercitar a competente ação na

¹ **Prescrição** de pena, extinção da punibilidade de um contraventor ou criminoso, em razão de não haver a Justiça, durante o prazo legal, exercitado contra ele seu direito de ação, ou não haver efetivado a condenação que lhe impôs. **Decadência**: do verbo *cadere*; Começo da ruína; declínio: a decadência de um império. <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Decadencia>>. Acesso JUN/2010.

² O direito quiriniário, ou ***jus quiritium***, é outra denominação do ***jus civile***. Esse direito se destinava aos cidadãos romanos, igualmente chamados ***quiritis***. Ao ***jus quiritium*** se opunha o ***jus gentium***, que se aplicava não só aos cidadãos romanos, mas também aos estrangeiros, que, por qualquer motivo, se encontrassem em Roma.

defesa do seu direito.” Essa absolvição derivava do fato de já se ter extinguido o prazo para o exercício da ação e também chamada de **liberatória**, e por este nome já extinta.

Sabido isso, atravessamos a história para encontrar no Código Civil que por sua vez, também adotou a corrente dualista, já que circunscreveu a prescrição extintiva à parte geral e a aquisitiva ao direito das coisas, e Código Civil de 1916 assim também o fez.

Na seqüência história, depois de séculos das iniciais investigações e alterações acerca da prescrição e decadência, surgem a escola formada por autores alemães que adotam a diferença entre prescrição e temporalidade e adota a doutrina tedesca, quando o princípio fundamental da decadência residia na temporalidade do direito. A outra reúne doutrinadores franco-italianos e distingue entre prescrição e decadência, adotando o fundamento da prescrição para na limitação do exercício do direito.

Determinando os princípios adotados na modernidade quanto a dualidade conceitual dos institutos da prescrição e decadência, trouxe a regulamentação quanto a esse último instituto, influência das doutrinas alemã e italiana e a contribuição do Código Civil italiano de 1942 que utiliza um capítulo inteiro para disciplinar a decadência, o Código Civil português de 1966, que regulamenta-a em cinco artigos, e ainda o Código Civil Peruano de 1984.

Código Civil brasileiro, destarte, além de fixar seus prazos junto aos institutos do estudo, trata separadamente da decadência e da prescrição que no Direito do século XXI e com o advento do Novo Código Civil, trás estas e outras matérias do Direito Brasileiro no que tange a **PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO NO PROCESSO TRABALHISTA COM O ADVENTO DA LEI N. 11.280/06**, para o direito privado e processual, além das normas constitucionais vigentes e as legislações trabalhistas.

Ainda é freqüente a divergência sobre a decadência e a prescrição, haja vista que elas se refletem nas relações jurídicas ao longo do tempo, e que envolvem questões jurídicas e constitucionais indispensáveis à estabilidade e consolidação de todos os direitos e o principal objetivo desse trabalho é trazer um maior aprofundamento nas posições adotadas pelos magistrados o que se tem apreciado de suas decisões, inclusive com a intervenção jurisprudencial.

A pesquisa possibilita uma gama infinita de material e serão utilizados os artigos, outras dissertações, publicações na web e diversos autores e obras literárias

publicadas, na metodologia para a compilação de dados e informações – as mais atualizadas possível, não é da pretensão do autor desse argumento o esgotamento do assunto, e sim contribuir, tanto para a comunidade acadêmica e estudiosos, como para a sociedade, na revisão da literatura pertinente, acreditando ser da maior relevância para todos e para o enriquecer do aprendizado desse aprendiz do Direito e autor dessa monografia, apresentada como justificativa maior.

Esse estudo compreenderá, além da Introdução, dois capítulos que falam dos Aspectos Específicos e Gerais do tema (1 e 2), o capítulo 3 que tratará da Distinção entre a Decadência e a Prescrição e o capítulo 4, dos Impedimentos, Suspensões e Interrupções da Decadência, finalizando com o capítulo 5 – tema dessa dissertação e foco principal – Aplicabilidade na Justiça do Trabalho e a sua Conclusão.

A defesa, sem dúvida, apreciará a indiscutível posição da norma vigente em território nacional, a posição divergente dos operadores do Direito e do autor, que em seu aprendizado, tomará o pensamento de um ou mais dos mestres e escolas, nessa inexaurível celeuma ao longo da história.

1 O FATO EM QUESTÃO – ASPECTOS ESPECÍFICOS

O inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal e as poucas normas esparsas inseridas no diploma consolidado que cogitam do instituto da prescrição no Direito do Trabalho, são notoriamente insuficientes para solucionar todas as questões polêmicas que circundam este interessante tema na esfera do Direito do Trabalho.

Diante de tal quadro, imperioso que o hermenauta socorra-se do estatuído pelo artigo 8º consolidado, lançando mão da “...jurisprudência, da analogia, da equidade e de outros princípios e normas gerais de Direito...” para solucionar com cientificidade tais questões.

Neste caso, considerando que o tema prescrição nasceu, sofreu significativa evolução e foi cientificamente sistematizado nas quadras do Direito Civil, impossível não se reportar às suas fontes no afã de solucionar as questões que se deparam junto ao intérprete do Direito do Trabalho.

Assim, os “princípios e normas gerais de Direito” aduzidos pelo legislador, neste caso, encontram arcabouço legal sólido e secular nos artigos 189 a 204 do Código Civil Brasileiro. Tais preceitos legais serão aplicáveis ao Direito do Trabalho, sempre que o seu conteúdo adequar-se às especificidades e princípios próprios deste ramo especializado do Direito.

Destarte, respeitadas as idiosincrasias e vicissitudes do Direito do Trabalho, que neste ou naquele ponto atribuem à figura em estudo contornos distintos dos secularmente esquadrihados pelo Direito Civil, é neste ramo do Direito e no Processo Civil que se devem buscar os alicerces e os fundamentos gerais da Prescrição Trabalhista.

De forma conceitual, Prescrição define-se pela perda do direito de ação ocasionada pelo transcurso do tempo e em razão de seu titular não o ter exercido.

A Prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, e sua definição e aplicabilidade está de forma contrária à decadência, haja vista que a prescrição resulta na perda da pretensão em face de um direito e não a perda deste, e não apenas da faculdade de propor a ação, dando-se assim a extinção do direito.

Ainda conceituando a prescrição e diferenciando-a da decadência, a primeira

tem prazo estabelecido exclusivamente pela lei, a segunda pela legislação, pela legalidade estrita, e também da vontade tanto unilateral quanto bilateral.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXVIII, dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". A prescrição é medida de ordem pública que visa a não perpetuação da instabilidade jurídica que provocaria a desordem social.

São elementos da prescrição:

I-existência de uma ação exercitável (*actio nata*);

II- inércia do titular da ação pelo seu não-exercício;

III- continuidade da inércia durante certo lapso temporal;

IV- ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua à eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

Para o direito brasileiro, em regra, toda ação é prescritível, a prescrição extintiva seria a inércia para a efetivação de um direito por parte do titular por um determinado lapso de tempo. Violado o direito nasce para o seu titular a pretensão a fim de exigir judicialmente a prestação pretendida.

O art. 189 do Código Civil dispõe que: "violado o direito, nasce para o titular à pretensão, a qual se extingue pela prescrição". Assim, a lei pune por meio da prescrição uma inércia prolongada.

Cessa temporariamente o curso da prescrição a suspensão e o impedimento, caso esses fatores deixem de configurar no processo o fluxo do prazo volta ao normal. Quando da interrupção há uma perda por completo do tempo decorrido, sendo computado novamente todo o lapso.

Em relação à natureza jurídica, a prescrição era tradicionalmente considerada um a exceção, isto é, uma matéria de defesa do réu, preliminar ao mérito propriamente dito (CPC, art. 269, IV). Como tal era vedado ao juiz pronunciá-la de ofício, pois dependia da parte interessada, ao contrário do que ocorre com as chamadas objeções, que são matérias das quais o juiz deve conhecer de ofício (CPC, art. 267, § 3º). Ocorre que com a vigência da Lei 11.280/2006, o regime processual da prescrição modificou-se sensivelmente. E com isso, sua própria natureza jurídica foi substancialmente modificada. A prescrição, de acordo com a

nova regra do art. 5º do art. 219 de CPC, deve ser declarada de ofício pelo juiz.

Assim, o legislador transformou o instituto da prescrição, de exceção em objeção. A prescrição deixa de ser matéria que deve ser alegada pelo réu e passa a exigir um pronunciamento de ofício do magistrado, assim com ocorre com as questões relativas às condições da ação e pressupostos processuais. Passou a ser, pois matéria de ordem pública.

A aplicação da nova sistemática dada à prescrição pela Lei 11.280/2006 vem dividindo a doutrina e a jurisprudência comum cível, quanto na trabalhista. No processo do trabalho, para uns, ela deve ser aplicada integralmente, pois se do ponto de vista metodológico, o direito material e processual de trabalho sempre se socorreram subsidiariamente das mesmas regras do CPC e do CC alusivas à prescrição, não há embasamento científico para deixar de fazê-lo diante das novas redações. Para outros, a nova regra prescricional não se aplica no processo laboral devido à indisponibilidade do crédito trabalhista (natureza alimentícia) e a situação pela vulnerabilidade jurídica, econômica e social do trabalhador, especialmente pelo entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência especializadas do chamado “direito potestativo” de dispensa reconhecido ao empregador, o que na prática impede que o empregado no curso da relação empregatícia possa exercer o seu direito de acesso à justiça. E há os que admitem aplicação no processo do trabalho da nova regra, desde que o juiz, antes de fazê-lo, abra vistas dos autos ao autor, para que demonstre a existência de causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva da prescrição (arts. 197 a 204 do CC, e ao réu para que se manifeste a respeito da prescrição, valendo o silêncio como renúncia tácita.

Dessa forma, o presente trabalho tem como intuito abordar o posicionamento de alguns doutrinadores e da jurisprudência em relação ao debate que se instalou em relação à aplicação dessa modificação legislativa no âmbito do processo do trabalho e contribuir para o aprimoramento em relação às mudanças sociais nas relações trabalhistas que exigem uma maior rapidez na solução dos processos judiciais, trazendo em 3 capítulos e a conclusão, os argumentos na proposição do tema.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE PRESCRIÇÃO

O instituto da prescrição surgiu na verdade como um interesse jurídico social, a fim de se evitar a perpetuação dos conflitos nas relações humanas, visando, em última análise, estabelecer regras de ordem pública que levam ao estabelecimento da harmonia, da paz e, sobretudo na segurança jurídica. Nesse sentido, a lição de Câmara (2008):

Toda instituição legislativa deve assentar-se sobre um motivo de ordem jurídico -social, porque, mesmo quando a lei tem por fim prover a um interesse privado, ela age precipuamente no interesse público, visto como essa é a função da influência que o equilíbrio das relações privadas exercem sobre a ordem pública. Colocada a questão nestes termos, devemos reconhecer que o único fundamento aceitável da prescrição é o interesse jurídico-social. Tendo por fim extinguir as ações ela foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se com sacrifício da harmonia social, que é a base que se assenta à ordem pública.

A definição da prescrição sempre está ligada ao direito de ação e ao fator tempo para o seu exercício, daí sua importância para o direito. Por essa razão Carvalho Filho (2007) a define:

Como sendo um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita.

A prescrição diz respeito à ação e só como consequência atinge o direito. Assim, embora a prescrição se refira à ação, em regra a extinção da ação do direito são contemporâneos, porque um direito que não se pode valer é ineficaz.

Zenun (2005) assinala que:

Sem a prescrição nada seria estável, e é por isso que se torna uma instituição necessária e imposta para suportar a estabilidade de todos os direitos, e é de se acrescentar a imperatividade daquela, porque, em tudo e por tudo, é de rigorosa ordem pública. É também na paz social e na estabilidade e consolidação dos direitos em que se funda a prescrição. Vale dizer que, embora haja interesse do devedor na prescrição, mais direito é o interesse da sociedade, pois ela representa elemento de estabilidade jurídico-social.

Por outro lado, não se deve entender que o instituto da prescrição só fora criado exclusivamente com o objetivo de favorecer o devedor, pois como assinala Russomano (2002):

A prescrição é o meio que o Direito usa para evitar que o credor possa negligenciar na cobrança da dívida criando, assim, uma permanente situação de mal-estar para a sociedade. A prescrição, pois, é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, derivada da necessidade que temos de certeza nas relações jurídicas.

Outrossim, há que se ressaltar, neste passo, a existência de duas formas básicas de prescrição: a extintiva e a aquisitiva. O advento da primeira faz fenecer a pretensão surgida com a violação do direito e a eclosão da segunda proporciona prolongamento de situação jurídica mantida pelo indivíduo durante determinado lapso de tempo.

De acordo com Delgado (2010):

Prescrição aquisitiva é o meio de aquisição de propriedade mobiliária ou imobiliária em decorrência de seu prolongado uso pacífico. Esse conceito não se constrói sob a ótica do antigo titular do direito, mas enfocando a perspectiva do adquirente. E a prescrição extintiva constrói-se sob a ótica do titular do direito atingido. Conceitua-se, pois, como a perda da ação (no sentido material) de um direito em virtude do esgotamento do prazo para o seu exercício ou a perda da exigibilidade judicial de um direito em consequência de não ter sido exigido pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo.

Interessa-nos, porém, para efeitos de alcance do objetivo deste trabalho, apenas a prescrição dita por extintiva.

Nesse enfoque, Gagliano (2007) conceitua a prescrição como “a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto em lei”.

E, de acordo com o artigo 189, do CC/02: “Violado o direito, nasce para o titular à pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”.

No campo das relações trabalhistas, a questão da prescrição que, antes era só tratada pela CLT, foi erigida em norma constitucional, conforme o disposto no art. 7º, XXIX da Constituição Federal: XXIX – “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”.

A doutrina e a jurisprudência trabalhista trazem diversas propostas de solução

para a questão e há quem entenda que na falta de uma norma de Direito do Trabalho que se aplique a esse caso, a atitude correta seria a de recorrer a outras normas para preencher essa lacuna, ramo esse que seria o Direito civil, como declara o Prof^o. Sérgio Pinto Martins:

[...] não dispõe o referido artigo que há suspensão ou interrupção do prazo de prescrição e a CLT não dispõe que o empregado afastado por doença, e que durante o período do afastamento haja suspensão ou interrupção do prazo prescricional; e repete no art. 11 o conteúdo do inciso XXIX do artigo 7.º da Constituição.

[...] a lei, portanto, não prevê que no período em que o empregado está afastado por doença haja a suspensão do prazo de prescrição (MARTINS, 2010).

Embora o legislador constituinte mencione “créditos resultantes das relações de trabalho”, estes devem ser entendidos como os direitos dos trabalhadores provenientes da relação de emprego. Alguns entendem que não foi de boa técnica a utilização da citada expressão, mas que hoje pode ser mais aceita em virtude de novas relações de trabalho que foram trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, alarga-se a competência da Justiça do Trabalho.

A questão da prescrição trabalhista, então, após o advento da Magna Carta de 1988, passou a ser de direito público, migrando da esfera preponderantemente privada das partes envolvidas e fazendo resplandecer aí a natureza especialíssima do próprio Direito do Trabalho, que embora discipline as relações entre particulares, tangencia e envolve intimamente questões de ordem pública relacionadas como os direitos e deveres do Estado quanto ao próprio trabalho, á liberdade e á igualdade, previstos no art. 5º da Constituição e, sem menor hierarquia, no tocante à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, insertos estes no próprio art. 1º da Carta.

3 DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

A decadência extingue o próprio direito ao passo que a prescrição atinge a ação em sentido material vinculada ao direito, tornando-se impotente (extinção da pretensão).

A decadência corresponde, normalmente, a direitos potestativos – em que há portanto, uma faculdade aberta ao agente para produzir efeitos jurídicos válidos, segundo sua estrita vontade.

Para Sérgio Martins (2010), decadência, juridicamente falando, ‘a extinção do direito pelo decurso do prazo fixado a seu exercício [...] ‘cujo significado é caducidade, prazo extinto ou precluso, que compreende a prescrição do direito’.

Já a prescrição corresponde a direitos reais e pessoais, que envolvem, assim, uma prestação e, em consequência, uma obrigação da contraparte. No Direito do Trabalho essa distinção é importante (embora seja menos reverenciada no Direito Civil), uma vez que os prazos decadenciais no ramo trabalhista tendem quase sempre, de fato, a corresponder a direitos potestativos.

Prescrição é a perda da exigibilidade do direito em razão da falta do seu exercício, dentro de um determinado período, como leciona, ainda, Sérgio Martins (2010).

Na decadência são simultâneos ao nascimento do direito e da ação; a mesma simultaneidade verifica-se quanto à sua própria extinção. No instituto prescricional, ao contrário, a ação (em sentido material – pretensão) nasce depois do direito, após sua violação, perecendo sem que ela extinga.

O prazo decadencial advém tanto da norma jurídica heterônoma ou autônoma (lei, em sentido material), como de instrumentos contratuais. Advém, inclusive, de declarações unilaterais de vontade (como o testamento – ou o regulamento da empresa, no caso trabalhista), já o prazo prescricional surge essencialmente da lei (em sentido material e formal), e não de outros diplomas.

O prazo decadencial corre continuamente, sem interrupção ou suspensão, enquanto a prescrição pode ser interrompida ou suspensa nos casos legalmente especificados.

A decadência pode ser decretada em face de alegação da parte, do Ministério

Público (quando lhe couber atuar no processo, é claro) e até mesmo de ofício pelo juiz, neste caso, se fixada por lei (art. 210 do CC/02). A prescrição concernente a direitos patrimoniais, por sua vez, tradicionalmente apenas podia ser pronunciada pelo juiz caso tivesse sido arguída pela parte (art.194 CC/02). A Lei nº 11.280/2006, entretanto, trouxe inovação polêmica, ao fixar que o “juiz pronunciará, de ofício, a prescrição” art. 219, § 5º, CPC.

4 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.

4.1 Causas impeditivas e causas suspensivas

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

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 da suspensão).

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

A lei nº 9.958/2000 criou outra situação 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).

Sérgio Martins (2001) afirma:

O procedimento criado pelo art. 625-D da CLT não é inconstitucional, pois as condições da ação devem ser estabelecidas em lei e não se está privando o empregado de ajuizar a ação, desde que tente a conciliação. O que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição proíbe é que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, o que não ocorre com as comissões prévias de conciliação.

O art. 625-G, da CLT, dispõe sobre a suspensão do prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da CR, que agora, com a Emenda Constitucional nº 28, com o prescrito de que são "cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho".

Dentre algumas causas impeditivas aplicáveis ao Direito do Trabalho podemos destacar a incapacidade absoluta que impede o fluxo prescricional. 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. 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 do país por parte do titular do direito, em serviço público da União, Estados e Municípios (art. 198, II, CC/02).

A terceira causa impeditiva prevista no Código Civil – compatível com o Direito do Trabalho – é a prestação de serviço militar, em tempo de guerra (art. 199, I, CC/02, seja quando não vencido o prazo) art. 199, II, CC/02).

4.2 Critério da *actio nata*

De acordo com o critério da *actio nata*, a prescrição somente inicia seu curso no instante em que nasce a ação, em sentido material, para o titular do direito.

No Direito do Trabalho, surgiu interessante exemplo acerca da aplicação desse critério. Trata-se do propiciado pela edição da Lei nº 8.632, de 05/03/93, que concedeu anistia a dirigentes sindicais dispensados após 05/05/88, deferindo-lhes o

direito de retorno ao emprego (direito que surgiu, como é óbvio, apenas em março de 1993, em face da anistia prevista no texto legal). Ora, como o direito de retorno em decorrência da anistia surgiu apenas em 05/05/93, não se poderia considerar prescrita tal vantagem fundada nesse título jurídico, ainda que o obreiro houvesse, de fato dispensado mais de dois anos antes de 1993: é que pelo princípio da *actio nata* à prescrição somente iniciara 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 1º/12/88 a 28/02/89 e durante o mês de abril de 1990 (arts. 4º e 5º, Lei 110/01). Assim, o direito ao acréscimo nos depósitos do Fundo surgiu na data de publicação da nova lei (30/06/01), 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.

Cabe acrescentar, de acordo com a doutrina duas outras causas de impedimento ou suspensão da prescrição: trata-se dos denominados obstáculos judicial e legal.

Efetivamente, a sustação de atividades do foro trabalhista na comarca, por exemplo, pode inviabilizar o exercício da defesa do direito por seu titular – o que traduz a ocorrência de insuperável obstáculo judicial. Esclareça-se, contudo, que o chamado recesso forense não tem esse efeito de obstáculo judicial, uma vez que não inviabiliza a propositura de ação trabalhista pelo empregado.

Uma situação de obstáculo legal seria a estipulação, pela lei do município em que se situa a Comarca, de feriado no último dia em que o titular do direito pudesse defender seu interesse em Juízo.

4.3 Causas interruptivas

Trata-se de fatores – expressamente especificados pela legislação – que traduzem uma efetiva e eficaz defesa do direito pelo respectivo titular e que, por isso, têm 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, são fatores que demonstram 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). 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 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. 202, parágrafo único, CC/02).

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 CC era silente no que tange a esse aspecto.

A causa interruptiva mais relevante no Direito do Trabalho é a decorrente da propositura de ação judicial trabalhista (art. 202, I, CC/02).

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. Com a Lei nº 8.952/94, alterando o art 219 do 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 do 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 presente reflexão deixa claro que a interrupção verifica-se com respeito às parcelas indicadas no petitório da ação, exatamente porque a seu respeito é que pode 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.

Dentre outras causas interruptivas, arroladas pelo Direito Civil e aplicáveis ao Direito do Trabalho, tem-se a interrupção decorrente de qualquer ato inequívoco, mesmo extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor (art. 202, VI, CC/02). Como exemplo, cita-se o pedido formal de prazo, pelo devedor trabalhista ao empregado, para acerto de contas, assim como a referência em nota oficial de que está arregimentando recursos para pagar certo passivo especificado.

4.4 Comentário à Lei nº 11.280 de 16 de fevereiro de 2006

Com a publicação da Lei 11.280, que alterou o art. 219 do CPC, determinando ao juiz que pronuncie de ofício a prescrição, muitas indagações surgiram, relativamente à sua aplicabilidade em todos os ramos do direito, diante da incongruência entre o novo preceito de lei e o instituto em estudo.

À primeira vista, a incompatibilidade entre a obrigação imposta ao magistrado e os preceitos do mantido art. 191 do Código Civil “a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita [...]” parece intransponível, notadamente, quando se vislumbra a agressão aos princípios da ampla defesa e do contraditório, furtados do autor por iniciativa de quem não detém o direito do “querer”; de quem não pode dispor de um bem pertencente a outro.

A ideia, então, é entender por qual motivo houve por bem o legislador, abruptamente, ferir todo o ordenamento jurídico brasileiro, ao determinar, contrariamente à ordem sistêmica regular, novas formas de aplicação das questões da prescrição.

É pela interpretação gramatical que se colhe a primeira informação passada

pelo legislador que aqui consiste na imperatividade atribuída pelo tempo verbal revelado na redação do art. 219, § 5º, do CPC: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Nos dizeres de Reale (2007), “toda lei tem um significado e um alcance que são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto”.

Fazendo-se uma leitura analítica do novo texto de lei, segundo os princípios e diretrizes do direito brasileiro, chegamos à conclusão de que a *mens legis* consiste na economia de atos processuais, em situação de evidente prescrição do direito do autor, sobrepondo-se ao interesse de um particular, em prol de toda a sociedade. E esta economia se operacionaliza por meio da pronúncia da prescrição, de plano, do direito do autor, antes mesmo de ser citado o réu.

Câmara (2008) , citando Benjamin Disraeli, registra que “há três tipos de mentiras; mentiras, mentiras deslavadas e estatísticas” e, ainda, que as absurdas estatísticas judiciárias não produzem qualquer efeito útil.

Assim, fazendo uma apuração dos números, para se ter uma estatística de probabilidade, foi adotado o seguinte critério de seleção: consultou-se, aleatoriamente, 10 processos junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e outros 10 do Tribunal Regional do Trabalho, relacionados ao tema prescrição. Apurou-se que em 95 % dos casos houve a alegação da prescrição por parte do réu, cuja conclusão inarredável é a de ter havido a tramitação inútil do processo, com o mesmo efeito que se de ofício a prescrição tivesse sido pronunciada.

Como foi dito, o objetivo do instituto da prescrição é conferir a toda sociedade a segurança jurídica, com racionalidade e celeridade na prestação jurisdicional, evitando-se a eternização das possibilidades de conflitos judiciais, em nome da paz social. Pretende-se evitar que a situação de instabilidade se perpetue.

Dessa forma, se o foco da prescrição é a sociedade, não é esdrúxula a pretensão do legislador que quis evitar o dispêndio de dinheiro e tempo desta mesma sociedade, sufocando ainda mais o Judiciário com demandas infrutíferas em 95% das vezes, pela prescrição já operada sobre o direito discutido.

O princípio da segurança jurídica, consagrado no caput do art. 5º da Constituição da República, fica da mesma forma assegurado, respeitando-se o princípio, também constitucional, da liberdade, que se encerra na autonomia da vontade do autor de não pretender a satisfação de uma obrigação imposta ao seu

devedor.

É certo que, conforme disse Theodoro Júnior (1986): “a morosidade da justiça pouco ou nada tem a ver com os procedimentos da lei, mas se deve maciçamente ao anacronismo dos serviços forenses e à completa indiferença dos que neles operam pelas modernas técnicas da administração.”

Diz, ainda, o ilustre mestre que:

Os problemas mais graves da Justiça, segundo Giuseppe Tarzia, e que provocam a enorme duração dos processos, dizem respeito ao tempo de espera (tempos mortos) muito mais que aos tempos de desenvolvimento efetivo do juízo. A sua evolução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciais e não das normas do Código de Processo Civil (THEODORO JR, 1986).

Não menos certo é, também, que, mesmo se o Brasil possuísse um sistema jurídico que mantivesse desafogado, a pretensão deduzida em juízo, já falida por uma causa impeditiva do direito do autor, não merece o mesmo tratamento que os demais direitos ofendidos. Por tal motivo, a sociedade, de plano, já tem por alegada a prescrição, operacionalizada por meio da declaração de ofício do seu porta-voz: o juiz. Nos dizeres de Almeida Oliveira, citado por Fischer (1952): “não há direitos tão absolutos, que possam verter em prejuízo da sociedade ou de terceiros”.

Os fundamentos da prescrição são a inatividade do sujeito de um direito dentro de um interregno estipulado pelo legislador e a conferência da segurança jurídica à sociedade, e não ao devedor. Por tal motivo entende-se que não se pode deixar de conferir ao devedor a possibilidade de renunciar tácita ou expressamente a um direito que, entendemos também, não pertence a ele somente.

A corrente que dirige críticas à nova redação do art. 219 do CPC consiste, basicamente, em resguardar o direito de um devedor de, quiçá, renunciar ao direito de ver declarada a prescrição quanto ao cumprimento da obrigação que lhe é invocada; mas, em contrapartida, não resguarda o direito da sociedade de não ver movimentada a máquina Judiciária, com altos custos a ela própria. Parece que não há lógica e nem mesmo justiça nesta argumentação.

Theodoro Júnior (1986) ensina que: “o efeito da prescrição não se opera *ipso iure*”, completando que, “o que gera a prescrição, na verdade, é uma exceção, que o devedor usará ou não, segundo suas conveniências”. É bem verdade, por outro lado, que o interesse não mais pertence ao devedor somente, já que o custo de

uma demanda é suportado pela sociedade, configurando-se, então, bens públicos, tuteláveis pelo juiz, ante seu caráter de indisponibilidade.

Admitindo-se a possibilidade de ter o réu à intenção de cumprir a obrigação por questões de ética e moral, não é incorreto supor que, tendo ele ciência da ação ajuizada contra si, já declarada prescrita, certamente satisfará a vontade do autor, extrajudicialmente, se imbuído de questões éticas se ele estiver. A extinção do feito, com resolução do mérito, não o impede de praticar atos segundo o seu juízo espiritual, cultural ou moral, não ficando limitado aos preceitos jurídicos.

Ressalte-se que impedir que o réu cumpra a sua obrigação, ou seja, o pagamento, sob a alegação de que já estaria prescrito o débito lesaria direito da personalidade atinente à sua honra. O devedor pode querer renunciar à prescrição para fins de efetuar o pagamento da dívida a fim de elidir a “pecha” de mau pagador, como argumenta, argumenta Didier Jr.:

“...os autores sempre identificaram na exigência de o devedor alegar a prescrição uma regra de profundo conteúdo moral: como o crédito continua existindo, o devedor inadimplente que alega a prescrição continua com a” marca “de devedor impontual, que lhe pode prejudicar em outros negócios perante outros credores.”

A demora na tramitação dos feitos judiciais – do ajuizamento da ação até a satisfação do julgado – foi o pilar sobre o qual o legislador sustentou a reforma do CPC, o que não implica dizer que a segurança jurídica foi deixada de lado em prol da “duração razoável do processo” – hoje, de cunho constitucional -, porque esta mesma morosidade vulnera a estabilidade que toda sociedade deve ser assegurada.

A satisfação do direito da parte está limitada ao prazo que lhe confere a lei. O processo deve, realmente, ser um instrumento de justiça sócia. Assim, quando o credor inerte deixa transcorrer o tempo, entendido pelo legislador como razoável para a prática do ato processual, deixa também de fazer a justiça social, por interesse próprio. Esta justiça social passa a ser feita em relação, agora, à sociedade, ante a impossibilidade de se movimentar todo um aparato público, em prol de um particular inerte, despreocupado, que conta, na maioria das vezes, com uma ínfima possibilidade de seu *ex adverso* se olvidar de alegar o decurso do tempo.

Alguns juristas, ainda, fazem referência à renúncia pelo devedor ao seu direito, mas não mencionam que o credor inerte também já renunciou ao seu direito

de compelir, judicialmente, o devedor ao cumprimento da obrigação da qual entende ser destinatário. Ora, devemos considerar somente a possibilidade de renúncia por parte do devedor? Por que supor que possa haver a renúncia do devedor, se já há o fato inconteste da renúncia do credor, configurada pela sua inércia? Por que criar um ato imaginário? Estamos diante de uma possibilidade *versus* um fato.

Clóvis Bevilacqua, citado por Fischer (1952), ensina que:

A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz imposta pela necessidade da certeza nas relações jurídicas. *Finis sollicitudinis et periculi litium*, diz Cícero (Pro Coecina, cap. 26). O interesse do titular do direito, que ele foi o primeiro a desprezar, não pode prevalecer contra o interesse mais forma da paz social.

Esta é a lição de Miranda (1970, p. 23) ensina que:

No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se - contra seu direito, ou contra o que têm por seu direito - pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia.

Imagine-se a seguinte situação: quando o autor deixa transcorrer *in albis* o prazo para prática de um ato processual, tacitamente renunciou ao seu direito de ver cumprida uma obrigação, constituída por um direito subjetivo, por meio de uma sentença condenatória. Ofende o princípio da igualdade das partes o fato de não se declarar de ofício a prescrição, se o réu renuncia tacitamente ao seu direito de ver declarada a prescrição. Por que somente tem valor à renúncia tácita do réu (representada por não pedir a declaração da prescrição), e não a renúncia tácita do autor (representada por não ajuizar a ação no prazo estipulado em lei)? Está-se conferindo maior valor à condição resolutiva do direito de exceção, frente à inércia do autor. O brocardo *in vito beneficium non datur* (não se dá benefício a quem não quer receber) não se aplica ao réu, assim, como ao autor.

Decorre da redação do § 5º do art. 219 do CPC, que o interesse imediato permaneceu sendo do particular, a sociedade, não sendo incorreto considerá-la como tal por ficção jurídica, porque é a soma dos indivíduos que a compõe.

Conquanto não seja necessária a formalização de um pedido escrito da sociedade, em cada caso concreto, por completa inviabilidade, na prática de vir um representante seu a juízo alegar a prescrição, fala-se ainda, em exceção, não se transmudando para objeção substancial, porque o juiz declara *ex officio* a prescrição de um direito, cujo pedido não foi implicitamente requerido pela sociedade.

Vê-se claramente, que a expressão utilizada foi à decretação - e não declaração - da prescrição, o que tem conotação diferente, porquanto se trata de dizer algo que já se consumou, melhor dizendo, apenas se decreta o que já existe no plano dos fatos e do direito, significando mera ratificação judicial. Ao contrário, a declaração induz a questionamentos e, na verdade, nem mesmo foi este o termo adotado, porque o legislador pretendeu que o juiz pronuncie de ofício a prescrição.

A declaração de ofício da prescrição já era autorizada pela nossa legislação, na hipótese de favorecimento do absolutamente incapaz, tendo em vista não serem admitidos prejuízos a ele em face da inércia do seu representante legal, ou seja, o direito do incapaz é indisponível e tal ilação é feita na mudança ocorrida com acréscimo do § 5º do art. 219 do CPC, sem necessidade de tanto assombro, como se tem observado com a referida alteração da lei.

5 A PRESCRIÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Constituição Federal prevê, em seu art. 7º, XXIX, a prescrição do direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho em 5 (cinco) anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho.

Ari Pedro Lorenzetti (1999-2009) agrupa as justificativas da prescrição em três conjuntos de idéias e admite a sua co-existência mútua, a saber:

- a) castigo à negligência;
- b) presunção de pagamento ou perdão da dívida;
- c) regra de segurança e paz social, que podem ser vistos na continuidade desse trabalho, e nessa linha, surgem duas espécies de prescrição.

A primeira é a chamada prescrição parcial e a segunda, prescrição total.

A prescrição parcial é de 5 (cinco) anos e ocorre no curso da relação de emprego. Assim, o empregado que se vê lesado em algum direito em decorrência da omissão do empregador ao deixar de adimplir as obrigações inerentes ao contrato de trabalho tem o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para pleitear judicialmente esse direito.

O contrato de trabalho tem por característica essencial a continuidade das relações de trabalho. Há, no contrato de trabalho, prestações recíprocas sucessivas, ou seja, prestações que se sucedem no tempo. Além disso, o contrato de trabalho é celebrado, em regra, para durar de forma indeterminada no tempo. Com base nesses conceitos, vemos que a prescrição parcial é constantemente prorrogada no tempo. Todos os direitos que excederem os últimos 5 (cinco) anos do contrato de trabalho são, automaticamente, afetados pela prescrição parcial.

A segunda forma é a prescrição total. Por meio dessa forma de prescrição, o legislador constituinte, no artigo 7º, XXIX, CF, estabeleceu um prazo de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho como o prazo limite para o trabalhador propor a ação.

O início de contagem do prazo da prescrição total se dá com a extinção do vínculo empregatício. Já a prescrição parcial, que teve sua contagem iniciada antes do término da relação de emprego, não se vê limitada pela prescrição total. Na verdade, com a extinção do vínculo de emprego, inicia-se a contagem da prescrição total sem que isso afete ou interrompa a contagem da prescrição parcial.

Importante observar que a extinção do contrato de trabalho não reduz a prescrição de cinco para 2 (dois) anos. Entretanto, com a extinção do contrato de trabalho, o empregado vê o prazo para pleitear os seus direitos, ou ajuizar sua reclamação trabalhista, ser reduzido para 2 (dois) anos, sem deixar de considerar a prescrição parcial de 5 (cinco).

Assim, o empregado que ajuizar sua ação no último dia da prescrição total, após quase 2 (dois) anos do término do contrato de trabalho, poderá pleitear direitos dos últimos 5 (cinco anos), incluindo os dois anos da prescrição total.

Nesse ínterim, encontra-se publicado:

ACÓRDÃO - TRT 17ª Região - 00079.2006.010.17.00.7

RECURSO ORDINÁRIO

Recorrente: Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda.

Recorrido: Elias Evangelista

Origem: 10.ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA - ES

Relator: JUIZ CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE

Revisora: JUÍZA WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI

EMENTA PRESCRIÇÃO TOTAL – DANO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Considerando que na presente hipótese tanto a lesão quanto a propositura da ação se deram sob a égide do Código Civil de 1916, salta aos olhos que a prescrição aplicável é aquela prevista no art. 177 daquele diploma legal, que é de 20 anos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, sendo partes as acima citadas.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário do reclamado às fls. 323/332, em face da r. sentença, de fls. 304/308, da lavra do Exmº Juiz Ricardo Menezes Silva, da MM.

10ª Vara do Trabalho de Vitória/ES, que julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista.

Pugna o recorrente, preliminarmente, pelo acolhimento da prescrição e, no mérito, pela improcedência do pleito de dano moral, bem como a exclusão da multa por embargos protelatórios.

Embargos declaratórios pelo reclamado às fls. 310/313, julgados improcedentes pela decisão de fls. 318.

Custas às fls. 334.

Depósito recursal às fls. 335.

Contra-arrazoado o apelo patronal, às fls. 339/342, sobem os autos a este Tribunal.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, em atendimento ao art. 44 da Consolidação dos

Provimentos da CGJT, publicado no D.J. de 20 de abril de 2006 e republicado em 02.05.2006.
É o relatório. [...],

que pode ser visto na íntegra na publicação web.

5.1 Da aplicabilidade do art. 219, §5º ao processo do trabalho

O art. 769 da CLT dispõe, expressamente, que: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas desse Título”.

A omissão tratada pelo art. 769 da CLT nada mais é do que a ausência de disposição legal sobre o assunto. Já a incompatibilidade com as normas da CLT tem estreita relação, por expressa disposição legal, com o Processo Judicial do Trabalho, tratado no Título X da CLT.

O instituto da prescrição é tratado, no âmbito do Processo do Trabalho em dois momentos: Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 7º, XXIX; e Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 11. No entanto, a legislação trabalhista é omissa sobre a iniciativa para declaração dos efeitos da prescrição, pois nossa Carta Magna e nosso diploma consolidado apenas estabelecem o prazo prescricional.

Diante da omissão existente no campo da Prescrição, os dispositivos do Código Civil e Código de Processo Civil anteriores à Lei nº 11.280/06, que previam a necessidade de arguição, pela parte interessada, da prescrição, bem como as possibilidades de decretação de ofício pelo Juiz, eram aplicados subsidiariamente no Processo do Trabalho.

Com igual razão, os dispositivos alterados (revogação do art. 194 do CC e nova redação do art. 219, §5º do CPC) encontram aplicabilidade no Processo do Trabalho, por omissão e por não haver incompatibilidade com o diploma trabalhista consolidado. Os poucos argumentos doutrinários contrários, sob a afirmação de que a prescrição só pode ser declarada mediante pedido feito pela parte interessada como condição de seu acolhimento, não encontram qualquer respaldo legal, atentando, inclusive, contra o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II).

O segundo requisito que permite a aplicação subsidiária do Processo Civil ao Processo do Trabalho, estabelecido pela CLT, é a compatibilidade do dispositivo a

ser aplicado com as normas estabelecidas pelo Título X da CLT, ou seja, o Processo Judicial do Trabalho.

Em que pesem os argumentos isolados na doutrina e jurisprudência, de que o art. 219, §5º do CPC não se aplica ao processo do trabalho devido à hipossuficiência do trabalhador, a questão social ou a dificuldade de acesso não encontram fundamento legal e são incompatíveis com o art. 769 da CLT.

Entretanto, os defensores da aplicabilidade do dispositivo em análise entendem que o princípio protetor, basilar da relação de emprego, aplica-se somente às relações de direito material. A chamada hipossuficiência do trabalhador em relação a seu empregador se dá no âmbito econômico e as conhecidas desigualdades entre eles já foram supridas e tuteladas pela legislação trabalhista.

A fragilidade do trabalhador, gerada por uma situação desfavorável em relação ao empregador, quando existente, limita-se apenas aos fatores econômicos, que já são tutelados pelo direito material do trabalho e pela legislação trabalhista, não havendo espaço para a proteção suplementar processual. Caso houvesse qualquer privilégio processual suplementar em favor do trabalhador, nesse campo, haveria expresse desrespeito ao artigo 125, I, do CPC, que exige o tratamento isonômico das partes em juízo.

A conclusão lógica é que o aplicador da lei – o magistrado – deve se valer, de forma imparcial, da legislação material, já protetora do trabalhador, sem tender para a aplicação de privilégios processuais.

O art. 769 da CLT, ao dispor sobre a aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, vinculou à sua aplicação as normas de ordem pública e o instituto da prescrição é, sem sombra de dúvida, uma norma de ordem pública, sendo vinculada a sua aplicação por parte do magistrado trabalhista.

A exemplo do que mais se tem visto de procedimentos decisórios quanto à aplicabilidade do art. 219, §5º ao processo do trabalho, a pesquisa mostrou:

[...] tem entendido o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, que apesar de ser a lei 11.280/06 relativamente nova, já vem aplicando-a em seus julgados:

RECURSO ORDINÁRIO PRESCRIÇÃO. A prescrição suscitada em grau de recurso ordinário pode ser admitida, conforme dispõe o artigo 219 CPC, § 5º, CPC, com a redação da Lei nº 11.280/2006 e o artigo 193 do Código Civil Brasileiro, em harmonia com a Súmula 153 do TST. 2-HORAS EXTRAS. A só existência de controle de entrada e saída eletrônico não constitui óbice ao deferimento de hora extra, quando provado o retorno ao trabalho após o registro simplesmente formal do encerramento de

expediente. 3- DIFERENÇA SALARIAL. Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituído fará jus ao salário contratual do substituído; conforme entendimento sumulado sob nº 159 no TST. 4-COMPLEMENTAÇÃO DA MULTA DO FGTS. Qualquer que seja a causa da majoração do valor do saldo das contas do FGTS não afeta o conteúdo da Lei 8.036/90, no tocante à distribuição de encargos e competências, em especial quanto à obrigação patronal pelo pagamento da multa por dispensa imotivada. 5-HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Tendo em vista a natureza assistencial, em se tratando de reclamação trabalhista é necessária à obediência aos requisitos contidos na Lei nº 5.584/70 conforme interpretação contida na súmula 219 TST e na OJSDI-1 305 TST, para deferimento de honorários advocatícios. (00676/2003-006-07-00-4: RECURSO ORDINÁRIO) (MEZZADRI, 2010);

e ainda, outros tribunais também têm aplicado o entendimento:

PRESCRIÇÃO. PRECIAÇÃO DE OFÍCIO. REGÊNCIA DA LEI. 11.280/2006. PRINCÍPIO DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. No sistema do isolamento dos atos processuais, os atos já praticados de acordo com a lei antiga são válidos e a lei nova se aplica aos posteriores. A prescrição, que era exceção de mérito em sentido estrito e que deveria ser necessariamente alegada pela parte, com a alteração legislativa passou a ter natureza de objeção, que o magistrado deve conhecer de ofício, tal como ocorre com a decadência, em qualquer tempo e grau de jurisdição. A natureza das demandas trabalhistas, bem como o caráter alimentar do salário dizem respeito ao Direito Material e não se mostram aptos para afastar os princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do magistrado que rege o ramo processual, portanto, perfeitamente compatível com o Processo do Trabalho a regra do art. 219, § 5.º, do CPC (TRT-10-RO-1112/2005-005-10-00-8, 1ªTurma, Rel. Juíza Cilene Ferreira Amaro dos Santos, DJ 14.07.2006).

Reportando a Renato Saraiva (2008), encontra-se o princípio da Proteção, instituto basilar do direito do trabalho, que é aplicável em sua inteireza no processo do trabalho, nada mais é do que um desdobramento do princípio constitucional da Isonomia ou Igualdade, onde se busca, tratar de maneira igual os que se encontram em situação equivalente e de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O referido princípio visa à proteção do hipossuficiente, diminuindo as eventuais disparidades entre os litigantes, e a pesquisa mostra outra decisão, esta proferida pelo Tribunal da 3ª Região:

EMENTA - PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE, NO PROCESSO DO TRABALHO. A proteção ao hipossuficiente - princípio basilar do Direito do Trabalho - tem por escopo atenuar, na esfera jurídica, a desigualdade sócio-econômica e de poder existente, no plano fático da relação de emprego. Diante disso, pode-se afirmar que a norma do parágrafo 5º, do artigo 219, 211 Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região - Jan./Dez. de 2006 do CPC, é incompatível, com tal princípio

protetivo, visto que a pronúncia da prescrição, de ofício, pelo Juiz do Trabalho, beneficiará, apenas, um dos sujeitos da relação empregatícia - no caso, o empregador inadimplente. **Conclui-se, portanto, pela inaplicabilidade, no processo trabalhista, da nova regra do processo comum, em face de sua incompatibilidade, com os princípios que informam o Direito do Trabalho** – sob pena de comprometer-se a própria essência da função teleológica desse ramo jurídico especializado (TRT 3ª Região, 1ª Turma, Processo n. 00081-2006-029-03-00-7 RO, Relator: Manuel Cândido Rodrigues, 18.10.06);

e ainda, o que decidido no Tribunal da 7º Região:

1. ADMISSIBILIDADE O recurso é tempestivo (fl.84), representação regular às fls.32/33 e o preparo é desnecessário (art. 1º, incs. IV e VI, do Decreto-lei nº 779/69), bem como isento de pagamento das custas processuais (art. 790-A, da CLT). 2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO Reitera o município-recorrente a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar o feito em decorrência do reclamante ser servidor público regido pelo Regime Jurídico Único. Razão não lhe assiste. O artigo 114 da Constituição Federal remete à Justiça do Trabalho a competência para apreciar qualquer controvérsia decorrente de relação empregatícia. Por outro lado, inexistente nos autos prova da publicação do regime Jurídico Único do Município demandado, ônus que lhe competia, de forma que não há como se vislumbrar que a natureza jurídica do pacto laboral seja estatutária, restando, portanto, patente à competência desta Justiça Especializada para processar e julgar a demanda, de acordo com a norma insculpida no art. 114 da CF. Portanto, rejeito a preliminar de incompetência desta Justiça Especializada. 3. PRESCRIÇÃO O Ministério Público pugna pela aplicação da prescrição, face à Lei Municipal instituidora do RJU. A recente alteração do artigo 219, parágrafo 5º, do CPC, promovida pela Lei 11.280, de 16/02/2006, atribuí ao Juiz o dever de pronunciar a prescrição de ofício. Porém, o art. 769, da CLT determina que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com o processo laboral. **Assim sendo, a meu ver, data venia, a aplicação subsidiária do ordenamento processual civil, para declarar de ofício a prescrição, implica na violação ao cardeal princípio do direito do trabalho, qual seja o princípio da proteção.** Ademais, ressalta-se a inexistência do RJU, haja vista sua invalidade, como dito alhures. Portanto, por considerar inaplicável o art. 219, § 5º, do CPC, ao processo do trabalho, afasto a prescrição suscitada pelo MPT. (01714/2005-026-07-00-2: RECURSO ORDINÁRIO).

JURISPRUDÊNCIA

Vilson Rodrigues Alves (2006) defende a jurisprudência:

O que se quer é conferir racionalidade e celeridade na apresentação e prestação da tutela jurisdicional, evidentemente sem qualquer infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa a que se reporta a Constituição da República Federativa do Brasil, [...] Com isso, passa o juiz a ter o dever de declarar de ofício a inexigibilidade da pretensa de direito material deduzida em juízo, pela prescrição, sem qualquer necessidade de pedido pelo prescribente. Essa motivação é extremamente louvável, sobretudo quando se constata o exagerado vagar do Poder Judiciário em resolver os litígios que lhe são submetidos. Tendo o juiz a capacidade de conhecer da prescrição de imediato, os processos prescritos poder e ser de pronto extintos com julgamento de muito, o que, certamente, daria celeridade à atuação do Judiciário.

As conclusões perpassam pelo DEVER BUSCAR harmonia entre as normas, principalmente porque a lei tratada nesse estudo visa preservar um interesse ainda maior, cujos maiores favorecidos são a sociedade e o Estado, argumentos que estão embasados no caráter público da lei e da manutenção da ordem pública, como objetivo maior a paz social, reconhecendo-a também nos tribunais superiores pois já se faz reconhecido no Código Civil de 2002 como requisito *sine qua non* em matérias que ainda trazem discordância, e nesse caso, diligem a celeridade nos processos.

CONCLUSÃO

À primeira vista, poderia parecer que a prescrição seria contrária ao espírito do Direito do Trabalho. Se esse ramo jurídico considera indisponíveis os direitos do trabalhador, aparentemente, não faria sentido sustentar que a falta de exercício tivesse como consequência a sua inexigibilidade.

A prescrição, ao contrário dos atos dispositivos, não decorre de uma manifestação de vontade, ainda que tácita, do titular da pretensão, mas apenas de sua conduta, objetivamente considerada, a partir dos critérios definidos pelo legislador. Diante disso a indisponibilidade dos créditos trabalhistas não exige, como corolário lógico e necessário, que eles também sejam imprescritíveis.

A lei trabalhista torna os direitos dos trabalhadores irrenunciáveis por considerar que são eles merecedores dessa proteção jurídica. Tal garantia, entretanto, não se eleva ao nível da imprescritibilidade, uma vez que esta dependeria de previsão legal específica.

Ainda assim, não poderia o legislador obrigar o titular do direito a exercitá-lo ou defendê-lo em juízo. De qualquer modo, só o fato de o legislador estabelecer que um direito é irrenunciável, como ocorre em relação aos direitos da personalidade, não implica que as pretensões dele derivadas sejam imprescritíveis. Afinal, só a lei pode criar exceções à regra da prescritibilidade das pretensões, estabelecida em caráter geral pelo art. 189 CC.

Diante do exposto, apesar das divergências apresentadas entre os autores abordados, parece mais acertado o posicionamento daqueles que defendem a aplicabilidade da prescrição de ofício no Processo do Trabalho, pelas razões expostas a seguir:

- não há violação do Princípio da Proteção e nem ao princípio da Aplicação da Norma mais favorável ao Trabalhador, uma vez que no sistema jurídico vigente não existe norma jurídica apta a impedir a aplicação do referido dispositivo processual alterado. A norma jurídica mais benéfica prevista no Código Civil foi revogada na alteração promovida no art. 219, § 5º, do CPC, razão pela qual ela não pode ser aplicada;

- a norma constitucional de prescrição inserida no art. 7º, XXIX não pode ser limitada por norma de natureza infraconstitucional, com pretendem os defensores da corrente pela não aplicação da inovação contida no § 5º do art. 219 do CPC;

- tal inovação surgiu no intuito de contribuir para a efetiva aplicação dos princípios processuais trabalhistas como, garantia da informalidade, da celeridade, do devido processo legal, da economia processual, da segurança jurídica e dos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana, impedindo a prática de atos desnecessários no caso de demandas em que o direito material discutido já se encontra fulminado pela prescrição.

Cabe acrescentar que a mudança deve ser operada ideologicamente, entretanto não serão suficientes as alterações legislativas que vêm sendo aprovadas se não houver, ao mesmo tempo, uma mudança no modo de pensar dos que compõem o Judiciário, seja na percepção dos problemas a ele lançados, seja na aplicação do Direito ao caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A C Ó R D Ã O os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Redigirá o acórdão o Juiz Carlos Henrique Bezerra Leite. Vitória - ES, 25 de fevereiro de 2008. JUIZ CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, Relator. Pode ser visto em <<http://portal.trtes.jus.br/sic/sicdoc/DocViewer.aspx?fmt=1&sq=596199177&id=254>>. Acesso JUN/2010.

ACÓRDÃO - TRT 17ª Região - 00079.2006.010.17.00.7. RECURSO ORDINÁRIO, 10.ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA – ES. Pode ser visto em <<http://portal.trtes.jus.br/sic/sicdoc/DocViewer.aspx?fmt=1&sq=596199177&id=254>>. Acesso JUN/2010.

ADAMOVICH, E. H. R. V. A prescrição bienal e seu conhecimento de ofício pelo juiz no direito processual do trabalho. Ltr, São Paulo, v. 73, n. 09, p. 1056, set. 2009.

ALVES, Vilson Rodrigues. Da prescrição e da decadência no novo Código Civil. 3ª ed. Bookseller: Campinas. 2006.

CÂMARA, A. F. Lições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. Manual de direito administrativo. São Paulo: Lúmen Júris, 2007.

DEOCLECIANO, P. R. M. & MONTEIRO, Renato Leite. “PRESCRIÇÃO EX OFFICIO NO PROCESSO TRABALHISTA E A LEI 11.280/06: ASPECTOS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS”. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região - Jan./Dez. de 2006, pág.203-214.

DELGADO, M. G. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2010.

DIDIER JR., F. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento. Salvador: Jus Podivum, 2007.

DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

FISCHER, B. A. A prescrição dos tribunais. São Paulo: Konfino, 1952.

GAGLIANO, P. S. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, C. H. B. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTR, 2009.

LORENZETTI, Ari Pedro. A Prescrição no Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 1999.

LORENZETTI, A. P. A prescrição e a decadência na justiça do trabalho. São Paulo: LTR, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. Comentários a CLT. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Comissões de Conciliação Prévia e Procedimento Sumaríssimo. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, S. P. Direito processual do trabalho. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, S. P. Suspensão da Prescrição Trabalhista por Doença do Empregado - DIREITO SOCIAL. Jornal Carta Forense, segunda-feira, 4 de janeiro de 2010. Pode ser visto em <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=5108>>. Acesso JUN/2010.

MARTINS, M. R. Prescrição e sua declaração de ofício: Lei n. 11.280/06, aplicação no direito e processo do trabalho. Ltr, São Paulo, v. 74, n. 03, p. 266, mar. 2010.

MIRANDA, P. Tratado de direito privado. São Paulo: Atlas, 1970.

MEZZADRI, Vagner. Aplicabilidade da prescrição de ofício no processo de conhecimento trabalhista. Pode ser visto em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7762>. Acesso JUN/2010.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 37, n. 173, p. 459-485, jun. de 1948.

REALE, M. Questões de direito. Brasília: UNB, 2007.

RUSSOMANO, M. V. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2002.

SARAIVA, Renato Saraiva. Curso de Direito Processual do Trabalho. 3. ed. SP: Método, 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis apud SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 4 ed. São Paulo: Método, 2007.

SARAIVA, R. Processo do trabalho. São Paulo: Método, 2008.

SOUZA, C. E. A. O conhecimento da prescrição de ofício pelo juiz e a compatibilidade com o processo do trabalho e o contraditório. Ltr, São Paulo, v. 74, n. 03, p. 276, mar. 2010.

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de direito processual civil. São Paulo: Forense, 1986.

TORRANO, L. A. A. Prescrição e Decadência nas Relações Obrigacionais Privadas. Pode ser visto em <<http://www.franca.unesp.br/posdireito/TORRANO.pdf>>. Acesso em JUN/2010.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Brasília, abril. 2007. Seção Jurisprudência. Pode ser visto em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso JUN/2010.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - 10-RO-1112/2005-005-10-00-8, 1ªTurma, Rel. Juíza Cilene Ferreira Amaro dos Santos, DJ 14.07.2006. Pode ser visto em <http://www.trt14.gov.br/acordao/2007/Novembro_07/00700.2007.003.14.00-1_RO.pdf>. Acesso JUN/2010.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - AIRR - 440090/1998.4. Acórdão Inteiro Teor nº AIRR-440090/1998.4 de 2ª Turma, de 07 Abril 1999. Id. vLex: VLEX-58039388. Pode ser visto em <<http://br.vlex.com/vid/58039388>>. Acesso em JUN/2010.

VIEIRA, L. P. A prescrição de ofício: interpretação teleológica conferida à Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 – propriedade e adequação da reforma legislação. Ltr, São Paulo, v. 74, n. 03, p. 286, mar. 2010.

ZENUN, A. Direito agrário e reforma agrária. Campinas: Copola, 2005.