

PRESCRIÇÃO: DA AÇÃO, DA PRETENSÃO E DE OFÍCIO.

* Nilton Correia

“O colonialismo visível te mutila sem disfarce; te proíbe de dizer, de proíbe de fazer, te proíbe de ser.

O colonialismo invisível, por sua vez, te convence de que a servidão é um destino e a impotência, a tua natureza: te convence de que não se pode dizer, não se pode fazer, não se pode ser.”

(Eduardo Galeano)¹

1. A prescrição, a ação e a pretensão.

1.1. É comum ainda nos dias atuais falar ou ouvir dizer da prescrição da ação, o que, antes de ser um equívoco, e o é, se justifica por vários motivos, entre os quais todo um passado, tão recente saído, que nos legou essa conclusão.

Afinal, sempre foi muito presente a confusão entre ação e pretensão. Note-se, a esse respeito, que Chiovenda sustenta ser a lei o resultado de um consenso coletivo, a qual objetiva prover os sujeitos jurídicos de um conjunto de “ferramentas”, bem como para regular os “bens da vida” daqueles mesmos sujeitos, de forma que eles possam, sempre, “aspirar à consecução e conservação daqueles bens, inclusive por via de coação”². E, logo adiante, ao analisar a ação fala do espaço estreito que ficou entre o direito em si e a ação pertinente, registrando que o que deveria ser mera conexão “foi, em certo tempo, exagerada ao ponto de se resolver numa *confusão* dos dois conceitos, a lesão do direito e a ação (...). Encarava-se a ação como um elemento do próprio direito deduzido em juízo, como um poder, inerente ao direito mesmo, de reagir contra a violação, como o direito mesmo em sua tendência a atuar. Confundiam-se, pois, duas entidades, dois direitos absolutamente distintos entre si”³.

¹ Eduardo Galeano, “O Livro dos Abraços”, L&PM Editores S/A, 7ª edição, pág. 157

² Chiovenda, Giuseppe, “Instituições de Direito Processual Civil”, Ed. Bookseller, 1ª ed, 1998, pág. 17.

³ Chiovenda, ob. cit., pág. 38.

Se confusão há – segundo pontua Chiovenda (e, pelo menos nesse ponto, não se vê como nos opor a ele) – melhor compreender esses “*dois direitos*”. Fomos buscar apoio em Wambier para quem:

“ **REGRA GERAL É POSSÍVEL AFIRMAR QUE TODAS AS NORMAS QUE CRIAM, REGEM E EXTINGUEM RELAÇÕES JURÍDICAS, DEFININDO AQUILO QUE É LÍCITO E PODE SER FEITO, AQUILO QUE É ILÍCITO E NÃO DEVE SER FEITO, SE CONSTITUEM EM NORMAS JURÍDICAS DE DIREITO MATERIAL. TRATAM ESTAS NORMAS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS QUE SE TRAVAM NO MUNDO EMPÍRICO, COMO, POR EXEMPLO, AS REGRAS QUE REGULAM A COMPRA E VENDA DE BENS, OU DISCIPLINAM O MODO COMO DEVE OCORRER O RELACIONAMENTO ENTRE VIZINHOS (.). TRATA-SE DE REGRAS QUE, EM RESUMO, REGULAM AS RELAÇÕES JURÍDICAS EM GERAL, EXCLUIDA A MATÉRIA RELATIVA À DISCIPLINA DOS FENÔMENOS QUE SE PASSAM NO PROCESSO, INCLUSIVE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL BASE.**

ESTAS ÚLTIMAS, QUE TRATAM DA DISCIPLINA PROCESSUAL, DA FORMA COMO SE FARÁ A VEICULAÇÃO DA PRETENSÃO, COM VISTAS À SOLUÇÃO DA LIDE, TÊM CONTEÚDO NITIDAMENTE VINCULADO ÀQUILO QUE ACONTECE EM JUÍZO, ISTO É, QUANDO O LITÍGIO CHEGA AO PODER JUDICIÁRIO (.) SOB A FORMA DE LIDE. ESTAS TAMBÉM PROPORCIONAM A CRIAÇÃO, MODIFICAÇÃO E EXTINÇÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES. A DIFERENÇA ESTÁ EM QUE LÁ, NAS NORMAS DE DIREITO MATERIAL, HÁ DISCIPLINA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS QUE SE TRAVAM NOS MAIS DIFERENTES AMBIENTES (FAMILIAR, NEGOCIAL ETC), AO PASSO QUE AQUI, NO QUE DIZ RESPEITO ÀS NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL, SÃO DISCIPLINADOS OS FENÔMENOS ENDOPROCESSUAIS (.)’⁴. (destacamos)

Então, as primeiras são normas que disciplinam a pretensão, enquanto as segundas são normas que regulam a ação, ou seja, a maneira como se exigirá, em juízo, referida pretensão.

1.2. Em Direito do Trabalho a prescrição, face exposto texto constitucional, ficou restrita a créditos, como disciplina o inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal, quando ela diz ser “*direitos dos trabalhadores*”:

“ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os tra-

⁴ Wambier, Luiz Rodrigues, “Curso Avançado de Processo Civil”, vol. 1, Ed. RT, 7ª edição, 2005, págs. 58 e 59

balhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a **extinção do contrato de trabalho**” (destacamos).

(a).- Donde se conclui, de imediato e por primeiro, que eventuais créditos que não decorram das relações de trabalho não estão abrangidos por essa regra. Por exemplo: créditos que resultem do próprio processo, como as multas, v.g., do parágrafo único, do art. 538 (multa por prática de ato procrastinatório) ou a multa do art. 601 (multa por prática de ato atentatório à dignidade da justiça), entre outras, ambos dispositivos do CPC.

(b).- Igualmente de forma imediata chega-se a um segundo resultado, o de que em não se tratando de “crédito” (implicando em desembolso do devedor) não há previsão legal nenhuma, na esfera trabalhista, a decretar a extinção da pretensão do direito. Assim, por exemplo, se o empregado ajuizar ação relacionada a seu trabalho em área insalubre e, nela, em jornada excessiva, poderá não ter o direito ao recebimento (qualidade de credor) de verbas, sejam oriundas da insalubridade, sejam oriundas da duração além do horário legal, mas terá, sempre, direito ao pronunciamento judicial (qualidade de cidadão) quanto a **ocorrência do fato em si**, pois poderá dela necessitar em diversas oportunidades, como, v.g., para efeitos de aposentadoria, como para fins de preservação da saúde física e mental, entre outros fatores. Vale observar que todo pronunciamento judicial, especialmente em Direito do Trabalho, está acompanhado de um capítulo sentencial declaratório.

(c).- A terceira conclusão imediata que deve ser logo revelada é a de que o texto constitucional se refere, com exclusividade, a **contrato de trabalho**, que tem de ser compreendido em seu sentido restrito, nada podendo ser adicionado ao teor da Constituição Federal, o que afasta, de plano, a possibilidade de aplicação da regra limitativa de dois anos para a exigibilidade de créditos originários de outras modalidades; ou seja, a obrigação de postular os créditos no prazo de dois anos é restrita aos que mantêm ou mantiveram contrato de trabalho.

1.3. Portanto, a prescrição de que aqui se cuida é, estritamente, a relacionada com o recebimento de créditos que decorrem da relação de trabalho e gerados em consequência de uma relação de contrato de trabalho.

1.4. E se é de crédito que a prescrição cuida, ele há de estar radicalmente ligado a uma inadimplência. Por outras palavras: crédito de alguém que, com contrato de trabalho e na relação trabalhista, agindo em favor de quem o contratou, teve algum direito seu (âmbito material, portanto) desrespeitado, descumprido, não satisfeito (sempre no âmbito material).

Tal inadimplência, ademais, tem de estar associada a algum direito sobre o qual **não há certeza**.

Há, então, a transgressão de alguma norma e do direito material. Transgressão essa que implica em lesão creditícia (para fins de prescrição) a algum cidadão ou cidadã.

1.5. Longos foram (talvez, ainda sejam) os debates em torno dessa questão. Serpa Lopes⁵ se refere a profundas discussões travadas por Clóvis Beviláqua e Carpenter, sendo que o primeiro considerava haver prescrição da ação. O notável Pontes de Miranda não ficou de fora e manifestou entendimento favorável à teoria de que a prescrição era da ação e não do direito.

Por outro lado, já Sílvio de Salvo Venosa refere-se a Antonio Luis Câmara Leal para, com ele, afirmar que o direito pode sobreviver à ação e diz que “a inércia é causa eficiente da prescrição; ela não pode, portanto, ter por objeto imediato o direito. O direito incorpora-se ao patrimônio do indivíduo”⁶.

Mais recentemente, Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁷ aponta que “a prescrição atinge a pretensão” e logo antecipa que tal pretensão deve ser “de natureza condenatória”, esclarecendo adiante que quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição “há uma solução de mérito”.

Na mesma linha e também recente, Eduardo Fornazari Alencar⁸ sustenta que o que o ordenamento jurídico assegura é “o direito de exigir de outrem uma reparação pelo dano resultante de ato ilícito. É a pretensão. Mantendo-se inerte o titular desse direito, vem a ocorrer a prescrição da sua pretensão”. E arremata: “É claro que o direito à ação, como remédio jurídico, não prescreve”.

Maria Helena Diniz, titular de Direito Civil da PUC/SP e tradicional comentadora do Código Civil, manifesta de forma clara e precisa que “Portanto, a prescrição é uma preliminar de mérito e fator de extinção da pretensão, ou seja, do poder de exigir uma prestação devida em razão de inércia, deixando escoar o prazo legal”⁹

1.6. Antes de passarmos a outras análises, deve ser exposto que os pedidos que integram as ações constitutivas (aqueles que criam, modificam ou extinguem um estado jurídico) e os pedidos que compõem as ações declaratórias (aqueles que afirmam ou negam direitos ou aclaram relação jurídica) são imprescritíveis e sobre esse ponto, ao que se sabe e se espera, não há polêmica. Logo, o debate quanto a prescrição dirige-se, apenas, aos pedidos que formam ações condenatórias (aqueles pelos quais se busca uma prestação, seja ela positiva, seja ela negativa), como, entre outros, ressalta Arnaldo Rizzardo¹⁰.

⁵ José Maria de Serpa Lopes, “Curso de Direito Civil”, Vol. I, Bib. Jurídica Freitas Bastos, 1988, págs. 496 e 497

⁶ “Direito Civil”, Editora Atlas, 7ª edição, 2007, págs. 524/5

⁷ “Novidades sobre a Prescrição Trabalhista”, Editora Método, 2006, pág. 17

⁸ “A Prescrição do Dano Moral Decorrente de Acidente do trabalho”, LTr, 2004, pág. 73

⁹ Maria Helena Diniz, “Prescrição no Novo Código Civil – Uma Análise Interdisciplinar”, Saraiva, 2005, pág. 79

¹⁰ “Parte Geral do Código Civil”, Forense, 3ª edição, págs. 613/14.

1.7. Portanto, pode-se concluir que a prescrição não está relacionada a nenhum evento processual, mas, sim, ao direito de caráter plenamente material, tratando do direito em si.

2. A prescrição, o tempo e o fator humano.

2.1. Arnaldo Rizzardo¹¹ manifesta que vê pouca ‘RELEVÂNCIA PRÁTICA SE PERECE A AÇÃO OU O DIREITO, OU AS LONGAS DISCUSSÕES SE HÁ A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO OU DECADÊNCIA DO DIREITO’. Assim também pensam outros doutrinadores que acreditam se estar valorizando mais uma questão puramente intelectual, sem cor e importância na vida, no exercício dos direitos e na efetivação deles. Ousamos discordar, dedicando homenagens e respeito àquela posição. Ao contrário, a definição tem efeito diretamente na vida dos direitos.

O poeta português Fernando Pessoa¹² inicia um dos seus mais elogiados poemas dizendo que “Cada cousa é uma morte vivendo”.

Compreender a prescrição de forma tão ampliada e devastadora como pretendem muitos, hodiernamente, é fixar a regra de que o Direito do Trabalho é “uma morte vivendo”, o que se torna em absoluto inadmissível. Considerando que o Direito do Trabalho é o direito à sobrevivência com dignidade, inserindo o ser humano como um partícipe da vida social (lato sensu), necessariamente tal direito é a “*vida vivendo*” e matá-lo é atingir o homem em sua essência de ser.

2.2. Lançar a prescrição no âmbito do direito material é permitir e compreender o direito como “*vida vivendo*”, ou seja, compreender o direito como instrumento de efetivação da cidadania, como realização da dignidade da pessoa humana, será entender que o “o direito terá que voltar a pensar na justiça como sua meta”¹³. Dito com palavras de Leonardo Vieira Wandelli: ‘O direito tem como condição absoluta e horizonte de possibilidade a vida concreta das pessoas’¹⁴.

Feito esses lançamentos, ingressamos nessa abordagem, porém, através da veia aberta pelo juiz cível em Campinas, SP, Mauro Nicolau Junior¹⁵, para quem:

“O Direito não pode ser instrumento legitimador da exploração do homem pelo homem. Direito que legitima a espoliação não é Direito, mas corrupção do Direito”.

¹¹ Ob. cit., pág. 609

¹² Fernando Pessoa, “Poesia – 1902 a 1917”, Companhia das Letras, pág. 339

¹³ Paulo Ferreira da Cunha, “Pensar o Direito, da Modernidade à Postmodernidade”, Almedina, Coimbra, Portugal, 1991, pág. 53

¹⁴ Leonardo Vieira Wandelli, “Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade”, LTr, 2004, pág.31.

¹⁵ Mauro Nicolau Junior, artigo publicado no livro “Prescrição no Novo Código Civil – Uma Análise Interdisciplinar”, Editora Saraiva, 2005, pág. 148

2.3. O novo Código Civil Brasileiro, no seu art. 189, definiu esse tema, com repercussão no Direito do Trabalho, ao menos no plano conceitual, quando disciplinou assim:

“Art. 189 – Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

(destacamos).

Portanto, o texto do novo Código Civil já estabelece que o que se extingue pela prescrição é a pretensão.

2.4. Idêntica disciplina já estava desde 1990 (12 anos antes do Código Civil atual) no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990), que em seu art. 27 traz a seguinte e bem ilustrativa norma:

“Art. 27 – Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

(destacamos).

As duas normas partem da mesma ocorrência: violação de um direito. O Código de Defesa do Consumidor vai além para indicar o início da contagem do prazo prescricional: **ter ciência do dano e saber quem o praticou**. Tanto Marcos Cláudio Acquaviva¹⁶, quanto, sobretudo, Rizzato Nunes¹⁷ fazem importantes apontamentos nesse dispositivo, sendo que Rizzato chega a frisar a importância da conjuntiva “e” na norma, *“porque pode acontecer de o consumidor sofrer dano e não conseguir de imediato identificar o responsável por ele ou, pelo menos, todos os responsáveis”*.

2.5. O antigo texto do art. 11, da CLT (que, aliás, prestigiava com excessos a prescrição) também declinava nesse sentido ao dispor:

“Art. 11 (texto antigo) – Prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente dos dispositivos desta CLT”.

¹⁶ “Código de Defesa do Consumidor Anotado”, Hemus Editora Ltda

¹⁷ “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Editora Saraiva, 2005, págs. 351/4

(redação anterior à Lei nº 9.658/1998 - destacamos).

2.6. Todas as teorias que defendem ou sustentam a prescrição se associam ao fator tempo. Portanto, o tempo é elemento primordial para a concretização da prescrição.

Claro, porém, está em que, não sendo a prescrição instituto de natureza processual, a ela não se aplicará a expressão (bonita) de Carlos Ayres Britto (Ministro do STF, sempre com expressões bonitas): “O tempo não é solidário com o relógio que para”¹⁸, porque não estaremos tratando do tempo físico, não é uma questão de calendário, um ato contar nos dedos ou similar. No processo o prazo é ato físico e peremptório: 08 dias para protocolizar o recurso ordinário podem ser contados na ponta do lápis sobre um calendário civil.

No direito material não, porque o prazo está ligado ao fator humano, ou seja, o tempo (que não é solidário com o relógio que para) é solidário com o ser humano, porque o tempo a ele pertence e para ele serve e o próprio ser humano é o destinatário do tempo.

Porque se diz assim? Vamos, então, recuperar a lição de Délio Maranhão, segundo o qual “quatro são os elementos integrantes da prescrição”:

- a) existência de uma ação exercitável (actio nata);
- b) inércia do titular da ação pelo seu não-exercício;
- c) continuidade dessa inércia durante certo lapso de tempo;
- d) ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua a eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional”¹⁹

Logo adiante, Délio Maranhão afirma que para a prescrição começar a correr é indispensável que o titular do direito violado tenha ciência daquela violação (mesma obra, pág. 1457).

Roberto de Ruggiero anota que “o tempo pode, **com o concurso de outros fatores**, funcionar como causa de aquisição ou perda de direitos” (destacamos) e, logo adiante, registra que “o ordenamento jurídico não tutela quem não exerce o seu direito e **mostra** assim, **desprezando-o**, não o **querer conservar**” (nossos os destaques)²⁰.

¹⁸ Carlos Ayres Britto, “A Vida Por Um Três”, Editora Fórum

¹⁹ Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira, “Instituições de Direito do Trabalho”, LTr, 20ª edição, 2002, Vlo. 2, pág. 1454

²⁰ Roberto de Ruggiero, “Instituições de Direito Civil”, Bookseller Editora e Distribuidora, 1ª edição, 1999, págs. 411/412

Logo, não basta o TRANSCURSO DOS DIAS. Algo a mais deverá ocorrer. Pelo que está posto: (1) deve haver uma ‘*ação exercitável*’, e, (2) deve haver a ‘*reconhecida vontade*’ de não agir (o “desprezo”, a que se refere Ruggiero).

Assim, a prescrição, ao menos no Direito do Trabalho, mostra-se como um “cronômetro”, que existe e marca tecnicamente bem o tempo, mas depende de uma ação humana para acioná-lo, fazê-lo funcionar, começar a contagem do tempo. A inércia, portanto, será a falta deliberada de ação humana, que poderia ser praticada e não o foi por livre vontade, após disparado o cronômetro da prescrição.

Serpa Lopes utiliza de expressão que parece ser apropriada: “*critério da disponibilidade*”²¹. Logo, a ação é “*exercitável*” onde e quando a parte pode ajuizá-la **sem causar dano** a si mesma.

Pode-se afirmar que não basta a violação do direito. Ela é pressuposto, sim. É porém, democraticamente indispensável que a defesa daquele direito violado se constitua efetivamente um poder; ou seja, ser exercido sem possibilidade de lesões que decorram da prática daquele ato.

Dito por outras palavras: a inércia somente é ocorrente se a disputa pela restauração do direito violado estiver efetivamente disponível ao cidadão e, mesmo assim, ele não fizer uso da faculdade conferida pela lei. O cidadão **decide renunciar** seu direito (se renunciável for, é claro!).

Vale retornar a Silvio Venosa, para quem a: “**RENÚNCIA** é ato de **vontade** abdicativo, de **despojamento**, de **abandono** de um direito por parte do titular. Trata-se de ato **totalmente dependente da vontade do renunciante**, sem necessidade de aprovação ou aceitação de terceiro. É ato unilateral, não receptício, portanto”²².

2.7. Sendo assim, especialmente em Direito do Trabalho, para fins de prescrição, ao elemento tempo têm de estar acoplados outros indicadores, porque estamos a falar do tempo dentro do fator humano.

Logo, o “cronômetro” da prescrição trabalhista somente inicia a contagem:

1º.- quando se constatar que uma “ação exercitável” está efetivamente posta à disposição daquele que trabalha, certo que o conceito de “ação exercitável” não será o de tê-la no catálogo normativo das ações, mas, sim, o de ter a possibilidade de **democraticamente** exercer o direito de ação (requerer ao Estado o uso da coação para exigir um direito violado) sem sofrer constrangimentos, sem sofrer outras lesões, sem represália. O direito a ação somente estará “exercitável” quando, concretamente, estiver presente essa qualidade, sem a presença da

²¹ Miguel Maria de Serpa Lopes, ob. cit., pág. 504

²² Silvio S. Venosa, ob. cit., pág. 532

qual não se falará em início de prazo prescricional, até porque estará ausente a outra qualidade indispensável, que é o “**desprezo**” (Ruggiero) pela restauração do direito ofendido, ou seja o “ato de **vontade** abdicativo” (Venosa).

Convém lembrar que o projeto de termos um conjunto de regras jurídicas é “PARA A HARMÔNICA CONVIVÊNCIA SOCIAL”, sendo importante encontrar a “paz social” porque os conflitos judiciais (insatisfação de um interesse) “PODEM GERAR TENSÃO AOS CONTENDORES”²³. Destaca-se ainda, por entender importante para essa compreensão do tema, que Didier manifesta que “O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO DEVE SER VISTO COMO MANIFESTAÇÃO DO EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO DE UM PODER”²⁴ (destacamos).

2º.- Por outro lado, dentro dessa mesma concepção, outro fator indispensável para somar-se ao elemento “tempo” está o caráter de “**inércia**”, a qual, pelo que já foi dito e visto, não pode ser tida apenas como o ato omissivo, mas como o ato que SE DESEJOU omissivo. Não está inerte aquele que não pode praticar um determinado ato. Pelo contrário, ele está **vítima** de uma vedação anti-democrática do exercício de um poder, agravando o seu estado de quem já é vítima da violação de um direito. A inércia tem de estar associada ao ato de **vontade**, se, como e quando ela puder ser expressada, de forma inequivocamente livre e espontânea, como prestígio à dignidade da pessoa humana, que é, afinal, o norte da Constituição Federal.

2.8. Para demonstrar que o fator “tempo” tem de ser mitigado apresentamos 01 indicação de ordem jurisprudencial.

Nos referimos a Orientação Jurisprudencial da SDI-1, do TST, de nº 344, que trata das diferenças na multa de 40% do FGTS decorrentes da ausência dos chamados “expurgos inflacionários”, quando o Tribunal estabeleceu como marco prescricional a edição da Lei Complementar nº 110, que data de 2001, ou do trânsito em julgado em relação a quem tenha ajuizado ação perante a Justiça Federal. Os tais “expurgos inflacionários” são de 1989 e 1990; portanto, 12 e 11 anos antes daquela Lei Complementar.

O fator “ciência” elidiu o fator “tempo”.

2.9. Dentro da CLT, o atual art. 149 dá exemplo de postergação do marco inicial para contagem da prescrição, ao estabelecer regra diferenciada para o direito de reclamar a concessão de férias ou o respectivo pagamento. E o art. 440 afasta a prescrição (“*não corre*”), qualquer que seja, quanto aos menores de 18 anos, o que significa dizer que a tese da não incidência de prazo prescricional é aceitável e tem lastro normativo.

²³ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “Processo de Conhecimento”, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2007, pág. 31

²⁴ Fredie Didier Jr., “Curso de Direito Processual Civil”, Editora Podium, 7ª edição, Vol. 1, pág. 42

3. A prescrição e seus fundamentos, a estabilidade, a certeza.

3.1. Estudar a prescrição pelo viés penal torna possível conhecê-la sob outra ótica, com outras regras, outras perspectivas, mas que podem e devem ser trasladadas para o Direito do Trabalho. No âmbito criminal tenta-se conter o alargamento da prescrição para não ser beneficiado o criminoso, o qual nem deve ficar à mercê, à espera infinita, da ação das autoridades e, de outro lado, também não deve ser privilegiado demasiadamente pela negligência estatal. Observe-se que a prescrição, ali, atinge de cheio o chamado “direito de punir” do Estado.

A prescrição no Direito Penal está em lado invertido à prescrição no Direito do Trabalho.

Na área penal a doutrina busca acautelar, proteger, o cidadão, ainda que praticante de um delito, contra a potência e a fúria do Estado. Na área trabalhista, o cidadão está na outra linha, pois é a vítima da potência e da fúria do Estado ou do capital ou de ambos, daí porque, de forma idêntica, merece a guarda e proteção normativa. Note-se: quanto mais prescrição houver no campo penal, mais protegido estará o cidadão contra o direito de punir do Estado; e quanto mais prescrição houver no campo trabalhista menos protegido estará o cidadão, porque maior estará o direito de punir aquele que trabalhou.

Daí se pode dizer que a proteção se dirige aos bens jurídicos. Vamos ler as boas notas do criminalista Fábio Guedes de Paula Machado, para quem “qualquer ofensa a bem jurídico, protegido penalmente, terá que possuir imediata vinculação com o texto e com os princípios constitucionais” e arremata: “A MEU AVISO, FICA ASSIM FIRMADA A DEPENDÊNCIA DO *JUS PUNIENDI* À PROTEÇÃO EFETIVA DOS BENS JURÍDICOS”²⁵.

Fábio Guedes também alerta que “TODA PRESCRIÇÃO SE BASEIA NUMA PRESUNÇÃO” (pág. 104 da obra citada) e, como Ruggiero diz em relação ao direito civil, tem como certo que o tempo constitui apenas “**um elemento para avaliar junto com os outros**”.

Esses “outros” elementos, no segmento penal, seriam o decorso do tempo (dentro da teoria do esquecimento do fato), a possível correção do infrator havida nesse período (alteração psico-social do infrator), a perda das provas de eficiência condenatória (desgastadas em face do tempo) e a negligência da autoridade (perda de interesse de castigar).

A “reincidência” da infração trabalhista é contumaz, caracterizando que o “infrator” trabalhista não é corrigível pela prescrição, mas, ao oposto, mostra-se mais habilitado e disposto à prática de novas e de mais infrações.

²⁵ Fábio Guedes de Paula Machado, “Prescrição Penal – Prescrição Funcionalista”. Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 48

A “perda de provas” na área do trabalho é menos preocupante, porque substituível umas provas por outras, também em face do princípio da primazia da realidade, além do que são possíveis provas contábeis, registros bancários, inclusive prova junto a terceiros, como, por exemplo, os extratos da CEF – Caixa Econômica Federal em relação ao acerto dos recolhimentos do FGTS.

E, enfim, quanto a “negligência”, esta, na área penal, pode ser presumida pela ausência do ato punitivo, pois o Estado detém poder e não praticá-lo pode representar, por si só, uma manifestação de desinteresse. Tal, porém, não se aplica na área trabalhista, onde o poder está nas mãos do agressor e, ao inverso, aquele que tem o “direito de punir” (exigindo a restauração do direito lesionado) é a parte débil, razão porque a omissão do ato não representa negligência ou desinteresse.

3.2. Alerta Fábio Guedes que muitos autores sustentam que, sobretudo nos dias atuais e ante a nova tipologia dos crimes, a prescrição é **um estímulo ao aumento da criminalidade**. Podemos dizer, provavelmente com mínimas chances de errar, que no Direito do Trabalho a prescrição é um altíssimo **estímulo à inadimplência**, ou seja, aumenta a “criminalidade” trabalhista, a ofensa aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados e protegidos.

3.3. Muitos dirão que a prescrição é necessária (até se fala de um “mal necessário”) para a “paz social”. Parece que não cumpre essa função. Pelo contrário, aumenta a tensão social, ofusca a pacificidade, cria danos irreversíveis. Voltamos a Fábio Guedes (cuja obra “Prescrição Penal – Prescrição Funcionalista”, Ed. RT, muito impressiona) para quem as causas de extinção da punibilidade extinguem a punibilidade do fato “sem que esse fato perca a característica de injusto penal”.

O cotidiano da Justiça do Trabalho indica que não se paga a parcela alimentar prescrita, mas não se apaga o “injusto trabalhista”, o qual marca, definitivamente, aquele trabalhador em todos os seus próximos passos.

3.4. Claro que muitos dirão da “estabilidade” das relações sociais. Tal estabilidade, porém, somente se adquire com a distribuição de riquezas e com a distribuição de justiça não formalista. Inaceitável falar em segurança das relações laborais dando “estabilidade” para a inadimplência, enquanto não dermos “estabilidade” para o trabalhador adimplente, aquele que zeloso e qualificadamente cumpre todas as suas tarefas em benefício exclusivo da riqueza do seu empregador. Uma estabilidade demandaria a existência da outra. Se uma é instável, com efetivamente é, nada justifica a concessão da estabilidade à outra.

3.5. Por fim, tantos outros dirão, para justificar a prescrição, que não é possível a vida subsistindo um estado permanente de incerteza.

De fato, ao apreciar a necessária eliminação dos conflitos, Marinoni²⁶ esclarece (suas as expressões) que podem eclodir no seio da sociedade conflitos de interesses, estes advindos do fato de que (1) “pode existir **dúvida** em torno de sua interpretação” (referindo-se à norma) e (2) “ou mesmo a **intenção** de desrespeitá-las” (às normas, referia-se) (são nossos os destaques).

Isso em Direito do Trabalho parece ser e ter uma PRESENÇA senão absoluta (e penso que é), quase absoluta.

Novamente o cotidiano nos dá exemplos, à exaustão, de inadimplência com a deliberada **intenção** de desrespeitar a norma, a respeito da qual não há qualquer **dúvida**, por mínima que seja.

Ora, ao que todos dizem, a **incerteza** é condição *sine qua non* da prescrição, do que RESULTA que a **certeza** elide a prescrição, afasta qualquer prazo prescricional. Por outras palavras: são **imprescritíveis** os direitos (direito material, de natureza alimentar ou não, embora todos sejam) em relação aos quais não há **dúvida**, **incerteza**.

O Direito do Trabalho é constituído de cláusulas pré-contratuais (as de origem legal), cláusulas contratuais (projetadas no contrato de trabalho e nas normas internas do empregador) e cláusulas negociais (convenção ou acordo coletivos), as duas primeiras de caráter permanente, as últimas de caráter temporário.

De plano, sem qualquer esforço, se pode concluir que todas as cláusulas de origem legal, independente do ato que lhe deu existência (Constituição Federal, CLT etc) **não registram nenhum sinal de dúvida**, de **incerteza**, a quem quer que seja. Ninguém neste País tem dúvida se deve o 13º salário ou se deve conceder férias a seu empregado após 12 meses de trabalho, ou, ainda, que deve recolher percentual para o FGTS mensalmente, entre outros.

Ora, se a prescrição tem como meta retirar o estado de incerteza, ela não se sustenta quando existe um **“estado de certeza”**, em relação a cujos direitos incide, então, a regra da **imprescritibilidade** (específica, no caso).

4. A prescrição e sua argüição “de ofício”

4.1. Uma breve nota para concluir. Em primeiro lugar, temos firme convicção de que a prescrição “de ofício” não se aplica ao Direito do Trabalho.

No entanto, sem discutir essa questão (prejudicial, até), mas, considerando que a prescrição está dirigida ao direito material, convém alguma abordagem a respeito do tema.

²⁶ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ob. cit., pág. 31

A Lei nº 11.280, de 2006, foi a que incluiu como “ofício” dos juízes alegarem a prescrição. Vejam: alegarem. Logo, agora, eles podem “alegar”. E “alegação” de mérito (= defesa) tem de ser conduzida (posta) para dentro do processo (por alguém, ou a parte, ou, então, nessa hipótese, o juiz), mesmo porque ficaram mantidos os artigos 128 e 460, do CPC, em razão dos quais somente poderá ser sentenciado O QUE ESTIVER NOS AUTOS.

E, por lógica, para que se dê compreensão sistêmica, se for o juiz que vier a alegar a prescrição, terá de fazê-lo antes da sentença (óbvio!), indicando as razões, ou seja, os fatos e os fundamentos jurídicos do seu “pedido” de prescrição (CPC, art. 282, inciso III, **também mantido**), reabrindo prazo para contestação, porque a dita Lei nº 11.280 não extinguiu o contraditório (“Democracia em processo recebe o nome de contraditório”, Didier²⁷).

4.2. Caso o juiz não faça a Defesa de mérito em favor do inadimplente que esqueceu de argüir a prescrição, poderá o juiz de 2º grau fazê-lo “de ofício” julgando algum recurso ordinário? Evidente e indiscutivelmente, NÃO! Primeiro, porque mesmo que se aplique o efeito translativo ao recurso, este envolve estritamente o que estiver nos autos e, no máximo, somente se admite decisão fora do que consta das razões e contra-razões se for referente a questões de ordem pública e, ainda assim, desde que expressamente relacionadas como possíveis dessa apreciação, o que está contido e restrito nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC; ou seja, a matéria tem de estar ali expressamente referida; segundo, porque há ausência do contraditório, o que contamina totalmente o processo (vale lembrar que o Judiciário nunca permitiu que fosse suscitada prescrição, mesmo que pela parte, na tribuna, por si ou por seu advogado, sempre alegando a defesa do contraditório); terceiro, porque o art. 500, do CPC, também foi mantido, e ele estabelece recurso apenas para quem for PARTE nos autos (outra lembrança: na Justiça do Trabalho não se admite recurso nem dos peritos que atuaram nos autos, embora possam ter interesse direto no feito) e, de outro turno, o “recurso de ofício” está disciplinado rigidamente pelo Decreto-lei nº 779, de 1969, não habilitando a hipótese aqui versada.

Tudo isso ocorre, especialmente, por se tratar de questão de direito material.

5. Prescrição e uma conclusão

5.1. Por certo, para termos novos conceitos sobre prescrição será necessário o debate perante um “juízo segundo princípios” (“aquele que se abre à discussão sobre a adequabilidade das normas à singularidade das situações complexas para além de sua pertinência semântica a dados verdadeiros da situação”), o qual é oposto ao “juízo típico de regras” (aquele que é “baseado em uma interpretação padrão, a qual pré-seleciona os dados fáticos e normativos relevantes da situação”), porque isso permitiria um “pensar sem corrimão”, segundo conceitos emitidos por Leonardo Wandelli²⁸.

²⁷ Fredie Didier Jr., ob. cit., pág. 42

²⁸ Leonardo Vieira Wandelli, ob. cit., págs. 27 e 90

De nada nos valerá cegar à realidade, ou desrealizá-la. A compreensão do trabalho humano demanda compreensão de psicologia, de sociologia, de economia; demanda conhecer o sofrimento de um desemprego, a dor na barriga por falta de comida e não a dor de barriga por excesso de alimento; compreender a necessidade de ser digno, de ser respeitado, de ser acolhido. Paulo Ferreira da Cunha, de Portugal, diz com clareza: ‘Não se pode saber Direito sabendo apenas direito – essa é uma verdade incontrovertível que nenhuma tecnocracia saberá calar: porque a incompetência jurídica dos “técnicos do direito” vem sempre ao de cima. Por isso, ao curarmos do Direito do Trabalho importa problematizá-lo prévia e constantemente no confronto com outros conhecimentos’²⁹.

5.2. Desnecessário mudar as regras da prescrição, basta que a possamos ver com “*outro par de olhos*” (expressão de Carlos Ayres Britto), num projeto de reengenharia cultural no qual o homem esteja ao centro e o direito deseje se reencontrar com a justiça. Temos de enfrentar a ordem atual, a “ilógica lógica” da prescrição trabalhista, que beneficia a inadimplência em detrimento do trabalho vivo. Temos de nos lembrar que há uma dignidade na desobediência, sob pena de nos hamburguesarmos (aproveitando expressão de Eduardo Galeano: “*cedo ou tarde, os escritores se hamburguesam*”).

5.3. É necessária outra visão sobre os critérios de prescrição no Direito do Trabalho no Brasil, um dos sistemas mais perversos ao credor trabalhista e mais vantajoso ao devedor trabalhista. Tudo isso sem afetar a chamada “paz social”, ou a “estabilidade das relações” e congêneres. E essa necessidade se torna mais firme porque prescrição é mérito, regula direito material e não processual e alcança a pretensão.

O propósito não é subverter, mas verter. Verter esperança, confiança nos juristas, expectativa de uma vida social fraternal.

O jurista não pode temer e nem permitir que temam o “colonialismo invisível” a que se refere Eduardo Galeano, como mencionado na abertura desse trabalho. Compete ao jurista não deixar que o povo se convença de que “a servidão é um destino e a impotência, a tua natureza”, alertando, sempre, que se pode dizer, se pode fazer, se pode ser.

5.4. Podemos concluir esse trabalho afirmando, com enorme convicção, que O direito não pode ser hospedeiro da violência.

6. Bibliografia

- Arnaldo Rizzardo, “Parte Geral do Código Civil”, Editora Forense, 3ª edição, 2005.

²⁹ Paulo Ferreira da Cunha, “Pensar o Direito – Da Modernidade à Postmodernidade”, Livraria Almedina, 1991, pág. 70

- Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira, “Instituições de Direito do Trabalho”, LTr, 20ª edição, Vol. 2, 2002.
- Carlos Ayres Britto, “A Vida Por Um Três”, Editora Fórum, 2004.
- Eduardo Fornazari Alencar, “A Prescrição do Dano Moral Decorrente de Acidente do Trabalho”, LTr, 2004.
- Eduardo Galeano, “O Livro dos Abraços”, L&PM Editores S/A, 7ª edição, 2000.
- Fábio Guedes de Paula Machado, “Prescrição Penal – Prescrição Funcionalista”, Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- Fernando Pessoa, “Poesia – 1902 a 1917”, Editora Companhia das Letras, 2006.
- Fredie Didier Jr., “Curso de Direito Processual Civil”, Editora Podium, 7ª edição, Vol. 1, 2007.
- Giuseppe Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil”, Editora Bookseller, 1ª edição, 1998.
- Gustavo Filipe Barbosa Garcia, “Novidades sobre a Prescrição Trabalhista”, Editora Método, 2006.
- José Maria de Serpa Lopes, “Curso de Direito Civil”, Biblioteca Freitas Bastos, Vol. I, 1988.
- Leonardo Vieira Wandelli, “Despedida Abusiva – o Direito (do Trabalho) em Busca de uma Nova Racionalidade”, LTr, 2004.
- Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “Processo de Conhecimento”, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2007.
- Luiz Rodrigues Wambier, “Curso Avançado de Processo Civil”, Editora. RT, 7ª edição, 2005.
- Marcos Cláudio Acquaviva, “Código de Defesa do Consumidor Anotado”, Hemus Editora Ltda.
- Maria Helena Diniz, “Prescrição no Novo Código Civil. – Uma Análise Interdisciplinar”, Editora Saraiva, 2005.
- Mauro Nicolau Junior, “Prescrição no Novo Código Civil – Uma Análise Interdisciplinar”, Editora Saraiva, 2005.
- Paulo Ferreira da Cunha, “Pensar o Direito, da Modernidade à Postmodernidade”, Editora Almedina, Coimbra, Portugal, 1991.
- Rizzato Nunes, “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Editora Saraiva, 2005
- Roberto Ruggiero, “Instituições de Direito Civil”, Bookseller Editora e Distribuidora, 1ª edição, 1999.
- Silvio de Salvo Venosa, “Direito Civil”, Editora Atlas, 7ª edição, 2007.

* **Nilton Correia**, Advogado, formado pela Universidade Federal da Bahia, com militância em Brasília/DF, Vice-Presidente da Delegação Geral da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho e Presidente da Delegação da entidade no Brasil, Vice-Presidente da ABRAT – Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas, membro da Comissão de Relações Institucionais do Conselho Federal da OAB, membro da Comissão de Direito do Trabalho do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros, entre outras atividades.