

PRESCRIÇÃO DO TRABALHADOR RURAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 28/2000

Antônio Álvares da Silva*

Sumário: Conceito de prescrição. Prescrição e tempo. A questão da inconstitucionalidade. A doutrina dos direitos adquiridos. Normas prescricionais constitucionais. A prescrição e o direito intertemporal. O direito intertemporal das normas prescricionais, como matéria constitucional. Conclusões.

"...For every question about law there exists a right answer, even if there is continuing, perhaps interminable, controversy over which answer is the right one." Richard A Posner. *The problems of jurisprudence. Massachusetts: Harvard University Press, 1990, p. 161.* (Para toda questão jurídica há uma resposta correta, embora possa haver uma contínua e até interminável controvérsia para dizer qual resposta é a correta.)

"...Tendo em vista que uma lei faz parte de um sistema compreensivo mais vasto, o direito como um todo deve ser interpretado de modo a conferir, em princípio, maior coerência a este sistema." Ronald Dworkin. *O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 1999, p.25.*

"O tempo não existe. Só existe o passar do tempo." Millôr Fernandes. *Millôr definitivo. Porto Alegre: L & PM, 1994, p. 465.*

CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

Para o desenvolvimento lógico das idéias aqui expostas, precisaremos de alguns conceitos fundamentais. Expô-los-emos em resumo, remetendo o leitor interessado para maiores aprofundamentos a outra obra de nossa autoria.¹

Prescrição, em sentido lato, é o fato jurídico pelo qual, em virtude do transcurso do tempo, o credor perde o direito de exigir do devedor o cumprimento da obrigação e, nos direitos reais, pelas mesmas razões, o proprietário perde, em favor do possuidor, o domínio da coisa.

Para efeito deste estudo, o que nos interessa é a prescrição extintiva pois o que se discute é o tempo em que o trabalhador rural pode requerer seus direitos, principalmente depois das questões que EC/28 suscitou.²

* Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz do TRT da 3ª Região (MG).

1. SILVA, Antônio Álvares da. *Prescrição trabalhista na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 22 e ss. Também, para maiores detalhes, consulte-se FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição do CC brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 11 e ss.
2. É verdade, entretanto, o que afirma Aldyr Dias Vianna, Da prescrição no *Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.8.: "Com efeito, devemos ter em conta que prescrição é palavra substantiva, que não necessita de qualquer adjetivação, seja para torná-la aquisitiva, seja para dizer que ela é extintiva. Ela é tão-só e exclusivamente prescrição, nada mais."

DOUTRINA

Neste sentido, a prescrição é a perda do direito de ação pelo seu não exercício no prazo fixado em lei. Ou, em sentido contrário, como faz Börries von Feldman, tomando como pano de fundo o art. 194 do BGB, “prescrição é, segundo o BGB, o decurso do prazo que dá direito ao obrigado de recusar o cumprimento da prestação” (*Verjährung is nach dem Recht des BGB der Zeitablauf, der dem Verpflichten das Recht gibt, die Leistung zu verweigern.*)³

René Dekkers, como de sempre, é sintético e objetivo: “La prescription, dit l’article 2.219 du Code Civil est un moyen d’acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi.”⁴

Portanto o tempo e as condições legais de sua verificação constituem o fundamento da prescrição.

Na filtragem dos motivos que os autores apontam para justificar a prescrição, o que prepondera é mesmo a certeza das relações jurídicas e, em sentido mais amplo, a certeza das relações sociais e a paz pública que daí advêm.

Como salienta São Tomás de Aquino, “Intentio legislatoris est ut inducat hominem ad virtutem.” (A intenção do legislador existe para levar os homens à virtude).⁵ Todo ordenamento jurídico é uma valoração da realidade que o legislador deseja que se torne obrigatória para melhoria do nível de vida dos destinatários e obtenção da paz social.

Sempre que a ordem jurídica afirme princípios de ética, boa-fé, liberdade e justiça, tem de proteger quem, no contexto social, personifique tais valores.⁶

Todo direito que se transforma em subjetivo e integra o patrimônio de seu titular é consequência da ordem jurídica que não só o prevê mas também atua concretamente, para realizar o bem jurídico que nele está prometido. Afirma Radbruch que “Uma lei vale somente quando for aplicada na maioria dos casos de sua incidência.”⁷ De fato, melhor do que uma boa lei sem aplicação é uma lei imperfeita que se aplique com plenitude.

Esta ordem jurídica deve constituir-se de elementos estáveis que, regulando com efetividade a vida social, permita ao cidadão orientar sua conduta e, por normas estáveis, pautá-la segundo os padrões determinados.

O Direito não pode depender apenas da autoridade dos tribunais ao julgar casos concretos, quando há uma controvérsia. É necessário que, pela exegese dos juristas e

3. Münchner Kommentar zum BGB, München. CHBeck, 1978, Bd.1, p. 1230.

4. Précis de droit civil belge. Bruxelles.Émile Bruylant. 1954, t. 1º, p. 849.

5. Suma Teológica. 2ª ed. Caxias do Sul. Escola superior de teologia São Lourenço de Brindes em colaboração com a UF do Rio Grande do Sul. 1980, 1ª parte da 2ª parte, 1980, questão XC, artigo 1.

6. BRIESKORN, Norbert. *Filosofia del Derecho*. Barcelona: Herder, 1993, p. 22. O autor se refere apenas à liberdade – Quien afirma la libertad afirma también y ante todo la protección de la vida del portador de la libertad. Porém o ordenamento jurídico não é só liberdade. Envolve também outros valores e a proteção ao titular de um direito significa a materialização do valor que o ordenamento jurídico teve por objetivo estabelecer.

7. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 2.

DOUTRINA

pela uniformização da jurisprudência, se tenha uma orientação segura e estável que sirva de pauta de conduta e modelo social. Tem que ser, a um só tempo, subjetividade e sistema.

Juntamente com este, há outro fator de estabilidade do ordenamento jurídico: o decurso do tempo. Não se pode, sem fundamentos sólidos, mudar o que socialmente está estabelecido. A firmeza das instituições é um atributo inseparável da Justiça e um meio de afirmação dos povos cultos.

O tempo, que não respeita o que se faz sem ele, é um dos principais aliados do Direito, como salienta Dekkers.⁸ Se não existisse a prescrição, os processos não teriam fim, por falta de provas. À medida que o tempo corre, afirma o civilista belga, os fatos esmaecem. A memória se desfaz, as testemunhas morrem, o papel envelhece, a tinta se empalidece. A prescrição é a reparação que o tempo nos deve em razão das provas que ele nos toma: “La prescription est la réparation que le temps nous doit pour les preuves qu’il nous ôte.”

Como assinala Paulo Torminn Borges⁹ “A vida ensinou ao homem que, guardadas umas tantas exceções, seria de toda conveniência, imprescindível mesmo, por limite, no tempo, à exigibilidade dos direitos.”

PRESCRIÇÃO E TEMPO

O Direito sempre atribui ao credor de uma relação jurídica um tempo para exercer a pretensão.

Como as relações jurídicas existem em função de bens e interesses concretos, o comércio jurídico se faz, em sua esmagadora maioria, automaticamente, dentro dos prazos convencionados, sem a interferência de mecanismos externos de coerção.

Porém, se o titular de um direito não o exerce no tempo determinado pela lei, consolida-se uma situação contrária, que se vai firmando com o correr dos dias, gerando a expectativa do não exercício, que, depois da consumação do prazo, passa a ser juridicamente tutelada da mesma forma que o próprio exercício do direito em si mesmo.

Para o Direito é tão importante o exercício da pretensão como a expectativa do seu não exercício. A ambos promete proteção.

Quem, tendo cinco anos para cobrar um débito e não o cobra, gera a presunção de que a ele renunciou. Ao devedor nasce a expectativa justa da desnecessidade do não pagamento e da desobrigação de fazê-lo.

Esta limitação se faz exatamente no interesse da paz social.

A sociedade deseja que as relações se estabilizem. A declaração de vontade é uma constante força que atua, criando, modificando e extinguindo situações jurídicas. Dela nascem direitos e a lei estabelece o tempo de exercício da ação para defendê-los,

8. *Op. cit.*, p. 850.

9. *Decadência e prescrição*. São Paulo: Pro-Livro, 1980, p. 35.

exatamente para que a expectativa desta estabilidade não se desfaça, tanto do lado do titular do direito de ação quanto do réu, que pode argüir seu direito de não vê-la exercida em razão do decurso do tempo.

No Black's Law Dictionary está escrito que

“prescription is a peremptory and perpetual bar to every species of action, real or personal, when creditor has been silent for a certain time without urging his claim.”¹⁰ (Prescrição é um impedimento peremptório e perpétuo a qualquer espécie de ação, real ou pessoal, quando o credor permaneceu silente (inerte) por um certo tempo, sem interpor a ação.)

A proteção do Direito e dos direitos que dele provêm é missão de todo ordenamento jurídico e se faz com diferentes técnicas. Uma delas é, em nome da paz social, não permitir mais que o credor exija do devedor o cumprimento de uma obrigação em razão do decurso de um prazo. O legislador teve em conta que alterar a situação já estabelecida é pior do que devolver ao credor a plenitude do direito que deixou esvaziar-se pelo decurso do tempo.

A fixação do tempo para o exercício da ação é obra do legislador. Naturalmente, levará em conta a natureza do direito ao qual se atribuirá o tempo para a ação respectiva. As questões que envolvam transações comerciais, os bens perecíveis, as relações de consumo¹¹ e de família costumam estar sujeitas a prescrições mais curtas. Certos débitos tributários como, por exemplo, as contribuições previdenciárias e do FGTS submetem-se a uma longa prescrição trintenária.

Tudo dependerá da orientação do legislador, naturalmente colhida dos fatos sociais de cada país.

No Direito do Trabalho, a CF fixou, no art. 7º, XXIX, o prazo de 5 anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato e até dois anos após a extinção do contrato para o trabalhador rural- art. 7º, XXIX.

Elevou-se assim a nível constitucional questões relativas à prescrição do trabalhador. O fato é inusitado e incoerente. A Constituição não pode degenerar-se em repositório de legislação comum, nem vulgarizar-se, acolhendo em suas normas questões próprias do legislador ordinário.

É verdade que não se pode pretender uma separação absoluta entre uma Constituição e a legislação infraconstitucional. Ambas são entidades normativas que se plasam pelas mesmas características deontológicas de toda norma.

As proposições jurídico-normativas se caracterizam pelo “devido” e “indevido”, acrescentando uma causalidade própria e arbitrária às conseqüências que desejam estabelecer, ao contrário das proposições indicativas, que descrevem a situação real do mundo.¹² As primeiras prescrevem. As segundas descrevem.

10. BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6 ed. St. Paul: West Publishing, 1990, p. 1183.

11. Artigos 26 e 27 da Lei nº 8.078/90.

12. SCHREIBER, Rupert. *Lógica del Derecho*. 4. ed. México: Fontamara, 1999, p. 102.

DOUTRINA

Mas também é certo que a atividade classificatória na Ciência do Direito se exerce pelo conteúdo da norma. Neste sentido, se estabelecem os ramos jurídicos particularizados que se caracterizam pelo setor da atividade humana que regulam.

Se assim não fosse, não existiriam as diferentes disciplinas jurídicas particulares tais como Direito do Trabalho, Direito Civil, Comercial, etc. Bastaria a referência às características lógico-formais da norma jurídica, comum a todas elas, e se desconheciam os ramos setoriais que seriam tratados como material meramente empírico que constitui, durante a vigência da norma, seu conteúdo. Não haveria lugar para a sistematização pelo conteúdo.

Na prática, a matéria de cada disciplina exige um tratamento próprio que melhor sirva à caracterização e à exposição de seu conteúdo. Em função dele, se desenvolve um método que sirva a esta finalidade. Não se pode tratar o Direito Comercial com os mesmos instrumentos metodológicos do Direito do Trabalho ou do Direito Civil e assim por diante.

Dentro destas perspectivas, o Direito Constitucional tem características próprias, que também o identificam. Como norma fundamental que legitima a criação de todas as outras, que devem manter com ela relação de dependência e harmonização, a norma constitucional é dotada de maior amplitude e precisão. Tem muitas vezes um conteúdo político maior do que a norma das disciplinas inferiores. Além do mais, por ser fundamento, só deve conter o necessário e o indispensável. Por isso necessitam de certos cuidados na interpretação e na forma de abordagem.¹³

A transferência, para a Constituição, de normas comuns, regulativas de aspectos próprios das disciplinas inferiores, é uma péssima técnica jurídica, porque a sobrecarrega com o desnecessário, dificulta sua reforma e possibilita a discussão de seu conteúdo em grau de recurso extraordinário, quando a matéria, muitas vezes, é uma questão de direito comum, que deveria submeter-se no máximo a um único recurso ordinário.

Tudo se transforma em matéria constitucional, suscitando discussões inúteis no STF, alongando a duração dos processos e submetendo à interpretação de apenas 11 juízes questões que deveriam ser tratadas pelos próprios interessados no âmbito da negociação coletiva ou do legislador ordinário.

Foi exatamente o que se deu com as normas prescricionais trabalhistas, que não são matéria constitucional e nunca deveriam ter saído da CLT.

O legislador houve por bem fazer uma distinção entre o trabalhador urbano e o rural, para efeito de prescrição. Depois, em razão das críticas recebidas e com a alteração dos fatos, mostrou-se propenso a voltar atrás. Mas esperou 12 anos até que, por emenda constitucional, enfrentou o problema que persistiu durante todo este tempo.

É inteiramente procedente a crítica de Sússekind a respeito:

13. CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid, 1997, p. 42.

DOUTRINA

“Pela primeira vez, na história do Direito no Brasil, uma Constituição inseriu no seu texto norma sobre prescrição do direito de ação. E o fez apenas quanto às ações referentes a créditos resultantes das relações de trabalho, como se a prescrição, nas ações civis, comerciais, tributárias previdenciárias etc., tivesse importância inferior. Este é um dos exemplos mais eloquentes do criticável caráter detalhista do Estatuto Político promulgado a 05 de outubro de 1998. Aliás, não conhecemos nenhuma Carta Magna que trate da prescrição extintiva; só da aquisitiva (usucapião), visando a assegurar o direito à propriedade de imóvel a quem o ocupa por tempo razoável estatuído em lei.” *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, 1º vol., p. 468.

O fato é que nem a prescrição extintiva nem a aquisitiva constituem matéria constitucional e nenhuma Constituição moderna as acolhe.

Agora a EC/28, de 25.05.2000, deu nova redação ao artigo, unificando os prazos prescricionais dos trabalhadores urbanos e rurais, o qual passou a ser assim redigido: ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Houve uma mudança radical. Anteriormente, para o trabalhador rural, não havia prescrição no curso do contrato de trabalho. Era-lhe dado o prazo de dois anos para reclamar eventuais direitos auferidos no curso da relação empregatícia. Para o urbano, havia a limitação de cinco anos.

O trabalhador rural era dotado de uma superproteção, em virtude do impedimento do curso prescricional durante o contrato de trabalho. Só após dois anos, contados da rescisão, é que prescrevia a ação para reclamar direitos de todo o contrato.

Esta distinção do legislador constitucional se deveu, naturalmente, à situação social do trabalhador rural. A excessiva dependência, a falta de cultura e, muitas vezes, até de alfabetização, o temor reverencial e o receio da perda do emprego seriam elementos que impediriam a propositura de reclamação no curso do contrato de trabalho.

Na realidade, estes fatores existem mas não são peculiares do trabalhador rural, mas de todo trabalhador. A experiência e as estatísticas mostram que não é comum reclamar durante a vigência do contrato de trabalho. Elas apenas se agravam no meio rural.

A nova orientação do legislador constitucional se deve, naturalmente, às mudanças sociais que se verificaram de 1988 para cá.

O empregador rural também se industrializou. O de maior porte transformou-se em empresa, muitas delas de grande dimensão, que em nada se distinguem das demais.

O empregado também cresceu cultural e economicamente. Seu nível de alfabetização aumentou, o que lhe possibilita melhor compreensão dos problemas jurídicos da relação de emprego. Desenvolveu-se o índice de sindicalização que, embora não seja o ideal, já possibilita melhor conscientização classista.

DOUTRINA

Por outro lado, apresentavam-se certas situações insustentáveis quando, nos pólos da relação de emprego, havia um pequeno empregador e um empregado pouco esclarecido.

A relação de trabalho, assumindo aspectos também pessoais, prolongava-se em anos. Nem sempre a norma trabalhista era seguida em seus rigores mas a situação mantinha-se e era interesse das partes mantê-las. Compensavam-se eventuais omissões da lei trabalhistas com outras próprias dos usos e costumes de cada região.

Esta situação de fato perdurava no tempo. Depois, para lembrar Dekkers, quando já não havia mais sequer lembrança de certos fatos, ou a morte das testemunhas ou a dificuldade de encontrá-las, o contrato rompia-se e o empregado era influenciado para reivindicar seus direitos.

O resultado na prática era o que se via. Pequenos empregadores tinham que vender suas propriedades ou empenham suas economias para pagar o débito da condenação. Muitas ações ficavam sem execução. Os ânimos se exaltavam e o relacionamento pessoal se extinguiu. Este era o lado que mais impressionou o legislador e que serviu de fundamentação para a mudança da Constituição. A EC/28 foi o resultado deste processo histórico de cerca de 12 anos.

Há também aspectos práticos relevantes, como salienta Cláudio Urenha Gomes: “Imagine-se um empregador, no caso, tendo que manter documentos por quase meio século. E, se continuasse como estava, teria que guardá-los por mais tempo, talvez.”¹⁴ Era uma exigência incompatível com a realidade brasileira vivida no campo.

A uniformização do prazo foi medida louvável. As relações de crédito em geral, principalmente as trabalhistas, precisam de uma prescrição mais rápida para que se estabilizem as relações sociais. Não havia razão para que se impedisse a prescrição no curso do contrato de trabalho rural.

Os contratos de trabalho mais longos, e as disputas que daí advinham, se davam majoritariamente entre trabalhadores e empregadores médios e pequenos, principalmente entre estes últimos e empregados rurais semi-analfabetos. As condenações eram insuportáveis e acabavam fechando a atividade rural.

Se há razões para distinguir a prescrição por nível cultural ou de instrução alfabética, também haveria sólidas razões para se aumentar a prescrição de certos trabalhadores urbanos, em tudo equiparáveis aos rurais sob este aspecto. Infelizmente, não é apenas o campo mas também (e às vezes, principalmente) as cidades que constituem o cenário do subdesenvolvimento, pobreza e falta de conhecimento de direitos e conscientização da cidadania.

Também para estes não deveria correr prescrição no curso do contrato de trabalho ou mesmo deveriam tornar-se imprescritíveis os direitos já que, no curso da relação empregatícia, não são reivindicados.

14. *Trabalho rural e urbano, uniformizada a prescrição*. São Paulo: Suplemento trabalhista. São Paulo: LTr, nº 132, v. 36, 2000, p. 729-30.

DOCTRINA

Porém não seria este o meio adequado para se proteger a pobreza e melhorar as condições do trabalhador, rural ou urbano. Muito mais efetiva é a proteção previdenciária, a assistência médica, a aposentadoria digna, a melhoria das condições de habitação, um salário mínimo real, capaz de satisfazer aos itens descritos no art. 7º, IV, da CF.

Estes fatores estão num nível muito maior do que a dilatação do prazo prescricional que, sem resolver o problema do trabalhador rural, muitas vezes cria também injustiças para o outro lado da relação empregatícia.

Há meios muito maiores e mais efetivos para a proteção do trabalhador rural, caso o Governo queira realmente atuar neste setor.

Finalmente, deve ser observado que a rotatividade do emprego urbano hoje também se nota no meio rural. O tempo da relação empregatícia é menor. Não é mais comum nas propriedades rurais, que cada vez mais se industrializam, a relação de emprego prolongada. Por isso, também neste aspecto, não haverá os prejuízos que muitos propalam em cores mais fortes e um tanto irrealis.

O encurtamento do prazo não desprotege juridicamente o trabalhador rural. Apenas o coloca na contingência de todos os demais, para reivindicar em prazo menos dilatado seus direitos, o que pode também redundar em seu benefício. Como salienta Dárcio Guimarães Andrade,

“O fim da imprescritibilidade no trabalho rural é uma grande oportunidade para que se promova importantes campanhas, visando estimular o retorno dos trabalhadores ao meio rural e incentivando os fazendeiros a investir em mão-de-obra. Com isto, combate-se o desemprego e a criminalidade nos grandes centros urbanos.”¹⁵

Márcio Túlio Viana faz longa introdução à prescrição trabalhista em geral e do rural, em particular.¹⁶ Conclui sobre sua injustiça: se o fundamento da prescrição é a paz e a estabilidade social, não pode ela ser obtida à custa do crédito alimentar. Geralmente com ela se pune o credor inerte. Porém o trabalhador não reclama durante o contrato de trabalho. O estado de sujeição e o medo de perder o emprego o levam à inércia. Quando há rescisão, só pode reclamar os cinco anos anteriores. Por que não todo o tempo? Diz textualmente:

“De pés e mãos amarrados, tanto na fábrica como no fórum, o trabalhador se faz cúmplice involuntário de seu próprio aviltamento. Enquanto se submete às violações de direitos, frações crescentes de seu salário migram definitivamente para o patrimônio do empregador, deixando sem paga frações de seu trabalho.”¹⁷

15. ANDRADE, Dárcio G. *A prescrição e sua alteração no meio rural*. Justiça do Trabalho- revista de jurisprudência trabalhista. Porto Alegre, v. 17, nº 199, p. 33-36, jul/2000.

16. São Paulo: LTr, nº 8, v. 64, p. 1002-1008, ago/2000.

17. *Op. cit.*, p. 1004.

DOUTRINA

Não se nega razão ao autor. Porém os argumentos não são suficientes para abolir a prescrição do Direito do Trabalho. A esta situação não se chegou em nenhum ordenamento jurídico. É preciso lembrar que a maioria dos empregadores hoje constitui-se de pequenas e microempresas. O proprietário de algumas delas quase se identifica com os trabalhadores que emprega.

Se muitas vão para o informalismo exatamente para não suportar os ônus tributários e trabalhistas, que se diria se não houvesse prescrição? Não se pode esquecer que o empregador, constituído por grandes empresas, é uma exceção. A realidade é o microempresário que, na informalidade do fundo do quintal, pouco ou nada se distingue do empregado.

É claro que não estamos justificando a exploração do trabalhador. Porém não será pela imprescritibilidade que vamos abolir o mal. É preciso criar conselhos de empresa ou comissões de fábrica para que a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas se faça no interior de cada empresa. Com isto e à medida que o contrato de trabalho se desenvolve, seria enfrentada a violação e a fraude em seu próprio local de ocorrência, erradicando-a de vez.

A solução cirúrgica posterior, através da Justiça do Trabalho, quando o contrato já se extinguiu, quase sempre é insatisfatória pois se faz por meios cogentes que frequentemente não restituem ao empregado os direitos lesados.

A acumulação dos direitos e as vantagens patrimoniais que daí derivam muitas vezes se tornam superiores ao patrimônio do empregador. Geram insolvência e exasperam o sentimento de luta de classes. O Direito do Trabalho descumpre sua função moderna que é a de integração e não de separação entre empregado e empregador.

Antes da Justiça deveria haver órgãos não só de conciliação mas também de arbitramento que julgassem as disputas trabalhistas, principalmente as pequenas, num tempo mínimo, solicitando à autoridade competente a aplicação de pesadas multas ao empregador que descumprisse a lei.

A própria Justiça do Trabalho deveria sofrer radical transformação em seu gigantismo, tornando-se ágil na solução de conflitos, agindo apenas depois da tentativa de conciliação e do julgamento arbitral promovido pelos próprios interessados. Seus recursos deveriam restringir-se a um só, julgado por câmaras de juízes do próprio primeiro grau, para que se restaurasse a autoridade da lei trabalhista.

Com estas medidas, bem maiores do que a imprescritibilidade, se desamarrariam os pés e as mãos dos empregados, tornando-os cidadãos conscientes de seus direitos.

A relação de emprego se constituiu da composição de interesses de empregados e empregadores. Promover o equilíbrio entre eles e atuar para que isto aconteça concretamente até onde for possível é o grande objetivo do Direito do Trabalho moderno.

A imprescritibilidade do crédito trabalhista durante a relação de emprego considera apenas o lado do empregado. A prescritibilidade durante a relação de emprego favorece ao empregador. O equilíbrio estaria exatamente num prazo prescricional razoável (os cinco anos são adequados), balanceando-se os extremos da imprescritibilidade com a prescritibilidade rápida.

DOUTRINA

Este prazo é exatamente o justo meio entre a imprescritibilidade absoluta, que seria uma injustiça ao empregador, ou a prescritibilidade em curtíssimo tempo, que seria uma injustiça ao empregado, pois impediria o exercício de seus direitos contra o empregador.

A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

O artigo 60, § 4º da CF diz: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

“IV– os direitos e garantias individuais.”

Situando-se a prescrição trabalhista no capítulo II (Direitos Sociais) do título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), pode ser conceituada como direito e garantia individual, para efeito de emenda constitucional – art. 60, § 4º?

A CF, sob o título II – Direitos e Garantias Fundamentais- abriga 4 capítulos: Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos.

Não há, pelo menos como titulação, a expressão “direitos e garantias individuais”. O título II fala em direitos e garantias fundamentais. O capítulo I usa a expressão direitos e deveres mas acrescenta os adjetivos “individuais e coletivos”.

Teria o legislador selecionado apenas os “direitos individuais” para proibir que fossem objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los? E os deveres individuais? E os direitos e deveres coletivos, poderão sê-lo?

Será que o legislador constitucional considerou os direitos individuais mais importantes do que os coletivos e esqueceu-se dos deveres? E os direitos sociais do art. 7º foram excluídos?

Como o direito é linguagem, a dúvida persiste. Cremos, entretanto, que, sob a expressão “direitos e garantias individuais” estão compreendidos os capítulos I e II – Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e Direitos Sociais.

Como interpretar o art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais” ?

“Emenda tendente” é a que pretende, tem propensão a alguma coisa.

Abolir significa eliminar, banir, suprimir, cf. o Aurélio Eletrônico.¹⁸

Portanto abolir os direitos e garantias individuais seria retirá-los da Constituição.

Na prática já surgiu a discussão de que, se não se pode suprimir os direitos e garantias individuais como um todo, nada impede que o direito auferido com base nestes direitos possa ser eliminado sem inconstitucionalidade.

18. Provém do verbo latino alo, is, alere, alui, altum, alimentar, daí crescer, elevar. Da raiz “ol” adolescere, crescer (cf. com adolescente, adulto) e abolere, que literalmente significa afastar do alimento e daí, suprimir, eliminar, banir.

Trata-se, entretanto, como bem salientou José Afonso da Silva, de fraude à Constituição uma tal idéia porque, embora preservando a fonte, matar-se-ia o efeito. Os direitos e garantias permaneceriam mas seus efeitos poderiam ser abolidos, o que não deixa de fato de ser uma grotesca fraude e uma violação clara aos objetivos constitucionais de garanti-los. Diz o constitucionalista:

“Um tal argumento e uma tal doutrina valem como uma fraude à Constituição porque eliminariam a garantia do direito mediante a supressão do direito garantido. Se isso fosse possível, de nada adiantaria a proteção normativa de um direito, pois, precisamente quando esse direito se efetiva e se concretiza num titular, pode ser eliminado. É o mesmo que suprimir, a cada passo, a norma de garantia, por esvaziá-la de seu conteúdo jurídico: seu efeito prático. Demais, quando a cláusula dita pétrea diz que é vedada proposta ‘tendente a abolir’ isso significa que a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer dos elementos conceituais da situação objetiva ou subjetiva protegida, isto é, que se encaminhe, ‘tenda’ (emenda ‘tendente’ diz o texto) para a sua abolição, ou emenda que ‘tenda’ a enfraquecer qualquer dos direitos e garantias individuais constantes do art. 5º, como ocorreria se se admitisse a abolição dos efeitos concretos, em favor de alguém, desses direitos e garantias.”¹⁹

Se assim é, será plenamente possível a arguição de inconstitucionalidade da EC/28 pois, se é verdade que não aboliu, é certo que esvaziou a garantia de prescrição do trabalhador rural, pauperizando seu conteúdo.

Antes tinha ele a garantia de que não corria prescrição durante a vigência do contrato de trabalho. Agora, corre e, a exemplo do trabalhador urbano, só podem ser pleiteados os direitos relativamente aos últimos cinco anos.

Não obstante as considerações que fizemos anteriormente, há base jurídica para a arguição de inconstitucionalidade, embora a entendamos inoportuna e injusta. Porém o Direito, como ciência, tem um grau de autonomia e objetividade, que nem sempre coincide com a opinião do intérprete.

Não seria honesto intelectualmente omitir uma interpretação possível porque o intérprete com ela não concorde. Por isso fique claro que, juridicamente, a possibilidade existe.

Resta agora aos titulares da ação de inconstitucionalidade – art. 103 da CF- decidir sobre a oportunidade e conveniência de propô-la e ao STF caberá naturalmente a palavra final.²⁰

19. SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 233.

20. MALLET, Estêvão. São Paulo: LTr, v. 64, n° 8, p. 999-1001, ago/2000, nega esta possibilidade, afirmando que o: “A redução dos prazos de prescrição – indesejável que seja – não ofende a regra limitativa do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. Ofensa haveria, isso sim, se se estabelecesse prazo excessivamente curto, de modo a inviabilizar o efetivo direito de tutela jurisdicional, em desacordo com a garantia do art. 5º.

Acontece que a ‘abolição’ a que se refere o art. 60, § 4º, não se interpreta apenas no sentido de subtração ou cancelamento mas também quando o legislador, sem extinguir, esvazia ou deforma, conforme já foi anteriormente discutido. Prazos excessivamente curtos ou longos não impedem o acesso ao

A DOUTRINA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

O conceito de direito adquirido existe em função da segurança jurídica, que lhe antecede. Que se entende por segurança jurídica? Arthur Kaufmann distingue dois aspectos:

- a) segurança do direito e
- b) segurança através do direito

Só se pode falar de segurança por meio ou através do direito quando ele próprio goza de segurança. Assim, por exemplo, a proteção para o exercício dos direitos, a proteção contra o furto, o roubo, o livre trânsito, tudo isso são atributos da ordem jurídica. Porém ela só poderá prestar estes benefícios ao cidadão se ela própria estiver segura. Para isto convergem três fatores:

- a) positividade
- b) practibilidade
- c) invariabilidade

A positividade não significa apenas o direito “posto”, existente e vigente. É mais do que isso. Significa também que tenha um determinado grau de certeza para seja aplicado com segurança e sem arbitrariedade.

A practibilidade consiste em fazer leis conforme o sentimento popular e capazes de corresponderem às aspirações da sociedade.

A invariabilidade prega que o direito deve ser estável. Was Recht ist, muss Recht bleiben – o que é aceito como Direito deve permanecer como direito ou, em outras palavras, o que é certo deve permanecer certo.²¹

O direito brasileiro, para garantir a estabilidade e a continuidade do ordenamento jurídico, estabeleceu, no art. 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Estes conceitos garantem a firmeza e segurança do ordenamento não só perante si mesmo, como também nos casos de mudança e alteração nas leis.

Se o direito é permanente, ressalva-se a sua função de não só efetivamente reger a conduta dos indivíduos mas também a de pedagogicamente os orientar nas ações

Judiciário e, por isso, não podem ser considerados inconstitucionais. Ao contrário, o que se observa é a tendência cada vez mais visível de encurtar prazos prescricionais para facilitar a intensidade dos negócios e a certeza das relações jurídicas. Assim, segundo o § 196, 1, 8 e 9, do Código Civil alemão, a prescrição de salários é de dois anos, cujo começo se conta a partir do fim do ano em que o direito nasceu. Porém se vêm estabelecendo, por via de negociação individual e coletiva, os chamados ‘prazos de exclusão’, em que se fixam prazos bem mais curtos entre as partes e cujo decurso importa na extinção da pretensão.” Ver LÖWISH, Mandred. ARBEITSRECHT. 3. Aufl. Dusseldorf. Werner-Verlag. 1991, p.315. Portanto o encurtamento ou o prolongamento de um prazo prescricional ou decadencial está entre os poderes discricionários do legislador e jamais poderão ser considerados inconstitucionais.

21. Para uma exposição detalhada do tema, com profundas reflexões e oportunas observações, ver KAUFMANN, Arthur. Rechtsphilosophie. München: C.H.Beck, 1997, p. 192.

futuras. A justiça não suporta um legislador instável pois este fato gera desigualdades na aplicação da lei, que inevitavelmente conduzem à injustiça.²²

As leis devem ser permanentes para que sua aplicação se apure no tempo e sirva de instrumento de paz social. O contato com a realidade a aperfeiçoa, a jurisprudência dos tribunais adapta-a aos casos concretos, o cidadão, seu destinatário, acostuma-se à sua prescrição.

Porém permanência não significa imutabilidade. Há um momento em que os fatos se transformam e as leis perdem a capacidade de regê-los. Seus limites, distendidos ao extremo pela interpretação, não mais respondem às necessidades de uma realidade nova. Chega, então, a hora de mudá-las. E surge o antigo problema: como fica a situação jurídica já constituída sob o império da lei nova? Sucumbe a ele? Permanece intangível mesmo injusta? Pode haver incidência pretérita? E os fatos pendentes que, começando sob a vigência da lei antiga, terminam sob a lei nova?

A questão é complexa e não é possível apresentá-la nos limites estreitos deste artigo.²³

A leitura dos autores sobre este difícil problema tem como fundamento básico um princípio que informa todas as teorias. O ordenamento jurídico muda pois, sendo a lei um reflexo da vida, não pode dela distanciar-se em demasia, a ponto de não mais reger os fatos sociais.

Neste caso, o Direito envelhece, perde a força reguladora, afasta-se do povo e da vida. O resultado é a separação da norma com os fatos, gerando o que se chama de anomia tácita, ou seja, mesmo existindo, as normas não têm vigência de fato, perdendo o poder de regular as relações humanas. É como se, objetivamente, não existissem.

O Direito tem de acompanhar o ritmo, permanentemente em mutação, da sociedade humana, sob pena de perder seu objeto.

Porém estas transformações do ordenamento jurídico não se fazem anulando o passado mas construindo o futuro. Não pode o Direito destruir o que criou sob o fundamento de que os valores então acolhidos não existem mais. Seria esta atitude a negação da seriedade das instituições humanas e de sua estabilidade, tão necessárias à convivência justa e pacífica dos homens.

Pelo fato de evoluírem, isto não significa que os valores novos reneguem os velhos e que só o presente existe. O passado seria uma construção virtual que duraria apenas até o futuro chegar. A construção cultural humana é permanente. Faz-se de estágios sucessivos e subseqüentes, de forma que o resultado é sempre um “fieri” (um Werden, ou um permanente “tornar-se”) em que o passado e o futuro se interligam ao presente. O homem é resultado de um devir, com salienta Nietzsche.²⁴

22. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 192. Eis suas palavras originais: “Aber letztlich kann auch die Gerechtigkeit keine ständig wechselnde Gesetzgebung dulden, denn eine solche hätte Ungleichmässigkeit in der Rechtsanwendung und somit Ungerechtigkeit zu Folge.” *Op. cit.*; p. 192.

23. Para um estudo completo do assunto, remetemos o leitor ao excelente livro de CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da irretroatividade da lei*. São Paulo: RT, 1995, principalmente p. 107 e ss.

24. NIETZSCHE, Frederico. *Breviário de citações*. Tradução de Duda Machado. São Paulo: Principio, 1996, p. 23.

DOUTRINA

O presente hoje é, ao mesmo tempo, o passado de e o futuro amanhã porque, ao deixar a referência temporal do momento em que estamos o amanhã já se transforma em futuro e, em relação ao dia de hoje, já se transformou em passado.

Portanto o que resta é a continuidade das instituições humanas interligadas em si. O Direito age colocando camadas superpostas, autênticos “tijolos culturais”, que dão estrutura definitiva a esta infundável construção erguida através da História e jamais seria uma ferramenta respeitável e útil se, em função do presente ou do futuro, não considerasse o passado.

Portanto a transformação da ordem jurídica se faz respeitando o que foi e construindo o que será. Para que este princípio fosse sempre considerado e respeitado, criaram-se institutos próprios para estabilizar o passado e resguardá-lo das intervenções do legislador.

Esclareça-se que retroação, ou seja, a volta da norma jurídica ao passado, só é possível porque toda norma se refere a um mundo ideal e cultural, sendo fruto exclusivo da criação humana. O fluxo do tempo é inexorável e o homem não dispõe de força para reconstruir o passado. O que aconteceu está inevitavelmente esgotado.

Porém o mesmo não se dá com as construções culturais ou ideais do homem. Elas têm uma existência virtual. Duram enquanto a vontade humana as mantém existentes, através das instituições criadas para sustentá-las.

Se um fato no passado se construiu pelo Direito então existente, isto significa que foi valorado pela norma vigente e constituiu-se como entidade jurídica. O bem podia ser vendido, o trabalhador era garantido pela estabilidade, as condições para a realização de determinado negócio eram previstas pela lei.

Se o direito atual resolve volver ao passado, desconsiderando o que se realizou, revaloriza o que foi juridicamente feito e lhe atribui as características da norma atual.

Esta volta só é possível porque se dá no plano virtual da lei e não dos fatos em si mesmos.²⁵

Se a retroação das leis fosse a regra geral, haveria a desestabilização da sociedade e a insegurança se imporia. Ninguém mais creeria na lei que, a qualquer momento, poderia ser modificada por outra, destruindo do mundo jurídico o que foi construído pela anterior.

Daí o princípio de que a mudança no ordenamento jurídico se faz com respeito ao que se construiu pelas normas vigentes no passado, salvo exceções ditadas por razões extremas de ordem pública para se corrigirem injustiças e incoerências graves de normas impróprias ou postas em vigência por órgãos ditatoriais ou democraticamente ilegítimos.

Trata-se do chamado “princípio da confiança na relação do cidadão com a legislador” (Vertrauensprinzip im Verhältnis des Bürgers zur Gesetzgebung), pelo qual

25. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Op. cit.*, p.258.

ele espera que a lei não atue sobre os fatos consumados, confiando o cidadão na permanência da posição jurídica criada a seu favor segundo a lei então vigente.²⁶

Porém, como ressalva Larenz,

“Nicht jedes Vertrauen verdient Schutz, sondern nur ein solches, das durch die Umstände gerechtfertigt erscheint. Darüber hinaus, kann das Vertrauensprinzip mit anderen Rechtsprinzipien kollidieren, denen entweder generell oder im einzelnen Fall der Vorrang zukommen kan. (Não é toda situação que merece proteção, mas somente aquela que, pelas circunstâncias mostra-se justificável. Além do mais, o princípio da confiança pode colidir com outros princípios jurídicos aos quais, em casos gerais ou particulares, se pode dar predominância.)”²⁷

E assim se coloca a questão no plano doutrinário: a irretroatividade é a regra mas há exceções em nome da ordem pública, da moralidade social e das injustiças cometidas por leis injustas e ilegítimas.

Não se trata, portanto, no plano doutrinário, de um princípio absoluto como crêem muitos entre nós. Pelas mesmas razões, pelas quais se prega a irretroatividade, deve-se também admiti-la em certos casos.

A Constituição de 88, enfrentando o problema, dispôs no art. 5º, XXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Com este dispositivo, posicionou-se o direito brasileiro não só em relação ao Direito Intertemporal, mas também em relação ao “Vertrauensprinzip” (princípio da confiabilidade na ordem jurídica) e ao princípio de sua estabilidade.

Resta agora, à luz destes fundamentos doutrinários, analisar e tomar posição sobre a intertemporalidade da prescrição do trabalhador rural, introduzida pela EC/28.

A Constituição não os definiu e nisto andou bem. Embora já estabelecidos em plano inferior- Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil – o *status* constitucional que lhes foi conferido acrescenta-lhes uma dimensão maior e a doutrina pode ampliar-lhes o sentido e remodelar-lhes o conteúdo de acordo com as necessidades históricas e exigências vivenciais que toda Constituição naturalmente enfrenta através do tempo.

O art. 6º do DL 4.657/42 define direito adquirido como “os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

O conceito se decompõe em 4 elementos:

- a) direito que o titular possa exercer;
- b) direito que alguém possa exercer em nome do titular;
- c) direito que tenha termo prefixo;

26. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5 Auf. Berlin. Springer-Verlag. 1983, p. 405.

27. *Op. cit.*, p. 408.

d) o direito cujo começo de exercício tenha condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

O fato é que, afora o primeiro elemento, que é definidor e essencial do conceito, os demais são acessórios e não lhe tocam a essência.²⁸

O exercício de um direito por outra pessoa, como representante, é fato comum no exercício de qualquer direito e não precisa constar de sua definição.

A referência à prefixação de termo, estendendo o conceito aos direitos condicionais, é apenas um desdobramento que não lhe muda a natureza. Paralelamente ao tema existem as meras expectativas, faculdades, direitos complexos, direitos públicos subjetivos, etc. Como diz Limongi França,

“Evidentemente, nada impede o legislador de regular matérias dessa natureza, sendo mesmo salutar que o faça. Apenas, quando tal se leva a efeito de maneira truncada e incompleta, não deve ser razão para que o intérprete se desvie da substância do assunto, pondo sua atenção nos aspectos acidentais da redação legal.”²⁹

Também sobre o tem já afirmamos:

“Toda aquisição é um momento definido e único na dinâmica das relações jurídicas, não comportando o seu conceito a distinção de ‘atual’ e ‘futuro’.”³⁰

José Afonso da Silva acrescenta um matiz novo ao debate, considerando que o direito adquirido é propriamente aquele que é exercitável por seu titular, pela via normal da declaração de vontade ou compulsoriamente pela via judicial. Não se trata de um direito exercido, que é um estágio posterior mais completo. Neste caso, o direito se diz consumado e integra-se ao patrimônio do titular. Esta situação é claramente intocável pela lei posterior porque, se fosse, haveria o desmonte da ordem jurídica anteriormente constituída.

Cite-se o exemplo de um servidor que já pode aposentar por tempo de serviço e não exercita o direito, permanecendo em serviço. Tem, pois, um direito exercível. Se lei posterior aumenta o tempo, ela não pode mudar sua situação porque já adquirira o direito a aposentar-se pela lei anterior, embora não o tivesse consumado.³¹

Realmente, a maior utilidade do conceito está na distinção porque, se se trata de direito já consumado, a situação mais se assemelha ao ato jurídico perfeito e, se obtida por via judicial, à coisa julgada.

O ato jurídico perfeito é o que se consumou segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.³² Aqui, sim, se trata de direito exercido ou consumado, fechando-se definitivamente a situação jurídica.

28. FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 227.

29. *Op. cit.*, p. 228.

30. SILVA, Antônio Álvares da. Aquisição de direitos, separata de artigo publicado na Revista Forense, v. 270, p. 69.

31. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 223.

32. Art. 6º, § 3º.

A coisa julgada, conceituada pelo art. 6º, § 3º, como “a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”, faz referência ao direito consumado pela via judicial. O parágrafo usa a sinonímia “caso” ou “coisa” julgados, para efeito de maior expressividade e clareza. Porém a expressão “coisa julgada” é manifestamente imprópria pois não se julgam coisas mas sim litígios.

Quando a decisão transita em julgado, opera exteriormente ao processo, repercutindo-se nos bens da vida objeto do litígio. Como salienta Fazzalari,

“I provvedimenti giurisdizionali svolgono effetti fuori del processo, direttamente nella sfera sostanziale, nei patrimoni delle parti o, nel processo civile, in caso di sostituzione processuale, nel patrimonio dei soggetti sostituti.”³³

Aqui, sim, repercute sobre coisas³⁴ ou bens materiais, não se excluindo, naturalmente, os bens imateriais que não são coisas. Mas a “coisa” não é julgada mas sim o litígio que a tem como objeto.

Trata-se de conceitos tautológicos e repetitivos, que podem ser perfeitamente compreendidos no princípio jurídico da irretroatividade que é a regra geral de todos os ordenamentos jurídicos, pois, mesmo aqueles que admitem a retroatividade, o fazem na condição de exceção e em nome do interesse público.

Também não é certo afirmar, como faz José Afonso da Silva³⁵, e Celso Bastos³⁶, que a CF não veda a retroatividade.

Em primeiro lugar, foi proibida a retroatividade da lei penal, salvo quando beneficie o réu – art. 5º, XL.³⁷ Depois, ao dizer que a lei não pode atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a Constituição implicitamente proibiu a retroatividade. Se não houvesse estes contrapesos, a lei poderia estender-se ao passado. E qual seria este efeito senão retroatividade?³⁸

33. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994, p. 450.

34. Coisa provem de causa através de cousa. “É tudo que tem existência, entidade material, objetos ou espiritual, natural ou artificial, real ou abstrata.” Bueno, Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1968, v. 2, p. 836. A palavra é vicária e substituí o nome de outras palavras que na hora não nos vem à mente. Para efeito jurídico, indica algo concreto e material, mas pode também referir-se a entidades abstratas, o que não significa também não possam ser determináveis.

35. *Op. cit.*, p. 224: “Vale dizer, portanto, que a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. Afora isso, o princípio da irretroatividade da lei não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito.”

36. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. I, p. 191: “A nossa Lei Maior, ao contrário do que muitas vezes somos levados a crer, não consagra o princípio da irretroatividade nem de forma implícita, nem explícita.”

37. Trata-se de um arranjo do legislador a retroatividade penal, com base na equidade. Se a lei pode retroagir para beneficiar o réu, poderia também para beneficiar o credor, o devedor, o trabalhador, o empregador, etc. Por que apenas em relação ao réu, que foi condenado de modo legítimo e democrático pela lei então vigente?

38. Para maiores discussões sobre o tema, ver SILVA, Antônio Álvares da. *Prescrições trabalhistas na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 122 e ss.

DOCTRINA

Um certo grau de retroatividade, guiado pelos interesses públicos é admitido em quase todos os ordenamentos jurídicos. Entre nós, seria providencial em algumas circunstâncias, para se combaterem as chamadas “injustiças adquiridas”. Já é hora de se pensar nesta realidade.

Se a Constituição dissesse: “a lei não retroagirá salvo em casos excepcionais expressamente previstos pelo legislador”, teríamos um princípio mais moderno e flexível, que atacaria alguns absurdos e vantagens questionáveis que se incorporaram no patrimônio jurídico de alguns privilegiados.

NORMAS PRESCRICIONAIS CONSTITUCIONAIS

No Brasil, os direitos trabalhistas modernos estão ancorados na Constituição no capítulo II do Título II, artigo 7º. Esta foi a política do legislador. Agora cumpre assumir as conseqüências.

Não há normas constitucionais por natureza, além de um núcleo mínimo que a tradição vem colocando na Constituição, para que cumpra sua função política de lei fundamental. A Constituição é, antes de mais nada, o estatuto jurídico do político.³⁹ Portanto nela se definem as linhas básicas do Estado e seus poderes, bem como os direitos e garantias individuais. A partir daqui, depende do legislador constituinte o que mais constará de normas.

O constituinte brasileiro elevou a nível constitucional os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Passaram a ser normas constitucionais. Logo se submetem inelutavelmente às características de toda e qualquer norma desta natureza quanto à vigência, retroação, interpretação, etc.

Sobre a vigência, há que considerar o que diz o § 1º do art. 5º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Isto significa que incidem diretamente tão logo criadas. Como não há exceções em matéria constitucional, a não ser as que ela própria cria, a questão torna-se clara e não admite qualquer discussão: salvo as normas que a própria Constituição sujeitou à dependência de lei ordinária (“na forma da lei” ou “nos termos da lei”) como se diz, por exemplo, no item I, XI, XII, XXI, XIII, XXVII), as demais são de aplicação imediata.⁴⁰

Esta aplicação imediata, entretanto, não quer dizer retroatividade.

Como norma fundante, a Constituição pode (e muitas vezes deve, por questão de justiça e evolução necessárias) criar uma nova ordem jurídica, indo ao passado, arrancando-lhe as raízes, como disse Pontes de Miranda.

39. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1081.

40. Esta disposição, em plano inferior, coincide com o art. 912 da CLT, que diz: “Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigências desta Consolidação.” Isto significa que a aplicação imediata do Direito do Trabalho, principalmente dos artigos dotados de caráter imperativo, já era querida pelo próprio legislador de 1943. E a prescrição, não é preciso dizê-lo, tem esta natureza.

Porém, como toda norma, em princípio sujeita-se a Constituição ao Direito Intertemporal: aplica-se logo mas não vai ao passado. E há razões até mesmo culturais para isto: nenhuma mudança social há de ser tão radical que mude tudo. Isto seria destruição e não mudança. A cultura humana é evolutiva e o legislador não tem o poder, nem jamais o terá, de aniquilar a realidade. A lei, como entidade ideal, atua sobre o mundo mas não dispõe, como é óbvio, do poder de alterá-lo em sua realidade fática.

Portanto o efeito retroativo é aplicação da lei atual sobre o passado, atingindo o que se constituiu sobre a vigência da lei anterior: "l'effet rétroactif, c'est l'application dans le passé" enquanto que efeito imediato é "l'application dans le présent", conforme a clássica diferenciação de Paul Roubier.⁴¹

Tudo que se há de levar em conta é o momento de vigência da lei nova. A Constituição, sob este aspecto, não se distingue das demais normas, salvo quando expressamente ela mesmo determinar o contrário. Por isso, diz José Afonso da Silva: "A irretroatividade das normas, inclusive das normas constitucionais, é um princípio geral de Direito."⁴²

A PRESCRIÇÃO E O DIREITO INTERTEMPORAL

O assunto é muito discutido na doutrina, discrepando doutrinadores e os ordenamentos jurídicos que tratam do assunto.

Vamos analisá-lo sobre dois aspectos. Primeiramente em relação à intertemporalidade das leis, ou seja, quando o prazo prescricional de uma lei é modificado por outra. Depois veremos o problema, tal como se apresenta no Brasil, ou seja, a modificação do prazo prescricional por emenda constitucional, já que o assunto entre nós, ao contrário do resto do mundo, é matéria regulada pela Constituição.

Quando se trata de modificação de prescrição prevista em lei ordinária, aplica-se o princípio geral de vigência imediata sem retroatividade. A prescrição que correu e se consumou sobre a vigência da lei antiga, por ela se regerá, ficando excluída qualquer incidência da lei nova. Diz a propósito Wilson de Souza Campos Batalha:

"Ocorrendo a prescrição e a decadência através do decurso do tempo, consumando-se mediante a fluência de dias, meses ou anos, regem-se elas pela lei vigente ao tempo em que se esgotou o respectivo prazo."⁴³

Aplicando-se o dispositivo à sistemática dos prazos prescricionais trabalhistas, temos que, se um contrato de trabalho é rescindido sob a lei antiga e o prazo prescricio-

41. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, cit., p. 255.

42. *Op. cit.*, p. 230. Este princípio mais se salienta perante a atual Constituição porque não será objeto de deliberação, como diz o art. 60, § 4º, IV, emenda que tende a abolir os direitos e garantias individuais. Isto significa que o poder constituinte derivado ou poder de reforma ou modificação não é soberano. Tem limites objetivos, impostos cogentemente, pela própria Constituição. São as chamadas "cláusulas pétreas" que são valores intocáveis pelo constituinte derivado e reservados, pela própria Constituição, ao constituinte originário.

43. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 241.

nal nela previsto escoa sob sua vigência, há uma situação consumada, inatacável pela lei posterior.

Se o prazo está em curso, não há direito constituído mas tão-só uma esperança de direito, que é menor do que a expectativa e a aquisição plena.⁴⁴

Também, no mesmo sentido, Carpenter:

“A prescrição ainda não completada, a prescrição em curso não é um direito adquirido do prescribente: portanto, consoante o art. 3 da Introdução, embora nascida tal prescrição sob a vigência da lei antiga, passará a ser regida pela lei nova, quer quanto ao prazo, quer quanto às causas suspensivas, quer quanto às interruptivas, quer quanto às demais alterações trazidas pela lei nova, sem prejuízo dos factos consummados na vigência da lei antiga, isto é, o prazo já decorrido, nas interrupções e suspensões já acontecidas, etc.”⁴⁵ (ortografia do original).

O decurso do prazo antes da consumação é apenas um *fieri* ou um *in itinere*, um caminho começado a percorrer em sua extensão. Porém, se o decurso do prazo começa sob a lei antiga e vem a lei nova, como fica a situação?

Se a lei nova aumenta o prazo prescricional, o titular da ação será beneficiado porque terá mais prazo para propô-la.

Se a lei nova diminui o prazo e declara prescrito o direito cuja prescrição ainda não se consumara, o titular da ação sofre prejuízo porque não poderá mais propô-la.

Se uma lei trabalhista fixa o prazo de dois anos para o empregado cobrar seu crédito e uma lei posteriormente o aumento para quatro, o empregado sai beneficiado porque disporá de mais tempo para propor a ação de cobrança de seu crédito. Porém prejudicará o empregador contra o qual se prolongará o prazo prescricional.

Se a lei o diminui para um ano, considerando prescrita a ação em relação ao prazo anterior que já correrá, por exemplo, um ano e meio, o empregado sai altamente prejudicado porque não disporá de mais ação. E sairá beneficiado o empregador, que não será mais acionado.

Diz a respeito Batalha:

“Embora possa a lei nova disciplinar a prescrição e a decadência, incidindo imediatamente sobre as situações jurídicas em curso de formação ou de extinção, seria retroativa a lei que, reduzindo o prazo prescricional ou preclusivo (id est, extintivo), acarretasse, na data de seu início de vigência, a prescrição ou a decadência de direitos, cujos prazos se haviam iniciado na data de vigência da lei anterior e que apenas se consumariam com o decurso do período mais amplo por esta fixado: cortar-se-iam de um jacto os prazos em curso e imediata-

44. Sobre a diferença entre esperança, expectativa e aquisição de direitos, ver Álvares da Silva, *Da aquisição de direitos*, cit., p. 67.

45. CARPENTER, Luis Frederico Sauerbronñ. *Manual do Código Civil Brasileiro – Parte Geral – Da Prescrição*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1919, v. IV, p. 598.

mente seria consumada a prescrição ou decadência, o que repugnaria ao mais elementar sentido de justiça.”⁴⁶

O fato é que o efeito retroativo há nas duas situações. Só que, com o aumento do prazo, beneficia-se o titular do direito que vai perder a ação para fazê-lo valer em prazo mais dilatado e prejudica-se a pessoa em favor da qual corre a prescrição, que só vai poder argüi-la também em prazo mais longo. Se há diminuição, o titular da ação sai prejudicado e a pessoa contra a qual corre a prescrição se beneficia porque, com a declaração de prescrição pela lei nova, não poderá mais ser demandado.

Batalha viu apenas um lado da questão.

O Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil – não dispõe especialmente sobre a intertemporalidade das normas prescricionais. Nem o Código Civil, no Livro III, Título III.

Este fato levou Câmara Leal⁴⁷ a afirmar que, ante omissão do legislador, o assunto foi relegado à doutrina.

Porém, como corretamente salientou Carpenter⁴⁸, não houve omissão.

“É que o nosso Código, nem na Parte Especial, nem na Parte Geral, tem qualquer artigo que encerre disposição transitória, uma vez que, na Introdução, estabeleceu uma regra geral, única, para resolver todos os conflitos entre a lei antiga e a lei nova.” (ortografia original).

E cita a então vigente Lei de Introdução, art. 3º, referindo-se ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. A lei entra logo em vigência, observados estes institutos.

Então só resta ao operador aplicar o artigo primeiro da Lei de Introdução ao Código Civil: a vigência da lei se dá 45 dias depois de publicada, salvo disposição em contrário que preveja a imediata aplicação depois de publicada, o que hoje é a regra geral.

A partir da vigência, a lei regulará todos os casos futuros. Os passados, com a prescrição consumada sob a lei antiga, não serão afetados pelo princípio da não retroatividade, não tendo qualquer influência o começo do decurso do prazo prescricional, nem seu aumento ou diminuição pela lei nova.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência trouxeram algumas contribuições ao tema, com ajustes e adequações que às vezes aparecem como regras de direito transitório nas leis que modificam o prazo prescricional. Embora não haja referência do legislador brasileiro a respeito, convém passá-los em revista.

Batalha estabelece as seguintes regras:

a) se a lei nova reduz o prazo prescricional, temos:

46. *id.*, p. 243.

47. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 4.

48. CARPENTER, Luís Frederico Sauerbronn, *op. cit.*, p. 594.

DOUTRINA

* se, computado o prazo maior da lei antiga, este se escoar antes de findo o prazo menor previsto na lei nova, computado a partir de sua vigência, adota-se o prazo da lei anterior;

* se, computado o prazo previsto pela lei nova, a partir da data do início de vigência desta, este se consumir antes de terminado o prazo maior previsto pela anterior, aplica-se o prazo menor da lei nova, computado-se dito prazo a partir da data de vigência da lei nova. *Id.*, p.244.

Numa P. do Valle, num clássico estudo sobre o tema⁴⁹, analisa-o em função da regra de intertemporalidade estabelecida pelo art.1807 do Código Civil: “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes à matéria de direito civil reguladas neste Código.” E acrescenta que, depois da entrada em vigência do Código, sua obrigatoriedade não pode ser posta em dúvida, passando a reger toda a matéria cível. Diz:

“Mas, desde esta última data, (1º de janeiro de 1917, um ano após sua publicação) a sua obrigatoriedade não pode, sob nenhum ponto de vista, ser posta em dúvida, salvo a respeito dos fatos consumados, da coisa julgada ou dos direitos adquiridos sob o regime de leis anteriores, por isso que, quanto a estes, a lei, não tendo efeito retroativo, em caso algum pode prejudicá-los.” (A ortografia foi adaptada à atual).

O autor vai mais longe e propõe a aplicação imediata e direta, mesmo sendo o Código Civil uma lei ordinária, como outra qualquer.

Porém, salienta, “como tudo neste mundo é relativo, precisamos estabelecer duas regras aconselhadas pelo bom senso, para casos em que o prazo marcado no Código Civil seja mais longo, ou mais curto que o marcado nas leis anteriores”.⁵⁰ E as propõe da seguinte maneira:

a) se o Código estabelece prazo mais longo, conta-se o anterior que se soma ao do próprio Código;

b) se o tempo do Código é inferior ao previsto na legislação anterior, despreza-se o tempo passado e conta-se o novo a partir do vigência do Código.

E conclui:

“...A solução que apresentamos é inteiramente conforme com o Código Civil Alemão e Suíço: para os longos prazos, computa-se o tempo decorrido anteriormente à entrada do Código, em vigor; e, para os prazos curtos, (mais curtos que as leis anteriores, está claro), a prescrição começará a correr da data em que o Código entrou em vigor.”⁵¹

49. *Da prescrição extinctiva*. São Paulo: Escolas profissionais do Lyceu Salesiano, 1918, p. 170.

50. *Op. cit.*, p.171.

51. *Op. cit.*, p. 173: Como diz o autor, a regra é de bom-senso e o Direito, de fato, precisa delas para compor certas situações em que a lógica do raciocínio não é suficiente para se sobrepor à lógica dos fatos. Nenhuma visão formal jamais explicará a vida sem deixar resto. Em ambas as soluções, há incoerências. Se a lei posterior aumenta o prazo mas manda contar o anterior, o prazo por ela aumentado de fato não

DOUTRINA

O fato é que a lógica das coisas, somada à experiência jurídica através dos tempos, ajuda o jurista a resolver a questão com segurança, lucidez e justiça.

Se a lei atual aumenta o prazo, a este prazo nela fixado deve ser somado o tempo anterior. Se fosse anulado o prazo passado e o prazo aumentado corresse apenas a partir da lei nova, o aumento seria muito maior do que o pretendido pelo legislador. E caminharíamos para o absurdo, que é sempre incompatível com o esforço permanente de equilíbrio da norma jurídica, na sua permanente tentativa de compor com equidade os interesses que regula.

Se o prazo é diminuído pela lei nova e o prazo que falta para a consumação da prescrição da lei antiga é menor do que o que foi estabelecido na lei atual, seria também ilógico determinar que a prescrição fosse regida pela lei nova. Neste caso, o propósito do legislador estaria prejudicado pois, em vez da diminuição, haveria aumento do prazo.

A lei anterior fixou uma prescrição de 5 anos para a cobrança de indenização por danos morais. O prazo para um titular concreto da ação já corra 4 anos, faltando, pois, um ano para consumir-se a prescrição, quando veio nova lei que diminuiu o prazo de 5 para 2 anos. Ora, o prazo que falta para completar a prescrição pela lei antiga é de apenas um ano. Se o desconsiderássemos, aplicando o prazo de dois anos da lei nova, estaríamos aumentando o prazo prescricional, e não diminuindo como queria o legislador.⁵² Isto sem falar na injustiça ao prescribente, muito bem lembrada por Carlos Maximiliano:

“...Quando lhe faltavam apenas trinta meses para ter em seu prol a prescrição de vinte anos, fosse estabelecida a de cinco começando o lapso, haveria um retardamento, quando o fim da lei fora apressar.”⁵³

Em resumo, a Ciência do Direito ainda não deu um resposta definitiva ao problema da retroatividade/irretroatividade das leis, principalmente em matéria de pres-

umentará porque será diminuído pela inclusão do tempo anterior. O fim político do legislador não será atendido. Se a nova lei o diminui e exclui o prazo anterior, também há injustiça porque, por uma fixação jurídica, se deixa de considerar o que de fato aconteceu. Como pode um tempo já transcorrido ser desconsiderado para a composição de um direito sem grave lesão na confiabilidade do cidadão ao ordenamento jurídico que governa seu comportamento? O fato é que toda transformação legislativa ocasiona mudanças de fato que beneficiam a uns e prejudicam a outros. Como a lei não pode agradar a todos, o que resta ao Estado é impor a norma, cuidando de sua justiça abstrata e racionalidade da melhor maneira possível.

52. Esta solução teve seu fundamento na idéia de Savigny, de deixar a critério do titular da ação escolher entre o prazo restante da lei anterior e o prazo da lei nova. Naturalmente, escolheria o que lhe fosse mais favorável. Para evitar que ficasse sujeita a um critério subjetivo uma questão em que prepondera o interesse público, o BGB estabeleceu uma regra geral sobre o assunto, baseado nas idéias de Savigny, dispondo que: “Se o prazo de prescrição, conforme o Código Civil, é mais curto que segundo as leis anteriores, computa-se o prazo mais curto a partir da entrada em vigor do Código Civil. Se, entretanto, o prazo mais longo determinado pelas leis anteriores expira mais cedo que o mais curto, determinado pelo Código Civil, a prescrição se completa com o fim do prazo mais longo.” Para maiores detalhes, ver Batalha, *op. cit.* p. 244.

53. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 249.

DOCTRINA

crição. Basta citar aqui as idéias de Gabba, um grande teórico do assunto que agrupou as teorias em cinco grupos:

a) as que submetem a questão à vontade do legislador, que decide se há ou não retroatividade;

b) as que admitem a retroatividade das leis de ordem pública, sem ofensa dos direitos adquiridos;⁵⁴

c) as que admitem a retroação das leis favoráveis;

d) as que sustentam a retroatividade das leis relativas ao “ser” ou ao modo de ser dos direitos, vedando-a em relação à aquisição destes direitos;

e) as que qualificam como retroativas as leis concernentes ao indivíduo, desde que não influam sobre atos de sua vontade.⁵⁵

Nem a amplitude da doutrina nem apenas a praticidade da vida resolvem a questão. A experiência jurídica dos povos e a contribuição dos juristas trouxeram e vêm trazendo permanente enriquecimento ao tema.

Ao fazer uma lei nova, o legislador tem que pensar no que está no passado, no que ela criará para o futuro e como resolver os fatos pendentes entre o passado e o futuro. Para esta missão é preciso equilíbrio, doutrina e senso prático.

O DIREITO INTERTEMPORAL DAS NORMAS PRESCRICIONAIS, COMO MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O art. 5º, § 1º, diz que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais terão aplicação imediata. Com isto, evitou-se que nenhum obstáculo de natureza jurídica ou interpretativa impedisse-lhes a incidência direta pois tratam de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo e aos grupos para o pleno exercício da cidadania. Como assinala Celso Ribeiro Bastos:

“Em síntese, o conteúdo deste parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigorante é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses:

a) quando a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei;

b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio semântico ser tão acentuado a ponto de forçar magistrado a converter-se em legislador.”⁵⁶

54. Se os ofendesse, o que haveria é perda na confiança do ordenamento jurídico pois o cidadão não saberia até que ponto o legislador é ou não sincero. Mas, se há interesse público, ele predomina sobre esta expectativa, com a justificável fundamentação de que a constituição de um direito adquirido foi feita em nome dos interesses gerais.

55. CARDOZO, *op. cit.*, p. 108. O autor mostra a seguir os acréscimos, divergências, complementações e críticas de diferentes autores, uns em relação aos outros, dando precisa noção da complexidade do tema.

56. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II, p. 392.

DOUTRINA

As normas prescricionais trabalhistas, previstas na Constituição, não precisam de nenhuma norma reguladora infraconstitucional. Têm densidade semântica para se aplicarem de imediato. Logo, há que cumprir-se o preceito sob pena de se desrespeitar a Constituição.

A conclusão imediata a que se chega é que as normas constitucionais têm aplicação imediata como toda norma. Esta imediatidade, em se tratando de normas constitucionais, é mais evidente ainda. Primeiro, porque a própria Constituição assim o determinou. Segundo porque nenhuma Constituição é apenas um programa mas uma realidade concreta que precisa de espaço e existência na vida e nos fatos. Conforme M. Walzer, “The Constitution is also a radical document, opening the way for, if not actually stimulating, social change.”⁵⁷

Só pode uma Constituição abrir o caminho – *open the way*, ou estimular mudanças sociais – *stimulate social change* – atuando de fato. Não pode consistir apenas de normas programáticas porque decairia o “deficit de direção”, reduzindo-a a um mero repositório de princípios e não a uma atuação concreta de mudança e abertura social.

Afinal, como salienta Paulo Bonavides, em notável síntese: “Os direitos fundamentais, em vigor, não se interpretam; concretizam-se.”⁵⁸

A EC/28 houve por bem modificar a prescrição do trabalhador rural: de imprescritível durante o curso do contrato de trabalho, fixou-a em cinco anos cuja ação deve ser proposta até 2 anos após a extinção do contrato de trabalho. Esta norma deve ser aplicada imediatamente, resguardando-se apenas as situações consumadas sob o império da norma constitucional anterior.⁵⁹

Esta situação consumada se constitui dos contratos de trabalho:

- a) cuja rescisão se deu sob o império da norma anterior;
- b) e que haja transcorrido dois anos da rescisão até a entrada em vigor da EC/28, ou seja, 25.5.2000.

Portanto o novo prazo, em razão de sua aplicação imediata, não tem efeito retroativo, como quer Márcio Túlio Viana.⁶⁰ Só o teria se revolvesse a situação consumada na forma do parágrafo anterior.

Estêvão Mallet⁶¹ faz uma análise do direito comparado, demonstrando que a prescrição trabalhista sempre se dá após a extinção do contrato de trabalho. E conclui

57. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1273.

58. BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 545.

59. É verdade que a aplicação imediata da norma surpreende milhares de trabalhadores rurais, “ceifando direitos como uma foice” como diz Márcio Túlio Viana, *op. cit.*, p. 1005. Mas toda mudança nas leis tem este destino: beneficia uns e prejudica outros. Por isso, é antecedida de discussão política, no campo do justo, antes que se materialize a norma. Esta surpresa existe em todos os setores da sociedade humana e é impossível evitá-la. No campo da prescrição rural, há interesses outros, além daqueles que se situam apenas na esfera do trabalhador. É preciso harmonizá-los e não olhar apenas para um lado.

60. *Op. cit.*, p. 1005.

61. São Paulo: LTr, v. 64, n° 8, p. 999-1001, ago/2000.

que “em síntese, não se mostra positiva a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 28.”

Sua conclusão, entretanto, não se presta para criticar a EC/28, pois o trabalhador rural e o urbano sempre tiveram o prazo prescricional, salvo poucas exceções, contado a partir da extinção do contrato de trabalho. O que havia de excepcional, e isto não se encontra em nenhum sistema moderno de direito do trabalho, era a inexistência de um prazo prescricional para o trabalhador rural que poderia reivindicar todos os direitos relativos ao contrato de trabalho extinto, independente do tempo de sua duração.

Note-se que o prazo de dois anos, após a extinção, é para propor ação que, uma vez ajuizada, se estendia a todo o contrato de trabalho.

Depois de fixada esta regra geral, cumpre analisar os casos particulares que vêm ocasionando polêmica na jurisdição do trabalho.

Os contratos extintos antes da EC/28 e em relação os quais houve o transcurso de dois anos, denotam situação consumada e estão fora do novo prazo. Mas note-se: não basta dizer apenas contratos extintos antes da promulgação da EC/28.⁶² É preciso que se considere também o prazo de dois anos para ajuizar.

Se o contrato se extinguiu antes da EC/28, estando em curso o prazo de dois anos para a proposição da ação quando ela entrou em vigência, aplica-se o novo prazo nela previsto. O decurso parcial do prazo não é direito adquirido mas apenas um iter ou percurso, que só se consuma quando esgotado. Há apenas uma esperança, não um direito.

A solução conciliatória de aplicar a lei antiga se o prazo para completar a prescrição é menor do que o introduzido pela lei nova é impossível quando se trata de trabalhador rural por dois motivos:

a) o primeiro, de ordem constitucional, negaria a aplicação imediata de dispositivo relativo a direitos e garantias fundamentais, tal como previsto no art. 5º, § 1º;

b) o segundo, de ordem específica, diz respeito às peculiaridades da prescrição rural do direito brasileiro. Como só há o prazo de 2 anos para propor ação, através da qual se pode reivindicar, sem limites, todo o tempo do contrato de trabalho, não há prazo transcorrido anteriormente à lei. Logo falta um elemento para a solução equitativa, o que a torna inviável.

Ainda assim, esta última solução só serviria para os sistemas jurídicos em que a prescrição é regulada por lei e não pela Constituição.

Márcio Túlio Viana propõe uma solução conciliatória e harmonizadora da aplicação imediata da nova regra e os direitos passados do trabalhador rural, que seriam considerados em bloco. Assim, por exemplo, teria dois anos para, em cinco anos, reclamar todos os décimos terceiros salários passados, férias, diferenças de salário, etc.

A solução é engenhosa mas esbarra intransponivelmente na Constituição. Os direitos trabalhistas se constituem no tempo. Renovam-se a cada prestação devida: os

62. Assim, por exemplo, MALLETT, *op. cit.*, p. 1000.

salários são mensais, as férias, anuais. O 13º é pago no fim de cada ano, etc. Reclamá-los em bloco seria torná-los imprescritíveis e foi isto exatamente que o legislador quis evitar.

Eneida Melo Correia de Araújo pretende uma solução intermediária. Diz:

“...A Emenda Constitucional tem aplicação imediata, mas não retroage para alcançar o direito de ação alusivo aos créditos que o trabalhador entenda lesados há mais de 5 anos da data de vigência da nova norma jurídica.”⁶³

Ora, a EC/28 unificou a prescrição, tornando comum o prazo de cinco anos para o trabalhador urbano e rural. Este último tinha a seu favor uma causa impeditiva, não correndo a prescrição enquanto durasse o contrato de trabalho. Agora, com o novo prazo, esta causa foi suspensa. O fluxo prescricional corre contra o trabalhador rural e, a exemplo do urbano, tem 2 anos para reclamar os 5 anteriores. Para o tempo que ficou além deste prazo, de duas uma:

a) ou a situação está consumada pelo decurso de dois anos após a rescisão, hipótese em que a nova regra não incidirá, ou

b) o prazo de dois anos está em curso, hipótese em que haverá incidência.

Não há este *tertius genus* sugerido pela autora citada, ou seja, a lei incidindo sobre até cinco anos e a antiga sobre o prazo restante, quando houver.

Quando uma norma revoga outra, retira da revogada todos os seus efeitos. Não existe incidência concomitante de duas normas prescricionais sobre o mesmo suporte fático.

Questão mais complicada é a que se verifica em relação aos processos em curso. O trabalhador rural foi dispensado, ingressou tempestivamente em juízo, pleiteando verbas de todo o contrato de trabalho. A demanda, como acontece normalmente, espichou-se através dos meandros do processo trabalhista, percorrendo instâncias e sujeitando-se a vários recursos.

Neste intervalo, promulgou-se a EC/28. Incidirá ela neste processo e nos demais que se encontrem na mesma situação?

O argumento contrário, que se vem usando, consiste na afirmativa de que a situação se consumou sobre a vigência da lei antiga e a lei nova não incide.

O argumento é equivocado. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicam-se imediatamente. As normas prescricionais têm auto-suficiência necessária para aplicação imediata (*selfexecuting*), que o *Black's Law Dictionary* assim define: “Anything (*e.g.* a document or legislation) which is effective immediately without the need of intervening court action, ancillary legislation, or other type of implementing action.”⁶⁴ (Algo, como por exemplo um documento ou legislação, que se aplica imediata e efetivamente, sem necessidade de intervenção de ação judicial, legislação auxiliar ou outro tipo qualquer de ação complementar).

63. DT VIII/00, nº 73.

64. Citado, p. 1360.

Ainda que assim não se entendesse, não há razões jurídicas para vedar a incidência. De direito adquirido não se trata porque, se há controvérsia, não houve adentramento de nenhum bem jurídico no patrimônio de nenhuma das partes.

De ato jurídico perfeito também não é o caso, porque não há declaração de vontade em jogo que tenha constituído um negócio jurídico que, por sua vez, se tenha transformado em direito adquirido.

De coisa julgada não se pode falar, porque não há trânsito em julgado de decisão judicial. A prova é que o processo ainda está em curso.

Portanto a norma incide automaticamente, mesmo que já tenha havido decisão em primeiro grau favorável ao reclamante, concedendo-lhe direitos por todo o contrato de trabalho. Independentemente do art. 162 do CC, que é interpretado restritivamente no sentido de que “qualquer instância” significa instância ordinária, a norma prescricional tem *status* constitucional e o intérprete não pode recusar, sob nenhum pretexto, sua aplicação, sob pena de negar vigência à própria Constituição.

Mesmo no TST ou STF, ou onde quer que os autos se encontrem, a parte interessada pode requerer a incidência imediata do novo prazo porque é incondicional a aplicação das normas constitucionais.

Como salienta Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

“Irrelevante, no caso, é que haja processos em curso ao tempo da entrada em vigor da Emenda 28, e a prescrição por ela preconizada não será aplicada se a relação de trabalho litigiosa já se havia extinguido antes da sua vigência. Não se confundam – como acima foi nitidamente escandido, prescrição e preclusão. Na hipótese, o plano processual não contagia nem transmuda o plano material, em que se formaram e se extinguíram os direitos objeto da ação.”⁶⁵

A situação não deixa de ser um tanto injusta mas não se pode deixar à míngua de aplicação uma norma, simplesmente porque é injusta. Pior seria, em nome de um critério de Justiça, desaplicar a Constituição. Como Justiça é valor e não é possível uma valoração universal e idêntica de fatos humanos,⁶⁶ cada intérprete, evocando seus valores, deixaria de aplicar a Constituição ou as leis. É certo que não teríamos, com esta forma de fazer Justiça, ordem e estabilidade nas relações jurídicas, mas o caos.

A solução deve ser outra. Se tivéssemos uma Justiça do Trabalho eficiente e rápida, absurdos como este não aconteceriam. Não podemos, por isso, criticar a situação de injustiça do exemplo dado, mas sim combater a morosidade do Judiciário, que é responsável pelo fato.

Júlio Bernardo do Carmo, em artigo inédito que naturalmente será publicado nas revistas especializadas, enriquece o tema com suas reflexões. Passa em revistas as

65. *O trabalhador rural e a nova prescrição*. Revista do TST, Brasília, v. 66, nº 3, p. 144-158, jul-set/2000.

66. Jamais se chegará a um conceito unitário de Justiça pelo conteúdo mas tão-só formalmente, segundo a velha fórmula de tratar igual coisas iguais e desigualmente coisas desiguais. Frydman, Benoît, Harscher, Guy. *Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1998, p. 15.

várias possibilidades interpretativas, criticando-as, para depois apontar a solução que entende acertada.

A primeira corrente manda aplicar de imediato o prazo prescricional, salvo as questões já aforadas e julgadas. Esta teoria, em sua opinião, “privilegia em demasia a lei nova”, sendo, por isso, radical. Dá um exemplo: o juiz de primeiro grau julgou a ação com base no prazo anterior, deferindo ao empregado todos os direitos devidos durante o contrato de trabalho. Em segundo grau, sob a vigência do novo prazo, o Tribunal aplicou a prescrição quinquenal.

Também exemplifica com o mesmo fato mas pela lógica processual. Num caso, o processo ainda estava na instância ordinária e, por isso, o advogado pôde arguir a prescrição. O outro já estava nas instâncias não ordinárias – TST ou STF e não foi mais possível alegá-la.

A disparidade entre os dois julgamentos é atentatória à Justiça e basta este exemplo “para minar irremediavelmente a tese jurídica proposta”.

A argumentação, embora lógica e segura, está longe de convencer.

Em primeiro lugar, o novo prazo, provindo da Constituição, tem aplicação imediata, como já foi demonstrado. Basta este fato para se derrubar tudo que se afirmou e, aqui sim, “minar irremediavelmente a tese proposta”.

As situações contraditórias de fato existem mas é da natureza do direito enfrentá-las. Há, sempre houve e sempre haverá julgamentos opostos, nos tribunais de qualquer jurisdição. Não se há de supor que juízes livres pensem de modo igual. Portanto um julgamento concedendo e outro negando é a rotina, principalmente no campo do Direito do Trabalho em que as leis mudam com muita rapidez.

Como a uniformização definitiva só provém da última instância (TST), e a ele chega apenas cerca de 1% das reclamações, a contradição é necessariamente grande pois há permanentemente divergência de jurisprudência entre tribunais regionais e até mesmo dentro do próprio tribunal, até que ele mesmo unifique os entendimentos.⁶⁷

O remédio contra este fato foi dado pelo próprio autor quando, no fim do artigo, afirma com toda convicção:

“...Sou adepto fervoroso da unificação jurisprudencial e até mesmo da súmula vinculante, porque tais procedimentos contribuem para a seriedade das decisões judiciais e para a pronta e célere prestação da tutela jurisdicional, pois deixam de alimentar o sonho de demandas trabalhistas estéreis que para nada contribuem, a não ser para o emperramento da máquina judiciária.”

67. Hoje, pelo procedimento adotado para julgamento nas turmas do TRT da 3ª Região – 4 juízes na composição e três encarregados de cada julgamento, há decisões contraditórias frequentes no interior de cada turma e, às vezes, até na mesma sessão. Até que haja uniformização no âmbito do Tribunal, muitos processos, com julgamentos contraditórios, nos quais não tenha havido interposição de recurso de revista, descerão às Varas e serão executados.

DOCTRINA

Tem razão. A diversidade de interpretação da lei nos tribunais retira do cidadão o sentimento de confiabilidade nas instituições judiciárias e podem levar o país ao caos pois não julgamentos e sim opiniões dos juízes.

O mínimo que se espera de uma ciência, e o Direito é ciência, é um certo grau de certeza e estabilidade de seu objeto material. Se os tribunais são incapazes de unificar o que pensam, para propiciar, ao cidadão e à sociedade, uma atitude segura e confiante em relação à lei, resta perguntar por que existem então?

Se cada um é livre para interpretar a lei, teremos opinião e não julgamento. Neste caso, é melhor para a sociedade permitir aos cidadãos que convencionem a interpretação da lei, cada qual a seu modo, nos contratos, negócios jurídicos e transações em geral. Em caso de dúvida, convocarão um árbitro. O Judiciário se tornará, então, desnecessário e se extinguirá.

Este modelo de sociedade ainda demorará muitos anos para se impor. Até lá, ainda precisaremos dos tribunais e dos juízes. Por isso, suas decisões hão de ser uniformizadas para que valham como regra de conduta, mostrando aos jurisdicionados o caminho certo nos casos mais comuns de divergência.

Portanto o próprio articulista já deu resposta à questão que ele mesmo propôs. O defeito não está na regra prescricional mas na interpretação que dela se faz. Unificada esta, o problema já não mais existe.

Também, como já exposto neste trabalho, quando há mudança nas leis, há sempre ganhadores e perdedores. Esta incoerência é inerente ao sistema e inevitável. Porém, não é preciso lembrar, sua duração é passageira porque, em pouco tempo, a lei nova regerá todos os casos.

A segunda corrente apontada pelo autor é a seguinte: o critério será a época do rompimento do contrato. Se na vigência da lei antiga, esta se aplica à situação. Se na vigência da lei nova, esta regerá os fatos.

Também aqui não lhe cabe razão.

A rescisão de um contrato não é ponto de referência para a solução de conflitos de leis no espaço nem pode ser erguida a uma situação de sobredireito. O contrato é ato de vontade para a composição de interesses privados, já a aplicação das leis no tempo é questão típica de ordem pública porque interessa a toda a sociedade. Tomar como ponto de referência interesses particulares para regular interesses públicos não é correto nem cientificamente aceitável.

A rescisão de um contrato e o exercício de direitos e a imposição de deveres que daí resultam são fatos distintos. Se desta rescisão nasce uma controvérsia, as partes, como é óbvio, terão que balizá-la pelo direito vigente e exercer sua pretensão no tempo por ele estabelecido. Se, entre a rescisão e o exercício, sobrepõe-se a lei nova, por ela se medirá o prazo.

Paul Roubier⁶⁸ trata o tema com muita propriedade. Em se tratando de contratos, há que se distinguir entre a lei de fundo de sua constituição e o exercício dos direitos que dele provêm.

68. *Le droit transitoire- conflits des lois dans le temp.* 2. ed. Paris: Dalloz, 1960, p. 403.

O direito de fundo se regula pela lei da época em que o contrato se formou e a lei nova não pode mais revolvê-lo sob pena de flagrante retroação. Mas o exercício dos direitos que daí advêm se regulam pela lei nova. Geralmente, o legislador intervém neste exercício para limitá-lo ou geri-lo segundo o interesse público e os reclamos sociais.

Eis as palavras de Roubier

“Des les lendemain même du Code civil, les théoriciens des’ droits acquis ‘introduisaient une distinction capitale entre les lois qui gouvernent le fond du droit e les lois qui intéressent seulement le mode d’exercice des droits. Dans la doctrine qui définit la rétroactivité comme consistant une atteinte portée aux droits acquis, cette distinction a une portée absolument générale, e il faut par conséquent séparer avec soin ce qui concerne la substance même du droit et d’autre part les mesures réglementaires ordonnées par le législateur en vue de définir comment doivent être exercés les droits, mesures qui sont souvent définies en considération de l’intérêt des tiers ou de l’intérêt général au moins autant que dans l’intérêt des contractants eux-mêmes’.”

Quando o legislador intervém no exercício dos direitos relativos a contratos, leva em conta o interesse público, não são leis orgânicas do contrato mas leis que regulam interesses gerais tomadas no interesse da boa ordem da sociedade civil – Ces lois ne sont donc pas de lois organiques du contrat, concernant les droit acquis par les parties, elles sont plutôt des lois réglementaires, des mesures d’intérêt général prises pour le bom ordre de la société civile.⁶⁹

Tome-se o exemplo do direito de propriedade. Uma coisa é o contrato de compra e venda da propriedade imóvel, seu registro e transcrição. Este, uma vez constituído sob a lei antiga, não pode ser revolido pela lei nova. Outra coisa é a restrição posterior ao exercício do direito de propriedade que o legislador decida impor por razões de ordem pública, tais como limitações do subsolo, do espaço aéreo, da liberdade de construir, servidões de passagem, aproveitamento de águas, etc. A propriedade permanece íntegra. Seu exercício sofreu variações que estarão sujeitas aos prazos prescricionais que forem fixados em lei.

O mesmo fato se dá com os direitos que nascem da rescisão contratual. O contrato de trabalho se firmou segundo a lei da época. Já o exercício de direitos se fará segundo o que for determinado por lei posterior. É exatamente o que se verifica com a prescrição, cujo prazo pode variar sem afetar o contrato do qual nascem os direitos acionáveis em juízo.

Diz com propriedade Dieter Medicus:

“Die Verjährung betrifft Ansprüche. Nicht dagegen verjähren die Mutterrechte selbst, aus denen sich die Ansprüche vielfach ergeben...”⁷⁰ (A prescrição refere-se a pretensões. Não se prescrevem os direitos básicos) (“os direitos-mãe” em tradução literal), dos quais nascem as pretensões.)

69. ROUBIER, cit., p. 404.

70. *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg: Müller, 1982, p. 44.

Há, pois, que se distinguir entre o fundo, o direito-base ou direito fundamental e as pretensões que dele nascem.

A terceira corrente tem natureza mista. O autor entende que a regra constitucional anterior impunha um impedimento ao fluxo prescricional durante o contrato de trabalho. Portanto o empregado incorporava cada dia de trabalho a seu patrimônio, constituindo direito adquirido.

Este tempo tem que ser, por isso, respeitado. Se o empregado trabalha 20 anos, na vigência da lei antiga e 10 sob a vigência da atual, poderá reclamar 25 anos.

A solução, ainda que engenhosa, não tem razão de ser. O tempo em curso da prescrição não constitui direito adquirido, como já foi aqui discutido. Trata-se de uma mera esperança de direito, nada mais. O prazo anterior só é considerado quando a lei nova aumenta o prazo da prescrição. Por equidade, ele é levado em conta para somar-se ao novo para constituir o prazo maior.

No caso concreto, o exemplo é exatamente o contrário. A Constituição diminuiu o prazo e o que nela foi adotado tem aplicação imediata.

Para conciliar esta teoria com o mandamento da aplicação imediata das normas constitucionais, o autor propõe, finalmente, uma quarta teoria. Estando em curso o contrato de trabalho, o trabalhador rural teria cinco anos para reivindicar todos os seus créditos trabalhistas. Depois de escoados estes cinco anos, teria, como o urbano, o prazo de dois anos para reclamar os cinco últimos.

Este arranjo também não pode ser aceito pois se estaria dando a um mesmo prazo duas finalidades. Os primeiros cinco anos serviriam para reclamar direitos de todo o contrato de trabalho. Uma vez escoados, passariam a valer realmente pelos cinco anos anteriores...

O autor objetivou dar efeito imediato à norma constitucional mas o que de fato fez foi protaí-lo pois, na primeira hipótese, o que se pretende é exatamente manter a situação anterior, em frontal choque com a aplicabilidade imediata.

Finalmente se saliente que é irrelevante a natureza jurídica da norma prescricional – se de direito material ou processual- para o desate da intertemporalidade,⁷¹ que leva em conta a norma jurídica como entidade deontica e não a norma segundo seu conteúdo.⁷²

71. ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Prescrição trabalhista na nova Constituição*, cit., p. 136. Nesta obra, dissemos: “Pouco importa a natureza jurídica da prescrição (se de direito material ou processual) para efeito de retroatividade pois o ato jurídico” perfeito “praticado de acordo com o ordenamento jurídico vigente ao tempo de sua manifestação, estende-se não só ao direito material mas também ao direito processual, conduzindo, no primeiro caso, ao direito adquirido e, no segundo, à coisa julgada, eficácia material e formal que irradiam do ato jurídico ‘ perfeito’”.

72. Sobre a concepção processual da prescrição, ver Bandrac, Monique. *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*. Paris: Economica, 1986, p. 40. Esta concepção, como salienta a autora, não distingue os dois tipos de prescrição- a extintiva ou liberatória e a aquisitiva, que ficam iguados na idéia mecanicista de processo. A teoria nasceu com a independência do conceito de ação em relação ao direito material. Seu defeito fundamental é desconhecer a influência que a prescrição exerce inegavelmente sobre o direito material, transformando a situação de fato e o titular do direito. Porém

A norma em si denota ações ou omissões juridicamente proibidas, obrigatórias e permitidas. Porém, ao dividir-se o direito em disciplinas, o jurista passa a usar termos concretos segundo conteúdos específicos de cada uma delas: herdeiro, hipoteca, posse, FGTS, garantia no emprego, ato administrativo, direitos individuais e coletivos, etc. Este lado prático nada mais é do que o princípio deontico transmutado em fatos sociais.⁷³

Portanto a norma, como entidade deontica ou por seu conteúdo, é a mesma coisa para o Direito Intertemporal que vai cuidar de sua incidência, revogação, efeito imediato ou retroativo e não de seu conteúdo, que é objeto de interpretação ou explicação. Conclusão: é irrelevante que seja de direito material ou processual, pública ou privada, de Direito do Trabalho ou de Direito Administrativo.

Alguns autores⁷⁴ apontam, para a solução dos processos em curso, a Súmula 455 do STF: “A Lei nº 2.437, de 07.03.55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência, salvo quanto aos processos então pendentes.”

Esta solução sumulada é atécnica e não pode por analogia ser adotada para outros casos.

A existência ou não de processo pendente não é referência válida para a não incidência de uma lei. Sua aplicação imediata não pode sofrer obstáculos pelo fato de haver processo em curso. A construção é apenas um arranjo jurisprudencial, que não pode ser elevado a parâmetro analógico para outros casos nem é regra que consta da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Além do mais, a redução do prazo se deu por lei ordinária. A prescrição do trabalhador rural, agora encurtada, tem fonte constitucional, está no capítulo dos direitos e garantias e a CF lhe determina vigência imediata.

Outro ponto falho de referência tem sido também a evocação do momento da rescisão do contrato. Assim, por exemplo, Glauce de Oliveira Barros:

não se lhe pode negar um fundo de verdade pois é pelo processo que se vai definir a situação. Esta função aclaradora dos fatos pela sentença, entretanto, se refere a todo e qualquer direito objeto de uma controvérsia, que assim passaria também a ter natureza processual: compra e venda, posse, propriedade, dispensa sem justa causa, etc. A discussão, portanto, está mais ligada à função do processo em relação ao direito material e não tem nada de especificamente novo em relação ao instituto da prescrição, cuja definição e caracterização científica devem ser obtidas pela sua essência, enquanto fenômeno jurídico, e não pela ação que se propõe, quando se torna objeto de uma controvérsia. Além do mais, se a prescrição está associada apenas ao direito de ação, como fica o direito material, quando não existe a ação para fazê-lo valer? Extingue-se? Sobrevive como obrigação natural? Ou é apenas um direito que se cumprirá ou não segundo a vontade do devedor que, em defesa, pode alegar a perda do direito de ação. Sobre este interessante e desafiador problema, ver GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *Prescrição e Decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 51.

73. CARRIÓ, Genaro R. *Introdução à obra de W.N. Hohfeld Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Distribuciones Fontamara. 1997, p. 7.

74. Por exemplo, MARTINS, Sérgio Pinto. *A EC/28 e a prescrição do trabalhador rural*. Repertório IOB de jurisprudência. São Paulo, v. 2, nº 16, p. 318-317, ago/2000.

“Aos contratos rescindidos antes da publicação da emenda e às ações em andamento aplicar-se-á a lei anterior, isto porque em relação às situações retroativas não havia nenhum prazo prescricional se escoando, com exceção da prescrição bienal fixada para o exercício da ação após a rescisão contratual.”⁷⁵

Também o momento da rescisão contratual não é elemento apto a determinar a incidência da lei nova, cuja referência é sua vigência e não a rescisão de contratos.

Confunde-se aqui, mais uma vez, o exercício de direitos provenientes dos contratos e o contrato em si mesmo, conforme já foi discutido linhas atrás.

O contrato do empregado/empregador rurais constituiu-se validamente e gerou efeitos. Nasce para o empregado o direito de ação, em caso de controvérsia ou resistência do devedor/empregador. O prazo prescricional conta-se segundo a lei vigente no momento da interposição da ação e não do momento da rescisão do contrato.

Note-se que não há efeito retroativo sobre o contrato que se constituiu segundo a legislação vigente à época, o qual permanece intocado. A incidência imediata é apenas quanto ao novo prazo de propositura da ação pela lei nova.

Esta confusão tem que ser evitada para que o problema possa ser discutido corretamente: uma coisa é o contrato; outra, a reivindicação de seu efeitos no prazo fixado pela EC/28.⁷⁶

Para os contratos rurais em vigência, a questão não muda. Se um empregado rural já trabalhava para o empregador há dez anos, e continua trabalhando depois da EC/28, o prazo para reclamar qualquer direito em relação ao tempo de casa anterior ou posterior à EC/28 é de 5 anos.

A solução de Ari Pedro Lorenzetti⁷⁷ é que

“O prazo para o trabalhador rural que continua no emprego pleitear os créditos relativos ao período anterior a 26.05.2000 encerra-se em 26.5.2005, uma vez que, segundo as regras de contagem dos prazos, sendo estes em anos, contam-se da data do início até o dia e mês correspondentes do término. (Lei nº 810/49), excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.”

Inverte-se assim o prazo prescricional que, em vez de regular o tempo passado, como é da natureza da prescrição, torna-se um fator impeditivo do fluxo prescricional

75. BARROS, Glauce de Oliveira. A extinção dos direitos do trabalhador rural- inciso XXIX do art. 7º da CF à luz da EC b, 28. Revista de jurisprudência Trabalhista. Porto Alegre, v. 17, nº 198, p. 37-40, jun/2000.

76. Neste mesmo equívoco incide MACHADO, João Alberto Alves. *A prescrição do trabalho rural e a EC/28. O trabalho*. São Paulo, nº 43, p. 1009-13, set/2000: “Por força desse raciocínio, a inovação constitucional não se aplica aos contratos de trabalho encerrados antes da publicação da EC/28, já que a situação jurídica restou definitivamente constituída nos moldes da lei antiga, que considerava a simples vigência do contrato de trabalho como causa impeditiva do curso da prescrição, sequer iniciada portanto.” Aqui se vê claramente o que afirmamos. Antes, havia o impedimento do fluxo prescricional. No momento da reivindicação, houve a fixação do prazo de cinco anos. Pelo princípio da aplicação imediata, é dentro deste limite temporal que o direito vai ser agora exercido.

77. *As novas regras da prescrição em relação ao ruralista. O trabalho*. São Paulo, nº 43, p. 1027/29, set/2000.

DOUTRINA

para o futuro nos cinco anos posteriores. Onde fica a aplicação imediata das normas constitucionais previstas no art.5º, § 1º?

Teríamos então duas normas prescricionais constitucionais: uma, para o direito anterior à EC/28 e outra, segundo o prazo nela estabelecido. Evidentemente não é uma solução adequada, não só pela complicação que trará, como também por sua injuricidade, pois desconhece a aplicação imediata das normas constitucionais.

CONCLUSÕES

Ao elevar a matéria prescricional trabalhista a nível constitucional, o legislador constituinte transformou-a em tema formalmente constitucional, tornando-se por isso original em todo o mundo.

Sítuou-a, além disso, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais cujas normas, segundo o art. 5º, § 1º, têm aplicação imediata.

Esta aplicação imediata significa incidência incondicional da norma sobre a realidade por ela objetivada. Caso contrário, o mandamento constitucional não teria vida e se submeteria a permanentes casuísmos que lhe retirariam a incidência. Acabaria contornado por exceções e interesses que lhe desvirtuariam a essência.

Se a Constituição é “uma lei proeminente que conforma o Estado”,⁷⁸ suas normas não podem ser apenas um programa mas têm de ter incidência e efetividade. Caso contrário, não serão proeminentes nem conformarão o Estado e a ordem jurídica a ele inerente não terá estabilidade.

A ela devem ajustar-se todas as normas. Conforme salienta Niklas Luhmann, se o direito posterior revoga o anterior, há uma exceção ao princípio no interesse da prevalência da Constituição: “Es gibt die Regel, dass neues Recht altes Recht bricht, und es gibt die Ausnahme von dieser Regel im Interesse des Vorrangs von Verfassungsrecht.”⁷⁹

Em outra obra, o mesmo Niklas Luhmann salienta que “Die Selbstbeschreibung des politischen Systems muss sich dann in erster Linie auf die Verfassung beziehen.” (A autodeterminação do sistema político refere-se em primeiro lugar à Constituição).⁸⁰

Portanto a Constituição, como norma fundamental, é a fonte político-jurídica de toda a sociedade. Daí a correta afirmativa de Caio Mário da Silva Pereira: “Em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística.”⁸¹

78. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 83.

79. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993, p. 192.

80. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2000, p. 252

81. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, p. 107.

DOCTRINA

José Afonso da Silva, ao tratar dos instrumentos de eficácia constitucional em sua famosa e sempre oportuna obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais salienta*

“...Que valor tem o disposto no § 1º do art. 5, que declara todas (isto é, todas as normas do Título II) de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.”⁸²

Toda esta unanimidade doutrinária nada mais faz do que afirmar que as normas constitucionais têm aplicação imediata, a não ser que a própria Constituição submeta-a a norma reguladora infraconstitucional. Não é este o caso do art. 7º, XXIX, que é incondicionado e self-executing, como já foi visto.

A aplicabilidade imediata das normas constitucionais tem como fundamento uma idéia necessária: como pode a Constituição ser a “lei proeminente que conforma o Estado” se não se aplica de imediato para cumprir o seu importante papel?

Tomando como base este princípio e organizando o que foi anteriormente desenvolvido, podemos concluir:

Os contratos de trabalho rurais rescindidos há mais de dois anos antes da EC/28 de 25.5.2000 constituem uma situação jurídica definitivamente constituída que não pode ser tocada pela nova regra.

Os contratos de trabalho rescindidos antes da EC/28 mas em relação aos quais se pleiteia algum direito depois de sua vigência, por ela se regulam em relação ao novo prazo prescricional.

Se o contrato de trabalho rural começou antes mas se extinguiu depois da EC/28, por ela são regidos em relação ao prazo prescricional.

Os processos em curso terão o prazo prescricional regido pela EC/28, podendo o prescribente requerer sua aplicação em qualquer instância e até mesmo nos embargos à execução.⁸³

Em síntese final, concluímos: depois da EC/28 de 25.05.2000, aplica-se incondicionalmente, em qualquer hipótese, a prescrição de 5 anos para o trabalhador rural, a qual pode ser reivindicada até dois anos após a rescisão do contrato – art. 7º, XXIX, da CF.

82. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 165.

83. Mesmo que a sentença de primeiro grau tenha sido prolatada antes da EC/28 e acolhido a reivindicação de direitos por todo o contrato de trabalho. Também tem aplicação plena a regra do art. 162 do CC, sem a restrição de que a alegação deva fazer-se perante as instâncias ordinárias. A razão é que, por se tratar de princípio constitucional, sua aplicação transcende o interesse das partes em virtude do interesse público que incorpora.