

A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA: A POSSÍVEL SUPERAÇÃO DA PRESCRIÇÃO TOTAL

Augusto César Leite de Carvalho*

1 – A PRESCRIÇÃO E O TEMOR DE PROPOR A AÇÃO

O trabalhador brasileiro é titular de uma gama de direitos que não nasce, o mais das vezes, da negociação coletiva, por meio da qual se comprometeria o seu empregador. Nasce da lei – e assim sucede, talvez, porque o modelo de organização sindical não inspire confiança ou não demonstre capilaridade suficiente para fomentar a representatividade dos atores sociais. Ou decerto porque o grau de assimetria na relação laboral ainda reclame, entre nós, alguma intervenção estatal tuitiva e compensatória.

O fato é que o empregador nem sempre se revela comprometido com o cumprimento da ordem jurídica marcadamente heterônoma, sequer reconhecendo que a representação política de seus interesses predomina, como invariavelmente predominou, na elaboração das leis trabalhistas cuja observância e respeito estaria a recusar. Porque se envolve em uma teia de irregularidades para desafiar a ordem que ajudou a construir, mas entende ilegítima, a relação trabalhista no Brasil parece fadada a promover a insatisfação dos que a protagonizam. Não raro, nela subjaz um conflito latente que mais adiante se transforma em conflito judicializado.

A propositura de ação judicial seria o meio de instaurar, ou quem sabe restaurar, a harmonia entre os que contendem em silêncio, o empregador e o empregado que, desavindos, insistem em interagir cordialmente, ambos movidos pela intenção de preservar o vínculo, mas preservá-lo por razões diversas, paradoxalmente definidas pela ideia de subsistência: o empresário persegue a continuação de seu negócio; o empregado, a própria sobrevivência.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; professor universitário; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla La Mancha, instituição em que presta doutoramento.*

Há, contudo, de os direitos não se autarquizarem na vida social sem um plexo de garantias que os torne efetivos. Direitos que não se mostram aptos à realização apresentam-se como “direitos” por mera concessão verbal, pois tolerante em demasia é a linguagem jurídica. Mesmo a ação judicial, uma garantia por definição, reclama garantias de segundo nível, vale dizer , mecanismos jurídicos que protejam aqueles que a exercem. Regra geral, cometem-se aos atores políticos – responsáveis pelas salvaguardas da atuação do Estado – o oferecimento e a institucionalização dessa rede de proteção que aconchega os que fazem valer os seus direitos subjetivos.

Em outra ocasião, e após estudo de algum fôlego acadêmico, já dissemos que a jurisprudência constitucional espanhola instituiu a *garantía de indenidad*, vale dizer, a imunização de todos quantos exerçam um direito fundamental, inclusive o direito de ação judicial trabalhista. Protege-se o empregado contra a represália patronal que consista em ato de retaliação ou mesmo em ato de dispensa. O trabalhador europeu, por obra de construção jurisprudencial, que mais tarde se converteu em lei e em *directiva* da União Europeia, tivera assim assegurado o seu retorno ao emprego sempre que dispensado em virtude de ousar a propositura de demanda judicial durante a relação empregatícia.

É incipiente, porém, a evolução jurisprudencial a respeito, no Brasil. Se cuidamos da ação judicial individual, a verdade é que o instituto está às voltas com um pensamento jurídico que confina o seu uso, contraditoriamente, aos destituídos de emprego. Quem propõe ação perante a Justiça do Trabalho não é, regra geral, o empregado, mas aquele que deixou de sê-lo. São de uma tibieza inquietante as tentativas, no campo doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, no sentido de outorgar cidadania aos trabalhadores que ainda sofrem a lesão, vivenciando-a resignadamente.

Mas ainda mais perversa, na perspectiva do empregado que suportou a violação de seus direitos em meio a uma relação trabalhista de médio ou longo tempo, é a percepção, ao desenlace do vínculo, de estarem definitivamente consolidadas as alterações contratuais lesivas que contam mais de cinco anos, não importando se o descumprimento do contrato, pelo empregado, repercutiu, insidiosamente, por todo o restante da relação laboral. Não foi dado ao trabalhador o direito de reclamar sem expor -se ao risco – em verdade, há contingência quase inexorável de perder o emprego – e agora lhe tratam como um credor relapso, daqueles que negligenciam a luta por seu direito em razão de preguiça ou inapetência. A ordem jurídica e seus operadores fazem caso do medo que o empregado tem de apresentar sua demanda judicial enquanto o vínculo e o conflito ainda existem, porque o medo não é, neste mundo onde grassa a covardia, um valor jurídico.

Decerto que se diria inviável relevar a segurança jurídica no Direito do Trabalho, dado que estaríamos a cuidar de valor contemplado em todo o ordenamento, nas relações civis de ordem pública ou privada. A segurança jurídica – que é, na hipótese e em última análise, a segurança patrimonial do devedor – não poderia, segundo se diz, ceder lugar à eterna incerteza sobre o dia e hora em que o trabalhador enfrentaria, afinal, o seu empregador, desvestindo-o da potestade exercida sobranceiramente no ambiente empresarial, para desafιά-lo, testa a testa, à mesa igualitária da audiência trabalhista.

A pretexto de assim render ensejo à pacificação social, a racionalidade jurídica ignora a irrenunciabilidade dos direitos sociais adquiridos e o receio sobremodo compreensível de exercê-los. A prescrição extintiva é o modo como se manifesta a segurança jurídica, incidindo no sistema trabalhista desde a matriz constitucional: ao consagrar o direito de ação na Justiça dTrabalho, o art. 7º, XXIX, da Constituição somente é lembrado pela sua parte final, a parte em que restringe esse direito às pretensões exigíveis há menos de cinco anos, na condição de que não se passem dois anos a partir da dissolução contratual¹.

Houve quem defendesse, não sem boa dose de razão, que os cinco anos não prescritos seriam aqueles que antecederiam o final do liame empregatício, sem influência de quando fosse proposta a ação. Este texto não contém, porém, a defesa de tal ponto de vista, inclusive porque se justifica, também com base em critério de razoabilidade, que se observe, quanto ao prazo quinquenal, a adoção do princípio *actio nata*: a prescrição flui a partir do nascimento da pretensão. Na prática, o quinquênio é contado retroativamente a partir do ajuizamento da ação, salvando-se dos efeitos da prescrição as prestações exigíveis após esse marco temporal.

1 O poder constituinte, frise-se por justiça, não anteviu a hipótese a que seria conduzida a prescrição, nessa leitura, com sinais trocados, do dispositivo constitucional. Denise Arantes Santos Vasconcelos (*Revista LTr* 73-01/92, jan. 2009), citando Homero Batista Mateus da Silva, historia os debates na Assembleia Nacional Constituinte e relata, assim, que se digladiavam os defensores da não intercorrência de prescrição em meio ao vínculo e os que pugnavam pela manutenção do art. 11 da CLT, prevalecendo proposta intermediária. A autora conclui: “(...) a intenção do legislador constituinte foi a de resguardar ao trabalhador maiores condições de lutar por seus direitos na vigência do contrato de trabalho, mesmo estando subordinado ao empregador. Assim, se não houve a interrupção da fluência do prazo prescricional enquanto ativo o contrato de trabalho, ampliou-se esse prazo, na tentativa de reduzir os efeitos da subordinação do empregado ao poder potestativo do empregador. Portanto, a criação de uma nova hipótese de incidência da prescrição trabalhista, prevista na Súmula nº 294 do TST, cujo prazo inicia-se ainda na vigência do contrato de trabalho, apresenta-se, a nosso ver, contrária ao texto constitucional, na medida em que não se coaduna com a exegese do art. 7º, XXIX”.

2 – *ACTIO NATA* COMO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS

Não obstante a clareza dessa ideia (*actio nata*), importa fixar dois pontos que, embora correlatos, nem sempre se apresentam consensuais. O primeiro deles é quase um truísmo: se o salário de cada mês somente é exigível no quinto dia útil do mês subsequente (art. 459, parágrafo único, da CII), a pretensão relativa a todas as prestações salariais mensais somente prescreve cinco anos após esse prazo previsto para o seu pagamento (ex: a ação proposta em 03 de março de 2010 porá a salvo da prescrição quinquenal também o salário do mês de fevereiro de 2005, de resto exigível no quinto dia útil de março de 2005).

O segundo ponto de aparente dissensão é concernente à possibilidade de uma tutela jurisdicional declaratória gerar pretensões condenatórias imunes à prescrição. Por exemplo, debate-se sobre estar ou não prescrita a inclusão, no cálculo de adicional por tempo de serviço devido no período não alcançado pela prescrição, do tempo de trabalho que, sendo reconhecido em juízo, situar -se-ia em período muito anterior, alcançado pela prescrição. A dúvida: se o tempo de trabalho é anterior ao marco da prescrição quinquenal, a pretensão atinente ao reconhecimento de vínculo de emprego nesse tempo longo somente poderia ser objeto de pretensão de natureza declaratória e, portanto, questiona-se sobre ser possível essa tutela meramente declaratória gerar uma pretensão condenatória não prescrita (a saber: o cômputo desse tempo de serviço no cálculo do adicional referido).

É certo que apenas as pretensões condenatórias estão sujeitas à prescrição extintiva. A pretensão declaratória não prescreve. Mas, a bem ver a questão posta não trata da prescrição de pretensões declaratórias, nem da imprescritibilidade de pretensões condenatórias. Ao que parece, confunde-se o termo inicial da prescrição – que é, regra geral, a exigibilidade da pretensão – com o fato gerador dessa mesma pretensão.

O Direito do Trabalho nunca deu guarida a essa confusão: ao tempo em que se postulava a indenização de antiguidade (art. 478 da CLT), calculava-se essa parcela em atenção a todo o tempo de serviço, décadas ou vintenas de trabalho que estariam no período alcançado pela prescrição (à época bienal). Não importava: desde que ajuizada a ação no biênio seguinte à cessação do contrato, todo o tempo de labor era considerado, pois o fato gerador da obrigação não interferia na contagem do prazo prescricional – que fluía a partir da exigibilidade da indenização, vale dizer, da dissolução contratual.

Uma ilustração seria elucidativa. Pense-se na indenização prevista na Súmula nº 291 do TST, que corresponde à média mensal de horas extras para

cada ano ou período igual ou superior a seis meses em que tenha havido a sobrejornada. Se o empregado houvesse prestado horas extraordinárias durante vinte anos, computar-se-ia a média mensal de todo esse tempo no cálculo da indenização? Depende. Caso o empregado houvesse recebido a paga dessas horas extras por toda essa vintena de anos, a resposta seria afirmativa, dado que o termo inicial da prescrição (a supressão das horas extras) não sofreria interferência da extensão maior ou menor do fato gerador do direito à indenização. Porém, se o empregado não houvesse percebido a remuneração das horas extraordinárias, somente aquelas devidas no quinquênio não prescrito incidiriam no cálculo da indenização – a prescrição quinquenal que atingiria o pleito principal (de remuneração das horas extras) contaminaria o pleito acessório de reflexo desse pagamento habitual no cálculo da mencionada indenização.

Logo, as tutelas jurisdicionais declaratórias relativas a tempo longo podem gerar, sim, pretensões condenatórias não prescritas, desde que essas pretensões sejam exigíveis em período não alcançado pela prescrição. Interessa, frise-se, uma vez derradeira, a exigibilidade da pretensão deduzida em juízo, não importando verificar a data de seu fato gerador.

3 – OUTRAS RELEVANTES CIZÂNIAS JURISPRUDENCIAIS FRENTE À EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E DAS LEIS

Aceita a primeira premissa – a de o quinquênio prescritivo iniciar-se com a exigibilidade da prestação – parece conveniente abordar aspectos da prescrição trabalhista que têm provocado acentuada inquietação jurisprudencial: 1) a dicotomia entre prescrição total e prescrição parcial, pois se revela interessante a prospecção sobre a fonte jurídica que estaria a autorizá-la ainda hoje; 2) a possibilidade de se adotar o critério *actio nata* também para o prazo bienal, que teria outro termo inicial (a cessação do contrato, sem atenção ao dia em que teria nascido a pretensão) na carta constitucional.

3.1 – Os fundamentos tradicionais da prescrição total de cinco anos

Conforme mencionamos em escrito anterior ², poderia questionar-se o estudioso da ciência jurídica: não seria *aprescrição trabalhista*, sob o enfoque prático, a *renúncia tácita* de um direito *irrenunciável*? Se o direito trabalhista é indisponível e a sua inobservância faz nula a cláusula ou alteração contratual infringente, como compatibilizar a *prescrição trabalhista* com o axioma uni-

2 Nessa passagem do texto, reproduzimos o que explicamos no tópico correspondente à prescrição, capítulo sobre princípios, subtítulo Princípio da Irrenunciabilidade, do livro *Direito Individual do Trabalho*, de nossa autoria, publicado pela editora Forense.

versal de que *contra ato nulo o dir eito não prescreve* (art. 169 do Código Civil)? Duas regras seriam, aqui, inolvidáveis:

I. A primeira regra é atinente ao aspecto de esses direitos imprescritíveis não impedirem a prescrição das prestações pecuniárias correspondentes. Por exemplo, o direito a alimentos gera pretensão imprescritível, mas a pretensão para haver prestação alimentícia prescrevia em cinco anos³ e atualmente prescreve em dois anos⁴.

II. A segunda regra tem a ver com o grau de indisponibilidade que, a depender da origem, o direito trabalhista ostenta. Em vista disso, os juslaboralistas usam diferenciar a *prescrição parcial* (que alcança apenas as prestações exigíveis antes do prazo extintivo) da *prescrição total* (que atinge todas as prestações, inclusive aquelas com exigibilidade recente, caso a lesão tenha ocorrido antes do prazo liberatório).

E que direito trabalhista apresentaria um grau maior (ou menor) de indisponibilidade? Lembra Délio Maranhão⁵ que, em matéria de trabalho e diversamente do que ocorre no Direito comum (em que a regra é a da disponibilidade dos direitos privados patrimoniais), “a indisponibilidade dos direitos prende-se à natureza predominante dos interesses em jogo”.

O citado mestre explica haver indisponibilidade absoluta quando “a tutela legal do trabalho envolve, predominantemente, interesse público (salário mínimo: art. 7º, IV, da Constituição) ou interesse abstrato da categoria (normas resultantes de convenção coletiva ou sentença normativa)”. Há indisponibilidade relativa quando, “por ser o direito, em princípio, disponível, tutelando, predominantemente, interesse individual, cabe ao seu titular a iniciativa de defendê-lo, como no caso do salário do contrato”.

Plá Rodriguez⁶ nomina vários laboralistas que propõem essa graduação da indisponibilidade, enfatizando que somente De La Cueva e De Ferrari teriam sustentado que todas as normas trabalhistas seriam irrenunciáveis. A Súmula nº 294 do TST orienta:

3 Art. 178, § 10, I, do Código Civil de 1916.

4 Art. 206, § 2º, do novo Código Civil.

5 MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Atualização por Luiz Inácio Barbosa Carvalho. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 40.

6 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000. p. 164. A propósito da graduação da indisponibilidade do direito trabalhista, o autor se refere às classificações propostas por Barassi, Gottschalk, Durand e Jaussaud, Horacio Ferro e Deveali.

“Tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”

Esquemmatizando a matéria:

| | | |
|--|-------------------------------------|--------------------|
| <i>lesão a direito previsto em lei</i> → | <i>indisponibilidade absoluta</i> → | PRESCRIÇÃO PARCIAL |
| <i>lesão a direito não previsto em lei</i> → | <i>indisponibilidade relativa</i> → | PRESCRIÇÃO TOTAL |

O Tribunal Superior do Trabalho pareceu reduzir, portanto, as hipóteses de prescrição parcial (menos prejudiciais ao trabalhador), quando, ao editar a Súmula nº 294 da súmula de sua jurisprudência, não se referiu às normas abstratas de categoria (sentenças normativas, convenções e acordos coletivos de trabalho), reportando-se apenas às normas contempladas em lei. Voltando, portanto, à orientação prevalente. Alguns exemplos poderiam aclará-la:

I. Considerando um contrato ainda em vigor ou que tenha cessado há menos de dois anos (conforme art. 7º, XXIX, da Constituição, o transcurso desse biênio, a partir da extinção do contrato, faria prescrita toda e qualquer pretensão relativa ao vínculo de emprego), imaginemos uma redução salarial ocorrida há sete anos. Duas resoluções possíveis: a) se a redução fez o salário menor que o mínimo legal ou convencional, o empregado terá direito apenas às diferenças salariais exigíveis nos cinco anos que antecederam a sua ação judicial – prescrição parcial; b) se a redução alterou, para menos, apenas o salário *contratual*, sem inobservância de texto de lei, a prescrição, sendo suscitada, será total, nenhuma diferença salarial sendo assegurada ao empregado.

II. Na mesma relação de emprego imaginada no exemplo precedente, especulemos agora sobre a alteração da jornada de trabalho, que teria sido dilatada de seis para oito horas há dez anos. Por igual, duas soluções: a) se há jornada reduzida por obra de lei, a prescrição será parcial, sendo devidas, como horas extraordinárias, a sétima e a oitava horas prestadas além do limite legal ou convencional; b) se a jornada de seis horas era meramente *contratual*, a alteração dessa cláusula do contrato ter-se-á consolidado após o transcurso dos cinco anos seguintes, nada sendo devido ao empregado que deixara o prazo se exaurir sem propor a ação judicial devida – prescrição total.

No campo conceitual, cabem, todavia, mais duas relevantes observações a respeito da distinção entre prescrição total e prescrição parcial: não se confunde a prescrição bienal, que flui a partir da cessação do contrato (por alguns chamada igualmente de prescrição total), com a prescrição que é total e quinquenal. A

prescrição total a que se refere a Súmula nº 294 do TST é a quinquenal (sob a vigência da Constituição de 1988⁷), não se distinguindo da prescrição parcial em razão do prazo prescricional, mas sim pelo efeito devastador que gera, sequer pondo a salvo as prestações exigíveis no lustro anterior ao ajuizamento da ação. Segunda observação: a norma contra cuja violação corre prescrição parcial é a norma inserta em regra legal (em vigor), e não em normas constitucionais, que estão em um grau maior de abstração. Tratemos de pôr em análise essa última observação.

3.2 – A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional

Entre os direitos de indisponibilidade absoluta, vimos que o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição no sentido de somente aqueles previstos em lei *stricto sensu* desencadearem, quando violados, o prazo de prescrição parcial. Poder-se-ia argumentar que, sendo superior à regra legal, a norma constitucional também deveria, se infringida, dar ensejo à prescrição somente das parcelas exigíveis no último quinquênio (prescrição parcial), e não à prescrição total. Isso importaria, por exemplo, a adoção da prescrição parcial em todos os casos de redução salarial, pois o art. 7ºVI, da Constituição estaria, nesses casos, malferido. Vemos com absoluta docilidade esse ponto de vista.

A orientação pretoriana que tem prevalecido é, contudo, firme ao aplicar a prescrição parcial somente em casos de violação de lei, em sentido estrito. A alteração de cláusula do contrato, que agride a norma constitucional, mas não um preceito de lei, consolida-se cinco anos depois, pois contra ela corre prescrição total, e não de parcelas. Exemplo dessa posição está na Orientação Jurisprudencial nº 248 da SDI I do TST, que trata da redução do percentual de comissões, um caso típico de redução salarial. O Tribunal Superior do Trabalho

7 TST, 5ª T., Processo nº RR 467793/98, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 03.04.02, DJ 19.04.92. No mesmo sentido: TST, 2ª T., Processo RR 360063/97, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, j. 18.12.01, DJ 01.03.02. Até ser editada a Constituição de 1988, o prazo de prescrição parcial, no âmbito trabalhista, era de dois anos, como se verifica, *exempli gratia*, de excerto do acórdão que figurou como caso-líder da Súmula nº 294 do TST, da lavra do Min. Marco Aurélio: “(...) a esta altura é dado concluir que estando o direito às parcelas assegurado por preceito imperativo, a prescrição é sempre parcial, alcançando apenas a demanda alusiva àquelas que se tornaram exigíveis em período anterior ao prazo assinalado em lei para a propositura da ação, o qual, no campo trabalhista, é de dois anos. O titular do direito atual e inobservado o invoca não com base no contrato, mas na lei, cujas disposições colocara em plano secundário a vontade das partes. Este aspecto levou Orlando Gomes à adjetivação mencionada. O direito em si à parcela, porque previsto em preceito imperativo, é, para repetir o mestre baiano, inesgotável, enquanto existir a relação jurídica que aproxima empregado e empregador e os torna detentores de obrigações e senhores de direitos” (TSFIUJ-RR 6928/86.3, Tribunal Pleno, Ac. TP 556/89, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.04.89).

tem entendido que o ato patronal é único, não havendo violação de lei após a sua prática, mas somente na hora de seu cometimento. Contra o ato único do empregador, que fere apenas o contrato, flui a prescrição total, que se opera quando passados cinco anos, contados do ato de alteração contratual.

O mesmo se dá na redução salarial que ocorre por via oblíqua, por exemplo, quando o empregador que contratou e realiza o pagamento de triênios reduz indiretamente essa vantagem, passando a pagar quinquênios. E, seguindo a mesma toada, a Orientação Jurisprudencial nº 242 da SDI I do TST é, noutra hipótese, taxativa: “Embora haja previsão legal para o direito à hora extra, inexistente previsão (legal) para a incorporação ao salário do respectivo adicional, razão pela qual deve incidir a prescrição total”.

Ademais, a lei infringida deve estar em vigor , para que a prescrição aplicada seja a parcial. Quando empregados de todo o Brasil postularam reajustes salariais suprimidos por planos econômicos de governo, a jurisprudência trabalhista se posicionou no sentido de a revogação das leis, que previam os citados reajustes, reduzir ao contrato a fonte do direito. Por isso a Orientação Jurisprudencial nº 243 da SDI I do TST que recomenda a prescrição total nessa hipótese.

3.3 – A possível influência do atual Código Civil no debate sobre a prescrição total de pretensão fundada em nulidade

A nosso pensamento, está a merecer alguma reflexão a importância que o Direito do Trabalho ou, em verdade, os seus mais qualificados intérpretes têm dado ao princípio da segurança jurídica, em rota sempre ascendente de prestígio a esse postulado e à consequente sublimação da modalidade de prescrição que mais acentuadamente o contempla, a prescrição total. Parece que se foi longe demais, desacoplando-se assim o direito laboral da árvore do Direito comum que, em direção oposta, tem consagrado a imprescritibilidade da pretensão derivada de ato nulo.

O que justifica a existência do Direito do Trabalho não é a instituição de marcos regulatórios para a atividade empresarial, pois dessa tarefa podem cuidar com séculos de valiosa experiência, outros ramos do Direito privado. A proteção à dignidade humana é o seu verdadeiro foco, o seu marco regulatório, cabendo a esse setor do Direito, à doutrina e à Justiça especializada revelar o conteúdo

8 Vide Orientação Jurisprudencial nº 76 da SDI I do TST.

dos direitos fundamentais de índole social e trabalhista, sempre de modo a assegurar existência e trabalho dignos a todos quantos os titularizem.

A máxima efetividade dos direitos fundamentais talvez não combine facilmente com a consolidação de atos que lhes sejam lesivos, pondo à prova a *fundamentalidade* desses direitos. Mas é da validação de tais atos (supostamente nulos) que se cuida quando a jurisprudência trabalhista consagra a prescrição total de pretensões atinentes à redução de salário contratual. A Constituição proscreeve não somente a redução do salário legal, mas igualmente o ato patronal que reduz o salário ajustado e assim desestabiliza o meio primário de subsistência do homem que trabalha, perturbando a sua vida familiar e gregária, comprometendo, enfim, o valor social que é conquista imanente ao seu trabalho e é também um valor constitucional. A negociação coletiva é o único modo de legitimar a redução de salário contratual que esteja a ameaçar a sobrevivência da empresa (art. 7º, VI, da Constituição) – fora daí há violação de direito fundamental.

E qual, afinal, a regra do Código Civil em vigor sobre os efeitos da prescrição que corre contra a alteração contratual ilícita? Esqueçamos, por um instante, a regência da relação de emprego pelo Direito do Trabalho e, aproveitando somente a nulidade nele estabelecida para as alterações contratuais lesivas (art. 468 da CIT), indaguemos ao Direito comum a regra sobre prescrição a ser aplicada à espécie.

De início, vale a pena constatar a preocupação, no novo compêndio, de distinguir os casos de prescrição e decadência. O atual código traça uma linha divisória entre os casos nos quais há vícios de vontade que geram anulabilidade do contrato e aqueles outros que dão origem a nulidade contratual. A razão é simples: a anulabilidade exige a intervenção judicial e, por isso, a pretensão contra a cláusula contratual lesiva é de natureza constitutiva, atraindo assim a incidência de prazo decadencial; por sua vez, a nulidade opera sem necessidade de declaração judicial, gerando efeito *ex tunc* e pretensão condenatória, o que basta para atrair a incidência de prazo prescricional. É lição de propedêutica que a decadência atinge pretensões constitutivas (ou desconstitutivas) e a prescrição alcança pretensões condenatórias.

As hipóteses de nulidade e de anulabilidade atendem à política legislativa. A simulação, por exemplo, era vício de consentimento que gerava anulabilidade sob a regência do Código Civil de 1916 e implica nulidade a partir do novo código (art. 167⁹). Os vícios de consentimento que implicam a anulabilidade

9 CC. “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

da avença, no atual código, são o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores¹⁰. Em todos esses casos, há necessidade de ação (des)constitutiva com vistas à rescisão contratual e, por isso, o prazo previsto para essa ação é decadencial¹¹ – sem que se vislumbre um direito preexistente, a inércia da parte inocente impede o surgimento do direito à dissolução contratual.

Sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 468¹²), a coação moral ou econômica que se presume nas alterações prejudiciais intercorrentes ao contrato impõe a nulidade, assim também sucedendo com o ato resultante da tentativa de fraudar ou desvirtuar a proteção trabalhista³. A diferença de tratamento quanto à coação e à fraude, quando comparada a legislação trabalhista com a civil (que prevê, de modo mais brando, a anulabilidade nesses casos), justifica-se pela singela circunstância de o vínculo de emprego ser caracterizado pela debilidade de um dos seus atores, vulnerabilizado pela presença de subsistir com o salário, enquanto há salário.

Houve tempo em que as categorias jurídicas hauridas no Direito Civil eram assimiladas com acentuada reserva pelos juslaboralistas, pois não se compatibilizava com os princípios do Direito do Trabalho aquele conjunto de regras extremamente formal (abstraiam-se das causas do contrato e da boa-fé objetiva) e de inspiração individualista (o fim social da empresa e dos direitos patrimoniais escapava das balizas do *pacta sunt servanda*).

A verdade, porém, é que o Código Civil de 2002 é boa centelha. Nasceu sob os viçosos pálios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, como tantas vezes proclamou o jurista Miguel Reale. Entrou em cena, portanto, para realizar o postulado da dignidade humana e, não bastasse tão auspicioso

10 “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

11 “Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear a anulação do negócio jurídico, contado:

I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

12 CLT. “Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

13 CLT. “Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

desígnio, corrigiu atecniaas da lei anterior de modo a permitir que os seus princípios e regras ganhassem efetividade.

O direito laboral será sempre o sistema compensatório da desigualdade no mundo do trabalho, sendo imprescindível a produção metódica e analítica das normas que visam a atender a esse desiderato, com os olhos voltados à pacificação social. Mas é certo que o Direito do Trabalho não é um departamento estanque na ordem jurídica, alheio à necessidade de interagir com outros sistemas jurídicos que porventura avancem, mais acesamente, na definição de seus conceitos ou no aperfeiçoamento de suas regras de proteção. Se a norma de Direito Civil deu nova conformação à invalidade do contrato, explicitando o modo como devem interagir a nulidade contratual e a prescrição extintiva, cabe ao intérprete do Direito do Trabalho consultar o novo regramento para somente depois resolver acerca de sua possível subsidiariedade.

Sobre o tema, estabelece o art. 169 do Código Civil que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. A norma encerra antiga polêmica entre modelos hermenêuticos, mas a inovação é sobretudo de forma, vale dizer, inova-se a inserção da regra no direito positivo para que se dissipem as dúvidas inconvenientes. Moreira Alves¹⁴, usando de elogiável capacidade de síntese, esclarece:

“Inovando, o art. 169 determina que ‘o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo’. Em se tratando de negócio jurídico nulo, também no Direito romano se acha a regra de Paulo, segundo a qual *quod initio viciosum est, non potest tractu temporis convalescere* (D. 50.17.29). Todavia, em hipóteses excepcionais, e por determinação do ordenamento jurídico, pode validar se um negócio jurídico originariamente nulo com a confirmação dele pela pessoa que possa valer-se de sua nulidade.” (cfe. Fr. Vat. 294; D. 31.77.17; D. 32.33.2; D. 34.2.13)

Em rigor, a jurisprudência reclamava a imprescritibilidade do ato nulo e, a bem dizer, já a afirmava quando a cuidar de interesses e valores de variado matiz. Precedente do Superior Tribunal Justiça revela essa senda:

“CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. NULIDADE DA ESCRITURA. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE FATO.

14 ALVES, José Carlos Moreira. *O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas*. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>>.

I. Resultando provado que a escritura de compra e venda foi forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição. A nulidade é perpétua, no sentido de que, em princípio, não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido.

II. Matéria de prova em que se forrou a causa, não se a examina no especial.

III. Recurso não conhecido.” (REsp 12.511/SP, Rel. Min. Walde-
mar Zveiter, 3ª T., j. 08.10.91, DJ 04.11.91, p. 15.684)

Também a doutrina assim se posicionava, como se extrai das lições de Caio Mário da Silva Pereira¹⁵:

“O ato nulo é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: *quod nullum esse nullum pro oducit effectum*. (...) Nem a vontade das partes nem o decurso do tempo pode sanar a irregularidade. A primeira, para tanto, é ineficaz, por não ser o ato nulo passível de ratificação. O segundo não opera o convalidamento, senão *longi temporis*, porque o defeito de origem subsiste, até que a autoridade judiciária pronuncie a ineficácia: *quod ab initio vitiosum esse non potest tractu temporis convalidare*.”

É de se reiterar, entretanto, que a imprescritibilidade da pretensão consequente de ato nulo não implica *ipso jure* a imprescritibilidade da pretensão trabalhista de natureza condenatória que lhe é correlata, pois é certo que a Constituição impõe a prescrição das parcelas após o quinto ano de sua exigibilidade (art. 7º, XXIX). Assim, poderíamos sintetizar: a alteração contratual nula não convalesce após cinco anos, embora prescrevam as prestações, apenas as prestações correspondentes, se devidas mais de cinco antes do ajuizamento da ação.

Ilustrando essa ideia, dir-se-ia que a adoção da regra de Direito Civil, na relação de emprego, resultaria na aplicação somente da prescrição parcial em todos os casos nos quais incidisse a nulidade prevista no art. 468 da CLT, ou seja, prescreveriam apenas as parcelas exigíveis antes do prazo quinquenal sempre que se postulassem horas extras em razão de alteração contratual relativa, por exemplo, ao estancamento de jornada ajustada ao início do vínculo ou, noutra hipótese, à redução direta ou indireta de salário previsto em contrato.

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 641. v. 1.

A alteração contratual, por ser nula, não convalesceria pelo decorrer do tempo, não obstante que as prestações devidas em razão da citada alteração estivessem sujeitas à prescrição quinquenal.

3.4 – A jurisprudência trabalhista sobre a prescrição da pretensão que investe contra o negócio jurídico nulo

A regra de Direito Civil, a da imprescritibilidade da pretensão alusiva aos efeitos de ato nulo, já predominou no Direito do Trabalho. Dela cuidava o antigo Pré-julgado nº 48 doTST¹⁶, mais adiante convertido no antigo Enunciado nº 168 do TST:

“Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina.”

Mas percebe-se que esse modo de compreender e aplicar a prescrição vigorou plenamente, na jurisprudência trabalhista, somente até 25.03. 85, ou seja, até quando o órgão máximo da Justiça do Trabalho editou o Enunciado nº 198 e, com ele, a regra de restar inexigível, após o decurso do prazo de prescrição trabalhista (à época de dois anos), a pretensão nascida de ato único do empregador. Predizia o Enunciado nº 198 do TST:

“Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito.”

A expressão “ato único do empregador” mostrou-se, em verdade, extremamente dúbia¹⁷, pois rendia ensejo a pelo menos três significados: a) o ato patronal de efeito instantâneo (v.g. um ato punitivo de advertência ou suspensão disciplinar, ou ainda um desconto salarial em mês específico); b) o ato

16 Caso-líder: E-RR 836/74.

17 À época em que se julgou o IUJ, por meio do qual se editou a Súmula nº 294, o voto vencido do Ministro Barata Silva traduziu a perplexidade dos membros do TST a propósito do sentido que deveriam dar à expressão “ato único do empregador”: “Via de regra, todo ato lesivo ao empregado atinge-o no salário e, desta forma, alcança prestações de trato sucessivo. Por outro lado, é sempre possível que o empregador atue de forma a modificar as condições contratuais, com prejuízo para o trabalhador, e, nesse sentido, todas essas modificações, tais como, supressão de horas extras habituais, alteração do critério de pagamento de determinada parcela, desvio de função etc., poderiam facilmente ser caracterizadas como ato único do empregador e, mesmo repercutindo em prestações de trato sucessivo, tenderiam a configurar a hipótese contida no Enunciado nº 198 desta Corte”.

Ainda sobre a dubiedade da expressão “ato único”, ver Denise Arantes Santos Vasconcelos (Op. cit., p. 93).

patronal que, não consistindo em alteração do contrato, surtia efeitos que repercutiam na continuidade do vínculo (v.g. o enquadramento funcional); c) a alteração unilateral do contrato com efeitos igualmente sentidos no restante da relação laboral (v.g. a transferência abusiva para outra localidade, a redução do salário contratual, o aumento da jornada sem extrapolção do limite legal).

Se era para fazer alusão ao primeiro desses significados, o novo verbete (Enunciado nº 198), por dizer o óbvio, não parecia necessário. Provavelmente por essa razão, seis dos ministros que integravam o Pleno do TST votaram pela desnecessidade da alteração¹⁸, outros três se insurgindo contra a sua redação¹⁹. É certo que, no âmbito trabalhista, a Constituição atual inviabiliza, por ora, o debate sobre o tema, pois impõe²⁰ a prescrição de cinco anos a partir da exigibilidade da pretensão e, na hipótese sob análise, inexistiriam pretensões exigíveis no quinquênio que antecederia a propositura da ação. Logo, a prescrição total incide inexoravelmente contra a pretensão esgrimida para invalidar o ato único do empregador, nessa sua primeira modalidade.

O mesmo se diz no tocante à prescrição total do segundo tipo de pretensão, qual seja, aquela que se rebela contra ato patronal não caracterizado como alteração do contrato, mas cujos efeitos refletem no restante da contratualidade. É, ilustrativamente, o caso de enquadramento em plano de cargos e salários que se mostre lesivo ao trabalhador. A inércia do empregado faz consolidar-se o enquadramento original e supostamente ilícito, não obstante se salvem as diferenças salariais que derivem de desvio funcional no caso de se verificar que a norma regulamentar violada ainda subsiste no período não alcançado pela prescrição (Súmula nº 275 do TST²¹).

A adoção da prescrição total na terceira hipótese é, porém, susceptível a crítica no momento atual. É que já agora teríamos uma alteração unilateral e prejudicial ao empregado, que se revelaria nula com base no art. 468 da CLT, não convalidando essa nulidade pelo decurso do tempo em vista da incidência

18 Ministros Alves de Almeida, João Wagner, Orlando Teixeira da Costa, Hélio Regato, Pajehü Macedo Silva e Coqueijo Costa.

19 Ministros Fernando Franco, Ildélio Martins e Marco Aurélio.

20 Impõe-no o art. 7º, XXIX, da Constituição, sem que norma inferior elasteça, como poderia elastecer (art. 7º, *caput*), o prazo assim previsto.

21 Súmula nº 275. "PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO.

I. Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento.

II. Em se tratando de pedido de reenquadramento, a prescrição é total, contada da data do enquadramento do empregado". (Res. 129/05, DJ 20, 22 e 25.04.05).

do art. 169 do Código Civil. Nada há no texto da Constituição ou da CLT que imponha ou sugira a prescrição total referida, para a espécie, pela Súmula nº 294 do TST:

“Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”²²

À leitura do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, por meio do qual o Pleno do TST deliberou pela edição da Súmula nº 294, observa-se que o eminente Ministro Marco Aurélio, relator do IUP³, enumerou – assim procedendo em sintonia com as conjecturas jurídicas daquele momento – os motivos que o faziam receptivo à adoção da prescrição total sempre que o direito violado não estivesse contemplado em lei. Os seus fundamentos poderiam ser assim esquematizados:

a) Em princípio, o engessamento das cláusulas contratuais deveria ser questionado sob o argumento seguinte: “Os preceitos legais trabalhistas encerram garantias mínimas ao trabalhador em virtude de intervenção do Estado com o fito de corrigir o desequilíbrio econômico entre as partes contratantes. Observando-as, as partes podem, a partir daí, contratar o que melhor lhes aprouver. Frente ao contido nos arts. 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, diz-se, então, que as normas trabalhistas são imperativas quanto aos interesses dos empregados e dispositivas em relação àqueles que se colocaram no âmbito do patrimônio do empregador. Os avanços patronais no campo social são plenamente válidos e devem ser estimulados, porquanto oportuno se mostra o princípio da autonomia na manifestação da vontade”.

b) A CLT conteria dois dispositivos que tratariam da prescrição (arts. 11 e 119), sendo que enquanto o art. 11 estaria a estabelecer que “prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”; o art. 119, no capítulo regente do salário mínimo, seria explícito quanto à adoção da prescrição parcial: “Prescreve em 2 (dois) anos a ação para

22 Sobre o tema, observa Denise Arantes Santos Vasconcelos (Op. cit., p. 92) que “a definição da prescrição total encontra-se, hoje, consubstanciada na Súmula nº 294 do TST”. Em nota, a autora remata que, “nesse sentido, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula nº 409 que dispõe: ‘409 – AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL TOTAL OU PARCIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXIX, DA CF/88. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL (...) – Não procede ação rescisória calcada em violação do art. 7º, XXIX, da CF/88 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial (...)’”.

23 TST-IUJ-RR 6928/86.3, Tribunal Pleno, Ac. TP 556/89, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.04.89.

reaver a diferença, contados, para cada pagamento, da data em que o mesmo tenha sido efetuado”. Portanto, a regra geral seria a prescrição total, reservando-se a prescrição parcial para as hipóteses de violação de preceito imperativo.

c) A prescrição da pretensão relativa à invalidade da alteração contratual contaminaria a pretensão concernente às prestações salariais mais recentes. Sob a égide da Constituição de 1967 e do antigo Código Civil, assim se manifestou, em seu voto vencedor, o Ministro Marco Aurélio: “O legislador trabalhista pátrio, atento ao caráter informativo dos princípios de Direito, teve presente o da irrenunciabilidade, apontando como elemento definidor da licitude da alteração contratual a ausência de prejuízo para o empregado, ficando relegada a plano secundário a manifestação de vontade deste. A pedra de toque do sistema é, portanto, o art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ora, se o empregador, contando, ou não, com a manifestação de vontade do empregado, causa-lhe prejuízo ao alterar o que fora contratado além da garantia mínima prevista em lei, dúvidas não pairam sobre o cometimento de um ilícito trabalhista, a teor do disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, no que assegura não o direito em si a qualquer parcela, mas à intangibilidade do contrato de trabalho. Verificado o ato, surge no patrimônio do prestador dos serviços um direito atual – o de ver mantidas as condições primitivas – e exigível: neste instante nasce o direito de ação. A partir do surgimento da ação exercitável, tem início a contagem do prazo prescricional. O empregado conta com dois anos para pleitear a declaração e a reparação do direito, no interesse de preservar o *status quo ante*, com o pagamento das diferenças das parcelas satisfeitas de forma imprópria, ou seja, com base nas condições que resultaram da alteração do contrato. Decorridos mais de dois anos da prática do ato violador do direito via alteração do contrato de trabalho, forçoso é concluir pela prescrição total. As diferenças pleiteadas não têm vida própria. A condenação em satisfazê-las pressupõe o julgamento da controvérsia em torno da modificação contratual introduzida, ou seja, o exame do ato do empregador frente ao disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Se quanto a esta pretensão a demanda já se encontra fulminada pelo biênio, quanto à outra descabe falar em prescrição parcial. As diferenças pleiteadas consubstanciam direito acessório, jungidas ao principal, no caso, aquele pertinente à preservação das condições contratuais, como se infere da relação entre principal e acessório instituída pelo art. 58 do Código Civil”. O ministro relator, à semelhança do procurador do trabalho que emitira parecer no IUJ, transcreveu decisão do STF nesse sentido: “Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em

relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário seria admitir efeito sem causa” (Ac. 1ª T.-STF, DJU de 11.09.81, p. 8794, RE-94.679-9-SP, Rel. Min. Soares Munõz). Da mesma forma decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE-94.136-3: “Decreto nº 20.910/32, art. 19 – GRATIFICAÇÃO *PRO LABORE*. EXTINÇÃO DA AÇÃO PARA OBTER O BENEFÍCIO. PRECEDENTES. Prescrição referente ao próprio direito ou vantagem reclamado, a cuja postulação se deixou ficar inerte o interessado, no decurso do prazo extintivo, e não prescrição referente às prestações de trato sucessivo decorrentes de um direito reconhecido ou de uma situação permanente. Espécies distintas. Recurso Extraordinário conhecido e provido”. (STF-94.136-3, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª T., DJU 19.09.81, p. 91.591).

O acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio seguiu a linha de argumentação condizente com as regras de Direito Civil que vigoravam à época. Não havia dispositivo legal que assegurasse a imprescritibilidade dos efeitos do ato nulo e, na seara trabalhista, era mesmo ampla, como de resto ainda é, a doutrina que distingue a indisponibilidade absoluta dos direitos previstos em lei da indisponibilidade relativa dos direitos previstos apenas em contrato ou norma não estatal, justificando-se a aplicação da prescrição parcial somente na primeira hipótese.

Nos dias que correm, a matriz jurídica é bem outra: suprindo a omissão das leis trabalhistas (e da antiga lei civil), teríamos o art. 169 do Código Civil a consagrar que negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo, prestando-se a especificidade do direito do trabalho para agregar que a alteração contratual que prejudica o empregado é nula e, portanto, insusceptível de prescrição que a consolide.

De jure ferenda, dir-se-ia que não persiste a relação de acessoriedade entre a prescrição que afetaria a nulidade da alteração contratual e, por derivação, a prescrição das parcelas salariais daí decorrentes, pois a alteração contratual que contraria o art. 468 é nula e não susceptível de prescrição, sob a nova ordem. Logo, salvam-se as prestações salariais exigíveis no quinquênio que antecede a propositura da ação judicial. A subsidiariedade das normas compatíveis de direito comum, autorizada pelo art. 8º da CLT, conduz inexoravelmente a esse desfecho.

Acerca dos argumentos metajurídicos revisitados pelo Ministro Marco Aurélio, especialmente a premissa de que “os avanços patronais no campo social são plenamente válidos e devem ser estimulados, porquanto oportuno se mostra o princípio da autonomia na manifestação da vontade”, caberia ponderar que estamos, já agora, sob a regência de uma ordem constitucional

que elevou a direito fundamental a irredutibilidade do salário originalmente previsto em contrato e excluiu desse espectro apenas a redução salarial ocorrida pela via da negociação coletiva. Há, visivelmente, uma nova conformação para os valores jurídicos sob exame. Os dispositivos que consagram a liberdade de empreendimento a associam à dignidade humana e à valorização do trabalho (arts. 1º, III, e 170 da Constituição), não a contemplando como um valor *per se*: só há livre iniciativa se justa é a condição de trabalho.

De tudo se extrai a propriedade da tese que consubstanciaria o resgate da regra outrora consagrada pela Súmula nº 168 do TST, porquanto a adoção universal da prescrição parcial reincluiria o Direito do Trabalho no sistema de Direito Privado que proscreve a consolidação jurídica de atos nulos, quaisquer atos nulos.

3.5 – A extinção do contrato como único termo inicial da prescrição bienal

Outra matéria instigante é, como visto, acerca da possibilidade de se aplicar, por extensão, o prazo bienal de prescrição a hipóteses não mencionadas na carta constitucional. E a primeira observação, na espécie, diz com a característica de o biênio prescritivo ter -se desgarrado, sob a vigência da Constituição de 1988, da premissa segundo a qual os prazos de prescrição devem iniciar-se com o surgimento da pretensão.

O princípio *actio nata* tende à universalidade, mas a ordem jurídica pode consagrar uma ou outra exceção. Desde que a prescrição não flua, em atentado à lógica, desde antes do nascimento do direito correspondente de ação, é certo que a lei pode estabelecer um termo inicial diferenciado para algum prazo prescricional, um termo inicial que porventura não coincida com o aparecimento da pretensão. É o caso, por exemplo, do biênio prescritivo instituído a partir da dissolução do contrato (art. 7º, XXIX, da Constituição).

Embora a prescrição trabalhista quinquenal se inicie com a lesão ao direito, o poder constituinte estabeleceu um limite secundário, a ser observado nos casos em que há a cessação do vínculo de emprego. Comportando restrição de direito e, portanto, interpretação restritiva, o prazo bienal somente se opera quando o liame empregatício se dissolve e a partir da data na qual esse evento acontece. Fora daí, seria de aplicar-se apenas a prescrição quinquenal.

Há, porém e pontualmente, a adoção, pela jurisprudência trabalhista, do prazo bienal de prescrição em temas que não lhe são afetos. Algumas cortes regionais o aplicam, por exemplo, quando pronunciam a prescrição intercorrente ou mesmo a prescrição da pretensão executória (art. 884, § 1º, da CLT), a pretexto de que o fazem em razão de a relação jurídica já haver cessado. Adotam

a prescrição de dois anos porque o contrato se rompeu, quando a Constituição só a contempla *a partir do* fim do contrato, não o aplicando pelo fato singelo de o contrato haver terminado. O critério constitucional para a adoção do prazo bienal é alusivo à *contagem* do prazo, mas a jurisprudência inova um critério de *cabimento* que a norma constitucional não reconhece.

Outra vertente jurisprudencial que incorre na mesma senda, a de ajustar a prescrição bienal à hipótese não prevista na Constituição ou em lei, é aquela que faz perdurar, sem ressalva, a vigência da Súmula nº 326 do TST, a saber:

“Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria.”

Se a jurisprudência constitucional já se consolidou no sentido de a aposentadoria espontânea não implicar a terminação do vínculo de emprego, por que haveria de a prescrição bienal fluir a partir da aposentadoria? Não é fácil identificar a base jurídica para a preservação dessa corrente jurisprudencial. Mormente quando a lesão (pagamento de benefício em valor menor que o previsto) ocorre sempre após a aposentadoria já se ter consolidado, ao menos no mês seguinte àquele em que se aposentou o trabalhador segurado – o mês no qual recebe a primeira mensalidade de seus proventos.

Inquietante é a hipótese em que a complementação dos proventos da aposentadoria se inicia algum tempo após o contrato cessar e mesmo depois de o empregado aposentar-se. É o que se dá, *exempli gratia*, quando o trabalhador continua a contribuir para o plano de previdência privada depois de dissolver-se o seu emprego e após estar recebendo os proventos da aposentadoria pagos pela Previdência Social, assim persistindo até completar o período aquisitivo de seu direito à citada complementação, a ser paga pela entidade de previdência privada. A simples adoção da Súmula nº 326 implicaria a imposição de prescrição (bienal) que se iniciaria antes do direito subjetivo de ação surgir, havendo precedentes do TST que, nesse caso, não aplicam tal verbete por essa óbvia razão.

3.6 – Súmulas ns. 326 e 327 do TST – A complementação de proventos da aposentadoria

Há grandes empresas que instituem planos de complementação de proventos da aposentadoria com vistas a impedir que os seus empregados sofram redução em seus ganhos quando optarem por dela se afastar, na ocasião em que se aposentarem. É de se observar que o trabalhador insatisfeito com o

valor fixado para esse complemento não estaria mais submisso ao poder patronal, pois ter-se-ia aposentado e deliberado afastar-se do emprego.

Logo, pareceria, nessa hipótese e à primeira vista, mais consentânea a tese da prescrição total, ou seja, a ideia de submeter toda a pretensão, não apenas as parcelas exigíveis antes do quinquênio, aos efeitos da prescrição. Após acesa controvérsia, o TST posicionou-se sobre o tema em 1993, distinguindo duas hipóteses que foram bem retratadas nas Súmulas ns. 326 e 327 de sua jurisprudência. Depois de sofrerem emendas de redação que não contaminaram a sua essência, os mencionados verbetes hoje recomendam:

“Súmula nº 326. Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria.

Súmula nº 327. Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio.”

Em suma, quando o trabalhador aposentado nota não estiver recebendo a complementação de proventos – contratada durante o vínculo – tem contra si a prescrição bienal que corre a partir da aposentadoria e a sua pretensão encontra-se inteiramente inexigível se ele deixa fluir esse prazo sem acionar o Poder Judiciário. A seu turno, o trabalhador que está recebendo a complementação de proventos, mas em valor menor que o ajustado, tem contra si a prescrição parcial quinquenal.

Não obstante, judiciosa e inspirada em critérios de racionalidade, poderia questionar-se essa posição jurisprudencial por algumas razões, a que o espírito meramente investigativo e acadêmico desse trabalho não se pode furtar. Sobre a Súmula nº 326, já se disse da aparente impropriedade de adotar-se a aposentadoria como termo inicial de prescrição bienal, dado que a Constituição contempla somente a cessação do contrato como evento a partir do qual pode fluir a prescrição de dois anos; e o STF já decidiu, em instância inexecutível, que a aposentadoria voluntária não faz cessar o emprego.

Ademais, a Súmula nº 327 do TST está em sintonia com a ordem jurídica quando adota apenas a prescrição parcial nos casos de diferenças da complementação de proventos. Ao rejeitar a adoção da prescrição total, mesmo quando a diferença de proventos tem como fundamento alguma alteração de norma regulamentar (sem previsão em lei), o verbebo estaria, aparentemente, a recusar o critério estabelecido por jurisprudência consolidada a respeito

das pretensões nascidas durante o liame empregatício. Curiosamente, o trabalhador aposentado estaria mais protegido contra a coação patronal que o seu colega que ainda se sujeita ao poder diretivo – para aquele, a prescrição parcial da Súmula nº 327; para este, na mesma hipótese de alteração de norma regulamentar, a prescrição total da Súmula nº 294.

É certo, porém, que a mudança, se sobrevier, não deverá atingir a Súmula nº 327 – que contempla a prescrição parcial para a pretensão concernente à diferença de complementação de aposentadoria – porque esse verbete tem, atualmente, base legal específica. A saber, o art. 75 da Lei Complementar nº 109/01, que regula o regime de previdência complementar, prediz:

“Art. 75. Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.”

Ao ressaltar o direito ao benefício, mas submetendo as prestações aos efeitos da prescrição quinquenal, o citado dispositivo legal adota a regra da prescrição parcial, afinando-se com a jurisprudência que, oriunda do TST, já desde antes consagrava esse entendimento. A bem ver, inclusive para os trabalhadores aposentados, que muita vez não mais se sujeitam ao comando patronal, sobrevive fundamento consistente para a adoção da prescrição parcial. A prescrição de parcelas seria, portanto, a regra universal na seara trabalhista.

Contudo, o TST tem ampliado a aplicação da Súmula nº 326 para fazê-la alcançar duas hipóteses a que ela textualmente não se reporta: a incorporação de parcela jamais recebida após a aposentadoria, na base de cálculo da complementação de proventos, e a revisão da complementação de proventos com base em aplicação de norma regulamentar que teria sido alterada durante o vínculo. E assim sucede, não obstante, essas duas situações pareçam estar sob a regência do mencionado art. 75 da Lei Complementar nº 109/01, que prevê a prescrição apenas parcial sempre que a pretensão é alusiva à diferença de complementação de proventos, não à própria complementação. Voltaremos ao tema no tópico seguinte, visando a confrontar essa orientação jurisprudencial com aquela que vem de ser adotada pela Justiça comum, na espécie.

3.7 – A posição do STJ sobre o tema. Súmula nº 85 do STJ e prescrição do fundo de direito

Está visto que o TST distingue os casos em que o trabalhador pede a complementação de proventos daquele outro no qual se postulam apenas as

diferenças da complementação de proventos que já vem sendo paga. Se o pedido é de complementação de proventos, aplica-se a prescrição total de dois anos a partir da aposentadoria. Se o pedido é de diferenças da complementação que se paga, a prescrição é de cinco anos e parcial (atinge somente as parcelas exigíveis há mais de cinco anos).

A verdade é que o Superior Tribunal de Justiça tem apreciado, intensamente, a mesma matéria, ante a acesa discussão sobre a competência jurisdicional caber à Justiça comum ou à trabalhista. E também é fato que o STJ aplica apenas a prescrição quinquenal (Súmula nº 291 do STJ), pois as pretensões que aprecia sequer envolvem o empregador demandando-se, o mais das vezes, apenas contra as entidades de previdência privada, aquelas mesmas que costumam igualmente povoar as pautas trabalhistas.

Ainda no âmbito do STJ, há um verbete da súmula de sua jurisprudência que estabelece critérios assemelhados àqueles que equivaleriam à distinção entre prescrição total e parcial. A saber, orienta a Súmula nº 85 do STJ:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.”

Portanto, nos casos em que nenhuma complementação de proventos vem sendo paga, o STJ tem adotado o entendimento de que a prescrição quinquenal atinge o próprio fundo de direito²⁴, assemelhando-se essa orientação à da Súmula nº 326 do TST, salvo quanto ao prazo prescricional (que para o TST seria de apenas dois anos). Mas quando não é o próprio direito à complementação de proventos que está em debate, pois somente se postulam diferenças da complementação que já são pagas mensalmente, o STJ aplica invariavelmente a prescrição parcial, vale dizer, “a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação”. Há aresto cuja transcrição é elucidativa:

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PRESCRIÇÃO. AÇÕES PROPOSTAS POR SEGURADOS E POR EX-SEGURADOS: DISTINÇÃO. Se, já não sendo segurado, o autor reclama a restituição do capital investido, a prescrição quinquenal apanha o próprio fundo do direito; se, ao revés, demanda na condição de segurado, postulando prestações ou diferenças, a prescrição alcança apenas as parcelas vencidas

24 Nesse sentido: EDcl nos EREsp 355.376/SP Rel. Min. Celso Limongi (Desembagador Convocado do TJ/SP), Terceira Seção, j. 09.06.10, DJe 02.08.10.

há mais de cinco anos. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp 431071/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, j. 13.06.07, DJ 02.08.07, p. 326)

É iterativa a jurisprudência que emana do STJ nessa direção²⁵, cabendo observar que ela se distancia do entendimento do TST apenas quando a corte trabalhista estende a aplicação da sua Súmula nº 326 a hipóteses que não estão nela expressamente contempladas, a exemplo de quando adota a prescrição total, com base em mencionado verbete, também a casos nos quais a complementação de proventos vem sendo paga a cada mês, mas o trabalhador aposentado pede a revisão de sua base de cálculo com base em alteração no regulamento de benefícios havida durante o liame empregatício²⁶ ou em virtude da incorporação de parcela jamais paga após a cessação do vínculo de emprego²⁷. Mesmo nesses casos, o STJ posiciona-se no sentido de aplicar a prescrição de parcelas²⁸.

-
- 25 Vide AGRG no AG 1061205/SP, Rel. Min. Raul Araújo Filho, 4ª T., j. 22.06.10, DJe 02.08.10; AgRg no REsp 1085267/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 11.05.10, DJe 31.05.10; AgRg no REsp 1085267/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 11.05.10, DJe 31.05.10; REsp 431071/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, j. 13.06.07, DJ 02.08.07, p. 326.
- 26 Precedentes da SBDI 1 do TST, inclusive da lavra deste articulista, no sentido de aplicar a prescrição total nessa hipótese: E-ED-RR-57800-54.2004.5.06.0001, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 22.06.10, DEJT 28.06.10; E-ED-RR-279400-61.2004.5.02.0001, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT 07.05.10; E-ED-RR-32040-89.2003.5.15.0033, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 30.04.10; E-ED-RR-247900-06.2000.5.02.0069, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 19.03.10; ED-E-RR-230200-11.2000.5.15.0051, Rel. Min. Vantuil Abdala, DEJT 29.10.09.
- 27 Precedentes do TST, inclusive da lavra deste articulista, no sentido de aplicar a prescrição total referida na Súmula nº 326 nos casos em que a parcela jamais integrou a complementação de proventos: TST-E-ED-RR-147100-69.2007.5.22.0003, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, SDI-I, DEJT 11.06.10; TST-E-RR-2103300-24.2006.5.09.0012, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, SDI-I, DEJT 04.06.10; TST-E-RR-1560040-17.2002.5.09.0004, Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho, SDI-I, DEJT 04.06.10; TST-E-ED-RR-106000-05.2002.5.03.0112, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, SDI-I, DEJT 04.06.10; TST-E-RR-98500-56.2004.5.03.0001, Rel. Min. Horácio Senna Pires, SDI-I, DEJT 23.04.10; TST-E-RR-583/2004-004-04-00.4, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, SDI-I, DEJT 13.11.09.
- 28 Acórdão do STJ sobre a diferença resultante da incorporação de parcela jamais integrada à complementação de proventos: AGRADO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. SOLIDARIEDADE. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO, GEF E REALINHAMENTO SALARIAL PAGOS AOS EMPREGADOS DA ATIVA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA E REEXAME DE PROVA. SÚMULAS STJ NS. 5 E 7. JUROS DE MORA. NÁUREZA ALIMENTAR DO DÉBITO. I. A questão relativa à existência de solidariedade entre o banco e a entidade de previdência privada por ele patrocinada foi solvida no Tribunal de origem com base na interpretação de cláusula do Edital de Privatização, daí a conclusão de que a citação, ocorrida em anterior ação proposta, interrompeu a prescrição, não podendo a questão ser revista em âmbito de Recurso Especial, ante o óbice das Súmulas ns. 5 e 7 desta Corte. II. Decidida a extensão do auxílio cesta-alimentação, da GEF e do realinhamento salarial à aposentadoria do recorrido com base na interpretação das normas estatutárias e na análise das circunstâncias fático-probatórias da causa, não pode a questão ser revista em âmbito de especial, a teor dos Enunciados ns. 5 e 7 da Súmula deste Tribunal.

4 – À GUIZA DE CONCLUSÃO

A prescrição trabalhista deve ter os seus preceitos legais interpretados em sintonia com o estado de debilidade contratual do trabalhador e com as balizas constitucionais afetas à configuração do Direito do Trabalho como direito fundamental.

No mesmo passo, a prescrição deve nortear-se pela mutação normativa que resultou, a partir da vigência do atual Código Civil, na consagração da tese de que estão imunes à prescrição os atos nulos, não obstante a prescrição quinquenal das prestações salariais correspondentes. A alteração contratual que não infringe lei específica, mas é danosa ao trabalhador, revela-se eivada de nulidade e, portanto, não convalesce pelo decurso do tempo. A prevalecer essa regra, a prescrição total não subsistiria no que toca às prestações de trato sucessivo que derivam de alteração estritamente contratual.

Noutro tópico, a prescrição bienal flui apenas a partir da cessação do contrato, que é dela um termo inicial, não uma hipótese de cabimento. Logo, destoa da norma constitucional a exegese que contempla outras hipóteses de termo inicial para o biênio prescritivo (trânsito em julgado da sentença de conhecimento para efeito de execução, aposentadoria para o fim de complementação de proventos etc.).

Mesmo a prescrição atinente ao pedido de complementação de proventos, ou seja, a prescrição que corre contra a pretensão nascida após a aposentadoria, não deve ajustar-se aos moldes da prescrição total, porquanto lei específica, regente da previdência complementar, sufraga a prescrição parcial em tal hipótese.

III. Os juro remuneratórios decorrentes de complementação de aposentadoria devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, tendo em vista seu caráter eminentemente alimentar. Precedentes. Agravo improvido (AgRg no REsp 1094248/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 11.11.08, DJe 28.11.08). Acórdão do STJ sobre diferença de complementação de proventos em razão de norma regulamentar jamais aplicada pela entidade de previdência privada: AGRG no AG 1061205/SP, citado em nota anterior.