



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO
TRABALHO**

FILIPE ALMEIDA CAMPOS MOTA

**O PROBLEMA DO DECURSO DA PRESCRIÇÃO
QUINQUENAL NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO
COM RELAÇÃO ÀS VERBAS DEVIDAS E NÃO PAGAS
PELO EMPREGADOR**

Salvador
2018

FILIPPE ALMEIDA CAMPOS MOTA

**O PROBLEMA DO DECURSO DA PRESCRIÇÃO
QUINQUENAL NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO
COM RELAÇÃO ÀS VERBAS DEVIDAS E NÃO PAGAS
PELO EMPREGADOR**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Universidade Federal da Bahia como exigência parcial para obtenção do título de especialista em direito material e processual do trabalho.

Salvador
2018

“Certa vez, em Brasília, bebia um chope com uma velha amiga quando alguém me tocou no ombro. Era um mágico. Pediu licença, mostrou-me um garfo, e em mágicos segundos transformou-o numa colher. Depois, achou um ovo em meu prato, cunhou moedas em minha orelha, tirou lenços do seu nariz, fez sumir a minha caneta e por fim abriu as mãos - onde eu deixei tombar, também magicamente, duas ou três notas de dez. Quando parei para escrever este artigo, e recomecei a pensar no velho fantasma da prescrição trabalhista, foi esta a primeira cena que me veio à cabeça. O legislador - pensei - é como aquele mágico. Quando quer, faz o direito sumir na cartola, ou o transforma num inofensivo coelho. Mistura e confunde realidade e fantasia, trocando a essência pela aparência. Com a sua mágica, ele também recebe, de certo modo, um pagamento. Mostra à sociedade, ainda uma vez, que “o direito não socorre os que dormem”, e com isso mantém os empresários mais ou menos satisfeitos, os trabalhadores mais ou menos submissos e o sistema ainda mais forte. Pode voltar para casa tranquilo, talvez com uma parada no caminho para trocar experiências com aquele mágico do bar.”

Viana, Márcio Tulio.

RESUMO

Esse trabalho se propõe a analisar as contradições existentes entre se admitir o decurso da prescrição na vigência do contrato de trabalho e a falaciosa possibilidade do empregador socorrer-se ao judiciário para exigir o pagamento do débito. Abordar-se-á o tema a partir de uma perspectiva não puramente jurídica, mas principalmente envolvendo os aspectos sociológicos, econômicos, políticos e morais que envolver o tema. A investigação científica se dará através de uma pesquisa teórica, pautada na apreciação da doutrina acerca do tema e do discurso de juristas e legisladores, bem como na análise dos artigos de lei. Inicialmente, busca-se identificar o estado da arte do instituto da prescrição, visto que não se trata de fenômeno exclusivo do direito laboral. Após serão mencionadas as especificidades deste instituto na seara trabalhista. Os fundamentos da prescrição serão apresentados e, posteriormente, questionados com o fito de identificar os préstimos que tal artifício do direito tem prestado aos hipossuficientes. A aplicação concreta do instituto também será problematizada e, ao final, identificados os problemas decorrentes da aplicação da prescrição quinquenal no curso do contrato de trabalho, será apontada uma pluralidade de saídas possíveis. Trata-se, portanto, de uma investigação científica do instituto, mas que tem o nítido desiderato de contribuir com a transformação social em prol dos mais necessitados.

PALAVRAS-CHAVE: PRESCRIÇÃO QUINQUENAL; PRESCRIÇÃO QUINQUENAL E DIREITO DE AÇÃO; PRESCRIÇÃO TRABALHISTA; PRESCRIÇÃO TRABALHISTA E DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA. PRESCRIÇÃO E DESPEDIDA IMOTIVADA; PRESCRIÇÃO TRABALHISTA E DENÚNCIA VAZIA DO CONTRATO DE EMPREGO.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL;

CLT – CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

ART – ARTIGO;

CRFB – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL;

CRFB – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988;

CC/02 – CÓDIGO CIVIL DE 2002 ;

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA;

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA;

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

TRT – TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO;

TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO;

MP – MINISTÉRIO PÚBLICO;

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O ESTADO DA ARTE DA PRESCRIÇÃO NO BRASIL.....	10
2.1 A RELEVÂNCIA DO TEMPO PARA O DIREITO E SUA QUALIFICAÇÃO COMO FATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO.....	10
2.2 INSTITUTOS JURÍDICOS INTIMAMENTE RELACIONADOS COM O TEMPO.....	13
2.3 PRESCRIÇÃO	16
2.3.1 Etimologia e História	16
2.3.2 Conceito.....	17
2.3.3 Fundamentos da Prescrição.....	20
2.3.4 Limites da Prescrição	22
2.3.4.1 Causas Impeditivas.....	22
2.3.4.2. Causas Suspensivas e Interruptivas.....	26
2.3.5 Regramento Específico da Contagem Prescricional na Seara Juslaborativa.....	27
2.3.6 Aspectos Processuais Pertinentes	29
3. O PROBLEMA DE SE ADMITIR A FLUÊNCIA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL NO CURSO DA RELAÇÃO DE TRABALHO.....	31
3.1 DO DESEQUILÍBRIO MANIFESTO ENTRE OS SUJEITOS QUE COMPÕES A RELAÇÃO DE EMPREGO.....	31
3.2 QUANDO “VALE A PENA” PARA O EMPREGADOR NÃO PAGAR O SALÁRIO DO EMPREGADO.....	34
3.3 ENFRENTANDO OS FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. QUANDO A CRÍTICA REVELA O DESSERVIÇO DO INSTITUTO.....	36
3.3.1 Inércia.....	37
3.3.2 Castigo pela negligência ou desleixo.....	39
3.3.3 Precisão no julgamento: o tempo como fator objetivo.....	41
3.3.4 Paz Social	42
3.3.5 Segurança Jurídica	45

3.4 CONSEQUÊNCIAS DE SE ADMITIR A FLUÊNCIA DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA NO CURSO DA RELAÇÃO DE EMPREGO SEM PROTEÇÃO CONTRA A DESPESIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA.....	48
4. POSSÍVEIS SAÍDAS PARA O PROBLEMA.....	52
4.1 RECONHECIMENTO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DO INCISO I DO ART. 7º DA CRFB.....	56
4.2 AFASTAR A RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO IMPOSTA PELO INCISO XXIX DO ART. 7º DA CRFB.....	57
4.3 CONSIDERAR COMO DISCRIMINATÓRIA A DISPENSA DO EMPREGADO MOTIVADA PELO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONTRA O EMPREGADOR.....	59
4.4 OUTRAS SAÍDAS: CONSIDERAR A RELAÇÃO DE TRABALHO COMO CAUSA IMPEDITIVA SUPRALEGAL DO CURSO PRESCRICIONAL, AS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO COMPARADO E A POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.....	62
5. CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	68

1. INTRODUÇÃO

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo é a liberdade que oprime e a Lei que liberta”. Este célebre pensamento do século XIX, atribuído a Henri Dominique Lacordaire é sempre invocado quando se tenta justificar a contribuição do direito à sociedade.

A vida no “estado natural”, onde reinara a barbárie e dominavam os mais fortes, não permitia o desenvolvimento dos menos afortunados. Aqueles que tinham uma deficiência física, limitação cognitiva ou labilidade emocional comprometida não tinha grandes chances de lutar por uma existência digna.

Quando o poder deixou de estar relacionado à força bruta e passou a vincular-se às propriedades imóveis o cenário de desigualdade permaneceu. Aqueles que detinham maiores concentrações fundiárias exploravam os que não tinham terra e a relação de servidão permaneceu por séculos marginalizando as famílias mais humildes.

Com o surgimento das cidades e o fortalecimento da atividade comercial, tornou-se valorizado o homem que tinha metal e mercadorias. Em período posterior, a revolução industrial fez ascender ao poder aos donos das indústrias, que empregavam centenas de indivíduos, sem distinções entre homens, mulheres e crianças, visando tão somente a acumulação de riquezas.

Podemos dizer, portanto, que a relação de dominação data das mais remotas eras; isto se deve ao fato de se conseguir apontar na história, nas diversas épocas e civilizações, grupos mais fortes que desfrutavam de melhor qualidade de vida em detrimento da grande massa de explorados.

É com a promessa de regulamentar a vida em sociedade, evitando o exercício do poder pelo mero diletantismo e o domínio arbitrário das classes dominantes, que ganhar força “o mito da Lei” como tecnologia em favor da justiça social.

Contudo, será que uma norma escrita teria o condão de modificar a realidade social sem que houvesse um verdadeiro compromisso das elites dominantes para tanto? A resposta se revelaria negativa. A liberdade formal, como classicamente concebida e, inclusive, positivada no *Code Napoléon*, só fez substituir, na posição de Leviatã, a monarquia parasitária pelos burgueses afortunados.

Da circunstância acima reverbera importante lição: a proposição prescritiva, enquanto estrutura normativa, não faz mais do que prever um juízo de “dever ser”. Foi por este motivo que a maturidade jurídica ao longo dos anos reconheceu a necessidade de se admitir normas-princípio, cuja tessitura aberta possibilitasse a concretização dos direitos fundamentais.

Normas de proteção contramajoritária, como as constantes da Constituição Brasileira de 1988 somente puderam se estabelecer após décadas de lutas e reclames dos historicamente massacrados: mulheres, operários e minorias sexuais parecem finalmente ter conquistado um lugar ao sol com a proteção supostamente conferida pela igualdade material.

Feitas estas considerações, a marcha cronológica parece apontar, no campo do Direito, para uma perspectiva ampliativa das garantias daqueles que integram as mais baixas camadas de uma sociedade estratificada.

Neste diapasão, como lidar com a incoerência de ver uma norma denominada “Constituição Cidadã”, erigida à qualidade de direito social dos trabalhadores urbanos e rurais, ser invocada em prejuízo do trabalhador? Como admitir que os trabalhadores explorados, reféns dos empregos precários e salários mal pagos, sejam ainda violentados pela dita “prescrição quinquenal”? Teria Lacordaire se equivocado, ao prever na Lei a libertação do mais fraco, se o que vemos no Direito Brasileiro é o empregado renunciando os seus direitos com medo da despedida imotivada?

A Lei parece não ter sido suficiente para diminuir a abissal desigualdade entre patrões e empregados. Esta situação se agrava quando ao inciso XXIX do art. 7º da CRFB é considerado norma de eficácia imediata, ao contrário do inciso I do mesmo artigo.

É por estes motivos que presente trabalho monográfico enfrenta doutrina e jurisprudência majoritárias para demonstrar a incoerência de se admitir a fluência da prescrição quinquenal mediante uma relação de emprego desprotegida. O escopo é de fácil visualização: tentar encontrar a melhor compreensão possível dentre dispositivos constitucionais aparentemente contraditórios para assegurar ao empregado o direito de receber a integralidade do salário que fez jus com o suor do seu trabalho.

2. O ESTADO DA ARTE DA PRESCRIÇÃO NO BRASIL

2.1 A RELEVÂNCIA DO TEMPO PARA O DIREITO E SUA QUALIFICAÇÃO COMO FATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO

A história de vida de cada indivíduo é composta por uma sucessão de fatos que podem causar as mais variadas impressões. Existem eventos que são exaltados como ápices de felicidade, como a alfabetização, o aniversário de quinze anos para as meninas e o nascimento de um filho. Outros eventos podem não ser tão festejados, mas, indubitavelmente marcam a vida das pessoas, como a ocasião da morte dos pais, um assalto sofrido à mão armada ou o divórcio do primeiro casamento.

Sem dúvidas, a relevância dada por cada um acerca desses fatos é passível de variação. Alguns considerarão eventos específicos como de maior relevância; outros já não se empolgarão da mesma forma diante dos mesmos eventos. Isto ocorre devido ao fato de que a importância de um fato da vida para cada ser humano depende das experiências e memórias ligadas ao ocorrido.

Com isto se quer dizer que nem todos amargarão o divórcio com o mesmo sofrimento. Para o cônjuge emocionalmente desgastado e que anseia por novas oportunidades amorosas, a superação deste episódio tende a ser nitidamente mais fácil do que para o parceiro ainda apaixonado. No mesmo sentido, a euforia sentida por quem nunca aniversariou e recebe uma festa surpresa de aniversário tem magnitude maior àquela experimentada pelos já acostumados com este evento social.

O que se quer dizer com a ilustração feita até então é que respeitadas as individualidades, nascimentos, divórcios, aniversários e casamentos inequivocamente são fatos distintivos da vida humana. Ao lado de trivialidades como o banho ao acordar ou a sesta após o almoço, percebe-se um núcleo valorativo com potencialidade para modificar e justificar uma trajetória de vida.

Para a Ciência do Direito também importa a discussão sobre a gradação dos fatos, visto que nem todos os acontecimentos do mundo fenomênico são reputados como juridicamente relevantes. Aqui, indispensável mencionar a lição trazida por

Marcos Bernardes de Mello em obra atemporal (MELLO, 1999, p. 8) que esclarece o *modus operandi* através do qual o Direito “seleciona” os fatos que reputa importantes:

Quando o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica atua sobre ele, edita norma que passa a regula-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social.

Temos notícia, portanto, de que são considerados relevantes aqueles fatos que têm aptidão para interferir no modo como os indivíduos relacionam-se entre si ou com o meio em que vivem. Levando-se em conta que os humanos se organizam em sociedade e não desprezando a potencialidade conflituosa inerente às disputas de interesse, incide a norma sobre os fatos acima referidos, regulando o convívio social.

Estas considerações nos fazem perceber que nem todos os fatos estarão em pé de igualdade. Aqueles que possuem potencialidade para produzir efeitos na órbita do Direito recebem uma qualificação especial, sendo denominados fatos jurídicos. Já os fatos outros que não possuem relevância direta na produção de efeitos jurídicos são genericamente denominados de “fatos” ou “fatos materiais”. Acerca desta matéria, temos a lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 559):

O fato jurídico se caracteriza pela produtividade de efeitos jurídicos, distinguindo-se do fato material, que não os produz, não estando acobertado pela coercibilidade. Aqui, repita-se à sociedade, não importa a natureza intrínseca do fato, podendo ter idêntica origem. O que interessa é produtividade de efeitos normatizados.

Ao contrário do que acontece na história de vida de cada indivíduo, que admite a valoração de determinado evento como mais ou menos relevante a partir de critérios que lhe são íntimos, a eleição dos fatos relevantes para o Direito adota critério único: a aptidão para gerar efeitos jurídicos. Compartilha deste posicionamento Pietro Perlingieri (2006, pp. 89-90, *apud* CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 562) ao definir o fato jurídico “como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância”.

Uma vez incursionados na ótica jurídica, importante abraçar a lição adotada no Brasil por Pontes de Miranda (DE MIRANDA, 2002) que o termo fato jurídico é um gênero, que permite divisar duas espécies. De um lado, temos os fatos cuja potencialidade para alterar a órbita do Direito decorrem de uma ação humana, quais sejam: os atos jurídicos em sentido amplo (ou ações humanas), que por sua vez se subdividem em ato jurídico em sentido estrito, ato-fato jurídico e negócio jurídico. Do outro lado, temos os fatos jurídicos em sentido estrito, que são aqueles acontecimentos da natureza que por si só possuem aptidão para gerar efeitos jurídicos, independentemente de considerarmos uma ação humana. Os fatos jurídicos em sentido estrito podem ser denominados de extraordinários, se marcados pelas notas da imprevisibilidade ou inevitabilidade – caso fortuito e força maior – ou classificados como ordinários, se forem eventos esperados.

A título ilustrativo, temos o nascimento de um ser humano, que se tiver ocorrido com vida conferirá personalidade jurídica ao recém-nascido. Independentemente de algum ser humano ter auxiliado ou não no momento do parto, o nascimento por si só já confere a capacidade de titularizar direitos e deveres da ordem civil, conforme o art. 2º do CCB.

Todavia, o fato jurídico por excelência, cuja ocorrência é ininterrupta e cujos efeitos são inevitáveis é o tempo. Ninguém pode se esquivar da passagem dos dias e é por isso mesmo que o tempo é utilizado como parâmetro para mensurar o termo inicial e final de efeitos jurídicos, os prazos processuais, além de uma gama de institutos relativos à aquisição, modificação e extinção dos direitos.

Assevere-se, inclusive, que um dos pontos que o presente trabalho se propõe a estudar é justamente o prisma de consequências que o devir temporal pode causar nas relações jurídicas. Entretanto, precisamos nos valer do raciocínio supracitado para não imaginarmos que o interregno entre quaisquer duas datas no calendário seria importante para o direito.

Neste ponto, vale a pena fazer um exercício imaginativo: o espaço de tempo que uma criança passar assistindo televisão pode ser relevante para o controle dos pais, cuja preocupação com a saúde e a educação dos filhos autoriza-os a impedir que o jovem passe o dia todo numa atividade sedentária; este tempo, contudo, não possui a menor relevância para o Direito. Imaginemos agora o tempo que um processo leva para tramitar, desde a propositura da ação até o trânsito em julgado. Este período, sem dúvidas, tem relevância jurídica, afinal, se curto demais pode impedir que Autor

e Réu participem efetivamente do processo; se longo demais, pode fazer perecer o bem que se buscara tutelar.

O tempo é utilizado pelo direito sempre aliado ao princípio da proporcionalidade e sua medida pode variar a depender do fato jurídico que se busca tutelar. Sendo relevante a urgência, como nos casos de tutelas antecipadas referentes à saúde, não é incomum ver decisões judiciais estipulando que seu cumprimento deve se dar em curto prazo de horas. Sendo relevante a segurança jurídica, como na hipótese de abertura da sucessão definitiva nos casos de ausência, não é de se espantar que a legislação civil exija o interregno de dez anos após o trânsito em julgado da sentença que autorizou a abertura da sucessão provisória.

O valor tutelado em cada situação fática que ensejou sua regulação pela norma jurídica é que vai balizar a necessidade de observação de um prazo mais curto ou mais longo, revelando-se assim a imprescindibilidade que o tempo possui nas relações jurídicas.

Entretanto, não restam dúvidas quanto à qualificação do tempo como fato jurídico. Sua potencialidade para criar, modificar e extinguir relações jurídicas tem sido a gênese para elaboração de diversas normas ao longo da história. Todavia, como se verá nos próximos tópicos, nem todas estas normas tem auxiliado na realização da justiça.

2.2 INSTITUTOS JURÍDICOS INTIMAMENTE RELACIONADOS COM O TEMPO

A relevância do tempo para o direito pode ser explicitada pelo grande número de institutos jurídicos que com ele estão intimamente relacionados.

No âmbito processual, a celeridade foi alçada à condição de princípio, conforme se extrai do novel Código de Processo Civil. Este, prescreve antes de qualquer regra dogmática, já no seu art. 6, que^o: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Como se pode perceber, o tempo de tramitação de uma demanda não poderá ser maior do que o efetivamente necessário para se obter a decisão jurídica mais adequada. Significa dizer que não serão admitidas dilações desnecessárias,

incidentes infundados ou recursos protelatórios, já que a situação de litígio não é desejável para nenhuma das partes.

O caráter pernicioso do litígio diz respeito à situação de angústia, insegurança, frustração, medo do julgamento social e desgaste psicológico ao qual naturalmente estão submetidos aqueles que precisaram acionar o Judiciário para ver seu direito tutelado. Nos mesmos sentimentos incorre quem na lide ingressou para se defender de injusta acusação. Se não houvessem mecanismos para abreviar o rito processual, definhariam os interessados até que cada magistrado considerasse esgotadas as possibilidades argumentativas.

É por este motivo, inclusive, que a legislação processual civil prevê a no §2º do art. 1.026, §2º do CPC a possibilidade do Magistrado aplicar multa diante de embargos de declaração procrastinatórios, que visam retardar imotivadamente o julgamento da causa.

Estes são alguns dos fundamentos que justificam a utilização de medidas do tempo como parâmetros limitativos para que as partes pratiquem atos no processo. A relevância do tempo autoriza ainda a regulamentação dos prazos para a prática de diversos atos processuais, *v.g.*, para contestar (vinte minutos oralmente em audiência, conforme art. 847 da CLT) para recorrer (em regra, de oito dias, conforme arts. 894 a 897 da CLT), para ajuizar ação rescisória (dois anos, conforme art. 975 do CPC e súmula 100 do TST), existindo até mesmo artigo específico para orientar a contagem dos prazos processuais, a saber, o art. 775 da CLT.

Em seguida, importante mencionar que também na seara negocial privada ganhou especial relevância o fato jurídico tempo. Cite-se, exemplificativamente, uma das cláusulas especiais de compra e venda: é que mesmo o titular de um direito de preferência não poderá exercê-lo indefinidamente: o parágrafo único do art. 513 limita o exercício desta faculdade em cento e oitenta dias.

Partindo para a seara consumerista, lembremo-nos que também o fornecedor que coloca à venda no mercado de consumo produtos via internet não permanecerá refém *ad eternum* do contentamento do consumidor: o art. 49 do CDC limita o exercício desta faculdade em sete dias contados do recebimento da compra.

Existem cinco institutos, contudo, que merecem especial pela potencialidade que possuem para culminar na perda de situações jurídicas. São a decadência, a preclusão, a perempção e a prescrição.

A decadência (ou caducidade) é a perda do direito potestativo em decorrência da sua não utilização dentro de um prazo determinado. Direito potestativo é a possibilidade de exercício de uma faculdade diante de uma parte que a ela não pode se opor, por estar em estado de sujeição. Temos, portanto, que uma vez atingido termo final do prazo decadencial, é o próprio direito que deixa de existir. O instituto da decadência tem grande relevância para o direito do trabalho no que diz respeito à normatividade autônoma, como se vê em convenções, acordos e contratos coletivos de trabalho. Ademais, também é comum a criação de prazos decadenciais em regulamentos de empresa, que criam prazos fatais para o exercício de faculdades no âmbito concreto da relação de emprego e que se qualificam, portanto, como decadenciais.

A preclusão, por sua vez, consiste na perda de uma faculdade processual que pode se dar tanto em virtude do tempo (preclusão temporal), quanto por já ter sido praticado o inquinado o ato processual (preclusão temporal) ou ainda pela adoção de condutas logicamente contrárias com a faculdade que se pretende exercer (preclusão lógica).

A perempção, no âmbito do processo do trabalho, é a impossibilidade de repropor uma demanda face ao mesmo empregador, pelo período de seis meses, em virtude de ter o autor dado causa a dois arquivamentos pretéritos ou de não ter comparecido no prazo legal para reduzir a reclamação verbal a termo. de seis meses da possibilidade de ajuizamento de uma demanda em virtude do autor ter dado causa, por duas vezes com respeito ao mesmo autor e ação.

O que se percebe, portanto, é que enquanto fato jurídico em sentido estrito ordinário, o tempo produz efeitos que podem culminar na perda de direitos materiais, faculdades processuais e até mesmo criar embaraços para que o cidadão se socorra ao judiciário.

Acerca da prescrição, entretanto, trataremos no tópico posterior em virtude da especial atenção que seu tratamento merece para a temática do presente trabalho.

2.3 PRESCRIÇÃO

2.3.1 Etimologia e História

O termo prescrição procede do vocábulo latino *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado pelos radicais *prae* e *scribere*, com o significado de escrever antes do começo (QUICHERAT apud LEAL, 1982, p.3).

A origem etimológica latina denuncia a estreita ligação deste instituto com o Direito Romano.

Conforme Nilson Alves Vital (1962, p.164), houve um momento, neste direito, em que todas as ações eram perpétuas. Entretanto, como a máxima da experiência tenderia a revelar, a defesa do acusado tornava-se cada vez mais difícil com o passar do tempo, haja vista que as testemunhas morriam e as provas pereciam.

Com isto, rememora-se antiquíssima figura latina que foi a gênese do que hoje conhecemos como prescrição: na Roma antiga certos prazos para o exercício de direitos eram “pré-escritos” pelos pretores, limitando a reclamação dos direitos subjetivos (CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 718).

Deste modo, com a finalidade de aliviar os rigores do *jus civile*, surge no direito pretoriano a *praescriptio temporalis*, incidente sobre as demandas que ensejavam reparação imediata e sobre as ações edilícias por vício da coisa na compra e venda (KAESER, 1992, p.59).

Entretanto, o primeiro instituto jurídico de caráter prescricional que se tem notícia, ou seja, que determinava a perda de uma pretensão com o transcurso de um período, e previsto ainda na Lei das doze tábuas, foi a usucapião. Era a chamada *praescriptio longi temporis*, utilizada para indicar a aquisição da propriedade, em razão do relevante papel desempenhado pelo longo tempo. Nesse período, concluímos que todos os outros tipos de ações que não fossem de discussão de posse e domínio, eram perpétuas, não se admitindo o tempo como fator extintivo.

Já no período clássico do direito romano, quando difundida a ideia de que o réu poderia descansar após o decurso de longo período em que o autor exercesse o seu direito, surge a *praescriptio longissimi temporis* originalmente concebida para

designar a extinção da ação reivindicatória, pela longa duração da posse (DINIZ, 2003, p. 342).

O que se percebe, portanto, é que o Direito Romano terminou por conferir, sob a mesma terminologia, gênese a duas figuras jurídicas (prescrição extintiva e aquisitiva), com os mesmos elementos, quais sejam: a ação prolongada do tempo e a inércia do titular do direito (FRANCO FILHO, 2018).

A proximidade entre as duas figuras pode se perceber até os dias de hoje; é o que se percebe da leitura do art. 1.244 do Código Civil que estabelece, *in verbis*, que “estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião”.

Com o tempo, o Direito brasileiro passou a utilizar, para a prescrição aquisitiva, o *nomen iuris* de usucapião, relegando a expressão genérica “prescrição” para a sua faceta extintiva, também denominada de prescrição liberatória. Esta última, será objeto de análise do presente trabalho.

2.3.2 Conceito

Para que haja plena compreensão do instituto da prescrição, faz-se necessário solidificar noções pertinentes ao direito obrigacional, tendo em vista que integrarão o conceito doravante apresentado.

Em primeiro lugar, imperioso esclarecer que nem todos os direitos estão sujeitos à prescrição, mas tão somente os direitos subjetivos patrimoniais. Estes, conferem ao titular o direito de exigir de outrem um comportamento apreciável economicamente, ou seja, o direito de exigir uma prestação. Como exemplo, podemos citar o direito de crédito.

Ilustrativamente, imaginemos um credor que nutre a expectativa de ver sua dívida adimplida. Segundo a regra, ele não pode exigir do devedor o pagamento, visto que tal ato configuraria ilícito conforme o art. 333 do CCB. No primeiro dia útil após o

prazo, não tendo solvido a dívida, tornar-se-á o devedor inadimplente, fazendo surgir para o credor a pretensão (neste sentido enuncia o art. 189 do CCB).

Entende-se por pretensão a possibilidade do credor de exigir do devedor o adimplemento da dívida, sendo-lhe autorizado para garantia de efetividade, movimentar a máquina judiciária.

Sob o ponto de vista processual, o surgimento da pretensão está intimamente ligado à condição da ação denominada “interesse de agir”. É que antes do surgimento da pretensão, o devedor ainda se encontra dentro do prazo para adimplemento, tornando injustificada a intenção do credor em cobrar antecipadamente. Sem pretensão resistida, não há interesse (juridicamente relevante) de agir, desautorizando o credor a figurar como autor em eventual ação de cobrança, que estará fadada à extinção sem julgamento de mérito (vide art. 485, VI do CPC).

Uma vez frustrada a expectativa do credor, não tendo o devedor adimplido a prestação acordada, poderá ser ajuizada a ação correspondente para a tutela deste direito.

Para o credor, a vantagem de se valer de uma ação (judicial) para cobrar o que lhe é devido, reside na força especialmente conferida ao Estado para, através do Poder Judiciário, exigir o cumprimento de suas decisões através da coação legítima. Sendo vedada, como regra, a autotutela no nosso Ordenamento Jurídico, a ameaça de privação de bens e restrição de direitos faz surgir no devedor maior inclinação a cumprir com suas obrigações.

Entretanto, a supramencionada exigibilidade não é conferida ao credor *ad eternum*. Em se tratando de direitos patrimoniais – e, portanto, disponíveis – a lei estabelece um prazo máximo para que o interessado persiga o seu crédito, a sua indenização (por danos materiais) ou a sua compensação (por danos extrapatrimoniais). Mantendo-se no exemplo supracitado, o art. 206 prevê, no inciso I do §5º que, prescreve em cinco anos “a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.” Superados o prazo legalmente previsto, pode até ser que o credor seja contemplado com o adimplemento voluntário da dívida; entretanto, não poderá mais exigir a interferência do Estado para salvaguarda do seu direito.

Feitos os esclarecimentos acima, torna-se propício o momento para apresentar o conceito trazido por Maurício Godinho Delgado (2011, p.241), que tem a vantagem

de examinar o instituto por dois pontos de vista. Inicialmente, vejamos a definição de prescrição examinada pela 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 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.

Já sob a ótica do devedor, “a prescrição extintiva pode ser conceituada como o meio pelo qual o devedor se exime de cumprir uma obrigação em decorrência do decurso do tempo” (*ibidem*, p.241).

Independentemente de se examinar o instituto pela ótica do credor ou do devedor, o foco de ambos os conceitos está no fim da exigibilidade em razão do decurso temporal. Observe-se que não há que se falar em extinção do direito de ação, visto que o chamado “direito de fundo” subsiste, dada a possibilidade do devedor adimplir uma dívida prescrita.

Mencione-se que caiu por terra o antigo entendimento de que a pretensão atinge o direito de ação (em sentido processual), mesmo porque tal direito encontra-se alçado ao patamar constitucional, qualificando-se, inclusive, como cláusula pétrea, conforme se extrai do inciso XXXV do art. 5º da CRFB.

Compartilham deste posicionamento Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 720), a saber:

Atente-se, porém para um detalhe da mais alta relevância. A prescrição não atinge o direito subjetivo em si mesmo. (...) apenas haverá uma neutralização da pretensão reconhecida ao titular deste direito subjetivo patrimonial. Equivale a dizer: a prescrição não fulmina o direito subjetivo em si, nem tampouco a pretensão que o garante; apenas e tão só neutraliza a pretensão, sem destruí-la.

Deste modo, seguindo a sistemática lição dos doutrinadores *sus* mencionados, pode-se extrair os elementos essenciais da prescrição (*ibidem*, p.721):

(...) i) existência de uma pretensão, que garante um direito subjetivo patrimonial; ii) a inércia do titular da pretensão; iii) a manutenção dessa inércia durante um determinado lapso temporal, previsto no próprio sistema jurídico; iv) a ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

Por fim, pontue-se ainda sob o ponto de vista que processual, que somente estão sujeitas ao prazo prescricional as ações condenatórias, meio juridicamente viável para a tutela dos direitos subjetivos patrimoniais. Deste modo, ações que visem

a tutela de direitos da personalidade, exemplificativamente (sem considerar a eventual repercussão patrimonial que pode gerar a sua violação), são imprescritíveis.

Para este trabalho, porém, importam exatamente as ações condenatórias e os direitos patrimoniais que visam guarnecer, conforme se verá em tópico posterior.

2.3.3 Fundamentos da Prescrição

A doutrina não é unívoca quanto ao fundamento da prescrição. Isto se deve ao fato de não ser fácil a tarefa de indicar o motivo pelo qual o titular de um direito deixa de poder exigi-lo judicialmente após determinado período de tempo mesmo sem ter havido adimplemento da obrigação.

De todo modo, qualquer crítica que se venha a fazer acerca do instituto da prescrição só está autorizada após realizada investigação do que a doutrina já produziu sobre a matéria.

Savigny já afirmara que a inação do titular gera uma inegável presunção de extinção do direito (SAVIGNY, *apud* LEAL, 1982). A ótica da inércia do titular também foi também salientada por Alan Martin e Antônio Borges Figueiredo ao qualificarem a pretensão como fenômeno subjetivo e voluntário (FIGUEIREDO; BORGES, *apud* CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 717).

Outros autores salientam que este fenômeno jurídico existe pela necessidade de se impor um castigo em virtude da negligência ou desleixo daqueles que não exercitaram o seu direito dentro do prazo legalmente previsto. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2003) chegaram a afirmar, no passado, que

“(...) a existência de prazo para o exercício de direitos e pretensões é uma forma de disciplinar a conduta social, sancionando aqueles titulares que se mantêm inertes, numa aplicação do brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*. Afinal, quem não tem a dignidade de lutar por seus direitos não deve sequer merecer sua tutela.”

Há quem afirme ainda que a prescrição milita em favor de maior precisão no julgamento da demanda, na medida em que busca evitar o perecimento de provas que seriam indispensáveis para a resolução de uma controvérsia (PLANIOL *apud* ALVES, 2011, p.165).

Na mesma esteira, há quem sustente (ALVES, 2011, p. 165) que deva ser levada em conta a impotência humana de restituição da memória de maneira fidedigna quando já decorreram muitos anos de consumado o fato perquirido.

Boa parte dos doutrinadores, entretanto, aponta como fundamento a paz social, salientando a impossibilidade de manutenção indefinida de situações jurídicas pendentes por lapsos temporais prolongados. (CHAVES; ROSENVALD, 2011, p.716). Aponta-se que não haveria tranquilidade se alguém que figurou como devedor numa dada relação jurídica mantivesse esta qualidade ao longo de décadas mesmo diante da inércia do credor. Logo, a prescrição atuaria em favor da estabilidade das relações sociais, tendo em vista a inviabilidade de uma sociedade cujos integrantes pudessem responder judicialmente *ad eternum* por fatos pretéritos. Neste sentido, menciona Sílvio Rodrigues (2002, p.324) que “há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente na ameaça de desequilíbrio representada pela demanda.”

Forte posicionamento é defendido pelos autores que apontam ter a prescrição fundamento último na segurança jurídica. De Andrade (2014) afirma que deve ser dada especial relevância a este instituto por derivar de cláusula pétrea, insculpa no *caput* do art. 5º da CRFB. Nessa mesma linha de inteligência, Luís Roberto Barroso (2001, p. 4) menciona que

a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça. Para realizar a justiça, tanto material como formal, preveem-se diferentes mecanismos, que vão da redistribuição de riquezas ao asseguração do devido processo legal. É para promover-la que se defende a supremacia da Constituição, o acesso ao judiciário, o respeito a princípios como o da isonomia e o da retroação da norma punitiva mais benéfica. A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Abrogam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações anteriormente controvertidas. Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada.

Estes dois últimos posicionamentos têm maior prevalência atualmente entre os estudiosos do direito, revelando, em última análise, a faceta social e jurídica do conceito de estabilidade.

Muito embora se reconheça o hercúleo e profícuo trabalho das justificativas acima enumeradas, não se pode dizer que sejam impassíveis de críticas, que serão mais adequadamente feitas em capítulo posterior.

2.3.4 Limites da Prescrição

É certo que a prescrição representa um limite à exigibilidade de um direito que não foi reivindicado dentro do prazo legal. Entretanto, por mais diversas que sejam as justificativas apresentadas no subtópico anterior, será sempre questionável a prevalência dada pelo Ordenamento Jurídico ao valor “segurança jurídica” em detrimento do valor “justiça”.

Não é por outra razão que a prescrição encontra limites na própria ordem jurídica que regulamenta. Estes limites são denominados pela doutrina como causas impeditivas, suspensivas e interruptivas, atuando diretamente na contagem do prazo prescricional.

2.3.4.1 Causas Impeditivas

As causas impeditivas obstam o início da contagem do prazo prescricional, não se operando o decurso do tempo em desfavor do titular do direito até que se extinga a referida causa.

Conforme bem observa GODINHO, (2011, p.247) as causas impeditivas são “fatores que a Lei considera indicativos de restrições sofridas pelo titular do direito no que tange à defesa de seus próprios interesses”. Em síntese, o Direito reconhece a existência de situações nas quais há severas restrições ao pleno exercício de defesa de um sujeito de direitos.

Para o mesmo autor (*ibidem*), as causas impeditivas trazem consigo o fato de se imporem ao titular do direito sem que haja incidência do elemento volitivo. São, em verdade, fatores externos ao sujeito de direito e que, se não inviabilizam, dificultam sobremaneira o reclame da tutela jurisdicional.

GODINHO (*ibidem*) segue afirmando que as causas impeditivas estão tipificadas, o que significa dizer que precisaremos analisar os diplomas jurídicos para identificar as circunstâncias que foram eleitas como suficientes para impedir o início do prazo prescricional.

Como se verá, a seleção das causas impeditivas não foi aleatória ou meramente política. A justificativa para cada uma das hipóteses salta aos olhos, tendo em vista que não se pode admitir o perecimento de um direito por suposta inércia do titular se verificado obstáculo real a defesa do seu interesse.

De imediato, cite-se previsão contida em duas normas trabalhistas, a saber, CLT (DEL 5.452) e a Lei dos Rurícolas (Lei 5.889/73); sabe-se que a idade mínima fixada para o ingresso no mercado de trabalho hoje, como se extrai do que preveem o artigo 7º, XXXIII, da CRFB e o artigo 403 da CLT é de dezesseis anos, à exceção do aprendiz, que pode começar a trabalhar a partir dos quatorze. Entretanto, ainda que seja contratado nas idades sobreditas, o menor trabalhar estará impedido de ajuizar autonomamente uma reclamação que vise reivindicar verbas decorrentes do contrato de trabalho. Para tanto, será necessário se fazer representado ou assistido, uma vez que os arts. 440 da CLT e 10º da Lei 5.889/73 afirmam não correr a prescrição contra empregados menores de dezoito anos.

Ora, se o Ordenamento Jurídico autoriza ao menor o ingresso no mercado de trabalho, deveria, simetricamente, conferir-lhe meios para perseguir os direitos decorrentes do seu labor quando tiverem sido violados. Entretanto, ao limitarem a capacidade jurídica plena por critérios etários, os arts. 3º e 4º do CCB condicionam a defesa dos interesses do menor à atuação de um terceiro (pais ou tutores ou outros responsáveis legais). Esta situação não é perfeitamente adequada, mas se impõe como necessária pelo fato de que, de maneira geral, não se tem na tenra idade a maturidade e discernimento necessários para litigar em Juízo.

A alternativa encontrada pelo legislador para esta situação foi impedir que a contagem do prazo prescricional tenha início até que o menor trabalhador atinja a maioridade. Aí sim, titularizando com plenitude os direitos e deveres da ordem jurídica, poderá *per si* defender os seus interesses em Juízo. Deste modo, somente completos dezoito anos, é que se iniciará a contagem da prescrição referente as verbas devidas e não pagas durante o período de labor do empregado menor.

A incapacidade é situação de primeira relevância para o estudo desta matéria. Por ser um instituto jurídico de tratamento originário do CCB, precisamos recorrer a

este diploma que atua subsidiariamente na resolução de lides trabalhistas (vide autorização do §1º do art. 8º da CLT).

Até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) o rol de incapacidades absolutas trazidas pelo art. 3º do CCB abrangia aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”. Nesta situação, poderíamos incluir o trabalhador com deficiência, que também faria indiscutível jus ao impedimento do curso prescricional por força do inciso I do art. 198 do diploma substantivo civil.

Hodiernamente, o art. 8 e 64 da supracitada Lei 13.146/2015 modificou o rol das incapacidades; sob o argumento de trazer para o patamar de igualdade, favorecendo a inclusão dos portadores de deficiência nos mais diversos âmbitos da sociedade, deixou-se de considerar absolutamente incapaz, a grosso modo, o trabalhador que tem dificuldades físicas, intelectuais ou cognitivas.

O que se deve ter em mente, contudo, é que a igualdade pretendida com pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009), que ingressou com *status* de norma constitucional no nosso Ordenamento Jurídico, veda discriminações excludentes, estigmatizantes ou que marginalizem a participação destes indivíduos. Neste sentir, imperiosa a lição trazida por SANTOS (2016):

(...) a supressão da garantia do impedimento ou da suspensão da prescrição em favor daqueles que não possuem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil é incompatível com a Constituição (art. 5º, §3º da Constituição c/c art. 4.4 da Convenção de que se trata). É importante deixar claro que a inconstitucionalidade não reside na regra que atribuiu capacidade civil plena a todas as pessoas com deficiência, ainda que, em razão dela, não tenham discernimento para a prática de atos da vida civil. O que é acometida de inconstitucionalidade, por desrespeito ao art. 4.4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é a supressão da norma que assegurava que contra essas pessoas desprovidas de capacidade cognitiva não correria prazo prescricional.

O raciocínio que deve aqui ser utilizado é o mesmo do menor trabalhador. Se a Lei estimula o ingresso dos deficientes no mercado de trabalho formal (vide art. 93 da Lei 8.212/91) deve, conseqüentemente, entender as particularidades que exigem uma especial proteção para a tutela dos interesses deles.

É por este motivo que deve a jurisprudência pátria impedir a contagem do prazo prescricional em favor dos portadores de deficiência que revelem efetiva dificuldade para a tutela dos seus direitos. Esta *ratio* deve se aplicar, inclusive, para os casos de incapacidade superveniente à contratação do indivíduo, quando já está em curso o contrato de trabalho (TRT 2ª R., on-line).

Existem outras causas impeditivas com *loco* no Código Civil e que são compatíveis com o Direito do Trabalho. Uma delas é a relação matrimonial, porquanto que não há qualquer restrição legal para a existência de relação de emprego entre os cônjuges (vide art. 197, I, CCB).

Jorge Neto e Cavalcante (2010, p. 916) entendem que “na constância da união estável também não se pode falar em prescrição, já que se trata de uma situação equiparada ao casamento pelo ordenamento jurídico (art. 226, §3º, CF; Lei 9.278/1996, arts. 1.723 a 1.727, CCB”.

Outra causa impeditiva da contagem da prescrição é a relação de poder familiar e a relação de tutela e curatela (vide inciso III do art. 197 do CCB), que, segundo os autores supracitados, “são hipóteses também aplicáveis no Direito do Trabalho, apesar de sua pouca incidência prática” (2008, p. 916).

Por fim, outra causa impeditiva que também tem esteio no CCB (vide inciso III do art. 198) é a prestação de serviço militar, em tempo de guerra. Alice Monteiro de Barros leciona que: “(...) a guerra, na hipótese, tanto pode ser externa ou interna, não exigindo o texto legal que o serviço prestado seja militar; a isenção se estende a todos os que forem mobilizados para tais fins”. (2008, p. 1027).

A mesma autora conclui que “a isenção se justifica em ambos os casos, considerando-se que tais ocupações absorvem a atividade individual, impedindo que o cidadão administre seus negócios” (BARROS, 2008, p. 1027).

Uma última causa impeditiva apontada por Godinho (2011, p. 249) é a ausência do país por parte do titular do direito, em serviço público da União, Estados e Municípios, além do Distrito Federal e respectivas autarquias. Não seria exigível que o nacional que se ausenta do país para servir ao Estado tivesse sempre que deixar constituído um procurador para que em seu nome atuasse antes mesmo de saber a relevância do interesse que se discutiria em litígio.

Após verificar todas as causas impeditivas acima – que compartilham o supedâneo na legislação – importante mencionar a lição trazida por Câmara Leal (1982, p. 165), para quem existem outros dois obstáculos que apesar de não se

encontrarem expressos em texto de Lei, possuem o condão de impedir ou suspender a prescrição.

O primeiro obstáculo referido por Câmara Leal seria de origem legal, quando uma norma interfere diretamente no curso do prazo prescricional. Como exemplo, imagine-se uma Lei municipal que decreta feriado no último dia em que o interessado pudesse defender seus interesses em Juízo.

O segundo obstáculo, seria de origem judicial, a exemplo da sustação das atividades do foro trabalhista de determinada comarca tornando impossível a defesa do direito por seu titular.

Importante reforçar que as duas hipóteses acima são causas supralegais de impedimento ou suspensão do prazo prescricional doutrinariamente sugeridas. Não há previsão expressa na legislação para tanto, inobstante a pertinência de sua previsão mereça ser observada.

O detalhamento neste subtópico referente às causas impeditivas do curso da prescrição possui estreita relação com a sugestão para o problema exposto nesta monografia. Sinalize-se, desde já, que as justificativas que aqui foram emprestadas para melhor compreender cada uma das causas taxativamente normatizadas, serão retomadas em típico posterior.

2.3.4.2 Causas Suspensivas e Interruptivas

Não é escopo do presente trabalho fazer às vezes de manual, motivo pelo qual deixaremos um aprofundamento acerca das causas suspensivas e interruptivas para os trabalhos que tenham com elas relação.

Por preciosismo acadêmico, entretanto, não custa mencionar que as causas suspensivas são idênticas às interruptivas. A diferença reside apenas no momento em que exsurtem. Se uma das causas vistas no subtópico anterior aparece depois de iniciado o prazo prescricional, este será suspenso. E suspender o prazo significa paralisar a sua contagem, retomando-se de onde parou após ter desaparecido a referida condição. Em síntese, aproveita-se o tempo decorrido em que houve inação do titular do direito.

Deste modo, podemos concluir que as causas suspensivas também independem do elemento volitivo e, por via de regra, são taxativamente previstas.

Já as causas interruptivas, diferem da suspensivas e impeditivas quanto ao elemento volitivo. Isto porque a prescrição se interrompe diante de um comportamento comissivo (uma ação) do titular do Direito que revela o seu desiderato de defender-se em juízo, *v.g.*, quando propõe uma reclamação trabalhista.

Ademais, Godinho (2011, p.252) sinaliza que as causas interruptivas podem até mesmo ser extrajudiciais, desde que o ato praticado revele inequívoca intenção de exercício do direito, *v.g.*, “o pedido de prazo, pelo devedor trabalhista ao empregado, para acerto de contas”.

Uma terceira diferença reside no fato de que uma vez interrompido o prazo, será desconsiderado o período já decorrido em desfavor do titular do direito. Sendo assim, após a interrupção, o prazo será contado do zero. O motivo desta diferença está no comportamento diligente que buscou se movimentar para evitar os efeitos deletérios da prescrição. Como as causas impeditivas e suspensivas independem da vontade humana, não seria razoável conferir este benefício, haja vista o famoso jargão jurídico de que “o direito não socorre aos que dormem”.

Estas são, portanto, as notas distintivas fundamentais que merecem apontamento.

2.4 REGRAMENTO ESPECÍFICO DA CONTAGEM PRESCRICIONAL NA SEARA JUSLABORATIVA

O regramento básico da prescrição está contido no CCB. Nada obstante, existem minudências específicas que tornam particular a aplicação deste instituto na seara juslaborativa.

Em primeiro lugar, vale a pena sinalizar que as regras que aqui serão enunciadas aplicam-se igualmente aos empregados urbanos e rurais, tendo em vista o mandamento constitucional do *caput* do art. 7º. Se aplicam também aos empregados domésticos, haja vista estarem contidos no rol de empregados urbanos (GODINHO, 2011, p.261).

Em segundo lugar, aconselhável rememorar o recorte monográfico que orienta o presente trabalho. Aqui, se busca examinar as ações condenatórias através das quais o empregado visa o ressarcimento pelas quantias devidas e não pagas pelo seu empregador no curso do contrato de trabalho. Por este motivo, não trataremos das ações meramente declaratórias, das parcelas de complementação de aposentadoria ou daquelas oriundas de sentença normativa.

Feitos estes esclarecimentos, pode-se afirmar a regra nuclear da contagem prescricional tem gênese na alínea “a” do inciso XXIX do art. 7º da CRFB, ao estabelecer o prazo de cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Conforme lição de Godinho (*ibidem*, p.253)

“(…) a prescrição é quinquenal, contada do protocolo da ação, independentemente de estar ou não extinto o contrato; já o prazo bienal passaria a atuar desde que houvesse a extinção do pacto, fluindo, porém, concomitantemente com o lapso quinquenal.”

Quanto ao prazo quinquenal (art. 7º, XXIX da CRFB), a doutrina explica que o trabalhador sempre poderá pleitear em Juízo as verbas devidas e não pagas dos cinco anos anteriores a contar da data de protocolização da reclamação trabalhista.

O prazo bienal, por sua vez, refere-se ao tempo conferido pela Lei para que o empregado que foi dispensado ou que se demitiu ajuíze ação para tutela dos seus direitos.

Desta forma, percebe-se que a prescrição quinquenal flui concomitantemente com a bienal: se no dia em que foi dispensado, o empregado já suportava cinco anos de dívidas trabalhistas, deixando para ajuizar a demanda no último dia do prazo prescricional, só poderá reivindicar as verbas referentes aos três últimos anos trabalhados.

Uma última observação diz respeito ao termo inicial da contagem do prazo prescricional. É que conforme o critério da *actio nata*, a prescrição só tem início quando o titular do direito pode exigir do seu devedor o cumprimento. Antes disso, não há que se falar em início do prazo prescricional. (*ibidem*, p.249).

2.5. ASPECTOS PROCESSUAIS PERTINENTES

Para finalizar o presente capítulo, imperioso tratar de questões processuais inerentes à prescrição. Isto se justifica dado ao fato de nada obstante ser instituto do direito material, ser a alegação de prescrição submetida ao julgamento por sentença, que poderá confirmá-la ou não.

A primeira questão que surge, indubitavelmente, é em relação à legitimidade para alegação da prescrição. O art. 193 do CCB subsidiário, aplicável à área trabalhista, afirma que “pode arguir prescrição a própria parte”. O terceiro interessado, que é aquele que de modo direto ou subsidiário possa vir a responder pela condenação, também é legitimado a arguir a prescrição. Com a possibilidade de decretação de ofício da prescrição trazida pela Lei n. 11.280/2006 (que à época modificou o então vigente CPC/73) espancou-se qualquer dúvida acerca da legitimidade não só do Juiz da causa, mas também do Ministério Público do Trabalho – nas ações que envolvessem interesses patrimoniais (GODINHO, 2011, p.266).

Importante mencionar que a Reforma Trabalhista – Lei 13.467/2017 inovou através do seu art. 11-A ao permitir a decretação de ofício da prescrição intercorrente, inclusive em qualquer grau de jurisdição. Esta modificação tem levado a doutrina à polvorosa, na medida em que se discute a extensão deste artigo à fase de conhecimento.

Parte da doutrina tem se inclinado a opinar pela extensão da possibilidade de decretação de ofício à fase instrutória, por não haver arrimo jurídico em se possibilitar a decretação pelo Magistrado apenas quando já estiver formado o título executivo. Esta parte da doutrina entende que se o Juiz puder abreviar o curso de uma demanda notadamente prescrita, seria um desserviço aguardar até a fase executória para, só então, declarar o crédito prescrito.

Favorável à possibilidade de decretação de ofício, Neusa Moura (2007, p. 305) relembra que tanto a CLT quanto a Constituição são omissas quanto ao fato de a prescrição precisar ser invocada pela parte interessada, tampouco negam o seu pronunciamento de ofício pelo magistrado, caracterizando a omissão que permite a aplicação subsidiária da norma.

Neste mesmo sentido, Barba Filho (2017) opina ser

(...) muito difícil visualizar, com efeito, de que forma o princípio da proteção no processo do trabalho serviria de escudo contra a incidência da prescrição de ofício na fase de conhecimento, mas deixaria de existir precisamente na etapa processual em que o an debeatur já foi reconhecido.

Entretanto, esta parece não ser a posição mais acertada. Conforme, Lucena (2018), “com base no princípio da proteção, a doutrina vem afirmando que ele é o principal óbice à pronuncia de ofício da prescrição no domínio da Justiça do Trabalho.”

Ocorre que a prescrição é uma matéria de defesa. Logo, tomando por base uma relação laborativa típica, em que o empregado é o reclamante e o empregador é o reclamado, ao declarar oficiosamente a prescrição da pretensão o juiz atuaria em defesa do réu/empregador, o que claramente ofenderia o princípio tutelar.

Por fim, vale lembrar que a jurisprudência majoritária até então tem se posicionado contrariamente à decretação de ofício da prescrição na seara trabalhista. Nesta senda, o TST já decidiu que os créditos trabalhistas têm natureza alimentar. Em célebre recurso (TST, 2008), ministro Aloysio Corrêa da Veiga, ressaltou que “a questão social, a hipossuficiência, a dificuldade de acesso traz in compatibilidade da aplicação da prescrição de ofício pelo juiz com os princípios do Direito do Trabalho, o que impede a aplicação subsidiária do CPC”.

3. O PROBLEMA DE SE ADMITIR A FLUÊNCIA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL NO CURSO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

3.1 DO DESEQUILÍBRIO MANIFESTO ENTRE OS SUJEITOS QUE COMPÕEM A RELAÇÃO DE EMPREGO

A adoção pelo sistema político-econômico capitalista trouxe para o centro da sociedade a relação laboral, tendo em vista que a escravidão e a servidão revelaram-se opções pouco vantajosas no plano financeiro e humanitariamente questionáveis ao longo da história.

A locução “relação laboral” facilita a compreensão da mecânica que ganhou força a partir da revolução industrial: de um lado, o empregador precisa da força humana para fazer girar a engrenagem fabril; do outro, coloca-se o empregado à disposição em troca de uma contraprestação pecuniária: a remuneração.

Como sói acontecer, o Direito veio a reboque da história disciplinando este novo tipo de relação jurídica. De pronto, a doutrina civilista, com bases mais antigas, ajudou a perceber a flagrância de dois vínculos indissociáveis que sempre se apresentam diante do fenômeno do trabalho. O primeiro deles, diz respeito ao vínculo empregatício – relação jurídica principal que, conforme entendimento atual, se estabelece com subordinação, não-eventualidade, pessoalidade e onerosidade. O segundo deles, diz respeito à obrigação de pagar, relação jurídica que coloca o empregado na posição de credor frente ao dispêndio de tempo e energia em favor do empregador.

Toda essa dualidade conduziria ao pensamento natural de uma relação simbiótica e, por assim dizer, equivalente entre o empregado e empregador. Afinal, bastaria lembrar que a CRFB atual igualou hierarquicamente, na categoria de fundamentos da república, o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

Entretanto, a experiência prática demonstra que o detentor dos meios de produção exerce verdadeira “dominação” sobre aqueles que dispõem da sua força de trabalho, maculando a relação jurídico-laboral de um nefasto desequilíbrio já quase ducenterário.

A concentração fundiária, de renda e dos meios de produção favorece que uma pequena quantidade de empregadores dirija a relação laboral na medida que selecionam, dentre a massa de desempregados, aqueles que serão “beneficiados” com a possibilidade de trabalhar em troca de um salário.

Neste ponto, já começa a se perceber a gênese da desproporção. É que na medida em que há uma superoferta de mão-de-obra, os empregadores tendem a estabelecer critérios mais rigorosos e contraprestações menos generosas para os potenciais empregados. Afinal, diante de uma multidão de pretendentes de salário, a insatisfação de um contratado é imediatamente resolvida chamando-se o próximo da fila de interessados.

Pois bem. Se a evidente desproporção entre o número de empregadores – que concentram a renda e as oportunidades de emprego – e o número de empregados – que não têm outra saída senão colocar à disposição sua força de trabalho – não for suficiente para criar o gérmen da desigualdade da relação juslaborativa, a “teoria dos

interesses em jogo” é um segundo argumento que tornará evidente o cenário da desigualdade.

A sobredita teoria é evocada pela doutrina italiana para comparar as diferenças entre os atos de demissão e despedida, sendo referida com maestria por SOUTO MAIOR (2010). Evidente que tirante casos excepcionais, nos quais altos funcionários conquistaram em torno da sua imagem, distinta relevância pela pessoa jurídica em que laboram, a grande massa de empregados pode ser facilmente substituída.

Isto se deve ao fato de que a maior parte dos labores é exercido por pessoas sem titulação acadêmica, dada a baixa complexidade da maior parte do trabalho que é demandada pela nossa sociedade. Comerciantes, telefonistas, zeladores, frentistas e secretárias, em regra, não possuem grandes armas para barganhar sua permanência no emprego contra a vontade do patrão.

Significa dizer que o empregador pode até passar apuros nos dias que se seguirem a uma demissão inesperada; entretanto, possui ferramentas que possibilitam substituir com facilidade o lugar que vagou.

De outro lado, a despedida que chega sem aviso para o empregado tem efeitos deletérios inimagináveis. A relevância do trabalho na sociedade atual faz com que o cidadão que dele esteja privado seja atingido nas mais diversas instâncias: não se trata só da obtenção do mínimo existencial para si e para sua família, mas de verdadeiro atentado à sua dignidade.

A relevância multifacetada do trabalho remunerado foi percebida por SOUTO MAIOR (2010, p. 1-2) ao assinalar que:

O valor social que o trabalho remunerado adquire, na ordem capitalista de produção, decorre da circunstância de que no mundo contemporâneo vivemos *enquanto* trabalhamos. É no ambiente de trabalho que fazemos amizades, construímos e executamos projetos, intervimos em nossa comunidade, *somos*. Pois bem. Reconhecendo essa realidade e a circunstância objetiva de que em um sistema capitalista de produção, a necessidade de venda da força de trabalho como condição para a sobrevivência física, emocional e mental torna a relação de trabalho algo intrinsecamente desigual e perverso, o constituinte originário resolveu reconhecer uma série concatenada de direitos trabalhistas.

A esta altura já se tornou evidente que ao invés de estabelecer um patamar de igualdade, a relação juslaborativa tornou-se um campo aberto para o arbítrio, no qual o empregador triunfa ditatorialmente e com a consciência de que dificilmente enfrentará a ira do empregado.

VIANA (2008, p. 2) capitaneia este pensamento ao enunciar que “(...) se o emprego, para o empregado, é a própria vida, é claro que ele não pode correr riscos, exigindo com firmeza que a lei seja cumprida (...). Pela mesma razão, enquanto empregado ele não procura a Justiça.”

O que o autor quer dizer é que de nada adianta ter leis escritas em seu favor se, no mundo dos fatos, a sua aplicação tem se revelado ineficaz. A existência de uma Consolidação das Leis Trabalhistas desde a década de 40 do século passado parece não ter intimidado o empregador como deveria; este, atua de modo conveniente, invocando as normas quando entende que lhe serão úteis. No outro extremo, o empregado, com receio de perder a fonte do seu sustento, não reclama o que lhe é devido.

O raciocínio acima exposto foi brilhantemente referido por Viana (*ibidem*, p. 3), ao esclarecer que:

Num contexto como o de hoje, as violações são ainda maiores; e talvez não seja exagero dizer que o poder diretivo atinge já não apenas a força de trabalho, mas a própria norma trabalhista. O empregador a utiliza como, quando, onde se e quanto quer. E o empregado se submete à violação de seus direitos, até o dia em que – tendo perdido o emprego – não tem mais o que perder.

Em verdade, mesmo que esteja coberto de razões jurídicas diante dos abusos e diletantismos do patrão, a enorme dependência que o trabalhador mantém para com o seu emprego o reconduzirá ao silêncio e à inércia. É por este motivo que se fazem necessárias todas as formas de tentar garantir ao empregado, parte mais fraca da relação juslaboral, o acesso aos direitos que decorrem do vínculo empregatício.

3.2 QUANDO “VALE A PENA” PARA O EMPREGADOR NÃO PAGAR O SALÁRIO DO EMPREGADO

Se, ao colocar sua força de trabalho à disposição patronal, o empregado faz jus à percepção de uma verba salarial, inegável reconhecer que ao lado do vínculo laboral coexiste o direito de crédito.

Esta relação creditícia, contudo, é peculiar. Ocorre que na maioria dos casos, o credor pode utilizar de todos os meios legalmente admitidos para cobrar a dívida quando esta tornar-se exigível; entretanto, quando, ao final do mês, o empregado percebe que não houve o total adimplemento das parcelas devidas por força de um mês inteiro de trabalho, não parece estar tão livre para perquirir os seus direitos.

Não se está querendo dizer aqui que a qualificação de empregado e empregador modifique o direito à percepção da dívida. Forçoso reconhecer, contudo, que ao pleitear o pagamento de horas extras que foram propositalmente homiziadas no seu contracheque, o empregado se indisporá com o patrão. E, nesse embate, exsurge a curiosa circunstância na qual o credor parece ter menos força que o devedor. É que ao perseguir na justiça o crédito locupletado pelo patrão, o credor coloca em xeque o vínculo laboral, já que este pode ser desfeito – conforme jurisprudência majoritária – de maneira desmotivada.

É que se tem difundida no direito brasileiro a ideia de que a despedida pode ser efetivada pelo empregador ainda que arbitrariamente ou sem motivo. Logo, razoável concluir que todo empregador naturalmente despedirá qualquer empregado contra o qual litigue na justiça. Deste modo, teremos para o empregado as seguintes alternativas: a) pleiteia na justiça parcela remuneratória que não foi paga e vê seu contrato de trabalho rescindido; b) abdica de pleitear seu direito creditício em prol da continuidade da relação laboral.

Uma vez que a prestação do serviço, em regra, precede o pagamento do salário, o empregado prejudicado somente poderá lamentar ter se vinculado àquele empregador. Por um lado, não há como voltar no tempo e decidir conservar suas forças em prol de um tomador de serviço que cumpra os direitos celetistas. Por outro, voltar a concorrer com a grande massa de desempregados em busca de um novo emprego se revela uma oferta nada tentadora.

Descrito o cenário acima, o que sói acontecer na prática? O empregado se cala acerca das parcelas de hora extra que foram inadimplidas e aceita receber o quanto o patrão lhe oferece diante das necessidades que derivam de uma sociedade de consumo. Tal comportamento é o sinal verde para a reincidência da prática ilícita do patrão, que mês após mês enriquece ilicitamente mediante o não pagamento de parcelas devidas ao empregado. Mantido no trabalho por cinco anos, o trabalhador verá prescrever o direito à percepção daquela verba, uma vez que, sem opção, silenciou-se diante do seu direito para perceber, ainda que incompleto, o seu salário.

A verdade é que o Direito do Trabalho não se cumpre espontaneamente, necessitando do trabalho de auditores fiscais do trabalho, de provocação do judiciário e de uma estrutura que verifique se as garantias de quem mais precisa estão sendo salvaguardadas.

Como o empregado não vai colocar em risco o seu emprego demandando judicialmente contra o patrão, numa escala macro, são inegáveis os “ganhos” que o empregador tem mediante a prática do ilícito. Reduzindo o valor que seria devido a título salarial para o empregado, este resta descapitalizado e, quando finalmente tenta litigar na justiça, a morosidade dos trâmites processuais o faz aceitar o mais parco dos acordos. Some-se a isto o grande número de trabalhadores que prefere não ingressar na justiça, a dificuldade de produção probatória por parte do empregado e sua reduzida aptidão para contratar advogados preparados para representá-lo.

Quando a falsa opção do empregado de ajuizar uma demanda contra seu empregador para evitar a prescrição é descortinada, torna-se mais fácil a visualização de quão vultuoso é o problema que ora se busca investigar.

Já de início, evidente que ao aumentar o seu patrimônio em detrimento de outrem sem que para isso exista um fundamento jurídico, o empregador pratica o enriquecimento sem causa, conforme acurada definição de FRANÇA (1987, p. 196). Mesmo quem não compartilha desta mesma opinião, em termos exatos, não duvida da antijuridicidade da conduta. É o exemplo de ACQUAVIVA (1998, p. 44), para quem “o aumento de patrimônio de alguém pelo empobrecimento injusto de outrem” caracteriza o enriquecimento ilícito.

Contudo, é preciso observar que para que o patrimônio injustamente homiziado reverta em favor do seu verdadeiro titular, faz-se necessária instrução probatória que exigiria do empregador o reconhecimento de signos muitas vezes por ele não decodificados. A linguagem jurídica de difícil acesso amedronta os trabalhadores de baixa escolaridade; o mesmo acontece com a indumentária extremamente formal que tradicionalmente se utiliza nos fóruns deste país. Some-se a isso o fato do causídico do empregador estar quase sempre mais bem preparado e, dificilmente, as teorias do enriquecimento ilícito ou sem causa terão efetiva aplicação prática para beneficiar o empregado.

Na seara penal, uma série de delitos rondam a incoerência entre o valor devido pelo empregador, a quantia realmente paga e o que efetivamente consta em termos de anotação na carteira de trabalho. O empregador que anota na carteira de trabalho apenas parte do salário efetivamente pago ao empregado frauda a CLT, praticando o delito previsto no art. 203 do Código Penal. Alguns tribunais entendem ainda que esta mesma prática configura o delito de falsidade ideológica, tipificado no art. 209 do mesmo diploma, haja vista que a carteira de trabalho é um documento público.

Quando a verba retida pelo empregado é o FGTS, por exemplo, o diploma criminal prevê ainda o delito de apropriação indébita previdenciária, insculpido no art. 168-A.

Vale a pena ressaltar que nenhum dos delitos que acima foi mencionado, contudo, supera os cinco anos de reclusão. Associe-se a isto o grande número de causas de diminuição, minorantes, possibilidade de progressão de regime, penas alternativas e um país onde a cifra oculta dos delitos atinge patamares estratosféricos e teremos um terreno fértil à desmoralização que deveria ser imposta pela sanção mais gravosa que o Direito Penal promete aplicar aos que descumprem as suas regras. Este pensamento é compartilhado por VIANA (2008, p. 7):

Não custa notar que a prescrição - tal como a aplicamos - serve de húmus para a cultura do crime, pois é muito melhor negócio não pagar, deixando o tempo correr, e depois pagar menos na sentença ou menos ainda no acordo.

Todos esses ilícitos que aqui foram enumerados, verdadeiras ofensas ao ordenamento jurídico quer pela ótica cível, quer na seara trabalhista ou ainda criminalmente tipificados não tem sido suficientes para consubstanciar o princípio da proteção que deveria militar em favor do obreiro.

Não restam dúvidas, portanto, de que apesar de consistir uma conduta vedada pelo ordenamento jurídico, o enriquecimento ilícito do patrão, na prática, revela-se de fácil execução e economicamente vantajoso.

3.3 ENFRENTANDO OS FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. QUANDO À CRÍTICA REVELA O DESSERVIÇO DO INSTITUTO.

No segundo capítulo deste trabalho, foram investigados diversos fundamentos dos quais se vale a doutrina para justificar o instituto da prescrição.

Para questionar sua aplicabilidade na seara trabalhista, torna-se necessário enfrentá-los a fim de demonstrar que, em nenhum dos casos outrora listados, o escopo está sendo atingido com finalidade social.

O esforço filosófico vale a pena principalmente pela carestia de investigações deste tipo na doutrina nacional. Com razão, assevera VIANA (2008, p. 6) que

(...) de fato, a prescrição é um instituto historicamente consagrado e aceito; passa a idéia de segurança e estabilidade; é descrita, esmiuçada, classificada, mas só raramente criticada; surge como um dado já posto, uma premissa inquestionável.

Conforme se verá abaixo, foram investigados individualizadamente cada um dos fundamentos da prescrição invocados pela doutrina para demonstrar que, no

âmbito trabalhista, tal instituto parecer prestar mais desserviço do que auxílio à sociedade.

3.3.1 Inércia

O primeiro fundamento a ser analisado de maneira minuciosa é o que pauta a prescrição num fenômeno subjetivo e voluntário: a inércia. Afirmar que dado fenômeno é subjetivo significa dizer que seu acontecimento está ligado a um comportamento, não se perfectibilizando por fatos da natureza. Até aí não há incorreção neste ponto de vista.

De fato, o mero devir temporal não é suficiente para que a prescrição ocorra: conjuntamente, faz-se necessária a inação do titular do direito. Trata-se de um comportamento humano, qual seja a conduta negativa – ou omissão – atendendo à definição de fenômeno subjetivo.

Passemos à análise da voluntariedade. A conduta pode ser livre e desembaraçada, quando está presente o elemento volitivo. Este, refere à intenção do sujeito em praticar exatamente aquele ato. No caso da prescrição significa dizer que o seu desejo é, de fato, não ajuizar uma demanda; sua omissão, portanto, seria resultado da livre manifestação dos seus anseios, do seu intelecto, sem que haja nenhum tipo de pressão externa. Partindo para o outro extremo, existem as condutas cuja execução é direcionada pela vontade do indivíduo. É o exemplo dos atos-reflexos, cuja execução normalmente é comandada pela espinha dorsal, não sofrendo ingerência da esfera do “consciente”. Exemplificativamente, é o que ocorre quando retiramos rapidamente a mão de uma superfície quente, quase como se fosse um gesto automático. Existem hipóteses, contudo, que se situam numa zona intermediária. A vontade até existe na prática de determinada conduta, mas se diz que ela está viciada, por estar submetida à coação física (*vis absoluta*) ou psicológica (*vis compulsiva*). No caso da coação física, o indivíduo encontra-se sob constrangimento físico, de sorte que a vontade é, quase sempre, contrária à prática do ato. No caso da coação psicológica, o sujeito sofre ameaça séria e idônea à saúde, bens e direitos seus ou de parentes de próximos. Neste último caso, existe a possibilidade do

ameaçado entre sucumbir ao mal prometido ou manter seu posicionamento correndo os riscos.

Feitas estas considerações, pode-se questionar, enfim: existe voluntariedade quando, para preservar o seu emprego, o trabalhador deixa de oferecer ação contra o empregador cobrando parte de seus direitos trabalhistas que são devidos, mas não foram pagos? Num primeiro momento, poder-se-ia imaginar que sim. Afinal, num cenário ideal, na qualidade de credor, o trabalhador não pode ter medo de se valer do seu direito legalmente garantido de exigir o adimplemento do débito. Entretanto, é preciso se lembrar, conforme dito anteriormente, que antes da relação creditícia já estava formado o vínculo trabalhista. E, na medida em que o empregado depende deste vínculo anterior para sua subsistência, torna-se indiscutível a necessidade de sua manutenção para sustento seu e de sua família.

É que no Brasil, entende-se como incluído nos “poderes do empregador”, os poderes diretivo, regulamentar e disciplinar. Deste modo, a doutrina majoritária reputa que ao dirigir a prestação do trabalho, redigir as normas da empresa e decidir sobre as penalidades a serem aplicadas, o patrão teria, conseqüentemente, a possibilidade de dispensar qualquer empregado, ainda que sem justa causa.

Sabendo disso, torna-se latente que a subsistência do vínculo empregatício depende apenas do direito potestativo do empregador. Significa dizer que mesmo figurando como credor de parte do salário que não foi pago pelo patrão, a judicialização desta querela fatalmente culminará em posterior despedida.

Há, de fato, como entender que o empregador possui liberdade de escolha? Num país em que até mesmo os serviços essenciais, como transporte e moradia exigem uma contrapartida do indivíduo, beira o irrazoável supor que qualquer um abriria mão da sua fonte de renda. A alimentação, o vestuário e os medicamentos de qualquer assalariado dependem do adimplemento patronal no final do mês, que com o pagamento da remuneração viabiliza ao trabalhador garantir o seu sustento e o da sua família.

Não é exagero admitir, portanto, que não há se afigura livre a vontade do empregador na medida em que não há liberdade de escolha. Ninguém opta por ficar com fome, não ter o que vestir ou como se locomover. A suposição de que alguém poderia escolher por ajuizar uma reclamação trabalhista ignorando o fato de que vai perder o emprego, é hipótese completamente despregada da realidade.

Ainda que se imagine os casos em que o trabalhador se reveste de tamanha importância na empresa a ponto de poder barganhar sua permanência com o patrão, forçoso reconhecer que isto se dá numa minoria ínfima dos casos, que não reflete a realidade social brasileira.

Temos, portanto, que na pior das hipóteses deveria se considerar que a omissão do empregador redundaria numa manifestação de vontade ao menos viciada, visto que evidentemente se presume que deixou de reclamar judicialmente sob pena de ver desfeito o vínculo trabalhista. E quem haverá de negar que o risco de ser posto na rua não é uma ameaça séria e idônea, capaz, portanto, de macular o real desejo do empregado?

Enquanto estiver no curso daquela relação de emprego, não restará outra saída ao empregado senão observar, imóvel, o tempo passar e o prazo prescricional atingir a exigibilidade do seu direito de recebimento das verbas inadimplidas. Em verdade, a suposição de que existe uma opção entre o emprego precário e a fome do desemprego é um posicionamento parcial, que ignora o mundo dos fatos para beneficiar a classe mais abastada.

3.3.2 Castigo pela negligência ou desleixo

Outros doutrinadores já chegaram a afirmar que as consequências da prescrição representariam uma espécie de “castigo” pela negligência ou desleixo daqueles que esperaram por tempo demasiado antes de judicializar seu direito.

É comum que os defensores deste posicionamento utilizem como arrimo a máxima jurídica *“dormientibus non succurrit jus”* para trazer à lume o seguinte raciocínio: se o sujeito não tomou, dentro do prazo legal, as providências cabíveis para tutela da sua garantia ou reparação da lesão sofrida, não merecerá a guarida do Direito.

O sobredito brocardo latino encerra uma metáfora cujo questionamento se revela pertinente: é que se o Direito não socorre os que dormem, com muito mais razão deve socorrer os que laboram! Isto se deve ao fato de que enquanto não cobrava a dívida mantida pelo empregador no curso do contrato de trabalho, o empregado não estava dormindo; ao revés, estava diligentemente cumprindo sua

carga horária para garantir que ao menos o salário-base fosse adimplido ao final do mês.

Na hipótese ora discutida não se está diante de um jurisdicionado relapso, desidioso com as suas obrigações ou que fez pouco caso na persecução do seu crédito. A outro giro, nos deparamos com um cidadão que estava mais do que acordado; entregando sua força de trabalho, muitas vezes acima do horário-limite constitucionalmente permitido ou em locais insalubres ou perigosos, o empregado cumpre sua jornada, enfrenta o trânsito no retorno pra casa e, quando nela chega, ainda se depara com as tarefas domésticas.

Em verdade, ao se encarar a prescrição como um “castigo”, no âmbito trabalhista estaríamos diante de uma dupla apenação. Perdendo a cada mês uma parcela do seu salário ilicitamente locupletada pelo empregador, o empregado já sofre por ter uma redução no valor que receberia por direito. Sem poder reclamar sob pena de ser despedido – ainda que sem justa causa – sofre novamente ao ver a prescrição se consumir, inviabilizando a propositura de reclamação trabalhista que requeira estas mesmas verbas. Posteriormente, caso seja despedido por outros motivos, terá perdido praticamente tudo: o emprego e o direito de exigir uma resposta judicial pelas parcelas que foram prescritas.

Esta sofrível situação foi percebida por SOUTO MAIOR (2010, p. 09), que esclareceu a flagrante dificuldade em que se encontra o empregador:

Se agir, perde a fonte de subsistência. Se não agir, perde a possibilidade de exercer sua pretensão. Não há escolha saudável para o trabalhador empregado, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme leitura ainda reinante.

Deste modo, também não se sustenta a prescrição trabalhista com o fundamento em castigo por desleixo. Se permanece no emprego, supostamente infenso ao seu direito de reclamar pelas verbas não pagas, o trabalhador apenas tenta perder menos, pois sabe a dificuldade que enfrentará para se reinserir no mercado de trabalho.

3.3.3 Precisão no julgamento: o tempo como fator objetivo

Existem ainda os que defendem que a prescrição milita em favor da precisão no julgamento. Os defensores desta ideia sintetizam que não há como negar os efeitos deletérios do decurso temporal: ele afetaria diretamente as provas que seriam produzidas em eventual ação trabalhista que investigasse a pertinência da obrigação.

De fato, com o passar do tempo, torna-se mais fácil o perecimento de documentos, modifica-se, interdita-se ou destrói-se o local de trabalho, somem os cartões de ponto, torna-se inviável a análise de agentes perigosos ou insalubres. Sobre os indivíduos, que poderiam figurar no processo como provas testemunhais, o tempo tem efeito diretamente negativo sobre a memória. É que o passar dos anos não permite que as lembranças sejam reconstruídas de maneira fidedigna. Os nomes começam a se confundir, os diálogos parecem se tornam incertos e nem todo mundo no tribunal parece ter certeza do que realmente se passou dentro da empresa.

Neste sentido, advoga-se que a prescrição, ao limitar um prazo para que o titular de um direito garanta a exigibilidade estatal, favoreceria um julgamento mais preciso. As provas ainda estariam conservadas e as memórias remanesceriam lúcidas, reduzindo-se as chances de um erro no julgamento.

Todas essas considerações seriam pertinentes se, no plano prático, houvesse um número considerável de ações trabalhistas propostas dentro do prazo prescricional cujo objeto fosse a discussão de verbas devidas numa relação trabalhista já em curso. Entretanto, como não restam dúvidas do número ínfimo de ações de empregados sem garantia de emprego contra seus empregadores quando o vínculo laboral ainda não foi desfeito, toda a construção acima permanece apenas como curiosidade doutrinária.

Não está aqui a se negar os efeitos do tempo, até porque isto não seria possível. Mas, julgar improcedente uma demanda simplesmente acolhendo a prescrição quinquenal (art. 7º, XXIX da CRFB) quando, no mundo dos fatos, inúmeras parcelas efetivamente devidas pelo patrão já foram homiziadas, não parece ser a melhor saída

Há que se lembrar que no Brasil, o direito do trabalho sofre influência direta do princípio da primazia da realidade sobre os fatos. Significa dizer que devem todos os sujeitos processuais primarem para levar aos autos todas as minúcias dos fatos como elas realmente aconteceram. Deste modo, não se admite a mera aplicação do princípio dispositivo ou da denominada “verdade dos autos”.

Se sob o fundamento de maior precisão no julgamento, admite-se a fluência da prescrição enquanto se mantém vivo o vínculo laboral, desvirtuando-se está o instituto para favorecer que tem menos depende do vínculo. Isto porque quem dele depende para obtenção do seu salário não irá desfazê-lo para pleitear na justiça o adimplemento de horas extras não pagas. Sabendo que no final do mês as contas irão chegar, o empregado mantém o vínculo trabalhista vivo, por mais que esteja insatisfeito, pois sabe que numa sociedade de consumo está refém do salário adimplido pelo patrão.

3.3.4 Paz Social

Um quarto fundamento, sempre lembrado pela doutrina, diz respeito à necessidade de paz social. Advoga-se que se fosse possível exercer qualquer direito da noite para o dia, mesmo que a sua aquisição tenha se dado em priscas eras, a vida em sociedade seria impossível. Isto porque ao possibilitar a propositura de uma demanda a qualquer tempo, abrir-se-ia margem para que um número indefinido de demandas tramitasse na justiça, obstando a própria atividade judicante.

NAVES (1964, p. 165) anunciara este fundamento dentre os doutrinadores brasileiros desde a metade do século passado, considerando a prescrição como instrumento da tranquilidade entre os homens. Senão vejamos:

Os direitos não possuem a seu favor a eternidade. Eles não desaparecem em um dado momento, cedendo lugar para a gestação de novos direitos. Não são absolutos. Não perduram através dos tempos. Têm vida determinada pelas contingências de ordem histórica. O prazo de seu exercício é limitado, senão poder-se-ia ressuscitar direitos perdidos na noite dos tempos e o mundo torna-se-ia um cipoal de ações reivindicatórias, colocando a sociedade à beira de um abismo, onde, fatalmente, sucumbiria. 'Se fôsse possível fazer valer direitos seculares ninguém se livraria de tais pretensões: o mundo seria um caos de processos e nenhuma sociedade subsistiria à falta de segurança entre os homens' - ALMEIDA OLIVEIRA. A prescrição evita que isto aconteça, pois sendo, como exatamente o é, um instituto de direito, visa a tranquilidade da sociedade, base na qual repousam as interações dos homens.

Do excerto que foi acima transcrito, extraímos que o fundamento da paz social anda de mãos dadas com o receio que os estudiosos têm de, possibilitando a exigibilidade de um direito a qualquer tempo, fomentar o número de demandas que já se releva grande no nosso país.

Há quem diga ainda, com base neste mesmo fundamento, que uma vez obstada (impedida ou suspensa) a prescrição, indivíduos poder-se-iam valer de direitos antigos nunca cobrados como método de chantagem para auferir benefícios e favores. Em outras palavras, suscita-se que alguém poderia ficar “esperando o momento certo” para propor uma ação contra um desafeto ou mesmo não a ajuizar até que possa usá-la como ameaça, numa conduta inquestionavelmente indesejada pelo Direito.

Diversas críticas são possíveis de serem feitas neste ponto. Quanto à possibilidade de se utilizar do congelamento não há como se sustentar que o devedor estaria na posição de vítima, visto que parte dele o comportamento nocivo ao hipossuficiente. Basta imaginar que a consolidação do vínculo empregatício funcionasse como fator impeditivo do decurso prescricional.

Neste cenário, poder-se-ia considerar como exercício de vingança a conduta do empregado que, somente quando dispensado, cobra os valores devidos e não pagos durante a relação trabalhista? Por óbvio que não. Como já dito, o direito potestativo do patrão dispensar o empregado sem justa causa impossibilita este de recorrer à justiça para salvaguardar as verbas homiziadas. Sendo assim, possibilitando o ajuizamento de uma reclamação trabalhista após a extinção do vínculo, o empregado estaria no exercício regular de um direito seu, legitimamente adquirido a partir do momento em que emprestou sua força de trabalho à disposição do empregador.

Sob a perspectiva social, poder-se-ia comprovar que esta medida militar em favor dos mais necessitados. É que podendo reivindicar as dívidas que, sob a legislação atual, estariam atingidas pela prescrição quinquenal (art. 7º, XXIX da CRFB), estaria disponível uma forma do empregado “perder menos” do que evidentemente já perdera quando dispensado.

Pelo mesmo sentido, não se pode reputar como chantagem a possibilidade do empregador exigir o pagamento de verbas que deveriam ter sido pagas pelo patrão e propositalmente não foram. É que só podemos entender como chantagem a ameaça de um mal injusto que coloque em perigo a saúde ou o patrimônio de alguém. Não há mal e muito menos injustiça na cobrança de adicionais de periculosidade ou horas extras que não foram adimplidas pelo empregador. Em verdade, quem praticou o mal foi o próprio patrão, que se valeu da hipossuficiência do empregado para pagar a este menos do que devia.

Já no que se refere à paz social em si, deve-se refletir se este sentimento de tranquilidade e harmonia que resultaria do instituto da prescrição realmente favorece à sociedade como um todo. A resposta só pode ser negativa.

Uma vez que o direito potestativo de dispensar o empregado garante ao empregador total controle sobre a relação trabalhista, este tende a aceitar os desmandos e autoridade daquele para assegurar o vínculo laboral. Dentre os abusos costumeiramente cometidos pelos patrões, está o pagamento a menor da remuneração mensalmente devida ao empregado. Se, para manter o seu emprego, o trabalhador tolera tal violência e vê a exigibilidade do seu crédito prescrever no período de cinco anos, não há como imaginar que se estabeleça aqui um cenário de paz.

Isto se justifica pelo fato de que em praticamente cem por cento das vezes em que a prescrição figurar no presente cenário, será para favorecer ao empregador. Basta lembrar o quão raras são as hipóteses em que o empregado dispensado é devedor do patrão. O que sói acontecer é a locupletação do empregador mediante o pagamento a menor do salário ao empregado e, valendo-se do prazo prescricional, se ver livre das dívidas mais antigas.

Deste modo, se quase sempre o empregador é o devedor, na quase totalidade das oportunidades será o beneficiado pela prescrição. Desta forma, se numa perspectiva socioeconômica a classe empregadora já concentra renda e explora os menos favorecidos, também no plano jurídico ganha vantagem ao se favorecer por tal instituto.

Esta situação cria um claro sentimento de insatisfação, revolta e injustiça no âmago dos prejudicados, que já sendo recebedores de poucos salários ainda acompanham seus empregadores mais enriquecerem às suas custas. Conforme se verá em tópico posterior, estes sentimentos voltam-se ora contra o próprio empregador, mediante gestos de desídia, violência, indisciplina ou insubordinação; ora se dirigem contra a própria pessoa do empregado, que diante das dificuldades se entrega à vícios como a bebida e os jogos de azar ou se vê acometido de males psicológicos como a depressão; bem como podem atingir até a família ou os entes queridos do empregado, que venham a suportar, mediante agressões físicas ou verbais, as frustrações de um pai de família que se sente impotente diante de um cenário que não consegue mudar.

Ao falar em paz social, só podemos imaginar que esta se apresente exclusivamente à classe dos empregadores. Estes, após o prazo prescricional, podem repousar em paz na certeza de que continuarão economicamente privilegiados e pelo Direito assegurado.

Sendo assim, mais adequado seria falar-se em “paz dos empregadores”, “tranquilidade dos patrões” ou “manutenção do poderio econômico”, visto que adjetivar de social um instituto que está sendo utilizado em flagrante desprestígio da massa de mais necessitados é, no mínimo, irônico.

3.3.5 Segurança Jurídica

O fundamento da prescrição que está mais em voga, tendo *locus* na maioria dos manuais jurídicos comercializados no país, faz referência à segurança jurídica como objeto último do instituto ora estudado.

O que se defende, com arrimo neste fundamento, é a impossibilidade de manutenção de situações indefinidas pelo Direito ao longo dos anos. Salienta-se que se alguém é devedor, precisa ter ao menos o conhecimento de saber até quando pode ser cobrado e, após qual tempo, estará perdoada a sua dívida.

Este justificativa reflete uma preocupação antiga do Direito com a estabilidade. Não é à toa que até mesmo o ministro BARROSO (2001, p. 4) qualificou-a como instrumento à serviço da segurança jurídica, deixando-a de inscrever no rol de institutos que militam em favor da justiça. Senão, vejamos:

Para realizar a justiça, tanto material como formal, preveem-se diferentes mecanismos, que vão da redistribuição de riquezas ao asseguramento do devido processo legal. É para promover-la que se defende a supremacia da Constituição, o acesso ao judiciário, o respeito a princípios como o da isonomia e o da retroação da norma punitiva mais benéfica. A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Ab-rogam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações anteriormente controvertidas. Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada.

A segurança jurídica é um conceito aberto que, por esta própria qualidade, vem sendo utilizado pela doutrina para se referir a toda sorte de instrumentos jurídicos que protejam o cidadão dos arbítrios do poder estatal.

Podemos dizer, portanto, que a segurança jurídica está presente no inciso XXXVI do art. 5º da CRFB, quando estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ela também exsurge da proibição da retroatividade *in pejus* da lei penal (inciso XL do art. 5º CRFB), na vedação ao comportamento contraditório como corolário da boa-fé (*venire contra factum proprium*), na necessidade de motivação dos atos administrativos, na exigência de lei prévia ao fato e na proibição de um tribunal de exceção e em outras dezenas de princípios gerais do Direito.

Entretanto, a reflexão que cabe neste ponto diz respeito a investigar se pode a prescrição, à serviço da segurança jurídica, se apresentar contrariamente à justiça.

Na medida em que decidiu por sedimentar as relações jurídicas que não foram resolvidas após um prazo pré-determinado pela legislação, o legislador fez uma clara opção pela segurança jurídica. Falou mais alto a necessidade de estabilização das relações sociais para que os sujeitos não ficassem por anos a fio com a tensão de jamais saber quando sua querela teria fim.

Não restam dúvidas de que o Magistrado julga conforme o Direito quando acolhe prejudicial de mérito fundada na prescrição, que tenha sido alegada em Contestação, quando verificar que o prazo para o reclamante propor a demanda já se exauriu, de fato. Contudo, podemos suspeitar de que não se fez, no caso concreto, justiça.

Isto se deve ao fato de que muitas vezes a prescrição atingiu aquele que, apesar de constitucionalmente ter assegurado o direito de ação (art. 5º, XXXV da CRFB) não tinha, no mundo dos fatos, possibilidade de reclamar contra seu empregador.

Neste contexto, superados os cinco anos que a prescrição trabalhista refere, entende-se que já se passou tempo suficiente no qual o empregado poderia ter exigido o pagamento pelas verbas devidas e não pagas pelo patrão no curso da relação de emprego. Todavia, não se pode reputar como justa tal decisão se, correndo o risco de ser dispensado ao ajuizar demanda contra o patrão, o empregado não tinha como pleitear as verbas que lhe são de direito. Também se manifesta neste sentido SOUTO MAIOR (2010, p. 9), senão vejamos:

Quando tratamos do instituto da prescrição, e, pois, quando falamos de restrição ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, o argumento da segurança jurídica, ornado pela ideia abstrata da pacificação dos conflitos sociais, transforma-se em instrumento de destruição de direitos, negando, na essência, o que se deve entender por uma real segurança jurídica.

Não há que se falar em comportamento contraditório do empregado nesse caso, pois o silêncio dele num primeiro momento significava medo ao revés de desinteresse. Uma vez que a todo o tempo a mais legítima esperança do trabalhador é receber o justo preço por todas as horas-extras trabalhadas, não há como pensar que ele se contradisse quando as reclamou somente quando findou o vínculo trabalhista.

Um julgamento conforme a justiça optaria por averiguar, mediante instrução probatória, análise de documentos e verificação do caso concreto se todas as verbas devidas foram pagas e se o credor (trabalhador) recebeu de fato o que lhe era devido.

Com isso não se quer dizer como justo apenas o julgamento no qual o empregado seria vitorioso. Evidente que nos casos em que esteja garantido o emprego (a exemplo de empregados públicos), há, de fato, possibilidade do trabalhador reclamar seus direitos mesmo na fluência do prazo prescricional. Nestes casos, não há que se falar em injustiça após o decurso do tempo, pois o obreiro não corria o risco sério de perder o emprego ajuizando uma demanda.

Em todo caso, só se discute segurança jurídica quando precisa entrar em cena a estabilidade de uma situação jurídica que não foi resolvida. O melhor dos mundos seria que todos os empregadores honrassem com suas dívidas e não se locupletassem das verbas devidas aos empregados. Nestes casos, feita a justiça e adimplidos aqueles que emprestaram sua força de trabalho, não haveria sequer falar em risco à estabilidade. Este raciocínio é muito bem exposto por SOUTO MAIOR (2010, p. 9):

Ou seja, segurança jurídica não é a certeza que o devedor pode ter, de que não será cobrado pelas dívidas (sobretudo alimentares) que deliberadamente contraiu. É, isso sim, o direito à proteção efetiva, por meio de prestações normativas e materiais, contra atos do poder público e de particulares, que fragilizem ou neguem eficácia à ordem constitucional vigente.

Por fim, cumpre asseverar que, assim como esposado no subtópico anterior, a segurança que aqui se garante parece favorecer apenas à classe dos empregadores. Isto porque na quase totalidade dos casos, as situações indefinidas se originam de inadimplementos do patrão e não do empregado. Sendo assim, a prescrição vem para tornar inexigíveis as verbas que seriam pleiteadas pelo obreiro. Neste ponto, também não há como negar que do ponto de vista socioeconômico, a prescrição trabalhista opera pelo agigantamento da fortuna dos que mais tem e mais ricos ficam se valendo de condutas ilícitas às custas dos empregados.

3.4 CONSEQUÊNCIAS DE SE ADMITIR A FLUÊNCIA DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA NO CURSO DA RELAÇÃO DE EMPREGO SEM PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

Com o fito de realizar uma análise completa sobre os efeitos de se admitir a fluência da prescrição no curso da relação de trabalho, torna-se imperioso investigar as consequências geradas por esta prática.

Ab initio, cumpre mencionar que existem efeitos deletérios para ambas as partes. Se, por um lado, o empregador busca avidamente auferir o maior lucro possível – mesmo que para isso precise enriquecer injustamente às custas do empregador – termina por criar um local de trabalho nocivo e perigoso à sua própria saúde e segurança.

A primeira decorrência deste cenário diz respeito a queda na produtividade que qualquer empregado naturalmente virá a ter quando se deparar com uma redução injusta do seu patrimônio. O empregado infeliz com o seu trabalho tende a se tornar menos assíduo, tendo em vista que o meio ambiente de trabalho se tornara local de constrangimento ou abusividade. Se a assiduidade não é afetada, o empregado presente torna-se menos proativo, tendo em vista o flagrante distanciamento gerado pela Empresa que faz com que seus funcionários não “vistam a camisa” do empregador.

A produtividade também pode ser afetada na medida em que o empregado passa a exercer suas funções com baixa autoestima. Ademais, no momento em que paga menos do que deveria ao empregador, a autoridade patronal fere de morte o senso de coletividade. O empregado passa a não se reconhecer mais como parte de uma equipe, visto que ao invés de estarem todos colaborando para a persecução de um fim comum, os menos abastados estão sendo explorados por quem dirige a prestação de serviço.

Neste diapasão, já foram atingidos os elos da confiança e da parceria; a empatia também deixa de se fazer presente e frequentar o local de trabalho se torna um desprazer para o empregado financeiramente atingido.

Este cenário fomenta práxis trabalhistas descompromissadas com a qualidade, a cautela e o resultado. Tal entendimento é compartilhado por VIANA (2008, p. 5), ao assinalar que muito embora não levante a voz para o patrão, o obreiro responde à violência através de atos indesejáveis no serviço:

O empregado que se vê despojado de seus direitos, sem que nada possa fazer para defendê-los, não aceita de forma neutra a espoliação. Se a sua raiva se cala, nem por isso deixa de crescer; e tanto pode provocar microgestos de desídia ou sabotagem (...)

Os “microgestos” com desídia podem variar entre falhas em procedimentos de segurança, como o desleixo em relação aos EPs, ao controle de entrada e saída de pessoal e mercadoria da empresa, ao zelo com o meio ambiente de trabalho etc. A sabotagem, por sua vez, está relacionada a atos do empregado que, intencionalmente, são praticados de maneira dissimulada e direcionados ao prejuízo efetivo do empregador. Como exemplos se pode citar manobras para danificar ardilosamente instrumentos de trabalho, condutas que favoreçam o perecimento de subsídios da produção, a divulgação de segredos da empresa dentre outros.

Imaginando que a situação de abuso se protraia no tempo por um longo período, torna-se possível uma segunda consequência perniciosa para o empregador e que se revela mais grave do que a primeira. É que submetido ao desrespeito e à exploração, corre-se o risco de originar uma atmosfera favorável à violência.

Se, por um lado, a violência praticada de maneira verbal pode colocar o empregado no rol de demitidos por justa causa sem que um grande impacto seja causado à pessoa do empregador, a violência física ganha corpo como meio irracional através do qual o obreiro desconta sua raiva. Atingido esse extremo, retomamos os tempos de barbárie, em que a vida em sociedade não era regulada por leis inteligíveis aos homens vivendo em coletividade.

Perde a razão o empregado que parte para as vias de fato, mas também não se pode esquecer que o poder diretivo do empregador foi sendo paulatinamente comprometido a partir do momento em que submeteu os empregados a uma situação de humilhação.

A gravidade desta situação não tem sido considerada apenas em digressões doutrinárias. O homicídio tornou-se a terceira maior causa de óbitos no ambiente de trabalho nos Estados Unidos (HAFKIN *apud* VIANA, 2008, p. 5) e, até o momento, parecem não haver políticas públicas direcionadas à prevenção deste mal.

Para o empregador, os efeitos não são menos prejudiciais. Ao praticar qualquer ato de violência ou desprestígio contra o empregador, dúvidas não restam de que será dispensado.

Entretanto, convém chamar a atenção para os casos em que a situação atinge o ponto máximo de dramaticidade em desfavor dos empregados: são as denominadas “listas negras”.

As listas negras consubstanciam verdadeira forma de discriminação do trabalhador, através da qual os empregadores atuam através de uma verdadeira rede de comunicação, divulgando entre si o nome de empregados que contra eles propuseram uma demanda trabalhista.

Esta prática atenta de forma inequívoca o valor social do trabalho, erigido à categoria de fundamento da República pelo inciso IV do art. 1º da CRFB, bem como o direito ao pleno emprego, com sede no art. 170 do mesmo diploma.

Através das listas negras, os empregadores se mobilizam para dificultar o acesso do empregado ao mercado de trabalho valendo-se de verdadeira vingança contra quem socorreu-se ao Estado para tutelar para a defesa dos seus direitos. Para os colegas de profissão, esta prática serve como verdadeira ameaça: mesmo que tenham suas garantias violadas, se buscarem a justiça em seu auxílio os trabalhadores correm o risco de não mais conseguirem se empregar nas redondezas.

Nem sempre esta lista se manifesta de forma material. O seu conteúdo pode ser transmitido oralmente de empregadores para empregadores, sem que haja um documento escrito neste sentido. Nestas hipóteses, fazem-se imprescindíveis as provas testemunhais e a verificação do caso concreto: afinal, se preenchia todos os requisitos para a contratação, poderá o candidato a uma vaga ter sido preterido por ser autor numa reclamação trabalhista?

A confecção, manutenção e utilização de listas negras constitui ato ilícito indenizável, visto que não se admite a exclusão de um indivíduo da vida laboral por ter ele exercido um direito constitucionalmente garantido (direito de ação, conforme o inciso XXXV do art. 5º da CRFB).

Não restam dúvidas de que tal prática gera abalo aos direitos de ordem mais íntima do empregado, sobretudo no que concerne à sua dignidade, à sua imagem e ao seu nome. Sendo assim, não é despicienda a indenização moral que vise compensar tal prejuízo.

A título de exemplo, seguem julgados de diferentes unidades da federação, demonstrando que esta prática sói acontecer em todas as localidades do Brasil:

TRT-PR-22-11-2005 LISTA NEGRA. PRESCRIÇÃO TOTAL. O direito de pleitear a reparação por dano moral, em decorrência da inclusão do nome em 'lista negra' de trabalhadores que possuem ação trabalhista, conta-se a partir da data da ciência da lesão. Ainda que o direito material decorra do contrato de trabalho, não é, necessariamente, da data de sua extinção que se passa a contar o prazo prescricional. É que os contratantes têm obrigações que transbordam o limite temporal da vigência do contrato, dentre as quais se destaca o dever de boa-fé. Na fase pós-contratual, devem evitar condutas que suprimam ou reduzam as vantagens que a outra parte possa auferir do contrato findo. Assim, quando o trabalhador soube da inclusão de seu nome na chamada 'lista negra' é que se deflagrou a contagem do prazo prescricional. DANO MORAL. É abusiva a conduta do empregador que, a pretexto de aferir a idoneidade de candidato a emprego faz uso de banco de dados em que a principal informação diz respeito à existência de ação na Justiça do Trabalho. A liberdade de iniciativa é garantia constitucional que só se legitima quando exercida em moldes que assegurem a integridade do conjunto de direitos fundamentais, especialmente no que respeita a valor social do trabalho. Da mesma forma, a liberdade de informação não pode ser exercida com o propósito de violar a intimidade e limitar o acesso ao mercado de trabalho. Recurso a que se nega provimento para manter a condenação em reparação por danos morais.

(TRT-9 219200491903 PR 219-2004-91-9-0-3, Relator: MARLENE T. FEVERKI SUGUIMATSU, 2A. TURMA, Data de Publicação: 22/11/2005)

LISTA NEGRA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE - O princípio da não-discriminação está ligado ao princípio da igualdade, pressupondo a vedação de discriminações injustificadas. A lista discriminatória, também conhecida por lista negra, consiste na conduta discriminatória de empregadores em face de trabalhadores, decorrentes de fatos como: o ingresso com reclamações trabalhistas, restrição de crédito ou figurarem como réu em demais processos de natureza civil e criminal, etc.

(TRT-15 - RO: 31684 SP 031684/2007, Relator: FLAVIO NUNES CAMPOS, Data de Publicação: 13/07/2007)

Em tais casos, urge a atuação do Ministério Público do Trabalho para reprimir esta prática desvaliosa e assegurar o direito dos trabalhadores, haja vista que tal ilícito ganha roupagem coletiva na medida que atinge um sem número de obreiros submetidos à mesma situação de fato.

4. POSSÍVEIS SAÍDAS PARA O PROBLEMA

Para aqueles que não são versados nas ciências jurídicas, pode causar espanto o fato de dois tribunais, submetidos à casos extremamente semelhantes,

proferirem decisões de mérito diametralmente opostas. A mesma estranheza toma conta do estudante de direito que, no início do curso, descobre que, sobre determinado tema jurídico, a prescrição normativa é avessa ao que apregoa a doutrina e que o entendimento jurisprudencial se consolida, ainda, de uma terceira forma.

Isto se deve ao fato da Ciência do Direito debruçar-se sobre um objeto cultural, qual seja, a conduta humana em interferência intersubjetiva. É por este motivo que qualquer análise jurídica será naturalmente complexa. Não há como se imaginar que dado um problema jurídico, poderá subsumir-se uma única norma aplicável ao caso concreto. Ao revés, já sinalizava COSSIO (2002, p. 45) que qualquer análise normativa de um fato que se pretenda aplicar o Direito com maior propriedade, perceberá uma imbricação de diversos mandamentos cuja incidência deve ser considerada. A este respeito:

(...) como el derecho es intersubjetivo e implica, por lo menos, dos conductas que se cruzan, ocorre que no hay em la experiencia jurídica, ni puede hacer, una norma aislada. Siempre hay en ella, por lo menos, das normas cordinadas, cada una representando la conduta de cada una de estas partes; ero por la misma razón, em cualquier outro punto de la experiêncía jurídica, estas normas estan cruzadas a sua vez por otras normas, em plano horizontal”

Tecidas as premissas acima, somos forçados a admitir que as querelas investigadas pelo Direito não apresentam, necessariamente, uma única resposta correta. Diversos argumentos podem ser construídos com bases legais, doutrinárias ou jurisprudenciais diversas e, ainda assim, serem juridicamente admissíveis.

A bem da verdade, não se deve esquecer que, na prática, é exatamente isso que acontece: através da petição inicial, o autor corporifica uma tese; por intermédio da contestação, o réu apresenta a antítese; munido dos argumentos e provas que foram levados aos autos, o juiz é responsável pela síntese criadora de uma resposta que será oferecida pela via jurisdicional.

Nada impede, contudo, que o magistrado que tradicionalmente acolhia a tese do reclamante a respeito de determinada matéria, reflita melhor e passa a acolher a antítese do reclamado com o passar do tempo. Ou, ainda, que o entendimento do segundo grau entenda que a argumentação de quem foi vencido em primeiro grau traduz mais plausibilidade jurídica do que a acolhida pelo juiz singular.

Esta multiplicidade de argumentos pode culminar numa também variada pluralidade de respostas. Deste modo, como fazer para identificar a melhor resposta

possível para o problema da prescrição? Não existe uma resposta exata, mas o fato do objeto do Direito ser culturalmente construído nos dá um norte. Neste sentido, aponta DINIZ que (2003, p. 37):

Cultura é tudo o que o homem acrescenta às coisas (homo additus naturae – diziam os clássicos), com o intuito de aperfeiçoá-las. É o mundo construído pelo homem em um sistema de valores. O espírito humano projeta-se sobre a natureza dando-lhe uma dimensão nova, que é o valor. A cultura é a natureza transformada pelo homem (...) A obra humana é, precisamente, o complexo de adaptações e dos ajustamentos feitos pelo homem, para que as coisas sirvam aos fins humanos”.

Com isto se quer dizer que a resposta a ser perseguida pelos operadores do Direito, deve ser, necessariamente, aquela que mais serventia prestar à melhoria das necessidades sociais.

Isto se deve ao fato de que não se pode considerar o Direito apartado da experiência prática. Se construção dos seus conceitos se dá, num primeiro momento, no plano metafísico, impõe-se a necessidade de visualizar a aplicação deles na sociedade que se deseja normatizar. Percebeu este ponto, VIANA (2008, p. 7):

Assim, não se trata de procurar o elo perdido, a verdade verdadeira, mas de encontrar a opção que potencialize a ideia de justiça social. Essa opção pode não ser - e provavelmente não será - a única correta, do ponto de vista jurídico; mas poderá ser a melhor, do ponto de vista político.

O Direito jamais poderá se esgotar no plano teórico, de sorte que toda e qualquer aplicação do instituto da prescrição só poderá ser considerado legítimo se sua finalidade última for a de alcançar um nível ótimo de convivência, fraternidade, dignidade e redução das desigualdades sociais.

Neste diapasão, serão elencadas abaixo as perspectivas de aplicação da prescrição trabalhista que não ignorem as dificuldades do trabalhador como hipossuficiente; conforme toda a problemática já resposta neste trabalho, qualquer produção teórica que milite em favor da manutenção de riquezas para a parcela social que explora o obreiro e concentra renda prestará um desserviços na construção de uma pátria que se pretendi igualitária.

4.1 Reconhecimento da aplicabilidade imediata do inciso I do art. 7º da CRFB

Conforme a doutrina de José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser classificadas em três categorias, de acordo com a sua eficácia.

As normas de eficácia plena são aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição já estão aptas a produzir toda a eficácia para a qual foram concebidas. Por isso, são definidas como de aplicabilidade direta, imediata e integral. As normas de eficácia contida ou restringível, por sua vez, são qualificam-se por possuíres aplicabilidade direta e imediata, mas não integral; isto se deve ao fato de que atividade legislativa posterior poderá restringir a sua eficácia). Por fim, temos que as normas de eficácia limitada, cuja aplicabilidade é indireta, mediata e diferida; em verdade, a maioria dos seus efeitos podem são postergados, pois somente a partir de uma norma posterior produzirão eficácia.

O inciso I do art. 7º da CRFB prevê o direito dos empregadores urbanos e rurais à “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Numa tentativa de enquadramento do sobredito direito à classificação proposta por José Afonso da Silva, parece pertinente a lição trazida por DO VALE (2015, p. 151) para quem

A regra contida no indigitado art. 7º, I, do Texto Constitucional encerra norma constitucional de eficácia plena, assegurando a proteção em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo a Constituição ao Legislador apenas a previsão de indenização pela dispensa e o modo como tal deverá ser processada.

A sobredita doutrina compreende a fundamentalidade do direito à relação de emprego protegida e justifica que, por força do próprio §1º do art. 5º da CRFB, o inciso I do art. 7º da CRFB começou a gerar efeitos *incontinenti* à promulgação do texto constitucional.

Neste sentido, não se pode perpetuar o entendimento da doutrina majoritária e jurisprudência dominantes que insistem em qualificar o dispositivo acima mencionado como norma de eficácia limitada. Para esta parte da doutrina, o conteúdo do inciso I do art. 7º da Constituição não poderia ser aplicado até que sobreviesse a norma reguladora nele mencionada tratando do assunto.

Permissa máxima vênia, o entendimento da maioria padece de flagrante equívoco. Isto se deve ao fato de que o dispositivo constitucional ora mencionado precisa ser compreendido em duas partes. Na primeira metade, há clara previsão de um direito fundamental: a proteção do emprego; tal conclusão resulta da sua

interpretação combinada com os incisos III e IV da Constituição Federal, que estabelecem a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da república. A segunda metade, por sua vez, faz referência a existência de uma lei complementar que terá duas finalidades: i) explicitar e diferenciar as terminologias “arbitrária” e “sem justa causa”; ii) prever indenização compensatória, dentre outros direitos.

Ora, se o texto constitucional é claro ao mencionar que a relação de emprego é protegida, não seria razoável imaginar necessária uma norma infraconstitucional que viesse a dizer o mesmo. Isto porque, em nenhuma hipótese, a referida norma complementar poderia ser promulgada com conteúdo que admitisse a despedida arbitrária ou sem justa causa. É que mesmo aqueles que defendem que o inciso I do art. 7º da CRFB seria norma de eficácia contida, reconhecem que estes direitos não são totalmente desprovidos de eficácia; é o que preconiza a chamada “eficácia mínima” mínima dos Direitos Fundamentais: todas as normas produzem algum efeito, ainda que este, de maneira diminuta, se resuma à vedação imposta ao legislador infraconstitucional a desrespeitar a norma fundamental. Corifeu deste entendimento, SILVA (2012, P. 193) esclareceu que

(...) a garantia do emprego é um direito por si bastante, nos termos da Constituição - ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata; de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (“despedida arbitrária” e “justa causa”) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória de garantia no emprego.

Uma vez que existe limitação dirigida ao próprio legislador infraconstitucional de não proceder com a criação de norma que viabilize a despedida imotivada, com muito mais razão também se deve entender por vedado ao empregador proceder com a denúncia vazia.

DO VALE (2015, p. 156) esclarece que os poderes diretivos do empregador não são ilimitados, mormente porque uma vez decorrente do direito de propriedade e do princípio da livre iniciativa, o exercício daqueles encontraria fronteira na função social e no regramento já posto na Constituição em relação à despedida arbitrária. A este respeito, rememore-se que nenhum campo do Direito tolera o arbítrio. Até mesmo no campo do direito civil, em que não há que se falar em hipossuficiência, não é considerada válidas a cláusula “*si voluero*” (se me aprouver). Esta circunstância deve-se ao fato de ser extremamente prejudicial a posição em que qualquer das partes fique sujeita ao mero diletantismo da outra.

Se não é verdade a ilicitude que permeia a despedida sem justa causa, como justificar a indenização devida ao obreiro que vê extinto o seu contrato de emprego sob estas circunstâncias? Se a conduta fosse considerada lícita, desnecessária seria a indenização, sob pena de admitirmos que o empregado estaria enriquecendo sem causa às custas do patrão.

A consequência de se proceder com o reconhecimento da eficácia plena – e por tanto, imediata – do inciso I do art. 7º da CRFB é a vedação do patrão demitir o empregado sem que haja um justo motivo. Como o exercício do direito de ação é uma garantia do cidadão (art. 5º, XXXV da CRFB), o obreiro jamais poderia ser dispensado por ter reclamado judicialmente as verbas devidas e não pagas pelo seu empregador durante uma relação de trabalho ainda em curso.

Assim, com o vínculo de emprego protegido, poder-se-ia admitir a contagem do prazo prescricional por ter se tornado possível ao obreiro buscar a tutela do seu direito sem ter que se preocupar com represálias do patrão. Somente deste modo, poder-se-ia imaginar que o empregado que não ajuizou uma reclamação contra seu empregador dentro do tempo previsto, quedou-se inerte. Tendo a opção verdadeira de ajuizar uma demanda diante da impossibilidade de ser dispensado injustamente por este motivo, não haveria óbice para o transcurso da prescrição tal qual acontece, exemplificativamente, com os empregados públicos.

4.2 AFASTAR A RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO IMPOSTA PELO INCISO XXIX DO ART. 7º DA CRFB

Que o direito de ação é constitucionalmente garantido e qualificado como cláusula pétrea, ninguém tem dúvida. Sua fundamentalidade formal se extrai do *loco privilegiado* em que se encontra positivado no nosso ordenamento jurídico, qual seja, o inciso XXXV do art. 5º da CRFB.

Sob o âmbito material, o direito de ação é considerado fundamental por ser indispensável à garantia da dignidade humana na medida em que possibilita aos jurisdicionados recorrerem ao Estado diante de lesão ou ameaça ao seu direito. Não é exagero considerar que sem a possibilidade de provocar o judiciário, as minorias

seriam massacradas pelo mais rico e pelo mais forte, visto que, geralmente, as normas não se cumprem sozinhas.

Quando uma relação jurídica se estabelece entre dois sujeitos que não estão em pé de igualdade, está aberto o terreno para abusos e opressões. No âmbito trabalhista, de um lado está o patrão, que dirige a prestação de serviços e remunera o empregado e, do outro, está o próprio empregado, hipossuficientemente considerado, vez que não tem outra saída para sobreviver se não emprestar sua força de trabalho.

É justamente pela sobredita situação de desequilíbrio, em que uma das partes de uma relação jurídica está em posição manifestamente mais frágil do que a outra, que o exercício do direito de ação precisa ser viabilizado de forma ampla e desembaraçada. Significa dizer que não pode haver qualquer obstáculo que torne o empregado receoso de reclamar judicialmente, sob pena do direito de ação não conseguir alcançar a tutela protetiva para o qual foi concebido.

Neste diapasão, cumpre investigar a inteligência do inciso XXIV do art. 7º da CRFB no intuito de identificar qual a forma correta de sua aplicação, sempre com vistas a uma interpretação que garanta a coerência constitucional e prime pela dignidade do indivíduo.

Pois bem. O artigo sobredito prevê o direito de 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. Com o auxílio do quanto esposado no tópico anterior, não restam dúvidas de que a relação de emprego é protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Sendo assim, numa perspectiva ideal, não haveria problema em reconhecer a plena e imediata aplicabilidade do inciso XXIX do art. 7º constitucional, visto que o empregado não teria que temer a extinção do vínculo trabalhista por reclamar judicialmente contra o seu patrão pleiteando verbas que este lhe deve.

Entretanto, a que se reconhecer que, na prática, o cenário é outro. Ainda é minoritária a parte da doutrina que entende ser de eficácia plena a norma contida na primeira parte do inciso I do art. 7º da CRFB. Deste modo, assistimos à incongruência de se admitir a prescrição no curso da relação de emprego enquanto o empregado não pode socorrer-se ao judiciário contra o empregador com medo ser despedido sem justa causa.

Este é o cenário nocivo no qual urge encontrar argumentos para viabilizar a concretização da justiça.

Em primeiro lugar, há que se observar a completa falta de coerência hermenêutica em proceder com a interpretação de uma norma constitucional de modo a retirar-lhe toda a eficácia. Se o empregado pode ser dispensado sem justa causa, como quer a maior parte da doutrina, não se pode admitir a fluência do prazo prescricional no curso da relação de emprego. Evidente que ninguém abrirá mão do vínculo trabalhista para demandar contra o patrão por horas-extras ou adicionais que não foram pagos, de sorte que o direito de ação não poderia ser efetivamente exercido. Este pensamento é compartilhado por VIANA (2008, p. 7):

Ora, se olharmos a própria Constituição como um sistema, a prescrição destoa dele - exatamente porque falta ainda aquela regra de proteção. E essa conclusão é ainda mais forte num contexto social e econômico que induz ao desemprego.

Valendo-se de uma interpretação sistemática, na qual os dispositivos precisam ser reciprocamente analisados com o fito de preservar a unidade e coerência do ordenamento jurídico, só restam duas compreensões possíveis: i) ou o vínculo de emprego é garantido contra a despedida arbitrária e sem justa causa, possibilitando ao empregado reclamar contra o empregador sem medo de perder o emprego; ii) ou o prazo prescricional para pleitear verbas devidas e não pagas no curso de uma relação de emprego só começa a correr quando a mesma chega ao fim.

Reconhecendo-se que no cenário atual a possibilidade de rescisão unilateral e imotivada do contrato de trabalho é uma realidade que se impõe, deverá ser considerada sem efeito a disposição do inciso XXIX do art. 7º da CRFB até que seja promulgada norma que regulamente a proteção à despedida imotivada.

Esta tese é fortemente defendida por SEVERO (2011), tendo encontrado eco até mesmo na XV CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados Trabalhistas realizado entre 28 de abril e 01 de maio de 2010, em Brasília. Na oportunidade, foi produzido um verbete que se encontra transcrito abaixo:

"PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA (artigo 7º, I, CF). NÃO-REGULAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: INAPLICABILIDADE. Considerando que a prescrição não é um 'prêmio' para o mau pagador, enquanto não aplicado efetivamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I do art. 7º da CF, que gera ao trabalhador a impossibilidade concreta de buscar os seus direitos pela via judicial, não se pode considerar eficaz a regra do inciso XXIX do artigo 7º, no que se refere à prescrição que corre durante o curso da relação de emprego. Por isso, enquanto não conferirmos efetividade plena ao artigo 7º, I, da CF/88, não se pode declarar a prescrição quinquenal."

Também compartilha deste posicionamento SOUTO MAIOR (2010, p. 6)

Cumpre, portanto, sistematizar as normas trabalhistas, buscando aplicá-las de modo a fazer valer o princípio da proteção, expresso em termos constitucionais como valorização social do trabalho. E o único modo de fazê-lo é contando o prazo de prescrição apenas a partir do término da relação de emprego, quando o empregado passa a ter a possibilidade real (e não apenas retórica) de buscar junto ao Poder Judiciário a satisfação de seus créditos.

O sobredito magistrado e doutrinador também foi responsável pela tese da mesma matéria que foi aventada no XIV CONAMAT:

Prescrição de créditos trabalhistas: interpretação sistemática. O inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal, pertinente à prescrição quinquenal, tem sua eficácia condicionada à regulamentação do inciso I, do mesmo art. 7º., ou à generalização jurisprudencial de sua eficácia plena, no tocante à proteção contra a dispensa arbitrária.

A adoção deste posicionamento não significa considerar como não escrito o mandamento constitucional do inciso XXIX do art. 7º. O que se defende é tão somente a sua eficácia mínima, até que seja regulamentada a efetiva proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

4.3 CONSIDERAR COMO DISCRIMINATÓRIA A DISPENSA DO EMPREGADO MOTIVADA PELO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONTRA O EMPREGADOR

A Lei 9.029/95 foi concebida para disciplinar as condutas discriminatórias praticadas no decurso do contrato de trabalho. Logo em seu artigo primeiro, a referida lei não admite que o ingresso, a permanência ou a saída de qualquer empregado seja motivada pela cor, sexo, raça, origem, estado civil, situação familiar ou idade.

Pode-se concluir, portanto, que tal legislação tem o claro objetivo de concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações de emprego.

Em síntese, deve ser dada primazia ao valor social do trabalho e à importância que o exercício de um labor possui na vida de cada indivíduo. Deste modo, parâmetros discriminatórios, ofensivo ou estigmatizantes jamais poderão ser invocados empregador para qualquer procedimento realizado no local de trabalho ou sanção que venha a ser aplicada.

Com o passar do tempo, o rol do artigo primeiro passou a ser flexibilizado pela jurisprudência, pois entendeu-se que existem outras causas igualmente

discriminatórias que não foram previstas pelo legislador. Significa dizer, portanto, que o art. 1º da Lei 9.029/95 é meramente exemplificativo, trazendo em *numerus apertus* apenas algumas das modalidades discriminatórias que a lei reputa ilegais.

Um exemplo bastante difundido de como a ampliação do sobredito rol se deu pela via judicial, consiste no entendimento unânime em território nacional de que a despedida motivada pelo fato do empregado possuir doença grave também é considerada discriminatória.

Isto se deve ao fato de que muitas enfermidades, como a AIDS, alguns tipos de câncer e hepatites – exemplificativamente – geram preconceito e estigma, sendo responsáveis por verdadeira exclusão social que prejudica a convivência de quem já está com a saúde debilitada.

Em ato consonante com a responsabilidade social e proteção contramajoritária evocada pela Constituição Cidadã, o Tribunal Superior do Trabalho chegou a editar a Súmula 443 tratando da matéria. Deste modo, parece não restar dúvida quanto à possibilidade de reconhecer outras causas – que não figuradas na lei – como discriminatórias.

Nesta linha de raciocínio, tornam-se cada vez mais comuns as decisões judiciais que consideram discriminatório o desligamento de empregado como punição pelo ajuizamento de reclamação trabalhista.

Este entendimento parece por assaz correto, vez que compreender de modo contrário seria abençoar a vingança e autorizar represálias patronais, visto que não haveria motivo justo para a dispensa.

MARTINEZ (2013, p. 584) compartilha deste entendimento, trazendo na sua obra importante julgado que reglete o entendimento supramencionado:

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 219, § 5º, DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. DESPROVIMENTO. 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. Não se mostra compatível com o processo do trabalho, a nova regra processual inserida no art. 219, § 5º, do CPC, que determina a aplicação da prescrição, de ofício, em face da natureza alimentar dos créditos trabalhistas. 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. Deste modo, necessário que a prescrição seja argüida pela parte a quem a aproveita. Recurso de revista conhecido e desprovido. Processo: RR - 404/2006-028-03-00.6 Data de Julgamento: 05/03/2008, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/03/2008

Também entende dessa forma, VIANA (2008, p. 10), ao mencionar que se pode utilizar a Constituição Federal e seus dispositivos diretamente como fundamento da despedida discriminatória.

Importante mencionar que já decidiu desta maneira o próprio Tribunal Superior do Trabalho, a saber:

EMENTA: DESPEDIDA ARBITRÁRIA. ANULAÇÃO DA DESPEDIDA. Demonstrada pela prova dos autos a despedida discriminatória, praticada por ter a empregada ajuizado ação de dano moral. A particularidade do caso, relativa à motivação da despedida, leva ao acolhimento da pretensão, que tem previsão no art. 4º da Lei n. 9.029/95. Nulidade da despedida reconhecida. Reintegração no emprego deferida, com a condenação da reclamada ao pagamento dos salários do período de afastamento. Mantida a sentença. (RR n. 592182 ANO: 1999. DJ - 04.05.2007- TST

Uma vez ocorrida a despedida discriminatória e reconhecida por sentença, a Lei 9.029/95 faculta ao empregado ofendido escolher uma dentre duas tutelas possíveis: o inciso I possibilita a reintegração do obreiro ao seu posto de trabalho, assegurado o recebimento dos salários que deixou de receber enquanto esteve afastado, com incidência de juros e correção monetária; o inciso II, por sua vez, prevê a possibilidade de uma compensação traduzida no dobro do salário que o empregado receberia durante o período que foi indevidamente desligado da empresa, monetariamente corrigida e acrescida dos juros legais.

Esta saída traz a vantagem do empregado poder sopesar, após os desmandos e humilhações sofridos no ambiente de trabalho, se vale a pena ser reintegrado ao mesmo e continuar no exercício do vínculo laboral. Caso entenda ser inadmissível, nem por isso sairá de “mãos abanando”, podendo optar pela indenização.

4.4 OUTRAS SAÍDAS: CONSIDERAR A RELAÇÃO DE TRABALHO COMO CAUSA IMPEDITIVA SUPRALEGAL DO CURSO PRESCRICIONAL, AS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO COMPARADO E A POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Conforme visto no segundo capítulo, a prescrição encontra limites nas causas impeditivas e suspensivas, que estão disciplinadas, em sua grande maioria, no Código Civil.

Algumas delas possuem aplicabilidade direta e inquestionável no âmbito trabalhista, a exemplo daquelas relacionadas à falta de capacidade, como o caso do menor trabalhador e do empregado deficiente.

O que se deve perquirir neste momento é o liame que está presente em boa parte das causas impeditivas e suspensivas. O que teriam em comum, *v.g.* o menor trabalhador e o empregado que se ausenta do país a serviço da União, de Estado-membro, município, do distrito federal ou das respectivas autarquias? Caso precisem socorrer-se à Justiça do Trabalho, ambos estarão em apuros, visto que o primeiro precisa estar assistido para que seus atos processuais sejam válidos e o segundo precisaria, em tese, ter deixado um procurador no seu país de origem.

Apesar de GODINHO (2011, p. 247) asseverar que as causas de impedimento se encontram positivadas na legislação, percebe-se que este posicionamento não encontra mais guarida no Direito pátrio.

Neste sentido, mencione-se que Tribunais Regionais têm sedimentado sua jurisprudência no sentido de que, mesmo com a promulgação da Lei 13.146/2015 e a modificação do rol das incapacidades do Código Civil, não deveria correr a prescrição contra os deficientes que se encontram em maior situação de vulnerabilidade (TRT 2ª Região, on-line).

Outros doutrinadores, por sua vez, trazem causas impeditivas supralegais, a exemplo do que faz Câmara Leal (1982, p. 165), se referindo à hipótese de suspensão judicial do expediente de determinado foro trabalhista no último dia do prazo prescricional.

O que se pode perceber, portanto, é que muito mais do que o *loco* em que se encontra a causa impeditiva, tem relevância o cerne do motivo que limita a prescrição. Nos dizeres de GODINHO (2011, p. 247) todas as causas impeditivas consubstanciam “restrições sofridas pelo titular do direito no que tange à defesa de seus próprios interesses”.

Uma vez identificado que o ponto fulcral das causas impeditivas é a dificuldade de ajuizamento de uma demanda para a tutela de seus direito pelo interessado, tornam-se múltiplas as saídas possíveis.

A primeira delas que se pode mencionar é admitir, como fez Câmara Leal, a existência de causas supralegais impeditivas da prescrição. Consiste em compreender que a lei nem sempre será suficiente para prever, de maneira taxativa, todas as hipóteses em que o curso prescricional restaria prejudicado.

PEREIRA (2001, p. 44) chegou a considerar a necessidade de acrescentar uma regra geral, redigida de maneira aberta, que possibilitasse impedir o início do prazo - (ou suspendesse-o) sempre que alguém esteja impossibilitado de agir.

Deve-se acrescentar uma outra regra que preside à suspensão da prescrição, dizendo-se que não corre na pendência de um acontecimento que impossibilite alguém de agir, seja como consequência de uma determinação legal, seja por um motivo de força maior, seja por uma convenção, regra que a jurisprudência francesa tem adotado, e que o velho adágio já traduzia: *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Conforme se extrai da lição acima transcrita, esta não é uma ideia nova. Aliás, o entendimento de que o prazo prescricional não deve correr contra quem está impossibilitado de ajuizar uma demanda é tão antigo que constitui um brocardo jurídico e deve ser entendido como princípio geral do Direito.

Adotar esta concepção não configuraria ineditismo do judiciário brasileiro. E aqui, temos como uma segunda saída - também lembrado pelo excerto acima - a possibilidade de utilização do Direito estrangeiro. É que entendimentos como o ora esposado já vêm sendo referidos pela jurisprudência francesa. Relembre-se que nenhum óbice existe na possibilidade da lição inglesa ser aproveitada pelos julgadores brasileiros, tendo em vista que o direito comparado é fonte do nosso Direito (vide art. 8º da CLT).

Seguindo nessa linha, também merece menção a sentença nº. 63, de 10/06/1966, proferida pela Suprema Corte Italiana. Esta decisão julgou inconstitucional as normas prescricionais contidas no Diploma Civil de 1942 para declarar não haver contagem de prazo prescricional no curso da relação de emprego.

Em outras palavras, o que decidiu a Suprema Corte foi que a relação de emprego, *per se*, constitui verdadeira causa impeditiva do curso prescricional.

Mencionando a sobredita decisão, SOUTO MAIOR (2010, p. 7) opina pela possibilidade dos magistrados brasileiros usarem-na como paralelo, pois julga que os motivos utilizados para fundamentação são pertinentes à realidade brasileira. A saber:

“Não existem obstáculos jurídicos que impeçam de fazer valer o direito ao salário. Existem, todavia, obstáculos materiais, isto é, a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercitar o próprio direito pelo mesmo motivo pelo qual muitas vezes é levado à sua renúncia, isto é, pelo temor da dispensa; de modo que a prescrição, fluindo durante a relação de emprego, produz exatamente aquele efeito que o art. 36 pretendeu coibir proibindo qualquer tipo de renúncia: mesmo aquela que, em particulares situações, pode se encontrar implícita na ausência do exercício do próprio direito e, portanto, no fato que se deixe consumir a prescrição”.

Se a possibilidade de considerar causas supralegais ou de se valer do direito comparado não forem suficientes, existe ainda uma terceira possibilidade a ser mencionada: a interpretação extensiva.

Seguindo esta *ratio*, VIANA (2008, p. 8) considera a possibilidade de se interpretar extensivamente dispositivo do Código Civil que traduz a questão da dependência. O fato do empregado estar subordinado ao patrão, dependendo do adimplemento salarial feito por este, o coloca em situação aproximada do filho, cuja sobrevivência está condicionada ao apoio familiar. A saber:

Outra possibilidade seria a de se aplicar à hipótese o próprio Código Civil, interpretado de forma extensiva. Se a prescrição não corre “entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar” (inciso II do art. 197 do CC), por que correria entre um empregado e seu patrão, quando a fonte de sobrevivência de um depende da vontade do outro?

Todas as saídas ventiladas neste subtópico possuem em comum o fato de se basearem na faticidade. Reconhecer o pouco préstimo que qualquer norma trabalhista possui no ponto se considerada apenas no plano teórico é o móvel para que novas possibilidades venham a ser pesquisadas pelos estudiosos do direito com vistas à garantir ao empregado a justa e integral remuneração pelo serviço prestado.

5. CONCLUSÃO

Não é de difícil compreensão o problema que se buscou debater através do presente trabalho monográfico. Prescindível, inclusive, qualquer formação jurídica para entender que, excetuando-se aqueles que possuem efetiva proteção do vínculo trabalhista – como os empregados públicos - será despedido todo obreiro que propuser ação judicial contra o patrão.

Inobstante tenha o trabalhador completa razão em reclamar ao Estado as verbas devidas e não pagas pelo tomador de serviço no curso da relação de emprego, a possibilidade de despedida imotivada, conforme reconhecem doutrina e jurisprudência majoritária, impedem, na prática o pleno exercício do direito de ação.

Em um país no qual o crescimento do desemprego tem atingido níveis vertiginosos, colocar em xeque o vínculo laboral vigente para arriscar o recebimento das parcelas homiziadas pelo empregador não é uma opção.

Tendo em vista que o início da contagem prescricional estabelece como *dies a quo* a data do efetivo dano, as verbas trabalhistas que foram devidas e não pagas no primeiro ano da prestação do serviço, não poderão ser cobradas caso o vínculo laboral exceda os cinco anos. O motivo que se alega é a ocorrência da prescrição quinquenal e, neste cenário, se a apropriação indevida do patrão era costumeira e o contrato de trabalho só foi extinto em uma década, terá o obreiro perdido, no mínimo, cinco anos de verbas que lhe seriam devidas pelo suor derramado com o seu trabalho.

Retendo pequenas partes do salário de cada funcionário, cometendo desmandos, abusos, assédios e toda sorte de ilícitos no curso da relação de emprego, o patrão se locupletando ilicitamente, despreocupado com os princípios da eticidade, da cooperação, da lealdade e do valor social do trabalho.

Esta situação se repete ano após ano, nas mais populosas cidades da federação do país e também nas menores localidades, sedimentando um verdadeiro cenário de exploração dos menos abastados. Estes, com medo de perder tudo, optam por perder menos, calando-se frente às parcelas salariais não pagas e vendo a exigibilidade das mesmas desaparecer com o passar do tempo.

Se a situação sobredita é visível, flagrante e de ocorrência indiscutível, perceptível até para os menos instruídos, com muito mais razão é de conhecimento dos operadores do Direito. E estes, dentre todas as profissões existentes, são os que menos poderiam fechar os olhos e ignorar tamanha violência social.

É que por ter maior conhecimento de causa, entender das regras, princípios e postulados sobre os quais se assentam os temas da despedida arbitrária e da

prescrição, os doutrinadores jurídicos, advogados, juízes e procuradores deveriam formar a linha de frente em defesa da coerência constitucional.

De nada adianta o estudioso do direito produzir centenas de páginas versando sobre os mais complexos temas de que tem notícia a Ciência do Direito se todo este conhecimento não puder ser revertido em ações práticas.

O “faz-de-conta” precisa ter hora para acabar. Após trinta anos de promulgada a nominada “Constituição Cidadã” não é mais razoável fingir que o empregador pode demandar contra o seu patrão, no curso da relação de trabalho, sem temer injusta despedida. Se o Direito existe para regular os conflitos sociais, permanecer no mundo das ideias em plena área trabalhista, onde reina o princípio da primazia da realidade sobre os fatos é, no mínimo uma falta de respeito com a pátria que se pretende democrática.

A alegação pura e simples, pautada no inciso XXIX do art. 7º da CRFB, de que não haveria óbice jurídico à consumação da prescrição quinquenal, revela completa incompreensão – ou um desvirtuamento proposital – do desiderato constitucional; basta observar que o inciso I do mesmo artigo prevê que a relação de trabalho será protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. A lógica destes dispositivos, que devem ser conjuntamente interpretados, é simples: corre a prescrição quinquenal num cenário de proteção do emprego, pois o obreiro poderá exercer o seu direito de ação sem temer represálias do patrão.

Tendo a doutrina já produzido diversas saídas para a querela ora discutida, como se demonstrou no capítulo quatro deste trabalho monográfico, não há como sustentar ser desconhecido o problema da prescrição trabalhista. Entretanto, para que haja uma mudança efetiva, faz-se necessário um trabalho coordenado de todos os profissionais que atuam na seara jurídica. Aos advogados, cabe utilizar as teses aqui defendidas como fundamentos das suas petições. Aos magistrados, cabe abrir os horizontes para oxigenar os velhos ensinamentos e servir-se de posicionamentos que caminhem de mãos dadas com a justiça social. Aos procuradores do trabalho, a atividade fiscalizadora com fins inibitórios dos ilícitos cometidos no meio ambiente laboral.

Tendo exemplos de outras democracias, como Inglaterra e Itália, que já pronunciaram a flagrante incongruência de se admitir o decurso da prescrição no curso da relação de emprego com relação às verbas devidas em decorrência desta, urge ao Brasil tomar uma providência urgente. Não há mais razão para permitir que

aqueles que colocam sua força de trabalho à disposição da classe dominante, às custas de baixos salários, sejam ainda desfavorecidas sob a alegação de “segurança jurídica” vinculada à prescrição.

Admitir a fluência da prescrição quinquenal nas condições acima mencionadas é utilizar do Direito para proteção dos interesses econômicos e políticos de uma minoria financeiramente abastada. Deste modo, não se pode admitir que as normas constitucionais sejam utilizadas como manobra jurídica ou como mero exercício de conveniência.

É preciso que seja priorizada a realização da justiça, reduzindo as desigualdades socioeconômicas e tutelando-se o direito dos trabalhadores, já diariamente explorados numa sociedade que privilegia o capital.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. 9ª ed., ver., atual e ampl. - São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1998;

ALVES, Nilson Vital. **Prescrição e decadência no direito civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. 1962;

ANDRADE, Alan Lúcio de. **O instituto da prescrição**. 2014. Disponível em <<https://www.webartigos.com/artigos/o-instituto-da-prescricao/123316>>. Acesso em 25 abr. 2018.

BARBA FILHO, Roberto Dala. **Prescrição intercorrente e declaração de ofício da prescrição no processo do trabalho pós-reforma**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 63, p. 151-155, nov. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/122553>>. Acesso em 02 maio 2018;

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008;

BARROSO, Luís Roberto. **A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99**. In Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ, vol. 1, n. 4, 2001.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Acórdão no Recurso Ordinário do processo 0000567-91.2010.5.03.0092**. Relator: CASTRO, Paulo Roberto de. Publicado no DJ de 28/03/2011. Disponível em <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?numeroProcesso=201009200567008&acesso=2421ee3063b120fbe2321008aaca85c2>>. Acessado em 03 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Acórdão no Recurso Ordinário do processo 00555-2007-026-02-00-8**, 8ª T, Rel. Des. Lílian Lygia Ortega Mazzeu, Publicado no DOES 13.10.10.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Libreria "El Foro", 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

DINIZ, Maria Helena, **Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência**, São Paulo: Saraiva, 2003, 4ª ed.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**, 31 Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

FRANÇA, R. Limongi. **Enriquecimento sem Causa**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987;

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. **O reconhecimento de ofício da prescrição no âmbito do direito do trabalho**. 2018. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6056#_ftn1>. Acesso em 23 abr. 2018;

s, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 2003;

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1999;

LEAL, Antonio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência – Teoria Geral do Direito Civil**, 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982;

LUCENA, Renata Maria Rocha de Vasconcelos. **Aplicação de ofício da prescrição após a reforma trabalhista**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65251/aplicacao-de-oficio-da-prescricao-apos-a-reforma-trabalhista>. Acesso em 02 maio 2018;

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego**. 2010. Disponível em <http://www.pndt.com.br/doutrina/ver/descricao/a-garantia-contradispensa-arbitraria-como-condicao-de-eficacia-da-prescricao-no-curso-da-relacao-de-emprego-307>. Acesso em 27/05/2010;

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência**, 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002;

MOURA, Neusa. **A prescrição trabalhista e as alterações legislativas**. in VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (coord.). Estado e atividade econômica: o direito laboral em perspectiva. Curitiba: Juruá, 2007;

NAVES, Nilson Vital. **Da prescrição e da decadência no direito civil**. Belo Horizonte. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, outubro 1964;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 1, São Paulo: Forense, 2001;

QUICHERAT apud LEAL, Antonio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 1982;

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: obrigações**. 30^a Ed. Saraiva, 2002.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Prescrição no direito romano e no direito brasileiro**, 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/58640/prescricao-no-direito-romano-e-no-direito-brasileiro> >. Acesso em: 23 abr. 2018;

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Prescrição e decadência contra as pessoas com deficiência após a promulgação da Lei n. 13.146/15: uma análise constitucional**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/50234/prescricao-e-decadencia-contra-as-pessoas-com-deficiencia-apos-a-promulgacao-da-lei-n-13-146-15-uma-analise-constitucional>>. Acesso em 01 de maio de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012;

VALE, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil**. São Paulo: LTr. 2015;

VIANA, Marco Túlio. **Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda dos seus direitos**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região, Belo Horizonte, v.47, n.77, 2008.