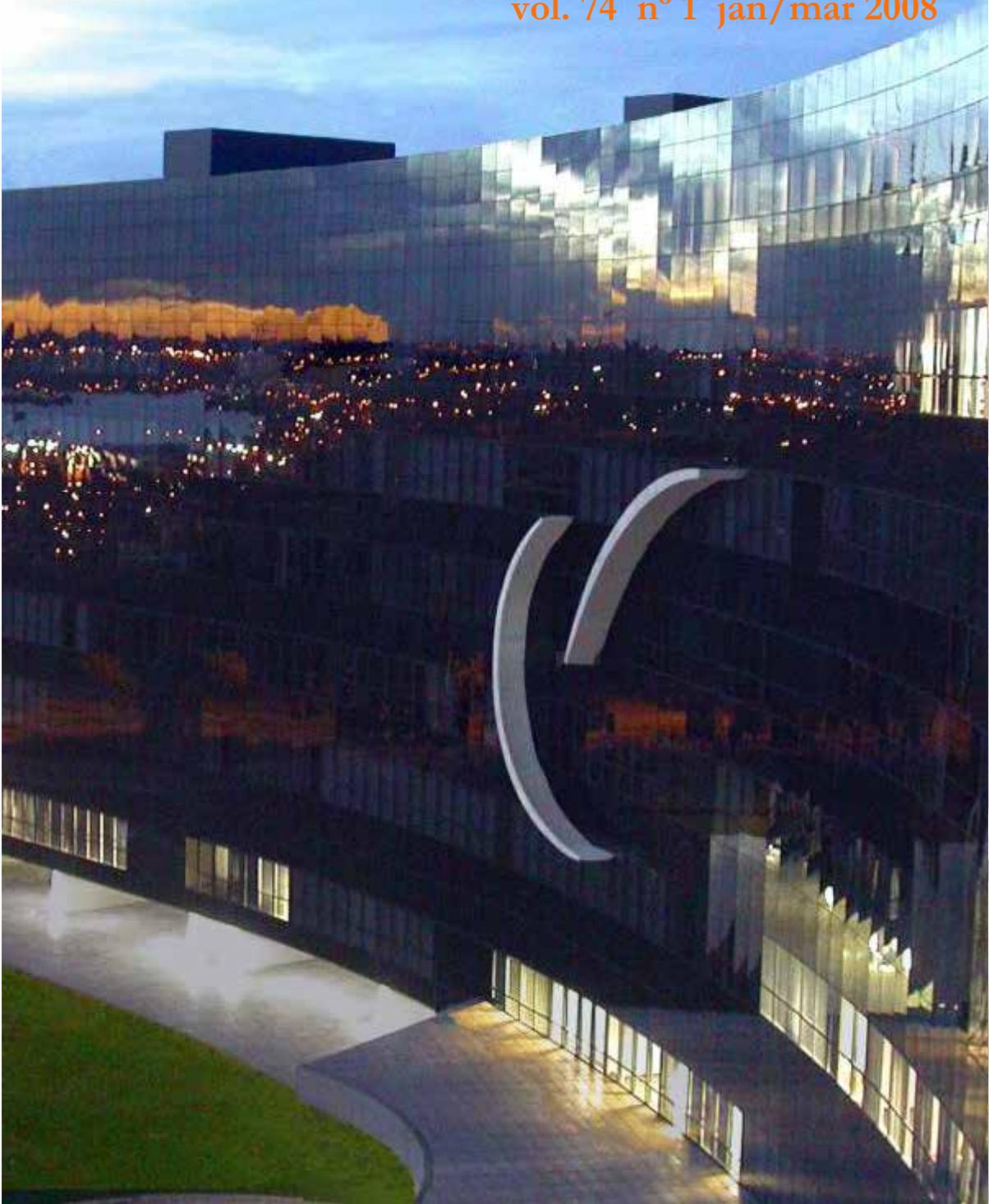


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 74 n° 1 jan/mar 2008



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Rider Nogueira de Brito
Presidente

Ministro Milton de Moura França
Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Comissão de Documentação

Ano 74 – nº 1 – jan. a mar. – 2008



Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar – Porto Alegre – RS – 91.340-340
magister@editoramagister.com – www.editoramagister.com

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (mai./ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- , Magister.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 33140-3056

E-mail: revista@tst.gov.br

Internet: www.tst.gov.br

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar

91340-340 – Porto Alegre – RS

Fone: (51) 3027-1100

Assinaturas:

magister@editoramagister.com

www.editoramagister.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente
Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente
Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Waldir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Seção Administrativa

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente
Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente
Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente

Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Fernando Eizo Ono

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente

Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Vantuil Abdala

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro Lelio Bentes Corrêa

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente

Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra Martins Filho

Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa – Presidente

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Segunda Turma

Ministro Vantuil Abdala – Presidente

Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Terceira Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – Presidente

Ministro Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen – Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira – Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga – Presidente

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra Martins Filho – Presidente

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



RIDER DE BRITO
Presidente



MILTON DE MOURA FRANÇA
Vice-Presidente



JOÃO ORESTE DALAZEN
Corregedor-Geral



VANTUIL ABDALA



CARLOS ALBERTO
REIS DE PAULA



ANTONIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO
FONTES



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO
TEIXEIRA MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO JOSÉ
GODINHO DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA

Sumário

TEMÁTICA ATUAL

Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais <i>Estêvão Mallet</i>	17
--	----

TEMA ESPECIAL: PRESCRIÇÃO

1. A prescrição na Justiça do Trabalho: novos desafios <i>Mauricio Godinho Delgado</i>	47
2. A prescrição em face da reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho ou doença profissional aos mesmos equiparada <i>Júlio Bernardo do Carmo</i>	61
3. Prescrição de ofício? <i>Luiz Alberto de Vargas / Ricardo Carvalho Fraga</i>	73
4. A prescrição <i>ex officio</i> e a possibilidade de sua aplicação no Processo do Trabalho <i>Carlos Henrique Bezerra Leite</i>	83
5. Prescrição de ofício e renúncia à prescrição consumada: implicações no Processo do Trabalho <i>Taisa Maria Macena de Lima</i>	94
6. A tutela do menor na prescrição trabalhista <i>Eduardo Milléo Baracat</i>	100
7. Evolução da prescrição de ofício no âmbito trabalhista <i>Gustavo Filipe Barbosa Garcia</i>	121
8. Prescrição nas ações acidentárias sob o enfoque da tutela dos direitos humanos <i>Raimundo Simão de Melo</i>	133
9. A prescrição do FGTS: um exame da consistência do sistema jurídico a partir dos problemas da natureza jurídica <i>Marcus de Oliveira Kaufmann</i>	158

SUMÁRIO

NOTAS E COMENTÁRIOS

Posse da Ministra Kátia Magalhães Arruda	187
Insalubridade: SDI-1 suspende julgamento de processos sobre base de cálculo	187
STF – Adicional de insalubridade – base de cálculo – admissão da repercussão geral	188

JURISPRUDÊNCIA

1. Jurisprudência temática	197
2. Jurisprudência atual	263

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST	283
--	-----

Temática Atual

BREVES NOTAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS*

Estêvão Mallet**

1 – INTRODUÇÃO

A aplicação de qualquer norma reclama, como atividade prévia e antecedente, a sua interpretação. É impossível pensar em cumprimento da norma sem antes interpretá-la. Dada a ordem, o primeiro passo para a sua observância é compreender o que se estatuiu como comportamento, o que concretamente se ordenou. Por isso assinala Carlos Maximiliano que “a aplicação não prescinde da hermenêutica”¹. Pode-se mesmo dizer, de forma mais precisa: a aplicação supõe interpretação.

Nada muda, como se percebe sem grande esforço, se a norma a aplicar-se não é a que emerge de disposição legal, mas é o comando resultante de alguma decisão judicial, seja sentença, seja acórdão, seja pronunciamento interlocutório. Como anota Kelsen, a interpretação é necessária à aplicação de toda e qualquer norma jurídica, “na medida em que hajam de ser aplicadas”, inclusive em se tratando “de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc.”². Também o sublinhou Pontes de Miranda, ao escrever: “as sentenças têm de ser interpretadas”³.

Não deixa a interpretação de ser necessária nem quando aparentemente clara e indubitosa a decisão judicial. Pode a tarefa tornar-se mais simples e de mais fácil realização, sujeita a menos controvérsias; não, porém, prescindível. Hoje não mais se leva a sério a máxima *in claris cessat interpretatio*, que

* Artigo redigido para publicação em obra coletiva destinada a homenagear o Min. Pedro Paulo Teixeira Manus.

** *Doutor e Livre-Docente em Direito do Trabalho; Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo; Advogado.*

1 *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, n. 11, p. 8.

2 *Teoria pura do direito*, Coimbra, Armênio Amado, 1962, vol. II, p. 284.

3 *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1947, vol. II, p. 326.

Paula Batista ainda repetiu⁴. Na verdade, para concluir que o enunciado é claro, mostra-se impostergável, antes de qualquer outra coisa, interpretá-lo⁵. Daí porque até as mais cristalinas decisões judiciais, como as mais claras disposições legais, sujeitam-se à interpretação. Já se dizia no Digesto: “*Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est neglegenda interpretatio eius*”⁶, ou seja, ainda que claríssimo o edito do pretor, não se deve descurar da sua interpretação.

Realmente, para executar ou cumprir a sentença é preciso determinar o seu conteúdo. É preciso, pois, interpretá-la para saber o que cumprir, como cumprir, de que forma cumprir. Estabelecido, em sentença ou em decisão interlocutória, o cumprimento de certa obrigação de fazer, importa apurar se satisfaz a ordem tanto o comportamento “a” como o comportamento “b” ou, apenas, o comportamento “a”. Se a sentença contempla imposição de multa em caso de seu descumprimento, o problema torna-se ainda mais relevante. Pode o executado praticar determinado ato (comportamento “b”), na suposição de estar a cumprir a decisão, quando, ao fazê-lo, não satisfaz o que se decidiu, por haver mal interpretado o julgamento, tornando exigível a cominação imposta.

Bem se evidencia, diante do exposto, a relevância da atividade de interpretação das decisões judiciais. Surpreendentemente, todavia, muito pouca atenção se dispensa ao assunto, seja no direito positivo, seja em doutrina.

2 – UM TEMA POUCO ESTUDADO

A interpretação das leis em geral é objeto de antiga, extensa e abrangente análise, contando com bibliografia quase inesgotável. Também a interpretação dos negócios jurídicos não costuma ser descurada. Merece, inclusive, regulamentação normativa expressa, nos mais diferentes ordenamentos jurídicos⁷, bem como no plano internacional⁸. Até a interpretação de certos atos proces-

4 *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*, Rio de Janeiro, Garnier, 1907, § 3º, p. 373.

5 Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, vol. II, Acções e factos jurídicos, n. 93, p. 154.

6 A passagem é de Ulpiano e encontra-se no livro 25, título 4 (*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*), fragmento 1, § 11.

7 Cf. arts. 113, 114, 423, do Código Civil brasileiro, arts. 236º a 238º, do Código Civil português, arts. 1.156 a 1.164, do *Code Civil* francês, arts. 1.362 a 1.371, do *Codice Civile* italiano, §§ 133 e 157, do BGB alemão, art. 18, do *Code des obligations* suíço, arts. 1.425 a 1.432, do *Code Civil* do Québec etc.

8 Cf. o Capítulo 4, com 8 artigos, sobre interpretação dos contratos, nos Princípios de UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional de 2004.

suais das partes chama a atenção do legislador, segundo bem se exemplifica, no Direito brasileiro, com a referência ao art. 293 do Código de Processo Civil. Sobre a interpretação das decisões judiciais, ao contrário, há muito pouco ou quase nada. Os mais importantes textos sobre hermenêutica jurídica, quer os estrangeiros, como o clássico estudo de François Geny⁹, ou a abrangente publicação de Sutherland¹⁰, quer os nacionais, representados pela obra de Carlos Maximiliano¹¹, não cuidam do tema. Eduardo Espínola, ainda que tenha sublinhado a necessidade de interpretar-se inclusive o direito consuetudinário, nada disse sobre as decisões judiciais¹². E Paula Baptista, que reuniu em uma só obra o estudo do processo civil e da hermenêutica jurídica¹³, não atentou para a relevância do assunto. A omissão torna-se ainda mais saliente quando se nota que a simples interpretação das leis processuais merece específica análise por parte dos mais diferentes autores¹⁴.

Há, é certo, algum material no âmbito da *common law*, em que adquire grande relevância a interpretação do precedente judicial¹⁵. Cuida-se, no entanto, de perspectiva bastante diversa da que é desenvolvida no presente estudo. Não se examina a decisão judicial como ato processual, mas como fonte de direito, especialmente para avaliar se o que justificou certa conclusão em determinado caso pode ou não ser invocado como fundamento para adotar igual decisão em caso diverso, envolvendo pessoas completamente distintas. Busca-se, assim, compreender a *ratio decidendi* do julgado, a fim de apurar se há nele regra passível de generalização ou, ao menos, de extrapolação para outra situação. Em tal cenário, naturalmente, passa a ter papel de enorme relevância, como lembra Ian McLeod, a interpretação dada ao pronunciamento anterior pelo julgador chamado a decidir a nova questão, quando formula “*the rule which will then become binding in the present case*”¹⁶. No fundo, trata-se de interpretar

9 *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1932.

10 *Statutes and Statutory Construction*, Chicago, Callaghan & Company, 1972.

11 *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., *passim*; cf., ainda, Mário Franzen de Lima, *Da interpretação jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1955.

12 *Systema do direito civil brasileiro*, São Paulo, Francisco Alves, 1917, p. 149.

13 *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*, cit., *passim*.

14 Cf., por exemplo, Eduardo Couture, *Interpretação das leis processuais*, São Paulo, Max Limonad, 1956, ou o espaço dedicado ao assunto em obras gerais, como Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1936, I, n. 35, p. 106 e ss., e Chiofenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, p. 131 e ss.

15 José Rogério Cruz e Tucci, *Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo, tese, 2003, p. 167.

16 *Legal method*, Bristol, Palgrave, 2002, p. 135.

DOCTRINA

a decisão como jurisprudência, não como regra concreta editada no processo. Os problemas que se colocam são, portanto, diferentes. Importa, em particular, resolver se a decisão anterior – ou a *ratio decidendi* nela contida – deve ser interpretada de forma ampliativa, para aplicá-la na nova situação, ou, ao contrário, de forma restritiva, de modo a adotar, no caso pendente, solução diversa¹⁷. É, pois, tema distinto da interpretação da decisão judicial realizada para determinar os seus efeitos e a sua abrangência em relação às partes no processo.

A respeito da interpretação das decisões judiciais, tratadas como atos processuais e examinadas sob o prisma da determinação do seu conteúdo, a doutrina é de fato muito escassa. São poucos os trabalhos específicos, figurando, entre os mais representativos, ao lado de anotações incidentais em manuais e obras de caráter geral, as considerações de Betti, em seu texto sobre a interpretação das leis e dos atos jurídicos¹⁸, e os estudos de Denti¹⁹ e Nasi²⁰.

3 – DIREITO COMPARADO

No plano do Direito comparado o que mais se vê, em matéria de interpretação das decisões judiciais, não é tanto o estabelecimento, por norma legal, de critérios hermenêuticos, mas sim a previsão de procedimento específico, por vezes com a existência de meio recursal ou ação própria, para o exercício de tal atividade.

No Direito internacional, por exemplo, o art. 98 do Regulamento da Corte Internacional de Justiça estabelece: “1. En cas de contestation sur le sens ou la portée d’un arrêt, toute partie peut présenter une demande en interprétation, que l’instance initiale ait été introduite par une requête ou par la notification d’un compromis. 2. Une demande en interprétation d’un arrêt peut être introduite soit par une requête, soit par la notification d’un compromis conclu à cet effet entre les parties; elle indique avec précision le point ou les points contestés quant au sens ou à la portée de l’arrêt. 3. Si la demande en

17 Sobre o tema, a partir de interessante perspectiva sociológica, mas com amplas referências a doutrina e vasta indicação de decisões judiciais, cf. Thomas G. Hansford e James F. Spriggs II, *The politics of precedent*, New Jersey, Princeton University Press, p. 16 e ss.

18 Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.

19 Vittorio Denti, *L’interpretazione della sentenza civile*, em *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Pavia, Libreria Internazionale A. Garzanti, 1946, XXVIII, p. 1/151.

20 *Interpretazione della sentenza*, em *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1972, XXII, p. 293/309.

interprétation est introduite par une requête, les thèses de la partie qui la présente y sont énoncées et la partie adverse a le droit de présenter des observations écrites dans un délai fixé par la Cour, ou si elle ne siège pas, par le président. 4. Que la demande en interprétation ait été introduite par une requête ou par la notification d'un compromis, la Cour peut, s'il y a lieu, donner aux parties la possibilité de lui fournir par écrit ou oralement un supplément d'information". Já o art. 79, do Regulamento da Corte Européia de Direitos Humanos, em vigor em novembro de 2003, preceitua: "Article 79 (Demande en interprétation d'un arrêt) 1. Toute partie peut demander l'interprétation d'un arrêt dans l'année qui suit le prononcé. 2. La demande est déposée au greffe. Elle indique avec précision le ou les points du dispositif de l'arrêt dont l'interprétation est demandée. 3. La chambre initiale peut décider d'office de l'écartier au motif que nulle raison n'en justifie l'examen. S'il n'est pas possible de réunir la chambre initiale, le président de la Cour constitue ou complète la chambre par tirage au sort. 4. Si la chambre n'écarte pas la demande, le greffier communique celle-ci à toute autre partie concernée, en l'invitant à présenter ses observations écrites éventuelles dans le délai fixé par le président de la chambre. Celui-ci fixe aussi la date de l'audience si la chambre décide d'en tenir une. La chambre statue par un arrêt."

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, prevê a possibilidade de interpretação das decisões tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme art. 67, *verbis*: "A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença". O procedimento para a interpretação encontra-se disciplinado no art. 59 do Regulamento da Corte²¹.

No plano das legislações nacionais, o *Nouveau Code de Procédure Civile* francês prevê, para a interpretação das decisões judiciais não impugnadas por

21 Tem a seguinte redação o dispositivo mencionado: "Artículo 59. Demanda de interpretación. 1. La demanda de interpretación a que se refiere el artículo 67 de la Convención podrá promoverse en relación con las sentencias de fondo o de reparaciones y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida. 2. El Secretario comunicará la demanda de interpretación a las partes en el caso y les invitará a presentar las alegaciones escritas que estimen pertinentes dentro del plazo fijado por el Presidente. 3. Para el examen de la demanda de interpretación la Corte se reunirá, si es posible, con la composición que tenía al dictar la sentencia respectiva. Sin embargo, en caso de fallecimiento, renuncia, impedimento, excusa o inhabilitación, se sustituirá al juez de que se trate según el artículo 16 de este Reglamento. 4. La demanda de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia. 5. La Corte determinará el procedimiento que se seguirá y resolverá mediante una sentencia."

apelação, a propositura de uma “demande en interprétation”, regulada pelo art. 461²². Também em várias leis dos Cantões suíços há procedimento próprio para a interpretação das decisões judiciais. O *Code de Procédure Civile* de Vaud, por exemplo, estatui: “Art. 482. Il y a lieu à interprétation d’un jugement définitif ou d’un arrêt lorsque le dispositif en est équivoque, incomplet, contradictoire ou encore lorsque, par une inadvertance manifeste, le dispositif est en contradiction flagrante avec les motifs. Art. 483. La demande d’interprétation est faite par requête motivée adressée au juge ou au tribunal qui a statué définitivement. Le juge ou le tribunal statue sur le vu des pièces et, s’il y a lieu, après inspection locale, les parties entendues ou dûment citées et nonobstant le défaut de l’une d’elles. Il n’y a pas de relief. Art. 484. La demande d’interprétation ne suspend l’exécution du jugement que si le juge ou le président du tribunal saisi de la demande l’ordonne. Le juge qui ordonne la suspension peut ordonner des sûretés ou des mesures provisionnelles. Art. 485. Il y a recours en réforme contre le jugement statuant sur une demande d’interprétation. Le recours n’a pas d’effet suspensif, sauf décision contraire du président de la Chambre des recours. Le jugement admettant la demande d’interprétation est mentionné en marge de la minute du jugement interprété”. Regras semelhantes encontram-se na Loi de Procédure Civile de Genève²³, e no Code de Procédure Civile de Fribourg²⁴.

4 – MEIOS DE INTERPRETAÇÃO

A interpretação das decisões judiciais se faz por diferentes formas e em diferentes momentos. Mattiolo referiu-se à possibilidade de colocar-se o

22 O dispositivo tem a seguinte redação: “Il appartient à tout juge d’interpréter sa décision si elle n’est pas frappée d’appel. La demande en interprétation est formée par simple requête de l’une des parties ou par requête commune. Le juge se prononce les parties entendues ou appelées.”

23 Art. 153, assim redigido: “Il y a lieu à interprétation d’un jugement si le dispositif contient ambiguïté ou obscurité dans les expressions ou dans les dispositions”.

24 Trata-se dos arts. 330 a 333, com o seguinte teor: “Art. 330 II. Interprétation. 1. Ouverture. Il y a lieu à interprétation d’un jugement lorsque le dispositif en est obscur, incomplet ou équivoque, ou que les éléments du dispositif sont contradictoires entre eux ou avec les motifs. Art. 331 2. Mode de procéder 1. La demande d’interprétation est portée devant le tribunal qui a prononcé le jugement, dans les trente jours dès la notification du jugement. 2. Elle indique les points sur lesquels l’interprétation est demandée. Art. 332 3. Réponse et effets de la demande Les articles 326 et 327 sont applicables par analogie à la réponse et aux effets de la demande d’interprétation. Art. 333 4. Instruction et jugement. 1. Le tribunal statue sur le vu des dossiers; exceptionnellement il peut ordonner des débats et assigner les parties. 2. S’il admet la demande, le tribunal interprète le jugement sans en changer le fond. 3. La notification du jugement interprété vaut comme nouvelle notification du jugement primitif et fait courir à nouveau les délais de recours contre celui-ci. 4. Le greffe fait mention du jugement admettant la demande d’interprétation en marge de la minute du jugement primitif. 5. Le jugement statuant sur une demande d’interprétation n’est pas susceptible de recours”.

problema em dois distintos momentos, a saber, “o in un nuovo giudizio in cui la detta sentenza viene prodotta quale titolo o documento della nuova causa, o nel procedimento di esecuzione forzata della sentenza medesima”²⁵. Esqueceu-se de mencionar, no entanto, a sua ocorrência no âmbito do próprio processo em que proferida a decisão a se interpretar.

De fato, proferida a decisão, havendo alguma dificuldade para compreendê-la, por conta da falta de clareza do seu texto ou por qualquer outro motivo, os embargos de declaração servem como primeiro instrumento para interpretá-la. A situação pode caracterizar obscuridade, a justificar, nos termos do art. 535, inciso I, do CPC, oferecimento do recurso. Também é possível colocar-se o problema por conta de omissão no pronunciamento, que, por exemplo, determina o cumprimento de certa obrigação, mas não indica o termo inicial para tanto. Por fim, havendo determinações contraditórias na decisão, o que fazer? Para encontrar a resposta é preciso interpretá-la. Os embargos de declaração, cabíveis em caso de omissão, obscuridade ou contradição, são “o meio próprio para se obter a interpretação da sentença”²⁶.

Nem importa que não se trate exatamente de sentença ou de acórdão o pronunciamento a interpretar-se. Ainda que seja o caso de decisão interlocutória, como o provimento que antecipa a tutela, por exemplo, também podem os embargos de declaração ser utilizados. O legislador, no art. 535, inciso I, do CPC, ao referir-se apenas a sentença ou acórdão, *dixit minus quam voluit*. Já o havia notado Pontes de Miranda, ainda ao tempo do texto legal anterior, ao escrever que “os embargos de declaração são oponíveis a sentenças em geral e a despachos”²⁷.

25 *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1896, volume IV, n. 94, nota 4, p. 94.

26 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., 1949, vol. V, p. 335.

27 *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. V, p. 344. Sempre no mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 155, Estêvão Mallet, *Embargos de declaração, in Recursos trabalhistas – Estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala*, São Paulo, LTr, p. 39. Em jurisprudência: “Decisão interlocutória. Embargos de declaração. 1. Como já decidiu a Corte, os embargos de declaração “são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535, CPC, atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual” (STJ, 3ª T., REsp 193.924/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.06.1999, in DJU 09.08.1999, p. 170); “Processual civil. Decisão interlocutória. Embargos de declaração. Agravo. Cabimento. Precedentes. Recurso provido. Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535, CPC, atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais.” (STJ, 4ª T., REsp 158.032/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.03.1998, in DJU 30.03.1998, p. 89); e “Processual civil. Decisão que acolhe incidente de impugnação ao valor da causa. Embargos declaratórios. Cabimento, em tese. Interrupção do prazo recursal. Possibilidade. Tempestividade do ulterior agravo de instrumento. I. Em princípio, de acordo com o entendimento mais moderno do STJ, cabem embargos declaratórios contra qualquer

Fora dos embargos, a interpretação é muitas vezes necessária, ainda no processo em que proferida a decisão, para o exame e julgamento, no juízo *ad quem* do recurso interposto. Impugnada a sentença, a partir da conclusão de que nela estaria a condenação a fazer “a”, o que à parte afigura-se injustificável, o Tribunal deve, antes de prover sobre o pedido de reforma, verificar se de fato foi proferida decisão com o conteúdo questionado. Se não o foi, o recurso não deve ser conhecido no particular. Figure-se a hipótese de, deferidas horas-extras, com reflexos em “verbas rescisórias”, expressão utilizada no julgado sem indicação precisa das parcelas, sobrevém recurso pelo reclamado, com pedido de exclusão do pagamento sobre prêmios, recebidos durante a vigência do contrato de trabalho. Ao julgar o recurso, se o Tribunal interpreta que a sentença não contempla o reflexo das horas-extras nos prêmios, por tal parcela não constituir verba rescisória, não há como acolher o recurso, para, no ponto, modificar a condenação. Não existe condenação no pagamento da verba impugnada. Logo, falta interesse recursal, o que redundaria em não conhecimento da impugnação. Mas à conclusão só se chega após interpretar e precisar o sentido da sentença recorrida.

É bem possível que a dificuldade na interpretação da decisão não seja identificada de imediato ou em curto espaço de tempo após a sua publicação, de modo a permitir que a questão seja discutida em recurso. Na primeira leitura, considerado o texto em termos abstratos, longe das dificuldades da situação concreta, parece ele suficientemente claro. Passado algum tempo, quando então se busca cumprir a decisão, surge a dificuldade. Põe-se em dúvida o exato significado do pronunciamento. Discute-se se a decisão significa “a” ou “b”. Não são mais cabíveis, todavia, os embargos de declaração ou outro recurso, esgotado já o prazo legal. Nem por isso fica afastada a necessidade de interpretação da decisão. Modifica-se apenas o meio pelo qual se vai realizá-la. A atividade passa a constituir questão a se resolver no âmbito da execução ou – de acordo com a terminologia da Lei nº 11.232 – da fase de cumprimento da decisão²⁸, por meio de um “vero e proprio atto (o attività)

decisão judicial, ainda que interlocutória.” (STJ, 4ª T., REsp 117.696/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.09.2000, in DJU 27.11.2000, p. 165). Podem também ser citados os seguintes outros arestos: STJ, 4ª T., REsp 173.021/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.08.1998, in DJU 05.10.1998, p. 103; e STJ, 4ª T., REsp 163.222/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 30.04.1998, in DJU 22.06.1998, p. 107.

- 28 O tema foi enfrentando, de passagem, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 71.538, Rel. Min. Amaral Santos (DJU 24.09.1971). É mais explícito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “É possível alegar, pela via dos embargos à execução judicial, excesso de execução com base na interpretação da sentença exequenda, sem que isso signifique revolver as questões já decididas no processo de conhecimento” (STJ, 3ª T., REsp 818.614, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.10.2006, in DJU 20.11.2006, p. 309).

processuale”²⁹. Em novo pronunciamento judicial, cabe ao juízo interpretar a decisão, inclusive ao ensejo de sua liquidação³⁰, resolvendo a dificuldade surgida, para dizer se nela se contém “a” ou “b”. O exemplo antes dado, sobre reflexos de horas-extras em “verbas rescisórias”, pode ser de novo utilizado. Ao promover a liquidação da sentença será preciso, em primeiro lugar, delimitar o significado da expressão “verbas rescisórias”, para determinar sobre quais parcelas haverá e sobre quais outras não haverá incidência dos reflexos das horas-extras. A solução dada, qualquer que seja, fica sujeita aos meios de revisão próprios do processo em causa. Ao iniciar a execução, interpretada pelo juízo, a expressão “verbas rescisórias” da forma “a”, para justificar a expedição de mandado, se o executado considera incorreta a conclusão, terá oportunidade de, nos embargos à execução, discutir o ponto. Fundamentará os embargos na desconformidade da execução com o verdadeiro significado da sentença exequenda, a qual, na sua visão, deve ser interpretada da forma “b”. De idêntico modo, ao reclamante, não se conformando com a interpretação que exclui certa parcela da execução, indeferindo o pedido para incluí-la no mandado, é dado impugnar a sentença de liquidação, na forma do art. 884, § 3º, da CLT.

Por fim, também pode a interpretação da decisão judicial constituir objeto de outro processo, seja como objeto principal, seja como questão prejudicial, a ser resolvida para decidir-se sobre o pedido. Como decidiu a Corte de Cassação francesa, “la compétence d’un tribunal pour interpréter ses propres jugements n’exclut pas une interprétation incidente par un autre tribunal dans une autre instance”³¹. No campo trabalhista, exemplo da última hipótese – interpretação como questão prejudicial – corresponde à ação de cumprimento, em que se busca, nas palavras de Carnelutti, o “ascertamento del regolamento collettivo”³². Se a interpretação de cláusula normativa da sentença coletiva é, ao contrário, deduzida em ação declaratória, a fim de determinar a existência ou não de obrigação, nos termos do art. 4º, inciso I, do CPC, tem-se típico caso de interpretação como objeto principal do processo³³.

29 Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza*, cit., p. 299.

30 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. VI, p. 141, e José Aparecido dos Santos, *Cálculos de liquidação trabalhista*, Curitiba, Juruá, 2002, p. 47. Na jurisprudência: “As obscuridades da sentença, não aclaradas por oportuna interposição de embargos de declaração, podem e devem ser superadas, no momento da execução pela interpretação da sentença” (TJRS, 4ª C.Cív., Ap.Cív. nº 584000046, Rel. Des. Oscar Gomes Nunes, j. 01.01.1980).

31 Corte de Cassação, 1ª C.Cív., julgamento de 18.01.1989, Processo 87-13177, Rel. M. Ponsard, publicação no Boletim 1989, I, nº 22, p. 15.

32 *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, CEDAM, 1927, n. 85, p. 162 e ss.

33 A propósito, no âmbito da jurisdição administrativa francesa, cf. Serge Guinchard e outros, *Droit processuel – Droit commun et droit compare du procès*, Paris, Dalloz, 2003, n. 680, p. 1.043.

5 – NATUREZA DA CONTROVÉRSIA SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Determinar a natureza jurídica do contencioso provado pela interpretação das decisões judiciais é importante, de logo, para delimitar a recorribilidade que o incidente suscita. Se estiver em causa debate de natureza constitucional, mais ampla, por conta da garantia e da estabilidade conferida à coisa julgada, é a recorribilidade permitida, tanto no processo civil como no processo do trabalho, diante do disposto no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição, e art. 896, § 2º, da CLT, respectivamente.

A controvérsia sobre a interpretação das decisões judiciais, surgida como questão posta na execução ou como objeto de processo específico, tal qual em ação de cumprimento ou ação declaratória, não implica necessariamente a existência de contencioso constitucional. Pode até surgir contencioso de tal natureza, mas não se deve supor que a simples discussão a respeito da abrangência da decisão a interpretar implique sempre debate a respeito da autoridade da coisa julgada, ou seja, aplicação ou não do art. 5º, XXXVI, da Constituição. O problema que se coloca é outro, a saber, a determinação do significado da decisão. Logo, eventual contraste do segundo pronunciamento com o que seria o correto significado do pronunciamento interpretado fica no plano infraconstitucional. A ofensa ao art. 5º, XXXVI, no caso, é apenas reflexa e indireta, insuficiente para a caracterização de contencioso constitucional³⁴, como já decidiu, reiteradas vezes, o Supremo Tribunal Federal, inclusive na seguinte decisão: “Direito constitucional, processual civil e trabalhista. Recurso extraordinário trabalhista. Pressupostos de admissibilidade. Agravo (...) é pacífica a jurisprudência do STF, no sentido de não admitir, em RE, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais, como são as que regulam os limites objetivos da coisa julgada (...)”³⁵.

34 “A ofensa à Constituição, para servir de base ao recurso extraordinário, há de ser direta e frontal, e não verificável por via oblíqua. Precedentes do STF” (STF, Pleno, RE 186.088/DF, Rel. Min. Néri da Silva, *in* DJU 24.02.1995, p. 3.696). Para o exame do problema frente ao direito italiano anterior ao vigente Código de Processo Civil, em matéria de cabimento ou não do recurso de cassação, por ofensa a outro julgamento, cf. Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, CEDAM 1937, ns. 81 e ss., p. 233 e ss.

35 STF, 1ª T., AI 408.513 AgR/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 17.12.2002, *in* DJU 07.03.2003. Ainda no mesmo sentido: “O Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se em causas de natureza trabalhista, deixou assentado que, em regra, as alegações de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da

É a solução também aplicada, *mutatis mutandis*, na hipótese de discussão sobre a interpretação de norma legal. A interpretação apresentada, quando desacertada, não implica ofensa à regra do art. 5º, inciso II, da Constituição, sob o argumento de resultar dela a imposição de obrigação não prevista em lei. Consoante sublinha Pontes de Miranda, o ato que não viola de frente a Constituição, mas infringe certa lei, “infringe a Constituição. Certamente, há infração da ordem jurídica constitucional, mas falta a imediatidade. Se fôssemos aceitar a indistinção não haveria nenhuma ilegalidade; todas as questões de irregularidade da legislação ou dos atos dos poderes públicos seriam questões constitucionais”³⁶. Muito a propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária...”³⁷. O mesmo se pode dizer no campo da interpretação das decisões judiciais. Aliás, a Súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal refere-se, ao afastar o cabimento de recurso extraordinário, por ofensa ao princípio da legalidade, exatamente à necessidade de “rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

A conclusão tem de ser outra, contudo, quando, sob o pretexto de interpretar a decisão, nega-se manifestamente o seu conteúdo, contraria-se o seu texto, modifica-se o seu significado, adotando-se interpretação sem nenhum respaldo ou amparo. Não se pode, sob a alegação de pretender interpretar a decisão, alterar o seu teor. Como registrou certa feita a Corte de Cassação francesa, “les juges, saisis d’une contestation relative à l’interprétation d’une précédente décision, ne peuvent, sous le prétexte d’en déterminer le sens, apporter une modification quelconque aux dispositions précises de celle-ci”³⁸. Também a Corte Européia de Direitos Humanos, ao examinar uma *demande en interprétation d’un arrêt*, como previsto em seu Regulamento, assinalou que, sendo a decisão antes tomada clara quanto aos pontos sobre os quais se

Constituição, circunstância essa que impede a utilização do apelo extremo. Precedentes.” (STF, 2ª T., AI 360.388 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello, in DJU 05.04.2002, p. 50). Trata-se de antiga orientação, como mostram outros arestos: “Arts. 891 e 916 do Código de Processo Civil. *Res iudicata*. Interpretação da sentença. Descabimento do apelo extremo” (STF, 2ª T., RE 22.393, Rel. Min. Orosimbo Nonato, j. 24.04.1953, in DJU 29.10.1953, p. 13.305); e “Sentença exequenda. Interpretação aceitável, que se lhe deu e que não importa vulneração da letra da lei ou dissídio jurisprudencial. Recurso extraordinário sem cabimento.” (STF, AI 38.673/SP, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 27.10.1966, in DJU 10.05.1967, p. 1.318).

36 *Comentários à Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, tomo I, p. 298.

37 STF, 1ª T., Proc. AgAI 134.736-9, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in DJU 17.02.1995, p. 2.747.

38 Corte de Cassação, 1ª C.Civ., julgamento de 05.07.1978, Processo 77-13410, Relator M. Joubrel, publicado no Boletim 1, nº 258, p. 203.

pediam esclarecimentos, alterar o dispositivo do julgado “aboutirait non pas à clarifier ‘le sens et la portée’ de cet arrêt, mais plutôt à le faire modifier sur une question que la Cour a tranchée ‘avec force obligatoire’...”, pretensão que extravasa o âmbito da “interprétation au sens de l’article 57 du règlement A”³⁹. De igual modo, a Corte Internacional de Justiça, também ao examinar o pedido de interpretação de decisão sua, cuidou de sublinhar que “la question de la recevabilité des demandes en interprétation des arrêts de la Cour appelle une attention particulière en raison de la nécessité de ne pas porter atteinte au caractère définitif de ces arrêts et de ne pas en retarder l’exécution”⁴⁰. Nem mesmo quando se pretende obter esclarecimento sobre os motivos da decisão, não sobre o seu significado – por não parecerem, os motivos que foram apresentados, suficientes à conclusão enunciada –, cabe pedido de interpretação, como pôde advertir a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴¹.

O próprio Supremo Tribunal Federal, depois de excluir do contencioso constitucional as discussões sobre interpretação da decisão judicial, como visto acima, teve o cuidado de ressaltar situações excepcionais, em que a decisão interpretativa apresenta-se “manifestamente contrária ao (anteriormente) decidido”.

Em semelhante contexto, quando a interpretação da decisão anterior redundava em violação de seu significado e conteúdo, com preterição do que foi julgado, abrindo espaço para nova e diferente decisão, pode-se configurar ofensa à coisa julgada, bastante para caracterizar o contencioso constitucional e

39 *Allenet de Ribemont c. France (Interprétation)*.

40 Decisão de 25 de março de 1999, tomada no pedido de interpretação da decisão de 11 de junho de 1998, relativa ao caso sobre a fronteira terrestre e marítima entre Camarões e Nigéria. Segue a mesma linha a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se vê, por exemplo, da afirmação lançada na sentença de 30 de novembro de 2007, proferida no caso *La Cantura vs. Peru*, *verbis*: “... una demanda de interpretación de una sentencia no debe utilizarse como un medio de impugnación, sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutiveos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutivea... no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demanda de interpretación” (n. 9). Outros precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sempre no mesmo sentido, são: *Loayza Tamayo vs. Peru*, sentença de 8 de março de 1998 (ns. 16 e 18, com indicação, no último tópico indicado, de precedentes da Corte Européia de Direitos Humanos) e *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentença de 29 de maio de 1999 (n. 20).

41 Trata-se da decisão tomada no caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, em cujo n. 26 afirma-se: “... no es pertinente emitir pronunciamiento sobre cada una de las preguntas formuladas por el Estado en este aspecto, que no plantean dudas sobre la interpretación de la sentencia, sino acerca de los motivos que tuvo la Corte para dictarla.” (Sentença de 3 de junho de 1999).

autorizar, inclusive, a interposição de recurso extraordinário⁴² ou, no campo trabalhista, de recurso de revista em execução de sentença. Decide dessa forma o Tribunal Superior do Trabalho na medida em que, ao afastar pedido de rescisão fundado no art. 485, inciso IV, do CPC, em caso de mera interpretação da decisão tomada ao ensejo de sua execução, ressalva a hipótese de “dissonância patente entre as decisões exequenda e rescindenda”⁴³. Trata-se, é certo, de situação excepcional, cuja ocorrência, todavia, não há como excluir, tanto que já verificada em caso concreto, segundo se infere da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Tendo a sentença exequenda fixado os parâmetros para futura execução, eventual modificação destes a título de interpretação do título executivo mostra-se atentatória à coisa julgada”⁴⁴.

6 – CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS GERAIS E A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Certos critérios hermenêuticos de caráter geral, utilizados nos mais diferentes contextos, têm também pertinência na interpretação das decisões judiciais.

A interpretação das decisões judiciais, como qualquer interpretação, começa pelo exame do texto a interpretar. Esse é o seu ponto de partida⁴⁵. Por conseguinte, determinados parâmetros, próprios da interpretação das leis, que também principia pelo exame do texto⁴⁶, são igualmente utilizáveis na interpretação das decisões judiciais.

É correto dizer, por exemplo, que, oferecendo a palavra empregada na sentença ou na decisão dois diferentes significados igualmente aceitáveis,

42 “Recurso extraordinário. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, para a fixação dos limites objetivos da coisa julgada, a não ser quando manifestamente contrária ao decidido, é questão que não se alça do plano constitucional do desrespeito ao princípio de observância da coisa julgada, mas se restringe ao plano infraconstitucional, configurando-se, no máximo, ofensa reflexa à Constituição, o que não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário...” (STF, 1ª T., RE 233.929/MG, Rel. Min. Moreira Alves, in DJU 17.05.2002, p. 66).

43 OJ-SDI-II, n. 123.

44 STJ, 5ª T., AgRg no REsp 864.887/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21.11.2006, in DJU 05.02.2007, p. 369. Veja-se, ainda: “Fixados, com trânsito em julgado os honorários, não pode o magistrado, na execução da sentença, valer-se de outros critérios, a título de interpretação do julgamento anterior, sob pena de violação aos arts. 467, 468 e 471 do CPC.” (STJ, 3ª T., REsp 631.321/SP, Rel. Min. Castro Filho, j. 26.08.2004, in DJU 20.09.2004, p. 293).

45 Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza*, cit., p. 299.

46 Como adverte Carlos Maximiliano, “o primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios orienta-se no sentido de entender e linguagem empregada” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., n. 113, p. 106).

prevalece o que seja usual sobre outro, raramente empregado. Consoante a advertência de Ferrara, “per regola le parole devono intendersi nel senso usuale comune”⁴⁷. Na jurisprudência anglo-saxônica afirmou-se: “words are generally to be understood in their usual and most known signification”⁴⁸. Assim, quando a sentença alude a “valor venal”, é correto entender, como já se decidiu, que se teve em vista o valor de venda do bem, não o valor pelo qual se acha ele registrado, em algum apontamento público, como a planta de valores que serve de base para a cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano⁴⁹. Termos técnicos devem ser entendidos no sentido de que, segundo a boa técnica, lhes é próprio, de acordo com a proposição de Blackstone⁵⁰. Parte-se da premissa de que foram empregados corretamente. Por conseguinte, se o julgado refere-se, para invocar exemplo encontrado na jurisprudência, a “valor da causa”, ao fixar os honorários de advogado, toma-se em consideração o valor que veio a ser atribuído à causa na petição inicial, sentido técnico da expressão, e não o valor da condenação⁵¹.

Também é possível falar em interpretação sistemática da decisão judicial⁵², a fim de que as palavras utilizadas em uma passagem do pronunciamento com um claro significado sejam lidas, em outra passagem,

47 *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, n. 46, p. 213.

48 Caso *De Veaux v. De Veaux*, *apud* Henry Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, St. Paul, West Publishing, 1911, § 63, p. 175, nota 108. Também a Suprema Corte dos Estados Unidos da América teve oportunidade de registrar, em decisão de 1979: “Unless otherwise defined, statutory terms are generally interpreted in accordance with their ordinary meaning.” (Perrin v. United States, 444 U. S. 42).

49 O acórdão, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, acha-se assim ementado: “A expressão ‘valor venal’, de acordo com os dicionários de língua portuguesa e com os trabalhos voltados, especificamente, para a catalogação do sentido jurídico do termo, deve ser entendida como valor de venda do bem, preço de mercado, sendo, pois, irrepreensível a decisão que determinou que os aluguéis correspondessem a 1% da importância fixada pelas partes na promessa de compra e venda do imóvel. É de conhecimento geral que o valor utilizado como base de cálculo do IPTU apenas muito raramente reflete o preço real do imóvel, encontrando-se, em geral, defasado em relação aos valores praticados no mercado imobiliário. Assim, sua utilização, para cálculo da quantia devida a título de contraprestação pela utilização do imóvel pelo promitente comprador seria evidente fonte de injustiça, eis que se estaria premiando, indevidamente, a inadimplência deste, e deixando de ressarcir adequadamente a promitente vendedora.” (TAMG, 5ª C.Civ., Ap.Civ. 433.395-3, Rel. Juiz Eduardo Mariné da Cunha, j. 01.04.2004, in DJ 23.04.2004).

50 *Blackstone’s commentaries*, Philadelphia, William Young Birch, 1803, § 60.

51 Mais uma vez a decisão é do TAMG: “Execução. Título judicial. Excesso. Inocorrência. Interpretação da expressão ‘valor da causa’. ‘Não há qualquer excesso na execução de título executivo judicial que faz incidir os 10% sobre o valor da causa, conforme recomendado nos votos que constituem o Julgado, pois, quando se utiliza dessa expressão, refere-se ao valor que foi atribuído a ela e não impugnado, o que nada tem a ver com valor da condenação’.” (TAMG, 5ª C.Civ., Ap.Civ. 387.782-5, Rel. Juiz Francisco Kupidowski, j. 27.03.2003, in DJ 09.04.2003).

52 José Aparecido dos Santos, *Cálculos de liquidação trabalhista*, cit., p. 51-52.

com o mesmo significado. Se em um ponto da sentença menciona-se extinção do contrato de trabalho com a nítida referência a dispensa sem justa causa, não cabe pretender interpretar a expressão, que reaparece em outro ponto do julgado, como se indicasse pedido de demissão. Mais ainda, a sentença toda deve ser examinada em seu conjunto, como teve oportunidade de assinalar o Superior Tribunal de Justiça, em aresto com a seguinte ementa: “Processo civil. Liquidação. Interpretação da decisão liquidanda. Análise do respectivo contexto. Art. 610, CPC. Recurso não conhecido. A elaboração de conta em sede de liquidação deve-se fazer em estrita consonância com o decidido na fase cognitiva, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto, afigurando-se despropositado o apego a interpretação literal de período gramatical isolado que conflita com o contexto de referida decisão”⁵³. É também nessa linha a jurisprudência dos Tribunais norte-americanos. A Corte de Apelação da Califórnia, ao defrontar-se com a necessidade de interpretar decisão tomada em caso de família, para resolver se haveria ou não como reexaminar o julgamento, pôs em evidência: “The true measure of an order... is not an isolated phrase appearing therein, but its effect when considered as a whole”⁵⁴.

Mas não se deve pensar, por conta do exposto até aqui, que os critérios para a interpretação das decisões judiciais confundam-se ou identifiquem-se perfeitamente com os aplicáveis à interpretação das leis. Não é assim, como reconhece a doutrina⁵⁵. Há peculiaridades importantes, a serem mais adiante realçadas.

Tampouco se aplicam sem restrições, na interpretação das decisões judiciais, os critérios relativos à interpretação dos negócios jurídicos em geral⁵⁶. Como bem enfatizado em acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, “a sentença não se confunde com o negócio jurídico, nem... se pode considerar a sentença um simples acto jurídico de natureza privada. A sentença é um acto de autoridade pública, de natureza soberana, porque emanada de Tribunal”⁵⁷.

53 STJ, 4ª T., REsp 44.465/PE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.04.1994, in DJU 23.05.1994, p. 12.616.

54 Roraback v. Roraback, 38 Cal.App.2d 592, processo 6.375, decisão de 24.04.1940.

55 Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1981, n. 123, p. 228, e Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. II, p. 326.

56 Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, cit., n. 123, p. 228, e Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. II, p. 326.

57 Processo 159/1997.C1, Rel. Virgílio Mateus, decisão de 08.05.2007. A equiparação feita por Black à sentença como quase contrato, por não ser possível tratá-la como delito (*A treatise on the law of judgments*, St. Paul, West Publishing, 1891, volume I, § 11, p. 17), é de todo injustificável. Há atos jurídicos que não são contratos ou delitos e tampouco quase contratos.

É excessivo dizer, como fez o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que “as decisões judiciais constituem actos jurídicos a que se aplicam, por analogia, as normas que regem os negócios jurídicos”⁵⁸. Não está em causa interpretação de uma vontade⁵⁹, a vontade do juiz. O que importa é a decisão tomada. Quando muito se poderia falar em vontade do Estado, plasmada, porém, na própria sentença⁶⁰. Daí logo se tiram três primeiras observações importantes.

Em primeiro lugar, de pouca valia mostram-se, na interpretação das decisões judiciais, as disposições dos arts. 113, 114 e 423, do Código Civil. Não há, por exemplo, pensar-se na sentença como ato benéfico, a fim de interpretá-la de modo restritivo. Tampouco faz sentido pretender equiparar o réu ao aderente, em contrato de adesão, para interpretar, em seu favor, as disposições ambíguas do julgado⁶¹.

Em segundo lugar, não tem o prolator da decisão autoridade suplementar ou privilegiada para interpretá-la. É erro grave dizer, como já se viu, que “somente o juiz que prolatou a sentença tem o conhecimento da omissão, a fim de preencher o claro existente; somente ele sabe da incoerência de sua decisão, afastando a contradição existente nas proposições”⁶². A decisão é o que nela se contém, não o que o juiz, como pessoa, gostaria que nela estivesse ou pretendeu nela inserir. Importa mais o elemento objetivo da decisão do que a subjetividade de seu prolator, pois, como anota Satta, “la volontà del giudice non è altro che il suo giudizio, e questo è un fatto obiettivo che non si può identificare se non con elementi obiettivi, non con la ricostruzione de una volontà”⁶³.

É fenômeno característico da declaração apartar-se, como lembra Betti, do pensamento, para adquirir “espressione oggettiva, dotata di vita propria, percepibile e apprezzabile nel mondo sociale”⁶⁴. Em consequência – prossegue

58 STJ, Proc. 06A4449, Rel. Alves Velho, Ac. 22.03.2007. Em termos muito próximos, o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal também assinalou: “A sentença judicial, como acto jurídico que é, está sujeita a interpretação, valendo nesse domínio, por força do disposto no art. 295º Código Civil, os critérios de interpretação dos negócios jurídicos.” (Processo 035319ª, Relator Políbio Henriques, julgamento de 11.10.2006).

59 Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza*, cit., *passim*.

60 É nesse sentido que se deve entender a afirmação de Alfredo Buzaid, na seguinte decisão: “O juiz, enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei.” (STF, 1ª T., RE-ED 94.530/BA, Rel. Min. Alfredo Buzaid, j. 21.05.82, in DJU 06.08.82, p. 7.350).

61 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. II, p. 326.

62 Sonia Márcia Hase de Almeida Baptista, *Dos embargos de declaração*, São Paulo, RT, 1993, p. 94.

63 Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, cit., n. 123, p. 227.

64 *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1943, n. 3, p. 11.

o autor – “una volta che con la dichiarazione il pensiero, uscito da se stesso, è distaccato e diventato qualcosa di oggettivo, questo qualcosa, che è la dichiarazione, ha ormai nel mondo sociale un valore a se stante oggettivamente riconoscibile, che non depende più dal pensiero dell’autore e fa la sua strada per conto proprio secondo le regole che governano ogni comunicação expressiva fra gli uomini”⁶⁵. Mesmo na interpretação da lei, anota Radbruch, deve-se buscar “o sentido objetivamente válido dum preceito ou disposição jurídica”, não o “sentido que foi pensado pelo autor da lei”⁶⁶. Afinal, arremata ainda Radbruch, “o Estado não nos fala através das declarações pessoais dos autores da lei, mas tão-somente através da própria lei”⁶⁷. Não é diferente no campo dos pronunciamentos judiciais. Como adverte Pontes de Miranda, no exame dos embargos de declaração, colocado o problema da interpretação da decisão, deve-se “mais atender ao declarado que ao querido”⁶⁸. Colhe-se, na jurisprudência, interessante situação em que fica realçada a importância da distinção, no campo da interpretação da sentença, entre o querido e o declarado. Em ação de indenização, deferiu-se, por sentença proferida ao tempo em que vigorava o Código Civil de 1916, pensão até que os menores, favorecidos pelo pagamento, completassem 21 anos. Com a vigência do novo Código, reduzida a menoridade para 18 anos, pretendeu o devedor exonerar-se mais cedo do pagamento, sob o argumento de que teria o julgador pretendido limitá-lo à menoridade dos favorecidos. O pedido foi rejeitado, acertadamente. Se a intenção era limitar a pensão à menoridade, haveria de explicitar a circunstância, ainda que juntamente com a referência à idade vigente à época. Mencionada, porém, apenas a idade, a intenção do julgador, não exteriorizada na decisão, não pode ser invocada para modificar o que ficou decidido⁶⁹.

65 *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., n. 3, p. 12.

66 *Filosofia do direito*, São Paulo, Saraiva, 1937, p. 160.

67 *Filosofia do direito*, cit., p. 160.

68 *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. V, p. 335.

69 O acórdão, do TJMG, tem a seguinte ementa: “Interpretação do dispositivo da sentença que se refere a 21 anos de idade. Vigência do novo Código Civil reduzindo a maioridade civil. - Interpretação restritiva em analogia aos casos amparados pela doutrina e jurisprudência estendendo a pensão além da maioridade civil. Ausência de menção do termo ‘maioridade civil’ na sentença concessiva da pensão por prática de ato ilícito. - Pretendendo o devedor de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito se exonerar de pensão para menores, ao argumento de que o dispositivo da sentença concessiva da pensão mencionava que esta deveria ser paga até que os menores tenham atingido 21 anos de idade e, com o advento do novo Código Civil, reduzindo a maioridade para 18 anos, deve prevalecer interpretação restritiva, análoga ao entendimento da doutrina e jurisprudência, que estende o pensionamento em casos de responsabilidade civil por ato ilícito e direito de família além da maioridade civil, até mesmo diante da ausência de qualquer menção do termo ‘maioridade civil’ na sentença concessiva da pensão por prática de ato ilícito.” (TJMG, 9ª C. Cív., Ap. 2.0000.00.480722-3/000, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. 07.02.2006, in DJ 01.04.2006).

Não há razão, portanto, para supor preferível a interpretação dada à decisão por seu próprio prolator e muito menos para imaginar que caiba apenas a ele fazer essa interpretação. É inaceitável a idéia, proposta por José Alberto dos Reis, de que o juiz, no exercício da jurisdição quando do exame do pedido de esclarecimento de decisão judicial, na forma do antigo art. 670º do Código de Processo Civil de Portugal, correspondente ao atual art. 669º⁷⁰, possa “ouvir o juiz substituto (prolator da decisão cujo esclarecimento se busca) para, em seguida, decidir”⁷¹. Igualmente criticável é a previsão do art. 475, do *Code de Procédure Civile* do Québec, que atribui ao próprio prolator da decisão a competência para completá-la em caso de omissão ou corrigi-la em caso de erro, admitindo a transferência da atividade ao Tribunal apenas na hipótese de não estar mais o seu prolator no exercício da atividade ou se encontrar ausente ou impedido de agir, solução semelhante à do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que preconiza, no pedido de interpretação, a reunião do órgão, se possível, “con la composición que tenía al dictar la sentencia respectiva”⁷². Insista-se: proferida a decisão, torna-se irrelevante a vontade pessoal de seu prolator. O pronunciamento adquire autonomia e vida própria e fica sujeito a ser interpretado – ou completado, se for o caso – por quem estiver incumbido de aplicá-lo, como já se assentou, com inegável propriedade, no campo dos embargos de declaração⁷³. Fosse de outro modo, ficaria por resolver-se – e não haveria como resolver – o problema da competência para interpretar a decisão judicial cujo prolator aposentou-se ou faleceu.

Por fim, a conduta das partes é de pouco significado na interpretação da decisão. No campo dos negócios jurídicos, sua importância, explicitada em

70 “1. Pode qualquer das partes requerer no Tribunal que proferiu a sentença: a) O esclarecimento de alguma obscuridade ou ambigüidade que ela contenha...”

71 *Código de Processo Civil anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, vol. V, p. 155.

72 Art. 59, n. 3, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

73 Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos e Juan-Luis Gómez Colomer, *Derecho jurisdiccional*, II, 1º, Barcelona, Bosch, 1989, p. 328, Enrique Vescovi, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 80, e Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, RT, 1999, p. 1.050. Em jurisprudência: “Afastado o juiz que tenha proferido a sentença, por qualquer dos motivos previstos no art. 132, CPC, desvincula-se ele do feito, sendo competente para julgar os embargos de declaração opostos contra essa sentença o magistrado que assumiu a Vara.” (STJ, 4ª T., REsp 198.767/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.12.1999, in DJU 08.03.2000, p. 122).

certos ordenamentos jurídicos⁷⁴ e enunciada pela doutrina⁷⁵, é sem dúvida maior. Realmente, o comportamento das partes durante a execução do contrato e após tem grande valor para definir a abrangência das obrigações e dos direitos recíprocos. Como escreve Carvalho de Mendonça, “a observância do negócio jurídico é um dos meios denunciativos da interpretação autêntica da vontade das partes. Esclarece esta vontade...”⁷⁶. No processo, porém, o controle sobre o significado da decisão judicial escapa ao domínio das partes. É atribuição que compete ao juiz, por se tratar de matéria de interesse público. Em consequência, ainda que autor e réu concordem em atribuir à decisão judicial o significado “a”, comportando-se, no processo, de acordo com tal significado, ao juiz é dado interpretá-la no sentido “b”. Falha, também aqui, o critério interpretativo próprio dos negócios jurídicos.

7 – ALGUNS OUTROS CRITÉRIOS PARA A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Entre os critérios peculiares da interpretação das decisões judiciais há um que emerge da forma como elas se estruturam e da presunção de coerência interna do texto. Isso permite enunciar o relevante papel hermenêutico, reconhecido e proclamado por doutrina assente⁷⁷ e pela jurisprudência⁷⁸, da

74 Dispõe o art. 1.362 do Código Civil italiano: “Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”.

75 A esse critério já aludiam Aubry e Rau no *Cours de droit civil français*, Paris, *Éditions techniques*, s.d.p. (*sixième édition*), tome *quatrième*, § 347, p. 484/485. Na doutrina norte-americana, sob a denominação de “practical construction”, cf., por exemplo, Edwin W. Patterson, *The interpretation and construction of contracts*, em *Columbia Law Review*, vol. 64, p. 844 e ss.

76 *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934, vol. VI, parte I, n. 234, p. 213.

77 Pedro Vidal Neto, *Estudo sobre a interpretação e aplicação do Direito do Trabalho*, São Paulo, tese, 1985, p. 184.

78 “Para interpretar uma sentença, não basta a leitura de seu dispositivo. O dispositivo deve sintegrado (*sic*) com a fundamentação, que lhe dá o sentido e o alcance.” (STJ, 3ª T., REsp 818.614, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.10.2006, in DJU 20.11.2006, p. 309). Também assim a decisão do TJMT: “Critério de interpretação da sentença. Leitura do dispositivo em conformidade com o contido na fundamentação e no pedido formulado no processo. Recurso conhecido e provido. A parte conclusiva do acórdão deve ser analisada de acordo com a fundamentação nele contida. Se na fundamentação existia determinação expressa, ela deve ser cumprida mesmo se ausente na parte dispositiva, sobremaneira quando o erro técnico ainda pode ser sanado em instância superior.” (TJMT, 2ª C.Civ., Proc. 24326/2007, Rel. Des. A. Bitar Filho, in DJ 25.10.2007). Na jurisprudência trabalhista: “Execução. Liquidação de sentença. Critérios. A liquidação de sentença, em face de critério constante da fundamentação e omitido no dispositivo, alusivamente a determinada parcela da condenação, não impede e não dispensa a interpretação sistemática do decidido de acordo com os limites da litiscontestação e, também, com os

fundamentação. Se nela se esclarece a obscuridade existente no dispositivo, interpreta-se a decisão de acordo com a fundamentação⁷⁹. Por isso assinala a doutrina que os motivos da decisão, conquanto não transitem em julgado, “possono servire al chiarimento e perciò alla estensione o alla limitazione del dispositivo”⁸⁰. Como assinalou o juiz Verdross, em acórdão da Corte Européia de Direitos Humanos, proferido em 23 de junho de 1973, “... le dispositif d’un arrêt doit toujours s’interpréter en relation avec les motifs... un dispositif ne peut s’apprécier indépendamment des motifs qui l’accompagnent”⁸¹. É compreensível, porque “an author must be supposed to be consistent with himself; and therefore, if in one place, he has expressed his mind clearly, it ought to be presumed that he is still of the same mind in another place, unless it clearly appears that he has changed”⁸².

Em decisões colegiadas, os debates, que integram a fundamentação, também servem como parâmetro interpretativo. Nem eventuais votos vencidos deixam de ter importância. Indicam, quando menos, como não se pretendeu decidir. Havendo dúvida sobre se a decisão deve ser interpretada no sentido “a” ou no sentido “b”, se o voto vencido claramente optava pelo último sentido, o fato de não ter prevalecido é indicativo de que se deve preferir o outro.

Se a fundamentação ou os motivos têm grande peso na interpretação da decisão, o mesmo não se pode dizer da ementa de acórdãos. Não é ela irrelevante. Não é, contudo, muito significativa. Embora deva obrigatoriamente

fatos demonstrados pelo conjunto da prova produzida.” (TRT 4ª R., 4ª T., Ac. 0087-1999-511-04-40-1, Rel. Juiz Fernando Luiz de Moura Cassal, j. 13.09.2007, in DJ 25.09.2007). Na jurisprudência portuguesa há o seguinte precedente do Supremo Tribunal Administrativo, em que sublinhada a importância de considerar-se, na interpretação da decisão, a sua fundamentação: “A interpretação da sentença... exige que se tomem em consideração a fundamentação e a parte decisória” (Processo n. 035319ª, Relator Políbio Henriques, j. 11.10.06).

79 Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, cit., n. 123, p. 228.

80 Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, volume quarto, n. 383, p. 432/433. No mesmo sentido, na doutrina francesa, Colin e Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1953, tome deuxième, n. 791, p. 528. Em jurisprudência, restringindo o teor aparentemente mais amplo do dispositivo, ante o seu caráter dúbio: “Apesar da dubiedade da parte dispositiva da sentença singular, que se refere às arras mais o dobro desse valor, a condenação foi estabelecida pelo juiz *a quo*, e confirmada pelo acórdão guerreado, na devolução das arras mais o seu equivalente, acrescidos dos consectários legais.” (JC, Ceará, 1ª C.Civ., ED 2000.0134.1319-9/2, Rel. Des. Ermani Barreira Porto, j. 29.10.2007).

81 *Affaire Ringeisen C. Autriche – Interpretation*. Ainda sobre o ponto, no plano do direito internacional, cf. Pablo Antonio Fernandez Sanchez, *L’authorité de la chose jugée dans les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, em *Judicial protection of human rights at the national and international level*, Milano, Giuffrè, 1991, vol. II, p. 595.

82 Maxwell *apud* Henry Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, cit., § 42, p. 119.

figurar em todo acórdão (CPC, art. 563), destina-se apenas a facilitar a divulgação da jurisprudência. Nem integra a decisão, já que não é submetida a votação. Como disse acertadamente o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em antigo julgado, “ementa não é parte integrante do acórdão”⁸³. Escasso o seu valor interpretativo, portanto.

Importa assinalar, como outro critério interpretativo, a presunção de não se haver decidido contra a lei⁸⁴. Busca-se, na interpretação da decisão judicial, solução que esteja mais em harmonia com o direito vigente. Nessa linha, decidiu a Corte de Cassação francesa que, para determinar o termo inicial da correção de aluguel, é correto tomar por base as disposições legais em que se funda a decisão interpretada⁸⁵. No Brasil, em caso envolvendo discussão sobre honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça sublinhou a necessidade de interpretar-se dispositivo pouco claro do julgado de maneira a afastar solução que implicasse ofensa à regra do art. 20 do CPC⁸⁶. É natural. Se *iura notiv curia*, é também de se supor que tenha sido a decisão tomada em conformidade com a lei. Desse enunciado extraem-se vários desdobramentos, que servem como parâmetro na interpretação das decisões judiciais.

Em primeiro lugar, cabe evitar entendimento que leve a julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*⁸⁷, o qual seria, no fundo, contrário ao direito posto: *ne eat iudex ultra petita partium*. Procura-se interpretar a decisão, portanto, de modo que fique ela em “armonica correlazione con la domanda giudiziale”⁸⁸. Aplicando tal diretriz, resolveu o Superior Tribunal de Justiça: “Havendo dúvidas na interpretação do dispositivo da sentença, deve-se preferir a que seja mais conforme a fundamentação e os limites da lide, em conformidade com o pedido formulado no processo. Não há sentido em se interpretar que foi profe-

83 Tribunal de Apelação do Distrito Federal, Câmaras Reunidas, Proc. RR 288, Rel. Des. Rocha Lagoa, in Revista Forense, vol. 94, p. 288.

84 Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, cit., n. 123, p. 228.

85 2ª C.Civ., decisão de 27.06.1990, in *Nouveau Code de Procédure Civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 280.

86 Trata-se de acórdão com a seguinte ementa: “Havendo dúvida razoável quanto à correta interpretação do dispositivo da decisão judicial que fixou os honorários advocatícios devidos pela Fazenda Estadual sucumbente na ação anulatória de débito fiscal e nos embargos à execução fiscal, julgados simultaneamente, em hipótese que poderia, efetivamente, levar a entendimentos em sentidos opostos, há que se afastar a tese de violação do art. 20 do CPC, principalmente se também razoável tenha sido a interpretação adotada pelo Tribunal recorrido.” (STJ, 2ª T., REsp 707.812, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.12.2005, in DJU 01.02.2006, p. 493).

87 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., 1947, vol. II, p. 327, Vittorio Denti, *L'interpretazione della sentenza civile*, cit., p. 88, e Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2002, vol. III, n. 1.230, p. 680.

88 Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 266. Também assim, na doutrina nacional, José Aparecido dos Santos, *Cálculos de liquidação trabalhista*, cit., p. 65.

rida sentença *ultra* ou *extra petita*, se é possível, sem desvirtuar seu conteúdo, interpretá-la em conformidade com os limites do pedido inicial”⁸⁹.

Justifica-se a proposição na medida em que, se a sentença é uma resposta ao pedido, como se costuma dizer em doutrina⁹⁰, certamente facilita a compreensão da resposta o exame do que foi perguntado. Aliás, a própria fundamentação pode ser esclarecida pelos termos do pedido⁹¹. Como anota Carnelutti, “in quanto il testo della sentenza permetta il dubbio, il tenore delle domanda assume efficacia decisiva”⁹². A resposta “sim” (correspondente à parte dispositiva da decisão), isoladamente considerada, nada significa. Conjugada com a pergunta feita (pedido deduzido no processo), adquire significado mais preciso. Pode-se mesmo ir além, para utilizar, na interpretação do julgado, todo o debate realizado no processo, como fez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão com a seguinte ementa: “Embargos à execução. Necessidade de interpretação da sentença, em face de sua ambigüidade. Trabalho hermenêutico que deverá levar em conta a demanda, a parte dispositiva e a discussão judicial travada no processo de conhecimento”⁹³.

Em segundo lugar, tendo em conta o parágrafo único do art. 460 do CPC, prefere-se interpretação que leve a decisão certa àquela que conduza a resultado impreciso ou deixe a controvérsia por decidir. Nas palavras de Pontes de Miranda, “nunca se interpreta, na dúvida, como deixando a fórmula ou regra ou decisão *in futurum iudicium*: interpreta-se como ‘tendo decidido’”⁹⁴.

Em terceiro lugar, apresentados pedidos cumulados sucessivamente (CPC, art. 289), acolhido o principal, interpreta-se como rejeitado o seguinte, já que não é lícito ao juiz examiná-lo⁹⁵. Se, ao contrário, é claro e indubitoso o

89 STJ, 3ª T., REsp 818.614, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 26.10.2006, in DJU 20.11.2006, p. 309.

90 Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, n. 184, p. 293.

91 Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza*, cit., p. 304.

92 Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., vol. 4, n. 383, p. 431, e, ainda, Vittorio Denti, *L'interpretazione della sentenza civile*, p. 88.

93 TJRS, 6ª C.Cív., Ap.Cív. 70003139946, Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, j. 04.06.2003. Em termos semelhantes: “Consoante entendimento doutrinário, a interpretação dos julgados... exige ir além das palavras utilizadas pelo julgador, para alcançar efetivamente a vontade declarada, que haverá de harmonizar-se com o objeto do processo e com as questões que a seu respeito as partes suscitaram na fase de postulação.” (TJES, 2ª C.Cív., Proc. 048.00.006619-0, Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, j. 05.06.2007, in DJ 12.07.2007).

94 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., 1947, vol. II, p. 327.

95 “Tratando-se de pedidos formulados em ordem sucessiva (art. 289 do CPC), podem eles ter fundamentos opostos. O segundo pedido somente será objeto de decisão na eventualidade da improcedência do primeiro.” (STJ, 4ª T., REsp 34.371/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.10.1997, in DJU 15.12.1997, p. 66.414).

acolhimento do pedido formulado sucessivamente, entende-se repellido o pedido principal.

Também se deve partir da premissa de que a decisão, se não dispôs de forma diversa, seguiu a diretriz dominante na jurisprudência. Não que tenham os precedentes força vinculante. Não é isso. O juiz sempre pode, com a restrita exceção da súmula vinculante – nos termos do art. 103-A, da Constituição –, decidir em desacordo com a jurisprudência dominante. A questão é outra, no entanto. Resume-se à idéia de que não se presume solução contrária ao que usualmente prevalece. Afinal, “na dúvida, segue-se a regra geral”⁹⁶, pois o normal se presume, enquanto o extraordinário se demonstra ou se explicita. Por isso, se nada diz a sentença sobre o termo inicial para apuração da correção monetária, faz muito mais sentido admitir a incidência da Súmula nº 381 do Tribunal Superior do Trabalho, do que, sem nenhum elemento indicativo do contrário, pretender se tenha buscado aplicar parâmetro diverso. Bem a propósito, decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Liquidação. Execução de título judicial. Omissão quanto ao índice a ser aplicado na correção monetária. Utilização da tabela usada pela contadoria judicial. Não determinando a sentença qual o índice a ser utilizado na atualização monetária na liquidação do débito, deve ser utilizada a tabela normalmente utilizada pela Contadoria Judicial e recomendada pela Corregedoria de Justiça”⁹⁷. Tome-se, ainda, o caso de sentença proferida por Vara do Trabalho da capital de Estado, em ação civil pública, omissa a respeito da abrangência territorial de sua eficácia. Não se resolvendo a dúvida pelo exame do pedido ou por outros aspectos da causa, como a natureza da controvérsia ou o problema a resolver com o processo, é de supor a aplicação dos parâmetros estabelecidos pela OJ-SDI I nº 130, do Tribunal Superior do Trabalho, para atribuir-lhe eficácia no âmbito do Estado e não eficácia nacional. Parâmetro diverso sempre pode ser adotado. Mas não é presumido.

A Corte Européia dos Direitos do Homem, por sua vez, ao interpretar decisão sua, proferida em julho de 1995, omissa a respeito da incidência de juros de mora em condenação imposta à França, condenação que não veio a ser paga pontualmente, concluiu não caber o acréscimo, exatamente porque “la pratique consistant à prévoir le versement d’intérêts moratoires en cas de retard de paiement, la Cour ne l’a introduite qu’en janvier 1996”. Daí tirou a

96 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit. n. 286, p. 234.

97 TAMG, 1ª C.Civ., Ap.Civ. 318.892-9, Rel. Juiz Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 31.10.2000, in DJ 18.11.2000.

Corte que, adicionar juros de mora à condenação, diante da prática vigente ao tempo em que proferida a decisão, seria modificar o julgamento, solução incabível no caso, a despeito da inadimplência verificada⁹⁸.

É a diretriz indicada acima – presunção de decisão em conformidade com a jurisprudência dominante – que explica a solução contida na Súmula nº 401, do Tribunal Superior do Trabalho⁹⁹, muito mais do que o caráter de ordem pública dos descontos. Tanto assim que, se a sentença não explicita a proibição de descontos, mas facilmente se percebe haver sido ela estabelecida, pela indicação de um valor líquido para o reclamante em que não contempladas deduções, não há como, sem desprezar o julgamento, determinar retenções, ainda que sejam elas impostas por norma de ordem pública.

Outro critério a mencionar decorre do princípio da conservação, inerente “all’ esenza stessa dell’ ordinamento giuridico”¹⁰⁰, segundo o qual “ogni atto giuridico di significato ambiguo deve, nel dubbio, essere intenso nel suo massimo significato utile”¹⁰¹. Também a sentença, como ato jurídico que é, fica sujeita a esse princípio, o que já foi realçado pelo Supremo Tribunal Federal: “Não ofende a garantia constitucional da coisa julgada a decisão que, na execução trabalhista, dá interpretação razoável ao acórdão condenatório de modo a emprestar-lhe efeito útil, ao contrário da insanável contradição que resultaria do entendimento sustentado pela agravante”¹⁰². Logo, entre duas interpretações possíveis da decisão, igualmente adequadas ao seu texto e em conformidade com os demais cânones hermenêuticos, prefere-se aquela de que decorre alguma eficácia, em detrimento da que a priva de eficácia¹⁰³.

98 Corte Européia dos Direitos do Homem, caso *Henrich c. France (Interpretation)*, Processo 13616/88, decisão de 03.07.1997.

99 “Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executório, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária.”

100 Cesare Grassetti, *Conservazione (Principio di)* em *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1961, IX, p. 173.

101 Cesare Grassetti, *Conservazione (Principio di)*, cit., p. 174. De acordo com isso, estatui o *Codice Civile* italiano: “Art. 1.367. Conservazione del contratto. Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1424).”

102 STF, 1ª T., AI-AgR 135.022/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.07.1991, in DJU 09.08.1991, p. 10.365. No mesmo sentido, cf. ainda: STJ, 3ª T., REsp 5.277/SC, Rel. Min. Nilson Naves, in DJU 26.11.1990, p. 13.780.

103 Referência passageira à adoção do critério do *effet utile*, inclusive na atividade de interpretação das decisões judiciais, encontra-se no voto vencido do juiz Cançado Trindade, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferido no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros)* vs.

Desdobramento do enunciado anterior é a proposição segundo a qual se deve afastar significado de que resulte obrigação inexecutável ou comportamento impraticável¹⁰⁴. Em termos gerais, “não se interpreta um texto de modo que resulte fato irrealizável”¹⁰⁵: *ad impossibilia nemo tenetur*. O mesmo vale para as decisões judiciais. Se, em ação proposta por sindicato, a sentença proferida em detrimento do empregador proíbe a extinção de contratos de trabalho de seus empregados, sob cominação de multa, sem fazer referência, porém, apenas a dispensa sem justa causa, não se deve supor exigível a sanção caso tenha havido, em condições perfeitamente normais, mero pedido de demissão. Afinal, não pode o empregador impedir que o próprio empregado tome a iniciativa de extinguir o contrato de trabalho.

Dizer, como faz Pontes de Miranda, que a sentença deve ser interpretada sempre de modo estrito¹⁰⁶ é já conclusão bastante questionável. É certo que não se executa nem se exige o cumprimento do que na sentença não se contém, ainda que, segundo o direito positivo, nela devesse figurar. Se os honorários advocatícios não foram deferidos, não podem ser cobrados¹⁰⁷. De idêntico modo, se não foi concedida a multa de 40% do FGTS, não se pode executar a parcela, mesmo sendo em tese devida, pelo reconhecimento, por exemplo, da dispensa sem justa causa. Por fim, deferidas horas-extras, mas não concedidos reflexos

Peru, sentença de 30 de novembro de 2007, *verbis*: “El ejercicio del control de convencionalidad... de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana puede en mucho contribuir a asegurar que esta última genere sus efectos propios (*effet utile*) en el derecho interno de los Estados Partes. Es este un punto que no puede pasar desapercibido de la Corte Interamericana, y que integra la aclaración de debería la Corte haber dado al punto 7(a) de la demanda de Interpretación de Sentencia presentada por los peticionarios en el presente caso de los Trabajadores Cesados del Congreso” (n. 45).

104 José Aparecido dos Santos, *Cálculos de liquidação trabalhista*, cit., p. 61.

105 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit. n. 313-B, p. 259.

106 Comentários ao Código de Processo Civil, cit., 1947, vol. II, p. 327. Na jurisprudência, acolhendo a proposição: “Interpretação de decisões exequendas. Critérios... Há leis que têm de ser interpretadas de modo estrito, e outras não. As sentenças devem, sempre, ser interpretadas de modo estrito. Manuel Mendes de Castro (*Practica Lusitana*, III, 147) entalhou a regra, que é a primeira do *método de interpretação das sentenças* e merece toda a atenção: *Sententia est stricti iuris et stricto modo intelligi debet...*” (Pontes de Miranda). Na espécie, verifica-se que a condenação atine apenas às diferenças de adicional de horas extras, por ter considerado o reclamante comissionista puro e por haver ausência de remuneração integral dessa parcela, de acordo com os documentos dos autos. Sob pena de ofensa à coisa julgada, não cabe a dedução das horas-extras pagas espontaneamente pelo empregador, pois não cuidou a sentença exequenda de condenar o executado ao pagamento dessa parcela, mas, tão-somente, diferenças sobre os adicionais.” (TRT 23ª R., AP 0730/2000, Rel. Juiz Roberto Benatar, Ac. 1.877/2000, j. 15.08.2000).

107 “Liquidação de sentença. Honorários advocatícios. I – Ação de reparação de dano decorrente de ato ilícito. Não tendo havido condenação em honorários advocatícios no processo de conhecimento, impossível incluir-se, quando da liquidação da sentença, a verba honorária no montante indenizatório. II – Art. 20 do Código de Processo Civil, inviolado.” (STJ, 4ª T., REsp 2.043/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 06.03.90, in DJU 09.04.1990, p. 2.747).

em títulos decorrentes do contrato, não se pode ampliar a condenação quando de sua liquidação, para incluir esses reflexos. Não importa – insista-se – a exigibilidade da parcela segundo o direito positivo. O que se executa não é o que a lei, em tese, atribui à parte, mas o que a sentença concretamente deferiu. Mas do exposto não se tira regra de interpretação necessariamente restritiva de julgados. Melhor é dizer que a sentença deve ser executada ou cumprida conforme os seus termos, “sem ampliações ou restrições”¹⁰⁸, ou, em outras palavras, que deve ser executada “como soa”¹⁰⁹. Quando muito, se a sentença remete ao pedido, este último há de ser interpretado segundo o critério do art. 293 do CPC. Mas a restrição resulta, no caso, não da sentença, mas do pedido¹¹⁰.

Nem existe motivo, ademais, para dar-se sempre prevalência à interpretação mais favorável ao executado. A máxima segundo a qual se adota, na dúvida, solução mais benigna ao devedor, válida, talvez, no plano do Direito material¹¹¹, não tem pertinência na hipótese de interpretação de decisões judiciais, ao contrário do que já foi sugerido¹¹². Se na decisão, por exemplo, determinado número é mencionado em algarismos e por extenso, não havendo outros elementos que indiquem qual o correto, não tem de prevalecer necessariamente o que seja mais benéfico ao executado. Mais acertada é a aplicação do critério preconizado pelo art. 12 da Lei nº 7.357, a fim de se considerar o número indicado por extenso¹¹³. Qual a razão? É mais fácil errar na grafia do número em algarismos do que ao lançá-lo por extenso. Daí a pertinência da regra, concebida para disciplinar matéria cambiária, também no campo da interpretação das decisões judiciais.

O que se pode sim adotar como critério hermenêutico de decisões judiciais, inclusive em matéria trabalhista, é a máxima *in dubio pro libertate*, para que não se imponha restrição à liberdade de outrem se não existe previsão clara no pronunciamento judicial. De acordo com isso, o Tribunal de Justiça

108 TRT 15ª R., SE, Ac. 011080/95, Rel. Juiz Castro Touron, in DJSP 03.07.95, p. 103.

109 TJRJ, 2ª C., Ap 90.687, Rel. Des. Euclides Felix de Souza, in Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil anotado*, São Paulo, RT, 1977, vol. III, p. 142.

110 A propósito, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. III, n. 1.230, p. 680.

111 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., n. 435, p. 352, e José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, cit., n. 236, p. 213.

112 Affonso Fraga, *Theoria e Pratica na Execução das Sentenças*, São Paulo, C. Teixeira, 1922, p. 54/55.

113 Trata-se da lei que disciplina o cheque e preceitua, no art. 12, ao regular a hipótese de contradição entre os valores inscritos no documento: “Feita a indicação da quantia em algarismos e por extenso, prevalece esta no caso de divergência...”

do Rio Grande do Sul decidiu: “Se a sentença condenatória, em conformidade com a alta pena imposta, emergente de crime de latrocínio, fixou o regime fechado, porém sem qualquer alusão à Lei nº 8.072 ou à inviabilidade de progressão, não há como, em sede de execução, interpretá-la contra o apenado, nela se vendo o que não foi disposto”¹¹⁴.

Diversamente, a máxima *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario*, sempre lembrada pela doutrina trabalhista¹¹⁵, nada indica tenha sido acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, muito menos como critério hermenêutico¹¹⁶. No Direito positivo nacional não se encontra previsão como a existente em vários outros sistemas jurídicos, em que preconizada a interpretação da lei, nos casos duvidosos, no sentido mais favorável ao trabalhador¹¹⁷. A regra existente no ordenamento brasileiro é outra e corresponde ao art. 8º da CLT. Não há, pois, campo para invocar a máxima na interpretação das decisões judiciais, mesmo quando proferidas em processos trabalhistas, em litígio entre empregados e empregadores¹¹⁸.

114 TJRS, 7ª C.Crim., Rel. Des Marcelo Bandeira Pereira, Agravo em Execução 70009778747, j. 11.11.2004. No mesmo sentido: “Sentença condenatória. Dispositivo. Coisa julgada. Interpretação mais favorável ao réu. Exclusão das causas de aumento. Redução da pena. Regime menos gravoso. Decisão mantida.” (TJCE, Proc. 2003.0003.6011-8/0, Rel. Des. José Eduardo Machado de Almeida, j. 21.10.2003).

115 Cf., por todos, Américo Plá Rodríguez, *Princípios de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2000, p. 107 e ss.

116 Nesse sentido, negando valor, como critério hermenêutico, à máxima *in dubio pro operario*, Alípio Silveira, *O fator político-social na interpretação das leis*, São Paulo, Tipografia Paulista, 1946, p. 132 e ss.

117 Por exemplo: Constituição da Venezuela, de 2000, art. 89, n. 3: “Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora.”; Lei Federal do Trabalho do México, art. 18: “En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2º y 3º. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.”; Código do Trabalho de El Salvador, art. 13: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas legales de trabajo, prevalecerá la más favorable al trabajador; entendiéndose por tal, aquella que considerada en su totalidad le otorgue mayores beneficios.”; Código Substantivo do Trabalho da Colômbia, art. 21: “Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador”; Lei do Contrato de Trabalho argentina, art. 9º: “En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.

118 No mesmo sentido, Coqueijo Costa, *Direito processual do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, n. 385, p. 383.

8 – CONCLUSÃO

O problema da interpretação das decisões judiciais, embora revestido de grande importância prática, tem sido pouco considerado pela doutrina e mesmo pelo Direito positivo. Os critérios aplicáveis não são idênticos aos que incidem em matéria de interpretação legal ou de atos negociais. Existem peculiaridades que devem ser consideradas, como, entre outras, a importância da fundamentação na compreensão do dispositivo ou a presunção de julgamento em conformidade com a lei e mesmo com a jurisprudência dominante. Já a máxima *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario* não constitui indicativo de como devem ser interpretadas as decisões em processos trabalhistas.

Tema Especial: Prescrição

A PRESCRIÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: NOVOS DESAFIOS

Mauricio Godinho Delgado*

I – INTRODUÇÃO

A presente década, a contar da Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004, trouxe desafios novos à Justiça do Trabalho.

Embora a extensão e a profundidade desses desafios já tenham sido largamente debatidas pela doutrina e jurisprudência nos últimos anos, não se pode, com sensatez, considerar encerrados tais debates.

Um dos aspectos sobre os quais permanece significativa controvérsia diz respeito às regras prescricionais aplicáveis aos processos veiculados no âmbito da Justiça do Trabalho.

II – PRESCRIÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO – CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO NORMATIVA

A prescrição, como se sabe, é a perda da exigibilidade judicial concernente a determinado direito em face de não ter sido exigido pelo credor ao devedor em certo lapso temporal prefixado. É a perda da potencial pretensão de determinado titular em virtude da sua omissão quanto a respectivo exercício durante certo tempo.

O instituto possui curiosa dubiedade: favorece o praticante de ato ilícito (mesmo no Direito Penal), o comitente de ilícito civil ou trabalhista, o inadimplente de todos os matizes – portanto ostenta inegável face imoral. Contudo, favorece também a estabilidade das relações humanas e sociais, a

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; Professor do Mestrado em Direito do Trabalho da PUC/ Minas; Doutor em Direito (UFMG); Mestre em Ciência Política (UFMG); Bacharel em Direito (UFJF); Autor das obras “Curso de Direito do Trabalho” (7. ed., São Paulo: LTr, 2008), “Direito Coletivo do Trabalho” (3. ed., São Paulo: LTr, 2008) e de outros livros e artigos em sua área de conhecimento.*

segurança jurídica, tendo, por isso mesmo, uma inegável face pragmática e de necessária conveniência social.

O Direito procura equilibrar essas duas faces por meio de cuidadosos critérios: diferenciação de prazos, regras de interrupção e suspensão prescricionais, preceitos impeditivos de incidência da prescrição, requisitos para seu reconhecimento pelo Juiz, etc.

Recentemente, porém, certa mudança legal pareceu romper este cuidadoso equilíbrio arquitetado pela ordem jurídica: a Lei nº 11.280 de 2006, alterando o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil e revogando o art. 194 do Código Civil Brasileiro, estabeleceu caber ao magistrado pronunciar, “de ofício, a prescrição”. Não cuidou a regra nova de delimitar sua incidência a casos em que houvesse *manifesto interesse público*, seja em razão da pessoa (Estado-devedor, por exemplo), seja em razão da natureza do litígio. Ao revés, o novo dispositivo ostenta aparente generalidade e indistinção.

Tal novo preceito aplica-se à área trabalhista, especialmente no tocante a litígios regulados pelo Direito do Trabalho?

Se for positiva a resposta, evidentemente que abrangerá tanto ações de competência tradicional da Justiça do Trabalho (relação de emprego e lides conexas), como ações inerentes à nova competência judicial fixada pela EC nº 45/04 (litígios não necessariamente regulados pelo Direito do Trabalho, como se sabe).

Se for negativa a resposta à indagação efetuada – excluindo-se o curioso preceito do âmbito das lides clássicas trabalhistas –, há que se avançar o questionamento para se saber quanto à regência sobre as novas lides colocadas no âmbito de competência da Justiça Laboral pela EC nº 45/04.

A resposta a estas cruciais indagações passa pelo exame dos critérios de aplicação de regras jurídicas *externas* ao Direito do Trabalho *dentro* de seu terreno normativo.

É que grande parte das regras regulamentadoras da prescrição encontra-se em *âmbitos jurídicos de caráter geral*, ou seja, Direito Civil e Direito Processual Civil, ao passo que o Direito do Trabalho (e também o Direito Processual do Trabalho – embora mais acentuadamente o primeiro) são ramos jurídicos notoriamente *de caráter especial*.

Neste quadro, é decisivo vislumbrarem-se os critérios de relacionamento, de inclusão ou rejeição, entre regras jurídicas de Direito Geral e regras jurídicas de Direito Especial. Mais do que isso: relacionamento não só entre regras, mas essencialmente *normas*, quer dizer, *regras, princípios e institutos jurídicos*.

DOCTRINA

A respeito desse contexto de interação e exclusão jurídicas, já havíamos exposto algumas reflexões no artigo “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – critérios de importação de regras legais civis e processuais civis”, publicado em maio de 2007. Tomamos a liberdade de retomar tais reflexões:

“Tema clássico na *Teoria do Direito* (já desde o tempo em que esta se estruturava dentro da *Introdução ao Direito Civil*) é o da comunicação normativa entre os distintos ramos jurídicos especializados (Direito Penal, Tributário, Trabalhista, Administrativo, etc.) e entre estes com o tronco jurídico mais amplo (Direito Civil). Na verdade, ele também se vincula, estreitamente, ao próprio tema da hierarquia entre normas jurídicas.

Há mais de 100 anos a *Teoria do Direito* (antes de sequer possuir este nome e qualquer autonomia didática, enquadrando-se na parte introdutória do Direito Civil) fixou alguns critérios objetivos e firmes quanto à estruturação da identidade própria de cada ramo jurídico especializado, orientadores da viabilidade ou não do processo importador de regras jurídicas gerais. Neste quadro teórico ganhou relevo o critério da *especialidade* (em contraponto à generalidade), superior até mesmo ao milenar critério da temporalidade (regra nova revogando a regra antiga). Ou seja, a regra nova, se for de Direito Geral (como, a propósito, são as do Direito Civil), não interfere na vigência e validade da regra especial, sob pena de se eliminarem da ordem jurídica todos os ramos jurídicos especializados.

Isto é conquista mais do que centenária da Ciência do Direito (embora a identificação desta seja também mais recente) e da Teoria do Direito, respeitada até mesmo pelos teóricos mais provecos do âmbito mais generalizado do mundo jurídico, o Direito Civil. Com o aperfeiçoamento das ordens jurídicas desde o século XX, melhor expressando a diversidade das sociedades humanas, multiplicaram-se os ramos especializados do Direito – o que tornou ainda mais relevante e decisivo o respeito ao critério jurídico da especialidade.

O critério da especialidade é técnico, objetivo, racional e sensato – além de estruturalmente democrático – exatamente porque se constrói tomando em consideração as particularidades fundamentais que deram origem e justificam a existência do ramo jurídico especializado, particularidades estas naturalmente desconsideradas pelos demais ramos especiais e, principalmente, pelo tronco genérico originário, o Direito Civil. Por isso é que é tão fundante, necessária, imprescindível mesmo a

observância do critério da especialidade no exame das relações entre normas gerais ou de outros ramos jurídicos em contraponto às normas estruturadoras de certo ramo especializado do Direito. Se a regra externa não tem compatibilidade com regras e, principalmente, princípios (que têm natureza normativa, enfatize-se) do ramo especializado, não se pode, definitivamente, importá-la para incidir no plano especializado do Direito.

O critério da especialidade, que conduz ao exame da compatibilidade ou não da regra externa destacada, é conquista científica própria ao Direito, orientando sociedade e Estado na interpretação, integração e aplicação da ordem jurídica, independentemente de estar prevista explicitamente em regra legal. É, pois, *inerente ao fenômeno jurídico, que não se compreende, em seu conjunto, sem a observância de tal critério*. Ainda assim, no Brasil, consta *expressamente* da ordem jurídica geral (art. 2º, § 2º, Lei de Introdução ao Código Civil). Mais: no plano do Direito do Trabalho, consta *expressamente* de sua lei mais importante (CLT, art. 8º, *caput*, e parágrafo único), o mesmo ocorrendo no plano do Direito Processual do Trabalho (CLT, art. 769).

Embora tais premissas teórico-normativas já estejam firmemente sedimentadas desde todo o desenvolver do século XX, inclusive no Brasil – tendo sido reiteradamente aplicadas pela jurisprudência trabalhista por sessenta anos no país –, curiosamente voltam a ser debatidas no atual momento, em face da plethora de regras civis e processuais civis promulgadas nos últimos anos.

Afinal, as inúmeras leis civis editadas recentemente (desde o Código Civil de 2002 até as normas que já o têm modificado em parte) e as diversas leis processuais civis promulgadas a partir dos anos 90 até a atualidade aplicam-se ou não ao Direito do Trabalho e ao Direito Processual do Trabalho? A resposta tem de ser objetiva e segura, plenamente harmônica ao critério da especialidade que rege esta dinâmica normativa: a regra exterior somente irá se aplicar caso seja absolutamente compatível com a estrutura normativa do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, quer dizer, compatível com princípios, regras e institutos destes ramos jurídicos especiais do Direito.

Se a regra externa importada vier reforçar o princípio constitucional da efetividade da jurisdição (art. 5º, LXXVIII, CR/88), os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (com a dimensão sociolaborativa deste princípio), da valorização do trabalho e

do emprego, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, a par dos princípios trabalhistas cardeais, como, ilustrativamente, da proteção e da norma mais favorável (a propósito, estes dois também com assento constitucional), ajustando-se, desse modo, a regra externa à matriz especializada do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, às suas funções normativas basilares e teleológicas, pode e deve a regra externa prevalecer no plano interno especializado destes ramos jurídicos.

Se, ao invés, a regra legal civilista ou processual civil externa essencialmente vier afrontar tais princípios constitucionais de repercussão no segmento trabalhista ou afrontar os princípios justralhistas especiais ou, ainda, agredir toda a matriz normativo-cultural do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, não pode, simplesmente, ser importada, por não ser compatível, mantendo-se atuante apenas no plano original exterior a estes ramos jurídicos especializados. Não há como tergiversar no tocante a esta dinâmica normativa, sob pena de se provocar profundo retrocesso e descaracterização no âmbito especial destes fundamentais segmentos jurídicos.”¹

Ora, Direito é *princípio, regra e instituto*, todos de caráter normativo. Havendo frontal e indissimulada incompatibilidade de certa regra exógena ao Direito do Trabalho com seu estuário de princípios, de regras e de institutos jurídicos não se pode realizar, obviamente, importação jurídica do dispositivo estranho.

Não havendo semelhante incompatibilidade, esta importação torna-se viável, é claro.

III – SITUAÇÕES DE INCOMPATIBILIDADE DE REGRAS PRESCRICIONAIS CIVIS COM O SEGMENTO JUSTRALHISTA

A mais importante situação de incompatibilidade de regras prescricionais civis e processuais civis com o segmento justralhista é, inquestionavelmente, a regra que determina a pronúncia oficial da prescrição pelo Magistrado (novo § 5º do art. 219 do CPC e revogação do art. 194 do CCB – mudanças inseridas pela Lei nº 11.280/06).

1 DELGADO, Mauricio Godinho, “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – critérios de importação de regras legais civis e processuais civis”, in Revista LTr, São Paulo: LTr, vol. 71, n. 05, maio de 2007.

O novo dispositivo não tem qualquer compatibilidade com o estuário normativo do Direito do Trabalho – e mesmo Direito Processual do Trabalho –, a par de agredir a própria Constituição, que no *caput* de seu art. 7º (onde se inclui a prescrição: inciso XXIX) repele norma *menos* favorável (“... direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à *melhoria* de sua condição social” – grifo acrescido).

A respeito desta incompatibilidade, assim se escreveu no já referido texto publicado em 2007:

“O inverso acontece, porém, no que tange às lides eminentemente trabalhistas e conexas.

Nesta seara há ramo jurídico especial imperando, com princípios, regras e institutos especiais, todos na direção francamente contrária ao esmaecimento da ordem jurídica trabalhista e das pretensões que lhe são decorrentes. A mudança de competência produzida pela EC nº 45/04 não trouxe qualquer alteração no ramo jurtrabalhista especializado e em seu direito processual instrumental – ao revés, somente lhes aguçou a especificidade e a força. Aplicar critério normativo civilista, tributário, administrativo ou processual civil no campo do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho *com o fito de depreciar ou restringir as pretensões que lhe são decorrentes, sem respeito à especificidade destes segmentos jurídicos próprios*, é não somente afrontar a clássica Teoria Geral de Intercomunicação de Normas Jurídicas – que vale em qualquer segmento do Direito e muito mais em suas áreas jurídicas especializadas –, como transformar o avanço constitucional de dezembro de 2004 (EC nº 45), que foi basicamente instrumental, em injustificável retrocesso jurídico, no plano da efetividade social e cultural dos direitos fundamentais do trabalho².

Dois exemplos chamam a atenção nesta recente pletera de diplomas civis e processuais civis. A pronúncia automática da prescrição pelo juiz (revogação do art. 294 do CCB/02 e novo § 5º do art. 219 do CPC, conforme Lei nº 11.280/06) e a improcedência liminar do pedido

2 A Teoria Geral de Intercomunicação de Normas Jurídicas já há mais de cem anos dispõe que normas gerais não interferem nas especiais, e vice-versa, não se aplicando a ramo jurídico especial dispositivo oriundo de outra área do Direito (geral ou especial) que seja incompatível com o estuário normativo do campo jurídico especializado. Este critério jurídico clássico (válido para qualquer campo do Direito, registre-se) é que preservou o Direito do Trabalho, ao longo de décadas, do assédio de parâmetros normativos que lhe eram exógenos; não há razão consistente para se modificar esta perspectiva na atual fase cultural vivenciada.

pelo Juiz em virtude de casos idênticos anteriormente julgados (novo art. 285-A do CPC, conforme Lei nº 11.277/06).

A primeira mudança, particularmente, sequer dissimula sua clara inspiração ideológica, denotando forte influência do pensamento individualista, patrimonialista e anti-social hoje culturalmente hegemônico. Mesmo no plano do Direito Civil é regra censurável por colocar o Judiciário na cidadela de defesa do devedor patrimonial, guardião de interesse privatista, restringindo fortemente a grande conquista democrática da Constituição de 1988 de ampliação do acesso ao sistema judicial.

As duas novas regras legais, de todo modo, são manifestamente incompatíveis com todo o estuário normativo do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, inclusive com os princípios constitucionais atuantes nestes campos jurídicos especializados – caso se considere que tais regras preservam validade em suas áreas normativas de origem. A pronúncia oficial da prescrição pelo Juiz, principalmente em situações que não envolvam o patrimônio público, subverte toda a estrutura normativa do Direito Material e Processual do Trabalho, não só seus princípios como também a lógica que cimenta suas regras jurídicas. Tão grave quanto tudo isso – se tal já não fosse suficiente – atinge a postura diretora do Magistrado no processo trabalhista, em contraponto às próprias razões de existência do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

As duas inovações civilistas e processuais civis produzem grave restrição ao acesso à Justiça, também princípio cardeal da Carta de 1988 e, há décadas, razão de existência do ramo especializado processual trabalhista no Brasil. Ainda que se tolere sua incidência em outros campos judiciais, ao fundamento de que permitem mitigar o número de causas em virtude do rápido decreto de sua improcedência (!??), esta justificativa jamais pode sequer despontar na Justiça do Trabalho: afinal, neste ramo do Judiciário, as causas têm sido resolvidas com rapidez, com impressionante celeridade em distintas regiões judiciárias do país, não havendo qualquer justificativa consistente para a importação de semelhantes artificios legais anômalos.³

O jurista e magistrado Mauro Schiavi, em seu recente *Manual de Direito Processual do Trabalho* – revendo, com dignidade, posicionamento

3 DELGADO, M. G., loc. cit.

interpretativo anterior –, alinhavou importantes argumentos na direção da incompatibilidade aqui enfatizada:

“Após muita reflexão a respeito, e estudos mais aprofundados sobre o tema, estamos convencidos de que o Juiz do Trabalho não deve pronunciar de ofício a prescrição.

Com efeito, primeiramente, destaca-se que a prescrição tem natureza híbrida, pois se entrelaça tanto o Direito Material como o Processual do Trabalho. Embora, hoje, o conceito de prescrição esteja vinculado à extinção de uma pretensão, tal efeito provoca a inexigibilidade do direito, acarretando a extinção do processo com resolução de mérito.

Em tendo o instituto contornos de Direito Material, a interpretação da prescrição no Direito Material do Trabalho não pode estar divorciada dos princípios do Direito Material do Trabalho, dos quais se destacam os da proteção tutelar e irrenunciabilidade de direitos.

Ensina Américo Plá Rodriguez que o fundamento do princípio protetor ‘está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho. Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive as mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades. Como dizia Couture: ‘o procedimento lógico de corrigir desigualdades é o de criar outras desigualdades’.

Quanto à irrenunciabilidade de direitos, este princípio impede que o trabalhador abandone um direito, de forma definitiva, que já está incorporado ao seu patrimônio jurídico.

Deve ser destacado que o Processo do Trabalho e o Judiciário trabalhista têm por finalidade e função institucional dar efetividade aos direitos trabalhistas e garantir a dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como facilitar o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho. Estes fatores que são a razão da existência da Justiça do Trabalho impedem que a prescrição seja pronunciada de ofício pelo Juiz do Trabalho.

Por outro lado, embora o Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho sempre tenham se valido tanto do Código Civil (art. 8º da CLT)

como do Código de Processo Civil (art. 769 da CLT) para disciplinar as hipóteses de interrupção, suspensão e até o momento da alegação da prescrição pelo demandado, esse argumento não autoriza que o § 5º do art. 219 do CPC seja automaticamente aplicável ao Processo do Trabalho, pois embora a CLT, aparentemente, não discipline tais questões, há necessidade de uma filtragem prévia pelo Juiz acerca da compatibilidade de tal instituto com os princípios que regem o Direito Processual do Trabalho e o Direito Material do Trabalho.⁷⁴

Acrescenta o autor, reportando-se aos preceitos constitucionais do art. 7º, *caput*, e inciso XXIX, da Constituição da República, que o reconhecimento da prescrição por ato automático do Juiz *não enseja a melhoria da condição social do trabalhador* – nesta medida afrontando o princípio/regra do *caput* do art. 7º referido. Além disso, como a norma prescricional foi inserida no rol de direitos dos trabalhadores (inciso XXIX, citado), não poderia tal regra magna ser diminuída pela lei ordinária. Na argumentação do jurista, portanto, haveria óbice constitucional direto à operação importadora da novel regra civilista e processualista civil para o campo juslaborativo⁵.

Completa, por fim, Mauro Schiavi:

“No nosso sentir, além dos argumentos principiológicos acima mencionados, há um dispositivo previsto na CLT que pode impedir o alento subsidiário do § 5º do art. 219 do CPC. Trata-se do § 1º do art. 884 da CLT, que tem a seguinte redação: ‘a matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida’. Embora o referido dispositivo trate dos embargos à execução e à fase de execução, pode ser transportado para a fase de conhecimento por meio da interpretação analógica e se afirmar, no Processo do Trabalho, por força do citado dispositivo consolidado, que a prescrição depende de iniciativa do demandado, não havendo lacuna na legislação, o que impediria a aplicação do § 5º do art. 219 do CPC.

Por derradeiro, ao aplicar a lei, o Juiz deve atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Ainda que se possa sustentar que há

4 SCHIAVI, Mauro, *Manual de Direito Processual do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2008, p. 326-327. O autor cita de Américo Plá Rodríguez a obra *Princípios de Direito do Trabalho* (3. ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 85) e de Vicente Ráo o livro *O Direito e a Vida dos Direitos* (v. 1, 3. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 68).

5 Conforme Mauro Schiavi, ob. cit., p. 327.

DOCTRINA

compatibilidade entre o § 5º do art. 219 do CPC e o Direito do Trabalho, acreditamos que o Juiz do Trabalho possa deixar de aplicá-lo, por ser socialmente inadequado e injusto, considerando-se os princípios do Direito Material e Processual do Trabalho. Como destaca *Vicente Ráo*, sem dúvida casos ocorrem nos quais o Juiz pode se encontrar diante de lei manifestamente injusta, a qual não corresponde às condições sociais do momento e cuja aplicação rígida possa causar dano à ordem pública ou social. Nessa hipótese, melhor será considerar a lei inadaptável ao caso concreto, por dissonância com os elementos de fato e socorrer-se, para a solução do conflito, das demais fontes do direito.”⁶

Na direção desta incompatibilidade, há recente acórdão da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, lavrado pelo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, em processo julgado na Sessão de 05.03.08 da 6ª Turma:

“RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. ART. 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 entre as partes. Deste modo, necessário que a prescrição seja argüida pela parte a quem a aproveita. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (TST-RR-404/2006-028-03-00.6, 6ª T., Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga)

Na mesma direção, observe-se o acórdão oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, relatado pelo Desembargador Federal do Trabalho Luiz Otávio Linhares Renault:

“PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO E DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. PERMISSIVO CONTIDO NO ART. 219, § 5º, DO CPC. DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO. Os direitos trabalhistas são de natureza patrimonial especial, eis que derivados da prestação de serviços por pessoa física com a finalidade de obter o sustento próprio e de sua família, de forma honesta e digna,

6 SCHIAVI, Mauro, ob. cit., p. 327-328.

DOCTRINA

valor esse consubstanciado em norma constitucional, erigida em princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, *caput* e incisos III e IV, da Magna Carta. Melhor seria que exceções à patrimonialidade fossem preservadas e até ampliadas, como é o caso da estabilidade, que durante décadas foi prevista timidamente na CLT e, *a posteriori*, descortinada largamente, quase sem efetividade, na Constituição. Existem direitos trabalhistas que ultrapassam qualquer valoração patrimonial, como no exemplo acima, cujo elevado atributo jurídico-social foi substituído pelo FGTS de índole essencialmente econômica. No âmbito institucional, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pelo decurso do prazo, aliado à inércia. Assim, a prescrição é a perda, pelo decurso do tempo, da pretensão atribuída pela lei ao titular de exigir pelas vias judiciais o cumprimento de determinado direito. Os direitos trabalhistas são visceralmente irrenunciáveis; são indisponíveis, constituindo a prescrição uma espécie de exceção ao mencionado princípio. Normalmente, a prescrição quinquenal, parcial ou total, que ocorre no curso do contrato de trabalho, se deve à falta de garantia de emprego. O ajuizamento de ação trabalhista na vigência do pacto laboral pode significar a perda de um bem maior e que se torna a cada dia mais raro: o próprio emprego, de fundo muito mais social do que patrimonial, o que, de resto, ocorre com a grande maioria dos direitos trabalhistas. *A CLT é omissa a respeito da possibilidade de o juiz, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato. Assim, o § 5º do art. 219 do CPC, para ser aplicado no Processo do Trabalho, tem de passar pelo crivo da compatibilidade, conforme arts. 769 e 8º, da Consolidação, mormente se se considerar que a prescrição é a perda da pretensão, que fulmina, ainda que indiretamente, o direito material sobre o qual está alicerçada toda a dignidade do trabalhador. Assim, a subsidiariedade, além da fissura legislativa, exige uma aguda e serena harmonia interior e intrínseca. É mais ou menos como se fosse um transplante em que a compatibilidade molecular deve ser pesquisada minuciosamente. Ao menor sinal de rejeição, a norma jurídica que se pretende transplantar deve ser afastada.* A persistência da omissão é melhor do que a aplicação subsidiária, porque o intérprete disporá de outras fontes de Direito do Trabalho, mais aptas a realizar a justiça que é a principal finalidade do Direito. Neste contexto, a prescrição trabalhista somente deve ser conhecida e decretada, quando suscitada por quem a beneficia, sendo inaplicável a regra do § 5º do art. 219 do CPC, porque não se coaduna teleologicamente com os princípios especiais justrabalhistas, sejam eles de ordem instrumental ou

substantiva. Pois bem. Os fundamentos da prescrição são a segurança jurídica, a estabilidade das relações e a paz social, plenamente aplicáveis às situações em que as partes são formal e substancialmente iguais. *Já o despojamento de direitos trabalhistas, ainda mais por declaração ex officio, em que uma das partes é economicamente mais fraca, a par de acarretar instabilidade e exclusão social, aumentar a desigualdade entre ricos e pobres, ulcera a norma constitucional que prevê como objetivo fundamental a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a erradicação da desigualdade social.*” (grifos acrescidos)

Ainda na mesma direção, leia-se o acórdão provindo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, relatado pela Desembargadora Federal do Trabalho Ivani Contini Bramante:

“PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. INCOMPATIBILIDADE. PRINCÍPIO PROTETIVO. A prescrição, como modalidade extintiva ou aquisitiva do direito de ação e medida de defesa destinada a excluir a pretensão inicial (total ou parcialmente). O art. 269, IV, do CPC coloca a prescrição como matéria de mérito. E, como tal, por versar sobre direito patrimonial, a teor do art. 194 do CC/02, c/c arts. 128 e 219, § 5º, do CPC, deve ser argüida pela parte interessada, em qualquer grau ordinário de jurisdição, completa o art. 193 do CC/02. O que implica necessariamente a possibilidade de renúncia, expressa ou tácita, tal como previsto no art. 191 do mesmo Diploma. O exercício dessa prerrogativa, por parte do devedor ou obrigado, é incompatível com a pronúncia de ofício da prescrição, pelo juiz. O instituto da prescrição, nos sistemas Processual Civil e Trabalhista são diversos. *Não há compatibilidade na aplicação do art. 219, § 5º, do CPC, aqui no Processo do Trabalho, já que se pretende garantir a isonomia das partes, assegurando condições jurídicas ao hipossuficiente. Até porque também afrontaria ao princípio protetivo delegado ao empregado e a seus direitos alimentares exigidos nesta Especializada. Afasto a declaração de prescrição de ofício.*” (grifos acrescidos)⁷

7 Por lealdade ao leitor, há que se registrar a concomitante existência de importante corrente doutrinária e jurisprudencial favorável à incidência desse novel preceito prescricional nos quadros do clássico Direito Material e Processual do Trabalho. Este texto sintético, porém, atém-se aos argumentos contrários à aplicação dessa regra jurídica recente – como contribuição ao debate em desenvolvimento.

IV – SITUAÇÕES DE APLICAÇÃO ESTRITA DE REGRAS
PRESCRICIONAIS CIVIS E PROCESSUAIS CIVIS NA JUSTIÇA
DO TRABALHO

Por outro lado, é inegável a existência de situações de compatibilidade de regras prescricionais civis menos favoráveis ao credor no novo âmbito dos processos veiculados na Justiça do Trabalho.

É que, com a EC nº 45/04, despontaram processos no estuário desta Justiça Especializada que não envolvem mais a dualidade clássica *empregado/empregador*, mas sujeitos jurídicos relativamente equivalentes, tal como se passa com lides intersindicais, por exemplo. Há até mesmo lides incorporadas pela nova competência em que o credor (ao contrário do credor-empregado) não é, definitivamente, hipossuficiente, senão *hipersuficiente* (como ocorre, afinal, com o contraponto Estado-fiscalizador *versus* empregador apenado).

Ora, algumas dessas lides não giram em torno da aplicação do Direito do Trabalho (a não ser de modo reflexo), não tendo também empregados (ou trabalhadores quaisquer) em um de seus pólos processuais.

Em tais casos *não-trabalhistas* não há que se aventar, em princípio, a existência da incompatibilidade normativa anteriormente enfatizada.

É que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, pela EC nº 45 de dezembro de 2004 (novo art. 114, CF/88), produziu a convivência, no âmbito judicial trabalhista, de critérios normativos distintos de regência da matéria prescricional.

Essa distinção torna-se muito relevante no que tange, pelo menos, a dois aspectos: a prescrição intercorrente e o decreto oficial da prescrição pelo Magistrado.

No plano das relações regidas pelo Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário e Direito Processual Civil, *em que não impera a especificidade fática e jurídica responsável pela existência do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho*, é mais reduzida a resistência ao acolhimento das lâminas supressivas da prescrição intercorrente e do decreto oficial prescricional. Ali, as lides tendem a surgir entre seres com razoável equivalência de poder (caso dos conflitos intersindicais ou entre sindicatos e empregadores, por ilustração: art. 114, III, CF/88) ou se trata de lides contrapondo seres poderosos, mesmo que reconhecida a prevalência fático-jurídica do credor/Estado (caso dos conflitos entre os empregadores apenados e o Estado/fiscalizador das relações de trabalho, ilustrativamente: art. 114, VII, CF/88).

DOCTRINA

Ora, em tais situações substantivamente distintas das empregatícias e conexas – situações que se situam, pois, fora do Direito do Trabalho e, de maneira geral, fora do Direito Processual do Trabalho – não há por que se restringirem, de maneira especial, os critérios de incidência da prescrição intercorrente e da pronúncia oficial prescritiva, *critérios que já estejam consagrados naqueles ramos não-tuitivos da ordem jurídica*. Não há motivo consistente para se acanhar, em face da nova competência constitucional, as regras de direito material e de direito processual que já sejam classicamente aplicáveis, fazendo incidir a prescrição em benefício do devedor e contrariamente ao credor.

Evidentemente que é fato pontual e restrito o reconhecimento de serem algumas das novas relações jurídicas resultantes da nova competência da Justiça do Trabalho (EC n° 45/04) efetivamente estranhas às peculiaridades justralhistas. Tal reconhecimento não deve, é claro, conduzir o intérprete e aplicador do Direito à conclusão pela perda de densidade e força destas clássicas peculiaridades, que deram origem e justificam a existência do Direito do Trabalho e de seu ramo processual específico.

A PRESCRIÇÃO EM FACE DA REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTES DE TRABALHO OU DOENÇA PROFISSIONAL AOS MESMOS EQUIPARADA

Júlio Bernardo do Carmo*

Uma onda avassaladora de decisões judiciais conflitantes, verdadeiro *tsunami*, invadiu os tribunais do país na última década, afetos a questões cíveis e trabalhistas, quando se discutia com ardor qual seria o órgão do Poder Judiciário competente para apreciar e julgar litígios envolvendo pretensões de indenização por dano moral ou material decorrente, a princípio, da relação de emprego e depois com maior ênfase, os conflitos oriundos de acidente de trabalho.

Quanto ao pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de ofensas perpetradas contra o empregado no âmbito da relação de emprego, em que pesem algumas cizânias doutrinárias e jurisprudenciais tenham surgido quando do aparecimento das primeiras demandas desse jaez, a mesma logo se dissipou, eis que se mostrava evidente e de clareza solar que, tendo o gravame surgido no decurso de uma relação de emprego, a competência para apreciar e julgar o litígio seria genuinamente da Justiça do Trabalho, ainda que o magistrado desta carreira especializada fosse instado a analisar matéria afeta a outro ramo do direito, especificamente do direito civil¹.

Questão jurídica de mais difícil trato deu-se com as demandas envolvendo pedidos de reparação por danos morais e materiais resultantes de acidente de trabalho, eis que os tribunais afetos a matérias cíveis e trabalhistas não se

* Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG).

1 O *leading case* consubstanciou-se em empolgante decisão do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, quando em visão esclarecedora estratificou-se o entendimento de que “à determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.” (STF, Pleno, Conflito de Jurisdição 6.959-6, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.02.1991, p. 1.259).

afinavam, gerando toda uma plethora de decisões conflitantes que servia de sismógrafo para a primeira instância, a denunciar um terremoto jurídico de catastróficas conseqüências e que se consubstanciava e se avolumava em uma cauda incandescente, qual magma jurídico, de intermináveis conflitos de competência que só faziam retardar a prestação jurisdicional, especialmente no âmbito da Justiça do Trabalho, que tem como pedra de toque a celeridade processual e a pronta efetividade de suas decisões, dada a preocupação manifesta que ela ostenta de imprimir e transmitir sempre uma visão *garantista e não meramente idílica* do processo trabalhista.

Os anos arrastaram-se e bem recentemente, após uma vacilação inicial, o Supremo Tribunal Federal, graças ao ingente empenho do *amicus curiae* juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, que, para nosso gáudio e honra, integra o egrégio TRT da 3ª Região, à semelhança de *Cesare Vivante* retratou-se de decisão anterior que pregava a competência irrestrita da Justiça Comum e no conflito de competência nº 7.204-1-MG da relatoria do eminente Ministro Carlos Brito adotou o entendimento histórico de que a competência para apreciar e julgar pedidos de reparação por danos morais e materiais oriundos de acidente de trabalho é da Justiça do Trabalho².

2 O Conflito de Competência 7.204-1 – Minas Gerais, a que me reporto, teve a seguinte ementa: “CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. 1. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou à Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias

Pacificada a questão da competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar litígios envolvendo pedidos de reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, surge nova discussão, igualmente candente e de magna importância pelo seu alcance social, abrangendo agora áspera diatribe em torno da prescrição que seria aplicável ao caso concreto quando os juízos trabalhistas são chamados a dirimir conflitos de tal jaez: a prescrição seria a do art. 7º, item XXIX, da Constituição Federal, irrestritamente; seria, pela natureza do litígio, segundo alguns a envolver nítida matéria de índole civilista, a prescrição gizada pelo Código Civil, observada a data em que se consumou a lesão à saúde do trabalhador, se na vigência do Código Civil de 1916, com aplicação irrestritamente da prescrição vintenária e, se na vigência do Código Civil de 2002, a prescrição trienal, irrestritamente; ou ainda se teríamos que aplicar a regra de transição prevista no Código Civil de 2002, que leva em consideração o lapso prescritivo temporal transcorrido à data de sua vigência, o que redundaria em aplicação ora de prescrição vintenária, ora de prescrição trienal; e ainda finalmente se, em se tratando de questões jurídicas afetas ao chamado direito de personalidade, o direito à reparação seria imprescritível?

Defensor da imprescritibilidade do direito do trabalhador à reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, dentre outros, cita-se o eminente articulista Francisco das Chagas Lima Filho, cujo pensamento jurídico pode assim ser condensado: “... a ação seria imprescritível dado o fato de tratar-se de ação de reparação de danos a direitos da personalidade que, por irrenunciáveis, o seu exercício não está sujeito à prescrição, face aos termos do que disposto no art. 11 do Código Civil³ e pela natureza do bem envolvido, ou seja, a personalidade, a dignidade do ser humano. A ação de reparação de danos morais decorrentes de acidente do trabalho ou de doença profissional – equiparada a acidente de trabalho por força de expressa disposição legal – tem

não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.

3 Consoante o disposto no art. 11 do Código Civil de 2002, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

por objetivo indenizar o trabalhador pelos danos à saúde, à vida, à integridade física ou mental, enfim direitos ligados à personalidade e à dignidade do ser humano. Essa categoria de direitos fundamentais constitucionalmente é garantida ao ser humano enquanto pessoa e não porque ostenta a condição de cidadão trabalhador ou empregado. Por conseguinte de natureza indisponível, não podendo o seu titular a eles renunciar e, sendo irrenunciáveis, o são, por consequência, imprescritíveis. (...) não se trata, pois, de direito de natureza trabalhista, nem tampouco civil, mas de direito de índole fundamental que diz respeito à dignidade humana. Portanto, imprescritível, pois a dignidade humana sendo ‘aquela qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos’, não é subtraída da tutela constitucional apenas porque aquele que sofreu a violação não reclamou, muitas vezes por circunstâncias alheias à sua vontade, dentro de certo espaço de tempo. Não se perde a dignidade em razão do decurso do tempo, evidentemente⁷⁴.

Na mesma toada, em que pese minimizando a tese da imprescritibilidade do direito sob epígrafe, mas ainda assim reconhecendo-a, enfatiza o eminente doutrinador Raimundo Simão de Melo que “os direitos da personalidade têm como características, entre outras, a imprescritibilidade. Isto quer dizer que, não obstante a inércia do seu titular quanto ao exercício de um desses direitos, pode o mesmo, a qualquer tempo, reivindicar a sua efetivação. Assim, a possibilidade de exercício dos direitos da personalidade jamais prescreve. O que prescreve é a pretensão à reparação dos danos causados a esses direitos, após certo lapso de tempo previsto em lei⁷⁵”.

Parece-me, salvo melhor juízo, existir erro de perspectiva jurídica nos excertos doutrinários colacionados *supra* naquilo em que pregam, em uníssono, a inexistência de prescrição no âmbito dos direitos da personalidade, e, com divergência de conteúdo, quanto ao do último articulista, naquilo em que

4 Francisco das Chagas Lima Filho, *Prescrição da Ação de Reparação de Danos Morais decorrentes de Acidentes do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.douradonews.com.br>>.

5 Raimundo Simão de Melo, *Prescrição do dano moral no Direito do Trabalho: um novo enfoque*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>.

o mesmo, em que pese reconheça a imprescritibilidade dos direitos de personalidade, defende a tese jurídica de que a prescrição só envolve a pretensão à reparação dos danos causados a tais direitos, após o lapso temporal previsto em lei, sendo que a discrepância de meu entendimento com as teses expostas cinge-se à afirmação categórica de inexistência de prescrição para os direitos da personalidade, em se tratando de reparação civil.

Seriam tais direitos, de fato, imprescritíveis?

Como a tese jurídica dos doutos articulistas centra-se na dicção do art. 11 do Código Civil de 2002, não custa mais uma vez transcrevê-lo para logo depois introduzir a nossa tese jurídica diametralmente oposta àquelas citadas.

Enfatiza o art. 11 do Código Civil de 2002, inserido no Capítulo II, que tem como título Dos Direitos da Personalidade, o seguinte:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

A *ratio essendi* do dispositivo marginado assenta-se em que o ser humano, no âmbito civil, não ostenta apenas direitos reais e pessoais, sendo igualmente titular de direitos inerentes à sua condição singular de pessoa, podendo ser declinado o direito à própria imagem, ao próprio nome, à privacidade, à honra, à vida, à integridade físico-psíquica, dentre outros. Tais direitos não eram tutelados na vigência do direito civil pretérito, adstrito ao Código Civil de 1916, época em que a matéria carecia da relevância social que alcançou na sociedade moderna, sendo exemplo dela o fato de a Exposição de Motivos do projeto do atual Código Civil ter salientado que fora reservado “todo um capítulo aos direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos e altruísticos”.

Neste contexto, a matéria, pela sua indiscutível relevância jurídica, tem assento de ordem constitucional, sabido que a Constituição Federal de 1988 traçou contornos eficazes de proteção a direitos desse jaez ao dispor, primeiro, no art. 5º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”, depois complementando no inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Neste compasso, como enfatizam com argúcia os eminentes doutrinadores J. Franklin Alves Felipe e Geraldo Magela Alves, “a reparação autônoma

do dano moral ganhou definitiva e ampla cidadania no direito pátrio a partir da Constituição Federal de 1988. *Com a indenização ao dano moral compensa-se o ofendido pela lesão a seu direito de personalidade*. Assim, quando alguém sofre os constrangimentos naturais de ver o seu nome inscrito indevidamente em órgão de proteção a crédito, tem sua dor moral presumida e pode buscar, através de uma indenização pecuniária, a compensação da ofensa recebida. São, dentre outras hipóteses de dor moral, autorizadas do pleito da indenização reparatória: a morte (para os parentes que sofrem com a perda do falecido), a lesão corporal, os procedimentos médicos e cirúrgicos malsucedidos e decorrentes de culpa do profissional, o registro indevido do nome do cliente em órgãos de proteção ao crédito, o uso indevido de imagem ou do nome de outrem, a calúnia, a injúria e a difamação⁶.

Tais gravames são suscetíveis de ocorrer igualmente no âmbito de uma relação de trabalho, nela embutida a relação de emprego, eis que o trabalhador encontra-se igualmente, máxime pelo exercício abusivo e arbitrário do poder de direção inerente ao empregador, sujeito a gravames de ordem moral de toda a sorte, os quais afloram também quando o mesmo sofre, por dolo ou culpa do empregador, acidente de trabalho, ou seja, acometido de doença profissional ao mesmo equiparada que imponha limitações irremediáveis não só à sua capacidade laborativa como também à sua integridade corporal, minando-lhe irremediavelmente a saúde, ocasionando danos à sua vida, à sua integridade física ou mental, afetando assim direitos estritamente conectados à personalidade e à dignidade do ser humano.

A correlação entre acidente de trabalho e ofensa a direitos da personalidade é de tal forma absoluta e indiscutível que, conforme assinala o eminente doutrinador Francisco das Chagas Lima Filho, já citado: “a ação de reparação de danos morais decorrentes de acidente do trabalho ou de doença ocupacional – equiparada a acidente de trabalho por força de expressa disposição legal – tem por objetivo indenizar o trabalhador pelos danos à saúde, à vida, à integridade física ou mental, enfim direitos ligados à personalidade e à dignidade do ser humano. Essa categoria de direitos fundamentais é constitucionalmente garantida ao ser humano enquanto pessoa e não porque ostenta a condição de cidadão trabalhador ou empregado⁷”.

6 J. Franklin Alves Felipe e Geraldo Magela Alves, Colaborador João Bosco Cascardo de Gouvêa, *in O Novo Código Civil Anotado*, 3. ed., Forense, p. 8.

7 Op. cit.

DOCTRINA

Disso tudo se extrai que uma coisa é indiscutível: os gravames sofridos pelo trabalhador em virtude de acidente de trabalho ou de doença profissional afetam diretamente os chamados direitos da personalidade, pelas razões expostas, mas, bem por isso, seriam imprescritíveis?

A resposta é taxativamente negativa.

O art. 11 do Código Civil de 2002 reporta-se *tout court* à intransmissibilidade e à irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, os quais não podem sofrer limitação em seu exercício por ato de vontade de seu titular, garantias essas que não salvagam, à míngua de sua literalidade, a imprescritibilidade desses mesmos direitos, quanto a aspectos ressarcitórios.

Busco de imediato respaldo na doutrina, trazendo à colação ensinamentos doutrinários do insigne civilista Sílvio de Salvo Venosa, ao dispor, em esclarecedora lição de direito, que: "... para a satisfação de suas necessidades, o homem posiciona-se em um dos pólos da relação jurídica: compra, empresta, vende, contrai matrimônio, faz testamento, etc. Desse modo, em torno de sua pessoa, o homem cria um conjunto de direitos e obrigações que denominamos patrimônio, que é a projeção econômica da personalidade (DINIZ, 1982:81). Contudo, há direitos que afetam diretamente a personalidade, que não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos. Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos. A Escola do Direito Natural proclama a existência desses direitos, por serem imanentes à personalidade. São, fundamentalmente, os direitos à própria vida, à liberdade, à manifestação do pensamento. (...) citando excelente monografia de Gilberto Haddad Jabur (2000:28) que, ao referir-se sobre o tema em debate, deixou assente que: "os direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxaço exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa"⁸.

Como os direitos da personalidade estão intimamente ligados à pessoa humana, ressalta Guilherme Borba que os mesmos ostentam as seguintes características: (a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; (b) são vitalícios, perenes ou perpétuos,

8 Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil, Parte Geral*, 3. ed., atualizada de acordo com o novo Código Civil, com estudo comparado com o Código Civil de 1916, Atlas, p. 150.

porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são *imprescindíveis* porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem à própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são também imprescritíveis; (c) são inalienáveis, ou mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; (d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos *erga omnes*⁹.

A imprescritibilidade dos direitos de personalidade deve ser inteligida com grão de sal, até porque, como dito alhures, “a possibilidade de exercício dos direitos da personalidade jamais prescreve. O que prescreve é a pretensão à reparação dos danos causados a esses direitos, após certo lapso de tempo previsto em lei”¹⁰.

A imprescritibilidade absoluta dos chamados direitos da personalidade criaria situação de discriminação em nosso direito positivo, pois, ao passo que todas as demais pretensões jurídicas estariam a sofrer, para a sua efetivação, os efeitos inexoráveis do decurso do tempo, o titular de direito subjetivo tendente à salvaguarda de valores constitucionais conectados a direitos da personalidade jamais seriam atingidos pela prescrição, podendo a qualquer tempo deduzir a pretensão em juízo e reclamar a devida reparação.

A discriminação, além de odiosa, estaria a ferir a ordem natural das coisas, pois, nessa toada, deveriam ser imprescritíveis todos os crimes contra a vida ou contra a incolumidade física das pessoas, situação que incorre no direito penal, que sujeita crimes dessa natureza, como todos os demais legalmente capitulados (*nullum crime nulla pena sine previa lege penale*), a exemplo do homicídio, infanticídio, lesões corporais graves, etc., aos efeitos inexoráveis da prescrição, que é instituto jurídico que resguarda a harmonia e a paz social.

Outra falácia é a de que a irrenunciabilidade de determinado direito acarretaria, por consequência, a sua imprescritibilidade. O argumento assenta-se sobre falsa premissa e não cede ao rigorismo da lógica. A ser assim, poderíamos montar o seguinte silogismo: (a) os direitos irrenunciáveis são imprescritíveis. (b) Os direitos trabalhistas previstos na CLT, garantidos por

9 Citado por Venosa, op. cit., p. 150.

10 Raimundo Simão de Melo, op. cit.

DOUTRINA

princípios de ordem pública, são irrenunciáveis. (c) Logo, os direitos trabalhistas previstos na CLT são imprescritíveis.

A teoria jurídica da imprescritibilidade dos direitos da personalidade, em todos os sentidos, em que pese sedutora, serve como fator de intranquilidade e de quebra da harmonia da paz social, colocando o ser humano ou quem quer que esteja obrigado a respeitar direito dessa natureza a um jugo eterno e inexorável, pois a qualquer tempo poderá ser acionado por uma responsabilidade civil que se esvaneceu nas brumas do tempo.

Se o próprio ser humano é finito e transitório, mostra-se incongruente a criação de uma potestade jurídica atemporal que não guarde correspondência com a ordem divina imprimida à própria natureza humana.

Em um mundo onde tudo é fluido e transitório não é concebível a criação de direitos subjetivos eternos, porque imprescritíveis.

A primeira teoria jurídica da imprescritibilidade do direito do trabalhador acionar o seu empregador ou tomador de serviços para demandar reparação civil por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, porque conectado a direito de personalidade, não sobrevive ao rigorismo da crítica científica e sucumbe diante do próprio arcabouço de direito positivo que tutela os direitos subjetivos, todos sujeitos inexoravelmente aos efeitos do tempo.

Devemos, assim, prosseguir nos objetivos deste modesto estudo doutrinário, encarando agora as demais facetas do direito subjetivo de o trabalhador demandar contra o seu empregador ou tomador de serviços por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho em contraste com os efeitos jurídicos que o decurso do tempo contrapõe ao exercício desse direito.

A mim me parece que a solução dos demais casos de incidência de prescrição em processos movidos pelo trabalhador contra seu empregador ou tomador de serviços objetivando reparações civis por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho é de solução singela, se se considerar o norte de direito transitório divisado pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao julgar o Conflito de Competência nº 7.204-1, da relatoria do eminente Ministro Carlos Britto e ainda a superveniência da Emenda Constitucional nº 45/04, que transferiu os litígios dessa natureza, na visão do STF, da Justiça Comum para a Justiça do Trabalho, o que implica necessariamente um exame da *vis atractiva* que o juízo natural exerce sobre a prescrição, quando excepcionado o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

DOCTRINA

Ou seja, tenho para mim que a prescrição da pretensão de reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho é uma matéria que só guarda relevância e discussão candente no momento atual em face do advento da Emenda Constitucional nº 45/04, ou seja, em decorrência da alteração do juízo natural competente para apreciá-las: antes a Justiça Comum, hoje a Justiça do Trabalho.

Como o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Federal, ao julgar o Conflito de Competência nº 7.204-1, deixou assente regras de caráter transitório quanto ao juízo natural perante o qual o processo em curso quando do advento da Emenda Constitucional nº 45/04 deve tramitar, ou seja: aqueles processos com sentença de mérito já proferida na Justiça Comum antes da entrada em vigor da EC nº 45/04 ali permanecem até o respectivo trânsito em julgado. Logo, quanto a esses processos, não existe celeuma jurídica em torno da prescrição aplicável, porque ajuizados perante a Justiça Comum e decididos em primeira instância antes da superveniência da EC nº 45/04, lógico que a prescrição é a do Código Civil, competindo aos juízes dos Tribunais Trabalhistas, ao defrontarem, no exame de recursos ordinários, com processos dessa natureza, em face da declinação de competência suscitada pelos Tribunais de Alçada ou de Justiça, devolvê-los à Justiça Comum, porque, na interpretação imprimida pelo excelso STF quando do exame do Conflito de Competência nº 7.204-1, ficou assente que tais processos continuam explicitamente na competência residual da Justiça Comum.

Quanto aos processos pendentes de decisão em primeira instância cível quando da superveniência da Emenda Constitucional nº 45/04, a consequência natural é a sua remessa imediata para a Justiça do Trabalho, sendo que somente quanto a tais processos é que se estabelece séria controvérsia a respeito da prescrição aplicável ao caso concreto: a) bienal do art. 7º, inciso XXIX, da CF/88? b) vintenária? c) vintenária ou trienal de acordo com as disposições transitórias do atual Código Civil?

Quanto aos processos transferidos para a Justiça do Trabalho sem sentença de mérito antes da EC nº 45/04 emitida pela Justiça Comum, excepcionalmente e apenas para evitar-se uma situação de armadilha para os autores das pretensões deduzidas em juízo, eis que a tempo e modo ajuizaram a ação de reparação perante a justiça que era a competente e no prazo prescricional afeto àquele juízo natural, penso ser justa e jurídica a incidência da prescrição civil, não porque o litígio guarde natureza de índole civil, e sim porque houve alteração constitucional do juízo natural, modificando-lhe a competência. A prescrição nestes casos deverá tomar como marco o princípio da *actio nata*, ou seja, a data em que o interessado teve ciência inequívoca da

lesão à saúde ou integridade física em virtude do acidente de trabalho. (Súmula nº 278 do STJ)¹¹. Se o acidente de trabalho é anterior ao Código Civil de 2002, a prescrição é indiscutivelmente vintenária. Se o acidente de trabalho é posterior ao Código Civil de 2002, a prescrição será vintenária se tiver corrido mais da metade do tempo previsto para a prescrição anterior, ou seja, se quando da lesão e ajuizamento da ação já tiver transcorrido mais de dez anos do lapso temporal que fixava a prescrição anterior. Se inexistir a fluência de mais da metade do prazo previsto no regime civil anterior, a prescrição civil será a trienal, que é a prescrição genérica aplicável a toda e qualquer pretensão de reparação civil, em que se enquadram tranqüilamente as reparações por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho. A regra de direito transitória que aqui se aplica tem previsão no art. 2.028 do Código Civil em vigor. Esta interpretação só tem aplicação para os processos egressos da Justiça Comum, haja vista que, sendo o processo ajuizado diretamente na Justiça do Trabalho, a prescrição aplicável é sempre a do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal¹².

O fundamento da natureza civil do litígio (como tem sido proclamada pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho, salvo engano em arestos da lavra dos eminentes Ministros Lelio Bentes e Oreste Dalazen, que com base nesta característica aplicam a prescrição civil e não a trabalhista) merece, a meu ver, como critério norteador da prescrição prevista no Código Civil, porque, a ser assim, os litígios envolvendo pequena empreitada deveriam observar a prescrição civil relativa à empreitada, quando é incontroverso que a prescrição aplicável é a do juízo natural competente para apreciar a demanda, com incidência pacífica do art. 7º, inciso XXIX, da CF/88 e, anteriormente à sua vigência, o art. 11 da CLT. A aplicação da prescrição trabalhista para esse

11 De fato, dispõe a Súmula nº 278 do STJ que “o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

12 A jurisprudência tem sido sensível a esta peculiaridade da transferência do Juízo Natural para a apreciação de lides envolvendo pedidos de reparação de danos morais e materiais oriundos de acidentes de trabalho, como se colhe do seguinte aresto: “PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORALE MATERIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 PERANTE A JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. Considerando que a presente demanda foi proposta muito antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004; considerando que não foi argüida nem declarada a incompetência do Juízo Cível da 6ª Vara da Comarca de Governador Valadares em data anterior a tal promulgação; considerando que havia, em 1999, acirrada controvérsia e posicionamentos diversos, inclusive dentre as diversas Turmas da Suprema Corte, acerca da competência para julgamento de ações acidentárias, entendo que não se pode aqui adotar os prazos previstos no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988, aplicáveis às ações quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho. (TRT 3ª R., Processo 00781-2005/RO, Relª Juíza Maria Laura Franco Lima de Faria, DJMG 02.12.2005, p. 4).

litígio de típica natureza civil, em que o trabalhador, como operário ou artífice, participava de pequena empreitada, nunca foi objeto de cizânia doutrinária ou jurisprudencial. Como a competência para a apreciação de tais litígios decorre diretamente da legislação consolidada, que foi encampada pela EC nº 45/04, inexistindo controvérsia em torno do juízo natural ou migração de processos de um para outro juízo natural em face do aniquilamento do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* por lei constitucional superveniente, a prescrição não autoriza a adoção de regras de temporização, porque tais ações ajuizáveis originariamente na Justiça do Trabalho orientam-se pelo norte inexorável da prescrição trabalhista bienal ou quinquenal no curso do contrato de trabalho.

Quanto aos processos egressos da Justiça Comum com sentença de mérito emitida pelo juiz de direito após a Emenda Constitucional nº 45/04, os tribunais trabalhistas, quando do exame do recurso ordinário, deverão anular a r. sentença por incompetência absoluta, com remessa dos autos à primeira instância trabalhista, onde nova sentença será emitida, sendo a questão da prescrição automaticamente transferida para o primeiro grau.

Lógico que, em toda e qualquer ação ajuizada após a Emenda Constitucional nº 45/04, seja na Justiça Comum ou do Trabalho, a prescrição é inexoravelmente a prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal¹³.

13 Neste sentido o seguinte aresto: “INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO OU DOENÇA PROFISSIONAL. PRESCRIÇÃO. AÇÕES AJUIZADAS APÓS A EC 45/2004. A indenização por acidente de trabalho é um direito de natureza trabalhista, a teor do disposto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, que estabelece que: ‘São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa’. Com efeito, a referida indenização constitui um crédito resultante da relação de trabalho, ainda que atípico, porquanto proveniente de um ilícito trabalhista. Após a edição da Emenda Constitucional 45/2004 ficou ainda mais evidente a natureza jurídica trabalhista do direito à indenização por dano moral e material decorrente de acidente do trabalho, em face da nova redação dada ao art. 114 da Constituição da República. Dessa sorte, para as ações ajuizadas a partir da vigência da Emenda 45/2004, é imperioso concluir que a prescrição aplicável é a trabalhista. (TRT 3ª R., Processo 00805-2005/RO, Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, 2ª T., DJMG 10.03.2006, p. 9).

PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO?

Luiz Alberto de Vargas

Ricardo Carvalho Fraga*

A prescrição “é a transformação de um ato contrário ao direito (o descumprimento da prestação) em estado jurídico”, pelo passar do tempo. Inexiste previsão de sua declaração pelo juiz, sem provocação da parte beneficiada, na legislação dos demais países¹. A justificativa para tanto é simples. Tratando-se a prescrição de uma forma de extinção da pretensão do credor, sua alegação pela parte demandada é facultativa e renunciável, não sendo, geralmente, razoável o conhecimento de ofício pelo juiz de alegações não produzidas – e, talvez, até mesmo não desejadas – pela parte. Fala-se “geralmente” porque podem existir situações em que se discuta para além dos estritos interesses particulares das partes, estando em jogo o interesse público.

Nossa legislação tem se mostrado atenta a tais situações, alterando-se periodicamente no sentido de ampliar as hipóteses de conhecimento de ofício da prescrição quando se discutem direitos não patrimoniais.

Em um *breve histórico* sobre as mais recentes alterações do tema, é útil a transcrição do cuidadoso resumo de Jaqueline Mielke Silva e José Tadeu Neves Xavier:

“O Código Civil de Beviláqua, em seu art. 166, dispunha: ‘o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais se não foi invocada pelas partes’. Assim, numa coerência com a colocação do tema da prescrição como questão de mérito, o juiz somente poderia conhecê-la se a parte a alegasse, uma vez que, sendo direito disponível, caberia ao seu titular optar por exercê-la ou não.

Em 1973 o legislador processual civil voltou ao tema, estabelecendo em seu art. 219, § 5º que: ‘não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato’.

* *Juizes do Trabalho no TRT (RS)*.

1 A afirmativa é de J. N. Valério Vargas, *Decretação da Prescrição de Ofício – óbices jurídicos, políticos, sociais, lógicos, culturais e éticos*, Revista LTr, São Paulo: setembro de 2006, p. 1071/1078. Ali, noticia que duas exceções teriam sido os Códigos Civis da Romênia e Polônia.

Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, a questão voltou à tona, sendo regulada no art. 194 deste diploma normativo nos seguintes termos: ‘o juiz não pode suprir; de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz’. Houve, portanto, já neste momento, a derrogação do disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil. Neste sentido, inclusive, foram as conclusões da III Jornada de Direito Civil do STJ: ‘Ementa nº 155: O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração *ex officio* da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC’.”²

Entretanto, em uma alteração completamente estranha à linha de tais aperfeiçoamentos, o legislador aprovou, através da Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, alteração no § 5º do art. 219 do CPC, dispondo que: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, e, por consequência, revoga o disposto no art. 194 do Código Civil (art. 3º da Lei nº 11.280 de 16 de fevereiro de 2006). Assim, pela letra fria da lei, aplica-se a prescrição também em hipóteses de direito patrimonial, tendo-se por revogado o art. 194 do Código Civil.

Não se pode deixar de criticar tal modificação, porque representa uma injustificável extensão a todos os devedores de obrigações patrimoniais de regra que, até então, somente se reconheciam a situações de evidente vulnerabilidade do demandado ou em favor de entidades de direito público.

A incompatibilidade desta norma de processo civil ao processo do trabalho é manifesta. O art. 769 da CLT determina a aplicação meramente subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho e, mesmo assim, somente naquilo que não for incompatível com as normas trabalhistas³. Por um lado, não existe omissão legislativa que justifique a utilização de “fonte subsidiária”, nos termos do art. 769 da CLT, para se declarar de ofício a prescrição. Por outro lado, sendo os direitos sociais assegurados constitucionalmente, a decretação de prescrição *ex officio* representa uma indevida restrição à efetividade dos mesmos⁴. Como lembra o juiz mineiro Aroldo Plínio Gon-

2 Jaqueline Mielke Silva e José Tadeu Neves Xavier, *Reforma do Processo Civil*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 224. Os autores são Professores na Femargs (<http://www.femargs.com.br>).

3 Em sentido contrário, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Juiz do Trabalho em São Paulo, que taxativamente sustenta a aplicabilidade do novo § 5º do art. 219 do CPC ao processo do trabalho, não aceitando que exista incompatibilidade com os arts. 8º e 769 da CLT.

4 Neste particular, pouca tranquilidade surge com o conhecimento do Projeto de Lei nº 7.152, apresentado em 2006 pelo do Deputado Luiz Antonio Fleury, prevendo a utilização do direito processual comum “inclusive na fase recursal ou de execução”, ainda que existente norma em sentido contrário, com o único requisito de que se alcançasse “maior celeridade ou efetividade”.

çalves, a existência de períodos prescricionais extensos se justificam pelo “estado de sujeição” do trabalhador durante o contrato⁵.

Não se pode alegar singelamente que o instituto da prescrição visa a assegurar a estabilidade das relações jurídicas, pois, em realidade, promove-se alteração que importa em significativo desequilíbrio no tratamento jurídico das obrigações. De forma prática, pode-se dizer que a novidade legislativa impede que a parte renuncie, expressa ou tacitamente, ao direito de alegar a prescrição em juízo. Consagra a nova regra uma pouco compreensível tutela dos interesses patrimoniais da parte devedora, em nome da segurança das relações contratuais. Levado tal raciocínio a extremos, pode-se temer que, em futuro próximo, outras alterações legislativas determinem que outras formas de obrigações (como a quitação ou a compensação), também sejam conhecidas de ofício pelo juiz. Estar-se-ia agravando a situação atual, em que se obriga o magistrado a desempenhar também uma função tutorial dos interesses do devedor.

Tal proteção injustificável ao devedor atenta contra o princípio da igualdade das partes perante o processo, o que permite o questionamento da constitucionalidade da norma em questão.

Nesse mesmo sentido, a Juíza do Trabalho no Paraná Emília Simeão Albino Sako. Diz ela que o princípio de “não retrocesso social” pode ser lembrado. Aponta algumas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o art. 60, § 4º, da Constituição em ADINs. Em uma destas foi apresentada a vinculação com o art. 7º, ao tratar-se de matéria previdenciária relativa ao salário-maternidade⁶.

É de se lembrar que, no processo trabalhista, o princípio protetivo se aplica ao demandante, normalmente credor de prestações de natureza alimentar, e não ao devedor. Se a norma faz sentido no processo civil, de modo que o devedor fique “liberado do ônus de alegar a prescrição”⁷, certamente não se reconhece qualquer sentido social em assegurar ao reclamado trabalhista,

5 Aroldo Plínio Gonçalves, *A Prescrição no Processo do Trabalho*, Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

6 Emília Simeão Albino Sako, *Prescrição de Ofício – § 5º do art. 219 do CPC – A impropriedade e inadequação da alteração legislativa e sua incompatibilidade com o Direito e o Processo do Trabalho*, Revista LTr, São Paulo: agosto de 2006, p. 966-973. Neste estudo, estão referidas as manifestações de José Augusto Rodrigues Pinto e Ilse Marcelina Bernardi Lora, nos números de abril e maio, respectivamente, da mesma Revista LTr, favoráveis à adoção da nova regra, inclusive no Direito do Trabalho.

7 José Maria Rosa Tesheiner, *Nova Sistemática Processual Civil*, Caxias do Sul: Plenum, 2006. p. 53.

devedor de prestações alimentícias, o mesmo benefício criado para o devedor comum.

A alteração normativa atenta contra os próprios *fundamentos do Direito do Trabalho*, como lembra o Juiz Jorge Luis Souto Maior: “A Justiça do Trabalho tem a função precípua de fazer valer esses direitos. Sua celeridade, sem esta perspectiva, não é nada. Não há, portanto, nenhum sentido em se transformar o juiz trabalhista em sujeito cuja atividade, por iniciativa própria, sirva para aniquilar os direitos trabalhistas. A norma é incompatível e, conseqüentemente, não vincula o juízo trabalhista. A sua aplicação no processo do trabalho, portanto, constitui grave equívoco também sob a ótica meramente positivista”⁸.

Também apontando a incongruência da prescrição de ofício no processo trabalhista, o Juiz do Trabalho em Campinas, Manoel Carlos Toledo Filho, em convincente observação, diz: “É que a incompatibilidade em questão não se configura somente através da colisão de normas explicitamente contraditórias: ela também se perfaz pela dissonância de sistemas, pela dissensão de perspectivas, pela divergência de objetivos. Por isto mesmo que, no Código de Processo do Trabalho português, dispõe o inciso 3 de seu artigo 1º que “as normas subsidiárias não se aplicam quando forem incompatíveis com a *indole* do processo regulado neste título”⁹.

Mesmo os que admitem a aplicabilidade ao processo do trabalho reconhecem que esta produzirá situações de difícil solução. Conforme o Juiz Luciano Athayde, já referido, alteradas as bases normativas que sustentavam a impossibilidade de decretação da prescrição *ex officio* pelo julgador, a nova regra criará desconforto aos seus intérpretes e aplicadores:

“Não relevo ou ignoro que a aplicação da nova regra no Processo do Trabalho trará algum desconforto aos seus intérpretes e aplicadores. O Direito do Trabalho, objeto central da jurisdição trabalhista, reveste-se de um acentuado caráter social, razão pela qual – na dinâmica de sua aplicação – é de se supor que a atuação impositiva da lei no particular deverá trazer somente dissabores aos trabalhadores, normalmente postulantes perante a Justiça do Trabalho. Mais grave. Sabemos que,

8 Jorge Luis Souto Maior, *Reflexos das Alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho*, Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS Editora, julho de 2006, p. 35. O mesmo texto está publicado na Revista LTr, agosto de 2006.

9 Manoel Carlos Toledo Filho, *O Novo Parágrafo 5º do art. 219 do CPC e o Processo do Trabalho*. Acessado em agosto de 2006 no site <<http://www.anamatra.org.br>>, opção “artigos”.

dentro das características das relações do trabalho no Brasil, está a quase que absoluta impossibilidade de pleitear direitos enquanto em vigor o contrato de trabalho, em razão da ausência de regra geral garantidora de estabilidade e do alto risco da despedida do trabalhador por seu empregador, quando colocado este na posição de réu na Justiça do Trabalho.”¹⁰

Por outro lado, desde quando estaria em vigor a nova disposição? A resposta à indagação consta da obra coletiva organizada pelo professor José Maria Rosa Tesheiner: “Questiona-se, portanto, se o juiz pode decretar de ofício a prescrição em ações ajuizadas antes da entrada em vigor da Lei nº 11.280/06. A resposta é afirmativa, porque as normas atributivas de poderes ao juiz têm eficácia imediata”¹¹. Ora, esta é uma norma de direito material ou de direito processual? Recorde-se que apenas a segunda tem aplicação imediata.

Ainda que a prescrição seja instituto de direito material¹², parece claro que a regra em questão é de direito processual e, portanto, se aplica aos processos em curso. Assinale-se que estamos tratando de sua alegação pela parte no processo, e não de regra de direito material.

Contudo, onde está o conceito exato de “normas atributivas de poderes ao juiz”? A nova norma processual, em realidade, estabelece ao juiz o *dever* de conhecer de ofício a prescrição não alegada pelo réu, o que ressalta o ineditismo e magnitude da mesma, tornando ainda mais claro que a incompatibilidade ao processo do trabalho.

Ainda outra questão deve ser melhor examinada, relativamente aos *novos procedimentos*, resultante da alteração processual, inclusive no processo civil. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina salientam que: “Não obstante o legislador não tenha feito tal ressalva, no caso do § 5º do art. 219, entendemos que deverá o juiz, antes de pronunciar prescrição, intimar o autor da ação para manifestar-se a respeito. É que pode ter ocorrido uma das causas de suspensão ou interrupção da prescrição (CC,

10 Luciano Athayde Chaves, *A Recente Reforma no Processo Comum – Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2006, p. 135 e ss.

11 Ob. cit., *idem*.

12 Quanto ao fundamento do instituto da prescrição, Washington de Barros Monteiro diz: “não faltou quem visse mera criação política. Aliás, de modo geral, as pessoas não versadas em direito têm uma concepção errônea sobre a prescrição, considerando-a repugnante à moral e contrária à justiça”. Mais adiante, já quase ao tratar das inúmeras causas que impedem ou suspendem a prescrição, afirma ser “meio talvez antipático de extinguir-se a obrigação”. (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1º Vol., 1989, p. 284 e 294).

arts. 197 a 204), sem que tal informação tenha chegado aos autos. Assim, a autorização que com a Reforma foi dada ao juiz, para que reconheça a ocorrência da prescrição, não o isentará de verificar, com cautela, se efetivamente ocorreu a prescrição”¹³.

A ouvida da própria parte autora, especificamente sobre o tema, é essencial porque o juiz não pode esperar que esta antecipe seu entendimento sobre possível causa que exclua a prescrição. As regras processuais são claras, eis que “nem o art. 282 do CPC e nem o art. 840 da CLT assim o exigem. (...) estará ferindo o devido processo legal e transferindo patrimônio ao réu sem qualquer pedido e atentando contra o princípio do contraditório e da ampla defesa”¹⁴.

Aqui cabe uma ponderação: no processo do trabalho, onde não se justifica o desequilíbrio processual em favor do devedor (antes, pelo contrário, justificasse o princípio protetor ao credor), não deveria o juiz do trabalho também conhecer de ofício a ocorrência de uma das hipóteses de suspensão ou interrupção da prescrição, como por exemplo, o ajuizamento de reclamatória anterior pelo autor, já arquivada?

Verifica-se, assim, que, caso a nova norma seja aceita no processo do trabalho, as *dificuldades procedimentais* não serão poucas.

O Juiz do Trabalho em Minas Gerais, Vitor Salino de Moura Eça, lembra que: “A doutrina e a jurisprudência não costumam admitir a prescrição intercorrente no processo do trabalho. Entretanto, o instituto existe e, ao menos no plano teórico, pode ser aplicado por um Juiz. Será que a prescrição intercorrente pode ser declarada de ofício também? E mais, nas causas civis processadas perante a Justiça do Trabalho, pode o julgador declarar de ofício a prescrição intercorrente? Tudo indica que a resposta seja positiva, exceto a prescrição intercorrente que corre contra a Fazenda Pública, pois nos casos de execução fiscal há norma especial. O § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 preceitua que a prescrição intercorrente somente seja declarada após a oitiva do poder público”¹⁵.

13 Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, São Paulo: RT, 2006, p. 45.

14 Texto já mencionado de J. N. Valério Vargas, *Decretação da Prescrição de Ofício – óbices jurídicos, políticos, sociais, lógicos, culturais e éticos*, Revista LTr, São Paulo: setembro de 2006, p. 1071/1078.

15 Vitor Salino de Moura Eça, Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS Editora, agosto de 2006, p. 55.

A própria atuação do Ministério Público, através da Procuradoria do Trabalho, teria algumas novidades. O Juiz do Trabalho no Rio Grande do Norte, Luciano Athayde Chaves, pondera que, em caso de se reconhecer vigência da norma em questão ao processo do trabalho, se alteraria significativamente a jurisprudência, inclusive alternando-se o entendimento da Orientação Jurisprudencial nº 130 da Subseção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho: “PRESCRIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ARGÜIÇÃO. *CUSTOS LEGIS*. ILEGITIMIDADE. Ao exarar o parecer na remessa de ofício, na qualidade de *custos legis*, o Ministério Público não tem legitimidade para argüir a prescrição em favor de entidade de direito público, em matéria de direito patrimonial (arts. 194 do CC de 2002 e 219, § 5º, do CPC)”.

De qualquer modo, um questionamento mais profundo é cabível. A defesa dos órgãos públicos, freqüentemente, é apontada na grande imprensa e outros canais dedicados à crítica destrutiva, como insuficiente. Exatamente, neste particular, outro pensamento é mais frutífero para a sociedade toda. Pode algum órgão público ter maior interesse em ver reconhecida a prescrição, de ofício ou não, ao invés de deixar chegar-se a uma decisão final que ateste o mais completo cumprimento da legislação social do trabalho?

No processo do trabalho, uma outra particularidade também é bem visível. Aqui, renove-se observação mais ampla e sábia de Sebastião Geraldo de Oliveira, Juiz no TRT de Minas Gerais: “Pode-se argumentar, também, que se o reclamado não argüi a prescrição, ocorre a renúncia tácita, na forma prevista no art. 191 do Código Civil, que estabelece: “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”¹⁶. Indagamos, deste modo, sobre a situação do empregador que tenha juntado recibos dos longos anos do contrato, tendo sustentado o correto pagamento de todas as parcelas. Não se percebe que o juiz possa deixar de examinar tais documentos e simplesmente pronunciar uma prescrição, *implicitamente renunciada*.

Os ensinamentos do Direito Civil não são desconhecidos. O art. 191 do novo Código Civil reproduz o anterior art. 161. Ambos, com redação quase idêntica, indicam que a renúncia da prescrição não pode prejudicar terceiros. Surge a dúvida em relação à prescrição não argüida pelo devedor insolvente

16 Sebastião Geraldo de Oliveira, *Prescrição nas Ações Indenizatórias Decorrentes de Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, Revista Legislação do Trabalho, São Paulo: LTr, maio de 2006, p. 534. Nesta publicação, consta o número do Projeto de Lei específico.

ou em vias de insolvência, prejudicando o cumprimento da obrigação de terceiro. Oportuno salientar que Câmara Leal, por três vezes, em duas páginas, sustenta a possibilidade de que terceiro possa impugnar a renúncia, tácita ou expressa, da prescrição, sustentando prejuízo próprio. Desta Câmara Leal que, segundo outros autores, exige-se, além do prejuízo, a prova de conluio entre o devedor e o beneficiário da renúncia da prescrição. Além disso, tal é apenas aquele capaz de inviabilizar o cumprimento do crédito deste terceiro¹⁷. Inviabilizar é diferente e algo mais do que a simples diminuição do patrimônio. Enfim, mesmo com esta interpretação restritiva, na Justiça do Trabalho, no caso de falência, pode não ser pequeno o número dos *outros credores prejudicados*. De qualquer modo, por óbvio, aqui já se estaria examinando a eventual possibilidade de outra ação destes outros credores, talvez ação rescisória, com seus requisitos específicos.

Assinale-se, desde logo, que, nesse sentido, a atuação das empresas “prestadoras” e das “tomadoras” de serviço haverá de ser analisada com cuidado. O local mais apropriado para suas postulações são os próprios autos principais. É preciso lembrar que, nesse caso, a legitimidade da atuação do terceiro decorre de seu interesse jurídico no feito – e não meramente econômico. Neste particular, é interessante dado histórico sobre proposta da Comissão Revisora para a redação do art. 499, § 1º, do CPC: “o terceiro só poderá recorrer se for titular de relação jurídica suscetível de sofrer a influência da decisão”. Deste modo, estaria mais claro que o terceiro prejudicado, habilitado para atuar nos autos, deveria ser titular de outra relação – e não apenas ter interesse¹⁸.

Outra questão a ser ponderada é a das possíveis conseqüências nos recursos ordinários de se aceitar tal norma processual no âmbito da Justiça do Trabalho. *No segundo grau* é bem freqüente serem examinados apenas alguns dos muitos pedidos de uma reclamatória trabalhista. Ao se examinar um destes pedidos não se poderia adentrar em exame de prescrição que limitasse a condenação dos demais. Este reconhecimento da prescrição de ofício, em segundo grau, teria alguma delicadeza, pois, “se o apelo, no entanto, apenas impugnou um dos capítulos da sentença, os demais transitaram em julgado.

17 Antonio Luis da Câmara Leal, *Da Prescrição e Da Decadência*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 62 e 63.

18 A informação de Barbosa Moreira é renovada no belo estudo do bacharelado na Universidade Federal do Espírito Santo, Gilberto Fachetti Silvestre, no texto *O Terceiro Juridicamente prejudicado e seu meio de impugnação de decisão judicial – o recurso de terceiro*, acessado no endereço <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>> em outubro de 2006. O mesmo estudo lembra os ensinamentos de Liebman sobre terceiros “indiferentes”, “interessados praticamente” (ou economicamente) e “juridicamente interessados”.

(...) se o Tribunal, de ofício, reconhecer a existência de prescrição, esta decisão apenas pode abranger o capítulo da sentença objeto de devolução ao órgão *ad quem*, sob pena de desconstituição da coisa julgada por vias transversas¹⁹.

Por fim, diga-se que tal modificação legislativa se dá em um conjunto de alterações no processo civil que, certamente, não pretendiam atingir o processo do trabalho.

Exemplo disso é o indeferimento da petição inicial em processos repetitivos²⁰. Neste caso, inclusive, se sugere que seu uso ocorra, no máximo, “de modo extremamente comedido”. É salientado que inexistia e, talvez permaneça inexistindo, a exata definição do que sejam “casos idênticos”. O tempo somente seria abreviado se a decisão repetida pelo primeiro juízo fosse no mesmo sentido de todas as demais decisões das outras instâncias. Acrescenta-se que a atuação dos Tribunais, nestes casos, seria bastante “complexa”, pois, deveria examinar tais questões sobre a viabilidade do trancamento da ação, talvez, antes mesmo do exame de mérito²¹.

Lembre-se, ainda, de que, no processo trabalhista, não há o exame prévio da petição inicial, como ocorre no processo comum. A experiência pessoal de quase vinte anos em sala de audiência alicerça muitas convicções. Frequentemente, era fácil notar que trazer o empregador ou seu representante para uma mesa de diálogo conciliatório ou julgamento já tinha um profundo significado para a superação das marcas negativas de um contrato de trabalho desfeito. Talvez, a determinação legal de notificação ao empregador, antes de qualquer exame prévio sobre a peça inicial, tenha outro fundamento. Provavelmente, algumas lições mais profundas sobre o “*direito de ação*” teriam utilidade maior do que se imagina. A relevância deste outro instituto, não totalmente diverso, não pode ser menosprezada.

19 Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *Novidades sobre a Prescrição Trabalhista*, São Paulo: Método, 2006, p. 21 e 32.

20 A esse respeito, Estêvão Mallet, de modo lúcido, diz: “Incompatível com o processo do trabalho é a regra do art. 285-A, do Código de Processo Civil, que confere ao juiz a prerrogativa de, quando houver proferido sentença de improcedência em outros casos idênticos, dispensar a citação do reclamado, bastando que reproduza sua anterior decisão. No processo do trabalho, a citação se faz independentemente de prévia cognição judicial, por ato de serventário, na forma do art. 841, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. O exame da matéria controvertida pelo juiz se dá em audiência, depois de já citado o reclamado.” (*O Processo do Trabalho e as Recentes Modificações do Código de Processo Civil*, Revista Juris Plenum, Caxias do Sul: Plenum, agosto de 2006, p. 25).

21 Estudo já mencionado de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, São Paulo: RT, 2006, p. 67, 69 e 71.

DOCTRINA

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – ajuizou ação direta de inconstitucionalidade da totalidade da Lei nº 11.277 relativa ao indeferimento da petição inicial, desde logo. Aponta o choque com vários incisos do art. 5º da Constituição. Argumenta que as conseqüentes “sentenças vinculantes” estariam sendo prolatadas sem a “participação das partes” em restrição ao próprio “direito de ação”²².

Ainda sobre o *indeferimento da petição inicial*, dissemos: “Não é abreviando ou simplificando os embates das idéias que se aperfeiçoará o funcionamento do Poder Judiciário. Neste sentido, é extremamente perigosa certa Proposta (...) no sentido de que se ‘permite o indeferimento da inicial com julgamento de mérito, quando o pedido estiver em confronto com súmula do STF, dos Tribunais Superiores ou do Tribunal a quem o recurso será interposto’”²³.

Tal como a prescrição de ofício, o indeferimento da petição inicial mostra-se incompatível com o processo trabalhista.

Em resumo, pode-se afirmar, ainda nos primeiros debates, sujeito a eventual convencimento, diante de mais convincentes argumentos:

- a pronúncia da prescrição de ofício prevista no § 5º do art. 219 do CPC é incompatível com o processo do trabalho;
- ainda que o número de vezes que a situação possa ocorrer não seja presumivelmente expressivo, o raciocínio central sobre os postulados do Direito do Trabalho pode estar deixando de ser observado;
- por ora, não se percebe nenhum aperfeiçoamento social que possa ser alcançado com a acolhida destas duas recentes normas de direito processual do trabalho, seja a prescrição de ofício, seja o indeferimento da petição inicial.

22 Trata-se da ADI 3695, de março de 1996, distribuída ao Ministro Cezar Peluso, cuja peça inicial foi consultada na íntegra no *site* <<http://www.stf.gov.br>> nas opções “iniciais” e “Adi”, em outubro de 2006.

23 Tratava-se do projeto apensado ao PL 3.804/93, na CCJ da Câmara, com Parecer do relator, Paulo Magalhães, pela aprovação, conforme dados do Boletim AMB Informa, n. 66, de 30.09.2004, p. 3, item 5, conforme registramos no livro *Avanços e Possibilidades do Direito do Trabalho*, Coordenadores os mesmos, São Paulo: LTr, 2005, p. 196, capítulo *Quais Súmulas?*

A PRESCRIÇÃO *EX OFFICIO* E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Carlos Henrique Bezerra Leite*

1 – INTRODUÇÃO

Na contestação indireta do mérito, também cognominada de “exceção substancial”, o réu reconhece o fato constitutivo do direito do autor, mas opõe um outro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do pedido formulado na petição inicial.

Fatos impeditivos são os que provocam a ineficácia dos fatos constitutivos alegados pelo autor. É o caso do reclamante que pede pagamento de aviso prévio, alegando ter sido despedido sem justa causa, e o reclamado reconhece a despedida, mas alega que a dispensa se deu em virtude de ato de improbidade do reclamante (CLT, art. 482, *a*).

Fatos modificativos são os que implicam alteração dos fatos constitutivos alegados pelo autor, tal como ocorre quando o reclamante pede o pagamento integral e imediato de participação nos lucros no importe de R\$ 1.000,00 e o reclamado alega que o pagamento foi ajustado em parcelas mensais, e não de forma integral e imediata. A nosso ver, a compensação e a retenção, previstas expressamente no art. 767 da CLT, são exemplos de fatos modificativos.

Fatos extintivos são os que eliminam, extinguem ou tornam sem valor a obrigação assumida pelo réu, por não ser ela mais exigível. Exemplo: reclamante pede o pagamento de saldo de salários e o reclamado alega que efetuou o respectivo pagamento. A renúncia, a transação, a prescrição e a decadência são também fatos extintivos do direito do autor.

O presente artigo tem por objeto geral examinar alguns aspectos processuais relativos ao instituto da prescrição como defesa indireta do mérito,

* *Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC/SP); Professor Adjunto do Departamento de Direito (UFES); Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES).*

sendo que seu objeto específico reside no enfrentamento do seguinte problema: é válido o pronunciamento judicial de ofício da prescrição nos domínios do processo do trabalho?

2 – A PRESCRIÇÃO COMO DEFESA INDIRETA DE MÉRITO

A prescrição e a decadência, como já dito, são exemplos de fatos extintivos, porque, quando acolhidas, extinguem o processo com resolução de mérito (CPC, art. 269, IV).

Por não estarem catalogadas no rol das preliminares previstas no art. 301 do CPC, devem ser alegadas como defesa indireta de mérito, isto é, como prejudiciais, e não como “preliminares do mérito”, expressão que, na linguagem da moderna ciência processual, encerra uma *contradictio in terminis*.

3 – A DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO NO PROCESSO CIVIL

Como é sabido, a prescrição não poderia ser pronunciada de ofício pelo juiz, salvo se versasse sobre direitos não patrimoniais.

Todavia, o § 5º do art. 219 do CPC, com nova redação dada pelo art. 3º da Lei nº 11.280, de 16.02.06, passou a preceituar literalmente: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

O fundamento da prescrição de ofício, no processo civil, reside na segurança jurídica, na celeridade processual e na premissa de que os direitos patrimoniais são disponíveis.

É o que se depreende do seguinte trecho:

“Não há mais qualquer restrição ao reconhecimento e declaração de ofício da prescrição pelo magistrado, mesmo nas causas que envolvam direitos patrimoniais. Mais do que ressaltar o caráter disponível dos direitos patrimoniais, a norma prestigia a segurança das relações sociais consolidadas com o tempo, na medida em que a falta de manejo da ação no prazo previsto em lei vem a ser entendida pela norma como uma renúncia do autor ao direito de propor a ação. Em outras palavras, a *ratio essendi* da norma é a seguinte: se os direitos patrimoniais são disponíveis, a não-propositura da ação pelo autor, dentro do prazo prescricional, deve ser interpretada como disposição, renúncia do direito de ação, consolidando uma situação perfeitamente enquadrável no

conceito de direito adquirido, incorporado ao patrimônio do réu e que, por ser direito previsto na Constituição Federal, no capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º, inciso XXXVI), não pode ser olvidado pelo magistrado, sob pena de ofensa à Carta Magna.”¹

4 – A DECRETAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Ressaltamos que não é pacífica a aceitação da aplicação da nova regra do § 5º do art. 219 do CPC nos sítios do processo do trabalho.

Para uns, ela deve ser aplicada integralmente, pois, se do ponto de vista metodológico, o direito material e processual do trabalho sempre se socorreram subsidiariamente das mesmas (e antigas) regras do CPC e do CC alusivas à prescrição, não há embasamento científico para deixar de fazê-lo diante das suas novas redações².

Para outros, a nova regra prescricional não se aplica no processo laboral devido à indisponibilidade do crédito trabalhista (natureza alimentícia) e à situação de vulnerabilidade jurídica, econômica e social do trabalhador, especialmente pelo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência especializadas do chamado “direito potestativo” de dispensa reconhecido ao empregador, o que, na prática, impede que o empregado, no curso da relação empregatícia, possa exercer o seu direito de acesso à justiça³.

Finalmente, há os que admitem a aplicação no processo do trabalho da nova regra que determina a decretação *ex officio* da prescrição, desde que o juiz, antes de fazê-lo, abra vista dos autos ao autor, para que demonstre a existência de causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva da prescrição (CC,

1 BOTELHO, Marcos César. As alterações das Leis ns. 11.276, 11.277 e 11.280. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1098, 4 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8598>>. Acesso em: 26 dez. 2006.

2 Nesse sentido: PINTO, José Augusto Rodrigues. *Reconhecimento ex officio da prescrição e processo do trabalho*. Revista LTr, v. 70, n. 4, São Paulo: LTr, abr. 2006, p. 391 *et seq*; CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 145-156; HERKENHOFF FILHO, Hélio Estellita. *Reformas no Código de Processo Civil e implicações no processo trabalhista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 32.

3 É a posição de: VALÉRIO, J. N. Vargas. “Decretação da prescrição de ofício – óbices jurídicos, políticos, sociais, lógicos, culturais e éticos”. Revista LTr, v. 70, n. 9, São Paulo: LTr, set. 2006, p. 1071 *et seq*; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho*. Revista LTr, v. 70, n. 8, São Paulo: LTr, ago. 2006, p. 920 *et seq*.

arts. 197 a 204), e ao réu, para que se manifeste a respeito da prescrição, valendo o silêncio como renúncia tácita.

Todos os argumentos são defensáveis e respeitáveis, mas preferimos a última corrente, com a advertência de que, no processo do trabalho, a simples propositura da demanda interrompe a prescrição (TST, Súmula nº 268), sendo certo que, por força da norma especial do art. 440 da CLT, “contra menores não corre nenhum prazo de prescrição”.

Com efeito, não nos parece sustentável a tese da inconstitucionalidade da decretação judicial de ofício da prescrição, pois este instituto pertence, inclusive, ao Direito Constitucional do Trabalho, tendo em vista o disposto no inciso XXIX do art. 7º da CF.

Ora, se as normas constitucionais são de ordem pública por excelência, então já seria sustentável a tese da decretação, de ofício, dos créditos trabalhistas antes mesmo da vigência da Lei nº 11.280/06.

Além disso, o art. 11 da Lei nº 11.280/06 revogou expressamente o art. 194 da Lei nº 10.406 de 10.01.02 (Código Civil), segundo o qual o juiz não poderia suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo favorecesse o absolutamente incapaz. Assim, em qualquer hipótese, o juiz deverá decretar, de ofício, a prescrição, independentemente de arguição das partes.

5 – IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

É importante sublinhar, conforme demonstramos em outra obra⁴, que não há lugar para prescrição nas ações coletivas destinadas à tutela de interesses difusos ou coletivos, pois o titular de tais demandas não é o titular do direito (metaindividual) deduzido em juízo, mesmo porque tais direitos pertencem não a um indivíduo, mas a uma coletividade ou a um grupo, classe ou categoria de pessoas.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, também não poderá ser decretada, de ofício, a prescrição, pois na ação coletiva em defesa de tais direitos não há identificação, no processo de conhecimento, dos titulares do direito material, o que somente ocorrerá na liquidação e execução a título individual.

4 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério público do trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 282-285.

Ademais, o sindicato (ou o MPT) poderá ajuizar ação coletiva, como substituto processual (CF, art. 8º, III), em defesa dos interesses individuais homogêneos, porquanto a propositura de tal demanda coletiva interrompe a prescrição dos créditos dos substituídos.

Nesse sentido, a 5ª Turma do TST deixou assentado que a ação coletiva movida por sindicato interrompe o prazo de prescrição (AI-RR 7514-2002-652-09-40.0, Rel. Min. Emmanoel Pereira).

6 – A PRESCRIÇÃO SUSCITADA PELO MPT E A NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DA OJ 130 DA SDI-1

Entendemos que o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para argüir, quando oficia como órgão interveniente, a prescrição em favor de ente público. Isso porque o *Parquet* defende o interesse público primário, que alberga a proteção do patrimônio público, e não o interesse dos governantes (interesse público secundário), evitando, em última análise, a “sangria” dos cofres públicos ocasionada por desleixo ou quiçá má-fé que alguns – felizmente poucos – procuradores ou representantes das pessoas jurídicas de direito público em prejuízo de toda a sociedade.

O TST, no entanto, adotou tese diversa, como se infere da Orientação Jurisprudencial nº 130 da SDI-1 daquela Corte:

“PRESCRIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ARGÜIÇÃO. *CUSTOS LEGIS*. ILEGITIMIDADE (NOVA REDAÇÃO, DJU 20.04.05). Ao exarar o parecer na remessa de ofício, na qualidade de *custos legis*, o Ministério Público não tem legitimidade para argüir a prescrição em favor de entidade de direito público, em matéria de direito patrimonial (arts. 194 do CC de 2002 e 219, § 5º, do CPC).”

Esse entendimento deve ser alterado em função da novel redação do § 5º do art. 219 do CPC, pois se o juiz deve pronunciar, de ofício, a prescrição, então, com maior razão, o Ministério Público do Trabalho, na função de órgão interveniente (*custos legis*) tem a legitimidade e o interesse para argüi-la⁵, especialmente quando a prescrição favorecer a proteção do patrimônio público. Nesse sentido, colhemos o seguinte julgado:

5 Penso, aliás, que o MPT tem o dever institucional de argüir a prescrição em favor de ente público, pois a matéria passou a ser considerada de ordem pública, *ex vi* do § 5º do art. 219 do CPC.

DOCTRINA

“REGIME JURÍDICO ÚNICO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. Extinto o contrato de trabalho, com a instituição do Regime Jurídico Único, de dois anos é o prazo para postular contra o não recolhimento dos depósitos fundiários. Inteligência das Súmulas ns. 362 e 382 do TST. Prescrição pronunciada de ofício, em virtude do disposto no art. 3º da Lei nº 11.280 de 16.02.06.” (TRT 7ª R., RO 1128-2005-025-07-00-1, Rel. Juiz Plauto Carneiro Porto, DOE/CE 11.07.06)

7 – MOMENTO DA DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO

O art. 193 do Código Civil prescreve que a prescrição pode ser argüida em qualquer grau de jurisdição a quem ela aproveita.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, somente admite a argüição da prescrição até a “instância ordinária”, ou seja, o réu que não alegar na contestação poderá fazê-lo nas razões de recurso ordinário (Súmula nº 153), ainda que a sentença não se tenha pronunciado a respeito de tal matéria.

Com a nova redação do art. 219, § 5º, do CPC, os órgãos judiciais que compõem a “instância ordinária” (Juizes das Varas e dos Tribunais Regionais do Trabalho) poderão decretar, de ofício, a prescrição, independentemente de argüição pelas partes.

Alguns autores chegam a admitir que a prescrição possa ser argüida até mesmo no momento da sustentação oral em recurso ordinário na Sessão de Julgamento do Tribunal Regional do Trabalho, tese da qual não comungávamos, por excluir da outra parte a possibilidade de participar do contraditório.

Nesse sentido, a jurisprudência do TST:

“RECURSO DE REVISTA. Não se conhece de prescrição quando argüida da tribuna, na sustentação oral, sob pena de ferir-se o princípio do contraditório, uma vez que a parte contrária não teve a oportunidade para contradizer. Ademais, a sustentação oral é, somente, a faculdade concedida à parte para sustentar, antes do julgamento, as razões expendidas nos autos do processo. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (TST, RR 309593/1996, 2ª T., Rel. Min. José Alberto Rossi, DJU 04.06.99, p. 00128)

“PRESCRIÇÃO. ARGÜIÇÃO DA TRIBUNA. O art. 554 do CPC prevê que a sustentação oral deve se referir às razões articuladas no

DOCTRINA

recurso ordinário, sob pena de permitir-se a suplementação do recurso ordinário, o que desrespeita o princípio do contraditório. Portanto, a prescrição argüida da tribuna na sustentação oral não deve ser conhecida.” (TST, RR 81674/1993, 1ª T., Rel. p/o Ac. Min. Afonso Celso, DJU 20.05.94, p. 12425)

Como o novel art. 219, § 5º, do CPC determina que o juiz deve decretar de ofício a prescrição, parece-nos que não há mais vedação para que a parte suscite a prescrição no momento da sustentação oral, recomendando-se, porém, que o juiz relator dê oportunidade ao demandante para que informe, no prazo judicial assinalado, sobre a existência de causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Sustentávamos, antes da nova redação do § 5º do art. 219 do CPC, que a prescrição não poderia ser argüida em contra-razões ao recurso ordinário, pois também aqui o recorrente não teria assegurado o contraditório.

Como a nova regra instituída pela Lei nº 11.280/06 dispõe que o “juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, então não há mais obstáculo para o recorrido argüi-la em contra-razões.

Não se admite a prescrição argüida apenas em recurso de revista, pois a competência para julgar tal recurso é da “instância extraordinária”, ou seja, do TST, o que exige o prequestionamento da matéria (TST, Súmula nº 297). Pela mesma razão, parece-nos que os ministros do Tribunal Superior do Trabalho também não podem decretar, de ofício, a prescrição.

8 – RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA COMO CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO

No que concerne à interrupção da prescrição pelo ajuizamento de ação trabalhista, cumpre lembrar que nos termos da Súmula nº 268 do TST a prescrição só será interrompida pelo ajuizamento da ação trabalhista, ainda que ocorra a extinção do processo, sem resolução de mérito, pelo não comparecimento do autor à audiência (CLT, art. 844), com relação aos pedidos formulados na petição inicial.

Vale dizer, se o autor ajuizar ação trabalhista pedindo horas-extras, a interrupção do prazo prescricional só alcançará as horas-extras. Logo, se ele ajuizar outra demanda postulando pedido diverso das horas-extras não verá interrompida a prescrição.

9 – A PRESCRIÇÃO E AS NOVAS DEMANDAS DECORRENTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

Com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho (EC nº 45/04) para processar e julgar outras demandas oriundas das relações de trabalho diversas da relação de emprego, deverá o juiz aplicar as regras alusivas à prescrição do direito material sobre que versar a demanda.

Em outros termos, a norma geral aplicável será, em linha de princípio, a do Código Civil de 2002, ressalvadas as regras sobre prescrição previstas em leis especiais.

Afinal, prescrição é instituto de direito material, devendo o processo adequar-se à natureza da lide, e não esta à natureza daquele.

No que concerne à decadência, o Código Civil de 2002 (arts. 207 a 211) dispõe que, salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

A decadência pode ser legal ou contratual. A decadência estabelecida em lei não admite renúncia e deve ser decretada, de ofício, pelo juiz. A parte a quem ela aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

10 – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

No que concerne à prescrição intercorrente, que é aquela que surge no curso da ação, há uma divergência jurisprudencial difícil de contornar.

Para o STF, o direito trabalhista admite a prescrição intercorrente (Súmula nº 327).

Já para o TST: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente” (Súmula nº 114).

De nossa parte, pensamos ser aplicável a prescrição intercorrente no processo do trabalho, como, aliás, prevê o art. 884, § 1º, da CLT, que consagra a prescrição como “matéria de defesa” nos embargos à execução.

Ora, tal prescrição só pode ser a intercorrente, pois seria inadmissível argüir prescrição sobre pretensão que já consta da coisa julgada. Um exemplo: na liquidação por artigos, se o juiz ordenar a apresentação dos artigos de liquidação e o liquidante deixar transcorrer *in albis* o prazo de dois anos (se o contrato estiver em vigor, 5 anos), cremos que o executado pode argüir a

DOCTRINA

prescrição intercorrente ou o juiz pronunciá-la de ofício, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC. E nem se argumente com violação ao art. 878 da CLT, pois a execução trabalhista pode ser *ex officio*, mas a liquidação por artigos depende de iniciativa da parte.

Em suma, sem título executivo líquido e certo, não há como ser promovida a execução.

Nesse sentido, colhemos os seguintes arestos:

“EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ARTIGOS DE LIQUIDAÇÃO. INÉRCIA DO EXEQÜENTE, DEVIDAMENTE REPRESENTADO, POR MAIS DE SEIS ANOS. IMPOSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO *EX OFFICIO*. Não promovendo as partes atos de sua competência, notadamente o credor, deixando paralisado por mais de seis anos o processo, sem qualquer justificativa, embora instado por diversas vezes a promover o que de direito, e sendo impossível ao juízo da execução o impulso de ofício, quando dependente de artigos, aplicável no caso a prescrição intercorrente. Agravo provido para julgar extinta a execução, nos termos do inciso IV do art. 269 do CPC.” (TRT 15ª R., AP 19173/94, Ac. 4843/95, Rel. Juiz Ramon Castro Touron, DOESP 24.04.95)

“EXECUÇÃO TRABALHISTA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. A prescrição da dívida argüível após a configuração do título executivo judicial não se confunde com a prescrição do direito material, e decorre da inércia do credor em perseguir o crédito que lhe fora reconhecido, em tácita renúncia a percebê-lo, evitando a eternização da demanda e a sujeição do devedor às vontades do Autor. A prescrição intercorrente, ao menos na liquidação e execução, é de inequívoca aplicação no processo do trabalho, por força do art. 884, § 1º, da CLT, que o Enunciado nº 114 do TST não tem poder de revogar, prevalecendo, neste sentido, o entendimento maior da Súmula nº 327 do STF. Embora o art. 884, § 1º, da CLT preveja os embargos à execução como momento derradeiro para a argüição de prescrição da dívida, consubstanciada no título executivo judicial trabalhista, nada impede que, ainda no procedimento liquidatário, possa a parte invocá-la, obstando execução logicamente extemporânea.” (TRT 10ª R., AP 00137.1991.008.10.85-0, 3ª T., Rel. Juiz Alexandre Nery de Oliveira, DJU 11.07.03)

Em sentido contrário:

“PRESCRIÇÃO. INÉRCIA DO EXEQÜENTE. POSSIBILIDADE DE IMPULSIONAMENTO DO PROCESSO PELO JUIZ.

DOCTRINA

INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Se a inércia do exequente não impede o andamento processual, que deve ser impulsionado pelo Juiz, inaplicável a prescrição intercorrente.” (TRT 13ª R., Ac. 64.802, AP 141/2001, Relª Juíza Ana Maria Ferreira Madruga, DJ/Paraíba 27.09.01)

De outra parte, o § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830 de 22.09.80 (aplicável no que couber, à execução trabalhista, a teor do art. 889 da CLT), com redação dada pela Lei nº 11.051, de 29.12.04, prevê outra hipótese de prescrição intercorrente, decretada de ofício, nos seguintes termos:

“Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.”

Cumprido lembrar, para finalizar este tópico, que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para outras demandas oriundas da relação de trabalho *lato sensu*, a questão da prescrição intercorrente ampliará a cizânia doutrinária e jurisprudencial.

11 – CONCLUSÃO

Retornando ao problema lançado na introdução, podemos dizer que é válido o pronunciamento judicial de ofício da prescrição nos domínios do processo do trabalho, desde que o juiz, antes de fazê-lo, abra vista dos autos ao autor, para que demonstre a existência de causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva da prescrição (CC, arts. 197 a 204), e ao réu, para que se manifeste a respeito da prescrição, valendo o silêncio como renúncia tácita.

A simples propositura da demanda interrompe a prescrição (TST, Súmula nº 268), sendo certo que, por força da norma especial do art. 440 da CLT, contra menores não corre nenhum prazo de prescrição.

São imprescritíveis as pretensões deduzidas nas ações coletivas destinadas à tutela de interesses difusos ou coletivos.

As ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos interrompem a prescrição em relação às ações individuais.

O Ministério Público do Trabalho, na função de órgão interveniente (*custos legis*) tem a legitimidade e o interesse para argüir a prescrição.

Com relação às novas demandas que se deslocaram para a competência da Justiça do Trabalho por força da Emenda Constitucional nº 45/04, deverá o

DOUTRINA

juiz aplicar as regras alusivas à prescrição do direito material sobre que versar a demanda, cabendo-lhe decretar de ofício a prescrição.

É aplicável a prescrição intercorrente, inclusive de ofício, no processo do trabalho, como, aliás, prevê o art. 884, § 1º, da CLT, que consagra a prescrição como “matéria de defesa” nos embargos à execução.

PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO E RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO CONSUMADA: IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO

Taisa Maria Macena de Lima*

INFLUÊNCIA DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O fato natural transcurso do tempo, aliado a outros elementos, pode ser determinante na aquisição, transformação e extinção dos direitos e demais situações subjetivas (expectativa de direito, direito potestativo, poder jurídico, faculdades, interesse legítimo, dever, estado de sujeição e ônus).

A influência do tempo nas relações jurídicas se faz, sobretudo, através da prescrição e decadência, institutos sujeitos a regimes jurídicos bem diferenciados, na sistemática do Código Civil de 2002.

No revogado Código de 1916, conquanto inexistisse regulamentação específica da decadência, uma das notas distintivas entre os dois institutos era possibilidade de pronúncia da decadência de ofício pelo juiz e a necessidade de provocação da parte para declaração da prescrição da pretensão.

A Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro 2006, aproximou-os à medida que inseriu na ordem jurídica nacional a pronúncia da prescrição de ofício pelo juiz.

Mas tal modificação – levada a efeito em norma voltada para disciplina do processo civil – não considerou as implicações no regime geral da prescrição, sua coerência e completude.

A recodificação do Direito Privado Nacional, tão criticada, merece aplausos quando se trata do regime jurídico da prescrição e da decadência.

* *Mestra e Doutora em Direito Civil pela UFMG; Professora nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito na PUC/MG; Juíza do Trabalho titular da 3ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.*

DOUTRINA

A diferenciação entre os dois institutos no Código Civil de 2002 é, na verdade, fruto de evolução doutrinária e jurisprudencial da matéria, que não foi desprezada pelo legislador.

Anteriormente à Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro 2006, os dois institutos apresentavam-se em nosso direito segundo quadro comparativo abaixo:

PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
1. Atinge a pretensão e por via oblíqua o direito subjetivo clássico (direito a uma pretensão).	1. Atinge diretamente o direito potestativo.
2. A origem do direito subjetivo é distinta da origem do direito de ação, ou seja, o direito de ação somente surge quando o direito subjetivo é violado.	2. O direito e ação que o protege têm a mesma origem.
3. Só as ações condenatórias podem sofrer os efeitos da prescrição, pois são elas as únicas ações por meio das quais são protegidos judicialmente os direitos que irradiam pretensões.	3. Já os direitos passíveis de decadência são tutelados mediante ações constitutivas. O conteúdo de tais ações esgota-se com o provimento judicial que determina a criação, a modificação ou a extinção do estado jurídico.
4. O juiz não pode declarar de ofício a prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.	4. A decadência fixada em lei pode ser conhecida e declarada de ofício pelo juiz; se a decadência for convencional, o juiz não pode declará-la sem a provação da parte a quem aproveita.
5. A prescrição pode ser renunciada, expressa ou tacitamente, bastando nessa hipótese que não seja alegada pelo interessado, mas não é permitida a alteração dos prazos prescricionais previstos em lei por acordo entre as partes.	5. É nula a renúncia à decadência fixada em lei. Admite-se que a decadência seja fixada por vontade das partes, quando é permitida a parte renunciá-la.
6. A prescrição não corre contra certas pessoas; há circunstâncias que impedem a fluência do prazo, havendo ainda a possibilidade de suspensão e interrupção do prazo prescricional.	6. Não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a fluência do prazo (regra geral). Não corre a decadência contra os absolutamente incapazes (regra especial).

É clara a correlação entre renúncia à prescrição ou à decadência ajustada em negócio jurídico e o pronunciamento judicial: a possibilidade de renúncia à prescrição consumada (ato decorrente da autonomia privada) não convive com pronunciamento judicial de ofício (intervenção estatal nas relações jurídicas de natureza privada).

DOUTRINA

A inovação processual – prescrição de ofício – não considerou essa correlação e simplesmente quebrou a lógica do sistema, que deve ser restituída a partir da hermenêutica e argumentação jurídica.

Por isso, a reforma processual civil, no que toca ao poder-dever do Juiz de conhecer e pronunciar de ofício a prescrição, deve ser analisada em harmonia com os dispositivos do Código Civil vigente.

PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO E REVOGAÇÃO DO ART. 194 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro 2006, revogou expressamente o art. 194 do Código Civil, que dispunha:

“O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.”

À primeira vista, pode-se, equivocadamente, concluir que o magistrado está autorizado a declarar de ofício a prescrição, nas instâncias ordinárias, em qualquer caso.

Todavia, a mesma lei infraconstitucional sobre a reforma processual não revogou os demais artigos do Código Civil que estabelecem o regime geral da prescrição dos direitos patrimoniais. Se fosse intenção do legislador revogá-las, ele o teria feito expressamente como o fez ao revogar o art. 194 do Código Civil.

Ademais, não poderia admitir que a revogação expressa de um único artigo inserido no Macrossistema do Direito Civil pudesse ter força revogadora relativamente às normas gerais da prescrição, sobretudo o legislador infraconstitucional empreendia uma reforma em outro estatuto – o Código de Processo Civil.

Também pela vigência do art. 191 do Código Civil é o Enunciado nº 295 do CJF (aprovado na IV Jornada de Direito Civil), de seguinte teor:

“A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei nº 11.280/06, que determina o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do Texto Codificado.” (DINIZ:2008, p. 172)

Desse modo, permanecem em vigor as regras legais sobre renúncia à prescrição, extraídas do art. 191 do Código Civil, que podem ser apresentadas de forma resumida:

DOCTRINA

1. A renúncia à prescrição pode ser expressa ou tácita.
2. A renúncia expressa pode ser manifestada por qualquer forma admitida em Direito, inclusive a forma verbal.
3. A renúncia tácita manifesta-se por meios indiretos e decorre de conduta incompatível com a vontade de fazer valer os efeitos da prescrição.
4. A renúncia é ato de disposição de direito (abdicção de direito), de modo que são aplicáveis as normas jurídicas sobre alienação.
5. Contra os absolutamente incapazes não corre a prescrição, não se podendo cogitar de renúncia à prescrição nessa hipótese.
6. Para ser válida a renúncia à prescrição pelo relativamente incapaz, é necessário encontrar-se o representante legal devidamente habilitado a renunciar; caso contrário o ato de renúncia é anulável.
7. A renúncia torna o negócio jurídico já prescrito (prescrição consumada) plenamente eficaz, como se nunca houvesse sido extinto (efeito retroativo).
8. Os efeitos da renúncia são restritos, não passando da pessoa do renunciante e da pessoa em cujo benefício ela foi feita. (Cf. AMARAL, 2003; FARIAS & ROSENWALD, 2006; GONÇALVES, 2003; TEPEDINO, BARBOZA & MOARES, 2004; VENOSA, 2007)

Diante disso, põe-se a indagação: quando o julgador poderá declarar de ofício a prescrição sem ofensa ao princípio da autonomia privada e a lei civil?

Ora, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, a não-alegação da prescrição consumada pela parte a quem aproveita sempre foi interpretada como renúncia tácita. O silêncio da parte, neste contexto, produz os efeitos da renúncia.

Em tais casos, o reconhecimento da prescrição de ofício pelo magistrado importaria vulnerar direito assegurado à parte de renunciar à prescrição consumada e conseqüente afronta a um dos princípios fundantes do Direito Civil: o princípio da autonomia da vontade (LIMA, 2003).

Para compatibilizar as regras civis com as inovações da reforma processual, impõe-se dar efeito restritivo à interpretação, limitando o poder-dever do juiz de declarar de ofício a prescrição às *hipóteses de direitos indisponíveis pelo próprio réu*, ou seja, quando o réu, por ser pessoa jurídica de direito público interno, nos moldes do art. 41 do Código Civil, não goza da possibilidade legal de renunciar à prescrição consumada.

DOCTRINA

Em síntese: a prescrição somente pode ser declarada de ofício para favorecer a pessoa jurídica de direito de direito privado (tais como a União, os Estados-Membros, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias etc.).

Mas não será possível a declaração de ofício de prescrição em favor de empresas públicas e sociedades de economia mista, porquanto são pessoas jurídicas de direito privado.

IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO

A declaração de ofício da prescrição foi recebida com natural resistência pelos cultores do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho.

No juízo trabalhista, a atuação do magistrado sem provocação da parte somente favoreceria aos empregadores (réus, na demanda trabalhistas) em detrimento dos autores (trabalhadores), trazendo ainda mais desequilíbrio para uma relação da vida sabidamente desigual.

Os princípios fundantes do Direito do Trabalho não se compatibilizam com a inovação processual.

Por isso, relativamente ao processo de trabalho, difícil sustentar a possibilidade de pronúncia da prescrição de ofício, favorecendo o empregador privado.

Quando, no entanto, na ação trabalhista, o empregador público figurar como réu, caracteriza-se a concorrência de dois princípios: o princípio da proteção ao trabalhador e o princípio da tutela à coisa pública.

Nesta hipótese – e somente nesta hipótese –, é defensável a incidência da regra do art. 219, § 5º, do CPC; caso contrário, o interesse privado estaria sobrepondo-se ao interesse público.

Não é demais lembrar que o trabalhador é o mesmo cidadão que participa da coisa pública (república).

CONCLUSÕES

1) A Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro 2006, que revogou expressamente o art. 194 do Código Civil, não introduziu qualquer outra alteração no regime geral da prescrição previsto no Código Civil de 2002.

2) Continua em vigor o art. 191 do Código Civil de 2002, que disciplina a renúncia à prescrição.

DOUTRINA

3) Em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, a não-alegação da prescrição consumada pela parte a quem aproveita deve ser interpretada como renúncia tácita à prescrição.

4) Havendo renúncia à prescrição – expressa ou tácita – o magistrado não pode declarar de ofício a prescrição.

5) Remanesce o poder-dever do juiz de declarar de ofício a prescrição nas *hipóteses de direitos indisponíveis pelo próprio réu*, ou seja, quando o réu, por ser pessoa jurídica de direito público interno, nos moldes do art. 41 do Código Civil, não goza da possibilidade legal de renunciar à prescrição consumada, mesmo em se tratando de demanda trabalhista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Parte Geral. Livro IV – Da prescrição e decadência. In: FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171/188.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 241/258.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1.

A TUTELA DO MENOR NA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

Eduardo Milléo Baracat*

INTRODUÇÃO

É recorrente a idéia de que o principal fundamento da existência da prescrição é a segurança do tráfico jurídico, o que inexistiria se o credor pudesse exigir do devedor, eternamente, o cumprimento da prestação¹.

A busca da justiça não pode ser entrave para se alcançar esta segurança jurídica. É que a incessante procura da justiça não contribui para a paz social, gerando intranquilidade e incerteza, necessitando, por isso, ser coibida. Na procura da paz social, deve-se harmonizar a convivência entre os valores em conflito².

A prescrição, observa Humberto Theodoro Júnior, “mais do que a certeza das relações jurídicas, tende a realizar a adequação da situação de direito à situação de fato”³.

Existem situações, contudo, em que a lei reconhece um valor maior do que o da segurança jurídica. Trata-se da hipótese dos trabalhadores menores de 18 anos, conforme art. 440 da CLT⁴, na qual a menoridade trabalhista impede o fluxo do prazo prescricional, ou o art. 198, I, c/c o 3º, ambos do CCB, segundo os quais, contra os menores de 16 anos, não corre a prescrição.

* Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba (TRT 9ª Região); Professor da Graduação e do Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Mestre e Doutor em Direito pela UFPR.

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo VI. 2. ed. RJ: Borsoi, 1955, p. 101. THEODORO Jr., Humberto. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil brasileiro*. In: “Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil”. SP: RT, 2003, p. 322.

2 THEODORO Jr., H. *Da prescrição...*, cit., p. 323.

3 SANTO-PASSARELLI *apud* THEODORO Jr., H., op. cit., p. 323.

4 Reza o art. 440 da CLT: “Contra os menores de 18 anos não corre nenhum prazo de prescrição”.

DOUTRINA

Câmara Leal lembra que a menoridade priva o menor da “administração de sua pessoa e bens, por inaptidão”, criando-lhe “uma situação de inferioridade na vida civil”, tornando-o impotente para a defesa de seus interesses, e daí a proteção que a lei lhe assegura, na salvaguarda desses interesses, “concedendo-lhe favores especiais, entre os quais o da isenção da prescrição”⁵.

Há, ainda, importante diferença de desenvolvimento psicofísico entre a pessoa menor e a maior de 18 anos, o que influencia na forma de agir em determinadas circunstâncias durante a relação empregatícia, e que justifica uma especial tutela.

Por essas razões, a lei ampara o trabalhador menor, não permitindo que a prescrição comece a fluir antes de que complete 18 anos.

A partir do Código Civil de 2002, certa corrente doutrinária passou a sustentar que o art. 440 da CLT teria sido revogado pelo art. 5º, parágrafo único, V, do CCB, segundo o qual cessará, para os menores, a incapacidade “pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor de dezesseis anos completos tenha economia própria”. A controvérsia, portanto, estabeleceu-se, na medida em que, em reação, importante doutrina demonstra que o trabalhador menor de 18 anos necessita de particular proteção, e que a lei geral não pode revogar a lei especial, salvo se o fizer especificamente, o que não ocorreu.

Outra relevante questão que necessita de cuidada análise refere-se ao alcance da expressão “trabalhador”, referida no art. 440. De fato. O trabalhador menor de 18 anos pode prestar serviços tanto na condição de empregado, como de autônomo, o que impõe estudo sobre a abrangência do preceito, como modo de conformá-lo às diferentes realidades jurídicas, que possuem, em comum, a condição etária do trabalhador.

Não é apenas o trabalhador menor de 18 anos que requer especial tutela do ordenamento jurídico, em tema prescricional. O dependente do empregado falecido vê-se, de forma freqüente, na mesma condição do trabalhador menor, sem maturidade, conhecimento e estrutura para administrar os direitos que lhe foram deixados pelo responsável morto.

Uma vez admitido que o menor de 18 anos dependente do empregado falecido beneficia-se do disposto no art. 440 da CLT, necessário investigar se, havendo dependentes maiores e menores, o crédito trabalhista é divisível ou

5 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. Atualizada por José de Aguiar Dias. 2. ed. Forense: RJ, 1959, p. 162.

indivisível. É que, havendo dependentes maiores e menores, e tendo em vista o disposto no art. 201 do CCB, importa verificar se os dependentes são credores solidários para, por conseguinte, analisar se a suspensão da prescrição ocorrerá tanto em relação aos menores quanto aos maiores, ou apenas no tocante aos menores.

Para a análise pretendida, ter-se-á que questionar a interpretação meramente gramatical e lógico-dedutiva, que destacada corrente jurisprudencial tem realizado relativamente ao art. 440 da CLT.

1 – VEDAÇÃO DA FLUÊNCIA DA PRESCRIÇÃO NA HIPÓTESE DE TRABALHADOR MENOR

Empregado menor

Durante a vigência do Código Civil de 1916 não havia dúvida sobre a impossibilidade de fluência do prazo prescricional contra empregados menores de 18 anos, já que inexistia a regra da emancipação do menor tão-somente pelo fato de ser empregado, e, em decorrência, possuir economia própria.

A controvérsia estabelece-se acerca da repercussão da emancipação prevista no art. 5º, parágrafo único, V, do CCB/02 na esfera trabalhista.

Existem duas correntes jurídicas que se confrontam sobre o tema.

A primeira sustenta que circunstâncias da vida moderna fizeram com que o legislador reduzisse os limites de idade para fins de aquisição da capacidade civil, e, no mesmo diapasão, introduzissem a nova hipótese de cessação da incapacidade do menor, partindo da premissa de que “aquele que contasse 16 anos e mantivesse relação de emprego com capacidade econômica própria seria portador de capacidade volitiva absoluta, ou seja, estaria apto a exercer todos os atos da vida civil”, dentre os quais o contrato de trabalho⁶. Argumentam os arautos desta corrente, por conseguinte, que seria ilógico que o empregado menor com 16 anos, podendo exercer todos os atos da vida civil, inclusive vir a juízo sem necessidade de assistência, tivesse o benefício do art. 440 da CLT, já que não haveria mais o fundamento de impossibilidade de o agente exercer livremente o seu direito de ação⁷. Aduzem, ainda, que, ocorrendo

6 RIBEIRO, Eliane de Carvalho Costa; MONEGATTO, Regina Dirce Gago de Faria. *Novo Código Civil – Aspectos da capacidade civil e seus reflexos no âmbito trabalhista*. In: Revista do TRT da 15ª Região, n. 21, dez/2002, p. 74.

7 Id., p. 76.

DOCTRINA

a hipótese do art. 5º, parágrafo único, inciso V, do CCB, “todas as normas da Consolidação das Leis do Trabalho e leis extravagantes anteriores à edição do CC/02, que limitem a manifestação de vontade do menor entre dezesseis e dezoito anos” estão tacitamente revogadas, dentre as quais o art. 440, que perde seu sentido lógico “se, a partir dos dezesseis anos, ele já for emancipado pela celebração de contrato de trabalho subordinado”. Sustentam que, neste caso, “deve ser invocada a regra do art. 198, I, do CC/02, que limita a não-contagem da prescrição aos incapazes do art. 3º, ou seja, *in casu*, justamente ao menor de dezesseis anos”⁸.

Em oposição, a segunda corrente defende que “referida hipótese de emancipação não repercute na órbita trabalhista, não tendo revogado sequer tacitamente quaisquer dos dispositivos legais que objetivaram a proteção ao trabalho do menor de dezoito anos”⁹. Argumentam os defensores desta corrente que “as regras de proteção ao trabalho do menor não derivam da incapacidade, e sim de critério exclusivamente cronológico, sempre adotado pelo Direito do Trabalho, e que também é seguido pelo Direito Penal para verificação da inimputabilidade”¹⁰. Acrescenta-se a estes argumentos também o de que a regra prevista no Código Civil é norma geral, e, nesta condição, não pode revogar preceito da CLT, que é norma especial, salvo se o fizer expressamente, o que não ocorreu¹¹.

No Direito do Trabalho, todavia, existem outros argumentos que justificam a tutela do trabalhador menor de 18 anos.

O primeiro deles é de ordem fisiológica.

Em regra, a pessoa com 16 anos não possui o mesmo desenvolvimento psicofísico que aquela de 18 anos. Esta é uma evidência objetiva.

A pessoa menor de 18 anos não possui desenvolvimentos físico e mental completos para reagir a determinadas situações decorrentes da relação empregatícia, o que pode lhe gerar prejuízos permanentes.

8 GAGLIANO, Pablo S., PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. I, 7. ed. SP: Saraiva, 2006, p. 121-122, itálico no original.

9 MARTINS, Adalberto. *O sistema das incapacidades no atual Código Civil*. In: “Synthesis: direito do trabalho material e processual”. Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo – nº 37/2003, SP, p. 71. No mesmo sentido: GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *Aplicação do Novo Código Civil ao Direito do Trabalho*. SP: LTr, 2003, p. 34.

10 Id., p. 71.

11 BARRROS, Alice M. *Curso de Direito do Trabalho*. SP: LTr, 2005, p. 978.

DOCTRINA

Estudo do Ministério Público do Trabalho e Emprego, elaborado a partir de informações do Dr. Mauro Azevedo de Moura, médico do trabalho do Departamento de Saúde e de Serviços Humanos dos EUA, enumera as seguintes diferenças entre pessoas adolescentes (idade inferior a 18 anos) e adultos (idade superior a 18 anos):

- os sistemas biológicos das crianças e adolescentes não estão maduros até a idade de 18 anos. Muitas diferenças em anatomia, fisiologia e psicologia diferenciam crianças de adultos e os expõem a maiores riscos de se acidentarem no trabalho;
- o ouvido de crianças e adolescentes é muito mais sensível que o dos adultos, ocorrendo lesões permanentes com mais facilidade;
- os ossos crescem até os 21 anos no homem e 18 anos nas mulheres;
- os adolescentes devem dormir 9 horas por noite. No entanto, muitas crianças e adolescentes que trabalham e ainda estudam têm menos de 07 horas de sono por noite. A privação continuada das horas de sono necessárias e a fadiga decorrente desta circunstância também são fatores de incremento do risco de acidentes de trabalho;
- crianças e adolescentes passam por profundas modificações psicológicas neste processo de amadurecimento, enquanto seus corpos continuam em desenvolvimento acelerado. Isto pode conduzir a que a imaturidade psicológica seja obscurecida pela aparente maturidade física, com a imposição de tarefas para as quais não estão emocionalmente preparados. Ademais, crianças e adolescentes não são experientes suficientemente para julgar suas próprias habilidades para determinado trabalho, o que os expõe uma vez mais a maior risco de acidentes de trabalho¹².

No mesmo sentido, Ana Lúcia Kassouf afirma que “as crianças diferem dos adultos nas suas características anatômicas, psicológicas e fisiológicas, o que as torna mais susceptíveis aos perigos da falta de segurança no trabalho, com efeitos mais drásticos e possíveis danos irreversíveis”¹³.

Observa, ainda, Hélia Barbosa que falta ao menor de 18 anos “discernimento ético, tal como é encontrado nos adultos”, correspondente à inteligência

12 *Trabalho infantil – acidentes de trabalho*, MPTb, não publicado.

13 *A ameaça e o perigo à saúde impostos às crianças e aos jovens em determinados trabalhos*. In: “Trabalho Infantil e Direitos Humanos. Homenagem a Oris de Oliveira”. CORRÊA, Lelio B.; VIDOTTI, Tarcio José. SP: LTr, 2005, p. 122.

moral, que é a “capacidade desenvolvida gradativamente para refletir, com todos os recursos emocionais e intelectuais da mente humana, sobre o que é bom e o que é ruim”, sendo que essa inteligência “é formada pelo caráter, desenvolvido desde o início da vida até o período da adolescência, seus valores, comportamentos e sua conduta”¹⁴.

A diferença psicofísica entre a pessoa com 16 anos e aquela com 18 anos, portanto, justifica a diferenciação de tratamento jurídico. Saliente-se que este é um fato que decorre da condição humana, inalterável por uma presunção legal. O Direito, em especial o do Trabalho, deve buscar aproximar-se da realidade humana, adequando-se às vicissitudes e peculiaridades desta. Assim, se da natureza humana verifica-se que a pessoa com 16 anos é diferente daquela com 18, o Direito deve pontuar esta diferença, evitando deduções que a contrariem.

O outro argumento é de ordem jurídica.

O art. 227 da Constituição brasileira dispõe que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao *adolescente*, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à *educação*, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à *dignidade*, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, *além de colocá-los a salvo* de toda forma de negligência, discriminação, *exploração*, violência, crueldade e *opressão*”¹⁵.

Já o art. 2º do Estatuto da Infância e da Adolescência (Lei nº 8.069/90) prevê considerar-se adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos de idade.

Percebe-se, de forma cristalina, que é valor da sociedade brasileira, refletido na Constituição Federal, a especial proteção do adolescente, que é a pessoa com idade de 12 a 18 anos.

E esta proteção deve ser concretizada, com absoluta prioridade, através, dentre outros direitos, da educação e da dignidade, vedando-se a exploração e a opressão.

Parece lógico, por conseguinte, que a regra é a de que o adolescente até os 18 anos deve estar na escola, com sua dignidade reconhecida por meio de acesso ao ensino de qualidade e profissionalizante. Ao contrário, a existência de relação de emprego deve ser exceção, já que, via de regra, a sujeição do

14 *Adolescente, sujeito de direito com responsabilidade penal*. In: “Bahia Análise & Dados”. Salvador, SI, v. 11, n. 1, p. 56, jun./2001 (<http://www.sei.ba.gov.br>).

15 Grifou-se.

DOCTRINA

empregado ao empregador normalmente é opressora e acarreta a exploração do trabalho do menor.

Sob esse contexto, a emancipação do empregado com idade entre 16 e 18 anos que adquire economia própria através do seu emprego não pode acarretar a supressão de nenhuma condição que vise a efetivar o valor constitucional da tutela do adolescente.

Com efeito. O fato de o menor de 18 anos celebrar contrato de trabalho deve ser visto e tratado como exceção à regra geral de que o adolescente deve estar na escola. Por isso é que a emancipação do empregado prevista no Código Civil – norma infraconstitucional – não tem o condão de alterar a proteção conferida na Constituição. A norma infraconstitucional não pode gerar efeitos que infirmem os objetivos constitucionais.

Ao menor de 18 anos que, por circunstâncias socioeconômicas, sujeita-se a um contrato de trabalho, deve ter reconhecidas todas as regras de proteção à sua singular situação. A condição de empregado é um ônus a mais ao trabalhador adolescente, que, titular de direito subjetivo à dignidade e à educação, necessita trabalhar para obter os meios necessários à sua subsistência.

O contra-senso está no fato de a pessoa com idade entre 16 e 18 anos não receber da sociedade e do Estado condições materiais que lhe reconheçam dignidade, e, em decorrência, perder a proteção que o ordenamento jurídico – em especial o art. 440 da CLT – confere aos menores de 18 anos. O menor, sob este enfoque, seria duplamente punido.

O fato de o empregado emancipado praticar atos da vida civil diante da capacidade precocemente adquirida mas se beneficiar de regras específicas à proteção da sua condição de adolescente não implica qualquer dificuldade ou contradição. Trata-se de situações distintas. O empregado emancipado pratica atos da vida civil para que seja possível sua subsistência na sociedade desigual. Continua, no entanto, a merecer a proteção do ordenamento jurídico, onde couber, pois permanece sendo adolescente, o que só findará quando completar 18 anos.

Os efeitos do art. 5º, parágrafo único, V, do CCB, na esfera trabalhista, sobretudo em relação ao art. 440 da CLT, necessitam ser interpretados à luz dos valores constitucionais de proteção do adolescente. Por isso, a inafastável conclusão de que o art. 440 da CLT não foi revogado.

Não é apenas o empregado menor de 18 anos que utiliza sua força de trabalho para auferir os meios necessários à subsistência e, ainda, da família. O trabalhador menor pode prestar serviços autônomos, seja na condição de

empreiteiro, seja como parceiro rural, como qualquer outra. Por isso, necessário investigar se o trabalhador adolescente autônomo beneficia-se da regra do art. 440 da CLT.

Trabalhador menor autônomo

A característica essencial do contrato de empreitada e da parceria rural é a ausência de subordinação jurídica, embora possa haver dependência econômica¹⁶.

Poder-se-ia, precipitadamente, afirmar que, uma vez inexistente relação de emprego, não há que se cogitar da aplicação do art. 440 da CLT, mesmo diante de trabalhador menor autônomo.

Deve-se proceder à análise a partir de duas ordens de idéias.

A primeira partindo da própria dicção do texto legal.

De fato. O art. 440 garante o benefício da não fluência da prescrição ao “trabalhador menor” – gênero –, e não apenas ao “empregado menor” – espécie¹⁷.

A distinção entre “relação de trabalho” e “relação de empregado”, sob esta ótica, parece relevante.

Mauricio Godinho Delgado aduz, a propósito, que a Ciência do Direito “enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego”¹⁸. Ainda, segundo Delgado, a “primeira expressão tem caráter genérico”, referindo-se “a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano”, de forma que a expressão “relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como o trabalho de estágio, etc.)”¹⁹.

16 Verifica-se dependência econômica, sem subordinação jurídica, quando o trabalhador desenvolve seu trabalho com ampla liberdade, desvinculado, inclusive, da atividade fim do tomador, mas o realiza de maneira preponderante ou exclusiva, de modo que passa a depender do trabalho e respectivos pagamentos que lhe são vertidos pelo beneficiário do serviço.

17 Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena afirma: “Juridicamente, todo empregado é trabalhador, mas nem todo trabalhador é empregado” (*Relação de emprego*. 3. ed. SP: LTr, 2005, p. 379).

18 *Curso de Direito do Trabalho*. SP: LTr, 2002, p. 280.

19 *Curso...*, cit., p. 280.

DOCTRINA

Ora, considerando que o art. 440 da CLT serve-se de vocábulo que indica inequivocamente o gênero, não parece ser possível ao intérprete restringir o alcance do preceito legal, limitando-o ao sentido da espécie (“relação de emprego”).

Lembra Carlos Maximiliano, a propósito, que a “relação lógica entre a expressão e o pensamento faz discernir se a lei contém algo de mais ou de menos do que a letra parece exprimir; as circunstâncias extrínsecas revelam uma idéia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito”, concluindo que mais “do que regras fixas influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o fim colimado, os valores jurídico-sociais que lhe presidiram à elaboração e lhe condicionam a aplicabilidade”²⁰.

Sob esse prisma, não parece haver dúvida de que o art. 440 da CLT refere-se ao gênero “trabalhador”, incluindo neste contexto toda a pessoa que possua menos do que 18 anos e que preste serviços de forma autônoma ou subordinada.

A segunda ordem de idéias reporta-se aos valores constitucionais de tutela do trabalho do adolescente.

O trabalhador adolescente autônomo, da mesma forma que qualquer outro menor, também possui o direito subjetivo a uma condição digna e à educação. O fato de trabalhar para obter os meios necessários à sua subsistência, mesmo de forma autônoma, demonstra o inadimplemento da sociedade e do Estado de cumprir o dever imposto no art. 227 da Constituição. Os valores expressos neste preceito constitucional contaminam o ordenamento jurídico, impondo interpretação protetiva do trabalho do adolescente, mesmo que autônomo.

Saliente-se por fim que, se o art. 652, III, da CLT reconhece ao Juiz do Trabalho competência para julgar controvérsias resultantes de contrato de empreitada, em que o empreiteiro é operário ou artífice, há nítida indicação no sistema trabalhista que, nas hipóteses em que o trabalhador autônomo adolescente preste pessoalmente seus serviços, merece a tutela do art. 440 da CLT.

Pode-se, por decorrência lógica, sustentar que toda pessoa menor de 18 anos, que preste trabalho em prol de outrem, seja na condição de autônomo (v.g.: empreiteiro, parceiro rural), seja na de subordinado (v.g.: empregado, estagiário), beneficia-se da regra do art. 440 da CLT.

20 *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11. ed. RJ: Forense, 1991, p. 199.

Outra análise relevante diz respeito à aplicação do referido dispositivo legal no tocante aos dependentes do empregado falecido, ou a seus herdeiros menores.

2 – SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO NO CASO DO DEPENDENTE MENOR, OU HERDEIRO, DO EMPREGADO FALECIDO

Existe certa confusão na jurisprudência sobre a aplicação do art. 440 da CLT no tocante ao dependente menor do empregado falecido, e ao herdeiro menor²¹.

Com efeito. Os Tribunais, inclusive o TST, não têm se posicionado sobre a distinção legal existente entre menor dependente e menor herdeiro do empregado falecido, independentemente de se reconhecer, ou não, a aplicação do art. 440 da CLT.

Encontram-se, por isso, decisões que reconhecem ao menor herdeiro, sem se saber se era dependente, o benefício do art. 440 da CLT²².

-
- 21 “RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SUCESSORA MENOR. *Existindo herdeira menor incapaz*, suspende-se o prazo prescricional na data do óbito do empregado, nos termos do art. 440 da CLT e 169, I, do Código Civil, considerando-se que esta é a data da abertura da sucessão e da transmissão dos direitos hereditários. Desta forma, tendo o óbito ocorrido em 09.11.1998, declaram-se prescritas as parcelas anteriores a 09.11.1993. Conforme preconizado pelo Ministério Público do Trabalho, determina-se que, para o pagamento dos haveres trabalhistas à herdeira menor, sejam observadas as condições previstas na Lei nº 6.858/80. Recurso ordinário provido parcialmente” (TRT 4ª R., 00200.771/02-7 RO, 8ª T., j. 11.12.2002, Rel. Juiz Conv. José Felipe Ledur, publ. DORGS 20.01.2003, <<http://www.trt4.gov.br>>, acessado em 06.03.2008, grifei).
- 22 “PRESCRIÇÃO TOTAL. HERDEIRO MENOR DO EMPREGADO. ART. 440 DA CLT. O sentido teleológico da norma contida no art. 440 da CLT não visa, absolutamente, a instituir causa impeditiva de prescrição apenas para o menor empregado, enquanto sujeito da relação de emprego. O dispositivo Consolidado buscou conformar a causa impeditiva da prescrição já instituída na legislação civil (art. 169, I, do CCB) à maioria prevista para fins trabalhistas, que se dá com o implemento da idade de dezoito anos. A medida se justifica porque o menor, seja ele empregado, seja sucessor de empregado, não tendo capacidade para exercer, sozinho, os atos da vida civil, não poderia exigir do empregador o pagamento dos haveres rescisórios que lhe fossem devidos sob esse ou aquele título.” (TRT 3ª R., 7ª T., 00417-2002-044-03-00-0 RO, j. 13.12.2002, pub. DJMG 26.09.2002, Rel. Juiz José Roberto Freire Pimenta, <<http://www.trt3.gov.br>>, acessado em 06.03.2008); “PRESCRIÇÃO. MENOR HERDEIRO. ‘... a melhor interpretação da lei é no sentido de que contra o menor, ainda que compareça em juízo na condição de sucessor do trabalhador falecido, não deve correr nenhum prazo de prescrição. Isso porque o art. 440 da CLT não afirma que contra o trabalhador menor não flui o prazo prescricional. Afirma, sim, que contra os menores de 18 anos não corre nenhum prazo de prescrição, a alcançar, portanto, o menor na condição de sucessor’ (Lora, Ilse M. Bernardi. *A prescrição no direito do trabalho: teoria Geral e questões polêmicas*. São Paulo: LTr, 2001, p. 118). Portanto, para a incidência da contagem do lapso prescricional, tanto bienal quanto quinquenal, há que se considerar a idade das autoras herdeiras menores, ao tempo do ajuizamento da ação, pois, para elas, a prescrição só inicia o seu curso a partir de quando completam 18 anos de idade” (TRT 3ª R., 00384-2006-067-03-00-6 RO, 8ª T., julg. 01.11.2006, pub. 18.11.2006, DJMG p. 19, Rel. Denise Alves Horta <<http://www.trt3.gov.br>>, acessado em 06.03.2008).

Existem, por outro lado, decisões que não reconhecem o referido benefício ao menor dependente, apenas por ser também herdeiro²³.

Ressalte-se, por oportuno, que, por força do art. 1º da Lei nº 6.858/80, os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do FGTS e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social, e, apenas na falta destes, aos sucessores previstos na lei civil.

O § 1º do mesmo artigo dispõe que as “quotas atribuídas a menores ficarão depositadas em caderneta de poupança, rendendo juros e correção monetária, e só serão disponíveis após o menor completar 18 (dezoito) anos, salvo autorização do Juiz para aquisição do imóvel destinado à residência do menor e de sua família ou para dispêndio necessário à subsistência e educação do menor”.

Percebe-se, portanto, que há nítida diferença legal entre o menor que é dependente do empregado falecido e o menor que, não sendo dependente, é herdeiro.

E há razão para esta distinção.

Não é raro que o empregado falecido possua filhos em mais de um casamento – ou fora destes –, e que os filhos tidos no primeiro matrimônio, à época do óbito, não fossem mais dependentes do *de cuius*²⁴. Há outros casos

23 “RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO *HERDEIRO MENOR*. A disposição contida no art. 440 da CLT é específica para o trabalhador menor e não afasta a aplicação da legislação civil, conforme disposto no art. 8º da CLT, quanto à prescrição relativa aos direitos do menor quando se trata de *dependente* de trabalhador falecido. A prescrição não corre contra menor, nos termos do art. 169, I, do Código Civil de 1916. (...)” (TST, RR 780944, 2001, 1ª T., julg. 11.12.2007, pub. DJ 14.12.2007, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, grifei, <<http://www.tst.gov.br>>, acessado em 06.03.2008); “PRESCRIÇÃO MENOR INTEGRANTE DE ESPÓLIO. 1. O Direito do Trabalho dispõe de normas específicas regendo a matéria arts. 11 e 440 da CLT e 7º, XXIX, da Constituição, por isso não se aplica à hipótese dispositivos da legislação civil. 2. Como, no caso concreto, não se discute direito de empregado menor, mas sim direito de espólio integrado por menor, não se aplica a norma do art. 440 da CLT. Destarte, a ação deveria ter sido ajuizada dentro do biênio legal que sucedeu a extinção do contrato de trabalho por falecimento do empregado. Recurso provido.” (TST, RR 469/2001-141-04-00, 4ª T., j. 22.03.2006, pub. DJ 11.04.2006, Rel. Min. Barros Levenhagen, <<http://www.tst.gov.br>>, acessado em 06.03.2008).

24 Cite-se este exemplo: “FALECIMENTO DO TRABALHADOR. VALORES DEVIDOS. LEIS ESPECÍFICAS QUE REGULAM A MATÉRIA. QUITAÇÃO DO EMPREGADOR. Certos ou errados, inconstitucionais ou não [porque discriminam e excluem herdeiros necessários que não sejam dependentes perante a previdência social], o art. 477, CLT, e a Lei nº 6.858/80, regulamentada pelo Decreto nº 85.845/81, regulam a matéria no campo do Direito do Trabalho e na questão aqui trazida a lume. Dispondo que, no caso de falecimento, os valores devidos ao ex-empregado e o FGTS serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a previdência social e só na sua falta, aos

em que a mãe do empregado falecido disputa o direito de receber as verbas trabalhistas com neto havido fora do casamento de que era dependente do *de cuius* perante o INSS²⁵.

A Lei nº 6.858/80, atendendo à finalidade do salário, que é a satisfação imediata das necessidades vitais do empregado e de seus dependentes, estabeleceu que a prioridade para receber as verbas trabalhistas (normalmente salariais), não pagas em vida ao empregado, é dos dependentes, já que a destinação das mesmas, se o trabalhador estivesse vivo, seria exatamente para satisfazer as necessidades vitais destes.

Assim, a Lei em comento expressamente excluiu do âmbito do inventário ou do arrolamento as parcelas trabalhistas, determinando que sejam imediatamente pagas (ou depositadas em caderneta de poupança) aos dependentes. Sábia medida, pois destinou aquelas verbas a quem delas depende para subsistência. Dessa forma, facilitou o recebimento das parcelas de cunho trabalhista

sucessores previstos na lei civil (art. 1º da Lei). E que as cotas devidas a menores serão depositadas em caderneta de poupança (§ 1º). Pelo que, o empregador, que assim procede obtém boa e válida quitação, não podendo ser alvo de ataque na disputa entre herdeiros de mães diferentes e de amásias entre si. O acerto entre herdeiros e candidatas ao monte se faz na via e pelo rito próprio.” (TRT 3ª R., RO-00327/2003, 3ª T., j. 28.04.2004, DJMG 10.07.2004, p. 03, Rel. Juiz Paulo Araújo, <<http://www.trt3.gov.br>>, acessado em 06.03.2008).

- 25 Veja-se, a propósito, a seguinte ementa: “COMPETÊNCIA. AÇÃO DE OPOSIÇÃO DECLARAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DE DIREITOS NÃO TRABALHISTAS ENTRE PESSOAS NÃO VINCULADAS POR CONTRATO DE TRABALHO. DISPUTA ENTRE HERDEIROS DE TRABALHADOR FALECIDO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Independente da discussão sobre o cabimento ou não da ação de oposição no processo trabalhista, é de se ver que, como toda ação, de qualquer natureza, deve estar presente sempre a competência do Juízo perante o qual é proposta. Certo e fora de qualquer dúvida que a Justiça do Trabalho não tem competência para decidir controvérsia envolvendo lide judicial entre sucessores do falecido que disputem a qualidade de herdeiro. A faculdade do juiz do trabalho para declarar incidentalmente alguma questão relevante e necessária para a solução da lide trabalhista só produz efeito no processo em que feita a declaração e entre as partes do referido processo. Não alcançando terceiros, seja para beneficiar ou prejudicar. E nem valendo, a faculdade, para decisão de ação autônoma como a de oposição – na qual se pretenda declaração e constituição de direitos não trabalhistas. No caso, *falecido o trabalhador, solteiro, sua mãe iniciou ação trabalhista, apresentando-se como sucessora única e universal*. E o aqui autor, *filho natural, menor, representado pela mãe, que teve convivência marital com o trabalhador, propôs a presente ação de oposição, informando ser dependente habilitado junto ao INSS e único herdeiro legítimo. E denunciando a existência de dois inventários em curso perante o d. Juízo civil, ambos disputando a legitimidade e a herança*. Ação que tramitou e foi julgada separadamente. Extinta por entender o d. julgador pelo não cabimento dela no processo do trabalho. O que se mantém, no grau recursal, porque há competência para se decidir sobre legitimidade ativa, questionada, no bojo de ação trabalhista, ainda que necessário exame incidental de matéria de outra área. Assim como se pode suspender o curso de ação trabalhista enquanto se disputa a condição de herdeiro no foro próprio. Mas não há competência para se decidir ação autônoma, ainda que vinculada à trabalhista, para dirimir a querela civil.” (TRT 3ª R., RO 00209/2003, 3ª T., j. 17.12.2003, DJMG 07.02.2004, p. 03, Rel. Juiz Paulo Araújo, <<http://www.tst.gov.br>>, acessado em 06.03.2008, grifei).

pelos dependentes, dispensando, inclusive, a presença de inventariante²⁶, embora a parte final do § 1º do art. 1º também afaste a necessidade de inventário ou arrolamento quando houver apenas herdeiros, mas desde que indicados em alvará judicial, o que, de qualquer forma, ficará sujeito a procedimento, voluntário ou contencioso, a ser requerido perante o Juízo Cível, e não terá a mesma celeridade daquela verificada quando da existência de dependentes.

Constata-se, portanto, disciplina legal própria para pagamento de crédito trabalhista a dependente do empregado falecido, em especial, ao dependente menor de 18 anos. De fato. A lei estabelece que o dependente menor de 18 anos merece tutela especial, pois não poderá dispor imediatamente do valor correspondente ao crédito reconhecido, exceto com autorização do juiz, e, mesmo assim, apenas para adquirir imóvel destinado à sua residência e de sua família ou para dispêndio necessário à sua subsistência ou educação.

Ora, a própria lei prevê que o dependente menor de 18 anos não possui maturidade suficiente para usar e dispor do dinheiro resultante do crédito trabalhista, podendo dispô-lo apenas para finalidade de subsistência, e, mesmo assim, se houver autorização judicial.

Reconhece-se, a partir dessa constatação, que o sistema legal trabalhista está estruturado para tutelar os meios de subsistência do menor de 18 anos, seja trabalhador, seja dependente do empregado falecido.

De outra forma não poderia ser, pois tanto um quanto o outro necessitam daquele crédito para subsistência, e tanto um quanto o outro, por presunção legal, não possuem maturidade para administrar seu patrimônio, inclusive para reagir a potenciais violações a seus direitos, até completar 18 anos.

O salário é meio necessário para satisfação das necessidades vitais, não apenas do empregado, mas também de seus dependentes. O sistema jurídico brasileiro, em diversos momentos, reconhece a especial proteção do dependente

26 Nesse sentido: “REPRESENTAÇÃO DO ESPÓLIO DO EMPREGADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. LEI Nº 6.858/90. APLICABILIDADE. Não tem aplicação supletiva no Processo do Trabalho a norma do art. 12, V, da Lei Adjetiva Civil. A Lei nº 6.858/90 atribui legitimidade ativa para ajuizar reclamação, visando a satisfação de direitos trabalhistas do empregado falecido, aos dependentes arrolados junto ao INSS e, inexistindo estes, a todos os sucessores do *de cuius* previstos na lei civil, sendo desnecessária a representação do espólio por inventariante. Todavia, mantém-se a sentença de primeiro grau que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, em razão de, no caso dos autos, o ajuizamento da ação não ter sido formulado por todos os sucessores, conforme previsto no referido diploma legal.” (TRT 20ª R., RO 2658/98, Tribunal Pleno, j. 09.03.1999, DJSE 31.03.1999, Rel. Juiz João Bosco Santana de Moraes, <<http://www.trt20.gov.br>>, acessado em 06.03.2008).

alimentando, quando, por exemplo, permite a penhora do salário, como única exceção, para a satisfação de crédito alimentar do dependente²⁷.

Sob esse enfoque tuitivo do sistema legal trabalhista, o art. 440 da CLT deve ser interpretado. Não se pode comparar o menor herdeiro ao menor dependente. São situações jurídicas distintas e, portanto, merecem tratamento diferenciado pelo Direito.

Ao menor herdeiro, que não era dependente do empregado falecido, não é reconhecida a especial tutela trabalhista para recebimento do seu quinhão, pois, legalmente, dele não dependia para subsistir. A disciplina legal no tocante à prescrição aplicável é aquela do Código Civil, no sentido de que contra os menores de 16 anos não corre a prescrição²⁸.

O art. 440 da CLT, por sua vez, deve ser interpretado a partir da lógica do sistema: o menor de 18 anos – trabalhador ou dependente de empregado falecido – que for titular de crédito trabalhista, depende deste para subsistência própria e de sua família, não possuindo maturidade suficiente para defendê-lo. Essa maturidade só poderá, presumivelmente, ser adquirida quando o adolescente completar 18 anos. Nesse sentido, e por via de conseqüência, a prescrição não poderá fluir quando o titular do crédito trabalhista for menor de 18 anos.

Assim, quando se tratar de trabalhador menor, a prescrição não flui até que complete 18 anos. No tocante ao menor dependente, o prazo prescricional

27 Assim dispõe o art. 649, IV, do CPC: “São absolutamente impenhoráveis: (...) IV – os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia”.

28 CCB, arts. 198, I e 3º, I. Transcrevem-se como exemplos: “RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO PRAZO. HERDEIROS MENORES. A suspensão da prescrição em razão da incapacidade civil absoluta dos herdeiros do trabalhador, definida no art. 3º do atual Código Civil, vem regulada no art. 198, I, do mesmo Código, aplicado subsidiariamente (art. 8º da CLT). Assim, o prazo prescricional, que teve seu curso iniciado com a extinção do contrato de trabalho, suspendeu-se com a morte do ex-empregado e de tal modo permaneceria até que os seus herdeiros alcançassem a maioridade civil, sendo que somente a partir de então é que recomençaria a contagem do prazo até completar os dois anos previstos na Constituição Federal (art. 7º, XXIX) para que a pretensão relativa a parcelas trabalhistas devidas ao ex-empregado pudesse ser exercida. Recurso de revista conhecido e não provido.” (TST, RR 3676/2003-661-09-00, 6ª T., j. 13.06.2007, publ. DJ 29.06.2007, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, <<http://www.tst.gov.br>>, acessado em 06.03.2008); “PRESCRIÇÃO. ESPÓLIO. HERDEIRO MENOR. ART. 440 DA CLT. INAPLICABILIDADE. O art. 440 da CLT está inserido no capítulo que dispõe sobre a proteção ao trabalho do menor, e como tal não pode ser interpretado isoladamente, mas de forma sistemática. Quando não se discute direito de menor como empregado, mas como herdeiro, que se encontra representado pelo inventariante, é este quem deve exercer o direito do empregado falecido, não havendo que se falar em causa impeditiva da prescrição. Recurso de revista não conhecido.” (TST, RR 61349/2002-900-04-00, 4ª T., j. 30.06.2004, publ. DJ 20.08.2004, Rel. Min. Milton de Moura França, <<http://www.tst.gov.br>>, acessado em 06.03.2008).

suspende-se na data do falecimento do alimentante, retornando a fluir apenas no aniversário de 18 anos do dependente.

A interpretação sistemática do art. 440 da CLT permite constatar que o impedimento do fluxo da prescrição tem por escopo tutelar o menor em face da natureza do crédito (salarial). Não se trata, portanto, apenas da tutela da *pessoa* do menor de 18 anos, mas da tutela do *crédito salarial* do qual o menor de 18 anos é titular.

Essa interpretação encontra-se em perfeita sintonia com o art. 227 da Constituição, pois compatibiliza valores ali expressos, quais sejam: proteção do adolescente, reconhecendo-lhe, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade e ao respeito.

Admitir que o menor dependente beneficia-se da hipótese do art. 440 da CLT é uma das formas de viabilizar a materialização dos valores referidos, pois permite que o decurso do tempo, até completar 18 anos, agregue-lhe experiência e conhecimento para a defesa dos meios necessários à sua subsistência.

Posta nestes termos a questão, surge outra que é controvertida na jurisprudência: a divisibilidade do crédito trabalhista, quando são dependentes maiores e menores de 18 anos, e seus efeitos em relação à suspensão da prescrição.

3 – DIVISIBILIDADE DO CRÉDITO TRABALHISTA

A discussão acerca da divisibilidade do crédito trabalhista torna-se importante diante do disposto no art. 201 do CCB, segundo o qual “Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível”.

Assim, quando o INSS indica como dependentes do empregado falecido pessoa maior de 18 anos – normalmente cônjuge – e outra, menor de 18 anos – via de regra, filho, indaga-se: os créditos trabalhistas são divisíveis?

Reconhecendo-se que o crédito trabalhista é indivisível, o prazo prescricional seria suspenso (CLT, art. 440), havendo maiores e menores de 18 anos dentre os dependentes, pois seriam credores solidários, de forma que os maiores beneficiar-se-iam da condição estendida aos menores.

Já se se admitir que o crédito trabalhista é divisível, não se aplica a regra do art. 201 do CPC, de modo que se teriam dois prazos bienais e dois prazos quinquenais diversos, ora em relação ao dependente maior, ora no tocante ao dependente menor.

DOUTRINA

A questão não é pacífica. Encontram-se decisões nos dois sentidos²⁹.

A própria jurisprudência fornece os elementos jurídicos para solver o problema.

O primeiro deles está na própria Lei nº 6.858/80, quando, no art. 1º, dispõe que as parcelas trabalhistas não recebidas em vida pelo empregado serão divididas, em quotas iguais, entre os dependentes habilitados perante a Previdência Social³⁰.

Não se vê dificuldade na aplicação desta regra: se o que prescreve é a pretensão à parcela trabalhista (CCB, art. 189), pode ser dividida.

Considere-se o seguinte exemplo, no qual se aborda tanto o prazo bienal quanto o quinquenal.

Pretensão relativa a horas extras prestadas e não pagas, no dia 03.06.98. O empregado falece no dia 03.10.02, indicando o INSS como dependentes a esposa e um filho com 16 anos, cujo aniversário de 18 anos ocorre em 03.06.04. A viúva e o filho ajuízam ação trabalhista em 10.12.04, postulando as horas extras referidas.

As horas extras em tela, por força do art. 1º da Lei nº 6.858/80, são devidas em quotas iguais aos dependentes, sendo que, no caso, devem ser divididas.

A pretensão da viúva, nessa hipótese, limita-se a 50% das horas extras, enquanto a pretensão do filho, aos 50% restantes.

No caso vertente, a pretensão da viúva prescrevera em 03.10.04, pois, extinto o contrato de trabalho com a morte do empregado (03.10.02), dispunha de dois anos para ajuizar a ação (Constituição, art. 7º, XXIX). Mesmo que,

29 “DA PRESCRIÇÃO. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE MENOR. Hipótese em que restou suspenso o prazo prescricional face a menoridade de um dos herdeiros, inclusive em relação aos demais herdeiros, haja vista a indivisibilidade do objeto. Aplicação subsidiária dos arts. 198, I, e 201, do Código Civil Brasileiro em vigência. Provimento parcial.” (TRT 4ª R., 00647-2004-702-04-00-1 RO, fl. 1, 8ª T., j. 22.03.2007, publ. 22.04.2007, Rel. Juíza Ana Luíza Heineck Kruse, <<http://www.trt4.gov.br>>).

30 Nesse sentido: “PRESCRIÇÃO. INTERESSE DE MENOR. Com o falecimento do trabalhador e havendo entre os sucessores menores de dezoito anos, o prazo prescricional resta suspenso a partir do advento da morte (art. 440, CLT; art. 198, I, do Código Civil). Porém, se entre os dependentes habilitados figura o cônjuge, capaz tanto no âmbito trabalhista como civil, contra o mesmo flui a prescrição bienal e quinquenal, pois conforme se depreende do teor da Lei nº 6.858/80 (art. 1º), a obrigação não é indivisível, por isso, a suspensão do prazo prescricional não beneficia a viúva-meeira.” (TRT 9ª R., 00735-2006-562-09-00-5-ACO-28591-2007, 4ª T., publ. DJPR 02.10.2007, Rel. Des. Arnor Lima Neto, <<http://www.trt9.gov.br>>, acessado em 06.03.2008).

apenas para argumentar, não se tivesse verificado a prescrição bienal, haveria a quinquenal, já que prescrita a pretensão às horas extras em 03.06.03, cinco anos após o surgimento da pretensão.

Já a pretensão do filho não prescreve, nem por força da prescrição bienal, nem, tampouco, da quinquenal.

Observe-se que o prazo bienal não se iniciou com a extinção do contrato, mas apenas com o advento do aniversário de 18 anos do dependente, ocorrido em 03.06.04, quando passou a ter dois anos para ajuizar a ação (CLT, art. 440), que acabou sendo proposta em 10.12.04.

No tocante ao prazo quinquenal, também restou suspenso em 03.10.02 (morte do empregado), quando já haviam decorrido 4 anos e 4 meses, voltando a fluir em 03.06.04 (aniversário de 18 anos do filho), mas interrompido³¹ em 10.12.04 com o ajuizamento da ação, quando haviam transcorrido apenas outros 6 meses e 4 dias. No total, somando-se os períodos circundados pela suspensão, tem-se 4 anos e 10 meses e 4 dias.

Constata-se, assim, ser divisível o crédito trabalhista, podendo-se os prazos prescricionais serem suspensos no tocante ao menor dependente, e não em relação ao maior dependente, mesmo sendo relativa a mesma pretensão. Saliente-se que esse raciocínio é perfeitamente aplicado no tocante a qualquer parcela.

Outro argumento que demonstra a divisibilidade do crédito trabalho é o de que “o fracionamento do todo não altera a substância da obrigação”³².

Com efeito. De acordo com o mesmo exemplo acima indicado, a divisão das horas extras prestadas pelo empregado falecido não lhes retirou a natureza de horas extras, nem sequer de parcela salarial trabalhista, não se justificando o argumento da indivisibilidade.

31 CCB, art. 202, V; Súmula 268 do TST.

32 (...) HERDEIROS MAIORES. PRESCRIÇÃO. NÃO APROVEITAMENTO. Considerando-se os termos do art. 171 do Código Civil de 1916, não há falar em aproveitamento do não transcurso do prazo prescricional em relação à esposa e à filha que tinha 20 anos na data do óbito, por não se tratar de obrigação relativa a objeto indivisível. Infere-se que, em se tratando de espólio, o crédito trabalhista decorrente da indenização devida pela rescisão contratual implica obrigação eminentemente divisível, pois o fracionamento do todo não altera a substância da obrigação que, também por isso, não se revela solidária. Recurso de revista conhecido e provido parcialmente.” (TST, RR 780944/2001, 1ª T., j. 11.12.2007, publ. DJ 14.12.2007, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, <<http://www.tst.gov.br>>, acessado em 06.03.2008).

CONCLUSÃO

Importa observar que o sentido ou o valor das normas jurídicas vigentes são formulados pelos juristas, através de interpretações de natureza doutrinária, destituídas de força cogente, cuja função é indicar o significado dos modelos jurídicos³³.

As variações de critérios e paradigmas interpretativos, contudo, fazem com que as proposições e modelos hermenêuticos dependam “da posição de cada exegeta, os quais se distribuem em distintas teorias ou correntes de pensamento”³⁴.

De qualquer forma, por mais que “a interpretação possa tirar partido da elasticidade normativa, preenchendo os vazios inevitáveis do sistema, deve ela sempre manter compatibilidade lógica e ética com o ordenamento jurídico positivo”³⁵.

Sob esse prisma, e considerando o teor do presente trabalho, relevante observar algumas das diretrizes sugeridas por Miguel Reale, que constituem notas distintivas da interpretação estrutural:

- “Toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (Natureza axiológica do ato interpretativo)”;
- “Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (Natureza integrada do ato interpretativo)”;
- “Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (Natureza histórico-concreta do ato interpretativo)”;
- “A interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios de Lógica Formal, nem se reduz a uma análise lingüística, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão histórica

33 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. SP: Saraiva, 2002, p. 107.

34 REALE, M. *Fontes...*, cit., p. 107.

35 REALE, M. *Fontes...*, cit., p. 110.

entendida como razão problemática ou conjetural (Problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico)”;

- “Entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponde a valores éticos da pessoa e da convivência social (Destinação ética do processo hermenêutico)”³⁶.

A interpretação que reconhece ao adolescente emancipado, com idade entre 16 e 18 anos, os efeitos do art. 440 da CLT, atende a estas diretrizes, porque interpreta tanto este dispositivo quanto o do art. 5º, parágrafo único, V, do CCB à luz dos valores reconhecidos no art. 227 da Constituição.

A estruturação hermenêutica da tutela do menor, desse modo, tem no seu vértice os valores indicados no referido preceito constitucional, permitindo uma compreensão global da aplicação da prescrição.

Ademais, o trabalho hermenêutico de se estabelecerem os contornos do art. 440 da CLT não pode se resumir em uma mera operação matemática lógico-dedutiva, na qual se “a pessoa com mais de 16 e menos de 18 anos” + “adquire economia própria através de emprego” + “emancipa-se” = “não se aplica o art. 440 da CLT”.

E, por fim, se existe mais de uma interpretação possível, deve-se optar por aquela que permita a efetivação dos valores éticos da pessoa e da convivência social, os quais estão refletidos no já citado art. 227 da Constituição.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação ao menor de 18 anos dependente de empregado falecido, visto que lhe reconhecer os benefícios do art. 440 da CLT é maneira de concretizar valores consagrados na Constituição.

A interpretação de que o art. 440 da CLT foi revogado pelo art. 5º, parágrafo único, V, do CCB contraria aos valores expressos no art. 227 da Constituição.

O trabalhador adolescente com idade entre 16 e 18 anos – normalmente em situação de vulnerabilidade social e biologicamente em formação – que necessita trabalhar por questões socioeconômicas, em especial a má distribuição de renda brasileira, não pode ser prejudicado por interpretação que valoriza a análise lingüística, em prejuízo de interpretação que prioriza a estrutura global do ordenamento, em cujo vértice estão os valores consagrados pela sociedade.

36 REALE, M. *Fontes...*, cit., p. 111-112.

DOUTRINA

Assim, com a finalidade de conformar todo o ordenamento jurídico aos valores consagrados na Constituição, impõe-se:

- reconhecer ao empregado com idade entre 16 e 18 anos o benefício do art. 440 da CLT, a despeito da emancipação prevista no art. 5º, parágrafo único, V, do CCB;
- admitir que o menor dependente do empregado falecido com idade entre 16 e 18 anos também se beneficia dos efeitos da regra do art. 440 da CLT.

Do contrário, o adolescente, com idade entre 16 e 18 anos, ainda biologicamente em formação, seria duplamente punido pelo Estado. Primeiro, porque deve trabalhar porque o Estado não lhe forneceu os meios materiais para obter educação de qualidade. Segundo, visto que perde o privilégio do art. 440 da CLT, que lhe é retirado pelo Estado através do Poder Judiciário.

Já o adolescente dependente do empregado falecido é punido porque perde o responsável pela sua subsistência, e, por conseguinte, lhe é retirada a condição de menor alimentando, para efeito de se beneficiar da hipótese do art. 440 da CLT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Hélia. Adolescente, sujeito de direito com responsabilidade penal. In: *Bahia Análise & Dados*. Salvador: SEI, v. 11, n. 1, p. 56, jun. 2001 (<http://www.sei.ba.gov.br>), acessado em 06.03.08).
- BARROS, Alice M. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Da prescrição e da decadência*. Atualizada por José de Aguiar Dias. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro: 1959.
- GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. vol. I. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *Aplicação do novo Código Civil ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- KASSOUF, Ana Lúcia. A ameaça e o perigo à saúde impostos às crianças e aos jovens em determinados trabalhos. In: *Trabalho Infantil e Direitos Humanos. Homenagem a Oris de Oliveira*. CORRÊA, Lelio B.; VIDOTTI, Tarcio José. São Paulo: LTr, 2005, p. 121-145.
- MARTINS, Adalberto. O sistema das incapacidades no atual Código Civil. In: *Synthesis: direito do trabalho material e processual*. Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo nº 37/2003, São Paulo, p. 71.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DOCTRINA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Trabalho infantil – acidentes de trabalho*. Não publicado.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

RIBEIRO, Eliane de Carvalho Costa; MONEGATTO, Regina Dirce Gago de Faria. Novo Código Civil – Aspectos da capacidade civil e seus reflexos no âmbito trabalhista. In: *Revista do TRT da 15ª Região*, nº 21, dez. 2002.

THEODORO Jr., Humberto. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil brasileiro*. “Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil”. São Paulo: RT, 2003.

EVOLUÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO NO ÂMBITO TRABALHISTA

Gustavo Filipe Barbosa Garcia*

1 – INTRODUÇÃO

Na atualidade, importante tema que vem sendo intensamente debatido refere-se à aplicação, no âmbito trabalhista, da *prescrição decretada de ofício pelo juiz*, conforme previsão do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, na redação determinada pela Lei nº 11.280, 16 de fevereiro de 2006.

O presente artigo tem o objetivo de analisar a referida questão, sob o ângulo da interpretação do sistema jurídico em vigor.

Efetivamente, quando se propõe a estudar certa questão, em termos jurídicos, não se pode confundir a interpretação do Direito com a crítica à norma legislada. Ainda que ambas sejam relevantes para o desenvolvimento da ciência, são atividades distintas, com objetivos diversos, utilizando-se de métodos diferenciados.

O propósito, aqui, é de buscar o sentido e o alcance das previsões jurídicas em vigência, tal como inseridas no ordenamento jurídico pátrio.

2 – NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO EXTINTIVA

A prescrição torna *inexigível* a pretensão referente ao direito subjetivo material, em razão de inércia do seu titular.

Violado o direito subjetivo, o seu titular passa a ter a *pretensão* na sua satisfação; após o prazo prescricional, essa pretensão torna-se *inexigível*¹.

* *Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região.*

1 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 21. ed., revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 682: “O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer. Se, entretanto, num dado momento,

Nas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “A prescrição é a *perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto em lei*” (destaques do original)².

Nesse sentido, de acordo com o art. 189 do Código Civil de 2002: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”³.

O principal fundamento do instituto em questão refere-se à necessidade de estabilidade e segurança nas relações jurídico-sociais⁴. A prescrição, de certo modo, também acaba penalizando a inércia do sujeito quanto à defesa de seu direito.

Mesmo sendo instituto com natureza de direito material, a prescrição, normalmente, produz os seus efeitos no âmbito processual; ou seja, a prescrição é pronunciada no curso da ação, ajuizada com pedido de satisfação do direito material (que se alega) violado⁵.

Desse modo, de acordo com o art. 269, inciso IV, do CPC, há resolução do mérito “quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição” (redação determinada pela Lei nº 11.232/05).

Isso explica o tratamento de certos aspectos da matéria em questão no âmbito do Código de Processo Civil, com repercussões, ainda, no Direito Processual do Trabalho (art. 769 da CLT).

ocorre a sua *violação* por outrem, nasce para o titular uma *pretensão* exigível judicialmente – *Anspruch*. O sujeito não conserva indefinidamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a *pretensão* deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer. Pela prescrição, extingue-se a pretensão, nos prazos que a lei estabelece (art. 189 do Código de 2002)” (destaques do original).

- 2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 498.
- 3 Cf. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 286: “Prescrição. Conceito. Causa extintiva da *pretensão de direito material* pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei. O texto da lei é claro ao dar como objeto da prescrição a pretensão de direito material e não a ação” (destaques do original).
- 4 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007. p. 756.
- 5 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 43: “A prescrição, assim como a decadência, é tema de direito material e não de direito processual. O reconhecimento da prescrição gera efeitos processuais, isto é, sua operacionalização. Entretanto, trata-se de direito material, tanto que é previsto em normas que versam sobre direito material, como no Código Civil, no Código Penal, no Código Tributário, na CLT (art. 11) e não no CPC. A prescrição envolve o decurso de prazo, enquanto o processo é concernente à atividade do juízo ou das partes”.

3 – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO

Uma diferença que, tradicionalmente, sempre se fazia entre prescrição e decadência era no sentido de que esta última deve ser conhecida, pelo juiz, de ofício (quando estabelecida por lei, segundo previsão do art. 210 do CC/02)⁶, enquanto a prescrição dependia de argüição da parte (art. 166 do Código Civil de 1916 e art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, na redação original, anterior à Lei nº 11.280/06).

O Código Civil de 2002, no art. 194, trouxe pequena alteração quanto ao tema, passando a estabelecer que: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”⁷.

Assim, antes da vigência da Lei nº 11.280/06, a regra era no sentido de que a prescrição *não* podia ser reconhecida, de ofício, pelo juiz, a não ser em favor do absolutamente incapaz (art. 194 do CC/02).

No entanto, essa sistemática quanto à prescrição foi *substancialmente alterada* pela Lei nº 11.280/06, ao dar nova redação ao art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, passando a estabelecer que: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Afastando quaisquer dúvidas, também foi revogado, expressamente, o art. 194 do Código Civil de 2002, pelo art. 11 da Lei nº 11.280/06.

4 – PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO NO DIREITO E NO PROCESSO DO TRABALHO

É certo que se discute quanto à aplicabilidade da nova redação do § 5º do art. 219 do CPC no Direito e no Processo do Trabalho.

Cabe fazer menção ao entendimento de que a mencionada previsão, inserida pela Lei nº 11.280/06, não é compatível com os princípios do Direito do Trabalho (o qual é aplicado no processo respectivo), por representar evidente prejuízo ao titular do crédito trabalhista, beneficiando, de forma injustificada,

6 De acordo com o art. 211 do CC/2002: “*Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação*”.

7 Cf. “Jornada III STJ 154. ‘O juiz deve suprir de ofício a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz’. Jornada III STJ 155. ‘O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração *ex officio* da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC”. In: NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. Op. cit., p. 289.

DOCTRINA

o devedor. Além disso, a inovação seria uma medida que configura inaceitável retrocesso social, em afronta ao princípio de proteção, inerente ao âmbito trabalhista.

A outra corrente entende pela aplicação do novo § 5º do art. 269 do CPC, estando presentes os requisitos dos arts. 8º, parágrafo único, e 769, da CLT⁸.

Na realidade, as críticas à nova redação do art. 219, § 5º, do CPC, ainda que pertinentes, encontram-se no plano de meras críticas à lei já aprovada e em vigor, podendo servir, no máximo, como sugestão ao legislador.

Não se pode confundir crítica ao Direito legislado com interpretação científica do Direito.

Pode-se até defender, apenas *de lege ferenda*, que a lei seja novamente alterada, retornando ao tradicional regime de que a prescrição necessitava de ser alegada para ser conhecida pelo juiz, ou mesmo que o instituto da prescrição deva sofrer alterações no sistema jurídico trabalhista, passando a conter disposições mais benéficas ao credor. O que não se pode é ignorar a realidade do Direito objetivo em vigor.

Assim, no plano da ciência jurídica, ao se propor a analisar e interpretar a atual previsão jurídico-normativa quanto à prescrição, embora seja possível não se concordar com a nova orientação adotada pelo legislador, o fato é que a lei ordena que ela seja conhecida de ofício pelo juiz, independentemente da natureza do direito material em discussão.

Sempre se aplicou a previsão do art. 219, § 5º, do CPC, inclusive no âmbito trabalhista. O mesmo prossegue quanto à sua atual redação. Se assim não fosse, ter-se-ia verdadeiro “vácuo” legislativo, pois *não mais existe qualquer previsão, no ordenamento jurídico, de que o juiz depende ou necessita de argüição da parte para conhecer a prescrição*.

Se a pretensão formulada, de acordo com o Direito objetivo, não é mais exigível, entendeu o legislador que assim seja considerado pelo juiz, mesmo

8 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novidades sobre a prescrição trabalhista*. São Paulo: Método, 2006. Cf. ainda, entre outros, MARTINS, Sergio Pinto. Declaração de ofício da prescrição pelo juiz. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, IOB Thomson, ano XVII, n. 206, p. 7-12; PINTO, José Augusto Rodrigues. Reconhecimento *ex officio* da prescrição e processo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, n. 04, p. 391-395, abr. 2006; OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 341-342; MALLET, Estevão. O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. Porto Alegre: Magister, ano II, n. 11, p. 96, mar./abr. 2006.

de ofício, o que está em consonância, aliás, com os princípios da primazia da realidade, bem como da celeridade e economia processual.

Eventual hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica de direito material – condição esta que não se restringe ao âmbito do Direito do Trabalho, podendo perfeitamente ocorrer em outros ramos do Direito, mesmo Civil *lato sensu* – não é critério previsto, no sistema jurídico em vigor, como apto a excepcionar a aplicação da disposição legal em questão; ou seja, ela não afasta o reconhecimento pelo juiz, de ofício, da inexigibilidade do direito, da mesma forma como se este já estivesse extinto por outro fundamento, como a quitação demonstrada nos autos.

Não se pode admitir que o juiz, como sujeito imparcial no processo, possa querer “beneficiar” uma das partes, deixando de pronunciar a prescrição, matéria que, de acordo com a lei atual, deve ser conhecida de ofício.

Tanto é assim que a nova disposição do Código de Processo Civil, certamente, terá de ser aplicada em relações jurídicas de diversas naturezas, inclusive aquelas envolvendo o Direito do Consumidor, podendo a parte vulnerável figurar como credor, mas ter a prescrição da exigibilidade do direito reconhecida. Obviamente, se o consumidor, em outras situações, for o devedor, a mesma regra incide de igual forma.

Imagine-se a situação em que se o empregado for credor, não se aplica a prescrição de ofício; no entanto, se ele for devedor, o juiz decreta a inexigibilidade do direito independentemente de arguição do empregador. O mesmo ocorreria se o consumidor fosse devedor e, em outra questão, fosse credor de direito não mais inexigível. Como se nota, corre-se o risco de se incorrer em casuismo inadmissível, tornando o juiz parcial, referendando conduta contrária ao Estado (Democrático) de Direito, por causar total insegurança jurídica.

Da mesma forma que o recibo de pagamento pode ser considerado de ofício pelo juiz, decidindo pela improcedência do pedido, o mesmo passou a ocorrer com a extinção da exigibilidade do direito material, em razão da prescrição.

O fato extintivo do direito, em regra, não precisa ser argüido pela parte para ser conhecido pelo juiz, tal como ocorre no pagamento, pois deve prevalecer a decisão judicial em conformidade com a verdade real e com o Direito objetivo. É do Direito material a regra segundo a qual, após certo prazo, o direito subjetivo torna-se inexigível, ou seja, tem a eficácia da sua pretensão prescrita, o que deve ser refletido no processo, em razão da instrumentalidade deste àquele.

DOCTRINA

Frise-se que conhecer ou não certa matéria no curso do processo, de ofício, é atividade que envolve os poderes do magistrado na relação processual. Ou seja, essa apreciação de ofício, ora imposta pelo art. 219, § 5º, do CPC, é questão nitidamente processual, e não de direito material, fazendo incidir o art. 765 da CLT, no sentido de que: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

A prescrição, visando à segurança jurídica, estabelece limite temporal para a exigibilidade dos direitos violados, sendo tema de interesse geral para a coletividade⁹. A Lei nº 11.280/06, no caso, certamente por ser a prescrição matéria de ordem pública, passou a determinar que seja reconhecida, de ofício, pelo juiz.

Como mencionado, as argumentações em sentido contrário, na verdade, estão a discordar do próprio Direito objetivo ora em vigor, situando-se assim, com a devida vênia, no plano da crítica ao Direito legislado.

5 – PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO NA EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA

O entendimento contrário à (inevitável) aplicação do art. 219, § 5º, do CPC ao âmbito trabalhista parece estar na contramão da evolução doutrinária, jurisprudencial, e mesmo legislativa, quanto ao tema da prescrição.

Irany Ferrari e Thereza Christina Nahas, em artigo doutrinário publicado em novembro do ano de 2000, já destacavam que:

“O inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal não pode ser estudado de forma divorciada do capítulo em que está inserido e do *caput* do artigo. Tem-se, assim, que não condicionando o legislador constitucional a aplicação do instituto à provocação do particular que aproveita, outro não pode ser o entendimento de que o reconhecimento aproveita a toda a sociedade de forma geral e, por isso, independe de provocação, devendo o Juiz reconhecer de ofício a incidência da norma Constitucional em qualquer momento processual, respeitadas, evidentemente, as disposições quanto à competência e coisa julgada.”¹⁰

9 Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 322: “as normas sobre a prescrição são de ordem pública”.

10 FERRARI, Irany; NAHAS, Thereza Christina. Prescrição trabalhista – decretação de ofício. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 11, p. 1386, nov. 2000. Cf. ainda *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 03, p. 261, mar. 2006.

DOCTRINA

A atual regra, de decretação *ex officio* da prescrição, sem fazer ressalvas, certamente decorre do intuito de se alcançar maior economia e celeridade processual (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88 acrescentado pela EC nº 45/04), pondo fim ao processo em que a pretensão é claramente inexigível, por já ter se consumado a prescrição¹¹.

Essa mesma orientação já era prevista no art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), acrescentado pela Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004:

“Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.”

Como se nota, o legislador já havia previsto a decretação da prescrição, de ofício, pelo juiz, no âmbito da execução fiscal, em se tratando de *prescrição intercorrente*, mais especificamente a prescrição iniciada com a decisão de “arquivamento dos autos” (art. 40, § 2º, da LEF). Esse arquivamento ocorre após a suspensão do curso da execução (art. 40, § 1º, da LEF), decorrido o prazo máximo de um ano sem que seja localizado o devedor, ou encontrados bens penhoráveis.

Não se pode esquecer de que o art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho determina a aplicação, subsidiária, da Lei de Execução Fiscal para os trâmites e incidentes da execução trabalhista¹².

Além disso, tendo em vista a EC nº 45/04, a Justiça do Trabalho passou a ter competência para processar e julgar: “as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (art. 114, inciso VII, da CF/88). Assim, pode-se entender

11 Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3, p. 424: “Se o direito do autor não mais existe, por força do decurso do tempo (decadência), ou se, pela mesma razão, deixou de ser exigível (prescrição), prosseguir no feito será pura perda de tempo para nada. Ao juiz cumpre, portanto, de logo, decretar a extinção do processo, eliminada qualquer posterior instrução”.

12 Cf. CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31. ed., atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 763-764; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 649-650; TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 271: “consideramos aplicável ao processo do trabalho a disposição encartada no art. 40 da Lei n. 6.830/80”.

incluída nessa competência a própria execução fiscal, para cobrança das referidas penalidades, tendo em vista a sua natureza de ação¹³.

Aliás, no caso específico do mencionado art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80, acrescentado pela Lei nº 11.051/04, tem-se prescrição decretada de ofício pelo juiz, no curso da execução, envolvendo direito indisponível, por ser devido à Fazenda Pública (devendo reverter em benefício de toda a sociedade), fundado em título executivo (!).

Ou seja, a situação mencionada acima, embora mais restrita, já era bem mais drástica do que aquela do atual art. 219, § 5º, do CPC, em que o juiz verifica a prescrição em ação trabalhista de mero conhecimento, na qual o alegado crédito nem sequer se funda em título executivo (não se revestindo de certeza), nem reverte em favor do patrimônio público.

Além disso, por ser aplicável a Lei de Execução Fiscal na execução trabalhista (art. 889 da CLT), tem-se a possibilidade de ser a prescrição intercorrente reconhecida pelo juiz, de ofício, na própria execução do crédito trabalhista.

De todo modo, como existem diversos casos que impedem, suspendem e interrompem a prescrição, é mais justo e adequado que o juiz, em tese, ao invés de decretar *liminarmente* a prescrição, antes de tomar esta decisão, *proceda à oitiva do autor sobre a matéria*.

Além disso, essa manifestação prévia do autor pode servir para esclarecer quanto a eventual *renúncia da prescrição* pelo alegado devedor, o que pode ter ocorrido expressa ou tacitamente, conforme art. 191 do Código Civil de 2002¹⁴.

Essa cautela, aliás, encontra-se expressamente prevista no mencionado art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80, acrescentado pela Lei nº 11.051/04, o qual pode ser interpretado, extensivamente, para outras modalidades de ação, e,

13 Cf. MALLETT, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 86: “Mais uma vez a finalidade da nova hipótese de competência leva a afirmar-se que a própria execução fiscal das multas e dos valores deve ser feita perante a Justiça do Trabalho, admitindo-se a discussão da legalidade do lançamento em embargos do executado. Não fosse assim, processando-se a execução perante a Justiça Federal, não haveria como impugnar o lançamento na Justiça do Trabalho”.

14 “Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 40. ed., revista e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 343-344.

neste aspecto, mesmo para a fase processual de conhecimento. Assim ocorrendo, possibilita-se que o autor se manifeste a respeito da prescrição, demonstrando, por exemplo, a interrupção ou a suspensão do seu prazo, tornando a pretensão ainda exigível.

O prazo para esta oitiva do demandante deve ser fixado pelo juiz, conforme a complexidade do caso em concreto (art. 177 do CPC), mas sem prejudicar o princípio da celeridade, enfatizado no processo do trabalho. Não havendo prazo fixado pelo juiz, este será de cinco dias, conforme art. 185 do CPC, c/c art. 769 da CLT.

Transcorrido esse prazo de manifestação do autor sobre a prescrição, reconhecida a sua existência, cabe ao juiz, de ofício, pronunciá-la (art. 219, § 5º), indeferindo a petição inicial, com fundamento no art. 295, inciso IV, do CPC¹⁵, hipótese em que o processo estará sendo resolvido com apreciação do mérito (art. 269, inciso IV, do CPC)¹⁶.

No entanto, no âmbito trabalhista, a prescrição nem sempre atinge a totalidade das pretensões formuladas, podendo tratar-se de mera prescrição parcial, ou mesmo restrita a algum dos pedidos, restando os demais ainda exigíveis. Nesse caso, o reconhecimento da prescrição torna inexigível apenas a pretensão prescrita, devendo o processo prosseguir quanto aos demais pedidos.

Caso a prescrição realmente seja total, significando a inexigibilidade da pretensão em seu todo, questiona-se a possibilidade de ser reconhecida pelo juiz do trabalho, de ofício, antes mesmo da ocorrência de audiência, tendo em vista a necessidade de tentativa de conciliação no processo do trabalho (art. 764 da CLT).

Pode-se entender que essa previsão da conciliação não é uma regra absoluta, tanto que deixou de ser indicada expressamente no art. 114 da Constituição Federal, na redação determinada pela EC nº 45/04.

Além disso, a Súmula nº 263 do TST é clara ao autorizar o indeferimento da petição inicial, no processo do trabalho, nas hipóteses do art. 295 do CPC,

15 Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., v. 3, p. 226: “O inciso IV do art. 295 precisa ser entendido em harmonia com o art. 219, § 5º. [...] Por conseguinte, o verdadeiro alcance do inciso IV é o de autorizar o juiz a indeferir a inicial quando evidente a decadência do direito do autor (cuide-se ou não de direitos patrimoniais) ou quando evidente a prescrição”.

16 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 2, p. 368: “se o juiz indeferir a petição inicial com base no art. 295, IV, estará extinguindo o processo com julgamento de mérito (art. 269, IV)” (destaque do original).

sabendo-se que o seu inciso IV prevê justamente a hipótese de decadência ou prescrição (art. 219, § 5º)¹⁷.

Aliás, mesmo não tendo sido indeferida a petição inicial com fundamento na prescrição, não há preclusão contra o juiz na hipótese, devendo reconhecê-la, de ofício, ainda que em momento posterior (art. 219, § 5º, do CPC, na redação determinada pela Lei nº 11.280/06, c/c art. 769 da CLT).

6 – CONCLUSÃO

A atividade de interpretação da norma posta, que aqui se procurou desenvolver, é necessária para a devida compreensão do que efetivamente estabelece o Direito na atualidade, até para que possam ser sugeridas eventuais modificações, não se confundindo, portanto, com simples adesão às teorias positivistas.

Analisando a questão sob o prisma científico-jurídico, ainda que a ação tenha sido ajuizada antes da entrada em vigor da Lei nº 11.280/06, se a pretensão é inexigível por ter o autor proposto a demanda somente *depois* de transcorrido o prazo prescricional (art. 219, § 1º, do CPC e art. 202, inciso I, do CC/02), a prescrição deve ser pronunciada, de ofício, pelo juiz, ou seja, independentemente de requerimento do réu.

Como importante consequência, entende-se que a Orientação Jurisprudencial nº 130 da SBDI-I do TST (que negava ao Ministério Público do Trabalho, na qualidade de *custos legis*, a legitimidade para argüir a prescrição, em parecer na remessa de ofício em processo envolvendo entidade de direito público) fica prejudicada, pois agora cabe ao juiz reconhecer, até mesmo de ofício, a prescrição.

17 Súmula 263 do TST: “Petição inicial. Indeferimento. Instrução obrigatória deficiente. Salvo nas hipóteses do art. 295 do CPC, o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, só é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em 10 (dez) dias, a parte não o fizer” (redação determinada pela Resolução 121/2003). Ressalte-se que esta necessidade de concessão de prazo não se aplica nas hipóteses do art. 295 do CPC, como ressalvado expressamente no início do verbete de jurisprudência. Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A atual redação da Súmula 263 do Tribunal Superior do Trabalho e a emenda da petição inicial. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre (IOB Thomson, São Paulo), ano XVII, n. 195, p. 5-23, set. 2005.

DOCTRINA

7 – BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31. ed. Atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRARI, Irany; NAHAS, Thereza Christina. Prescrição trabalhista – decretação de ofício. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 11, p. 1386, nov. 2000; *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 03, p. 261, mar. 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A atual redação da Súmula 263 do Tribunal Superior do Trabalho e a emenda da petição inicial. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre (IOB Thomson, São Paulo), ano XVII, n. 195, p. 5-23, set. 2005.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Novidades sobre a prescrição trabalhista*. São Paulo: Método, 2006.

MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

MALLET, Estêvão. O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. Porto Alegre, Magister, ano II, n. 11, p. 86-100, mar./abr. 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Declaração de ofício da prescrição pelo juiz. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, IOB Thomson, ano XVII, n. 206, p. 7-12, ago. 2006.

_____. *Direito Processual do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 40. ed., ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil; teoria geral de Direito Civil*. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1.

DOCTRINA

PINTO, José Augusto Rodrigues. Reconhecimento *ex officio* da prescrição e processo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, n. 04, p. 391-395, abr. 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1998.

PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES ACIDENTÁRIAS SOB O ENFOQUE DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

Raimundo Simão de Melo*

1 – INTRODUÇÃO

Com este trabalho objetivo analisar a complexa questão da prescrição nas ações acidentárias na Justiça do Trabalho, o que o farei, como continuidade do que venho defendendo já há algum tempo, sob a perspectiva do princípio da dignidade humana e da valorização do trabalho humano como fundamentos da República Federativa do Brasil e da ordem econômica, respectivamente.

De acordo com o Código Civil brasileiro (art. 189), violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição. Assim, os efeitos da prescrição voltam-se contra a pretensão levada a juízo, que, atingido o prazo previsto em lei, não pode mais ser apreciada pelo Juiz. O instituto da prescrição foi criado com o objetivo de evitar instabilidade nas relações jurídicas em relação aos débitos de natureza estritamente patrimonial. Não deixa de ser, numa economia capitalista, uma vantagem para o devedor, pois nem sempre as circunstâncias permitem ou aconselham que o credor o acione perante o Poder Judiciário e, assim, embora continue a existir a dívida natural, não mais poderá reclamá-la em juízo. Na esfera trabalhista, em razão da desigualdade das partes, da hipossuficiência do trabalhador, como regra geral e das dificuldades que tem para obter novo emprego, o número daqueles que vão ao Judiciário é proporcionalmente pequeno em relação ao descumprimento dos direitos trabalhistas pelos empregadores e tomadores de serviços. Então não é difícil concluir que o instituto da prescrição é realmente um bom negócio aos empregadores maus pagadores.

Os direitos da personalidade, que são direitos humanos fundamentais na sua essência, têm como características, entre outras, a intransmissibilidade,

* *Procurador Regional do Trabalho; Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professor de Direito e de Processo do Trabalho; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

DOCTRINA

a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade (Código Civil, art. 11). Isto quer dizer que, não obstante a inércia do seu titular quanto ao exercício de um desses direitos, pode o mesmo, a qualquer tempo, reivindicar a sua efetivação. Assim, a possibilidade de exercício dos direitos da personalidade jamais prescreve. O que pode prescrever, conforme seja o entendimento, é a pretensão à reparação dos danos causados a esses direitos.

Partindo destas primícias, passarei a analisar alguns aspectos controvertidos sobre a prescrição em relação às pretensões reparatórias decorrentes de acidentárias de trabalho em face dos empregadores e tomadores de serviços.

2 – AS CORRENTES DE ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA

A primeira questão diz respeito a saber se tais pretensões são imprescritíveis e, não o sendo, qual o prazo a ser aplicado.

Quatro correntes divergem sobre o tema, especialmente depois que fixada a competência da Justiça Trabalhista para apreciar as pretensões reparatórias acidentárias em face dos empregadores e tomadores de serviços.

A primeira sustenta a imprescritibilidade de tais pretensões, uma vez que decorrentes de danos aos direitos da personalidade, que são caracteristicamente imprescritíveis.

Para a segunda, os prazos são os do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal.

Para a terceira, o prazo prescricional é de três anos (art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil).

A quarta sustenta serem aplicáveis subsidiariamente os prazos de vinte e de dez anos, previstos nos arts. 170 e 205 dos Códigos Civis de 1916 e 2002, respectivamente.

A primeira corrente, da imprescritibilidade, é realmente mais favorável à proteção do direito fundamental à integridade física e psíquica do trabalhador acidentado. Esse entendimento, todavia, encontra grande rejeição na doutrina e na jurisprudência, porque a imprescritibilidade dos direitos da personalidade diz respeito, como se alega, ao exercício desses direitos, que jamais prescrevem. O que prescreve é a pretensão à reparação individual dos danos causados às vítimas.

A segunda corrente, da prescrição trabalhista (CF, art. 7º, XXIX), embasa-se no argumento de que as reparações pretendidas decorrem da relação

de trabalho, além do que a competência jurisdicional é da Justiça do Trabalho para apreciar tais pretensões.

Data venia, não concordo com esses argumentos. Primeiro, porque as reparações acidentárias decorrem de danos pessoais, cuja natureza é de direito humano fundamental (CF, arts. 5º, V e X, e 7º, XXVIII).

Ao tratar da prescrição trabalhista, a Constituição (art. 7º, XXIX) refere-se a “créditos resultantes das relações de trabalho”. Entretanto, a reparação por danos decorrentes de acidentes de trabalho, mesmo que praticados em face da relação de trabalho, não constitui crédito trabalhista *stricto sensu*.

Aliás, nem de crédito se trata, quanto mais de crédito trabalhista. Por outro lado, é certo que na Justiça do Trabalho não se aplicam apenas normas de caráter estritamente trabalhista, como decorre da disposição do art. 8º da CLT, estando o Juiz do Trabalho autorizado, na falta de disposições legais ou contratuais trabalhistas, a decidir de acordo com a jurisprudência, por analogia, por equidade, e outros princípios e normas gerais de Direito e até com base no Direito Comparado. Nesse sentido, o STF marcou posição quando estabeleceu que: “À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho”¹.

Como se vê, não é a natureza da matéria que determina a competência de um órgão julgador, como também não é essa competência que fixa o prazo prescricional de uma ação. A prescrição é instituto de direito material, enquanto que a competência pertence ao direito processual. Logo, o argumento da competência da Justiça Laboral é insuficiente para justificar a aplicação da prescrição trabalhista no caso.

Com efeito, há exemplo na Justiça do Trabalho em que o prazo prescricional não é o trabalhista. É o caso do não recolhimento do FGTS, sobre o que entendem os Tribunais que o prazo prescricional para se reclamar a sua regularização é trintenário, como consta do § 5º do art. 23 da Lei nº 8.036/90 e reconhece a jurisprudência do TST (Súmula nº 362), o STF² e o STJ³, porque o FGTS tem natureza de contribuição social e não de crédito trabalhista.

1 STF, Pleno, MV, Conflito de Jurisdição 6.959-6, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.02.91, p. 1.259.

2 REsp 114.836/RJ, DJ 12.02.1988; 114.252-9/SP, DJ 11.03.1988; 110.012-5/AL, DJ 11.03.1988; 112.888-7/SP, DJ 11.03.1988; 112.697-3/MG, DJ 11.03.1988; 114.372-0/RN, DJ 26.02.1988; e 109.613-6/SP, DJ 12.02.1988.

3 Súmula 210: “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos”.

DOCTRINA

Assim, com a alteração do art. 114 da Constituição Federal (EC nº 45/04), ampliando a competência da Justiça do Trabalho para apreciar os conflitos decorrentes das relações de trabalho *lato sensu*, muitas serão as matérias de natureza civil, em cujos conflitos deverão ser aplicados os prazos prescricionais próprios e não os do aludido inciso XXIX, em razão da natureza jurídica de cada um deles.

A prescrição do exercício de uma pretensão não se fixa em razão da competência do órgão julgador, mas pela natureza jurídica do direito material violado, que na situação ora examinada é de direito personalíssimo, reconhecido como direito humano fundamental.

Quanto à terceira corrente, igualmente não acolho o entendimento de aplicação do prazo de três anos (art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil). Este prazo destina-se às pretensões de reparação civil por danos patrimoniais estritos. Não é a hipótese vertente, porque o acidente de trabalho provoca danos à vida humana, protegida como direito humano fundamental, pelo que a respectiva reparação não pode ser equiparada a uma mera reparação civil, por exemplo, decorrente de uma batida de automóvel! Seria realmente um menosprezo injustificável a um direito da personalidade, de natureza humana e fundamental por essência.

Sendo rejeitada a imprescritibilidade, adoto a quarta corrente, porque não se trata a reparação por acidente de trabalho de crédito trabalhista e nem de reparação civil *stricto sensu*, pois não envolve dano patrimonial material comum. A reparação buscada decorre da violação de um direito fundamental inerente à pessoa humana e aos direitos da personalidade (integridade física e psíquica, intimidade, dor, vergonha etc.), a quem a Constituição assegura o direito à indenização pelo dano material ou moral pertinente (arts. 5º, V e X, e 7º, XXVIII).

A previsão desse direito, portanto, é constitucional, não se lhe podendo mais dar natureza de mera reparação civil. Também não se trata de direito trabalhista, mas de direito de índole constitucional-humana-fundamental, independentemente do ramo do Direito em que praticada a ofensa. Os danos decorrentes são pessoais, não se lhe aplicando, por isso, os prazos trabalhistas nem o de três anos para as pretensões civis. O dano pessoal, ao contrário, atinge a pessoa humana nas suas diversas facetas.

Não se pode esquecer de que estabelece a Constituição Federal, como fundamentos da República Federativa, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano (arts. 1º e 170), além de assegurar a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e

segurança (art. 7º, XXIII), o que constitui o mais fundamental dos direitos humanos, pois voltado à proteção da vida, que é o mais importante bem de que dispõe o ser humano. Igualmente assegura a Constituição Federal (art. 7º e inciso XXVIII), como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*: (...) seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. Também se trata essa cláusula reparatória de direito humano fundamental, cujo objetivo é, se não evitado o acidente e, em consequência o dano, que este seja reparado integralmente. A finalidade da norma não é proteger aquele que deixa de adotar normas de prevenção dos riscos ambientais, mas proteger a vítima, propiciando e facilitando para que ela ou seus herdeiros sejam indenizados pelos irreparáveis danos sofridos. É de interesse social e geral que o causador do dano não fique impune; que ele realmente repare os danos causados e a condenação sirva como exemplo pedagógico para daí em diante tomar mais cuidado no tocante à preservação da vida e integridade física e mental do trabalhador a seus cuidados.

Desses parâmetros não pode se afastar o operar do Direito na apreciação das questões ora enfocadas, sob pena de se negar validade e aplicação aos princípios da dignidade humana e da valorização do trabalho, como decorrem de mandamento constitucional.

Portanto, como as reparações por acidentes de trabalho (dano pessoal) não são de natureza trabalhista e nem civil e, inexistindo dispositivo legal regulando expressamente o prazo de prescrição para as pretensões decorrentes das mesmas, devem ser aplicados subsidiariamente os prazos gerais de vinte ou de dez anos (CC de 1916, art. 177, e de 2002, art. 205). A norma civil deve ser utilizada, repita-se, não porque se trate de uma pretensão de reparação civil no sentido estrito, mas porque é a lei civil que socorre nos casos de omissão regulatória sobre a prescrição no Direito brasileiro.

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela Anamatra e pelo TST em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado nº 45, acolhendo o nosso entendimento, nos seguintes termos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. A prescrição da indenização por danos materiais ou morais resultantes de acidente do trabalho é de 10 anos, nos termos do art. 205, ou de 20 anos, observado o art. 2.028 do Código Civil de 2002.”

Entendo, com efeito, que no Direito do Trabalho, pelas suas peculiaridades, o estudo da prescrição merece enfoque norteado no princípio

protecionista, ante a insuficiência econômica do trabalhador e a subordinação do mesmo diante do empregador. Essas peculiaridades, como é basilar, impedem-no de reclamar os direitos violados durante a vigência do contrato de trabalho, pelo receio que tem o obreiro de perder o emprego. Esse receio ainda permanece mesmo depois da rescisão do contrato, pelas conseqüências advindas de uma informação desabonadora nas referências dadas pelo antigo empregador.

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

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

De acordo com o princípio da norma mais favorável, vigente no Direito do Trabalho, diante de várias normas, mesmo provenientes de diferentes fontes, deve-se aplicar a que for mais favorável ao trabalhador, como ensina Amauri Mascaro Nascimento⁴ e é princípio assente internacionalmente: “Ao contrário do Direito comum, em nosso direito, a pirâmide, que entre as normas se forma, terá como vértice não a Constituição Federal ou as convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor. Esse princípio só não se aplica quando houver norma proibitiva do Estado tratando da questão”.

Por oportuno e necessário, cabe lembrar que na aplicação das regras prescricionais a interpretação deve ser restritiva e, na dúvida, contra a prescrição, pois se trata o instituto do meio mais antipático de se extinguirem obrigações, além do que, no tema em discussão, o objetivo maior é a proteção da vítima para que seja ressarcida dos danos sofridos e não do causador da ofensa.

4 *Curso de Direito do Trabalho*, p. 164-65, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

3 – A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

3.1 – No Tribunal Superior do Trabalho

No Tribunal Superior do Trabalho o entendimento sobre o tema é divergente. A Subseção II daquela Corte aplicou a prescrição trabalhista, entendendo que se a postulação da indenização por danos morais é feita na Justiça do Trabalho, não há como se pretender aplicação do prazo de prescrição vintenária, porque o ordenamento jurídico trabalhista possui prazo próprio, *verbis*:

“AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO-OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE LEI. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. Carece de respaldo legal a pretensão obreira de rescisão de decisão que extingue reclamatória postulando danos morais, decorrentes do reconhecimento da não-caracterização de ato de improbidade, por ocorrência de prescrição, dada a não-configuração de violação do art. 177 do CC, uma vez que: a) a lesão à boa fama e à imagem do Empregado surgiu com a dispensa, tida como motivada, e não com o reconhecimento, em juízo, da inocência do Reclamante e da ausência de justa causa da dispensa, razão pela qual deveria haver, na primeira reclamatória, cumulação de pedidos, relativos às verbas rescisórias e à indenização por dano moral, já que, pelo princípio da *actio nata*, o prazo prescricional começa a fluir da data em que ocorrida a lesão ao direito do Autor; b) se a postulação da indenização por danos morais é feita na Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que a lesão decorreu da relação de trabalho, não há como se pretender a aplicação do prazo prescricional de 20 anos, referente ao Direito Civil (CC, art. 177), quando o ordenamento jurídico-trabalhista possui prazo prescricional unificado de 2 anos, a contar da ocorrência da lesão (CF, art. 7º, XXIX; CLT, art. 11); e c) não há que se falar em interrupção da prescrição pelo ajuizamento da primeira reclamatória, tendo em vista que, por não versar sobre o dano moral, não demonstrou a ausência de passividade do Empregado em relação à pretensa lesão sofrida em sua honra e imagem.” (Proc. TST-ROAR 39274/2002-900-03-00; SDI-II; Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJU de 13.12.02)

Entendimento diverso adotou a Subseção I, reconhecendo a prescrição vintenária do Código Civil de 1916, assentando que mesmo sendo a Justiça do Trabalho competente para julgar o litígio, o prazo prescricional é o civil, porque o direito pleiteado não tem natureza trabalhista. Eis a ementa do acórdão:

DOCTRINA

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. Observada a natureza civil do pedido de reparação por danos morais, pode-se concluir que a indenização deferida a tal título, em lide cujo trâmite se deu na Justiça do Trabalho, não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. Assim, ainda que justificada a competência desta Especializada para processar a lide, não resulta daí, automaticamente, a incidência da prescrição trabalhista. A circunstância de o fato gerador do crédito de natureza civil ter ocorrido na vigência do contrato de trabalho, e decorrer da prática de ato calunioso ou desonroso praticado por empregador contra trabalhador não transmuda a natureza do direito, uma vez que o dano moral se caracteriza pela projeção de um gravame na esfera da honra e da imagem do indivíduo, transcendendo os limites da condição de trabalhador do ofendido. Dessa forma, aplica-se, na hipótese, o prazo prescricional de 20 anos previsto no art. 177 do Código Civil, em observância ao art. 2.028 do novo Código Civil Brasileiro, e não o previsto no ordenamento jurídico-trabalhista, consagrado no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos.” (Proc. TST-E-RR 08871/2002-900-02-00.4; SDI-I; Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJU de 05.03.04)

Em interessante decisão a seguir ementada, relatou o Min. João Oreste Dalazen, afirmando que à Justiça do Trabalho não se antepõe qualquer obstáculo para que se apliquem prazos prescricionais diversos dos previstos nas leis trabalhistas, podendo valer-se das normas do Código Civil e da legislação esparsa:

“PRESCRIÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL TRABALHISTA. 1. O prazo de prescrição do direito de ação de reparação por dano moral e material trabalhista é o previsto no Código Civil. 2. À Justiça do Trabalho não se antepõe qualquer obstáculo para que aplique prazos prescricionais diversos dos previstos nas leis trabalhistas, podendo valer-se das normas do Código Civil e da legislação esparsa. 3. De outro lado, embora o dano moral trabalhista encontre matizes específicos no Direito do Trabalho, a indenização propriamente dita resulta de normas de Direito Civil, ostentando, portanto, natureza de crédito não-trabalhista. 4. Por fim, a prescrição é um instituto de direito material e, portanto, não há como olvidar a inarredável vinculação entre a sede normativa da pretensão de direito material e as normas que regem o respectivo prazo prescricional.” (Proc. TST-RR-1162/2002-014-03-00.1; 1ª Turma; Rel. Min. João Oreste Dalazen; DJ 11.11.05)

DOCTRINA

Para reflexão, lembro que um direito de personalidade, de índole humana e fundamental, não muda de natureza porque violado pelo empregador. A sua natureza é a mesma, seja o dano praticado na condição de empregador, de fornecedor de produto ou serviço ou como um cidadão comum.

3.2 – Nos Tribunais Regionais do Trabalho

Nos Tribunais Regionais do Trabalho também há muita discrepância de entendimento, mas observo que nos últimos tempos vêm sendo proferidas decisões cada vez mais na linha do que defendo, sendo ilustrativas as ementas a seguir transcritas:

“PRESCRIÇÃO. DANO MORAL. Com a entrada em vigor da EC nº 45/04, que majorou significativamente a competência desta Justiça Especializada, *vide* art. 114 da Magna Carta, parece que se jogou uma pá de cal sobre tormentoso tema da prescrição dos danos morais. A prescrição decorre, única e exclusivamente, da natureza da matéria discutida e não da competência do Juízo que deva reconhecer do pedido formulado. Reforçando tal entendimento, já tive a oportunidade de decidir no sentido de afastar a prescrição inserida no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, e aplicar a trintenária, quando da cobrança dos depósitos do FGTS por parte do empregado. Por outro lado, de acordo com o *princípio da norma mais favorável*, que é aplicação, entre várias normas hipoteticamente aplicáveis ao caso, daquela mais favorável ao empregado, e, não havendo norma proibitiva do Estado tratando da questão, emprega-se nesta Justiça Especializada, no caso do dano moral, o prazo prescricional oriundo do Direito Civil. Destarte, em casos como o proposto, se aplica a prescrição prevista no art. 177 do antigo Código Civil, correspondente ao 205 do atual.” (Proc. TRT 15 15419/2005-RO; Rel. Juiz Flávio Nunes Campos)

“PRESCRIÇÃO. TERMO *A QUO*. PRAZO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. DOENÇA PROFISSIONAL E DO TRABALHO. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. 1. O termo *a quo* da contagem do prazo de prescrição, da ação indenizatória contra o empregador, decorrente de acidente de trabalho é a data do acidente (*actio nata*) e não a data da extinção do contrato de trabalho. Considera-se como data do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou do dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este

efeito o que ocorrer primeiro (art. 23, Lei nº 8.213/91). Inaplicabilidade do art. 7º, XXIX, da CF por inespecífico ao caso. As doenças profissional e do trabalho lesam o organismo lenta e silenciosamente e às vezes se manifestam e/ou são diagnosticadas muitos anos após a extinção do contrato de trabalho. 2. Quanto ao prazo, considera-se a prescrição de 20 vinte anos para os acidentes de trabalho (doença profissional e do trabalho) ocorridos na vigência do velho Código (art. 177, CC/1916), com observação da regra de direito intertemporal prevista no art. 2.028 do novo Código (CC/02) e considera-se a prescrição de 10 anos para os acidentes de trabalho (doença profissional e do trabalho) ocorridos na vigência do novo Código (art. 205, CC/02), à míngua de previsão específica para a lesão dos direitos de personalidade, neles incluídos a integridade psicofísica e os direitos morais.” (Proc. TRT/SP 02282.2006.090.02.00-8; 6ª Turma, Relª Juíza Ivani Contini Bramante)

“PRESCRIÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. Não é o órgão julgador que irá estabelecer a definição da prescrição e, sim, a matéria discutida em juízo que dará seus contornos, ou seja, não é porque houve um deslocamento do órgão julgador da Justiça Estadual para a Justiça do Trabalho, que importará o prazo trabalhista – quinquenal – para definição do lapso prescricional. Trata-se a lesão por acidente de trabalho, sem dúvida, de um terceiro gênero de reparação, que não se confunde com um crédito ordinariamente trabalhista, nem tampouco com uma responsabilidade civil, no sentido estrito do termo. Pode-se dizer que se trata de um amálgama entre o Direito Civil e o Direito Constitucional que resulta em um dano pessoal. Daí dizer que nem a prescrição trabalhista, nem aquela prevista no inciso V do art. 206, § 3º, do NCC seriam aplicáveis. Assim, até que lei venha regular de maneira específica a matéria, a prescrição a ser utilizada é aquela preconizada no *caput* do art. 205 do NCC.” (Proc. TRT 15 02060-2005-015-15-00-7, Relª Juíza Mariane Khayat)

“ACIDENTE DE TRABALHO. PRETENSÃO REPARATÓRIA. PRESCRIÇÃO. A natureza constitucional da reparação do dano a direito da personalidade impõe a aplicação da prescrição decenal prevista no art. 205 do Código Civil, e não da prescrição trienal prevista no inc. V do § 3º do seu art. 206, a qual, especificamente, diz respeito à pretensão de reparação civil.” (TRT 12, Ac. 02784/2007, 1ª T., RO 03720-2001-037-12-86-2, Relª Juíza Viviane Colucci)

Com ponderosos argumentos também existem pronunciamentos judiciais na Justiça do Trabalho adotando a tese da imprescritibilidade, como se vê da

decisão proferida no Processo nº 939/05, da 12ª VT de São Paulo, pelo Juiz César Augusto Calovi Fagundes.

Na doutrina, entre outros, escreveu Nei Messias Vieira, anotando que “A pretensão de indenização decorrente de violação dos direitos fundamentais é imprescritível. Havendo relutância quanto à aceitação da imprescritibilidade, deve-se sujeitar a pretensão à regra geral de prescrição do art. 205 do Código Civil, que fixa o prazo de dez anos” (“Prescrição da pretensão de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho. Quebrando os dogmas prescricionais na Justiça do Trabalho”, in: *Revista Justiça do Trabalho*, ano 24, nº 281, p. 10/34, maio 2007). No mesmo sentido já é conhecido o entendimento de Jorge Luiz Souto Maior, para quem: “se não são imprescritíveis as pretensões que buscam reparar os danos aos direitos fundamentais, a elas se aplica a maior prescrição prevista nas leis civis” (“A prescrição do direito de ação para pleitear indenização por dano moral e material decorrente de acidente do trabalho”, in: *Revista LTr*, 70-05, maio 2006, p. 535-547).

3.3 – No Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça há pronunciamentos a respeito da prescrição nas ações de reparação por danos morais e materiais decorrentes de ofensas físicas e psicológicas. A posição dessa Corte tem sido no sentido de que, em se tratando de lesão à integridade física e psíquica, que é um direito fundamental, ou se deve entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes, ou a prescrição deve ser a mais ampla possível. Nesse sentido é exemplificativa a ementa a seguir transcrita:

“RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. GOVERNO MILITAR. PERSEGUIÇÃO, TORTURA E PRISÃO ARBITRÁRIA. DANOS MORAIS. NÃO-OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS. APLICAÇÃO DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais contra a União por vítima de violência dos órgãos de Segurança Pública, durante o Governo Militar, sob alegação de que foi perseguido, torturado e preso arbitrariamente por agentes oficiais. Na lição de Alexandre de Moraes, os direitos humanos fundamentais são ‘o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua

proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana’ (*Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39). Em se tratando de lesão à integridade física, que é um direito fundamental, ou se deve entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes, ou a prescrição deve ser a mais ampla possível, que, na ocasião, nos termos do art. 177 do Código Civil então vigente, era de vinte anos. A respeito do tema, a Colenda Primeira Turma desta egrégia Corte, no julgamento de questão atinente à responsabilidade civil do Estado por prática de tortura no período militar, salientou que, ‘em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva’. Nesse diapasão, concluiu que ‘a imposição do Decreto nº 20.910/32 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal.’ (REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 17.02.03)

Aplicando a tese da imprescritibilidade exemplifico com a ementa seguinte:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO CONFIGURADA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PROCURADO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. FALTA DE REGISTRO DE ÓBITO E NÃO COMUNICAÇÃO À FAMÍLIA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. PRESCRIÇÃO. (...) 5. Prescrição. Inocorrência. A indenização pretendida tem amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. (...) 9. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento. 10. Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa a implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 11. Outrossim, a Lei nº 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em

período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano. (...) 17. A exigibilidade a qualquer tempo dos conseqüências às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. 18. Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.” (REsp 612.108, PR, 2003/0210878-7, Rel. Min. Luiz Fux)

Como se observa dessa nova posição jurisprudencial da 1ª Turma do STJ, o direito de pedir indenização pelos danos físicos e psicológicos causados pela ditadura militar pode ser exercido a qualquer tempo. O entendimento é que a proteção da dignidade da pessoa humana (direito inato, universal, absoluto, inalienável e imprescritível, segundo a doutrina), como confirmado pelas cláusulas pétreas constitucionais, perdura enquanto existir a própria República Federativa. Trata-se de fundamento da Constituição, de um de seus pilares e, como tal, não se pode falar em prescrição, ainda mais se a Constituição Federal não estipulou período prescricional ao direito de agir correspondente àquele direito à dignidade. A Lei nº 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações da dignidade humana praticadas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso a lei especial convive com a lei geral, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto nº 20.910/95 no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Como venho defendendo, se não se trata de direito de natureza trabalhista e nem civil e, como não existe qualquer dispositivo legal regulando o prazo de prescrição para as pretensões decorrentes de acidentes de trabalho, por exclusão deve-se aplicar os prazos gerais de 20 ou de 10 anos, conforme o momento do dano, se na vigência do Código Civil de 1916 ou no de 2002, respectivamente.

O Código Civil está sendo aplicado, repita-se, não porque se trate de uma pretensão de reparação civil no sentido estrito, mas porque é a lei civil que socorre nos casos de omissão regulatória sobre a prescrição no Direito brasileiro. Mas como se observa da jurisprudência acima citada do STJ, que aplica a tese da imprescritibilidade, este entendimento vem sendo superado.

4 – REGRAS DE TRANSIÇÃO

No meu entendimento, o novo prazo de 10 anos aplica-se apenas às ofensas perpetradas a partir da vigência do Código Civil de 2002, que se deu em 12 de janeiro de 2003. Para os danos ocorridos até o dia 11.01.03, continuam sendo aplicadas as regras da prescrição do Código anterior, com prazo de vinte anos, de acordo com as normas do art. 2.028 do novo Código, que estabeleceu regras de transição para os novos prazos prescricionais e decadenciais, dizendo:

“Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

São duas situações independentes: a primeira trata dos prazos reduzidos pela lei nova, que continuarão sendo aqueles fixados no Código anterior, com relação às ofensas ocorridas na sua vigência, que é o caso da prescrição do dano moral, do dano material e do dano estético decorrentes de acidentes de trabalho, que antes era de vinte anos (art. 177 do CC/1916) e agora foi reduzido para dez anos (art. 205 do CC de 2002).

A segunda trata da hipótese do prazo aumentado que, na data de entrada em vigor do novo Código, já tenha transcorrido mais da metade, quando, então, aplica-se por inteiro o prazo da lei anterior. Observa-se que o legislador visou a proteger o credor em razão do encurtamento dos novos prazos prescricionais, mandando aplicá-los somente depois de transcorrido por inteiro o prazo da lei nova para as ofensas perpetradas até a entrada em vigor do novo diploma legal. E isso encontra respaldo no princípio do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI), como cláusula pétrea do nosso sistema jurídico, de maneira que seria injustificável aplicar a lei nova, por exemplo, a um caso de acidente ocorrido na vigência do Código anterior, que estabelecia prazo maior. Seria uma violência ao direito adquirido da vítima, o que não requer grandes digressões para se explicar.

Na decisão seguinte, o TST aplicou o princípio do direito adquirido, *in verbis*:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL E REMETIDA

À JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. PRAZO. 1. Hipótese em que a ação de indenização por acidente do trabalho foi ajuizada perante o Juízo de Direito da Comarca de Guariba/SP que, em razão do advento da EC nº 45/04, declinou da competência à Justiça do Trabalho em face do disposto no art. 114, VI, da Constituição Federal e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Competência nº 7.204. 2. Assim, ocorrendo o ajuizamento da ação ordinária junto à Justiça Estadual, anteriormente ao advento da EC nº 45/04, a citação interrompeu a prescrição, nos termos do art. 219, *caput*, e seu § 1º, do CPC. 3. Nesse caso, a alteração da competência em razão da matéria (art. 87 do CPC) não tem o condão de operar a incidência da prescrição trabalhista regulada pelo art. 7º, XXIX, da CF/88, porque aplicável à situação preexistente o prazo de prescrição previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. 4. Do contrário, haveria, como de fato houve, ofensa ao princípio do direito adquirido do autor à prescrição vintenária ainda não consumada quando do ajuizamento da ação perante a Justiça Estadual. 5. Configurada violação à literalidade dos arts. 5º, XXXVI, da CF, 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil e 177 do CC/1916.” (TST, Proc. RR 1417/2005-120-15-00; Rel. Min. Walmir Oliveira Costa; 1ª Turma; publicado no DJ de 14.12.07)

Assim, o prazo prescricional a ser aplicado é aquele da lei vigente na data do fato gerador: o acidente.

Interpretando a nova disposição transitória do aludido art. 2.028, escreveu Fabrício Zamprogná Matiello⁵ que “o artigo em exame trata de duas situações distintas: *a*) prevalência do prazo da lei anterior quando reduzido por este Código Civil; *b*) aplicação do prazo do Código Civil antigo quando, ao entrar em vigor o novo, mais da metade do tempo previsto na lei revogada tiver fluído” (esta segunda hipótese vale apenas para os casos de prazos aumentados, que não é a hipótese em discussão).

5 – AÇÕES AJUIZADAS ANTES DA EC Nº 45/04

Com a decisão proferida pelo STF no Conflito de Competência nº 7.204/MG, reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho para apreciar os pedidos de reparações decorrentes de acidentes de trabalho em face do empregador, houve grande remessa de processos pela Justiça Comum para essa Justiça Especializada.

5 *Código Civil Comentado*, p. 1.298, São Paulo, LTr, 2003.

DOCTRINA

Para quem aplica a prescrição do Código Civil, de vinte, dez ou três anos, conforme o caso, não há qualquer problema a ser enfrentado em razão das mudanças do órgão julgador, porque lá ou na Justiça do Trabalho o prazo é o mesmo.

Mas para os adeptos da prescrição trabalhista, a situação é mais complicada. Assim, nas ações ajuizadas na Justiça Comum, que corriam pelo prazo de vinte anos, com base no Código Civil de 1916, com a remessa do processo para a Justiça do Trabalho, este poderá ser extinto, pelo acolhimento da prescrição trabalhista, como tem ocorrido em alguns julgamentos, o que constitui irreparável prejuízo e indignação para o jurisdicionado, especialmente para a vítima, que confiava no respeito à lei vigente na época do fato acidentário. Com relação a esse problema, Sebastião Geraldo de Oliveira⁶ sugere ponderação, pelo respeito ao valor da segurança jurídica, entendendo aplicar-se ao caso a prescrição do Código Civil, de 20 anos, para as ações ajuizadas até 2004 (entrada em vigor da EC nº 45), porque considera a indenização por acidente de trabalho de natureza civil até 2004 e, de lá para cá, de natureza trabalhista. Igualmente entende o ilustre autor⁷ que se deve aplicar a prescrição trabalhista somente aos trabalhadores regidos pela CLT. Para os demais obreiros (cooperados, estagiários, autônomos, empreiteiros etc.) a prescrição é a civil, embora não decline qual o prazo: se três, dez ou vinte anos.

Data venia, penso diferentemente, porque a alteração da natureza jurídica de um direito e o prazo prescricional não podem mudar apenas pela alteração da competência do órgão julgador, como no caso. Se o argumento da prescrição trabalhista é a mudança da competência para a Justiça do Trabalho, como aplicar dois prazos distintos: o trabalhista para as vítimas com relação de emprego e o civil para os demais trabalhadores? Quer dizer, a mesma Justiça do Trabalho aplicando prazos diferentes de prescrição em relação a pretensões idênticas, decorrentes de um mesmo fato. Isto, para mim, quebra a isonomia disposta no art. 5º da Constituição Federal. Imagine-se a ocorrência de acidente envolvendo um empregado e um trabalhador não regido pela CLT, ambos vinculados ao mesmo tomador de serviços responsável pelos danos decorrentes do evento acidentário. O primeiro teria cinco anos para pretender seus direitos e o outro, três, dez ou vinte anos, conforme o entendimento a ser adotado.

Ademais, não se pode esquecer de que a prescrição não é um direito para a vítima, mas um malefício, que pode perder, por circunstâncias alheias à

6 *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, p. 327-32, São Paulo, LTr, 2006.

7 *Op. cit.*, p. 325.

sua vontade, a oportunidade de buscar uma reparação do direito violado. A prescrição, ao contrário, é um benefício para o causador do dano, devendo ser apreciada com ponderação.

Desse modo, não havendo prazo prescricional específico para as reparações acidentárias, preconizo a aplicação subsidiária da prescrição civil, de vinte e de dez anos, porque, em termos de responsabilização, o enfoque é a proteção da vítima para que seja reparada pelos danos sofridos, e não do causador desses danos.

6 – INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

Cabe lembrar que, qualquer que seja o prazo prescricional a ser aplicado, o mesmo deve ser contado da ciência inequívoca pela vítima do dano causado e de sua extensão. No caso, é de nenhuma importância a data de extinção do contrato de trabalho. A lesão motivadora da pretensão reparatória somente se caracteriza quando o trabalhador toma conhecimento, de forma inequívoca, da consolidação das lesões decorrentes do agravo e os seus efeitos na capacidade de trabalho, o que ocorre mediante diagnóstico médico-pericial.

Nesse sentido é o entendimento do STF e do STJ, através das Súmulas a seguir transcritas.

Súmula nº 230/STF:

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

Súmula nº 278/STJ:

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

Nas doenças ocupacionais (profissionais e do trabalho), equiparadas ao acidente-tipo, instantâneo, a problemática sobre o marco inicial do prazo prescricional é maior porque as conseqüências da doença, dependendo de cada caso, são mais ou menos demoradas. É o caso, por exemplo, da surdez profissional, quando, ao longo do tempo, pela exposição repetitiva ao barulho, o trabalhador passa a sofrer do referido mal, mas somente terá conhecimento inequívoco do grau da incapacidade com exames e parecer médicos. Outro é o caso de contaminação por produtos químicos cancerígenos, cuja doença não se sabe quando vai eclodir no ser humano. Pode ocorrer durante a relação de

trabalho ou somente depois de algum tempo da cessação do contrato. Não seria razoável, para quem aplica a prescrição trabalhista, contar o respectivo prazo da rescisão contratual.

Há outras situações, como lembra Sebastião Geraldo de Oliveira⁸, em que ao longo do adoecimento a vítima se submete a várias consultas médicas, tratamentos os mais diversos, perícias e intervenções cirúrgicas com a esperança de obter recuperação da saúde e da capacidade laboral. Tal pode ocorrer não somente no caso de doença ocupacional, mas também nos acidentes-tipo.

O fundamento legal para a contagem do prazo prescricional da ciência inequívoca da vítima sobre a lesão e incapacidade para o trabalho está no art. 189 do Código Civil, que estabelece que “Violado o direito, nasce para o seu titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Também dão embasamento a esse entendimento, aplicados por analogia, os arts. 200⁹ e 206, § 1º, inc. II, *b*¹⁰, do Código Civil, 26, § 3º¹¹, e 27¹² do CDC e 104, I e II, da Lei nº 8.213/91¹³.

A violação do direito, para a vítima de acidente de trabalho, ocorre com o evento acidentário ou exposição a agentes nocivos à saúde e o desenrolar do processo de tratamento médico, consolidação das lesões e verificação das conseqüências definitivas do evento acidentário com a indicação da causa, natureza e extensão da lesão. Tudo isso será feito através de laudo médico elaborado especificamente para esse fim¹⁴. Portanto, o marco inicial do prazo

8 Op. cit., p. 333.

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

10 “Art. 206. Prescreve: § 1º em um ano: II – A pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão.”

11 “Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: (...) § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.”

12 “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.”

13 “Art. 104. As ações referentes à prestação por acidente do trabalho prescrevem em 5 (cinco) anos, observado o disposto no art. 103 desta lei, contados da data: I – do acidente, quando dele resultar a morte ou a incapacidade temporária, verificada esta em perícia médica a cargo da Previdência Social; ou II – em que for reconhecida pela Previdência Social, a incapacidade permanente ou o agravamento das seqüelas do acidente.”

14 STJ, 4ª T., REsp 166.316/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 14.02.2005.

prescricional nas ações acidentárias não é a data do evento danoso, mas aquela em que constatada a lesividade e sua extensão¹⁵⁻¹⁶.

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela Anamatra e pelo TST em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado nº 46, com o seguinte teor:

“ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. O termo inicial do prazo prescricional da indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho é a data em que o trabalhador teve ciência inequívoca da incapacidade laboral ou do resultado gravoso para a saúde física e/ou mental.

7 – SUSPENSÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

As leis trabalhistas não cuidam de causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, devendo-se, por autorização do art. 8º da CLT, por analogia, ser aplicadas as disposições de direito comum, desde que compatíveis com os princípios e peculiaridades que informam o direito aplicável às relações de trabalho.

É o caso do Código Civil, art. 199 e inciso I, assim expressos:

“Não corre igualmente a prescrição: pendendo condição suspensiva.”

15 STJ, 1ª T., REsp 673.576/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJU 21.03.2005.

16 STJ: “Acidente de trabalho. A prescrição conta-se a partir da ciência da doença. Em ação de indenização por causa de acidente de trabalho, o prazo de prescrição é de 20 anos e deve ser contado a partir do conhecimento da doença pelo laudo médico, não a partir do desligamento do empregado por incapacidade para o trabalho. Segundo o processo, o empregado tomou conhecimento de sua doença em 28 de fevereiro de 1997, quando o laudo médico atestou que ele era portador de asbestose e placa diafragmática, doenças respiratórias decorrentes da exposição ao amianto. A ação indenizatória contra a empresa foi proposta em 18 de agosto do mesmo ano. Em sua defesa, a empresa alegou que o prazo prescricional, que é de 20 anos para o caso, deveria ser contado a partir do desligamento do empregado, tendo ocorrido, portanto, a prescrição do processo em 1988. No recurso especial para o STJ, a defesa do empregado alegou ofensa ao art. 177 do Código Civil de 1916. Segundo sustentou, a contagem do prazo deveria ter início na data em que ocorreu o conhecimento da doença por meio do laudo, no caso, em 28 de fevereiro de 1997. A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, considerando que o prazo de prescrição somente começa a correr a partir do momento em que o titular do direito tiver conhecimento de sua violação. ‘A prescrição, em suma, não corre contra aqueles que não podem exercitar o seu direito’, afirmou o relator do recurso, Min. Barros Monteiro. ‘A ação somente pôde ser intentada depois de o demandante ter tomado conhecimento de que era portador de asbestose e de placa diafragmática, conforme apurou o laudo médico datado de 28.02.1997’, acrescentou. Segundo o relator, se a ação foi proposta com base no direito comum, em 18.08.1997, então foi em tempo hábil, já que a empresa não impugnou o laudo, de 28.02.1997.” (STJ, REsp 506416)

DOCTRINA

Parece-me enquadrar-se nessas disposições as situações de interrupção e/ou suspensão do contrato de trabalho em decorrência de doenças ocupacionais ou acidentes do trabalho. Em tais hipóteses, o trabalhador vitimado por evento acidentário encontra-se afastado do trabalho para tratamento das lesões acidentárias e recuperação da capacidade laboral, não desfrutando de condições normais para exercer o direito de ação. Dependendo da gravidade do acidente, a vítima pode, inclusive, encontrar-se internada em hospitais ou casas de saúde; pode ainda encontrar-se em estado de depressão e em outras condições desfavoráveis, que a impossibilitam de procurar a tutela dos seus direitos perante o Poder Judiciário.

Ademais, pode a vítima não ter ainda conhecimento inequívoco da profundidade da lesão sofrida e de suas conseqüências na vida civil e laboral.

Nesse sentido há entendimento jurisprudencial considerando que a doença ou acidente do trabalho suspende a fluência do prazo prescricional, uma vez que igualmente suspenso encontra-se o contrato de trabalho.
Verbis:

“PRESCRIÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. CONDICÃO SUSPENSIVA. NÃO CORRE O PRAZO PRESCRICIONAL. Enquanto o empregado esteve afastado por motivo de doença houve a interrupção do contrato de trabalho nos primeiros 15 dias (art. 60 Lei nº 8.213/91) e a suspensão deste contrato a partir do gozo de auxílio-doença previdenciário, conforme disposto no art. 476 da CLT, sendo certo que, com a aposentadoria por invalidez, houve a continuação da suspensão do contrato de trabalho, em face do disposto no art. 475 da CLT. Com a interrupção e suspensão do contrato de trabalho, entende-se que o prazo prescricional não corre, posto que pendente de condição suspensiva, conforme previsão do art. 199, I, do Código Civil vigente (correspondente ao art. 170, I, do CC anterior). Sendo assim, pelo critério da *actio nata*, a prescrição quinquenal deve ser observada a partir da data em que o reclamante esteve afastado do serviço por motivo de doença (04.10.00), razão pela qual se encontram prescritos apenas os eventuais direitos anteriores a 04.10.95. Recurso ordinário não-provido neste aspecto.” (Proc. TRT 15 00846-2004-057-15-00-0; Rel. Juiz Lorival Ferreira dos Santos)

“AUXÍLIO-DOENÇA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. Suspensão do prazo prescricional. Havendo a suspensão do pacto laboral ante a percepção de auxílio-doença em decorrência de

acidente de trabalho, o prazo prescricional para ajuizamento da reclamação trabalhista deve ser suspenso, pois o empregado pode se encontrar em situação tal que não lhe permita sequer exercer o seu direito de ação garantido constitucionalmente no art. 5º, XXXX.” (TST, Ac. SBDI-I 741.962/2001, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU de 13.12.02)

Trata-se da teoria da dupla suspensão: do contrato de trabalho e, em consequência, do prazo prescricional, em que a suspensão do contrato é a chamada condição suspensiva, prevista no inciso I, do art. 199, do Código Civil.

Ponderáveis, para a espécie, são as seguintes palavras do saudoso Valentim Carrion: “As circunstâncias fáticas que rodeiam o trabalhador, quando da licença por doença, na realidade lhe impedem de ajuizar a ação que ponha termo à prescrição. Isto em virtude não só de suas dificuldades primárias, como a de arcar com os custos dos remédios, de subsistência, de locomoção e de incertezas de saúde, como pela sua inexistência e isolamento de seu mundo laborativo, que é mais evoluído do que o de seu círculo pessoal. Tudo isso convence para que essa anomalia, a da licença por doença, deva ser incluída como de impedimento. Tal como ocorre com outras situações previstas pelo CC, art. 197 (incapacidade jurídica, ausência do país etc.)” (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, p. 73/74, 2005).

De forma contrária entende, entre outros, Antonio Humberto de Souza Jr., para quem “mostra-se mais ponderada a solução onde se suponha que o fluxo prescricional possa ser suspenso nas hipóteses de suspensão do contrato de trabalho, somente quando o trabalhador afastado esteja, temporária ou definitivamente, incapacitado civilmente (CC/02, art. 198, I), ou seja, quando o trabalhador integre o grupo dos menores de 18 anos (CLT, art. 440) ou dos ‘que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos’ ou dos ‘que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (CC/02, art. 3º)”. Para esse autor, é irrelevante que esteja o contrato de trabalho suspenso ou rompido.

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela Anamatra e pelo TST em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado nº 47, com o seguinte teor:

“ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Não corre prescrição nas ações

indenizatórias nas hipóteses de suspensão e/ou interrupção do contrato de trabalho decorrentes de acidentes do trabalho.”

8 – PRONUNCIAMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO

O § 5º do art. 219 do CPC, alterado pela Lei nº 11.280/06, diz que “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Pretendiam com essa alteração legal, conforme debates registrados no Congresso Nacional, melhorar a celeridade e racionalidade da prestação jurisdicional. A sua aprovação ocorreu em convocação extraordinária, de forma sumária, sem aprofundamento de discussão e reflexão sobre tão importante tema.

A discussão que vem sendo travada na doutrina e na jurisprudência é se essa alteração aplica-se na área trabalhista, ante os princípios e peculiaridades que norteiam a aplicação das normas de proteção ao trabalho e à pessoa do trabalhador.

Filio-me à corrente que entende inaplicável essa alteração no Direito do Trabalho, por absoluta incompatibilidade com seus princípios. O trabalhador é, por natureza, hipossuficiente em face do seu empregador e não tem liberdade para reclamar seus direitos durante a vigência do contrato de trabalho. Só isso já é suficiente para afastar a aplicação da prescrição, de ofício, pelo juiz do trabalho. A prescrição é instituto utilizado contra o credor, no caso, o trabalhador vitimado por acidente de trabalho, na maioria dos casos, em razão da incúria e negligência do empregador, que não cumpre as normas de segurança, higiene e medicina do trabalho e, no caso do acolhimento da prescrição, de ofício, ainda seria beneficiado pela exclusão da obrigação de reparar os danos causados à vítima.

Cabe lembrar que, na busca da reparação dos danos decorrentes de acidentes do trabalho, o objetivo maior é a proteção da vítima, e não do causador do dano. Finalmente, o argumento da busca de celeridade da prestação jurisdicional pelo conhecimento de ofício da prescrição, que é duvidosa, não pode se sobrepor a um valor maior de direito e de justiça, que é, no caso, a integral reparação dos danos causados ao trabalhador acidentado. O instituto da prescrição, como se sabe, existe para propiciar segurança nas relações jurídicas, não podendo, não obstante isso, servir de instrumento voltado a isentar o causador do dano das suas obrigações legais, o que seria antiético e imoral.

Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁷, mesmo entendendo aplicar-se tal preceito em relação às demandas acidentárias em face do empregador, alerta para que o juiz, também de ofício, verifique sobre a existência de alguma causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva da prescrição, citando os seguintes exemplos: o menor (Código Civil, art. 198 e CLT, art. 440), a vítima acidentária que se tornou incapaz (Código Civil, arts. 3º e 198), se a vítima teve ciência inequívoca do dano, se houve ajuizamento anterior de ação pela vítima, mesmo arquivada (Código Civil, art. 202 e Súmula nº 268/TST), se o reclamado renunciou à prescrição por meio de algum ato expresso ou tácito (Código Civil, art. 191) e se o reclamado praticou algum ato inequívoco, reconhecendo o direito do autor (Código Civil, art. 202, VI).

9 – MOMENTO PARA ARGÜIÇÃO DA PRESCRIÇÃO

De acordo com o Código Civil (art. 193), a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Como o processo do trabalho não trata da questão, entendo que pode ser aplicado este dispositivo na Justiça do Trabalho, porém, com temperamento (CLT, art. 769). Assim, essa alegação somente pode ser feita na primeira instância, na contestação (CPC, art. 300), porquanto é nessa peça que incumbe ao réu alegar toda a matéria de defesa sobre fatos e o direito. Cabe lembrar que a prescrição, na forma do art. 269, inciso IV, do CPC, é matéria de mérito.

Na instância ordinária (TRTs), excepcionalmente se admite a alegação de prescrição pelo réu, no recurso ordinário, porém, assegurando ao autor da ação ampla defesa e o contraditório, na forma prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso LV).

No recurso de revista ou em qualquer outro para e perante o TST não se pode admitir em hipótese alguma a argüição de prescrição pelo réu, uma vez que o recurso de revista é um recurso de natureza extraordinária e a instância superior tem por fim uniformizar a jurisprudência sobre questões prequestionadas e debatidas desde a primeira instância (TST, Súmula nº 297). Desse modo, a prescrição pode ser argüida na Justiça do Trabalho somente até os TRTs, na contestação e no recurso ordinário, desde que assegurada ampla defesa e o contraditório à parte contrária.

17 *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, p. 341-42.

10 – ALTERAÇÃO DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO PELAS PARTES

O art. 7º da Constituição Federal estabelece que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

De um lado, tem esta expressão dimensão prospectiva, pois estabelece um objetivo a ser perseguido pelo Poder Público, que é a melhoria da condição social do trabalhador. Observa-se que a vontade do constituinte e a expressão da Lei Maior são no sentido de assegurar no referido artigo um patamar mínimo de direitos considerados como direitos fundamentais na busca da dignidade do trabalhador, deixando, ao mesmo tempo, aberta a possibilidade de serem criados outros direitos e melhorados aqueles já enumerados. Essa criação tanto pode decorrer de alteração constitucional como das leis e normas infraconstitucionais.

O que importa é que qualquer direito que vise a uma melhoria para o trabalhador, no sentido de lhe dar dignidade, pode ser criado ou alterado pelo legislador ou pelas partes. Só não pode para prejudicá-lo, porque a Constituição (art. 7º) lhe assegura um patamar mínimo de direitos com o objetivo de assegurar a mínima dignidade como cidadão.

A Constituição Federal, na perspectiva da valorização do trabalho humano (arts. 1º e 170), cumpre três funções importantes: na elaboração das normas jurídicas não se deve perder de vista a dimensão da sua função social de promover a melhoria da condição social do trabalhador; a hierarquia das normas jurídicas trabalhistas, considerando-se que, havendo duas ou mais normas, leis, convenções coletivas, regulamentos de empresa etc., aplica-se o que for mais benéfico ao trabalhador; a interpretação e aplicação das leis na esfera trabalhista devem ser feitas de forma que, entre duas interpretações viáveis para a norma, prevalece aquela capaz de produzir o melhor resultado para os interesses do trabalhador.

A expressão contida no *caput* do art. 7º da Constituição “além de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social”, portanto, fundamenta a vigência de direitos não previstos no artigo em tela e a instituição de outras normas por lei, convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa dos Tribunais do Trabalho, desde que, repita-se, de forma mais favorável ao trabalhador. Assim, os prazos de prescrição podem, sim, ser alterados por acordos das partes, individual ou coletivo, sempre que de forma mais benéfica ao trabalhador.

DOUTRINA

Esse entendimento se aplica com maior razão nas ações acidentárias, porque os princípios e prescrições da Constituição brasileira, entre outros, são o respeito à vida, à dignidade humana e, no âmbito trabalhista, à valorização do trabalho humano, cabendo ao intérprete, neste particular, colocar-se a favor do menor sacrifício para a vítima de acidente de trabalho quando tiver que escolher os diversos significados de uma norma.

A PRESCRIÇÃO DO FGTS: UM EXAME DA CONSISTÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DOS PROBLEMAS DA NATUREZA JURÍDICA

Marcus de Oliveira Kaufmann*

1 – INTRODUÇÃO

Assunto recorrente, a despeito de uma certa pacificidade na jurisprudência, é o que diz respeito à natureza jurídica dos depósitos destinados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O tema é, essencialmente, polêmico pelos aspectos multifacetados que revela, uma vez que permite um exame próprio do ponto de vista do empregador e, também, uma compreensão específica sob a perspectiva do empregado.

Nessas circunstâncias, o debate e as incertezas naturais que são despertadas na discussão acerca da natureza jurídica do FGTS corrompem, sobremaneira, a segurança que seria e deveria ser esperada na fixação dos corretos prazos prescricionais atinentes às pretensões que se deduzem em relação ao FGTS. É que, se o problema da natureza jurídica do FGTS permite uma leitura híbrida (tanto para a perspectiva patronal, quanto para a perspectiva obreira) das soluções atinentes à prescrição aplicável às pretensões deduzidas em face do FGTS, não se pode escapar do fato de o aplicador do direito ter que lidar, a todo o instante, com conflitos aparentes de normas envolvendo o prazo prescricional atinente ao FGTS. Invocam-se normas que regulam a prescrição a depender da orientação jurídica para o FGTS que se assume, quer de forma mais benéfica ao empregado, quer ao empregador.

* *Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho); Professor Universitário; Advogado.*

DOUTRINA

O objetivo deste trabalho não é o de traçar parâmetros para a identificação do correto prazo prescricional enquanto se convive com o referido conflito aparente de normas, mas sim o de descrever as operações lógico-abstratas de que o jurista se vale para construir, no mundo de seu conhecimento, um sistema jurídico harmônico, sem problemas de *consistência*, independentemente da orientação filosófica ou do entendimento concreto que o jurista possa ter a respeito de um certo problema de aplicação do ordenamento jurídico, mormente quanto aos aparentes conflitos de normas que tratam do prazo prescricional em matéria de FGTS.

2 – DOS DEBATES EM TORNO DA NATUREZA JURÍDICA DO FGTS

Antes de mais nada, imprescindível, para que se adentre naquele intuito de harmonização, uma apresentação da polêmica sobre a identificação da natureza jurídica do FGTS.

Um considerável seguimento da doutrina anuncia a natureza meramente tributária dos depósitos do FGTS (“*teoria do tributo*”), na espécie de contribuição de natureza parafiscal, uma vez que os depósitos são arrecadados pelo Estado, como receita orçamentária face aos propósitos sociais do fundo, e tendo, como fato gerador, o pagamento de salário ao empregado. Outra parcela anuncia uma natureza previdenciária (“*teoria da contribuição previdenciária*”) muito mais latente do que um perfil de “indenização” que possuiria se somente visto pelo prisma, por exemplo, do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, tanto é que o Estado teria confiado a fiscalização acerca de seu cumprimento ao INSS. Um outro segmento doutrinário explora a natureza meramente indenizatória do FGTS (“*teoria da indenização*”), calculada com base na proporcionalidade entre o tempo de serviço do empregado e o salário. Há, ainda, a tese de que o FGTS constituiria hipótese de salário diferido (“*teoria do salário diferido*”), ou seja, um crédito ao trabalhador formulado nos dias de hoje para utilização futura. Pela complexidade da matéria, sustenta-se, ainda, que o FGTS teria várias concepções. Assim, o acréscimo devido (multa fundiária) na despedida sem justa causa ou arbitrária preservaria a natureza indenizatória nos limites do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, c/c o art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), enquanto os depósitos ao fundo denotariam o resultado de uma responsabilidade objetiva atribuída ao empregador (“*teoria da natureza dupla*”). Por fim, sustenta-se que também o FGTS comportaria obrigações dualistas (“*teoria da obrigação dualista*”), na medida em que as contribuições patronais ao fundo teriam natureza fiscal e os depósitos levantados, quando o caso, pelos

trabalhadores, teriam natureza de salário social ou de direito trabalhista de cunho social¹.

Para os fins do presente trabalho, adota-se, como parâmetro – e por mais controvertida e criticada que a adoção de uma tal postura possa parecer – a teoria da obrigação dualista, ou seja, aquela que é a mais próxima a um *hibridismo* no exame da matéria. Segundo o entendimento ora adotado, somente a partir da constatação da natureza híbrida do FGTS é que a sua própria complexidade, bem como o fato de que sua natureza jurídica foi, quiçá intencionalmente, não definida de forma clara pelo legislador, pode ser enfrentada, como se pretende, tanto sob a perspectiva patronal, quanto sob a perspectiva obreira.

Portanto, nesse sentido, o FGTS possui natureza jurídica híbrida (a teoria da obrigação dualista é a que mais se aproxima, como parâmetro, da adoção de um tal posicionamento), tanto se revelando, para os empregadores, como uma contribuição social de natureza parafiscal, quanto se revelando, para os empregados, como um direito social (a se partir do disposto no art. 7º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal) de utilização futura caso os pressupostos, para tanto, forem observados de acordo com a legislação regente.

É preciso, desde logo, frisar que o entendimento de que, para os empregadores, a contribuição ao FGTS teria natureza, assim, tributária, de contribuição social de natureza parafiscal, diverge do posicionamento jurisprudencial que se consolidou no seio do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência desses Tribunais revela a adoção, como pela maior parte da doutrina, da teoria do salário diferido, uma vez que se rechaça a natureza tributária ao qualificar o FGTS como uma “contribuição estritamente social” com o fim social de proteção ao trabalhador².

Embora exista uma certa timidez, quando da apresentação dos debates doutrinários em torno da natureza jurídica do FGTS, a respeito dos fundamentos para a adoção de uma ou outra teoria, as linhas que se seguem se ocuparão de demonstrar, juridicamente, o porquê de se adotar a concepção da natureza híbrida do FGTS, tanto sob a ótica do empregador, quanto sob a ótica do

1 Por todos, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 662-663; e JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 706-707 e 718.

2 A título exemplificativo, STF, 1º T., Recurso Extraordinário (RE) 134.328/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 19.02.1993, p. 2.038; e STF, 1ª T., RE 115.979/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 10.06.1988, p. 14.406.

empregado, tanto sob o perfil de uma contribuição social de natureza parafiscal, quanto sob o perfil de um direito social dos trabalhadores.

2.1. O Enquadramento Jurídico das Contribuições Sociais ou Parafiscais – A Perspectiva Patronal

Nas palavras de Agostinho Alvim, “os problemas da dogmática não se resolvem pela taxinomia”³. Poder-se-ia aditar à lição o entendimento de que, nem mesmo quando a Constituição Federal ou quando o poder constituinte derivado se incumbem de arrolar pretensas espécies de certo instituto jurídico (as contribuições sociais ou parafiscais), a dogmática pertinente ao Direito Tributário, em seu ramo Previdenciário, não se afeta com tendências de construção de normas que delimitam ou afetam a natureza daquele instituto.

É o que ocorre quando, no art. 145 da Constituição Federal, o constituinte asseverou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir os seguintes tributos: impostos (inciso I), taxas (inciso II) e contribuições de melhoria (inciso III). Estaria a Constituição Federal pretendendo, a despeito de toda uma construção jurídica, com forte influência dos posicionamentos doutrinários, que se fortaleceu nas décadas que antecederam a nova Carta e mormente após a derrocada de sistemas tributários outros que não comportavam certas figuras de exações, restringir a caracterização do instituto “tributo” a, tão-somente, impostos, taxas e contribuições de melhoria?

Ainda que de há muito o tema já tenha sido resolvido pela jurisprudência dos Tribunais, capitaneados por precedentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as contribuições sociais ou parafiscais, além das contribuições de melhoria (que possuem a mesma “taxinomia” inicial), o assunto, em sede doutrinária, ainda requer trato a ponto de ensejar homéricas discussões, muito embora prevaleça, como sabido, a tese segundo a qual é tributária a natureza das contribuições sociais ou parafiscais⁴, em razão do que vai disposto nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal.

Com a natureza tributária das contribuições sociais ou parafiscais, sucumbiram, para efeitos práticos, mas não doutrinariamente, os defensores da

3 *Apud* FISCHER, Octávio Campos. *A contribuição ao PIS*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 78.

4 Muitos dos que sustentam que o FGTS não teria natureza tributária cometem o erro crasso de sustentar que, ainda que pudessem ostentar natureza parafiscal, a natureza tributária não poderia ser defendida.

classificação bipartite dos tributos⁵, sinceramente ultrapassada, em razão de não poder explicar o porquê de o constituinte ter considerado as contribuições de melhoria como espécie tributária. O fato é que, com fulcro na própria Constituição Federal, surgiu, por assim dizer, a classificação tripartite dos tributos, que não apresenta as contribuições sociais ou parafiscais no rol dos tributos, preferindo interpretar literalmente o ordenamento jurídico e, particularmente, a Constituição Federal⁶. Dessa concepção, e com o desenvolvimento da dogmática tributária, surgiram as correntes classificatórias quadripartites até se chegar à atual, predominante, quadripartite ou quinquipartite⁷, que, em essência, representam a mesma coisa, uma vez que os tributos são arrolados como sendo os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, o empréstimo compulsório e as contribuições parafiscais ditas sociais, o que representaria a classificação quadripartite. Na visão quinquipartite, as contribuições sociais ou parafiscais, que, na quadripartite, estão incluídas no grupo das sociais ou parafiscais tão-somente, constituiriam, por mero capricho de classificação, até

-
- 5 No Brasil, a classificação bipartite (impostos e taxas) é liderada por Alfredo Augusto Becker e Pontes de Miranda (NEVES, Luís Fernando de Souza. *COFINS: Contribuição social sobre o faturamento – LC 70/91*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 59) e, ainda, encontra respaldo em Américo L. Masset Lacombe, Antônio Sampaio Dória, Alberto Xavier, José Roberto Vieira, Elisabeth Nazar Carrazza, Roberto Catalano Botelho Ferraz, Heron Arzua, Ramiro Heise, Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., Régis F. de Oliveira e Estevão Horvath, que “sustentam, por exemplo, que as contribuições especiais não são espécies tributárias autônomas porque podem ser reduzidas ora aos impostos, ora às taxas” (FISCHER, Octávio Campos. *A contribuição ao PIS*, p. 71).
- 6 “Outra corrente, chamada tripartite, que aponta entre seus seguidores Rubens Gomes de Souza, Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Roque Carrazza, Sacha Calmon, Misabel Derzi e no exterior Giannini e Micheli, entre outros, defende que as espécies de tributos são três: impostos, taxas e contribuições.” (NEVES, Luís Fernando de Souza Neves. *COFINS: Contribuição social sobre o faturamento – LC 70/91*, p. 59). Como se verá adiante, um equívoco consta do rol apresentado pelo autor, já que, reconhecidamente, Misabel Abreu Machado Derzi, atualmente, sustenta, com nitidez, o caráter tributário das contribuições sociais ou especiais/parafiscais, paralelamente às contribuições de melhoria, tendo sido, a jurista, uma das primeiras a sustentar uma tal interpretação da Constituição Federal, abrangendo, no rol dos tributos, as figuras previstas nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal.
- 7 Na corrente tripartite, quando se usava o termo “contribuições”, as contribuições sociais poderiam ser consideradas insertas, ainda que as mais representativas da espécie tributária fossem as contribuições de melhoria. É o que, por exemplo, Octávio Campos Fischer entendeu ao lecionar: “Outros, a exemplo de Hugo de Brito Machado, Celso Ribeiro Bastos, Cláudio Santos, Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, José Eduardo Soares de Melo, Luciano Amaro, Zelmo Denari, Célio de Freitas Batalha e Bernardo Ribeiro de Moraes, sustentam que as contribuições especiais são espécies autônomas e distintas dos impostos, das taxas e da contribuição de melhoria, basicamente, porque têm no elemento ‘destinação’ a sua peculiar característica, como diz Marçal Justen Filho.” Prossegue o autor mencionado que “uma nova safra de autores (...) seguindo os passos da doutrina de Geraldo Ataliba, entendem que, ao lado dos impostos e das taxas, estão as contribuições, dentre as quais a contribuição de melhoria é a espécie mais típica. Esta é a linha de pensamento que parece ter sido seguida por Rubens Gomes de Souza, Souto Maior Borges e Marçal Justen Filho, quando da ordem jurídica anterior, e, agora, por Misabel Derzi, Diva Malerbi, Sacha Calmon Navarro Coêlho, Susy Gomes Hoffmann e Luís Fernando de Souza Neves.” (*A contribuição ao PIS*, pp. 71-72).

porque uma tal especial classificação nada altera o ordenamento jurídico, uma quinta espécie de tributos, ainda que, genericamente, como faz a visão quadripartite, possam ser tratadas como contribuições sociais ou parafiscais ao lado das contribuições corporativas e de intervenção no domínio econômico.

O que, em síntese, as classificações tributárias representam é um esforço, com algum respaldo nas legislações que se seguiram no tempo, de enquadrar as contribuições parafiscais, ditas sociais, no rol das espécies do gênero de tributo, o que, hoje em dia, é assunto pacificado no seio jurisprudencial, conforme se constata em inúmeros posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, que, por exemplo, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) de nº 138.284/CE, em linha com as manifestações do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso⁸, assim vem entendendo, de forma bastante didática:

“As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4) são as seguintes: a) os impostos (CF, arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156); b) as taxas (CF, art. 145, II); c) as contribuições, que podem ser assim classificadas: c.1) de melhoria (CF, art. 145, III); c.2) parafiscais (CF, art. 149), que são: c.2.1) sociais, c.2.1.1) de seguridade social (CF, art. 195, I, II, III), c.2.1.2) outras de seguridade social (CF, art. 195, § 4º), c.2.1.3) sociais gerais (o FGTS, o salário-educação, CF, art. 212, § 5º, contribuições para o Sesí, Senai, Senac; CF, art. 240); c.3) especiais: c.3.1) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2) corporativas (CF, art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária: d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148).”

Portanto, não restam dúvidas de que, para efeitos práticos, a consideração das ditas contribuições sociais ou parafiscais⁹ como tributos não merece mais discussões que não, por óbvio, as essencialmente cerebrinas. Pela classificação tributária acima, constata-se, sem tergiversação, que a contribuição ao FGTS, ao menos de quem é responsável por sua prestação, ou seja, o empregador, é uma contribuição social dita “geral”, de evidente natureza parafiscal.

Esse é o contexto que deve ser levado em consideração para embasar todas as considerações a respeito das chamadas contribuições sociais ou

8 *Apud* TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *As contribuições incidentes sobre o faturamento e a não-incidência prevista no artigo 153, § 3º, da Constituição Federal*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais de Direito Tributário*. 2. vol. São Paulo: Dialética, 1998, p. 111.

9 Conforme restará demonstrado, é preferível, até, que as contribuições sociais sejam denominadas de, simplesmente, “parafiscais”, em razão de, adotando o qualificativo de “parafiscais”, poder-se, implicitamente, invocar todo o sistema doutrinário e normativo que rege a parafiscalidade.

parafiscais. Todavia, como se observará, constituem-se, tais contribuições, espécies específicas de tributos, uma vez que a elas – embora apenas alguns dispositivos constitucionais do regime próprio tributário destinado a impostos, taxas e contribuições de melhoria sejam destinados¹⁰ – se aplica a construção do que veio a ser considerado como a teoria ou o sistema da parafiscalidade, quase que denotando que dois regimes diversos – um tributário, aqui denominado por “topográfico” (advindo do art. 145, incisos I, II e III, da Constituição Federal), e um outro, da parafiscalidade, entendido como um *plus* ao “tributário topográfico”, aglutinados em um só, de cunho ainda tributário, já que não excludente da definição do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) – incidem sobre as contribuições sociais ou parafiscais.

Assim é que a análise das contribuições sociais ou parafiscais como tendo natureza tributária serve de intróito à consideração, no que vai desempenhar papel relevantíssimo para a identificação do prazo prescricional que, sob uma tal vertente tributária, deveria ser levada em consideração para o trato do FGTS.

2.1.1. O Conjunto “Referibilidade Indireta e o Elemento Intermediário” dos Tributos Vinculados como Primeiro Critério Distintivo das Contribuições Sociais ou Parafiscais no Sistema Tributário – o Risco Social e a Futuridade

Por terem natureza tributária, as contribuições sociais ou parafiscais revestem-se, assim como outras figuras o fazem, da teoria, ainda atual, de Geraldo Ataliba, segundo a qual os tributos poderiam ser divididos entre os vinculados e os não vinculados¹¹. É bem verdade que, após a Constituição Federal de 1988, muito se discute, até mesmo em razão da proeminência de um sistema de parafiscalidade, que não deixa de ser tributário (mas é um *plus* ao sistema tributário tal como concebido, aqui considerado “topográfico”), se a doutrina de Geraldo Ataliba valeria nos dias atuais, mormente para explicar a parafiscalidade acoplada às contribuições sociais e às posturas do Estado intervencionista na determinação da proteção da coletividade. A contestação à doutrina do saudoso Professor não tem razão de ser. A classificação tributária pensada é pedra de toque ou o marco inicial a partir do qual se sustentaram juristas brasileiros no estudo das espécies tributárias. Antes da Constituição

10 Do regime dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, aplicam-se, por força do art. 149 da Constituição Federal, os arts. 146, inciso III; e 150, incisos I e III, às contribuições sociais ou parafiscais.

11 *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, *passim*.

Federal de 1988, quando já existiam estudos a respeito da parafiscalidade e das ações do Estado Social, nunca se chegou a menosprezar a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados.

Após a Constituição Federal de 1988, igualmente a classificação de Geraldo Ataliba permanece firme e sólida, apenas requerendo, para interpretação de certos institutos, novas considerações advindas do fato de a teoria da parafiscalidade ter se fixado positivamente no ordenamento jurídico constitucional. A divisão entre tributos vinculados e não vinculados parte da premissa de que, sendo o tributo, em suma, uma prestação compulsória imposta mediante atividade administrativa plenamente vinculada, alguma atividade estatal estará sempre sendo cogitada.

Dessa forma, o tributo vinculado é aquele cujo critério material, ou seja, o núcleo da descrição do suposto fático tributário¹² pela norma, composto de um verbo e de um complemento, a fim de descrever um comportamento, consiste em uma atividade estatal¹³, sempre considerada, relacionada indireta ou diretamente ao contribuinte, como se dá nos casos das contribuições de melhoria, nas taxas e nas contribuições sociais ou parafiscais.

Nos tributos vinculados, basta a ocorrência, no caso das taxas, da atuação estatal componente do aspecto material ou do critério material da hipótese de incidência para surtir os efeitos jurídicos pretendidos pela norma tributária. Nesse sentido, para as taxas, a referibilidade, que liga a atuação estatal a um comportamento (verbo + complemento) do contribuinte, é direta. Por sua vez, no caso das contribuições de modo geral, abarcando, assim, a contribuição de melhoria e as contribuições sociais ou parafiscais, entre as quais a contribuição ao FGTS, a atuação estatal, por si só, não gera as conseqüências normativas se não pela existência de um fato, circunstância ou elemento intermediário que serve como ponte de ligação entre a atuação estatal e o contribuinte. Nos tributos não vinculados, como são os impostos, não há atividade estatal, pura e simplesmente relacionada, ainda que indiretamente, ao contribuinte, até porque

12 O professor Paulo de Barros Carvalho denomina de “suposto fático tributário” ou “hipótese de incidência”, como a figura veio a ser mais conhecida, o fato hipoteticamente descrito na norma (como estrutura deontica, de “dever ser” imaginária) como passível de, ocorrendo no mundo fenomênico, fazer-se subsumir à proposição tratada na norma e, assim, gerar efeitos jurídicos na realidade. Quando o suposto fático se perfaz na realidade a ponto de, automaticamente, a norma tributária a ele se acoplar inevitavelmente, tem-se realizado, então, o “fato jurídico tributário” (*Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 123).

13 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 146.

o fato de alguém ter obtido renda em uma transação imobiliária não se relaciona diretamente com os gastos do Estado no setor rodoviário, por exemplo.

No caso das contribuições de melhoria, e a pacificidade do entendimento é inconteste, o elemento intermediário residiria na valorização do imóvel, na mais-valia do bem em razão de uma determinada atuação estatal, benéfica. No caso das contribuições sociais ou parafiscais, entre as quais se encontram as “contribuições sociais gerais”, de que é espécie a contribuição ao FGTS, o elemento intermediário entre a atuação estatal e a sujeição do contribuinte (no caso, o empregador) é o que, com efeito, há de mais importante para o cabal entendimento da identidade própria dessas contribuições no universo jurídico tributário, só sendo facilmente compreensível se entendida a moderna atuação do Estado Social.

O Estado Social é, ainda, intervencionista e preocupado com a condução das políticas sociais. Desde os seus primórdios, com a ordem mundial surgida, ainda na época da Primeira Guerra Mundial, com o Tratado de Versalhes e, tempos depois, com a constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a Constituição do México de 1917 e com a Constituição alemã de Weimar de 1919 o Estado assumiu, para si, a responsabilidade no financiamento do desenvolvimento social, no financiamento de toda a coletividade e do bem-estar de todos os cidadãos, mediante o respeito a certos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito e erigidos à égide constitucional.

No Brasil, assim como na maior parte dos países ditos civilizados, predomina a feição de o Estado ser social. Não é à toa, por exemplo, que a Constituição Federal inscreveu em seu art. 3º como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a garantia ao desenvolvimento nacional (inciso II); a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III); a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV), além de, no art. 1º, indicar os fundamentos do Estado, dos quais se destacam a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

Na previsão das ferramentas jurídicas para fazer valer o desiderato dos primeiros artigos constitucionais, a Constituição Federal, no Título VIII (“Da Ordem Social”), estabeleceu, no art. 193, que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais e, já no Capítulo II (“Da Seguridade Social”), tratou, no art. 194, parágrafo único, de estabelecer que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a

Seguridade Social (composta das áreas de Saúde, Previdência Social e Assistência Social – art. 194, *caput*) com base nos objetivos da universalidade da cobertura e do atendimento (inciso I); da uniformidade e da equivalência dos benefícios às populações urbanas e rurais (inciso II); da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III); da irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso IV); da equidade na forma de participação no custeio (inciso V); da ampla diversidade na base de financiamento (inciso VI); e do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Referindo-se, expressamente, ao sistema da Seguridade Social, a Constituição Federal, no art. 195, *caput*, estabeleceu que o sistema será financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, corroborando a solidariedade que deve permear a universalidade na consideração dos contribuintes eleitos validamente para o custeio.

A solidariedade, que denota ser o Estado efetivamente social, insculpida em tantos dispositivos constitucionais, se inspira naquele desiderato de cada indivíduo, o que é inerente à condição de ser humano e à necessidade de convívio em sociedade, de se livrar do pânico do *estado de necessidade*, ou seja, de passar por aquelas situações em que não se consegue obter as condições mínimas para garantir a *proteção contra os riscos que a vida oferece*, como, eventualmente, a perda do necessário ao próprio sustento – representado no salário, no advento da velhice, no acontecimento do sinistro no trabalho, na perda do posto de trabalho, no aparecimento de uma doença, na própria morte etc. – e ao amparo da família, com dignidade, em *situações emergenciais e periclitantes*, que podem vir a ocorrer no futuro.

Como o desejo é próprio de cada indivíduo, fornecendo a força à sociedade organizada, a solidariedade supõe a previsão de proteção de todo o indivíduo, sob pena de, quando uma pessoa não se consegue amparar, *toda a coletividade estar sendo marcada pela perda do potencial solidário do grupo*, o que faz com que não sejam toleradas condições de vida que não garantam, a cada um, o atendimento às necessidades básicas. Ainda que determinado indivíduo nunca *venha a correr situação de periclitamento de suas condições de vida*, contribui ele para o todo em razão de a vida ser um conjunto de eventos imponderáveis, que nutre, em todos, o temor do advento de situações drásticas de vida digna, que agriem o sustento de cada um.

É este temor que se denominaria de *risco social*, conceituado, nas lições de Feijó Coimbra, como o “o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado. A legislação social desde logo se voltou para a proteção

DOCTRINA

de determinadas espécies de riscos, cuja ocorrência traria desfalque patrimonial ao conjunto familiar do trabalhador, ou seja, a morte do segurado ou a perda de renda deste, por motivo de incapacidade laborativa, decorrente de doença, acidente ou velhice. Contudo, o leque das atividades de amparo do Estado tornou-se mais amplo e abrangeu, em breve, certos eventos de que o seguro privado não cogitara, convencionando-se denominar seu conjunto de *riscos sociais*. Até mesmo acontecimentos que, por sua índole, dificilmente poderiam ser assim qualificados, tais como o casamento, o nascimento de filhos e outros, foram incluídos no elenco desses riscos, tendo em vista as conseqüências que determinam na economia frágil do trabalhador. Desse modo, no conjunto dos riscos visados pelas medidas protetoras do Estado, passaram a integrar-se: *os riscos derivados do meio físico, os oriundos de deficiências orgânicas do segurado e os decorrentes da flutuação da economia*¹⁴. É a possibilidade de a coletividade se desarmar em razão da periclituação da vida de um determinado indivíduo que a faz se tornar solidária e, assim, podendo impor, ao Estado, a busca incessante por aqueles valores tão próprios da sociedade e erigidos ao âmbito constitucional.

O risco social é que constitui, moldando-se a figura do Estado Social à doutrina de Geraldo Ataliba, o elemento intermediário que liga uma atuação estatal à sujeição de determinado contribuinte. Enfim, é a especial propensão de determinada atividade do contribuinte *poder desencadear* os mecanismos previstos pelo Estado para a proteção dos cidadãos contra os riscos sociais que faz existir, nas contribuições sociais ou parafiscais, o elemento intermediário do risco, o que, aliás, é elemento inerente aos seguros privados e somente compreensível no seguro público advindo do Estado Social intervencionista na condução, como dito, das políticas sociais.

A possibilidade de uma determinada atividade do contribuinte *poder desencadear* a movimentação estatal de combate aos riscos sociais amolda-se à noção de *futuridade*. Vale dizer, pelo fato de o contribuinte poder gerar (e pode ser que não gere) a movimentação da máquina estatal em razão de sua atividade (no trabalho, o risco de sofrer acidente e de ser despedido; na vida, a presença constante da morte a prejudicar os dependentes; no decurso do tempo, a perda da habilidade para certo trabalho; na perda do emprego, o não

14 No mesmo sentido, Terezinha Sueli Sá de Souza Gaia, que indica que “na área social, por exemplo, todos os estados desenvolvem sistemas de proteção social, de menor ou maior abrangência, seja em relação aos sujeitos tutelados ou às prestações concedidas” (Contribuições Especiais e a Seguridade Social Brasileira. *Tributação em revista*. Brasília: Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal – Unafisco Sindical, ano 9, n. 35, jan./mar., 2001, p. 28).

recebimento do necessário ao sustento etc.), remete, quando de sua sujeição à tributação pelas contribuições sociais ou parafiscais, a resposta do Estado, contra os riscos sociais, *ao futuro*, a um momento posterior àquele da efetivação da atividade.

Portanto, essenciais às contribuições sociais ou parafiscais os elementos do *risco social* e da *futuridade*.

Nesse sentido, a atividade estatal consistente em desempenhar as tarefas em prol da proteção da sociedade contra os infortúnios periclitativos da vida ou das condições de sobrevivência liga-se ao contribuinte em razão de determinada atividade privada por ele desenvolvida poder gerar *riscos* que *podem, no futuro*, requerer a intervenção pública solidária. Eis, assim, a referibilidade indireta causada pela concepção de riscos sociais e de futuridade que estão presentes como elementos intermediários dos tributos vinculados do tipo contribuições sociais ou parafiscais.

Por oportuno, resta asseverar que a doutrina, vez por outra, apresenta facetas novas quanto ao problema. Esse é o caso, por exemplo, do posicionamento sustentado por Marco Aurélio Greco no sentido de que, para as contribuições sociais ou parafiscais, assim como seria para o outro tipo de tributo vinculado a uma atividade estatal, que é a taxa, a referibilidade seria direta e não indireta, uma vez que “a atuação da seguridade, ou da intervenção, volta-se ao grupo como um todo e, sendo todos parte desse grupo, a atuação lhes é diretamente referida”¹⁵.

Muito embora se consiga extrair uma certa dose de valorização ao conceito de solidariedade que impregna o sistema da parafiscalidade, não se pode, só por tal motivo, desconsiderar o fato de que a hipótese de incidência tributária, quando atinge um específico suposto fático, o faz em certo e determinado fato fenomênico, que sujeita o contribuinte, aquele também certo e determinado, às conseqüências normativas. As contribuições não sujeitam o grupo social às conseqüências. A figura da solidariedade e, por conseqüência, o grupo social, como elementos componentes do sistema da parafiscalidade, apenas informa que aquele concreto contribuinte, vivenciando um delimitado fato fenomênico que se amolda, à perfeição, à descrição normativa proposta pela hipótese de incidência, não se furte às conseqüências tributárias, por ser ele integrante do universo ao qual a Constituição Federal impõe, validamente, o custeio da proteção social.

15 *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 243.

2.1.2. A “Parafiscalidade Necessária” como Segundo Critério Distintivo das Contribuições Sociais ou Parafiscais no Sistema Tributário

Foi Misabel de Abreu Machado Derzi quem cunhou a expressão “parafiscalidade necessária”¹⁶ ao se referir a todo o cabedal de institutos que, como um verdadeiro amálgama ao regime tributário específico das contribuições sociais ou parafiscais as fariam tão hábeis a sustentar a atuação do Estado social em prol do atendimento das necessidades da sociedade e da busca das finalidades a que se presta no contexto constitucional, ao invés de perquirir as causas que motivaram o aparecimento daquelas finalidades¹⁷.

Mais do que qualquer outro tributo, conforme alhures já se ventilou, as contribuições representam verdadeiros “instrumentos de atuação”¹⁸ do Estado na persecução de seus fins contra a caracterização ou mitigação do *risco social futuro*.

Daí porque a atuação estatal, na classificação de tributos vinculados, é bem mais marcante para as contribuições sociais ou parafiscais, pois inserida em um contexto em que a sociedade organizada clama pelo Estado, com fundamento maior na solidariedade e na proteção contra os riscos que podem acometer qualquer indivíduo no futuro, decorrentes, por exemplo, da perda do posto de trabalho¹⁹.

Assim, com o aparato normativo que informa o sistema, a Constituição Federal criou *tributos finalisticamente afetados*²⁰ aos fins a que se propõe o

16 *Contribuições sociais*. “Caderno de Pesquisas Tributárias”, n. 17 – Tema: Contribuições Sociais. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1992, p. 120.

17 GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*, p. 101.

18 *Idem, ibidem*, p. 135.

19 Sobre a própria idéia de futuro para o qual se dirigem as contribuições sociais ou parafiscais, entre as quais as “contribuições sociais gerais” do tipo do FGTS, interessante consignar o que Marco Aurélio Greco asseverou: “(...) a idéia de causa não é a idéia formadora da contribuição. A idéia informadora é a idéia de fim, de resultado, de objetivo. Ora, fim, resultado ou objetivo é evento futuro, não evento passado. Daí o desafio de elaborar modelos considerando o futuro. Trata-se de um grande desafio, porque só sabendo como raciocinar em função do futuro é que será possível explicar estas figuras. (...) Em última análise, a realidade deixou de ser uma realidade posta, para ser uma realidade ‘a ser posta’, uma realidade ‘a ser construída’. Algo a se conseguir, a ser feito, algo por fazer. Em função disso, a preocupação passou a ser o futuro, ou seja, algo que ainda não existe.” (*Contribuições (uma figura “sui generis”)*, p. 38).

20 Segundo Misabel Abreu Machado Derzi, em comentários à parafiscalidade de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Ed. rev. e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional 10/1996, por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 598.

Estado Social, em que a finalidade, diversamente dos outros tributos, é que dá o tom de qualificação jurídica constitucionalmente relevante a tais espécies²¹.

Se, na conjuntura em que posto o CTN, o art. 4º, inciso II reza que seria irrelevante, para qualificar o tributo, a destinação legal do produto da sua arrecadação, tal concepção, diante da moderna estrutura do sistema tributário, revela-se, para as contribuições sociais ditas gerais, como é o caso do hibridismo do FGTS, ultrapassada, para não dizer inconstitucional.

Portanto, para as contribuições sociais ou parafiscais, inaplicável o art. 4º, inciso II, do CTN, em razão de as contribuições previstas no art. 149 da Constituição Federal serem pagas “para que” certas finalidades sejam atendidas, entre as quais o “cobrimento” de indenização a ser paga ao trabalhador despedido sem justa causa ou de forma arbitrária, garantindo-lhe sustentação financeira futura, ainda que incompleta, e para o financiamento de programas sociais, como, no FGTS é evidente, de habitação, de infra-estrutura urbana e de saneamento básico (arts. 7º, inciso I, da Constituição Federal; 10, inciso I, do ADCT; e 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/90).

Aliás, nesse ponto, é preciso consignar que a própria conceituação do termo “parafiscalidade”, pinçada nas clássicas lições de Jean-Guy Mérigot, envolvia um critério distintivo do sistema, diverso do que havia para a comum fiscalidade, que era o da não contabilização, da arrecadação advinda das contribuições sociais ou parafiscais, no orçamento do Tesouro²². O segundo critério indicado pelo autor, na conceituação da parafiscalidade, seria a finalidade acima exposta, no sentido de que “as receitas parafiscais são receitas de aplicação especial”, ou seja, na “contribuição social geral”, como é o caso da contribuição patronal ao FGTS, para atender às finalidades inscritas no disposto nos arts. 7º, inciso I, da Constituição Federal; 10, inciso I, do ADCT; e 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/90, isto é, para possibilitar o pagamento da indenização a ser paga ao trabalhador despedido sem justa causa ou de forma arbitrária, garantindo-lhe sustentação financeira no futuro, ainda que incompleta, e para possibilitar o financiamento de programas sociais, como os de habitação, de infra-estrutura urbana e de saneamento básico, sob pena de, assim não sendo,

21 É de Roque Carrazza a observação, ainda que admitindo a classificação tripartite dos tributos, de que “as ‘contribuições’ referidas no art. 149 e seu parágrafo único da Constituição são *tributos* (impostos, taxas ou contribuição de melhoria), *qualificados* por sua *finalidade*” (apud MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 88).

22 *Elementos de uma teoria da parafiscalidade*. Trad. Guilherme Augusto dos Anjos. “Revista de Direito Administrativo”, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953, p. 59.

eivar-se de inconstitucionalidade a norma instituidora da pretensa contribuição social ou parafiscal²³.

Eis, assim, um panorama do contexto, formado pela conjunção da consideração do risco social e da futuridade como elementos intermediários dos tributos vinculados “contribuições sociais ou parafiscais”, bem como também formado da submissão da espécie tributária a uma “parafiscalidade necessária”, característica inata à *contribuição social geral* de responsabilidade dos empregadores e destinada ao FGTS. Eis, então, a demonstração jurídica – surpreendentemente encoberta ou não enfrentada com rigor por parte da doutrina que defende tal natureza tributária da contribuição ao FGTS – da natureza tributária parafiscal da contribuição patronal ao FGTS²⁴.

2.2. *O Enquadramento Jurídico do Direito Social Trabalhista – A Perspectiva Obreira*

O hibridismo da natureza jurídica do FGTS, sob a perspectiva do trabalhador, já encontra mais consenso e é, até, de fácil constatação. Talvez por essa razão – por não querer se estudar a natureza tributária parafiscal inerente ao FGTS do ponto de vista patronal – tenha sido mais fácil a divulgação da tese, mais simples, de que o FGTS constituiria, única e exclusivamente, um salário diferido, um crédito ou uma “poupança forçada” social que o trabalhador vai amealhando ao longo do tempo e mediante os depósitos (contribuição) que o empregador lhe promove em conta específica e vinculada, com vistas a ter uma compensação futura caso seja, sem justa causa ou de forma arbitrária, privado de seu sustento e de sua família pelo risco social da despedida, da extinção do contrato individual de trabalho.

23 José Eduardo Soares de Melo bem sintetiza o exposto ao entender que “está demonstrado que a questão é preme de controvérsias, não podendo aceitar-se, de forma absoluta, a regra inserta no inciso II do art. 4º do CTN. Além de esse preceito legal não encontrar fundamento de validade no texto constitucional, as contribuições possuem uma característica especial, uma situação sobremodo peculiar como requisito de sua validade, qual seja, a vinculação de sua receita à seguridade social, em orçamento próprio.” (*Contribuições sociais no sistema tributário*, p. 38).

24 Como, aliás, parece ser a tônica da doutrina especializada. Por todos, PIRES, Adilson Rodrigues. *As Contribuições Sociais no Sistema Tributário Brasileiro*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET), 2003, p. 29; MELLO, Antônio Carlos de Martins. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET), 2003, p. 93; e MATTOS, Aroldo Gomes de. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET), 2003, p. 104.

Em benefício da ênfase, frise-se que a nota da *futuridade do gozo de uma indenização pelo trabalhador*²⁵, proporcional ao tempo de serviço e ao salário do trabalhador, bem como a nota de o montante que compõe o FGTS se destinar, constitucionalmente, à *proteção social esperada para compensar, o quanto possível, o advento do risco social que impregna a despedida sem justa causa ou arbitrária*, só podem ser bem compreendidas, nessa concepção da complexidade híbrida do FGTS, se bem incorporada e evidenciada a natureza tributária parafiscal que se origina no financiamento do FGTS, pela contribuição mensal, parafiscal, de 8% (oito por cento)²⁶, bancada pelos em-

25 A indenização devida nos termos dos arts. 7º, inciso I, da Constituição Federal; e 10, inciso I, do ADCT, não pode se confundir e explicar a natureza jurídica do FGTS (e daí o grande equívoco da “teoria da indenização”, que explicaria a natureza jurídica do FGTS como tendo mantido, em sua natureza, a feição que o fundo tinha, antes de 1988, como um substituto das indenizações de antigüidade do empregado versadas no art. 492 da CLT), uma vez que a indenização correspondente à multa de 40% do saldo depositado na conta vinculada constitui apenas uma das conseqüências do regime fundiário (mas não a única), até porque os depósitos patronais também financiam programas sociais de habitação, de infra-estrutura urbana e de saneamento básico, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/1990 (“Lei do FGTS”). Não se entende, portanto, como o produto da arrecadação do FGTS não possa ser considerado constituinte de uma receita pública na concepção de alguns, a ponto de, por essa razão, não poder ser tipificado como de natureza tributária. A bem da verdade, o ordenamento jurídico tributário brasileiro convive, até, com inconstitucionalidades palmares que nunca tiveram o condão de afetar a natureza jurídica de certas exações. Veja-se, por exemplo, que, muito embora declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal a forma como imposta a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) pela Lei nº 7.689/1989, o produto de sua arrecadação era fiscalizado pela Secretaria da Receita Federal (já que, na prática, a CSLL é típico adicional do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ) e compõe, supreendentemente, o orçamento da União, muito embora devesse, por ser uma típica contribuição social de financiamento do sistema da Seguridade Social, amoldada que está aos ditames dos arts. 154, inciso I; e 195, § 4º, da Constituição Federal, ser fiscalizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para compor o orçamento próprio da Seguridade Social nos termos do art. 195, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, que não se mistura com o orçamento da União exatamente porque precisa atender aos anseios dos objetivos inscritos nos incisos I a VII do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal, dos quais, talvez o mais importante, seja o da equidade na forma de participação no custeio (inciso V).

26 “Quando do advento da CLT, o tempo de serviço do empregado era garantido pela possibilidade de adquirir a estabilidade no emprego, desde que completasse dez anos de serviços para o mesmo empregador, nos termos do art. 492 da CLT. A par disso, se dispensado antes de implementar o prazo de prescrição aquisitiva, o tempo era garantido pela indenização por antigüidade, equivalente a um mês da maior remuneração por ano de serviço ou fração superior a seis meses (CLT, art. 478).

Com o advento da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que instituiu o FGTS, o tempo de serviço do empregado passou a ser garantido também por um fundo. Até 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a atual Constituição Federal, havia a dualidade de regimes: o da estabilidade decenal, considerado o compulsório, e o do FGTS, considerado opcional. Na prática, o sistema opcional do FGTS tornou-se o ‘oficial’, porque os empregadores tinham mesmo de efetuar o depósito para todos os empregados, inclusive os não-optantes. Note-se que o percentual de 8% ao mês decorre diretamente da indenização prevista no art. 478 da CLT – um mês de salário por ano –, pois uma salário integral (100%) dividido pelos meses do ano (12) resulta no percentual mensal de 8,333%. Assim, se o empregador depositar 8% por mês da remuneração do empregado, ao final de 12 meses terá o valor equivalente a uma remuneração integral.” (RAMOS, Alexandre. *Contrato temporário de trabalho: combate ao desemprego ou redução forçada do custo da força de trabalho?* São Paulo: LTr, 1999, p. 113).

pregadores enquanto vigente o contrato individual de trabalho que se espera, na principiologia do Direito do Trabalho, reger a relação jurídica privada empregatícia por tempo ou prazo indeterminado.

Seja como for, o fato é que, segundo o disposto no art. 7º, inciso III, da Constituição Federal, não se pode, também, ter dúvidas de que o FGTS foi considerado direito social trabalhista, um *direito subjetivo* do trabalhador a ser exigido como um crédito trabalhista no futuro. Como defende Jether Gomes Aliseda, no ponto com acerto inegável, “que o titular é o obreiro, trabalhador, empregado. Entretanto, o questionamento de que a utilização dos valores depositados será posterior ou após preencher os requisitos legais é irrelevante, porque sempre será o obreiro o titular dos depósitos, hoje ou no futuro”²⁷.

Na perspectiva do trabalhador, portanto, como não poderia deixar de ser, o FGTS tem natureza jurídica preponderantemente trabalhista. Não sem razão, a própria Constituição Federal, por seu art. 7º, inciso III, arrolou o FGTS como um direito social e, portanto, fundamental dos trabalhadores.

3 – A QUESTÃO DOS CONFLITOS PRESCRICIONAIS

A própria natureza híbrida do FGTS alimenta o caos da sistematização de diversas normas que dispõem a respeito de prazos prescricionais.

De um lado, os depósitos ao FGTS só podem ser cobrados, como deveres jurídicos do empregador, enquanto considerados como *contribuições sociais gerais de natureza parafiscal*. De outro lado, alguns dos fins a que se prestam os depósitos do FGTS (o da indenização diante da despedida sem justa causa ou arbitrária e os que estão dispostos no rol de utilizações possíveis e futuras do trabalhador arrolados nos incisos I a XVI do art. 20 da Lei nº 8.036/90, entre os quais os de financiamento habitacional e os de fazer frente às agruras de certas doenças ou por idade, sem se mencionar, ainda, obviamente, a aplicação dos recursos do FGTS em habitação, infra-estrutura urbana e saneamento básico segundo o art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/90) só podem ser cobrados, como direitos subjetivos dos trabalhadores, enquanto considerados como *direitos sociais e fundamentais trabalhistas*.

Diante dessas circunstâncias, é lógico considerar que, para o trabalhador, seu crédito trabalhista deve reger-se, *no máximo*, em termos de prazos prescricionais, pelo prazo prescricional bienal e quinquenal disposto nos arts.

27 *Estabilidade e garantia de emprego: uma visão crítica*. São Paulo: LTr, 2001, p. 98.

7º, inciso XXIX, da Constituição Federal; e 11, inciso I, da CLT, se não for para considerar, desde logo, em razão da aplicação da *norma mais benéfica*, a aplicabilidade do prazo prescricional trintenário ao qual se refere o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90.

E é lógico considerar que, para o empregador, *no mínimo*, o prazo prescricional quinquenal do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal é que deveria ser aplicado. É que, para que os institutos jurídicos possam ser examinados em razão de sua verdadeira natureza (o FGTS como uma contribuição social geral sujeita a um regime especial de parafiscalidade), a obrigatoriedade de pagamento dos depósitos mensais constitui a natureza tributária da imposição, inserida no grupo de contribuições versado no art. 149 da Constituição Federal. Nesse sentido, o prazo prescricional deveria ser aquele previsto no art. 174, *caput*, do CTN, ou seja, o quinquenal, curiosamente o mesmo da prescrição parcial quinquenal prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal (e daí a expressão “*no mínimo*”). A especialidade e a hierarquia do CTN tornariam impertinente o trato de prazo prescricional trintenário pela Lei nº 8.036/90. No máximo, se admitiria para o empregador, mas por *analogia*, que é um método de integração do sistema, o prazo prescricional decenal de que trata o art. 46 da Lei nº 8.212/91, pela similitude da contribuição social geral parafiscal do FGTS com as contribuições sociais parafiscais de financiamento do sistema de Seguridade Social previstas no art. 195, incisos I a IV, da Constituição Federal, cujo custeio é regrado pela Lei nº 8.212/91.

3.1. A Consistência do Sistema Jurídico e as Regras de Estrutura/ Calibração

O hibridismo da natureza jurídica do FGTS suscita, portanto, antinomias no ordenamento jurídico, que não convém a um sistema que se pretende coeso e *consistente*. Sabe-se que o trabalho do jurista, ao construir o seu sistema jurídico na tentativa de explicar o seu objeto, o direito positivo, enfrenta, basicamente, quatro problemas. O primeiro é o referente ao debate quanto à unidade do sistema, ou seja, de como ordenar as normas que se encontram em desordem no sistema (quer pelo princípio da “*infra-supra ordenação*” de validade inerente à teoria da imputação de validade e de competência de uma norma por outra até se chegar ao pressuposto gnosiológico do conhecimento, a *grundnorm*, a norma fundamental de Kelsen²⁸; quer pela “*ordenação positi-*

28 *Teoria pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 96.

va da vontade da comunidade” de Emil Lask²⁹; quer pela lógica dialética de *Miguel Reale* em sua teoria tridimensional do direito, segundo o qual o direito é “a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência segundo uma integração normativa de fatos e valores”³⁰, apenas para destacar alguns importantes jusfilósofos entre vários outros embaixadores de um método de compreensão do sistema). O segundo é o referente à hierarquia de normas e de comunicação entre as fontes do direito. O terceiro é o referente à completude do sistema, ou seja, à solução dos problemas de lacunas que dificultam a decidibilidade no caso concreto, um dos primordiais intentos para o estudo dogmático do direito. O quarto, e que representa o destaque do presente trabalho, é o referente à *consistência*, direcionado a solver os conflitos entre as normas que compõem o sistema, ou seja, à extirpação de antinomias criadas pela dificuldade de se enfrentar a presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente³¹.

O objeto da ciência jurídica ou da ciência do direito, para a postura que ora se adota, é o estudo do direito, do direito posto, do direito positivo na concepção presente do regime de *civil law*. Portanto, a ciência do direito possui, em grande suma, uma linguagem descritiva, que se apresenta em forma de proposições jurídicas (é a linguagem dos tratados do direito, por exemplo), enquanto o direito positivo, objeto da ciência do direito, possui uma linguagem prescritiva, impositiva de condutas (nos possíveis modais deônticos, de “dever-ser”, da “proibição”, da “permissão” e da “obrigatoriedade”, a revelar condutas, para o direito, proibidas, permitidas ou obrigadas)³². Assim, a linguagem da ciência do direito é uma metalinguagem, porquanto fala a respeito de outra linguagem.

Essa noção panorâmica da distinção entre a ciência do direito e o direito enquanto objeto concretiza a impossibilidade de a linguagem do cientista do direito ter um encadeamento falho, por um discurso não fundamentado. O

29 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; São Paulo: RT, 1976, p. 127.

30 *Lições preliminares de Direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67.

31 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 206.

32 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 143. É da Professora Maria Helena Diniz a lição segundo a qual a “ciência jurídica não produz normas, mas pode influir na evolução do direito, pois nada obsta que através dos órgãos criadores e aplicadores do direito positivo, ou da elaboração de direito novo, as teses científicas passem do descritivo para o prescritivo” (*Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 183).

cientista do direito, que é o jurista, deve prezar pela unidade da fala, pela coerência e, por fim, pela *consistência* de seu discurso. A unidade, a coerência e a consistência não são, necessariamente, objetivos da linguagem prescritiva do mundo real, fenomênico, do ordenamento jurídico positivo enquanto uma realidade cultural vivenciada necessariamente por todos enquanto integrantes de uma comunidade. É por isso que existem, no mundo do ordenamento jurídico positivo, ou seja, no mundo do direito enquanto objeto da ciência do direito, as inconstitucionalidades, a necessidade de se reconhecer os efeitos da nulidade ou da anulabilidade e a detecção dos efeitos decorrentes da invalidade normativa. Se o ordenamento jurídico fosse uno e livre de antinomias, função não teriam os intérpretes do direito, os aplicadores do direito, os advogados, os juízes.

É por isso que, em termos de FGTS e em termos de prazos prescricionais, e segundo a natureza híbrida do instituto, se constata, na linguagem prescritiva do ordenamento jurídico posto, aparentes conflitos entre, no que interessa à presente investigação, o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e o disposto no art. 174, *caput*, do CTN; ou entre o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e o disposto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal; ou entre o disposto no art. 7º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal e o disposto no art. 149 da Constituição Federal; ou entre o disposto no art. 46 da Lei nº 8.212/91 com o disposto no art. 174, *caput*, do CTN.

A linguagem prescritiva é falha e repleta de antinomias, muitas das vezes reais. A linguagem descritiva da ciência do direito é infensa a antinomias porque, na empreitada de sistematização do conhecimento jurídico, no plano abstrato do ideal imaginado pelo jurista na construção do sistema jurídico, a ciência do direito utiliza-se de *elementos de estrutura*, que ligam, da forma mais harmônica possível, os elementos (no caso, normas) conflitantes do direito positivo. Os elementos de estrutura do sistema jurídico, ou seja, as relações entre os elementos (repertório do sistema), conforme regras lógicas e que conferem coesão global ao sistema³³, formam, assim, os pilares sobre os quais o jurista, no idealismo do direito, pode descrever esse direito-objeto como um todo sistematizado. Afastar as contradições ou as antinomias jurídicas é tarefa da função hermenêutica da dogmática da ciência do direito quando enfrenta o choque ou a contradição das normas do ordenamento³⁴.

33 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 249.

34 Nesse sentido, MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 153.

Quer-se crer que, no que diz respeito às dificuldades de sistematizar os diversos prazos prescricionais que poderiam ser invocados para os problemas do FGTS, mormente entre trabalhador e empregador, se está diante de antinomias aparentes. Isso porque, felizmente, para o enfrentamento dessas antinomias, a ciência do direito dispõe de regras de estrutura ou, ainda, como são denominadas pelo Professor *Tércio Sampaio Ferraz Jr.*, “regras de calibração”³⁵ que servem de critérios e parâmetros para a solução de antinomias de normas válidas³⁶ no ordenamento jurídico.

As regras de calibração, estruturantes do sistema para os fins de sua consistência, têm função operacional e, no que diz respeito ao âmbito do direito interno, como é o caso, podem ser identificadas nos seguintes critérios de solução de problemas: (i) o hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*); (ii) o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*); e (iii) o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*)³⁷.

O critério hierárquico, no entender que aqui se adota, não é suficiente para a solução em prol da harmonização dos diversos prazos prescricionais aplicáveis ao FGTS. A uma, porque, a ferro e fogo, o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, que versa o prazo prescricional trintenário, teria que ser, sob a perspectiva obreira, considerado inconstitucional³⁸, porque incompatível, ainda na ótica trabalhista, com os prazos prescricionais aplicáveis aos créditos e direitos trabalhistas, tal como disposto nos prazos bienal e quinquenal do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. De mais a mais, o critério hierárquico não resolveria o aparente conflito entre o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 com o disposto no art. 149 da Constituição Federal, integrada pelo art. 174 do CTN. É que não se tem notícia de uma defesa mais enfática, nos dias atuais, de uma inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90. Como se sabe, a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho sedimentou a questão em prol da aplicação, ao FGTS, da prescrição trintenária,

35 *Ibidem*, p. 191.

36 Diante dos fins do estudo, não se abordará o problema central do direito que é o da “validade”. A premissa, independentemente da fonte jusfilosófica que se adote, é o de que as normas pesquisadas são válidas.

37 DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 34-41. De idêntica forma em DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 481.

38 Para salvar a sua “constitucionalidade”, quiçá apenas pela consideração e aplicação do prazo prescricional trintenário às específicas hipóteses em que o FGTS é alvo de fiscalização, autuação e imposição de multas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos do *caput* do art. 23 da Lei nº 8.036/1990, mas não, obviamente, para fundar e reger as pretensões dos trabalhadores na cobrança dos depósitos do FGTS enquanto considerado um direito social trabalhista que o protege no futuro.

desde que observado o prazo prescricional bienal total constitucional, segundo os termos da Súmula nº 362³⁹. A explicação para o porquê de um tal entendimento não se encontra no critério hierárquico.

O critério cronológico também não resolve a antinomia aparente. É que, por ele, o prazo prescricional trintenário deveria ser considerado como o correto em detrimento do critério constitucional do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. É evidente que uma razão simplista como essa não vigora porque se admitiria que o critério cronológico conflita com o critério hierárquico (caso típico em que norma posterior é infraconstitucional e a norma anterior é constitucional). A mesma razão se aplica para a consideração dos prazos prescricionais de natureza tributária em relação ao disposto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que, em nosso entender, veio posteriormente à construção do sistema jurídico criado pelo CTN, admitido, pelo novo ordenamento constitucional, como se “lei complementar” fosse, em plena validade.

O critério da especialidade padece do mesmo mal. Por ele, por ser específica, e por essa explicação, tão-somente, o prazo prescricional trintenário da Lei do FGTS deveria ser considerado como o correto em detrimento do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, o que caracterizaria um conflito entre o critério da especialidade e o critério da hierarquia.

Tudo sem contar o conflito que também decorreria entre os critérios cronológicos e o da especialidade. É que, pela especialidade, tanto o prazo prescricional trintenário, pelo argumento da lei específica que trata do FGTS (Lei nº 8.036/90), seria válido, quanto o prazo prescricional quinquenal ou decenal tributário⁴⁰, pelo argumento da especificidade da natureza parafiscal dos depósitos ao FGTS, seria válido. E seriam válidos ambos porque vistos, em pé de igualdade, tanto pela perspectiva dos empregadores, quanto pela perspectiva dos trabalhadores. Novamente, os problemas decorrem do hibridismo da natureza jurídica do FGTS.

Todos esses conflitos de regras de calibração, de regras de estrutura, são conhecidos pela doutrina da ciência do direito como antinomias de segundo

39 “362 – FGTS. PRESCRIÇÃO. NOVA REDAÇÃO. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

40 Em detrimento do prazo prescricional trintenário, e como já se havia aventado, aplicar-se-ia ou o prazo prescricional quinquenal tributário comum previsto no art. 174 do CTN ou, quando muito, por analogia, o prazo prescricional decenal previsto no art. 46 da Lei nº 8.212/1991 para as contribuições sociais de financiamento da Seguridade Social, também de natureza parafiscal.

grau, que se visualizam nas “antinomias” entre os critérios hierárquico e cronológico, entre os critérios da especialidade e o cronológico e entre os critérios hierárquico e o da especialidade.

A doutrina indica que, no conflito entre os critérios hierárquico e cronológico, deverá prevalecer a meta-regra da *lex posterior inferiori non derogat priori superiori*, ou seja, a de que a norma posterior inferior não derroga a anterior superior, de modo que se poderia antever a supremacia do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, quando em confronto com o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90. O critério hierárquico é que prevaleceria porque “a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão no tempo”⁴¹.

Se o conflito é entre os critérios da especialidade e o cronológico, valeria o meta-critério, meta-regra de calibração, da *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo a qual a lei posterior geral não derroga a anterior especial. O critério da especialidade prevaleceria, o que nem sempre deve ser levado como infenso a situações contrárias porque nem sempre o critério da especialidade é mais sólido. Basta, para tanto, observar o disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil – LICC)⁴².

Se o conflito, por sua vez, é entre os critérios hierárquicos e o da especialidade, quando há norma superior geral e outra inferior e especial (como, por exemplo, é a situação envolvendo a aparente contradição entre o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90), pode ser que vingue um ou outro critério “sem contrariar a adaptabilidade do direito”⁴³. Em relação à Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho, o que se constata é, mais uma vez, um hibridismo (motivado pela complexidade do FGTS), uma solução que tem seu fundamento tanto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal quanto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, quiçá porque se tenha percebido a dificuldade de prevalência, no conflito de regras de calibração, da hierarquia ou da especialidade.

A consistência do sistema jurídico, ideado pelo jurista para a harmonização enfim disciplinada na Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho,

41 DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, p. 50.

42 Coincidentemente no direito brasileiro, certas regras de estrutura foram incorporadas à linguagem prescritiva do ordenamento jurídico, em um fenômeno possível de sociedades analíticas na compreensão de sua realidade jurídica. Exemplo está no disposto no art. 2º, § 1º, da LICC, segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente (critério da especialidade) a matéria de que tratava a lei anterior. Ver, para tanto, a lição da Professora Maria Helena Diniz na nota 32.

43 DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, p. 50.

ainda não se explica pelos critérios acima apontados. No entendimento que ora se professa, *a consistência do sistema jurídico*, para resolver os problemas dos prazos prescricionais aplicáveis ao FGTS não está nessas meta-regras, mas, isso sim, em um fundamento maior, em uma meta-meta-regra de solução de conflitos entre regras de calibração, que é o *princípio maior da justiça*, mediante o qual, entre duas posições aparentemente incompatíveis, dever-se-á escolher a mais justa.

3.2. *A Especificidade do Direito do Trabalho – a Título de Conclusão*

Na lição da professora Maria Helena Diniz, a justiça será sempre invocável porque “os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais”⁷⁴⁴.

Em outras oportunidades, já se sustentou⁴⁵ que o mundo que ensejou o surgimento, forte e prestigiado, do clássico Direito do Trabalho era um mundo de desenvolvimento da acumulação capitalista que necessariamente dependia, para manter a própria produção de proteção aos trabalhadores, de um sistema tutelar regrado pelo Estado. Muito embora esse mesmo mundo, hoje, já não seja o mesmo, uma vez que impregnado de um capitalismo que está se desgarrando de seu ápice desenvolvimentista, em que há uma crise estrutural⁴⁶ incentivadora de um modelo de produção não mais centrado nos padrões tayloristas e fordistas, mas em formas produtivas flexibilizadas e desregulamentadas e, ainda, de uma crescente inibição do Estado Social, atingido por uma tendência de descentralização normativa; não se deve, de toda a sorte, desconsiderar que os sustentáculos do Direito do Trabalho, concebido quando forte era o Estado, são os pilares por meio dos quais, em um novo mundo, se combate a degradação do trabalho.

Enquanto se vive em um modelo capitalista, a tônica do Direito do Trabalho, que só se explica se integrado a esse modelo, é a da, não tanto a

44 *Conflito de normas*, p. 52.

45 KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas: sistemas de combate e a tutela de representações coletivas de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2005, p. 27; e KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Por uma nova dogmática do Direito do Trabalho: implosão e perspectivas*. “Revista LTr Legislação do Trabalho” (Revista LTr 70-02). São Paulo: LTr, vol. 70, n. 2, fev.: 226-249, 2006, *passim*.

46 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp, 2000, p. 175.

regulação de conflitos, mas a de incentivar e propiciar a proteção ao trabalhador, segundo a principiologia que se construiu pela sua história revelada no *princípio da norma mais favorável*, específico do Direito do Trabalho porque “em nenhuma outra disciplina jurídica e em nenhum outro caso, ao menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma inferior com desprezo da hierarquicamente superior”⁴⁷.

O princípio maior da justiça, como um meta-meta-critério de solução de conflitos entre regras de calibração para a estruturação do sistema jurídico, representa, em verdade, na disciplina do Direito do Trabalho, o conceito do princípio da norma mais favorável, de modo que, antes de qualquer invocação às regras de calibração para a solução de antinomias jurídicas, o Direito do Trabalho já dispõe de um seu princípio para tal mister, inclusive nos termos dos meandros do *caput* do art. 8º da CLT⁴⁸.

O princípio da norma mais favorável é representativo, dir-se-ia, da própria *ontologia do Direito do Trabalho*, sua razão de ser, sua gênese, e, também, da axiologia dos valores trabalhistas, enquanto sistema imposto pelo Estado, razão pela qual jamais o sistema jurídico trabalhista pode se espelhar em modelos kelsenianos, mas sim em modelos dinâmicos, autopoieticos, em que, a todo instante, a aplicação da norma mais favorável transita, livremente, desde a leitura do direito positivo, do ordenamento jurídico positivo, até as cadeias de metalinguagem de regras de calibração. Talvez em nenhuma outra disciplina da enciclopédia jurídica se tenha concretizado uma facilidade de construção do sistema jurídico em tal grau, guiada, a atividade do jurista, por uma valoração ideológica praticamente inexistente em outros campos do saber jurídico. Isso porque o ordenamento jurídico, ao prescrever condutas pelos modais da permissão, da obrigatoriedade ou da proibição, prescreve uma expectativa de comportamento⁴⁹ da sociedade normalmente esperada e que se casa, perfeita-

47 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 65. Com o mesmo entendimento, DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 177. Aliás, Mauricio Godinho Delgado, no trato do prazo prescricional do FGTS, se socorre, exatamente, do princípio da norma mais favorável para explicar a harmonização do preceito do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 com o comando constitucional do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal (*Curso de Direito do Trabalho*, p. 270).

48 Américo Plá Rodríguez, inclusive sugere que “aún cuando no existiera tal norma aclaratoria, esta regla se aplicaría igualmente. (...) En consecuencia, cada norma sirve para mejorar pero no para empeorar la situación del trabajador, ya que si el trabajador en algún aspecto disfruta de un nivel de protección superior al que quiere brindarle la norma, ésta resulta inoperante. No roza la situación del trabajador” (*Los principios del Derecho Del Trabajo*. 3. ed. actualizada. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 112).

49 Apenas para invocar a construção do sistema sob a faceta da linguagem em FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 159.

mente, à vontade coletiva no sentido de que as expectativas de conduta sejam assim traçadas.

Por aí se percebe o porquê da Súmula nº 362 poder ser explicado no sistema jurídico ideado pelo jurista do trabalho. O prazo prescricional trintenário é, sem dúvida, mais favorável ao trabalhador, mas, ao mesmo tempo, à norma constitucional, que não poderia ser olvidada, impôs o prazo bienal para a apresentação, em juízo, da pretensão obreira, prazo esse que nada diz respeito, até mesmo pela especialidade, à materialidade do prazo prescricional do FGTS. Pelo princípio da norma mais favorável, antes mesmo de qualquer adoção de critérios de solução de antinomias, a leitura do direito positivo, objeto da ciência do direito, já impregnada pela valoração ideológica que é inerente ao Direito do Trabalho, confere, ao jurista, ao cientista do direito, tudo o que precisa para o seu discurso descritivo, de modo a formar o sistema jurídico trabalhista sem problemas de consistência.

Essa é a razão filosófica, da ciência do direito, que harmoniza, para as contradições fenomênicas das diversas normas conflitantes do ordenamento, e explica a opção que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho exerceu quando da edição da Súmula nº 362, uma vez que é ela que melhor descreve a consistência do sistema jurídico enquanto vislumbra e analisa os problemas, um tanto quanto inconciliáveis, presentes na linguagem prescritiva do ordenamento jurídico.

Outra é a discussão referente a se saber se foi correta ou não a solução entabulada na Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho. Os problemas de contradições normativas não se resolvem nas prescrições do ordenamento jurídico. Resolvem-se no grau da metalinguagem da ciência que o estuda e o descreve, sempre que, ao assim estudar e descrever, possa, o jurista, construir um sistema perfeito em termos de consistência.

Na especificidade do Direito do Trabalho, o exercício do jurista é, sempre, por demais facilitado, porque a aplicação do princípio da norma mais favorável se refere à ontologia do Direito do Trabalho, perceptível na leitura, mesmo, do ordenamento jurídico trabalhista (até pelo prisma do art. 8º da CLT), e, adicionalmente, ao mesmo tempo, representando o critério maior da justiça que a ciência do direito de uma maneira geral sempre admitiu invocar para solucionar eventuais conflitos entre regras de calibração ou regras de estrutura do sistema, quando operacionalizam a tentativa de extirpar, da construção do sistema jurídico, as antinomias jurídicas. É por isso que se sustenta que o princípio da norma mais favorável sempre transita, de forma dinâmica, entre a linguagem descritiva da ciência do direito e a linguagem prescritiva do ordenamento jurídico.

DOCTRINA

O tratamento das questões jusfilosóficas que surgem dos diversos prazos prescricionais aplicáveis ao FGTS é um perfeito exemplo de como se pode explicar o sistema jurídico trabalhista, independentemente da discussão em torno de se averiguar a correção ou não da opção inscrita na Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho (esse é um problema de jurisdição, e não de fundamentação do sistema, frise-se), de solução das contradições da linguagem prescritiva. O fundamento da consistência do sistema – tema esse que, muitas vezes, é um tanto quanto obscuro para aqueles que somente se preocupam com o ordenamento jurídico, e não com o sistema da ciência do direito –, no que se dispôs a aqui tratar, é o princípio da norma mais favorável.

Notas e Comentários

POSSE DA MINISTRA KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

O Tribunal Superior do Trabalho realizou, no dia 27 de março, sessão solene de posse da ministra Kátia Magalhães Arruda, que passou a ocupar a vaga aberta em agosto de 2007 com a aposentadoria do ministro Gelson de Azevedo.

Cearense, a nova ministra formou-se em Direito pela Universidade Federal do Ceará, fez especialização em Economia do Trabalho e mestrado em Direito e atualmente é doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Além de juíza do trabalho da 16ª Região (MA) desde 1990, é professora do curso de Direito da UFMA desde 1994 e integrante da Direção da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região – corte que presidiu no biênio 2005/2007. Desde a aposentadoria do ministro Gelson de Azevedo, Kátia Arruda vinha atuando como juíza convocada no TST.

INSALUBRIDADE: SDI-1 SUSPENDE JULGAMENTO DE PROCESSOS SOBRE BASE DE CÁLCULO

A Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho decidiu suspender o julgamento de processos que tratem da base de cálculo do adicional de insalubridade até que o Supremo Tribunal Federal conclua a análise da repercussão geral do tema.

No julgamento de recurso extraordinário de um servidor do Estado de São Paulo, o STF reconheceu a repercussão geral do tema constitucional relativo à possibilidade de o adicional ter como base de cálculo o salário mínimo, uma vez que o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Com isso, ficam sobrestados os demais processos que abordem a mesma matéria até o pronunciamento definitivo do STF sobre o tema, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil (com a modificação introduzida pela Lei nº 11.418/06).

NOTAS E COMENTÁRIOS

Segundo a relatora do recurso extraordinário no STF, ministra Cármen Lúcia, a matéria transcende os interesses das partes, “pois a solução a ser definida balizará não apenas o regime remuneratório dos servidores públicos como, também, a disciplina adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho para o adicional de insalubridade devido nas relações por ela regidas”.

Em julgamentos anteriores, o STF havia dado provimento a recursos extraordinários de decisões do TST e determinado o retorno dos autos para que fosse fixada outra base de cálculo para o adicional que não o salário mínimo. Nesses casos, o TST aplicou, por analogia, a Súmula nº 191 do TST, que trata da incidência do adicional de periculosidade sobre o salário básico do empregado.

Transcrevemos, abaixo, o julgamento do STF:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 565.714-1 SÃO PAULO

RELATORA: Min. Cármen Lúcia

RECORRENTE(S): Carlos Eduardo Junqueira e outro(a/s)

ADVOGADO(A/S): Eliezer Pereira Martins e outro(a/s)

RECORRIDO(A/S): Estado de São Paulo

ADVOGADO(A/S): PGE-SP – Ligia Pereira Braga Vieira

EMENTA: Reconhecida a repercussão geral do tema constitucional relativo à possibilidade de o adicional de insalubridade ter como base de cálculo o salário mínimo, tendo em vista o disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. Relevância jurídica caracterizada pela divergência jurisprudencial. Transcendência aos interesses das partes configurada, pois a solução a ser definida por este Tribunal balizará não apenas o regime remuneratório dos servidores públicos, como, também, a disciplina adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho para o adicional de insalubridade devido nas relações por ela regidas.

Decisão: o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o ministro Cezar Peluso.

Ministra Cármen Lúcia – Relatora

REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 565.714-1 SÃO PAULO

MANIFESTAÇÃO

Repercussão geral. Base de cálculo do adicional de insalubridade para servidores públicos. Vinculação ao salário mínimo. Art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. Manifestação pela inexistência da repercussão geral.

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos seguintes:

“Servidor público. Adicional de insalubridade. Utilização do salário mínimo como base de cálculo. Admissibilidade. O cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo, nos termos da Lei Complementar nº 432/85 não ofende ao disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal. Precedentes do STF. Recurso não provido.” (fl. 253)

2. Os recorrentes alegam que o acórdão recorrido teria contrariado o art. 7º, inciso IV, da Constituição da República, pois o art. 3º da Lei Complementar paulista nº 432/85 teria sido revogado pelo mencionado dispositivo constitucional.

3. A questão constitucional posta no recurso extraordinário é conhecida no Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, as decisões desta Casa não têm sido pacíficas, como a seguir demonstrado.

4. Nos primeiros julgamentos sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal assentou que o adicional de insalubridade não poderia ter como base de cálculo o salário mínimo. São exemplos desta orientação, dentre outros, os

NOTAS E COMENTÁRIOS

Recursos Extraordinários 236.396, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 20.11.1998; e 208.684, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 18.6.1999, este último com a ementa que se segue:

“Adicional de insalubridade. Art. 3º da Lei Complementar nº 432/85 do Estado de São Paulo. Sua revogação pelo art. 7º, IV, da Constituição de 1988.

O art. 7º, IV, da Constituição de 1988 dispõe que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Essa norma tem, evidentemente, caráter de vedação absoluta, tendo em vista que sua finalidade foi, precipuamente, a de não permitir que, sendo ele utilizado como parâmetro indexador de obrigação de qualquer natureza, se criassem dificuldades para os aumentos efetivos do valor deste pela extensão de seu reflexo ocasionado por essa utilização.

Por isso, esta Primeira Turma, ainda recentemente, ao julgar o RE 236396 relativo, no âmbito trabalhista, a adicional de insalubridade fixado em determinado percentual do salário mínimo, entendeu que foi contrariado o disposto no citado art. 7º, IV, da Constituição de 1988.

Tem-se, pois, que, por incompatibilidade superveniente com esse dispositivo constitucional, foi o art. 3º da Lei Complementar nº 432/85 do Estado de São Paulo revogado por ele. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

No mesmo sentido: Recursos Extraordinários ns. 351.611, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 07.02.2003 e 284.627, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 24.05.2002, e o Agravo de Instrumento 423.622-ED, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 15.09.2006, dentre outros.

5. Julgados mais recentes, contudo, demonstram o acolhimento da vertente oposta, dos quais podem ser citados os Recursos Extraordinários ns. 340.275, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 22.10.2004; 458.802, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 30.09.2005; e 230.688-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 02.08.2002; e o Agravo de Instrumento 638.100-AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 15.06.2007, dentre outros.

6. Entendo, assim, configurada a relevância jurídica da matéria, dada a divergência jurisprudencial no próprio Supremo Tribunal Federal, além da transcendência aos interesses das partes, pois a solução a ser definida por este Tribunal balizará não apenas o regime remuneratório dos servidores públicos,

como, também, a disciplina adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho para o adicional de insalubridade devido nas relações por ela regidas.

7. Pelo exposto, *manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário*, em razão do pleno atendimento do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil e submeto-o à apreciação dos Pares deste Supremo Tribunal.

Brasília, 7 de dezembro de 2007. Ministra Cármen Lúcia, Relatora.

REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 565.714-1 SÃO PAULO

RELATORA: Ministra Cármen Lúcia

RECTE.(S): Carlos Eduardo Junqueira e outro(a/s)

ADV.(A/S): Eliezer Pereira Martins e outro(a/s)

RECDO.(A/S): Estado de São Paulo

ADV.(A/S): PGE-SP – Lígia Pereira Braga Vieira

PRONUNCIAMENTO

Repercussão geral. Adicional de insalubridade. Base de incidência. Vinculação ao salário mínimo. Admissibilidade.

1. O Gabinete assim resumiu a situação deste processo:

Eis a síntese do que discutido no RE nº 565.714-1/SP, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 07.12.2007.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo dos recorridos, assentando ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo. Assim o fez por entender que o uso de tal indexador não ofende o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal.

No extraordinário interposto com a alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, os recorrentes articulam com a transgressão do art. 7º, incisos IV e XXIII, do Diploma Maior. Aduzem que a Carta de 1988 vedou a vinculação de qualquer espécie retributiva ou remuneratória ao salário mínimo. Postulam

NOTAS E COMENTÁRIOS

a reforma do acórdão recorrido para que o adicional de insalubridade seja calculado sobre a remuneração integral dos servidores.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirmam que a questão constitucional debatida implicará solução para inúmeros casos idênticos.

Abaixo, a manifestação da Ministra Cármen Lúcia, em que se concluiu pela existência de repercussão geral:

“MANIFESTAÇÃO

Repercussão geral. Base de cálculo do adicional de insalubridade para servidores públicos. Vinculação ao salário mínimo. Art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. Manifestação pela inexistência da repercussão geral.

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos seguintes:

‘Servidor público. Adicional de insalubridade. Utilização do salário mínimo como base de cálculo. Admissibilidade. O cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo, nos termos da Lei Complementar nº 432/85 não ofende ao disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal. Precedentes do STF. Recurso não provido.’ (fl. 253)

2. Os recorrentes alegam que o acórdão recorrido teria contrariado o art. 7º, inciso IV, da Constituição da República, pois o art. 3º da Lei Complementar paulista nº 432/85 teria sido revogado pelo mencionado dispositivo constitucional.

3. A questão constitucional posta no recurso extraordinário é conhecida no Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, as decisões desta Casa não têm sido pacíficas, como a seguir demonstrado.

4. Nos primeiros julgamentos sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal assentou que o adicional de insalubridade não poderia ter como base de cálculo o salário mínimo. São exemplos desta orientação, dentre outros, os Recursos Extraordinários 236.396, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 20.11.1998; e 208.684, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 18.06.1999, este último com a ementa que se segue:

NOTAS E COMENTÁRIOS

‘Adicional de insalubridade. Art. 3º da Lei Complementar nº 432/85 do Estado de São Paulo. Sua revogação pelo art. 7º, IV, da Constituição de 1988.

O art. 7º, IV, da Constituição de 1988 dispõe que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Essa norma tem, evidentemente, caráter de vedação absoluta, tendo em vista que sua finalidade foi, precipuamente, a de não permitir que, sendo ele utilizado como parâmetro indexador de obrigação de qualquer natureza, se criassem dificuldades para os aumentos efetivos do valor deste pela extensão de seu reflexo ocasionado por essa utilização.

Por isso, esta Primeira Turma, ainda recentemente, ao julgar o RE 236396 relativo, no âmbito trabalhista, a adicional de insalubridade fixado em determinado percentual do salário mínimo, entendeu que foi contrariado o disposto no citado art. 7º, IV, da Constituição de 1988.

Tem-se, pois, que, por incompatibilidade superveniente com esse dispositivo constitucional, foi o art. 3º da Lei Complementar nº 432/85 do Estado de São Paulo revogado por ele. Recurso extraordinário conhecido e provido.’

No mesmo sentido: Recursos Extraordinários ns. 351.611, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 07.02.2003 e 284.627, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 24.05.2002, e o Agravo de Instrumento 423.622-ED, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 15.09.2006, dentre outros.

5. Julgados mais recentes, contudo, demonstram o acolhimento da vertente oposta, dos quais podem ser citados os Recursos Extraordinários ns. 340.275, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 22.10.2004; 458.802, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 30.09.2005; e 230.688-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 02.08.2002; e o Agravo de Instrumento 638.100-AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 15.06.2007, dentre outros.

6. Entendo, assim, configurada a relevância jurídica da matéria, dada a divergência jurisprudencial no próprio Supremo Tribunal Federal, além da transcendência aos interesses das partes, pois a solução a ser definida por este Tribunal balizará não apenas o regime remuneratório dos servidores públicos, como, também, a disciplina adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho para o adicional de insalubridade devido nas relações por ela regidas.

NOTAS E COMENTÁRIOS

7. Pelo exposto, *manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário*, em razão do pleno atendimento do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil e submeto-o à apreciação dos Pares deste Supremo Tribunal.

Brasília, 7 de dezembro de 2007. *Ministra Cármen Lúcia, Relatora.*”

2. O tema, realmente, enseja o pronunciamento do Tribunal sob o ângulo da repercussão geral, passando-se a contar, a seguir, como verbete vinculante. Reitero que o instituto deve ter concretude maior. Uma vez envolvida matéria constitucional, com a possibilidade de repetir-se em inúmeros processos, abre-se margem ao crivo do Supremo, pacificando-se o alcance da Carta da República.

3. Manifesto-me pela existência da repercussão geral.

4. Publiquem.

Brasília, 12 de dezembro de 2007.

Ministro Marco Aurélio.

Jurisprudência Temática

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO

1. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO.

O prazo de prescrição de dois anos estabelecido no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988 refere-se à circunstância normal de ação relativa a direito adquirido até a rescisão do contrato de trabalho.

Assim, é de dois anos o prazo de prescrição para se pleitear, em Juízo, o reconhecimento do direito à complementação de aposentadoria.

Diversa é a situação em que a infringência ao direito nasce após a rescisão do contrato de trabalho, quando já reconhecido o direito à complementação e o empregador vinha dando-lhe cumprimento e, a partir de determinada data, deixa de fazê-lo integral ou parcialmente.

Nessa hipótese, o prazo é de cinco anos contados da data da infringência do direito (inteligência da Súmula nº 327 do TST).

A prescrição será parcial quando não se discutir o reconhecimento do direito em si mesmo, mas apenas o direito às parcelas sucessivas dele decorrentes; e será total quando se discutir, antes, o reconhecimento do próprio direito.

In casu, o direito às parcelas sucessivas dependia do reconhecimento do próprio direito relativo à correção do valor da complementação de aposentadoria, observando-se o mesmo índice de correção salarial prevista em acordo coletivo de trabalho apenas para os empregados da ativa.

E, só não ocorre a prescrição total, in casu, porque não decorridos mais de cinco anos entre a data do primeiro pagamento após esse reajuste e o ajuizamento desta ação.

2. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

Evidenciado o intuito protelatório dos Embargos de Declaração, devida é a aplicação da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

3. Embargos não conhecidos.

(Processo nº TST-E-ED-RR-805.114/2001 – Ac. SBDI-1)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-805.114/2001.5, em que é Embargante Banco do Brasil S.A. e Embargado Antonio José Brega.

Adoto o relatório proposto pela Exma. Sr^a Min^a Maria Cristina Peduzzi, a quem foi distribuído o feito originalmente.

“A C. 1^a Turma, pelo acórdão de fls. 178/181 (Rel. Min. João Oreste Dalazen), conheceu do Recurso de Revista do reclamante, por contrariedade à Súmula nº 327 do TST, e, no mérito, deu-lhe provimento para, afastando a prescrição total pronunciada, determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para que prossiga no julgamento do mérito, como entender de direito.

O Reclamado opôs Embargos de Declaração, às fls. 184/191, desprovidos, às fls. 195/197, com aplicação da multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 538, parágrafo único, do CPC.

O Réu interpõe Embargos, às fls. 200/209. Aponta violação aos arts. 896, 119, da CLT; 5º, II, XXXV, LIV e LV, 7º, XXIX, da Constituição Federal; e 269 do CPC e contrariedade aos Enunciados ns. 326 e 327 do TST. Afirma ser aplicável a prescrição total, uma vez que se trata de parcela – índice de reajuste – nunca recebida. Assevera que a Reclamação Trabalhista foi proposta em 16.01.1998 e que o Autor se aposentara em 03.04.1990. Sustenta que o aumento salarial aos funcionários em atividade foi concedido em janeiro de 1993. Aduz o transcurso do prazo bienal. Insurge-se contra a penalidade aplicada pela Turma, indicando ofensa aos arts. 896 da CLT; 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição; 535 e 538 do CPC. Argumenta que ‘apresenta-se contraditória a decisão que não reconhece a violação do Enunciado nº 327/TST, em decisão que admite a retroação do direito em tela a mais de dois anos, se este surgiu com a jubilação’” (fls. 208).

Impugnação, às fls. 214/218.

O Ministério Público do Trabalho não foi ouvido nos termos regimentais.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

VOTO

I – CONHECIMENTO

1. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO PARCIAL

A Turma conheceu do recurso de revista do reclamante, por contrariedade à Súmula nº 327 do TST, e, no mérito, deu-lhe provimento para, afastando a prescrição total pronunciada, determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para prosseguir no julgamento do mérito, como entender de direito.

Eis os fundamentos:

“A respeito da prescrição incidente à hipótese, assentou o Eg. Regional:

‘No caso, o reclamante, aposentado desde 1990, indicou suposta lesão de direito ocorrida em janeiro de 1993: aumento salarial de 53,33% para os funcionários comissionados da ativa, não repassado à mensalidade que serve de base para as complementações de aposentadoria.

Com efeito, o marco inicial prescricional não pode ser contado da jubilação, vez que a lesão de direito invocada teria ocorrido posteriormente, mas como a aposentadoria é uma das formas de extinção do contrato, sua alteração ou modificação consubstancia-se em lesão única, sofrendo os efeitos da prescrição bienal, iniciando-se a contagem do prazo prescricional no momento em que o ex-empregado toma conhecimento do ato que, a seu ver, restou ilegítimo.

Interposta (sic) a presente ação em 16 de janeiro de 1998, o foi extemporaneamente, ou seja, após o decurso do biênio prescricional.

Assim, como bem analisado na origem, o pleito em questão encontra-se atingido pelos efeitos da prescrição nuclear, não se aplicando ao caso o teor do Enunciado nº 327 do C. TST.’ (fls. 151/152)

(...)

Trata-se de demanda envolvendo empregado aposentado em 1990 que ajuizou ação trabalhista em 16 de janeiro de 1998 para postular diferenças de complementação de aposentadoria em face de jamais haver recebido o suposto aumento salarial estabelecido no Acordo Coletivo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

92/93, na ordem de 53,33%, decorrente do pagamento de horas extras aos empregados da ativa. Discute-se, portanto, se estaria, ou não, fulminado pela prescrição o direito de ação do Reclamante para pleitear referidas diferenças de complementação de aposentadoria.

Como visto, a alegada lesão ao direito do Reclamante, aposentado em 1990, nasceu em 1993, ocasião em que se firmou Acordo Coletivo prevendo o pagamento das 7ª e 8ª horas como extra aos funcionários comissionados da ativa.

Cuida-se, pois, de demanda por diferenças de complementação de aposentadoria em face de aumento salarial supostamente auferido por empregados da ativa em virtude de norma coletiva firmada posteriormente à jubilação.

Por se tratar de prestação periódica, a complementação de aposentadoria é suscetível de lesão mensal e sucessiva, que se renova a cada pagamento irregular.

Com efeito, a cada pagamento sem o reajuste a que supostamente se obrigou o empregador, renova-se a lesão ao direito subjetivo material do empregado e, assim, exsurge a pretensão para a respectiva reparação.

Incide, por analogia, o art. 119 da CLT, que, ao dispor acerca do prazo para o ajuizamento de ação para postular diferenças salariais em razão da inobservância do salário mínimo, prevê:

(...)

Logo, contrariamente ao que assevera o Eg. Regional, a prescrição da ação atinge apenas as prestações anteriores ao quinquênio contado do ajuizamento da ação, consoante entendimento contido na Súmula nº 327 do TST, de seguinte teor:

(...)

Como corolário do conhecimento do recurso, por contrariedade à Súmula nº 327 do TST, dou provimento ao recurso para, afastada a prescrição total do direito de ação, determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para que prossiga no julgamento do mérito, como entender de direito.” (fls. 179-181)

O reclamado, nestes embargos, afirma ser aplicável, à hipótese, a prescrição bienal total, postulando a decretação da extinção do processo, com julgamento do mérito. Isso porque o pleito se refere a parcela nunca recebida pelo reclamante, uma vez que decorrente de reajuste salarial concedido aos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

empregados da ativa, após a sua aposentadoria, tendo a reclamação trabalhista sido ajuizada após decorrido o prazo de dois anos da concessão do referido reajuste. Aponta, então, a violação dos arts. 119 da CLT; 5º, incisos II, XXXV, LIV e LV, e 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal; e 269 do CPC, além de contrariedade às Súmulas ns. 326 e 327 do TST.

No caso, o autor pretende a atualização da parcela que serve de cálculo para o pagamento da complementação de aposentadoria e a percepção das diferenças respectivas, em face do aumento salarial de 53,33% concedido aos empregados da ativa, mediante instrumento normativo, a partir de janeiro de 1993.

Depreende-se dos autos que o reclamante, à época da concessão do referido reajuste, já se encontrava aposentado (aposentou-se em 1990). Esta reclamação trabalhista foi ajuizada em 16.01.1998.

O que pleiteia, pois, o reclamante, no caso, é o pagamento de diferenças de complementação de aposentadoria decorrentes do reajuste salarial concedido aos empregados do Banco, mediante norma coletiva de trabalho, editada em janeiro de 1993, que não foi estendido aos empregados aposentados.

Dessa forma, decorridos mais de cinco anos dessa data, a pretensão estaria fulminada pela prescrição total do direito de ação.

Isso porque não trata a hipótese, simplesmente, de prestações sucessivas decorrentes de um direito já reconhecido, cujo inadimplemento, mês a mês, renova o direito de ação do reclamante.

Há que se perquirir, inicialmente, a origem do direito postulado e a sua efetiva existência, do qual adviriam os pagamentos sucessivos ao longo do tempo.

É preciso que se esclareça que o prazo prescricional é bienal quando se trata de pedido de complementação de aposentadoria nunca recebida pelo reclamante. Trata-se, pois, do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, pois se está diante da hipótese de um pleito relativo a um contrato de trabalho rescindido.

Não é o caso de complementação de aposentadoria que vem sendo paga ao empregado. Nessa situação, já há um direito que é reconhecido ao empregado, direito posterior à rescisão do contrato, de prestação continuada.

Daí a semelhança dessa última situação com relação ao prazo de prescrição de prestações sucessivas devidas durante a vigência do pacto laboral. Por isso é que se entende que é de cinco anos o prazo para se pleitear diferen-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ças decorrentes de um direito já reconhecido, qual seja, no caso, o da complementação de aposentadoria.

No entanto, como qualquer direito que se realiza em prestações sucessivas, primeiramente, tem que ser reconhecido o direito. Dele é que decorrem as prestações sucessivas.

Em razão disso é que o empregado tem que ir a Juízo antes de decorridos cinco anos da data da infringência do seu direito. Ou seja, deve o titular do direito pretensamente infringido, no prazo de cinco anos, ir a Juízo postular o reconhecimento do seu direito, a reparação da lesão sofrida e os conseqüentes, sob pena de perecimento do seu direito de ação.

Assim, dada a hipótese *sub judice*, a parte tinha o prazo de cinco anos, contados da edição da norma coletiva, mediante a qual se concedeu o reajuste ao pessoal da ativa, para postular o direito à extensão desse reajuste aos empregados aposentados, ou seja, para postular a reparação do ato único que, no seu entendimento, lhe foi prejudicial. Isso sob pena de consumação da prescrição total do direito.

No entanto, os salários, em regra, são pagos ao final do mês. No momento em que o reclamante percebe seus proventos sem o aludido reajuste é que ocorre a eventual infringência do seu direito e, conseqüentemente, nasce o direito de ação dirigido à reparação do dano.

Como a reclamação trabalhista foi ajuizada em 16.01.1998, antes do decurso do prazo de cinco anos, contados da data do primeiro pagamento da complementação de aposentadoria sem o respectivo reajuste, o que se deu, naturalmente, ao final do mês de janeiro de 1993, não há falar em prescrição.

Dessa forma, a decisão da Turma pela qual se afastou a incidência da prescrição total no caso, apesar de ter-se adotado fundamentação diversa, não merece reparos, não advindo, dessa decisão, nenhuma violação de preceito de lei e/ou da Constituição.

Registre-se, ainda, que o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República não dispõe sobre a prescrição aplicável à pretensão, se total ou parcial, cujo entendimento emana de construção jurisprudencial.

Por outro lado, a alegação de violação dos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição também não procede, uma vez que o acesso à justiça foi garantido e as normas relativas aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa foram observadas.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Por fim, não há como divisar ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da Constituição, porquanto a matéria detém natureza infraconstitucional e o preceito encerra princípio constitucional, cuja afronta é, invariavelmente, via reflexa.

Pelo exposto, *não conheço* dos embargos.

2. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC

Quanto a esse tema, adoto, como razões de decidir, os fundamentos propostos pela eminente Ministra relatora originária do feito.

A C. 1ª Turma, pelo acórdão de fls. 178/181 (Rel. Min. João Oreste Dalazen), conheceu do Recurso de Revista, por contrariedade à Súmula nº 327 do TST, e, no mérito, deu-lhe provimento para, afastando a prescrição total pronunciada, determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para que prossiga no julgamento do mérito, como entender de direito.

O Reclamado opôs Embargos de Declaração, às fls. 84/191, desprovidos, às fls. 195/196, com aplicação da multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 538, parágrafo único, do CPC, no importe de R\$ 55,35 (cinquenta e cinco reais e trinta e cinco centavos). Confira-se:

“Mediante os embargos de declaração, o Reclamado sustenta existir contradição entre o v. acórdão embargado e a Súmula nº 326 do TST, porque, conforme informa o v. acórdão regional e o próprio Reclamante reconhece, o Autor jamais recebeu a parcela em comento. Transcreve aresto proferido por este Relator em sede de Embargos em Recurso de Revista, oriundo da Eg. SBDI-1 do TST, em que se aplicou a Súmula nº 326 do TST.

(...)

Com efeito, consiste a contradição na existência de proposições inconciliáveis entre si no acórdão embargado.

No caso em comento, como visto, o Embargante pretende o cotejo entre o v. acórdão embargado e a Súmula nº 326 do TST, o que, a toda evidência, não se amolda ao conceito de contradição.

De todo modo, a Eg. Primeira Turma considerou todos os argumentos lançados no v. acórdão regional para, só então, concluir pela aplicação da Súmula nº 327 do TST na espécie. Entendeu a Eg. Primeira Turma cuidar-se de prestação sucessiva e periódica, visto que a cada

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pagamento irregular da complementação de aposentadoria, sem o cômputo do aumento a que supostamente teria direito o Autor, renovar-se-ia a lesão ao direito subjetivo material do empregado.

Ressalte-se, ainda, que o aresto da Eg. Sede-1 do TST, transcrito às fls. 188/191, aborda circunstância completamente distinta da discutida nos presentes autos, em nada influenciando no deslinde da controvérsia.

Por todo o alinhado, resulta incontestável que, a pretexto da existência de contradição, o Reclamado pretende, em verdade, obter o reexame da matéria.

Logo, os presentes embargos de declaração não constituem meio hábil a satisfazer a pretensão ora deduzida.

Do quanto exposto, conclui-se que o procedimento adotado pelo Embargante denota o nítido intuito de procrastinar o feito, uma vez que, além de não demonstrar a existência de quaisquer dos vícios constantes dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, insurge-se contra expressa determinação legal.” (fls. 196/197)

O Réu interpõe Embargos, às fls. 200/209. Insurge-se contra a penalidade aplicada pela Turma, indicando ofensa aos arts. 896 da CLT; 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição; 535 e 538 do CPC. Argumenta que “apresenta-se contraditória a decisão que não reconhece a violação do Enunciado nº 327/ TST, em decisão que admite a retroação do direito em tela a mais de dois anos, se este surgiu com a jubilação” (fls. 208).

Na espécie, o Reclamado opôs Embargos de Declaração afirmando suposta contradição entre o acórdão de fls. 178/181 e a Súmula nº 326 do TST.

Entretanto, como bem registrado pela C. 1ª Turma, a contradição, na forma do art. 535, I, do CPC, decorre da existência na decisão de assertivas inconciliáveis entre si, hipótese diversa da alegada pelo Réu nos Embargos de Declaração.

Perceba-se, inclusive, que o Banco, nos presentes Embargos, altera a argumentação articulada anteriormente nos Embargos de Declaração – passando a referir-se à Súmula nº 327.

Verifica-se, portanto, que os Embargos de Declaração eram efetivamente protelatórios, ensejando a aplicação da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

Estão incólumes os dispositivos indicados.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho: I – Pelo voto prevalente da Presidência, não conhecer dos Embargos quanto ao tema “diferenças de complementação de aposentadoria – prescrição parcial”, vencidos os Exmos. Ministros Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, relatora, Lelio Bentes Corrêa, Horácio Raymundo de Senna Pires, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Maria de Assis Calsing e Fernando Eizo Ono; II – por unanimidade, não conhecer dos Embargos no tocante à “multa do art. 538, parágrafo único, do CPC”.

Brasília, 29 de outubro de 2007. *Vantuil Abdala*, redator designado.

EMBARGOS. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

EMBARGOS – PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Aplica-se o art. 249, § 2º, do CPC.

EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% DO FGTS – PRESCRIÇÃO – MARCO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL

Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 344 da SBDI-1, “O termo inicial do prazo prescricional para o empregado pleitear em juízo diferenças da multa do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários, deu-se com a vigência da Lei Complementar nº 110, em 30.06.2001, salvo comprovado trânsito em julgado de decisão proferida em ação proposta anteriormente na Justiça Federal, que reconheça o direito à atualização do saldo da conta vinculada” (grifei).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC – INDEVIDA

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Na hipótese dos autos, a oposição dos Embargos de Declaração tão-somente evidenciou a diligência da Ré, não havendo intuito protelatório. É indevida, assim, a multa aplicada.

Embargos conhecidos e providos.

(Processo nº TST-E-ED-ED-RR-5.349/2001-034-12-40 – Ac. SBDI-1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-ED-RR-5.349/2001-034-12-40.3, em que é Embargante Brasil Telecom S.A. e Embargado Cilvo Antônio Nunes.

A C. 1ª Turma, pelo acórdão de fls. 116/119 (Rel. Min. João Oreste Dalazen), conheceu do Recurso de Revista do Reclamante, por violação ao art. 7º, XXIX, da Constituição, e, no mérito, com espeque na Orientação Jurisprudencial nº 344 da SBDI-1, deu-lhe provimento para afastar a prescrição declarada pelo Tribunal Regional e restabelecer a sentença.

A Ré opôs Embargos de Declaração, às fls. 121/123, requerendo a manifestação acerca dos demais temas ventilados no Recurso Ordinário, especificamente quanto à existência de ato jurídico perfeito.

A C. Turma, às fls. 129/131, negou provimento aos Embargos de Declaração.

A Reclamada opôs novos Embargos de Declaração, às fls. 133/134, novamente desprovidos, às fls. 138/140, com aplicação da multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 538, parágrafo único, do CPC, no importe de R\$ 144,51 (cento e quarenta e quatro reais e cinquenta e um centavos).

A Ré interpõe Embargos, às fls. 143/153. Preliminarmente, suscita nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que a Turma, mesmo provocada por Embargos de Declaração, não examinou o mérito da lide, em especial o art. 5º, XXXVI, da Constituição. Indica ofensa aos arts. 5º, XXXV e LV, 93, IX, da Carta Magna e 832 da CLT. No mérito, afirma que o prazo prescricional iniciou com a extinção do contrato de trabalho. Insurge-se, sucessivamente, contra o reconhecimento de que a pretensão teria surgido com a Lei Complementar nº 110/01, posteriormente, portanto, ao trânsito em julgado da ação que tramitou perante a Justiça Federal. Assevera que, à época da rescisão contratual, pagou corretamente a multa do FGTS. Alega que eventual

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

responsabilidade é da CEF. Aduz que a Lei Complementar nº 110/01 implica transação entre o Governo e o empregado. Aponta violação aos arts. 896 da CLT, 5º, XXXVI, e 7º, XXIX, da Constituição. Indica contrariedade ao Enunciado nº 362/TST. Invoca os arts. 6º, III, e 7º da referida lei complementar. Insurge-se contra a multa aplicada, afirmando que a matéria não está pacificada. Indica ofensa aos arts. 5º, LV, da Constituição e 538 do CPC. Traz arrestos.

Sem impugnação (certidão, às fls. 156).

O Ministério Público do Trabalho não foi ouvido, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Tempestivos (fls. 141 e 143), bem preparados (fls. 50, 60/61 e 154) e regular a representação (fls. 124/125 e 135), passo ao exame dos Embargos.

I – PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Na forma do art. 249, § 2º, do CPC, deixo de examinar a preliminar suscitada, por divisar decisão favorável à Embargante.

II – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% DO FGTS – PRESCRIÇÃO – MARCO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL

A) CONHECIMENTO

A C. 1ª Turma, pelo acórdão de fls. 116/119 (Rel. Min. João Oreste Dalazen), conheceu do Recurso de Revista do Reclamante, por violação ao art. 7º, XXIX, da Constituição, e, no mérito, com espeque na Orientação Jurisprudencial nº 344 da SBDI-1, deu-lhe provimento para afastar a prescrição declarada pelo Tribunal Regional e restabelecer a sentença. Eis os fundamentos:

“O Eg. Regional considerou como marco inicial para a contagem do prazo prescricional do direito de ação do Reclamante a data do trânsito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

em julgado da decisão que reconheceu o direito à correção das contas do FGTS, pelos índices dos expurgos inflacionários, prolatada pela Justiça Federal.

(...)

Todavia, verifica-se a apontada violação ao art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, visto que não aplicada corretamente a prescrição. Senão, vejamos.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou-se no sentido de que é da publicação da Lei Complementar nº 110, de 29.06.2001, que se inicia a contagem do prazo prescricional para o empregado ingressar em Juízo para reivindicar as diferenças da multa de 40% sobre o FGTS, porquanto nasce da violação do direito material a pretensão de repará-lo mediante ação.

Eis o entendimento consagrado pela Orientação Jurisprudencial nº 344 da SDI-1:

(...)

Conhecido o recurso de revista, por violação ao art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, dou-lhe provimento para afastar a prescrição total declarada pelo Eg. Regional e restabelecer a sentença.” (fls. 117/119)

A Ré interpõe Embargos, às fls. 143/153. Afirma que o prazo prescricional iniciou com a extinção do contrato de trabalho. Insurge-se, sucessivamente, contra o reconhecimento de que a pretensão teria surgido com a Lei Complementar nº 110/01, posteriormente, portanto, ao trânsito em julgado da ação que tramitou perante a Justiça Federal. Assevera que, à época da rescisão contratual, pagou corretamente a multa do FGTS. Alega que eventual responsabilidade é da CEF. Aduz que a Lei Complementar nº 110/01 implica transação entre o Governo e o empregado. Aponta violação aos arts. 896 da CLT, 5º, XXXVI, e 7º, XXIX, da Constituição. Indica contrariedade ao Enunciado nº 362/TST. Invoca os arts. 6º, III, e 7º da aludida lei complementar.

O Tribunal Regional, reformando a r. sentença, declarou a prescrição da pretensão do Autor, nos termos seguintes:

“Na hipótese dos autos, porém, não há como reconhecer que a prescrição para reivindicar a correção monetária expurgada pelos planos econômicos sobre a multa compensatória tem seu *dies a quo* contado a partir do término do vínculo empregatício. Tenho me posicionado

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

no sentido de que a lesão do direito autorizadora da fluência do lapso prescricional apenas ocorreu com a edição da Lei Complementar nº 110/01.

No entanto, no caso dos autos, o marco para a fluência do prazo prescricional não é a data da Lei Complementar, mas sim a data do trânsito em julgado das ações ajuizadas pelos autores perante a Justiça Federal, por meio das quais foi reconhecido o direito aos expurgos inflacionários.

É que nesse exato momento o trabalhador já teve o direito reconhecido às diferenças nos depósitos do FGTS (o que, para a maioria dos empregados apenas surgiu com a mencionada Lei Complementar de 2001).

(...)

Já com relação ao reclamante Cilvo Antonio Nunes, o trânsito em julgado da decisão que lhe reconheceu o direito à correção das contas do FGTS ocorreu em 13.08.1999, conforme informação prestada pela Justiça Federal (fls. 223). Assim, tendo a presente demanda sido interposta apenas em 05.09.2001, portanto mais de dois anos após, operou-se a prescrição total em relação ao Cilvo. O fato de estar em curso a ação de cobrança na Justiça Federal não tem o condão de alterar o marco prescricional que deve levar em conta a data em que surgiu a lesão do direito às diferenças de 40% (parcela acessória), que é a mesma data do reconhecimento do direito às diferenças na parcela principal.” (fl. 69/70)

Pois bem. Há entendimento pacificado no âmbito deste Tribunal, no sentido de que o termo inicial da prescrição da pretensão às diferenças da multa de 40% do FGTS é a data de vigência da Lei Complementar nº 110, *exceto se a parte comprovar o trânsito em julgado de decisão proferida em ação proposta na Justiça Federal*. É o que preceitua a Orientação Jurisprudencial nº 344 da C. SBDI-1, *in verbis*:

“FGTS. MULTA DE 40%. DIFERENÇAS DECORRENTES DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

O termo inicial do prazo prescricional para o empregado pleitear em juízo diferenças da multa do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários, deu-se com a vigência da Lei Complementar nº 110, em 30.06.2001, salvo comprovado trânsito em julgado de decisão proferida em ação proposta anteriormente na Justiça Federal, que reconheça o direito à atualização do saldo da conta vinculada.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim, na hipótese dos autos, a pretensão do Autor surgiu, não com a vigência da Lei Complementar nº 110/01, mas, sim, com o trânsito em julgado da decisão proferida na ação proposta perante a Justiça Federal, que reconheceu o direito às diferenças do FGTS decorrentes dos expurgos inflacionários.

Conforme notícia o Tribunal Regional, o referido trânsito em julgado ocorreu em 13.08.1999, enquanto a presente Reclamação Trabalhista foi ajuizada apenas em 05.09.2001 (fls. 11), posteriormente, portanto, ao transcurso do prazo bienal.

Desse modo, está prescrita a pretensão do Reclamante às diferenças da multa do FGTS.

Conheço, por ofensa ao art. 7º, XXIX, da Constituição da República.

B) MÉRITO

A conseqüência do conhecimento do recurso por violação constitucional é o seu provimento.

Assim, dou provimento aos Embargos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o acórdão regional, que declarara a prescrição da pretensão do Reclamante.

III – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC – INDEVIDA

A) CONHECIMENTO

A C. 1ª Turma, pelo acórdão de fls. 116/119 (Rel. Min. João Oreste Dalazen), conheceu do Recurso de Revista do Reclamante, por violação ao art. 7º, XXIX, da Constituição, e, no mérito, com espeque na Orientação Jurisprudencial nº 344 da SBDI-1, deu-lhe provimento para afastar a prescrição declarada pelo Tribunal Regional e restabelecer a sentença.

A Ré opôs Embargos de Declaração, às fls. 121/123, requerendo a manifestação acerca dos demais temas ventilados no Recurso Ordinário, especificamente quanto à existência de ato jurídico perfeito.

A C. Turma, às fls. 129/131, negou provimento aos Embargos de Declaração.

A Reclamada opôs novos Embargos de Declaração, às fls. 133/134, novamente desprovidos, às fls. 138/140, com aplicação da multa de 1% sobre

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

o valor atualizado da causa, na forma do art. 538, parágrafo único, do CPC, no importe de R\$ 144,51 (cento e quarenta e quatro reais e cinquenta e um centavos).

A Ré interpõe Embargos, às fls. 143/153. Insurge-se contra a multa aplicada, afirmando que a matéria não está pacificada. Indica ofensa aos arts. 5º, LV, da Constituição e 538 do CPC. Traz arestos.

Na hipótese dos autos, a oposição dos Embargos de Declaração tão-somente evidenciou a diligência da Reclamada. Vale lembrar que, à época do julgamento do Recurso de Revista, a matéria efetivamente não estava pacificada nesta Corte, o que, aliás, ocorreu apenas com a resolução do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado nos autos do RR-1.577/2003-019-03-00.8 (DJ 22.11.2005).

Não havia, portanto, o intuito protelatório, sendo indevida a aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

Assim, restou contrariado o art. 5º, LV, da Constituição da República.

Conheço, por violação constitucional.

B) MÉRITO

O corolário do conhecimento do recurso por ofensa à Constituição é o provimento.

Pelo exposto, *dou provimento* aos Embargos para, reformando o acórdão regional, afastar a multa aplicada.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos Embargos no tema “EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% DO FGTS – PRESCRIÇÃO – MARCO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL”, por violação ao art. 7º, XXIX, da Constituição da República, e, no mérito, dar-lhes provimento para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o acórdão regional, que declarara a prescrição da pretensão do Reclamante. Por unanimidade, conhecer dos Embargos no tópico “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC – INDEVIDA”, por violação ao art. 5º, LV, da Constituição da República, e, no mérito, dar-lhes provimento para, reformando o acórdão embargado,

afastar a multa aplicada. Deixar de examinar a preliminar suscitada, na forma do art. 249, § 2º, do CPC.

Brasília, 27 de agosto de 2007. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ACÓRDÃO QUE DÁ PROVIMENTO À REVISTA DA UNIÃO COM FULCRO NO ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA SÚMULA Nº 382 DO TST. OMISSÃO ACERCA DO TRÂNSITO EM JULGADO, EM DATA POSTERIOR À INTERPOSIÇÃO DA REVISTA DA UNIÃO, DE AÇÃO DA QUAL A PRESENTE É CONSECUTÁRIA. FATO SUPERVENIENTE. SÚMULA Nº 394 DO TST. CARACTERIZAÇÃO. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DO BIÊNIO. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 268 DO TST. Segundo o v. acórdão do e. TRT da 12ª Região, o pedido deduzido na presente ação é decorrência daquele deferido em outra, que, segundo informação do sítio do excelso STF na Internet, somente veio a transitar em julgado muito tempo depois da interposição do recurso de revista da União nos termos da Súmula nº 394 do TST. Nesse contexto, o termo inicial da prescrição não pode ser aquele previsto pela Súmula nº 382 do TST, equivocadamente adotado pelo r. 'decisum' ora embargado, mas sim a data do trânsito em julgado da primeira ação, por força da nova redação do Verbete sumular nº 268 do TST, determinada pela Resolução nº 121/03, publicada no DJU de 21.11.2003. Finalmente, tendo em vista que o presente feito foi ajuizado ainda antes de reiniciado o prazo prescricional – a saber, antes de transitada em julgado a ação de cujo pedido decorre aquele apreciado na presente reclamação –, não há como se conhecer do recurso de revista, por óbice do art. 896, § 4º, da CLT e das Súmulas ns. 268 e 333 do TST.

Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão, com efeito modificativo.

(Processo nº TST-ED-RR-19.670/2002-900-12-00 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-ED-RR-19.670/2002-900-12-00.8, em que são Embargantes Vera Lúcia da Silva e Outra e é Embargada União.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Esta e. Turma, por meio do v. acórdão de fls. 294/297, conheceu do recurso de revista da União por divergência jurisprudencial e, no mérito, deu-lhe provimento para declarar a extinção do processo com julgamento de mérito nos termos da Súmula nº 382 do TST.

As Reclamantes opõem embargos de declaração (fls. 302/303). Alegam, em síntese, que há omissão quanto ao suposto fato de que a primeira reclamação, ajuizada em 05.11.1991, ainda não transitou em julgado, para fim de incidência da Súmula nº 268 do TST. Insiste que aquele feito se encontra em sede de recurso extraordinário, autuado pelo excelso STF sob o nº RE-308.810. Sustentam ainda que o termo inicial do prazo prescricional deve ser a data de reintegração, a saber, 15.10.1999, do que resultaria a impossibilidade de extinção do feito ora *sub judice*, ajuizado em 14.08.2000. Dizem que a *res in iudicium deducta* diz respeito ao contrato de trabalho iniciado com a reintegração, não havendo que se cogitar de prescrição. Aponta omissão quanto à possível violação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

Concedido prazo (despacho de fl. 307) às Reclamantes para que comprovassem o trânsito em julgado do STF-RE-308.810/SC e, sucessivamente, à União para que se manifestasse sobre os embargos de declaração, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 142 da e. SBDI-1, somente essa última falou nos autos (fls. 312/313).

É o relatório.

Em mesa.

VOTO

Os embargos de declaração são tempestivos (fls. 298, 300 e 302), nos termos da Súmula nº 387, II e III do TST, e estão subscritos por advogados devidamente habilitados (fls. 9/10 e 166).

Conheço.

Esta e. Turma, por meio do v. acórdão de fls. 294/297, conheceu do recurso de revista da União por divergência jurisprudencial e, no mérito, deu-lhe provimento para declarar a extinção do processo com julgamento de mérito nos termos da Súmula nº 382 do TST.

As Reclamantes opõem embargos de declaração (fls. 302/303). Alegam, em síntese, que há omissão quanto ao suposto fato de que a primeira reclamação, ajuizada em 05.11.1991, ainda não transitou em julgado, para fim de incidência da Súmula nº 268 do TST. Insiste que aquele feito se encontra em sede de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

recurso extraordinário, autuado pelo excelso STF sob o nº RE-308.810. Sustentam ainda que o termo inicial do prazo prescricional deve ser a data de reintegração, a saber, 15.10.1999, do que resultaria a impossibilidade de extinção do feito ora *sub judice*, ajuizado em 14.08.2000. Dizem que a *res in iudicium deducta* diz respeito ao contrato de trabalho iniciado com a reintegração, não havendo que se cogitar de prescrição. Apontam omissão quanto à possível violação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

Com razão.

Tendo em vista que os argumentos deduzidos nos presentes embargos de declaração haviam sido objeto das contra-razões (fl. 279), mas não mereceram apreciação por esta e. Turma quando do provimento da revista da União, faz-se mister o acolhimento dos embargos de declaração nos termos da Súmula nº 457 do excelso STF.

Realmente, o e. TRT da 12ª Região examinou os efeitos da primeira ação ajuizada pelas Reclamantes quando rejeitou o pedido da União de suspensão da presente reclamação, fazendo-o com o seguinte fundamento:

“Em sede de recurso, a reclamada pleiteia a suspensão do feito, haja vista o fato de estar pendente de recurso extraordinário a decisão proferida nos autos da ação trabalhista ajuizada pelas autoras (protocolada sob o nº 388/91), por meio da qual foi reconhecido o vínculo de emprego entre elas e o INAMPS e determinada a sua reintegração.

Colho dos documentos constantes dos autos que as autoras ingressaram com a reclamatória trabalhista nº 388/91 perante a Vara do Trabalho de Tubarão, pleiteando o reconhecimento do vínculo empregatício e sua reintegração no serviço público (fls. 17/21). A sentença foi prolatada em 03.11.1992, tendo sido declarado o vínculo de emprego entre as partes e determinada a sua reintegração nos respectivos cargos (fls. 22/27).

A União, inconformada com a sentença, recorreu a este Tribunal, tendo sido negado provimento ao recurso por ela interposto (fls. 28/35), o que ensejou a interposição de recurso de revista ao e. TST, sendo que ele não foi conhecido (fls. 36/38). Opostos embargos de declaração (fls. 39/40), eles não foram admitidos. Dessa decisão a União interpôs agravo regimental ao qual foi negado provimento (fls. 41/44). Nesse passo, interpôs recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, que se encontra na Secretaria de recursos desta Corte (fls. 157/160).

Em 13.10.1999, foi expedido mandado de reintegração das reclamantes em seus respectivos cargos (fl. 11) e, conforme o ofício de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

fl. 97, elas tiveram os seus contratos de trabalho regidos pela CLT, tendo sido posicionadas na classe D, padrão NI-I, da categoria funcional Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, código 1070.

Pleitearam as autoras nesta ação (nº 416/00) o seu reenquadramento na função de Auxiliar de Enfermagem, o ressarcimento de todas as vantagens adquiridas durante o afastamento e o pagamento dos salários, do 13º salário, das férias com 1/3 e o recolhimento do FGTS.

A sentença julgou procedentes em parte os pedidos das autoras e, observada a prescrição, condenou a reclamada ao pagamento dos salários, dos 13ºs salários, das férias com o acréscimo de 1/3, do FGTS a ser depositado nas contas vinculadas e demais vantagens relativas ao período de afastamento (fls. 134/137).

A União protocolizou embargos de declaração (fls. 141/143), que foram julgados improcedentes (fls. 145/146).

Na peça recursal, a reclamada inova em sede de recurso, porquanto lança argumentos não expostos na peça contestatória relativamente ao sobrestamento do feito até que se obtenha o resultado do julgamento do recurso extraordinário, interposto da decisão proferida nos autos da ação trabalhista nº 388/91.

A pretensão não merece acolhida, uma vez que não pode ser objeto de recurso pedido que não constou da contestação. Portanto, fica prejudicada a análise de matéria não submetida ao crivo do órgão *a quo*, sob pena de restar configurada a supressão de instância.

Diante disso, nego provimento.” (fls. 247/249)

Por outro lado, conforme consta do sítio do excelso STF na Internet, o recurso extraordinário autuado sob o nº STF-RE-308.810/SC teve seguimento negado pelo Exmo. Sr. Ministro Relator com o seguinte fundamento:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 308810

PROCED.: SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.: UNIÃO

ADV.: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDAS.: ROSINETE MARIA CORRÊA ROSA E OUTRA

ADVDS.: JEFFERSON SILVEIRA DE SOUZA E OUTROS

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

RECDA.: ORCALI – ORGANIZAÇÃO CATARINENSE DE LIMPEZA LTDA.

ADVDOS. PEDRO ANTUNES E OUTRA

RECDA.: BACK, RICOBON – SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA

ADV.: OSCAR SERGIO DE FIGUEIREDO E SILVA

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTROVÉRSIA SOBRE CABIMENTO DE RECURSO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. IMPROPRIEDADE.

1. Este recurso extraordinário foi processado por força de decisão proferida pelo Min. Maurício Corrêa no agravo em apenso, do seguinte teor: *Subam os autos, devidamente processados, para melhor exame.*

2. Nota-se que o não-processamento do recurso extraordinário pelo Tribunal Superior do Trabalho vem desaguando, com verdadeira automaticidade, na interposição de agravo. Para tanto, articula-se com a ofensa à Carta da República, quando, na realidade, o acórdão impugnado na via excepcional faz-se alicerçado em interpretação de normas estritamente legais – as que regem os recursos trabalhistas. No caso dos autos, tem-se essa prática. Em momento algum, a Corte de origem adotou entendimento conflitante com a Constituição Federal. O que se observa é a tentativa de transformar o Supremo Tribunal Federal em órgão simplesmente revisor das decisões prolatadas na última instância do Judiciário Trabalhista. Este recurso somente serve à sobrecarga da máquina judiciária, ocupando espaço que deveria estar sendo utilizado no exame de outro processo.

3. Ante o quadro, nego seguimento ao extraordinário.

4. Publique-se.

Brasília, 28 de fevereiro de 2005. *Marco Aurélio*, relator.”

O despacho acima transcrito, ainda conforme informação contida no sítio do excelso STF na Internet, foi publicado no DJU de 12.04.2005, tendo sido juntada aos autos cópia da intimação pessoal da União em 03.05.2005 e, conseqüentemente, transitado em julgado no dia 10.05.2005.

Nesse contexto, tendo em vista que aquela ação anteriormente ajuizada contém pedido do qual decorre a *res in iudicium deducta* no presente feito,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

bem como considerando-se que o trânsito em julgado daquela primeira ação se deu muito depois da interposição do recurso de revista da União (ocorrido em 30.11.2001, fl. 261), tenho que está caracterizado o fato superveniente de que trata a Súmula nº 394 do TST, bem como que é incidente ao presente caso a nova redação do Verbete Sumular nº 268 do TST, determinada pela Resolução nº 121/03, publicada no DJU de 21.11.2003 e abaixo transcrita:

“Súmula nº 268. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA. A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.”

Finalmente, considerando-se que a presente ação foi ajuizada ainda antes de reiniciado o prazo prescricional – a saber, antes de transitada em julgado a ação de cujo pedido decorre aquele apreciado na presente reclamação –, não há como se conhecer do recurso de revista, por óbice do art. 896, § 4º, da CLT e das Súmulas ns. 268 e 333 do TST.

Com esses fundamentos, acolho os embargos de declaração para sanar omissão, com efeito modificativo, determinando o não-conhecimento do recurso de revista da União.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com efeito modificativo, determinando o não-conhecimento do recurso de revista da União.

Brasília, 8 de novembro de 2006. *Horácio Senna Pires*, relator.

FALTA GRAVE. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA

RECURSO DE REVISTA. INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. O alcoolismo crônico, nos dias atuais, é formalmente reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde – OMS, que o classifica sob o título de “síndrome de dependência do álcool”, cuja patologia gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Assim é que se faz necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado ao INSS para tratamento, sendo imperativa, naqueles casos em que o órgão previdenciário detectar a irreversibilidade da situação, a adoção das

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

providências necessárias à sua aposentadoria. No caso dos autos, resta incontroversa a condição do obreiro de dependente químico. Por conseguinte, reconhecido o alcoolismo pela Organização Mundial de Saúde como doença, não há como imputar ao empregado a justa causa como motivo ensejador da ruptura do liame empregatício.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-1.864/2004-092-03-00 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-1.864/2004-092-03-00.2, em que é recorrente Raimundo Carvalho de Oliveira (Espólio de) e recorrido Br Astec Processos Minerais Ltda.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mediante acórdão prolatado às fls. 64/68, confirmado às fls. 73/74 em sede de embargos de declaração, manteve a sentença por meio da qual se extinguiu a reconvenção sem resolução do mérito, e, com amparo no art. 482, *f e i*, da Consolidação das Leis do Trabalho, julgou procedente o pedido inicial formulado no inquérito para apuração de falta grave ajuizado pela empresa, restando autorizada a rescisão, com justa causa, do contrato de emprego.

Inconformado, o réu interpõe o presente recurso de revista, consoante razões veiculadas às fls. 76/82. Sustenta o recorrente ser do conhecimento da empresa que é portador de doença decorrente do alcoolismo, cujo tratamento ensejou as faltas ao serviço. Acrescenta que o fato de ter um passado funcional ilibado e nunca ter deixado de cumprir ordens autoriza o afastamento da falta grave, sob pena de afronta aos arts. 5º, III, 6º, 170 e 193 da Constituição Federal. Requer, em consequência, seja julgado improcedente o inquérito ajuizado pela empresa e determinada a sua reintegração no emprego, nas mesmas funções, com o pagamento de salários vencidos e vincendos, além dos depósitos do FGTS, férias acrescidas de 1/3 e 13º salário, com base no art. 467 da CLT. Alega devidos, ainda, os honorários advocatícios nos termos das Leis de ns. 1.060/50 e 5.584/70. Transcreve arestos para cotejo de teses.

O recurso foi admitido por meio da decisão monocrática proferida à fl. 83.

Não foram apresentadas contra-razões, consoante certidão lavrada à fl. 84-verso.

A certidão acostada à fl. 89 noticia o falecimento do obreiro. À fl. 97 foi deferida a habilitação da inventariante nos termos do art. 1º da Lei nº 6.858/80.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Dispensada a remessa destes autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 25.06.2005, sábado, conforme certidão lavrada à fl. 75, e recurso protocolizado em 05.07.2005 – fl. 76). O recorrente é isento do pagamento de custas, conforme decisão proferida à fl. 51, e está regularmente representado nos autos (procuração acostada à fl. 102).

2. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ALCOOLISMO. FALTA GRAVE

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mediante acórdão prolatado às fls. 64/68, confirmado às fls. 73/74 em sede de embargos de declaração, manteve a sentença por meio da qual se extinguiu a reconvenção, sem resolução do mérito, e, com amparo no art. 482, *f e i*, da Consolidação das Leis do Trabalho, julgou procedente o pedido inicial formulado no inquérito para apuração de falta grave ajuizado pela empresa, restando autorizada a rescisão, com justa causa, do contrato de emprego. Utilizou-se, para tanto, dos seguintes fundamentos:

“A resolução do contrato de trabalho, pelo empregador, nos casos de inexecução faltosa da obrigação, assume aspecto nitidamente disciplinar, sendo certo, como aduz o empregado, fazer-se necessário provar a gravidade do ato que se lhe atribui.

Não se pode esquecer, entretanto, que do contrato de trabalho, de natureza essencialmente fiduciária, resultam ao empregado as obrigações de obediência, diligência e fidelidade, traduzindo-se como justa causa para a sua resolução todos os atos que importem em violação destas

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

normas específicas e que, por se referirem à conduta geral do empregado, estranhas ao emprego e à prestação do trabalho, se refletem no contrato tornando incompatível a sua manutenção.

Tem-se ainda como certo que uma das obrigações específicas que resultam ao trabalhador, na constância do seu ajuste, é a de dar, no exercício de sua função, o rendimento quantitativo e qualitativo que se pode esperar de uma execução de boa-fé.

O comportamento negligente, descuidado ou desidioso traduz a culpa do empregado, frustrando a justa expectativa do empregador na medida em que representa a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento, pressupostos que regem a conduta normal dos negócios humanos.

A embriaguez habitual, ou em serviço, além de importar em violação da obrigação geral que se impõe ao empregado, reflete também a quebra da regra específica de execução do contrato, já que ao ingerir bebida alcoólica ou outra substância inebriante perturba o exato cumprimento da atividade que lhe foi confiada, acarretando inquestionável prejuízo e fazendo escoar a necessária fidúcia que deve permear a justa pactuação.

Neste contexto, basta que ocorra uma única vez para que a embriaguez em serviço venha justificar a resolução, eis que a culpa, nestes casos, é apreciada *in concreto*.

A existência da falta, assim, pressupõe o exercício normal de um direito, pelo empregador, soando no vazio o argumento de que, por se tratar de dependência contumaz, não estaria inserido o obreiro no alcance da punição.

Também não se há dizer do cerceamento ao direito de defesa porque não teria sido o trabalhador informado de que se ajuizaria inquérito para apuração de falta grave.

Na verdade, esta medida foi intentada após se exaurirem os esforços patronais no sentido de orientar e procurar trazer ao reto caminho o trabalhador que, não obstante, mostrou-se eficiente ao burlar todas as regras do bom senso, disciplina e sobriedade, como se observa da prova testemunhal.

Segundo informa a testemunha de f. 42, Cláudio Henrique Maranhão de Freitas, 'por algumas vezes o requerido compareceu ao trabalho

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

embriagado ou com sinais de embriaguez; que era visível a embriaguez pela falta de coordenação motora, pelo hálito e pela mudança de comportamento; que essa mudança de comportamento se verificava na fala e na execução do serviço; que essa situação acontecia com uma frequência alta, de duas a três vezes por semana; que a requerente nunca tomou nenhuma providência punitiva, como suspensão, advertência, mas sempre conversando e orientando o requerido a mudar a conduta; que a situação gera constrangimento porque o requerido às vezes questionava ordens ou às vezes não fazia o serviço; (...) que a partir da segunda semana, dos meses de julho ou agosto de 2004, o requerido passou a trabalhar embriagado, chegando atrasado e faltando injustificadamente (...)'

De ausência de direitos, portanto, não se poderá falar, mesmo porque também em juízo o empregado se utilizou de todos os instrumentos que a lei lhe confere, o que também sob este prisma faz sepultar sua irresignação.

A empresa, por sua vez, não se furtou ao seu dever legal ou moral de oferecer o necessário auxílio, seja em orientação pedagógica e paciente, seja ao encaminhar o empregado ao INSS, conforme dá clara notícia o documento de f. 16.

Esta atitude vem demonstrar não a sua aquiescência com o comportamento inadequado e repreensível do empregado, ao revés do que se supõe, mas, antes, a boa vontade e completa ausência de intenção de agravar, ainda mais, o lamentável estado em que se encontrava o trabalhador.

Se de doença se trata, o remédio há de ser administrado a quem tem a intenção e vontade de se curar.

Este não nos parece o caso em exame.

O autor, em atitude inteiramente incompreensível e inaceitável, se manteve na firme intenção de permanecer fiel ao vício que o consumia, malgrado a infundável paciência e esforço expendidos pelo seu antigo empregador no sentido de restabelecer a saúde, equilíbrio e integridade física daquele que se encontrava sob suas ordens.

Mais não se lhe haverá de exigir, já que este ônus não há de ser transferido a quem não lhe deu causa.

Correta a r. decisão recorrida, que será mantida em seus fundamentos.” (fls. 65/68)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Sustenta o recorrente, em seu recurso de revista, ser do conhecimento da empresa que é portador de doença decorrente do alcoolismo, cujo tratamento ensejou as faltas ao serviço. Acrescenta que o fato de ter um passado funcional ilibado e nunca ter deixado de cumprir ordens autoriza o afastamento da falta grave, sob pena de afronta aos arts. 5º, III, 6º, 170 e 193 da Constituição Federal. Requer, em conseqüência, seja julgado improcedente o inquérito ajuizado pela empresa e determinada a sua reintegração no emprego, nas mesmas funções, com o pagamento de salários vencidos e vincendos, além dos depósitos do FGTS, férias acrescidas de 1/3 e 13º salário, com base no art. 467 da CLT. Alega devidos, ainda, os honorários advocatícios, nos termos das Leis de ns. 1.060/50 e 5.584/70. Transcreve arestos para cotejo de teses.

O aresto oferecido à fl. 79 revela-se divergente da tese esposada pelo Tribunal Regional ao concluir que, não obstante o art. 482, *f*, da CLT atribuir à embriaguez habitual ou em serviço os efeitos da despedida por justa causa, tem-se entendido que o empregado que sofre da doença do alcoolismo, com a nomenclatura de “síndrome de dependência do álcool”, não pode ser sancionado com a despedida com justo motivo.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

II – MÉRITO

Discute-se, na presente hipótese, se o alcoolismo constitui ou não justa causa para a rescisão do contrato de trabalho.

Sabe-se que, nos dias atuais, o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde – OMS, que o classifica sob o título de “síndrome de dependência do álcool”, cuja patologia gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Assim é que se faz necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado ao INSS para tratamento, sendo imperativa naqueles casos em que o órgão previdenciário detectar a irreversibilidade da situação, a adoção das providências necessárias à sua aposentadoria.

No caso dos autos, resta incontroversa a condição de dependente químico do reclamante, conforme registro consignado pelo Tribunal Regional, no sentido de que “segundo informa a testemunha de f. 42, Cláudio Henrique Maranhão de Freitas, ‘por algumas vezes o requerido compareceu ao trabalho embriagado ou com sinais de embriaguez; que era visível a embriaguez pela falta de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

coordenação motora, pelo hálito e pela mudança de comportamento; que essa mudança de comportamento se verificava na fala e na execução do serviço; que essa situação acontecia com uma frequência alta, de duas a três vezes por semana; que a requerente nunca tomou nenhuma providência punitiva, como suspensão, advertência, mas sempre conversando e orientando o requerido a mudar a conduta; que a situação gera constrangimento porque o requerido às vezes questionava ordens ou às vezes não fazia o serviço; (...) que a partir da segunda semana, dos meses de julho ou agosto de 2004, o requerido passou a trabalhar embriagado, chegando atrasado e faltando injustificadamente (...)” (fl. 67)

Nesse contexto, reconhecido pela Organização Mundial de Saúde que o alcoolismo crônico é doença, não existe maneira de imputar ao doente a ruptura do liame empregatício por justa causa. Frise-se que a adição ao álcool – como, de resto, a qualquer outra substância química – reduz consideravelmente a capacidade de autodeterminação e discernimento do adicto, não sendo razoável imputar-lhe a responsabilidade pelo insucesso do tratamento a que submetido. O alcoolismo constitui grave problema social que aflige todos os segmentos da sociedade, sendo certo que a despedida sumária do obreiro, longe de representar solução, acaba por agravar ainda mais a situação.

No mesmo sentido da tese que ora se sustenta, vale transcrever os seguintes julgados:

“EMBARGOS. JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, F, DA CLT. 1. Na atualidade, o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde – OMS, que o classifica sob o título de síndrome de dependência do álcool (referência F-10.2). É patologia que gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Clama, pois, por tratamento e não por punição. 2. O dramático quadro social advindo desse maldito vício impõe que se dê solução distinta daquela que imperava em 1943, quando passou a vigor a letra fria e hoje caduca do art. 482, f, da CLT, no que tange à embriaguez habitual. 3. Por conseguinte, incumbe ao empregador, seja por motivos humanitários, seja porque lhe toca indeclinável responsabilidade social, ao invés de optar pela resolução do contrato de emprego, sempre que possível, afastar ou manter afastado do serviço o empregado portador dessa doença, a fim de que se submeta a tratamento médico visando a recuperá-lo. 4. Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e provido para restabelecer o acórdão

regional.” (E-RR-586320/1999, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 21.05.2004)

“RECURSO DE REVISTA PATRONAL. ALCOOLISMO. Diante do posicionamento da OMS, que catalogou o alcoolismo como doença no Código Internacional de Doenças (CID), sob o título de síndrome de dependência do álcool (referência F-10.2), impõe-se a revisão do disciplinamento contido no art. 482, letra *f*, da CLT, de modo a impedir a dispensa por justa causa do trabalhador alcoólatra (embriaguez habitual), mas, tão-somente, levar à suspensão de seu contrato de trabalho, para que possa ser submetido a tratamento médico ou mesmo a sua aposentadoria, por invalidez. Recurso de Revista conhecido em parte e desprovido.” (AIRR e RR-813281/2001, 2ª Turma, Rel. Min. Luciano de Castilho)

Considerando-se os fundamentos já expostos, impõe-se afastar a falta grave imputada ao obreiro, razão pela qual se julga improcedente o inquérito.

Nos termos do disposto no art. 495 da CLT, a desconstituição da falta grave importa a reintegração do reclamante no emprego. Ocorre que, conforme documentação juntada às fls. 85/86, a reintegração resta inviabilizada, no caso concreto, tendo em vista o passamento do obreiro. O presente feito, no entanto, deve prosseguir apenas quanto aos demais pedidos formulados na inicial da reconvenção, diante da habilitação da inventariante, deferida à fl. 97 (salários vencidos e vincendos, depósitos do FGTS, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e seus reflexos acrescidos de juros e correção monetária, tudo com incidência da dobra contida no art. 467 da CLT).

Afastada a justa causa e diante da inviabilidade da reintegração do reclamante, dou provimento ao recurso de revista para, julgando procedente em parte a reconvenção, condenar a empresa ao pagamento de salários vencidos, além dos depósitos do FGTS, férias acrescidas de 1/3 e 13º salário, com base no art. 467 da CLT, desde o período de afastamento do obreiro até a data do seu óbito.

Defere-se, ainda, o pagamento dos honorários advocatícios, porquanto preenchidos os requisitos contidos na Súmula nº 219 desta Corte superior, quais sejam, a assistência sindical e a declaração de hipossuficiência juntada à fl. 32. Fixa-se tal condenação à base de 15% sobre o valor líquido da condenação, nos exatos termos da Orientação Jurisprudencial nº 348 da SBDI-1 desta Corte uniformizadora.

Determina-se a incidência dos descontos previdenciários e fiscais, nos termos da Súmula nº 368 do TST, bem como a incidência da correção monetária, nos termos da Súmula nº 381 do TST.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Custas de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para reconhecer a inexistência da falta grave imputada ao obreiro e julgar improcedente o inquérito. Acordam, ainda, diante da inviabilidade da reintegração do reclamante, dar provimento ao recurso de revista para, julgando procedente em parte a reconvenção, condenar a empresa ao pagamento de salários vencidos, além dos depósitos do FGTS, férias acrescidas de 1/3 e 13º salário, com base no art. 467 da CLT, desde o período de afastamento do obreiro até a data do seu óbito.

Defere-se, ainda, o pagamento dos honorários advocatícios à base de 15% sobre o valor líquido da condenação, nos exatos termos da Orientação Jurisprudencial nº 348 da SBDI-1 desta Corte uniformizadora.

Determina-se a incidência dos descontos previdenciários e fiscais, nos termos da Súmula nº 368 do TST e da correção monetária nos termos da Súmula nº 381 do TST.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Brasília, 13 de fevereiro de 2008. *Lelio Bentes Corrêa*, relator.

INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL E REMETIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. PRAZO.

1. Hipótese em que a ação de indenização por acidente do trabalho foi ajuizada perante o Juízo de Direito da Comarca de Guariba – SP que, em razão do advento da Emenda Constitucional nº 45/04, declinou da competência

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

à Justiça do Trabalho em face do disposto no art. 114, VI, da Constituição Federal e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Competência 7.204.

2. Assim, ocorrendo o ajuizamento da ação ordinária junto à Justiça Estadual, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a citação interrompeu a prescrição, nos termos do art. 219, caput e seu § 1º, do CPC.

3. Nesse caso, a alteração da competência em razão da matéria (art. 87 do CPC) não tem o condão de operar a incidência da prescrição trabalhista regulada pelo art. 7º, XXIX, da CF/88, porque aplicável à situação preexistente o prazo de prescrição previsto no art. 177 do Código Civil de 1916.

4. Do contrário, haveria, como de fato houve, ofensa ao princípio do direito adquirido do autor à prescrição vintenária ainda não consumada quando do ajuizamento da ação perante a Justiça Estadual.

5. Configurada violação à literalidade dos arts. 5º, XXXVI, da CF, 6º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil e 177 do Código Civil/1916.

Recurso de Revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-1.417/2005-120-15-00 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1417/2005-120-15-00.3, em que é Recorrente Carlos Aparecido Verde e Recorrida Usina Açucareira de Jabotical S.A.

O eg. TRT da 15ª Região (fls. 318/319), analisando o Recurso Ordinário do Reclamante, negou-lhe provimento para confirmar a r. sentença de primeiro grau que pronunciou a prescrição total do direito postulado na ação de indenização por danos morais, nos termos do inciso XXIX do art. 7º da CF/88.

Inconformado, o Reclamante recorre de Revista, às fls. 321/332, com base nos arts. 5º, XXXVI, da CF/88, 6º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 e alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT. Pugna a reforma do v. acórdão do Regional, a fim de que seja reconhecida a prescrição vintenária prevista no art. 177 do Código Civil/1916, alegando que se trata de ação indenizatória ajuizada perante a justiça comum, competente à época para apreciação do tema, razão pela qual a aplicação imediata da EC/45 viola o direito adquirido. Traz arestos à divergência.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Despacho de admissibilidade à fl. 357.

Contra-razões apresentadas pela Reclamada, às fls. 358/370. Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fls. 320/321), mandato regular (fl. 11) e preparo dispensado (fl. 248). Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, analiso os intrínsecos do recurso de revista.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL E REMETIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. PRAZO

O eg. TRT da 15ª Região negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante para confirmar a r. sentença de primeiro grau que pronunciou a prescrição total do direito postulado na ação de indenização por danos morais, nos termos do art. 7º, XXIX, *a*, da CF/88, consoante as seguintes razões de decidir, à fl. 319, *verbis*:

“A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004 (DOU 31.12.2004), com vigência na data de sua publicação, ampliou a competência material da Justiça do Trabalho, para apreciar as ações de indenização por dano moral e patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (art. 114, VI, da Constituição Federal), o que se pleiteia na hipótese (fls. 08/09).

Desta forma, prevalece, para as referidas ações, a prescrição do art. 7º, XXIX, da Carta Magna, e não aquela prevista no art. 177, do Código Civil revogado, nos termos do art. 2º, § 1º, da LICC, *e porque independentemente de qual ramo do Judiciário aprecie a questão*, a prescrição aplicável é a prevista no artigo constitucional citado, não podendo falar em imprescritibilidade e ofensa a direito adquirido. Isso porque referido artigo trata, genericamente, da prescrição de todos os créditos ‘resultantes da relação de trabalho’, dentre os quais se encontram aqueles oriundos da responsabilidade civil do empregador.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Tendo o contrato de trabalho mantido entre as partes sido extinto em 17.08.1994, ou seja, há mais de dois anos a contar do ajuizamento da ação (21.11.2001), deve ser mantida a prescrição total da ação. (destacou-se)

Inconformado, o Reclamante interpõe recurso de revista, argumentando que o julgamento proferido pelo eg. 15º Regional violou os arts. 5º, XXXVI, da CF/88, 177 do Código Civil/1916 e 6º, *caput*, do Decreto-Lei nº 4.657/42. Pugna a aplicação da prescrição vintenária, uma vez que se trata de ação indenizatória ajuizada perante a justiça comum, antes da vigência da EC/45, de modo que a aplicação imediata da referida emenda constitucional, resultaria em violação ao direito adquirido. Traz arestos à comprovação da divergência.

Razão lhe assiste.

Como visto, trata-se de hipótese em que a ação de indenização por acidente do trabalho foi ajuizada perante o Juízo de Direito da Comarca de Guariba – SP que, em razão do advento da Emenda Constitucional nº 45/04, declinou da competência à Justiça do Trabalho em face do disposto no art. 114, VI, da Constituição Federal e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Competência 7.204.

O Tribunal Regional entendeu que, independentemente de qual ramo do Judiciário aprecie a questão, a prescrição aplicável é a prevista no art. 7º, XXIX, da CF/88, não podendo falar em imprescritibilidade e ofensa a direito adquirido.

Com tais razões, rejeitou-se a tese exposta no recurso ordinário do Reclamante, no sentido de que não se aplica ao caso dos autos o prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da CF, mas sim a prescrição vintenária preconizada no art. 177 do Código Civil vigente na época do ajuizamento da ação indenizatória perante a Justiça Estadual.

Todavia, diferentemente do que entendeu a Corte de origem, tenho que, ocorrendo o ajuizamento da ação ordinária junto à Justiça Estadual, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a citação interrompeu a prescrição, nos termos do art. 219, *caput* e seu § 1º, do CPC.

Nesse caso, a alteração da competência em razão da matéria (art. 87 do CPC) não tem o condão de operar a incidência da prescrição trabalhista regulada pelo art. 7º, XXIX, da CF/88, porque aplicável à situação preexistente o prazo de prescrição previsto no art. 177 do Código Civil de 1916.

Do contrário, haveria, como de fato houve, ofensa ao princípio do direito adquirido do autor à prescrição vintenária ainda não consumada quando do ajuizamento da ação perante a Justiça Estadual.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Destarte, resta configurada violação à literalidade dos arts. 5º, XXXVI, da CF, 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil e 177 do Código Civil/1916.

Ante o exposto, *conheço* do Recurso de Revista na forma da alínea *c* do art. 896 da CLT.

2. MÉRITO

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL E REMETIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. PRAZO

No mérito, como corolário do conhecimento do recurso de revista por violação direta e literal de disposição da Constituição da República e de lei federal, impõe-se seu provimento para, reformando o acórdão regional, afastar a pronúncia da prescrição total, determinando a remessa dos autos à MM. Vara do Trabalho de origem, para que profira novo julgamento, observado o disposto no art. 177 do Código Civil/1916.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista por violação dos arts. 5º, XXXVI, da CF, 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil e 177 do Código Civil/1916 e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, afastar a pronúncia da prescrição total, determinando a remessa dos autos à MM. Vara do Trabalho de origem, para que profira novo julgamento, observado o disposto no art. 177 do Código Civil/1916.

Brasília, 11 de dezembro de 2007. *Walmir Oliveira da Costa*, relator.

INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. EXTINÇÃO DO CONTRATO

INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO COM A PRESTADORA DE SERVIÇOS. ACÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE CONTRA A BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRESCRIÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 189 E 199 AM-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

BOS DO CÓDIGO CIVIL. Quando o embargante foi dispensado pela prestadora de serviços (Presto Labor Assessoria e Consultoria em Pessoal) já existia uma ação em curso (ajuizada em 21.10.1993) em que o reclamante pleiteava o vínculo de emprego com a beneficiária direta dos seus serviços (CELESC). Logo, juridicamente insustentável que se exigisse que o reclamante promovesse ação contra a CELESC, postulando a sua reintegração no emprego, quando ainda não tinha uma solução definitiva quanto à existência da relação de emprego. Por isso mesmo, a conclusão de que o termo inicial da prescrição foi a rescisão do contrato de trabalho com a prestadora de serviço e não com o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o vínculo de emprego com a beneficiária dos serviços, ora embargada, viola literalmente os arts. 189 e 199 do Código Civil, visto que não se pode falar em prescrição quando não há o direito violado.

Embargos conhecidos e providos.

(Processo nº TST-E-ED-RR-599.616/1999 – Ac. SBDI-1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-599.616/1999.1, em que é Embargante Paulo Sérgio Alves Saldanha e Embargada Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – CELESC.

Adoto o relatório da doutra Ministra relatora originária, *in verbis*:

“A C. 1ª Turma desta Corte, pelo acórdão de fls. 245/250, no que interessa, deu provimento ao Recurso de Revista da Reclamada, pronunciando a prescrição total da presente pretensão do Reclamante: reintegração aos quadros da tomadora de seus serviços. Para tanto, afirmou que o marco inicial da prescrição foi a data da extinção do contrato de trabalho, não obstante a existência de prévia ação ajuizada, ainda no curso do contrato, em que se buscou o reconhecimento de vínculo com a tomadora e o pagamento dos consectários legais. Entendeu que a prévia ação de reconhecimento de vínculo tem natureza declaratória, e que, por isso, não desloca o marco inicial da prescrição para a data de seu trânsito em julgado, já que o Autor, desde a extinção do contrato de trabalho, já teria interesse em ajuizar Reclamação Trabalhista pretendendo, como causa de pedir, o reconhecimento de vínculo – aspecto incidental – e como pedido a reintegração. Daí porque entendeu se tratar de pedidos distintos, a impossibilitar a interrupção da prescrição a que se refere a Súmula nº 268/TST.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Opostos Embargos de Declaração às fls. 255/258, foram desprovidos às fls. 261/265.

O Reclamante interpõe Embargos à SBDI-1 (fls. 268/276). Sustenta que não teria interesse de agir antes do trânsito em julgado da primeira ação, já que, apenas após a certeza quanto ao vínculo pleiteado na primeira ação, poderia requerer a reintegração – pretensão que nasceu somente depois da propositura da primeira ação, que se deu no curso do contrato. Afirma ser a primeira ação condição suspensiva do prazo prescricional. Indica ofensa aos arts. 5º, incisos II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, 189 e 199 do Código Civil.

Impugnação oferecida às fls. 279/282.

Os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho (art. 82, RITST).

É o relatório.”

VOTO

O recurso atende aos pressupostos genéricos de admissibilidade.

I – CONHECIMENTO

I.1. PRESCRIÇÃO – MARCO INICIAL – PRETENSÃO DE REINTEGRAÇÃO – PENDÊNCIA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA EM QUE SE BUSCOU O RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A lide pode ser assim resumida:

O reclamante foi contratado por uma empresa prestadora de serviços, ou seja, a Presto Labor Assessoria e Consultoria em Pessoal, em 01.07.1987 e dispensado em 11.05.1994.

Em 21.10.1993, quando ainda trabalhava para a empresa Presto, o reclamante ajuizou ação contra a CELESC, para declaração da existência de vínculo de emprego, tendo obtido ganho de causa e a decisão transitada em julgado em 14.08.1996.

Em 26.11.1996 o reclamante, face o reconhecimento do vínculo de emprego com a CELESC, ingressou com ação pleiteando sua reintegração no emprego.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A 1ª Turma desta Corte conheceu da revista da CELESC, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento, para restabelecer a sentença, que declarou prescrito o direito de ação.

Efetivamente:

“À luz do critério da *actio nata*, oriundo do direito romano, e consagrado no art. 189 do Código Civil, com a violação do direito nasce para o titular a pretensão, que se extingue, pela prescrição, nos prazos legalmente estabelecidos. No caso em exame, o reclamante foi dispensado sem justa causa em 16 de junho de 1995 (fl. 3), de sorte que, a teor do disposto na parte final do inciso XXIX do art. 7º da CF/88, teria até 16 de junho de 1997 para ingressar em juízo pleiteando sua reintegração no emprego. Entretanto, a presente ação foi proposta apenas em 12 de novembro de 1998 (fl. 2), o que leva a concluir que sua pretensão encontra-se inexoravelmente fulminada pela prescrição. Por essas razões, dou provimento ao recurso de revista para restabelecer a sentença que, acolhendo a prejudicial de prescrição total do direito de ação, extinguiu o processo com julgamento do mérito nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC.” (fls. 249)

Os presentes embargos procuram demonstrar a inoccorrência da prescrição.

O argumento do reclamante é de que o seu direito de pleitear a reintegração, que foi dirigido contra a CELESC, quando ainda prestava serviços à empresa Presto, só poderia ter início a partir do trânsito em julgado da decisão que o reconheceu como empregado da beneficiária de seus serviços, a CELESC. Pondera que jamais poderia pleitear a reintegração antes da decisão que o reconheceu como empregado, daí porque entende violado o seu direito, quando a decisão embargada considerou como termo inicial, para efeito de prescrição, o término do contrato de trabalho com a prestadora dos serviços (Presto).

A nobre Relatora não está conhecendo dos embargos, sob o fundamento de que:

“Assim, nenhuma complexidade há, por exemplo, na coexistência de uma decisão judicial em que se reconheça eventual ato desabonador do empregador suscetível de caracterização de rescisão indireta (art. 483 da CLT) com outra decisão que negue a existência do mesmo ato como causa de pedido de indenização por danos morais. Basta, para citar um só exemplo possível, que na primeira tenha sido o empregador revel, e, na segunda, tenha se defendido adequadamente. Como se vê, embora a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

verdade dos fatos assumidos em cada uma das decisões seja antagônica, os provimentos judiciais são distintos e compatíveis entre si: em um há condenação ao pagamento das verbas decorrentes da rescisão indireta e em outro há a negação de pedido de indenização por danos morais. Situação semelhante se dá na hipótese ora apreciada.

Nesse sentido, é oportuna a citação do precedente desta C. SBDI-1 mencionado no julgamento da C. Turma:

‘PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA.

1. O ajuizamento de anterior ação declaratória, após a despedida, postulando a declaração de estabilidade no emprego, não interrompe a prescrição para a ulterior ação condenatória objetivando a reintegração e, portanto, não desloca o reinício da contagem do biênio prescricional para a data do trânsito em julgado da sentença proferida na ação declaratória.

2. A interrupção da prescrição, operando-se em caso de citação do devedor (art. 172, I, do Código Civil de 1916 e art. 219 do CPC) supõe o exercício sucessivo de ação condenatória, única mediante a qual o credor exerce pretensão de reconhecimento judicial a uma prestação. A ação declaratória, colimando o mero acertamento de relação jurídica contenciosa, é insuscetível de constituir em mora o devedor. Assim, não havendo identidade de objeto entre a ação declaratória e a posterior ação condenatória, insuscetível de operar-se a interrupção da prescrição.

3. Abstendo-se o empregado de intentar ação condenatória no biênio posterior à cessação contratual, preferindo aguardar o desfecho da ação declaratória, consuma-se irremediavelmente a prescrição total da ação.

4. Inexistência de afronta ao art. 7º, inciso XXIX, da CF/88, que, de resto, não rege, de forma direta, a interrupção da prescrição, mas o prazo de prescrição.

Embargos não conhecidos.” (TST-E-RR-500017/1998.2, SBDI-1, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 23.05.2003)

Data maxima venia, não prospera a tese da prescrição.

Quando o embargante foi dispensado pela prestadora de serviços já existia uma ação em curso (ajuizada em 21.10.1993) em que pleiteava o vínculo de emprego com a ora embargada CELESC.

Logo, juridicamente insustentável que se exigisse que o reclamante promovesse ação contra a CELESC, postulando a sua reintegração no emprego,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

quando ainda não tinha uma solução definitiva quanto à existência da relação de emprego.

Por isso mesmo, a conclusão de que o termo inicial da prescrição foi a rescisão do contrato de trabalho com a prestadora de serviço e não com o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o vínculo de emprego com a ora embargada, viola literalmente os arts. 189 e 199 do Código Civil, visto que não se pode falar em prescrição quando não há o direito violado.

Com estes fundamentos, *conheço* dos embargos.

II – MÉRITO

II.1. PRESCRIÇÃO – MARCO INICIAL – PRETENSÃO DE REINTEGRAÇÃO – PENDÊNCIA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA EM QUE SE BUSCOU O RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Conhecidos os embargos por violação aos arts. 189 e 199 do Código Civil, dou-lhes provimento para, afastada a prescrição, restabelecer a decisão do Regional (fls. 206/211).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer dos embargos por violação aos arts. 189 e 199 do Código Civil, vencidos os Exmos. Ministros Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, relatora, Aloysio Corrêa da Veiga, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Maria de Assis Calsing e Vantuil Abdala, e, no mérito, dar-lhes provimento para, afastada a prescrição, restabelecer a decisão do Regional (fls. 206/211).

Brasília, 17 de dezembro de 2007. *Milton de Moura França*, redator designador.

PRESCRIÇÃO. DANO MORAL

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. DANO MORAL. Tratando-se de pedido de indenização por dano moral resultante de ato do empregador que, nessa qualidade, haja ofendido a honra ou a imagem do empregado, causando-lhe prejuízo de ordem moral, não se aplica a prescrição vintenária

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de que cogita o art. 177 do Código Civil porque a lesão relaciona-se com a execução do contrato de trabalho e para essa hipótese há previsão específica, tanto na CLT (art. 11) como na Constituição da República (art. 7º, inciso XXIX). *In casu*, a prescrição aplicável é a prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República.

DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS. No particular, o reclamante não tem interesse em recorrer; haja vista a ausência de decisão que lhe seja desfavorável, não se verificando, pois, o pressuposto recursal da sucumbência.

Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se nega provimento.

(Processo nº TST-RR-1.569/2001-009-01-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1.569/2001-009-01-00.3, em que é Recorrente Ilson Beloso Sampaio e Recorrido S.S. White Artigos Dentários Ltda.

Irresignado, o reclamante interpõe Recurso de Revista em que busca reformar a decisão regional quanto aos temas *prescrição – dano moral e desconto – autorização*, mediante as razões de fls. 228/235.

O Recurso foi admitido por meio do despacho de fls. 238/239.

Não foram oferecidas contra-razões.

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade do Recurso de Revista, examino os específicos.

1.1. PRESCRIÇÃO. DANO MORAL

O Tribunal Regional adotou o seguinte entendimento:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“O fato que o reclamante considera ter provocado prejuízos à sua honra, ‘maculando sua reputação de bom empregado e o desmoralizando na frente dos demais colegas de trabalho’, ocorreu no mês de janeiro de 1996, quando a reclamada ‘o obrigou a assinar suspensão’, com o intuito de ‘coagi-lo’ a aceitar descontos irregulares em sua remuneração.

Ora, esta reclamação trabalhista somente veio a ser ajuizada em 05.09.2001, ou seja, depois de ultrapassado o quinquênio que se seguiu àquele episódio.

Nos termos do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, o trabalhador teria o prazo de cinco anos para pleitear reparação à lesão ao seu direito que teria sido perpetrada, pelo empregador, no curso do contrato de trabalho que se manteve entre eles.

(...)

Se o direito em discussão decorre do contrato de trabalho, os prazos prescricionais que a ele se aplicam encontram-se identificados no art. 7º, XXIX, da Constituição da República.” (fls. 220)

O reclamante sustenta que a prescrição da ação de dano moral é prevista no Código Civil. Invoca ofensa aos arts. 5º, incisos V, X e XXXVI, 7º, inciso VI, da Constituição da República. Transcreve aresto para confronto de teses.

O aresto colacionado à fl. 231 apresenta tese divergente da adotada na decisão recorrida porque espelha o entendimento de que a prescrição do direito à indenização por dano moral resultante da relação de emprego é a prevista no Código Civil.

Assim, *conheço* do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial.

1.2. DESCONTO

O Tribunal Regional, quanto ao tema em destaque, consignou:

“Ocorre que a testemunha ouvida por requerimento da reclamada esclareceu que ‘sabe que a ré paga o conserto dos carros de todos os funcionários’, acrescentando que ‘não se recorda de nenhum caso em que a ré tenha deixado de pagar por algum sinistro, exceto o do autor’ (v. fl. 170).

Aliás, o preposto por quem a reclamada se fez substituir, na sessão da audiência de instrução e julgamento que se realizou em 06.11.2001 (e cujas declarações a obrigam, nos termos do art. 843, § 1º, da CLT),

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

confessou que ‘sabe que a empresa sempre paga os consertos dos carros, ainda que não seja por sua culpa’ (v. ata de fls. 171/172).

Evidente, portanto, o tratamento discriminatório que a reclamada conferiu ao reclamante pelo evento que envolveria o dano ao veículo de sua propriedade (da empresa).

Se a reclamada ‘paga o conserto dos carros de todos os funcionários’, nada justificaria a sua iniciativa de cobrar, do reclamante, o ressarcimento pelo dano que ele veio a provocar no ano de 1999.

Pouco importa tenha o reclamante autorizado o desconto, de seus salários, dos valores relativos àquele ressarcimento.

Presume-se nula essa autorização com fulcro no art. 462 da CLT.

Considerando que a reclamada assumia os encargos referentes ao ‘conserto de carros de todos os funcionários’, a autorização que o reclamante concedeu a ela, em 08.09.1993, constituiria mera formalidade, sem efeito prático (v. documento de fl. 83).” (fls. 225/226).

O reclamante sustenta que os descontos efetuados em seu salário mensalmente são indevidos. Aponta violação ao art. 462 da CLT e transcreve arestos para confronto de teses.

No particular, o reclamante não tem interesse em recorrer, haja vista a ausência de decisão que lhe seja desfavorável, não se verificando, pois, o pressuposto recursal da sucumbência.

Não conheço.

2. MÉRITO

2.1. PRESCRIÇÃO. DANO MORAL

Tratando-se de pedido de indenização por dano moral resultante de ato do empregador que, nessa qualidade, haja ofendido a honra ou a imagem do empregado, causando-lhe prejuízo de ordem moral, não se aplica a prescrição vintenária de que cogita o art. 177 do Código Civil de 1916 porque a lesão se relaciona com a execução do contrato de trabalho e para essa hipótese há previsão específica tanto na CLT (art. 11) como na Constituição da República (art. 7º, inciso XXIX). *In casu*, a prescrição aplicável é a prevista no art. 7º, inc. XXIX, da Constituição da República.

Nesse sentido, lembro os seguintes precedentes:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. DANO MORAL. Tratando-se de pedido de indenização por dano moral resultante de ato do empregador que, nessa qualidade, haja ofendido a honra ou a imagem do empregado, causando-lhe prejuízo de ordem moral, não se aplica a prescrição vintenária de que cogita o art. 177 do Código Civil, porque a lesão se relaciona com a execução do contrato de trabalho e para essa hipótese há previsão específica tanto na CLT (art. 11) como na Constituição da República (art. 7º, inciso XXIX). *In casu*, a prescrição aplicável é a prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República. Recurso de Revista de que se conhece e a que se nega provimento.” (TST-RR-146/2005-026-04-00, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 02.02.2007).

“PRESCRIÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Aplica-se o prazo previsto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal às ações que pretendem a percepção de indenização por danos morais decorrentes do contrato de trabalho, por se tratar de previsão específica do ordenamento jurídico-trabalhista, não sendo caso de incidência da norma civil consubstanciada no art. 177 do Código Civil/1916. Recurso desprovido.” (TST-RR-244/2004-091-09-00.7, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 25.08.2006).

Ante o exposto, *nego provimento* ao Recurso de Revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema *prescrição – dano moral*, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 12 de dezembro de 2007. *João Batista Brito Pereira*, relator.

PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PRAZO APLICÁVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DECORRÊNCIA DA RELAÇÃO DE TRABALHO.

Ainda que o instituto do dano moral tenha natureza cível, convém atentar para o fato de que o dano passível de indenização, no âmbito da Justiça do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Trabalho, decorre, exclusivamente, da relação de trabalho e, como tal, deve estar subordinado a regras e princípios do Direito do Trabalho, inclusive quanto ao prazo prescricional, que, nas relações jurídico-trabalhistas, é unificado, estando previsto no inciso XXIX do art. 7º da atual Constituição Republicana. Entretanto, no caso específico, como a ação foi ajuizada na Justiça Comum antes de definida a competência da Justiça do Trabalho por meio da modificação da redação do art. 114 da Constituição Federal e de pacificada a jurisprudência nesta Corte, deve ser aplicada a regra de transição e considerado o prazo cível.

Recurso de revista conhecido e desprovido.

(Processo nº TST-RR-510/2006-060-03-40 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-510/2006-060-03-40.2, em que é Recorrente Companhia Vale do Rio Doce – CVRD e Recorrido Sebastião Pedro Alves.

A reclamada interpõe agravo de instrumento ao despacho de fls. 124/126, mediante o qual foi denegado seguimento ao recurso de revista (fls. 104/122) em que se discutia a prescrição a ser observada em caso de pedido de indenização por dano moral.

Despacho de admissibilidade às fls. 124/126.

Sem contra-razões.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria Geral do Trabalho, em face do disposto no art. 82 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO

1. CONHECIMENTO

O agravo de instrumento foi devidamente formalizado e atende aos pressupostos extrínsecos necessários ao conhecimento.

Conheço.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

2. MÉRITO

ACIDENTE DO TRABALHO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PRESCRIÇÃO

O Tribunal Regional manteve a sentença, rejeitando a preliminar de prescrição, argüida no recurso ordinário pela reclamada, sob o fundamento de ser incidente a prescrição vintenária, em face dos seguintes fundamentos:

“Esclareça-se, inicialmente, que a ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em 2 anos contados da extinção do pacto laboral nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição da República. (...).

Tal prescrição, todavia, não é aplicável à ação de danos morais e materiais por acidente de trabalho, que é ação pessoal de natureza civil de indenização por danos, cujo prazo prescricional é regulamentado pela legislação civil específica, não obstante a competência material para dirimir a lide seja desta Especializada.” (fl. 98)

A reclamada, no agravo de instrumento, insiste na prescrição da pretensão do direito material perseguido. Afirma que a pretensão deriva do contrato de trabalho; em consequência, a prescrição aplicável é a bienal. Embasa o apelo em violação dos arts. 7º, XXVIII e XXIX, da Constituição de 1988 e 186 e 187 do CCB, bem como em divergência jurisprudencial.

O aresto transcrito às fls. 106/107 e o de fl. 113 demonstram a existência de dissenso pretoriano válido e específico, na medida em que esposam tese no sentido de que, em se tratando de dano moral, a pretensão do direito material possui natureza de crédito trabalhista, sujeitando-se ao prazo estabelecido no art. 7º, XXIX, da Constituição de 1988.

Assim, dou provimento ao agravo de instrumento por divergência jurisprudencial para determinar o processamento do recurso de revista.

II – RECURSO DE REVISTA

1. CONHECIMENTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista (tempestividade, capacidade postulatória e preparo).

REQUISITOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

O Tribunal Regional manteve a sentença, rejeitando a preliminar de prescrição, argüida no recurso ordinário pela reclamada, sob o fundamento de ser incidente a prescrição vintenária, em razão de o crédito ter natureza civil, fundamentando nos seguintes termos:

“Esclareça-se, inicialmente, que a ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em 2 anos contados da extinção do pacto laboral nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição da República. Este prazo prescricional se aplica a todas as lides decorrentes da relação de trabalho, nas quais figurem nos seus pólos empregadores e empregados ou prestadores de serviços e seus respectivos tomadores. Esta é a teleologia do prazo prescricional de 2 anos.

Tal prescrição, todavia, não é aplicável à ação de danos morais e materiais por acidente de trabalho, que é ação pessoal de natureza civil de indenização por danos, cujo prazo prescricional é regulamentado pela legislação civil específica, não obstante a competência material para dirimir a lide seja desta Especializada.

In casu, tem-se que é indiferente que a *actio nata* se tenha operado em 04.09.1986 ou em 04.09.1991, já que foi na vigência do CCb de 1916 que ela se deu.

Com efeito, à pretensão reparatória quanto aos acidentes de trabalho aplica-se a regra de transição fixada no art. 2.028 do CCb, prevalecendo os prazos do antigo Código sempre que o novo os tenha reduzido, que prevalecem, quando – ao tempo da entrada em vigor do CCb de 2002 (10.01.2003) – já houver transcorrido mais da metade do tempo fixado pela lei revogada.

Na hipótese dos autos, no início da vigência do CCb de 2002, em 10.01.2003, já haviam transcorrido mais de 10 anos do acidente de trabalho, o que atrai a aplicação da prescrição vintenária preceituada pelo Código Civil de 1916. E, assim, tendo o acidente de trabalho ocorrido em 1986 e o ajuizamento desta ação se dado em 2002, não há prescrição a declarar.

Desta forma, nego provimento ao apelo, neste aspecto.” (*sic*, fl. 98)

A reclamada interpõe recurso de revista insistindo na prescrição da pretensão do direito material perseguido. Afirma que a pretensão deriva do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

contrato de trabalho; em consequência, a prescrição aplicável é a bienal. Aponta violação dos arts. 5º, II, LV, e 7º, XXVIII, XXIX, da Constituição de 1988 e 186 e 187 do CCB. Traz arestos para demonstrar divergência jurisprudencial.

O aresto transcrito às fls. 106/107 e o de fl. 113 demonstram a existência de dissenso pretoriano válido e específico, na medida em que esposam tese no sentido de que, em se tratando de dano moral, a pretensão do direito material possui natureza de crédito trabalhista, sujeitando-se ao prazo estabelecido no art. 7º, XXIX, da Constituição de 1988.

Conheço do recurso de revista nos moldes do que dispõe o art. 896, alínea *a*, da CLT.

2 – MÉRITO

A jurisprudência dominante nesta Corte é no sentido de que, tratando-se de pedido de indenização por danos morais e materiais feito perante a Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que a lesão decorreu da relação de trabalho, não se aplica o prazo prescricional de 20 anos previsto no Código Civil, porquanto o ordenamento jurídico trabalhista possui previsão específica para a prescrição, cujo prazo é de dois anos do dano decorrente do acidente de trabalho, conforme estabelecem os arts. 7º, XXIX, da Constituição de 1988 e 11 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Abonam tal entendimento os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. Na hipótese de indenização por danos morais decorrente da relação de emprego, a prescrição a ser aplicável é a prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, e não a do art. 177 do atual Código Civil. Recurso de Embargos não conhecido”. (TST-E-RR-464/2005-461-02-00.0, SBDI-1, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 15.09.2007)

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. O art. 205 do atual Código Civil, ao dispor que a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, remete o disciplinamento da matéria em epígrafe à legislação trabalhista, porque o tema, no contexto do pacto de emprego, é realmente de natureza trabalhista e atende àquela força atrativa do processo do trabalho que decorre da autonomia do Direito Processual do Trabalho, e da própria Justiça do Trabalho à qual o legislador constituinte confiou o exame de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

relevantes temas e matérias. Nesse sentido, o prazo prescricional para se pleitear reparação por dano moral decorrente do contrato de trabalho é o previsto no art. 7º, XXIX, da CF. Precedentes citados. Recurso de embargos não provido.” (TST-E-RR-1598/2003-019-03-00.3, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 25.05.2007)

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. Embora se constate que a rescisão contratual se deu em 03.05.1993, e a ação, na Justiça Comum, tenha sido protocolizada em meados de 2000, bem como terem sido os presentes autos encaminhados a esta Seção Especializada em 2005, nos termos da jurisprudência dominante desta Corte, ao pedido de indenização por danos morais e materiais feito perante a Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que a lesão decorreu da relação de trabalho, não se aplica o prazo prescricional de 20 anos previsto no Código Civil pretérito, porquanto o ordenamento jurídico trabalhista possui previsão específica para a prescrição, cujo prazo é de dois anos do dano decorrente do acidente de trabalho, conforme estabelecem os arts. 7º, inciso XXIX, da Constituição de 1988 e 11 da Consolidação das Leis do Trabalho. 2. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-1.519/2005-026-05-00.3, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 24.08.2007)

Entretanto, neste caso, conforme consta dos autos, o acidente de trabalho, culminando com a aposentadoria por invalidez, ocorreu em 1986. O ajuizamento da ação na Justiça Comum se deu em 03.04.2002. Por intermédio da decisão de fls. 40/43, em 27.10.2005, o Dr. Sebastião Pereira dos Santos Neto, juiz de direito, determinou a remessa dos presentes autos a esta Especializada, por entender que, em virtude da edição da Emenda Constitucional nº 45, que alterou a redação do art. 114 da Constituição Federal, é inconteste a competência da Justiça do Trabalho para apreciar ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidentes do trabalho.

Isso não obstante, verifica-se que o reclamante, ao ajuizar a ação na Justiça Comum, observou o prazo e a competência vigentes à época em que buscou a justiça para obter o pronunciamento do seu direito. E, somente em 27.10.2005, quando a questão já se encontrava pacificada na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, é que a competência foi declinada para esta Justiça Especializada.

Por esta razão, entendo que, neste caso específico, deve ser aplicada a regra prescricional civil, considerando-se a data do ajuizamento da ação na

Justiça Comum. Neste sentido já decidiram o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Ministro Barros Levenhagen e a Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Confirmam-se os precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO AJUIZADA NA VARA CÍVEL. DECLINADA COMPETÊNCIA À JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTROVÉRSIA RAZOÁVEL À ÉPOCA. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO CÍVEL. Em se tratando de dano moral decorrente da relação de emprego, é competente a Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de indenização. Todavia, deve ser examinada a prescrição sem se distanciar do princípio da razoabilidade, em razão do período em que oscilava ainda a Jurisprudência sobre a competência da Justiça do Trabalho face as ações por dano moral. Interposta a ação em 2002 na Justiça Comum e apenas e tão-somente declinada a competência para a Justiça do Trabalho em 2006 rege a prescrição a regra civil da data do ajuizamento da ação, isto é, a do art. 177 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (TST-RR-452/2006-129-03-00.9, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 10.08.2007)

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL PROVENIENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. AJUIZAMENTO NA JUSTIÇA COMUM ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 25/04. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. REGRA DE TRANSIÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO AO PRAZO PRESCRICIONAL CIVIL. I – Tendo em conta a peculiaridade de a indenização por danos material e moral, oriundos de infortúnios do trabalho, terem sido equiparadas aos direitos trabalhistas, a teor da norma do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, não se revela juridicamente consistente a tese de que a prescrição do direito de ação devesse observar o prazo prescricional do Direito Civil. II – Com efeito, se o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados ao contrato de trabalho, e por isso só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, impõe-se a conclusão de a indenização prevista no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição se caracterizar como direito genuinamente trabalhista, atraindo por conta disso a prescrição trabalhista do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição. III – Essa conclusão não é infirmável pela pretensa circunstância de a indenização prevista na norma constitucional achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto pela evidência de ela reportar-se, na realidade, ao art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

contratual do empregador, extraída da não-observância dos deveres contidos no art. 157 da CLT. IV – Aqui é bom salientar o fato de que havendo previsão na Constituição da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, não cabe inclusive trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002. V – Isso em razão da supremacia da norma constitucional, ainda que oriunda do Poder Constituinte Derivado, sobre a norma infraconstitucional, segundo se constata do art. 59 da Constituição, pelo que não se pode cogitar da revogação do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, pela norma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, não se aplicando, no caso, a norma do § 1º do art. 2º da LICC. VI – Contudo, a hipótese *sub judice* apresenta a peculiaridade de a ação ter sido ajuizada perante o Juízo Comum anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04. É incontestável que nesse período o entendimento dominante nos tribunais superiores denotava que a competência para julgar as ações de indenização por acidente do trabalho era da Justiça Comum, em razão da natureza civil da pretensão. VII – Tal posicionamento começou a ser alterado com o julgamento do conflito de competência nº 7.204/MG pelo STF, o que veio a se firmar com a citada emenda constitucional, que atribuiu competência à Justiça do Trabalho para julgar tais feitos, o que fez emergir a sua natureza trabalhista. VIII – Apesar de prescrição ser instituto de direito material e competência de direito processual, é inegável a interligação sistêmica de ambos. Assim, em razão da segurança jurídica, é necessário adotar como regra de transição, para as ações ajuizadas antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a norma do art. 2.028 do Código Civil, visto que o autor tem direito adquirido ao prazo cível. IX – Fixado pelo Regional que o acidente de trabalho ocorreu em 09.02.1999 e que a ação foi ajuizada em 03.01.2002, conclui-se que o foi dentro do prazo prescricional de três anos do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. X – Recurso desprovido.” (TST-RR – 889/2005-052-18-00, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 23.11.2007)

“RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE EMPREGO. PRESCRIÇÃO. PRAZO APLICÁVEL. Afastada a pronúncia da prescrição nuclear, ao entendimento de que, em se tratando de dano moral decorrente da relação de emprego, é competente a Justiça do Trabalho para apreciar o pedido

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de indenização. Todavia, deve ser examinada a prescrição sem se distanciar do princípio da razoabilidade, em razão do período em que oscilava ainda a Jurisprudência sobre a competência da Justiça do Trabalho face as ações por dano moral. Interposta a ação em 2002 na Justiça Comum e apenas e tão-somente declinada a competência para a Justiça do Trabalho em 2006 rege a prescrição a regra civil da data do ajuizamento da ação, isto é, a do art. 177 do Código Civil, consoante posicionamento adotado pela 6ª Turma, por ocasião do julgamento do recurso de revista nº 452/2006-129-03-00.9, da relatoria do Exmo. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Revista conhecida e provida.” (TST-RR-1660/2003-066-15-00.9, 6ª Turma, Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 02.12.2007)

Cumpra registrar, por fim, que este posicionamento é específico, abrangendo tão-somente os casos em que a ação tenha sido ajuizada na Justiça Comum anteriormente à Emenda Constitucional nº 45. Não beneficia, portanto, a quem propôs a ação na Justiça do Trabalho, casos em que o prazo prescricional aplicável é o previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Diante de tais fundamentos, nego provimento ao recurso de revista interposto pela reclamada.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. Também por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro João Batista Brito Pereira, negar-lhe provimento.

Brasília, 27 de fevereiro de 2008. *Emmanoel Pereira*, relator.

PRESCRIÇÃO. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO. Incabível o recurso de revista ou de embargos para reexame de fatos e provas (Súmula nº 126 do TST).

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Processo nº TST-AIRR-13.357/2002-900-01-00 – Ac. 7ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-13357/2002-900-01-00.6, em que é Agravante Jurani Alves Ferreira e Agravado Instituto Vital Brazil S.A.

A reclamante, não se conformando com o despacho denegatório do recurso de revista, fls. 112, originário do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, interpõe o presente agravo, fls. 114/118, sustentando que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento do recurso de revista. Contraminuta apresentada às fls. 124/125. Custas isentas, conforme sentença de fls. 65/66. Dispensado o parecer da Procuradoria-Geral nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A agravante requer os benefícios da gratuidade de justiça com fulcro na Lei nº 1.060/50 e no art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal.

Conforme se depreende do art. 4º da Lei nº 1.060/50:

“A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.” (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 04.07.1986)

O § 3º do art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação conferida pela Lei nº 10.537/02, reproduz esta disposição, acrescentando a possibilidade de concessão do benefício em qualquer instância:

“É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.”

Orientando-se a concessão do benefício unicamente pelo pressuposto do estado de miserabilidade da parte – comprovável, no caso, mediante declaração pessoal da agravante, não impugnada pela agravada, não se lhe pode negá-la.

Concedo-lhe, portanto.

PRESCRIÇÃO – MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO

A agravante alega que não se cogita, no caso, de rescisão contratual, mas apenas de conversão do regime celetista para o estatutário, não se podendo levar em consideração que tal conversão tenha natureza de dispensa, prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, a fim de declarar prescrito o direito de ação.

Em suas razões de recurso de revista, afirmou que não poderia ter procurado seus direitos individual e judicialmente no biênio imediatamente após a transformação do contrato de trabalho celetista; primeiro, porque aguardava a decisão da reclamação promovida pelo sindicato da categoria, a qual integrava a relação de substituídos, e, ainda, porque seria perseguida e precisava manter seu emprego, razão pela qual só procurou o Poder Judiciário após a decisão daquela ação.

Sustentou que é trintenária a prescrição para reclamar de contribuições não efetivadas para o FGTS nos termos das Súmulas ns. 95 do TST e 210 do STJ.

Apontou violação dos arts. 219 e 220 do Código de Processo Civil e 173 do Código Civil, afirmando interrompida a prescrição; contrariedade à Súmula nº 362 e à Orientação Jurisprudencial nº 128 da SBDI-1 ambas do TST, porquanto não encampam a hipótese de interrupção da prescrição; bem como divergência jurisprudencial.

A controvérsia diz respeito ao pagamento dos valores não depositados na conta vinculada do FGTS referente ao período em que o contrato de trabalho estava sob a égide do regime celetista, sendo que a ação foi ajuizada após a conversão para o regime estatutário, estando inicialmente em discussão a ocorrência ou não da prescrição e observando-se a existência de alegada interrupção, por ação ajuizada pelo sindicato da categoria da agravante ou por

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

desconsideração do prazo bienal, em proveito da prescrição trintenária própria do FGTS.

O Tribunal Regional manteve a sentença que declarou a prescrição do direito de ação sob os seguintes fundamentos:

“Não merece prosperar o inconformismo da reclamante.

Com efeito, não há prova nos autos de ser a autora integrante do rol de substituídos processuais na ação movida anteriormente pelo sindicato de sua categoria profissional.

Por isso, não se cogita, na hipótese, de interrupção do fluxo do prazo prescricional.

Vale, a propósito, lembrar o disposto no inciso V do Enunciado nº 310 do Colendo TST, que dispõe, *verbis*:

‘Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.’

Por outro lado, em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 128 da SDI, TST, ‘a transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime’, sendo certo, ademais, que ‘extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço’, conforme Enunciado nº 362 da súmula de jurisprudência predominante do TST.

Dessa forma, ajuizada a presente reclamação somente em 18 de dezembro de 1998, quando já decorridos mais de dois anos da conversão do regime jurídico, ocorrida, *in casu*, em 12 de outubro de 1990, prescrita, ineludivelmente, a exigibilidade das obrigações pretendidas pela autora.” (fls. 93)

Não há que se falar em prescrição trintenária para exercício do direito de ação, vez que esta Corte já pacificou o entendimento de que deve ser observado o biênio após a extinção do contrato de trabalho nos termos da Súmula nº 362:

“FGTS. PRESCRIÇÃO. NOVA REDAÇÃO. RESOLUÇÃO Nº 121/03, DJ 21.11.2003. É trintenária a prescrição do direito de reclamar

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

Consolidou-se também, no Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento de que a transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime (Súmula nº 382 ex-OJ nº 128).

Assim, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 336 da SBDI-1 do TST, estando a decisão recorrida em conformidade com orientação jurisprudencial desta Corte, desnecessário o exame das divergências e das violações legais e constitucionais alegadas.

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vem acompanhando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que entende serem as entidades sindicais legítimas para representarem todos os integrantes de uma mesma categoria.

Ressalte-se, inclusive, o cancelamento da Súmula nº 310 do TST (Resolução nº 119/03, DJ de 01.10.2003), o que obriga a admitir-se a substituição processual ampla conferida aos sindicatos pelo art. 8º, III, da Constituição Federal. Não havendo, portanto, que se falar na necessidade de ser a reclamante integrante do rol de substituídos processuais na ação movida anteriormente pelo sindicato de sua categoria profissional, conforme exigido pelo Tribunal Regional, visto que, sendo indistinta a representação pelo sindicato, aquela ação beneficiaria a reclamante para efeitos da interrupção da prescrição, bastando, apenas, verificar se o prazo para o ajuizamento tanto da primeira quanto da segunda reclamação foi observado.

Nesse sentido, é incontroverso que a mudança do regime jurídico se operou em 1990. Assim, para afastar a prescrição declarada pela Corte Regional, é imprescindível verificar: a) se houve ação interposta pelo sindicato da categoria da agravante, em relação às mesmas partes e aos mesmos pedidos, no biênio imediatamente posterior à mudança do regime de regência do contrato de trabalho; b) quando ocorreu o trânsito em julgado da respectiva decisão; c) se a presente ação foi interposta no biênio que se seguiu ao trânsito em julgado da reclamação anterior.

Trata-se, portanto, de perscrutar a realização da conduta no interstício constitucionalmente admitido.

Ocorre que o Tribunal Regional se limitou a afirmar que foi *ajuizada a presente reclamação somente em 18 de dezembro de 1998, quando já decorridos*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

mais de dois anos da conversão do regime jurídico, ocorrida, in casu, em 12 de outubro de 1990.

Com tal informação, constata-se que, entre a conversão do regime jurídico e a proposição da atual reclamação trabalhista, reside um interstício de 8 anos, dentro do qual não é possível apurar a apresentação, no biênio constitucional, tanto da primeira ação, ajuizada pelo sindicato (incluindo-se o trânsito em julgado de decisão nela proferida), quanto da segunda, ajuizada pela reclamante.

Nesse contexto, a verificação do acerto ou desacerto da decisão regional somente se torna exequível com o reexame das provas, o que inviabiliza o recurso de revista a teor da Súmula nº 126 desta Corte.

Nego provimento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conceder os benefícios da gratuidade de justiça à reclamante e conhecer do agravo de instrumento para, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 24 de outubro de 2007. *Pedro Paulo Manus*, relator.

PRESCRIÇÃO. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. FUNDAÇÃO GAÚCHA DO TRABALHO E AÇÃO SOCIAL. DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DE PROGRESSÕES SALARIAIS NÃO CONCEDIDAS PREVISTAS NO ART. 29 DO PCCS. O Plano de Cargos e Salários implantado pela Fundação Gaúcha do Trabalho e Ação Social assegurou aos obreiros o direito à progressão salarial correspondente aos diversos níveis dos padrões concernentes ao cargo que ocupam. A inobservância de tal regra não constitui propriamente em alteração do pactuado, mas contínuo descumprimento da norma interna, o que afasta a incidência da prescrição total contemplada na Súmula nº 294 deste Tribunal Superior.

Recurso de Revista conhecido, todavia, não provido.

(Processo nº TST-RR-100.782/2003-900-04-00 – Ac. 4ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-100782/2003-900-04-00.5, em que é Recorrente Fundação Gaúcha do Trabalho e Ação Social – FGTAS e Recorrida Rosenda de Andrade Espina.

RELATÓRIO

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante acórdão proferido às fls. 208/218, apreciando Recurso voluntário da FGTAS, decidiu dar-lhe provimento parcial para, quanto à prescrição do direito de ação, pronunciá-la apenas relativamente “a eventuais créditos anteriores a 25.02.1997”.

A Reclamada ingressa com Recurso de Revista às fls. 223/229. Sustenta ter havido aplicação equivocada do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, combinado com a orientação dada pela Súmula nº 294/TST. Transcreve arestos para confronto jurisprudencial.

Despacho de admissibilidade às fls. 231/232.

Contra-razões apresentadas às fls. 235/237.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 241/243, opina pelo conhecimento e provimento do Apelo.

VOTO

PRAZO OBSERVADO. REPRESENTAÇÃO VÁLIDA. DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS DISPENSADOS.

I – CONHECIMENTO

I.1. PRESCRIÇÃO

O TRT, apreciando a questão da prescrição, concluiu, às fls. 213/214, *verbis*:

“Sustenta a recorrente ser aplicável ao presente caso o entendimento jurisprudencial contido no Enunciado nº 294 do TST, relativamente ao direito de ação pertinente à promoção automática de julho de 1996, porque decorridos mais de cinco anos entre o ajuizamento da ação e a violação de direito alegada decorrente de ato único do empregador. Sucessivamente, alega que a ação foi ajuizada em 25.02.2002 e não em

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

25.02.2001, como expresso na sentença, devendo ser reconhecida a prescrição quinquenal, na forma do art. 7º, inciso XXIX, da CF.

O julgador de origem rejeitou a prescrição total do direito de ação, ao fundamento de que a demanda envolve obrigações de trato sucessivo e o contrato está em vigor, bem como a prescrição quinquenal, uma vez que ajuizada a ação em 25.02.2001 e o limite temporal estabelecido pelo pedido é julho/96.

Merece reforma parcial a sentença.

Efetivamente, não é caso de aplicação do Enunciado nº 294 do TST, tendo em vista que, na espécie, são postuladas diferenças salariais decorrentes de promoções alegadamente não concedidas, o que não se enquadra como ato único do empregador, e que implicam renovação da lesão mês a mês. Ressalte-se que a prescrição de que trata o referido Enunciado tem prazo equivalente a dois anos e não a cinco anos, como, equivocadamente, aduz a recorrente.

Por outro lado, a reclamante propôs a presente reclamatória em 25.02.2002, e não 2001, como expresso na sentença, quando decorridos mais de cinco anos da primeira promoção postulada em julho de 1996. Neste caso, o prazo prescricional é contado a partir do vencimento de cada parcela, vislumbrando-se a prescrição da ação, quanto a eventuais créditos anteriores a 25.02.1997, consoante o disposto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, merecendo reparo a sentença no particular.

Assim, dá-se parcial provimento ao recurso voluntário, para pronunciar a prescrição do direito de ação quanto a eventuais créditos vencidos e exigíveis anteriormente a 25.02.1997.”

Em suas razões recursais, a Reclamada insiste na prescrição total do direito de ação da Reclamante, tendo em vista a inércia da Autora em postular direito quando já passados mais de seis anos da suposta lesão, bem assim o fato de a parcela postulada decorrer de norma regulamentar, e não de lei, circunstâncias que atraem a incidência da primeira parte da Súmula nº 294/TST. Aponta violação do art. 7º, XXIX, da CF, contrariedade à Súmula nº 294/TST e divergência jurisprudencial.

O segundo aresto transcrito às fls. 226, de nº AG-E-RR 459319/1998.1, originário da SBDI-1/TST, viabiliza o conhecimento do Recurso ao defender a tese de que “tratando-se de diferenças salariais decorrentes de norma interna da Reclamada, que assegura um interstício de 5% (cinco por cento) entre os

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

níveis salariais, ou seja, parcela não assegurada por preceito e lei, a prescrição aplicável é a total”.

Conheço do Recurso de Revista por divergência jurisprudencial.

II – MÉRITO

II.1. PRESCRIÇÃO

Trata-se de prescrição do direito de reclamar diferenças decorrentes de progressões salariais não concedidas, que se acham previstas no art. 29 do Plano de Classificação de Cargos da FGTAS.

Conforme se depreende da decisão *a quo*, as diferenças salariais postuladas decorrem do fato de a Reclamada não haver cumprido obrigação imposta no Plano de Classificação de Cargos, em especial, no art. 29, relativamente à concessão de progressões anuais e automáticas, não obstante a empregada tenha implementado as condições para o recebimento do direito em questão.

O Regional rejeitou a prescrição total, argüida pela Reclamada, por defender que não se trata de ato único do empregador, visto que são postuladas diferenças salariais decorrentes de promoções não concedidas, hipótese em que a lesão se renova mês a mês e o prazo prescricional é contado a partir do vencimento de cada parcela.

Com efeito, tendo a obreira direito às progressões salariais correspondentes aos níveis dos padrões concernentes ao cargo que ocupa, o descumprimento de tal evolução, previsto no Plano de Cargos e Salários, resulta em lesão sucessiva, continuada, circunstância que atrai a incidência da prescrição parcial – e não total – atingindo as prestações sucessivas, e não o direito em si, materialmente considerado.

Outrossim, não se tratando de ato único lesivo do direito, mas descumprimento de normas pré-fixadas pela Demandada, não há que se falar em contrariedade à Súmula nº 294 do TST.

Esta 4ª Turma, em julgamento ocorrido no dia 03 de outubro, próximo passado, analisou questão semelhante, quando do exame do processo nº RR-1349/2002-001-04-00.3, da lavra do Ministro Ives Gandra Martins Filho, publicado no DJU de 26.10.2007, o qual restou assim ementado, *verbis*:

“PRESCRIÇÃO. PROMOÇÕES NÃO CONCEDIDAS. SÚMULA Nº 294 DO TST. INAPLICABILIDADE. Conforme precedentes

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

desta Corte, se a Reclamada não implementou as promoções postuladas pelo Reclamante, a hipótese não atrai a incidência da Súmula nº 294 do TST (que prevê a prescrição total para as ações em que se discute alteração contratual), uma vez que as diferenças salariais decorrentes de promoções não concedidas não implicam alteração do pactuado, mas descumprimento de previsão regulamentar, que não chegou a concretizar-se em alteração contratual. Recurso de Revista não conhecido.”

A SBDI-1, em hipótese que trata de promoções, tem reiteradamente afastado a incidência da Súmula nº 294 deste Tribunal Superior. Note-se, a propósito, a fundamentação constante do Processo nº TST-E-RR-912/2002-027-04-00, Relator Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 29.06.2007, em que citados outros precedentes. Eis o trecho da decisão, na parte que aqui interessa:

“Extrai-se da decisão prolatada pelo Eg. Tribunal Regional que, efetivamente, as promoções a que o reclamante tinha direito em auferir era devida periodicamente, não consistindo em ato único, visto tratar-se de lesão sucessiva que se renova mês a mês.

Dessa forma, o pedido formulado na inicial está fundado no descumprimento às normas internas editadas pela reclamada, não se confundindo com alteração contratual. Tratando-se de descumprimento do próprio regulamento do empregador, norma incorporada ao contrato de trabalho do autor, a lesão, de fato, renova-se mês a mês, não havendo que se falar em prescrição total, mas em parcial.

Nesse sentido, transcrevem-se precedentes dessa Colenda SBDI-1:

‘EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. MODALIDADE. PROMOÇÕES NÃO CONCEDIDAS EM RAZÃO DO DESRESPEITO, PELA RECLAMADA, DE SUAS PRÓPRIAS NORMAS INTERNAS. SÚMULA Nº 294 DO TST. O entendimento majoritário deste c. Tribunal pacificou-se no sentido de que a prescrição aplicável às diferenças salariais decorrentes de promoções não concedidas em detrimento de normas internas é a parcial, uma vez que o descumprimento daquelas normas não pode ser considerado como alteração contratual. Precedentes. Nesse contexto, inviável cogitar-se de violação do art. 896 da CLT ou de contrariedade à Súmula nº 294 do TST pelo r. *decisum* ora embargado. Finalmente, não conhecida a revista, inviável cogitar-se de divergência jurisprudencial a ensejar o conhecimento dos embargos, conforme entendimento pacífico dessa e. Subseção. (TST-E-A-RR-531/2003-006-04-00.0, SBDI-1, DJ 04.05.2007, Rel. Min. Horácio Senna Pires).’

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

‘EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. NÃO-CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. PROGRESSÃO FUNCIONAL. DIFERENÇAS SALARIAIS. SÚMULA Nº 294/TST. NÃO-APLICAÇÃO. A SBDI-1 da Corte adota entendimento pelo qual, com relação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de promoção não concedida, e prevista em norma interna, a prescrição aplicável é a parcial, não se aplicando a orientação expressa na Súmula nº 294/TST. Embargos não conhecidos. (TST-E-RR-102/2003-771-04-00.9, SBDI-1, DJ 13.10.2006, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula).’

‘RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO À PRETENSÃO EM REQUERER DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DA NÃO-CONCESSÃO DE PROMOÇÕES PREVISTAS NO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO IDENTIFICADA. Ação em que o empregado postula diferenças salariais decorrentes do descumprimento das determinações constantes do Plano de Cargos e Salários e do Regulamento de Promoções referentes às promoções por merecimento e antigüidade. Prescrição parcial. Embargos não conhecidos. (TST-E-RR-617/2002-017-04-00.5, SBDI-1, DJ 25.08.2006, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga).’

‘PRESCRIÇÃO. PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PREVISTA EM REGULAMENTO INTERNO. Não tendo ocorrido na alteração do pactuado, mas o descumprimento pelo reclamado de obrigação prevista em seu Regulamento, não se aplica a orientação expressa na Súmula nº 294 do TST. (TST-E-RR-675.302/2000.1, SBDI-1, DJ 24.06.2005, Rel. Min. João Batista Brito Pereira).’

‘PROMOÇÃO. PRESCRIÇÃO. Do inadimplemento da obrigação de efetivar promoções contempladas na norma interna não decorre sua alteração. Logo a hipótese não é de alteração contratual a que se refere o Enunciado nº 294 deste Tribunal, incidindo, na espécie, a prescrição parcial. Embargos conhecidos em parte e providos. (TST-E-RR-748.103/2001.7, SBDI-1, DJ 06.05.2005, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira).’

Intacto o art. 896 da CLT em razão da incidência da Súmula nº 333 do TST.

“Não conheço dos Embargos.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Diante de tais precedentes, conclui-se que a hipótese não é propriamente de alteração contratual, mas de descumprimento de norma interna, já que não observada a evolução salarial periódica contemplada no Plano de Cargos e Salários implantado pela Reclamada. Corolário disso, há de ser conferido ao caso concreto o mesmo tratamento jurídico dado às referidas situações, uma vez que manifesta a contínua lesão ao direito, ora vindicado.

Ademais, independentemente de o descumprimento do estabelecido no art. 19 do PCCS ser considerado ato único, ou não, deve ser considerado o lapso de 5 (cinco) anos para o empregado pleitear eventual correção do procedimento, nos termos do art. 7º, XXIX, da CF, porque, segundo assentou o Regional, o contrato de trabalho ainda se encontra em curso.

Correta, pois, a decisão do TRT que declarou, apenas, a prescrição quinquenal.

Nego provimento ao Recurso de Revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial, todavia, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 28 de novembro de 2007. *Maria de Assis Calsing*, relatora.

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS PROVENIENTES DE INFORTÚNIOS DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR DE QUE TRATA O ART. 7º, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO EM DETRIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONSAGRADA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL DO § 1º DO ART. 2º DA LICC. I – É sabido que o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados ao contrato de emprego, e por isso só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, daí se impondo a conclusão de a indenização prevista no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição se caracterizar como direito genuinamente trabalhista. II – Essa conclusão

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

não é infirmável pela versão de a indenização prevista na norma constitucional achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto pela evidência de ela reportar-se, na realidade, ao art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa contratual do empregador, extraída da não-observância dos deveres contidos no art. 157 da CLT. III – Sendo assim, havendo previsão na Constituição da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, não cabe trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002. IV – Isso em razão da supremacia da norma constitucional, ainda que oriunda do Poder Constituinte Derivado, sobre a norma infraconstitucional, segundo se constata do art. 59 da Constituição, pelo que não se pode absolutamente cogitar da revogação do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, a partir da superveniência da norma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, não se aplicando, evidentemente, a regra de Direito Intertemporal do § 1º do art. 2º da LICC. Recurso não conhecido.

(Processo nº TST-RR-831/2005-003-20-00 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista, nº TST-RR-831/2005-003-20-00.4, em que são Recorrentes Sávio Luiz Santos Lopes e Outra e Recorrida Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO.

Trata-se de recurso de revista dos reclamantes, no qual se insurgem contra a decisão regional que, reformando a sentença de primeiro grau, julgou improcedente a reclamatória por não reconhecer a responsabilidade da empregadora no acidente de trabalho que vitimou o empregado, afastando, ainda, a condenação em indenização em face de danos daí decorrentes.

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 288/290.

Contra-razões às fls. 292/303.

É o relatório.

VOTO

Verifica-se das razões recursais que a irresignação dos recorrentes acha-se circunscrita à tese de ser objetiva, na forma do art. 927 do Código Civil de 2002, a responsabilidade do empregador pelos danos causados aos seus

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

empregados, provenientes de infortúnio do trabalho, em contraposição à tese consagrada no Regional de a responsabilidade, nessa hipótese, ser subjetiva.

O aresto que respaldou a admissibilidade da revista não traz sua fonte de publicação, na contramão do precedente da Súmula nº 337 do TST. Não supre a falha ora detectada a circunstância de se tratar de reprodução de busca feita na Internet, haja vista a exigência desta Corte com relação à comprovação do repositório autorizado. Percebe-se, de qualquer sorte, que a recorrente não procedeu ao confronto analítico de teses a fim de demonstrar a especificidade do aresto colacionado.

Com efeito, é jurisprudência consolidada nesta Corte, por meio da Súmula nº 337, ser imprescindível à comprovação de dissensão pretoriana que a parte transcreva, nas razões recursais, as ementas e trechos dos acórdãos trazidos à configuração do dissídio, *mencionando as teses que identifiquem os casos confrontados*, ainda que os acórdãos já se encontrem nos autos ou venham a ser juntados com o recurso. Não se presta ainda ao pretendido dissenso pretoriano aresto do mesmo Regional prolator da decisão recorrida nos termos da alínea *a* do art. 896 consolidado.

De outra parte, mesmo que se pudesse entender terem os recorrentes indicado como afrontado o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, muito embora só o tivessem invocado, às fls. 275, como reforço de tese, defronta-se com a sua impertinência, uma vez que se reporta à responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados aos cidadãos.

É sabido, a seu turno, que o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados ao contrato de emprego, e por isso só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, daí se impondo a conclusão de a indenização prevista no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição se caracterizar como direito genuinamente trabalhista.

Essa conclusão não é infirmável pela versão de a indenização prevista na norma constitucional achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto pela evidência de ela reportar-se, na realidade, ao art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa contratual do empregador, extraída da não-observância dos deveres contidos no art. 157 da CLT.

Sendo assim, havendo previsão na Constituição da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

empregador, não cabe trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002.

Isso em razão da supremacia da norma constitucional, ainda que oriunda do Poder Constituinte Derivado, sobre a norma infraconstitucional, segundo se constata do art. 59 da Constituição, pelo que não se pode absolutamente cogitar da revogação do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, a partir da superveniência da norma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, não se aplicando, evidentemente, a regra de Direito Intertemporal do § 1º do art. 2º da LICC.

Do exposto, *não conheço* do recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 12 de setembro de 2007. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

Jurisprudência Atual

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

Ante possível violação ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do apelo denegado.

II – RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

1. Segundo a unânime doutrina e jurisprudência, são dois os requisitos para a aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho: i) ausência de disposição na CLT – a exigir o esforço de integração da norma pelo intérprete –; ii) compatibilidade da norma supletiva com os princípios do processo do trabalho.

2. A ausência não se confunde com a diversidade de tratamento: enquanto na primeira não é identificável qualquer efeito jurídico a certo fato – a autorizar a integração do direito pela norma supletiva – na segunda se verifica que um mesmo fato gera distintos efeitos jurídicos, independentemente da extensão conferida à eficácia.

3. O fato juridicizado pelo art. 475-J do CPC – não-pagamento espontâneo da quantia certa advinda de condenação judicial – possui disciplina própria no âmbito do Processo do Trabalho (art. 883 da CLT), não havendo falar em aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho.

4. A fixação de penalidade não pertinente ao Processo do Trabalho importa em ofensa ao princípio do devido processo legal nos termos do art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

Recurso de Revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-765/2003-008-13-41 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-RR-765/2003-008-13-41.8, em que é Recorrente

JURISPRUDÊNCIA

Companhia Energética da Borborema – CELB e são Recorridos Antônio Silva Vicente e Campina Prest Service Ltda.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto às fls. 2/7, ao despacho de fls. 132/133, que negou seguimento ao Recurso de Revista da 2ª Reclamada.

Sem contraminuta ou contra-razões, conforme certidão de fls. 137.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho nos termos do art. 82 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

I – CONHECIMENTO

Conheço do Agravo de Instrumento, porque regularmente formado, tempestivo (fls. 2 e 134) e subscrito por profissional habilitada (fls. 9). A autenticidade das cópias trasladadas foi declarada às fls. 8.

II – MÉRITO

O Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, em acórdão de fls. 118/123, negou provimento ao Agravo de Petição, mantendo a sentença, que aplicara a multa do art. 475-J do Código de Processo Civil à 2ª Reclamada. Eis os fundamentos:

“Sustenta a Agravante que a norma, contida no art. 475-J do CPC, é inaplicável ao processo do trabalho, porquanto a CLT contém regramento explícito relativo ao processo executório.

A Lei nº 11.232/05 produziu uma revolução no processo de execução, uma vez que o extinguiu como processo autônomo, tornando-o uma mera fase executiva do processo.

Trata-se de inovação condizente com o princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), assim como ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Nessa linha de raciocínio, a reforma criou um mecanismo inovador de pressão psicológica do devedor para pagamento da dívida ao introduzir o art. 475-J no CPC.

JURISPRUDÊNCIA

Dispõe o art. 769 da CLT que, nos casos omissos, o Direito Processual Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, exceto naquilo em que for incompatível.

Nesses termos, comungo com o entendimento do Juízo de 1º grau, no sentido de que a multa civilista é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, tendo em vista que a execução trabalhista é omissa no que se refere às multas, e o art. 769 da CLT autoriza a utilização das regras insertas no CPC em caso de lacuna na lei trabalhista, desde que não haja incompatibilidade.

Aliás, quanto ao último requisito, tenho que a sua existência é plena, uma vez que, sendo certo que o Processo do Trabalho tem como fim efetivar direitos fundamentais, o que torna a Justiça do Trabalho uma justiça distributiva, com muito maior razão a incidência da multa deve ser nele aplicada.

Assim, em que pese os argumentos de alguns doutrinadores em sentido contrário, a exemplo do renomado José Augusto Rodrigues Pinto, para quem ‘norma impositiva de coerção econômica há que ter aplicação restrita, forçando a caracterização do silêncio da legislação a ser suprida como impeditivo e não omissivo – e só esta última hipótese autorizaria o suprimento’, (Revista LTr. v. 70, n. 3, mar. 2006, p. 313), tenho que este não é o melhor raciocínio aplicável à hipótese que, acaso acompanhado, impediria também a aplicação subsidiária no processo do trabalho de outras penalidades constantes no caderno processual civil, a exemplo da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição (CPC, art. 14, parágrafo único), da multa por litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18), da multa por embargos protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único), da multa por ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 601) e das próprias astreintes (CPC, arts. 461 e 461-A), dentre outras.

Em suma, entendo que a multa, em análise, é plenamente aplicável ao Processo do Trabalho.

Conforme já exposto acima, dada a novidade da matéria, a jurisprudência acerca do tema ainda é incipiente. Mas já há precedentes acerca da questão, conforme aresto da Quarta Turma do TRT 3ª Região, na forma a seguir transcrita:

‘MULTA. ART. 475-J DO CPC. A multa prevista no art. 475-J do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.232/05, aplica-se ao Processo do Trabalho, pois a execução trabalhista é omissa quanto a multas e a

JURISPRUDÊNCIA

compatibilidade de sua inserção é plena, atuando como mecanismo compensador de atualização do débito alimentar, notoriamente corrigido por mecanismos insuficientes e com taxa de juros bem menor do que a praticada no mercado. A oneração da parte em execução de sentença, sábia e oportunamente introduzida pelo legislador através da Lei nº 11.232/05, visa evitar argüições inúteis e protelações desnecessárias, valendo como meio de concretização da promessa constitucional do art. 5º, LXXVIII, pelo qual ‘A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados o tempo razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. Se o legislador houve por bem cominar multa aos créditos cíveis, com muito mais razão se deve aplicá-la aos créditos alimentares, dos quais o cidadão-trabalhador depende para ter existência digna e compatível com as exigências da vida. A Constituição brasileira considerou o trabalho fundamento da República – art. 1, IV, e da ordem econômica – art. 170. Elevou-o ainda a primado da ordem social – art. 193. Tais valores devem ser trazidos para a vida concreta, através de medidas objetivas que tornem realidade a mensagem ética de dignificação do trabalho, quando presente nas relações jurídicas.’ (Processo nº 00987-1998-103-03-00-6-AP, publicado em 02.12.2006, Juiz Rel. Des. Antônio Alvares da Silva)

Portanto, plenamente aplicável a multa constante do art. 475-J do Código de Processo Civil, pelo que deve suportar a executada agravante com a penalidade que lhe foi imposta.” (fls. 121/123)

No Recurso de Revista, a Reclamada afirmou que o art. 880 da CLT regula a matéria de forma integral, o que afasta a aplicação do art. 475-J do CPC. Aduziu que não pode haver aplicação subsidiária *in mala partem* da multa do art. 475-J do CPC. Argumentou que a primeira fonte subsidiária do processo de execução trabalhista é a Lei de Execução Fiscal, sendo que o Código de Processo Civil seria utilizado apenas como segunda fonte supletiva. Apontou violação ao art. 5º, LIV, da Constituição da República.

O primeiro juízo de admissibilidade, às fls. 132/133, denegou seguimento ao apelo com espeque na Súmula nº 297 do TST.

No Agravo de Instrumento, a 2ª Reclamada renova os fundamentos do Recurso de Revista.

Discute-se nos presentes autos a compatibilidade da norma inculpada no art. 475-J do CPC, com a redação conferida pela Lei nº 11.232/05. Segundo a nova sistemática aplicável ao processo civil, o não-pagamento espontâneo e no prazo legal da quantia certa fixada na liquidação obriga o executado a

JURISPRUDÊNCIA

suportar o acréscimo de 10 (dez) por cento do montante, a título de multa. Eis o dispositivo:

“Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

O processo civil, como se sabe, tem aplicação subsidiária ao processo do trabalho nos termos do art. 769 da CLT. No tocante especificamente à execução, é o art. 889 da CLT que prevê a regra de integração do processo laboral, apontando a Lei de Execução Fiscal como norma subsidiária aplicável.

Segundo a unânime doutrina e jurisprudência, são dois os requisitos para a aplicação da norma processual comum: i) ausência de disposição na CLT – a exigir o esforço de integração da norma pelo intérprete –; ii) compatibilidade da norma supletiva com os princípios do processo do trabalho.

A presente hipótese não se conforma à primeira exigência, porquanto não se identifica, no processo do trabalho, ausência em relação ao tema tratado no art. 475-J do CPC. Para melhor elucidação da matéria, é preciso diferenciar com clareza a *ausência* da *diversidade* de tratamento legal.

A ausência se caracteriza pela inexistência, na lei, de fixação de conseqüências jurídicas para o fato – ato ou negócio – tratado pela legislação suplementar. Na ausência, se constata que o legislador, por desinteresse ou imprevisão, não emprestou qualquer significado jurídico a dado fato do mundo real. É dizer, para o legislador, determinado fato não alcança a importância necessária a ponto de gerar qualquer efeito no mundo do direito.

Outra é a hipótese da diversidade. Em tal circunstância, o legislador afirma a importância de certo fato, atrelando a ele os efeitos jurídicos que entende devidos, na ocasião de sua realização. Contudo, aqui, os efeitos jurídicos advindo da legislação principal se diferenciam daqueles emprestados pela legislação supletiva. Assim, nessa situação, a distinção de tratamento, ainda que caracterizado pela omissão quanto a certos efeitos, não caracterizam ausência, mas sim o silêncio eloqüente não raro identificável nos textos legais.

Pois bem.

Discute-se a aplicabilidade do art. 475-J do CPC ao Processo do Trabalho. O dispositivo, como referido, diz respeito às conseqüências jurídicas do não-

JURISPRUDÊNCIA

adimplemento espontâneo da condenação em pagamento de quantia certa. Este, portanto, precisamente o fato juricizado pela norma: não-pagamento espontâneo de quantia certa advinda de condenação judicial.

A verificação da aplicabilidade do dispositivo, como afirmado, depende da investigação da existência, ou não, de tratamento pela legislação processual trabalhista do mesmo fato. Assim que, confirmado que a legislação trabalhista empresta ao mesmo fato outros efeitos, ainda que reduzidos em relação ao paradigma comum, não há falar em ausência legal, mas sim em diversidade de tratamento.

Essa precisamente a hipótese em teste. O art. 883 da CLT dispõe precisamente sobre o mesmo fato: não-pagamento espontâneo pelo executado. Confira-se a redação:

“Art. 883. Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.”

Como se vê, no Processo do Trabalho, o mesmo fato que gera os efeitos previstos no art. 475-J do CPC importa na penhora dos bens no limite da importância da condenação acrescida de custas e juros de mora. Delimitado no âmbito do Processo do Trabalho os precisos efeitos do fato em discussão, não se admite a utilização do disposto na legislação supletiva.

É importante sublinhar que, nessa hipótese, o silêncio do legislador em relação a qualquer outro efeito – entre eles, a aplicação de multa – deve ser interpretado no contexto do silêncio eloquente, ou seja, a ausência de cominação de multa representa uma opção política do legislador e não negligência ou imprevidência.

Conclui-se, portanto, que a fixação de penalidade não pertinente ao Processo do Trabalho importa em ofensa ao princípio do devido processo legal, positivado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

Assim, dou provimento ao Agravo de Instrumento para mandar processar o Recurso de Revista e determinar seja publicada certidão, para efeito de intimação das partes, dela constando que o julgamento do recurso dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da publicação, nos termos da Resolução Administrativa nº 938/03 desta Corte.

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO DE REVISTA

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Próprio e tempestivo, o Recurso de Revista preenche os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

I – INAPLICABILIDADE DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

A) CONHECIMENTO

O Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, em acórdão de fls. 118/123, negou provimento ao Agravo de Petição, mantendo a sentença, que aplicara a multa do art. 475-J do Código de Processo Civil à 2ª Reclamada. Eis os fundamentos:

“Sustenta a Agravante que a norma, contida no art. 475-J do CPC, é inaplicável ao processo do trabalho, porquanto a CLT contém regramento explícito relativo ao processo executório.

A Lei nº 11.232/05 produziu uma revolução no processo de execução, uma vez que o extinguiu como processo autônomo, tornando-o uma mera fase executiva do processo.

Trata-se de inovação condizente com o princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), assim como ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Nessa linha de raciocínio, a reforma criou um mecanismo inovador de pressão psicológica do devedor para pagamento da dívida ao introduzir o art. 475-J no CPC.

Dispõe o art. 769 da CLT que, nos casos omissos, o Direito Processual Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, exceto naquilo em que for incompatível.

Nesses termos, comungo com o entendimento do Juízo de 1º grau, no sentido de que a multa civilista é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, tendo em vista que a execução trabalhista é omissa no que se refere às multas, e o art. 769 da CLT autoriza a utilização das regras insertas no CPC em caso de lacuna na lei trabalhista, desde que não haja incompatibilidade.

JURISPRUDÊNCIA

Aliás, quanto ao último requisito, tenho que a sua existência é plena, uma vez que, sendo certo que o Processo do Trabalho tem como fim efetivar direitos fundamentais, o que torna a Justiça do Trabalho uma justiça distributiva, com muito maior razão a incidência da multa deve ser nele aplicada.

Assim, em que pese os argumentos de alguns doutrinadores em sentido contrário, a exemplo do renomado José Augusto Rodrigues Pinto, para quem ‘norma impositiva de coerção econômica, há que ter aplicação restrita, forçando a caracterização do silêncio da legislação a ser suprida como impeditivo e não omissivo – e só esta última hipótese autorizaria o suprimento’, (Revista LTr. v. 70, n. 3, mar. 2006, p. 313), tenho que este não é o melhor raciocínio aplicável à hipótese que, acaso acompanhado, impediria também a aplicação subsidiária no processo do trabalho de outras penalidades constantes no caderno processual civil, a exemplo da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição (CPC, art. 14, parágrafo único), da multa por litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18), da multa por embargos protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único), da multa por ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 601) e das próprias astreintes (CPC, arts. 461 e 461-A), dentre outras.

Em suma, entendo que a multa, em análise, é plenamente aplicável ao Processo do Trabalho.

Conforme já exposto acima, dada a novidade da matéria, a jurisprudência acerca do tema ainda é incipiente. Mas já há precedentes acerca da questão, conforme aresto da Quarta Turma do TRT 3ª Região, na forma a seguir transcrita:

‘MULTA. ART. 475-J DO CPC. A multa prevista no art. 475-J do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.232/05, aplica-se ao Processo do Trabalho, pois a execução trabalhista é omissa quanto a multas e a compatibilidade de sua inserção é plena, atuando como mecanismo compensador de atualização do débito alimentar, notoriamente corrigido por mecanismos insuficientes e com taxa de juros bem menor do que a praticada no mercado. A oneração da parte em execução de sentença, sábia e oportunamente introduzida pelo legislador através da Lei nº 11.232/05, visa evitar arguições inúteis e protelações desnecessárias, valendo como meio de concretização da promessa constitucional do art. 5º, LXXVIII pelo qual ‘A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados o tempo razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.’ Se o legislador houve por bem cominar

JURISPRUDÊNCIA

multa aos créditos cíveis, com muito mais razão se deve aplicá-la aos créditos alimentares, dos quais o cidadão-trabalhador depende para ter existência digna e compatível com as exigências da vida. A Constituição brasileira considerou o trabalho fundamento da República – art. 1, IV, e da ordem econômica – art. 170. Elevou-o ainda a primado da ordem social – art. 193. Tais valores devem ser trazidos para a vida concreta, através de medidas objetivas que tornem realidade a mensagem ética de dignificação do trabalho, quando presente nas relações jurídicas.’ (Processo nº 00987-1998-103-03-6-AP, publicado em 02.12.2006, Juiz Rel. Des. Antônio Alvares da Silva)

Portanto, plenamente aplicável a multa constante do art. 475-J do Código de Processo Civil, pelo que deve suportar a executada agravante com a penalidade que lhe foi imposta.” (fls. 121/123)

No Recurso de Revista, a Reclamada afirmou que o art. 880 da CLT regula a matéria integralmente, o que afasta a aplicação do art. 475-J do CPC. Aduziu que não pode haver aplicação subsidiária *in mala partem* da multa do art. 475-J do CPC. Argumentou que a primeira fonte subsidiária do processo de execução trabalhista é a Lei de Execução Fiscal, sendo que o Código de Processo Civil seria utilizado apenas como segunda fonte supletiva. Apontou violação ao art. 5º, LIV, da Constituição da República.

Discute-se nos presentes autos a compatibilidade da norma inculpada no art. 475-J do CPC com a redação conferida pela Lei nº 11.232/05. Segundo a nova sistemática aplicável ao processo civil, o não-pagamento espontâneo e no prazo legal da quantia certa fixada na liquidação obriga o executado a suportar o acréscimo de 10 (dez) por cento do montante, a título de multa. Eis o dispositivo:

“Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

O processo civil, como se sabe, tem aplicação subsidiária ao processo do trabalho nos termos do art. 769 da CLT. No tocante especificamente à execução, é o art. 889 da CLT que prevê a regra de integração do processo laboral, apontando a Lei de Execução Fiscal como norma subsidiária aplicável.

Segundo a unânime doutrina e jurisprudência, são dois os requisitos para a aplicação da norma processual comum: i) ausência de disposição na

JURISPRUDÊNCIA

CLT – a exigir o esforço de integração da norma pelo intérprete –; ii) compatibilidade da norma supletiva com os princípios do processo do trabalho.

A presente hipótese não se conforma à primeira exigência, porquanto não se identifica, no processo do trabalho, ausência em relação ao tema tratado no art. 475-J do CPC. Para melhor elucidação da matéria, é preciso diferenciar com clareza a *ausência* da *diversidade* de tratamento legal.

A ausência se caracteriza pela inexistência, na lei, de fixação de conseqüências jurídicas para o fato – ato ou negócio – tratado pela legislação suplementar. Na ausência, se constata que o legislador, por desinteresse ou imprevisão, não emprestou qualquer significado jurídico a dado fato do mundo real. É dizer, para o legislador, determinado fato não alcança a importância necessária a ponto de gerar qualquer efeito no mundo do direito.

Outra é a hipótese da diversidade. Em tal circunstância, o legislador afirma a importância de certo fato, atrelando a ele os efeitos jurídicos que entende devidos, na ocasião de sua realização. Contudo, aqui, os efeitos jurídicos advindo da legislação principal se diferenciam daqueles emprestados pela legislação supletiva. Assim, nessa situação, a distinção de tratamento, ainda que caracterizado pela omissão quanto a certos efeitos, não caracterizam ausência, mas sim o silêncio eloqüente não raro identificável nos textos legais.

Pois bem.

Discute-se a aplicabilidade do art. 475-J do CPC ao Processo do Trabalho. O dispositivo, como referido, diz respeito às conseqüências jurídicas do não-adimplemento espontâneo da condenação em pagamento de quantia certa. Este, portanto, precisamente o fato juricizado pela norma: não-pagamento espontâneo de quantia certa advinda de condenação judicial.

A verificação da aplicabilidade do dispositivo, como afirmado, depende da investigação da existência, ou não, de tratamento pela legislação processual trabalhista do mesmo fato. Assim que, confirmado que a legislação trabalhista empresta ao mesmo fato outros efeitos, ainda que reduzidos em relação ao paradigma comum, não há falar em ausência legal, mas sim em diversidade de tratamento.

Essa precisamente a hipótese em teste. O art. 883 da CLT dispõe precisamente sobre o mesmo fato: não-pagamento espontâneo pelo executado. Confira-se a redação:

“Art. 883. Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da

JURISPRUDÊNCIA

importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.”

Como se vê, no Processo do Trabalho, o mesmo fato que gera os efeitos previstos no art. 475-J do CPC importa na penhora dos bens no limite da importância da condenação acrescida de custas e juros de mora. Delimitado no âmbito do Processo do Trabalho os precisos efeitos do fato em discussão, não se admite a utilização do disposto na legislação supletiva.

É importante sublinhar que, nessa hipótese, o silêncio do legislador em relação a qualquer outro efeito – entre eles, a aplicação de multa – deve ser interpretado no contexto do silêncio eloqüente, ou seja, a ausência de cominação de multa representa uma opção política do legislador e não negligência ou imprevidência.

Conclui-se, portanto, que a fixação de penalidade não pertinente ao Processo do Trabalho importa em ofensa ao princípio do devido processo legal, positivado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

Conheço, pois, por violação ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

B) MÉRITO

Consectário do conhecimento do Recurso de Revista por violação constitucional é o seu provimento. Assim, dou-lhe provimento para excluir da condenação a multa fixada sob a égide do art. 475-J do CPC.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – dar provimento ao Agravo de Instrumento para mandar processar o Recurso de Revista e determinar seja publicada certidão, para efeito de intimação das partes, dela constando que o julgamento do recurso dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da publicação nos termos da Resolução Administrativa nº 938/03 desta Corte; II – conhecer do Recurso de Revista por ofensa ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a multa fixada sob a égide do art. 475-J do CPC.

Brasília, 5 de dezembro de 2007. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL. PROVIMENTO

1) AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL CARACTERIZADA. PROVIMENTO. A demonstração de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição da República, em virtude de o Tribunal Regional não ter conhecido do recurso ordinário por deserção, de empregador pessoa física ao qual já havia sido concedida a gratuidade de justiça, enseja o processamento do recurso de revista.

Agravo de instrumento provido.

II) RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. EMPREGADOR PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL. POSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 5º, LV, DA CF. PROVIMENTO.

1. O Regional julgou deserto o recurso ordinário interposto pelo Reclamado, não obstante lhe tenha sido deferida pela sentença a gratuidade da justiça, por entender que esta não abrange o depósito recursal.

2. O Agravante sustenta que, sendo o empregador beneficiário da justiça gratuita, não lhe caberia providenciar o depósito recursal, motivo pelo qual deve ser afastado o óbice da deserção, aplicado ao seu apelo ordinário.

3. A Lei nº 1.060/50, que estabelece as normas para a concessão da assistência judicial gratuita aos necessitados, assenta em seu parágrafo único do art. 2º que, para os fins legais, considera-se necessitado aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio.

4. Ora, in casu, se foi reconhecido ao Reclamado, pessoa física, o direito à gratuidade de justiça, com fundamento na referida lei, a qual estabelece como pressuposto a impossibilidade de sustento próprio caso tenha que arcar com os ônus do processo, não seria razoável a dispensa do menos oneroso, no caso as custas, e a exigência do depósito recursal, que é manifestamente mais oneroso.

5. Por um lado, não poderia o Regional surpreender o Reclamado que fora expressamente dispensado do depósito recursal pela sentença, reputando

JURISPRUDÊNCIA

deserto seu recurso, pois o Reclamado passou a ter o direito processual à dispensa do depósito. Caberia, no mínimo, a abertura de prazo para efetuar o depósito, se o Regional cassasse a concessão da justiça gratuita quanto ao depósito.

6. Por outro lado, a dispensa do depósito recursal se justifica, na hipótese de insuficiência econômica, como sendo condição de revisão de eventual sentença injusta ou ilegal, representando apenas a não-exigência temporária do pagamento dos débitos trabalhistas que forem judicialmente reconhecidos, até que transite em julgado a decisão, em situação análoga à da multa do art. 557, § 2º, do CPC.

7. Com efeito, quanto à multa por agravo protelatório, a Instrução Normativa nº 17 do TST, em relação à reclamante, mesmo beneficiário da justiça gratuita, não o dispensa, mas posterga seu pagamento para o final da demanda, de modo a não impedi-lo de exercer o direito de recorrer, até para discutir a aplicação da multa.

8. Destarte, tendo em vista que o Reclamado é beneficiário da justiça gratuita, há de se afastar a deserção aplicada pelo Tribunal Regional pela não-efetivação do depósito recursal, em face do malferimento da norma constitucional inscrita no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Recurso de revista provido.

(Processo nº TST-RR-932/2004-043-12-40 – Ac. 7ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista TST-RR-932/2004-043-12-40.1, em que é Recorrente Valdeci Algemiro da Silva e Recorrido Rosemiro João Martins.

RELATÓRIO

A Vice-Presidente do 12º Regional denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo Reclamado, com fundamento nas Súmulas ns. 23 e 296 do TST e no art. 3º da Lei nº 1.060/50. (fls. 15/17)

Inconformado, o Reclamado interpõe o presente agravo de instrumento, sustentando que a sua revista tinha condições de prosperar (fls. 2/12).

JURISPRUDÊNCIA

Foi apresentada apenas contraminuta ao agravo (fls. 314/317), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

O agravo é tempestivo (cfr. fls. 2, 301 e 17), tem representação regular (fl. 22) e se encontra devidamente instrumentado, com o traslado das peças obrigatórias e essenciais exigidas pela Instrução Normativa nº 16/99 do TST, motivo pelo qual dele *conheço*.

II – MÉRITO

DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. EMPREGADOR PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL. POSSIBILIDADE

Despacho-Agravado: O art. 3º da Lei nº 1.060/50 estabelece quais as isenções a que têm direito os beneficiários da assistência judiciária gratuita, não estando entre elas o depósito recursal, que, se não comprovado, importa a deserção do recurso (fls. 15/17).

Fundamento do Agravo: A sentença concedeu ao Reclamado o benefício de interpor recurso independentemente de recolhimento das custas e do depósito recursal. O entendimento adotado no acórdão recorrido viola os arts. 5º, XXXV, XXXVI, LIV, LV e LXXIV, da CF, 790-A da CLT, 17, 183, 473 e 538 do CPC e diverge dos arestos colacionados (fls. 5/11).

Solução: O Juiz da Vara do Trabalho concedeu justiça gratuita ao Reclamado, dispensando-o do recolhimento das custas e do pagamento do depósito recursal. Nesse sentido, tem-se que o Reclamado agiu de boa-fé ao interpor o seu recurso ordinário sem efetuar o pagamento do depósito recursal, já que expressamente dispensado pelo Juiz da Vara de Trabalho de Imbituba (fl. 82).

Assim, não sendo o processo o “reino das surpresas”, não pode o Recorrido ver-se prejudicado quanto ao direito de ter seu apelo examinado ou,

JURISPRUDÊNCIA

pelo menos, ter-lhe sido concedido prazo para efetuar posteriormente o mencionado depósito.

A Lei nº 1.060/50, que estabelece as normas para a concessão da assistência judicial gratuita aos necessitados, assenta em seu parágrafo único do art. 2º que, para os fins legais, considera-se necessitado aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio.

Ora, *in casu*, se foi reconhecido ao Reclamado, pessoa física, o direito à gratuidade de justiça pelo Juiz da Vara de Trabalho, com fundamento na referida lei, a qual estabelece como pressuposto a impossibilidade de sustento próprio, não seria razoável a dispensa do menos oneroso, no caso as custas, e a exigência do depósito recursal, que é manifestamente mais oneroso.

Por um lado, não poderia o Regional surpreender o Reclamado que fora expressamente dispensado do depósito recursal pela sentença, reputando deserto seu recurso, pois o Reclamado passou a ter o direito processual à dispensa do depósito. Caberia, no mínimo, a abertura de prazo para efetuar o depósito, se o Regional cassasse a concessão da justiça gratuita quanto ao depósito.

Por outro lado, a dispensa do depósito recursal se justifica, na hipótese de insuficiência econômica, como sendo condição de revisão de eventual sentença injusta ou ilegal, representa apenas não-exigência temporária do pagamento dos débitos trabalhistas que forem judicialmente reconhecidos, até que transite em julgado a decisão, em hipótese análoga à da multa do art. 557, § 2º, do CPC.

Com efeito, quanto à multa por agravo protelatório, a Instrução Normativa nº 17 do TST, em relação à reclamante, mesmo beneficiário da justiça gratuita, não o dispensa, mas posterga seu pagamento para o final da demanda, de modo a não impedi-lo de exercer o direito de recorrer, até para discutir a aplicação da multa.

Suponha-se que, em uma dessas “aventuras processuais”, a Empregadora, condenada à revelia, em condições reais de insuficiência econômica, não pudesse efetivar o depósito recursal. Seu recurso indubitavelmente não seria conhecido e, conseqüentemente, seria obstada a discussão de seus direitos e negada a oportunidade de o Estado verdadeiramente cumprir sua função jurisdicional.

Assim sendo, verifica-se que em matéria de deserção a SBDI-1 do TST tem admitido o conhecimento de recurso de revista ou embargos por violação do art. 5º, LV, da CF, conforme os seguintes precedentes:

“RECURSO DE EMBARGOS. DESERÇÃO DO APELO ORDINÁRIO DO RECLAMADO. ATENDIMENTO DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3/93. MÁ-APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 126/TST. PROVIMENTO. As informações disponibilizadas no acórdão regional permitem concluir pela regular satisfação do depósito recursal. A discussão referente à comprovação de haver sido o depósito efetuado na conta vinculada obreira não se mostra necessária, uma vez que a *instância julgadora regional reconheceu, expressamente, que o aludido depósito restou efetuado* fora da sede do Juízo e mediante guia fornecida pela Caixa Econômica Federal, atendendo às determinações da Instrução Normativa nº 3/93, então em vigor quando da interposição do Recurso Ordinário do Reclamado. Afastado o óbice da Súmula nº 126/TST, os presentes Embargos são providos para, *afastando a deserção anteriormente declarada*, determinar-se o retorno dos autos ao Regional de origem para que prossiga no julgamento do Recurso Ordinário patronal, como se entender de direito. Embargos providos” (TST-E-RR-462.596/1998.0, Relª Minª Maria de Assis Calsing, SBDI-1, DJ 19.10.2007) (grifos nossos).

“CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO DE SENTENÇA. Na hipótese, o Autor, após o ajuizamento da ação, requereu que as futuras notificações fossem dirigidas a endereço diverso do indicado na inicial. Deferido pela juíza, a secretaria permaneceu notificando o Reclamante no endereço original, o que ensejou a intempestividade do Recurso Ordinário. Tal procedimento importou em *ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição da República*, conforme reconhecido pela C. Turma. Resto ileso o art. 896 da CLT” (TST-ED-E-ED-RR-696.031/1998.0, Relª Minª Maria Cristina Peduzzi, SBDI-1, DJ 30.11.2007) (grifos nossos).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. DESERÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS. GUIA DE RECOLHIMENTO. CÓDIGO DA RECEITA INCORRETO. Embargos de declaração parcialmente providos, sem, contudo, conferir-se-lhes efeito modificativo, para deixar especificado no julgado que os embargos à SBDI-I são conhecidos por violação do *art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal*, uma vez que a cominação da pena de *deserção* pelo Tribunal Regional, quando o recurso ordinário estava apto ao conhecimento, em face da regularidade na efetivação do recolhimento das custas, resultou na negativa de acesso ao Judiciário e em cerceamento do direito de defesa do reclamante” (TST-ED-E-RR-1.015/2004.6, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, SBDI-1, DJ 09.11.2007) (grifos nossos).

JURISPRUDÊNCIA

Em face, pois, da demonstração de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição da República, *dou provimento* ao agravo de instrumento, passando, em seguida, à apreciação do recurso de revista.

B) RECURSO DE REVISTA

I – CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS GENÉRICOS

O recurso é tempestivo (fls. 245 e 247) e tem representação regular (fl. 22), sendo a Reclamada beneficiária da justiça gratuita (fl. 86)

2. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. EMPREGADOR PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL. POSSIBILIDADE

Conforme ressaltado no exame do agravo de instrumento, o Reclamado logrou demonstrar a violação do art. 5º, LV, da Constituição da República.

Assim sendo, *conheço* da revista, por violação do art. 5º, LV, da Constituição da República.

II – MÉRITO

DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. EMPREGADOR PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL. POSSIBILIDADE

Reconhecido que a pretensão do Reclamado, no tocante à desnecessidade da efetivação do depósito recursal, é legítima, por ser ele reconhecidamente beneficiário da justiça gratuita, merece reforma a decisão regional, por demonstração de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição da República. Assim sendo, *dou provimento* ao recurso para, afastando a deserção, determinar que o TRT da 12ª Região se pronuncie quanto aos pedidos formulados pelo Reclamado.

Isto posto,

JURISPRUDÊNCIA

Acordam os Ministros da Eg. 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho: I – por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista, II – por unanimidade, conhecer do recurso de revista e, no mérito, dar-lhe provimento para, afastando a deserção, determinar que o TRT da 12ª Região se pronuncie quanto aos pedidos formulados pelo Reclamado.

Brasília, 27 de fevereiro de 2008. *Ives Gandra Martins Filho*, relator.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Complementação de aposentadoria. Prescrição	197
Embargos. Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional	205
Embargos de declaração. Prescrição. Termo inicial	212
Falta grave. Alcoolismo. Justa causa	217
Indenização. Acidente do trabalho. Danos morais e materiais. Prescrição	225
Intermediação de mão-de-obra. Extinção do contrato	229
Prescrição. Dano moral	234
Prescrição. Indenização por dano moral	238
Prescrição. Mudança de regime jurídico	246
Prescrição. Plano de cargos e salários	251
Recurso de revista. Indenização. Responsabilidade subjetiva do empregador	257

JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Agravo de instrumento. Execução	263
Agravo de instrumento. Violação constitucional. Provimento	274