

PRESCRIÇÃO EX OFFICIO - PARÁGRAFO 5º DO ART. 219 DO CPC - A IMPROPRIEDADE E INADEQUAÇÃO DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA, E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO E O PROCESSO DO TRABALHO

Emília Simeão Albino Sako(*)

RESUMO: O art. 219, § 5º do CPC, não é compatível com o processo do trabalho, entre outras razões, porque atinge direitos trabalhistas blindados com a cláusula de irrenunciabilidade.

RESUMEN: El art. 219, § 5º de la Ley Procesal Civil no es compatible con el proceso del trabajo, dentre otras razones, porque afecta derechos laborales garantizados con la cláusula de irrenunciabilidad.

PALAVRAS-CHAVE: Processo; juiz; prescrição.

PALABRAS LLAVES: Proceso; juez; prescripción.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Nova Regra do CPC - Prescrição Decretada *Ex Officio*; 3

(*) Especialista em Ciência Política e Desenvolvimento Estratégico. Mestre em Direito Processual Civil. Doutoranda em Direitos Sociais. Juíza do Trabalho da 9ª Região.

Distinção entre Norma de Direito Material e de Direito Processual - O Equívoco do Legislador ao Disciplinar a Prescrição por Meio de Norma Processual; 4 As Regras Definidoras da Prescrição no Processo do Trabalho; 5 Prescrição *Ex Officio* - Violação aos Princípios do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa; 6 Prescrição *Ex Officio* no Processo do Trabalho - Afronta ao Princípio Dispositivo; 7 O Princípio Protetor e a Regra da Norma mais Favorável ou a Condição mais Benéfica ao Trabalhador; 8 O Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos Trabalhistas e a Regra da Prescrição *Ex Officio*; 9 A Prescrição *Ex Officio* e os Princípios da Supremacia da Constituição e do Não Retrocesso Social; 10 A Supremacia dos Princípios Dentro da Ordem Jurídica Democrática; 11 A Discutível Constitucionalidade do Parágrafo 5º do Art. 219 do CPC em Face dos Arts. 5º e 7º da Constituição Federal; 12 O Juiz Diante da Nova Regra de Aplicação da Prescrição; 13 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O direito do trabalho é formado por normas e princípios destinados a assegurar ao trabalhador uma existência digna. O processo do trabalho também lhe confere proteção especial quando em litígio com o seu empregador, pois o trabalhador assume no processo uma condição desfavorável, menos suficiente, e mais dependente. A hipossuficiência tem dois sentidos, um econômico e outro técnico. O primeiro funda-se na disparidade de condição econômica dos litigantes, e o segundo nas deficiências de conhecimento técnico e/ou jurídico do trabalhador. Por tais razões, as normas trabalhistas dispensam proteção especial ao trabalhador, dada a sua condição de hipossuficiente, visando assegurar a igualdade de tratamento e condições, a fim de que seja alcançada, por meios desiguais, uma igualdade substancial nas relações sociais e processuais. As normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico trabalhista são protetivas, resultam de lutas e conquistas por maiores espaços de igualdade e liberdade, não podendo o legislador criar normas menos favoráveis que as existentes, subtrair ou eliminar direitos dos trabalhadores, sob pena de ofensa à cláusula de não retrocesso social. O direito e o processo do trabalho têm por finalidade realizar a justiça social, conferir proteção e garantias ao trabalhador, que conta com o resultado de seu trabalho para sobreviver. Assim, a nova regra inserida pelo legislador no ordenamento jurídico brasileiro determinando a aplicação *ex officio* da prescrição, é incompatível com o processo do trabalho por inúmeras razões, colide com os princípios que norteiam o direito e o processo do trabalho, atingindo diretamente direitos trabalhistas blindados com as cláusulas de irrenunciabilidade e inalienabilidade.

2 A Nova Regra do CPC - Prescrição Decretada

Ex Officio

O Art. 3^o da Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que entrou em vigor sessenta dias após a sua publicação, dispõe que: “O art. 219 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação (...). Parágrafo 5^o: *O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.*”

A doutrina tem se manifestado no sentido de que a nova regra é compatível com o processo do trabalho. Sebastião Geraldo de Oliveira, após fazer ponderações sobre a prescrição, conclui que “(...) do ponto de vista técnico, entendemos que a mudança introduzida é compatível com o processo do trabalho, por aplicação subsidiária (arts. 8^o e 769 da CLT), visto que nem a Constituição, nem a CLT disciplinavam (assegurando ou negando) a questão do pronunciamento da prescrição de ofício pelo juiz” (Revista LTr, 70-05/534). José Augusto Rodrigues Pinto, no mesmo sentido, afirma que “Sendo a legislação processual trabalhista omissa a respeito da iniciativa para a declaração dos efeitos prescricionais, aplica-se aos dissídios do trabalho a alteração da Lei n. 11.280/06, como já se aplicava ao próprio art. 219, parágrafo 5^o, antes dela” (Revista LTr, 70-04/395).

Não obstante as respeitáveis opiniões dos renomados juristas em defesa da compatibilidade da nova regra com o processo do trabalho, algumas reflexões devem ser feitas. Em se tratando de cobrança de créditos resultantes do trabalho humano, do esforço físico do trabalhador, que são irrenunciáveis, poderá o juiz, *ex officio*, declarar extinta a obrigação do devedor, quando este renuncia expressa ou tacitamente ao benefício conferido pela lei em seu favor?

A prescrição é nefasta para aquele que teve um direito violado, notadamente, para o direito do trabalhador. Conforme acentua Ilse Marcelina Bernardi Lora “(...) a prescrição constitui um benefício ao devedor, o que revela contra-senso, na medida que protege quem viola direito alheio ou não cumpre a obrigação assumida” (2001, p. 22). Comunga o mesmo entendimento José Augusto Rodrigues Pinto, apontando que “Modestamente entendemos que, se fôssemos levar a fundo o detalhe da *filosofia* do Direito do trabalho (...) a declaração da prescrição, sistematicamente benéfica ao réu, praticamente só favorece o empregador nos dissídios de trabalho, castrando direitos de natureza alimentar do empregado, pela perda da pretensão processual. O benefício ganha mais visibilidade, no tocante a chamada prescrição parcial (ou de parcelas sucessivas), cujo cumprimento o empregador posterga ao longo da duração do contrato individual, fiado na inibição de ânimo de reclamar do empregado pela ameaça difusa, mas eficientíssima, da perda do emprego. Assim, passando a declaração *ex officio da prescrição* a ser tratada sob o enfoque do interesse público de celeridade e simplificação processuais, a inércia do empregado, freqüentemente sob coação em propor ação contra o empregador na vigência do contrato individual, premia-o, até mesmo na revelia, com a cobertura do reconhecimento judicial tornado obrigatório pela Lei n. 11.280/06” (Revista LTr, 70-04-394). Francisco Antonio de Oliveira, com muita propriedade, diz que “A prescrição tem sido utilizada pelo mal pagador, principalmente pelo Poder Público, *v.g.*, o caso de empréstimos compulsórios que não foram devolvidos e foram corroídos pela prescrição. É o caso da correção de 40% sobre o FGTS. Hoje, a prescrição atenta menos contra o equilíbrio social e mais contra o credor” (Revista LTr-70-05-520).

A nova regra do CPC, que impõe ao juiz o dever de decretar *ex officio* a prescrição, tem de ser analisada de forma sistêmica e não linear, a fim de se aferir a sua pertinência e compatibilidade com o processo do trabalho, pois atinge diretamente o direito do trabalho e seus princípios estruturantes.

3 Distinção entre Norma de Direito Material e de Direito Processual – O Equívoco do Legislador ao Disciplinar a Prescrição por Meio de Norma Processual

As normas jurídicas destinam-se ao reconhecimento, garantia ou conformação de direitos. Canotilho classifica as normas jurídicas em: 1) normas de competência, que reconhecem atribuições a determinados órgãos ou fixam as suas esferas de competência; 2) normas de criação de órgãos (normas orgânicas), que disciplinam a criação ou instituição de certos órgãos; 3) normas de procedimento, representadas por técnicas de legisferação que estabelecem regras procedimentais, as quais atribuem poder, distribuem competências e regulam o procedimento; 4) normas de direitos fundamentais, que reconhecem, garantem ou conformam direitos fundamentais; 5) normas de garantias institucionais, que se destinam a proteger instituições e fixam os fins e as tarefas prioritárias do Estado, garantindo direitos ao cidadão; 6) normas impositivas, que vinculam os órgãos do Estado, sobretudo o legislador, de forma permanente e concreta, exigindo o cumprimento de determinadas tarefas; 7) normas consagradoras de direitos subjetivos, que garantem ao titular o poder de exigir seu cumprimento; 8) normas consagradoras de um dever objetivo, que vinculam um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.

Os ordenamentos jurídicos distinguem claramente as normas processuais e as normas materiais. As primeiras são instrumentais e destinam-se a aplicação do direito material, contribuindo para a solução dos conflitos. São normas que regulam, definem e limitam a conduta das partes, fixam os critérios de competência e julgamento, e quando não são observadas pelo juiz, dão lugar ao *error in procedendo*. Têm por objeto dirimir conflitos mediante atuação do juiz, que é investido de poderes para resolvê-los. As normas de direito material, por sua vez, regulam direitos e deveres, e se destinam a garantir a convivência pacífica, impondo, coativamente, a observância do ordenamento jurídico. O direito material é formado por um conjunto de regras que disciplinam as relações jurídicas referentes aos bens da vida, as relações entre as pessoas, e quando não observado pelo juiz, dá origem ao *error in judicando*. Portanto, diferem, substancialmente, o direito processual e o direito material. O primeiro é o complexo de normas e princípios que regem o processo, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição, ação e defesa. É um instrumento a serviço do direito material. O segundo, regula direitos e deveres que devem ser observados para a vida harmônica em sociedade.

A prescrição é norma de direito material porque propicia a perda de direitos, ou seja, de pretensões exigíveis (prescrição extintiva), ou a aquisição de direitos (prescrição aquisitiva). Em assim sendo, sua aplicação não pode ser disciplinada por norma processual, principalmente, quando o procedimento imposto pelo legislador é cogente, no sentido de determinar ao juiz o dever de aplicar *ex officio* o instituto, com redução, supressão ou aquisição de direitos. Sendo a prescrição instituto de direito material, com força extintiva ou aquisitiva da pretensão, sua aplicação deve regular-se por norma de direito material, como apropriadamente fez o legislador de 1916 e de 2002

ao disciplinar a matéria no Código Civil. Inapropriada e inadequada, portanto, a nova regra de prescrição inserida no parágrafo 5º do art. 219 do CPC, além de desnecessária, uma vez que existia norma expressa no Código Civil regulando a matéria.

4 As Regras Definidoras da Prescrição no Processo do Trabalho

A prescrição trabalhista está regulada expressamente no Art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal, o qual dispõe: “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”, e no Art. 11 da CLT, segundo o qual, “O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: I - em 5 (cinco) anos para o trabalhador urbano, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato; II - em 2 (dois) anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural”.

A aplicação da prescrição no processo do trabalho, há dezenas de anos, observava a regra do Código Civil. O Código Civil de 2002, em seu Art. 194, dizia: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. Nunca foi permitido ao juiz decretar *ex officio* a prescrição, salvo em se tratando de direito de absolutamente incapaz, a quem a ordem jurídica e a jurisdição têm o dever de proteger. A norma subsidiária à CLT, por força do disposto em seu Art. 769, era a do Código Civil (Art. 194), perfeitamente compatível com o processo do trabalho, que é um instrumento a serviço do direito material do trabalho, e, em essência, destina-se a tutelar direitos de ordem pública, irrenunciáveis, diante da natureza alimentar do crédito trabalhista.

A prescrição extingue direitos legítimos, e por isso, a nova regra não é aplicável ao processo do trabalho, e as manifestações da jurisdição frente ao instituto devem continuar observando as diretrizes traçadas pelo dispositivo revogado (CC, art. 194). O processo do trabalho (Arts. 763 a 910 da CLT) admite como fonte subsidiária o direito processual comum, porém apenas no tocante a forma de proceder, não podendo ser aplicado quando extrapola o procedimento para atingir diretamente direitos que destinam-se a sobrevivência e à vivência com um mínimo de dignidade.

5 Prescrição *Ex Officio* - Violação aos Princípios do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa

Os princípios do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa são a base de todos os outros princípios, porque tutelam os bens da vida, como liberdade, propriedade, privacidade. No direito privado, resguardam o princípio da autonomia da vontade, que consiste na liberdade de contratar, negociar, praticar atos jurídicos etc. Em sentido processual, o princípio do devido processo legal se manifesta da seguinte forma: a) igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) direito de defesa; d) contraditório. Esses princípios garantem o acesso à justiça, podendo a parte deduzir a pretensão ou defender-se, e obter uma decisão dotada de autoridade. Pelo princípio do contraditório, sempre que uma parte fizer uma alegação no processo ou juntar um documento, a outra terá a oportunidade de se pronunciar sobre o que foi alegado ou o documento juntado. No caso da prescrição, se for decretada *ex officio* pelo juiz, restará ferido o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois a parte prejudicada com a decretação da prescrição terá cerceado seu direito de, eventualmente, alegar a interrupção ou suspensão da prescrição ou outras causas impeditivas da prescrição. Nos casos

controvertidos ou de alta indagação, como, por exemplo, a prescrição do trabalhador doméstico e do menor, do FGTS, da sucessão de contratos, das ações de cumprimento de sentença normativa, do protesto judicial, de arquivamentos de demandas anteriores, de submissão do litígio perante a Comissão de Conciliação Prévia, e especialmente, do revel, se o juiz acolher *ex officio* a prescrição, e o fará no julgamento da causa, que é momento oportuno, estará ferindo o direito da ampla defesa, além de estar suprindo uma omissão ou inércia da parte, que propositadamente, renunciou ao direito de argüir a prescrição.

6 Prescrição *Ex Officio* no Processo do Trabalho - Afronta ao Princípio Dispositivo

Pela nova regra de prescrição, o legislador obriga o juiz a assumir uma posição ativa no processo a fim de favorecer uma das partes da relação processual: em regra, o réu. É certo que a ordem jurídica confere ao juiz um amplo poder para atuar ativamente no processo, mas isso não significa que esteja obrigado a agir em favor do réu com a decretação *ex officio* da prescrição, desonerando-o do pagamento do débito, pois isso implica impor uma condição desfavorável ao credor, acentuando, ainda mais, a desigualdade técnica e econômica do trabalhador quando em litígio. O juiz não poderá ir além do tema probatório e declarar *ex officio* a prescrição, salvo para salvaguardar direito ou interesse de incapaz, e entendimento contrário implicaria ofensa ao princípio dispositivo. O poder conferido ao juiz para dirigir o processo e zelar pela observância das leis processuais não o autoriza a intervir em favor de uma das partes do processo, especialmente, se essa parte é o devedor. A decretação *ex officio* da prescrição poderá atingir direitos indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis do trabalhador, os quais não são passíveis de transação, desistência ou renúncia,

porque contam com proteção da lei, e especialmente, da jurisdição. Não é lícito ao juiz, portanto, agir ativamente em favor de uma das partes que compõem a relação jurídica processual, na maioria das vezes, o empregador ou tomador dos serviços, para beneficiá-la, o que colocará em xeque o princípio dispositivo.

Em se tratando de prescrição, a própria lei admite a renúncia expressa ou tácita. O art. 191 do CC dispõe que “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”. Portanto, poderá o próprio devedor renunciar da sua faculdade de argüir a prescrição e permanecer vinculado ao débito, por ato de vontade, unilateral e não receptício. É o caso, por exemplo, do empregador que concorda que o empregado goze férias já prescritas, que efetua o recolhimento de parcelas de FGTS já atingidas pela prescrição. Não poderá o juiz desobrigar o devedor, suprindo sua manifestação de vontade, pois isso implica afronta ao ordenamento jurídico.

7 O Princípio Protetor e a Regra da Norma mais Favorável ou a Condição mais Benéfica ao Trabalhador

As normas jurídicas que conferem direitos trabalhistas são imperativas, de ordem pública e irrenunciáveis, criadas pelo Estado e dotadas de força vinculante, destinadas a afastar obstáculos à autonomia de vontade. São normas que não admitem renúncia ou transação, porque têm por fim assegurar a sobrevivência e evitar a exploração. Enquanto o direito comum é pautado na presunção de igualdade das partes, o direito do trabalho supõe a existência de uma desigualdade substancial, que somente pode ser afastada por meio de normas protetivas, das quais são extraídos princípios fundantes, destinados a assegurar a igualdade formal nas relações sociais e no processo. O princípio da proteção orienta a atividade da jurisdição em suas três vertentes: a) o princípio *in dubio pro operário*, que aconselha o intérprete a escolher, entre duas ou mais interpretações, a mais favorável ao trabalhador; b) o princípio da norma mais favorável: independentemente de sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador; c) o princípio da condição mais benéfica, que determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador ajustadas no contrato ou constantes do regulamento da empresa.

No caso específico da prescrição, diante da revogação expressa do Art. 194 do CC, não terá o juiz como eleger a norma mais favorável ao trabalhador porque não existe no ordenamento jurídico nenhuma outra que possa servir de modelo. O Art. 4º da LICC diz que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. O Art. 8º da CLT dispõe ainda que “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente de direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. Dessa forma, em atenção ao princípio da proteção, não poderá o juiz aplicar *ex officio* a prescrição. Isso porque, não sendo possível aplicar a norma mais favorável, terá de aplicar a condição mais benéfica, e a condição mais benéfica era aquela vigente até a entrada em vigor da Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que não autoriza ao juiz aplicar *ex officio* a prescrição, salvo em se tratando de direito de incapaz. Assim, no processo do trabalho, não sofrerá qualquer alteração a regra de aplicação da prescrição, pois ao buscar a interpretação mais favorável e a condição mais benéfica ao trabalhador, o juiz, com base em elementos extraídos do interior do sistema jurídico, irá concluir que a condição mais benéfica é aquela que não permite seja a prescrição aplicada *ex officio*.

8 O Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos Trabalhistas e a Regra da Prescrição *Ex Officio*

O princípio da irrenunciabilidade de direitos proíbe que o trabalhador possa privar-se, voluntariamente, dos direitos assegurados em lei. O direito do trabalho, ao contrário do direito comum, proíbe a renúncia, não admitindo a regra da renunciabilidade, impondo limitações à autonomia de vontade do trabalhador, o qual não pode dispor dos direitos assegurados na legislação trabalhista, e se o fizer, a manifestação de vontade não será válida, não surtindo efeitos jurídicos. Vigora, no direito do trabalho, a regra da indisponibilidade, uma vez que o crédito trabalhista tem natureza alimentar e se destina a assegurar uma existência com um mínimo de dignidade. É patente que o trabalhador, na vigência de uma relação de emprego ou trabalho, não irá exigir a satisfação da obrigação, pois necessita do emprego e do salário que ele proporciona para sua sobrevivência e de sua família. O receio de perder o emprego constitui óbice para a cobrança do crédito trabalhista, tendo em vista o contexto de desemprego macro vivenciado na atualidade. Não se pode, portanto, falar em inércia do empregado quando não exige seu crédito de imediato, ou renúncia tácita, pois diversos fatores influenciam em sua tomada de decisão. Contudo, se exigir judicialmente o pagamento de direitos sonegados na vigência da relação de trabalho ou emprego, não poderá o juiz, *ex officio*, aplicar a prescrição quando esta não for argüida pelo devedor, pois isso implicaria afastar direitos legítimos, garantidos pela ordem jurídica e acobertados pelo manto da irrenunciabilidade.

9 A Prescrição *Ex Officio* e os Princípios da Supremacia da Constituição e do Não Retrocesso Social

O parágrafo 5º do Art. 219 do CPC fere o princípio do não retrocesso social, emanado do Princípio da Supremacia da Constituição. No Brasil, o único sistema formal de mudança da Constituição é pelo processo de Emendas (Constituição Federal, Art. 60), sendo esta uma forma de não retroceder, de impedir que o legislador ordinário possa reduzir ou eliminar direitos já assegurados. Algumas matérias reguladas pela Constituição não podem ser modificadas ou suprimidas por meio de Emendas (Constituição Federal, Art. 60, parágrafo 4º), porque dotadas de relevante interesse social, de importância fundamental para a Nação. Estabelece o parágrafo 4º do Art. 60 da Constituição que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais”. Tais matérias são consideradas cláusulas pétreas e não podem ser objeto de deliberação. Celso Ribeiro de Bastos aponta como princípios basilares da ordem jurídica brasileira o princípio da Supremacia da Constituição, da unidade, da maior efetividade possível e harmonização, os quais orientam o processo de interpretação. Pelo princípio da supremacia, nenhuma norma é superior à Constituição, a qual deve ser interpretada como um todo normativo, um sistema composto de princípios e regras, que se harmonizam e visam a conferir efetividade ao direito. Na concorrência de bens constitucionalmente protegidos, o intérprete deve tratá-los de modo que um não implique sacrifício do outro (BASTOS, 1999).

Canotilho ressalta que a democracia econômica e social proíbe o retrocesso social. Afirma que “Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito

subjetivo” (2001, p. 332). Esse princípio limita o agir do legislador, que terá de respeitar um núcleo essencial de existência mínima. A dignidade da pessoa humana impõe barreiras no sentido de se eliminar ou reduzir as garantias já asseguradas no ordenamento jurídico, assim como a obrigação do Estado de criar políticas destinadas à realização efetiva de tais garantias. Acentua Canotilho que “O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio do emprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “regovação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (2001, p. 333).

A prescrição trabalhista está prevista no inciso XXIX do Art. 7º da Constituição, inserida no Capítulo II – Direitos Sociais, traduz-se em ato jurídico perfeito, e não admite aplicação *ex officio*, sob pena de ofensa ao princípio da supremacia da Constituição e do não retrocesso social.

10 A Supremacia dos Princípios Dentro da Ordem Jurídica Democrática

Os princípios ocupam posição hierárquica superior às leis na escala de valores extraídos do sistema jurídico. Assim quando uma lei entra em conflito com um princípio, este passa à frente da lei, que cederá lugar ao princípio. Princípios são linhas diretivas, no dizer de Canotilho, que acentuam o significado das normas programáticas na doutrina tradicional, já ultrapassada (2001, p. 1140). Servem de fundamento para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, são instrumentos de solução de conflitos, principalmente os de mais difíceis solução. Os princípios de direito material e processual do trabalho têm a função de preencher os vazios legislativos e auxiliar o intérprete na solução dos casos controvertidos de mais alta indagação. Contudo, a aplicação dos princípios não é uma atividade simples, pois deixa ao juiz uma grande margem de liberdade, podendo, na aplicação dos princípios, deixar-se influenciar pela sua história de vida e seus desejos, não conseguindo, muitas vezes, ser absolutamente neutro, pois não é desprovido de sentimentos. Mas, neutralidade não se confunde com imparcialidade. Este sim, é requisito de validade do julgamento e não aquela. Muitas vezes o juiz terá de afastar uma lei e aplicar um princípio, porque a lei é injusta e não atende aos fins do direito. Os princípios dão às normas conteúdos novos, permitindo que permaneçam sempre atuais, possibilitando solução a todos os casos, pois têm o poder de acompanhar a dinâmica da vida social. As legislações mais recentes, como o novo Código Civil brasileiro, renunciam à pretensão de disciplinar, por meio de regras fechadas e específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real, conferindo ao juiz uma ampla liberdade para construir a decisão de cada caso concreto, com base em normas de conteúdos abertos que podem ser preenchidas pelos princípios. Os princípios são de importância fundamental para a

realização de direitos, pois indicam ao intérprete o melhor caminho para aplicação e concretização do ordenamento jurídico.

11 A Discutível Constitucionalidade do Parágrafo 5º do Art. 219 do CPC em Face dos Arts. 5º e 7º da Constituição Federal

Ponto pacífico na doutrina é que os direitos e as garantias individuais do Art. 5º da Constituição Federal inserem-se entre as matérias que não podem ser alteradas, nem mesmo por Emenda Constitucional. Consolidou-se também o entendimento doutrinário e jurisprudencial segundo o qual os direitos sociais estão revestidos da garantia de imodificabilidade, representando cláusulas pétreas. O Supremo Tribunal Federal reiteradamente vem entendendo que o Art. 7º da Constituição, que disciplina os direitos sociais, não é passível de modificação, porque é cláusula pétrea. Em sede de ação direta de inconstitucionalidade (Adin n. 939-07/DF), ao interpretar o Art. 7º da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal referiu-se aos direitos sociais como cláusulas pétreas. Conforme consta na decisão, os direitos sociais guardam relação de continência com os direitos individuais previstos no Art. 60, parágrafo 4º da Constituição, e conseqüentemente, são imutáveis (Ementário do STF, n. 1.720-10). Em outra decisão (Adin n. 1.946-99/DF - Medida Cautelar - Relator Ministro Sidney Sanches, proferida em 29/4/99), por decisão unânime, ao analisar o teto máximo para os valores dos benefícios do regime geral da Previdência Social instituído pela Emenda Constitucional n. 20/98, o Supremo Tribunal deixou claro que “não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7º , XVIII, da CF, respondendo a Previdência Social pela integridade do pagamento da referida licença (...) tendo em vista que não será objeto de emenda tendente a abolir os direitos e

garantias individuais (CF, art. 60, parágrafo 4º)” (Informativo do STF n. 147 e 144). Na fundamentação da decisão afastou a alegação de que “a norma impugnada imputaria o custeio da licença maternidade ao empregador, concernente à diferença dos salários acima de R\$ 1.200,00, porquanto esta propiciaria a discriminação por motivo de sexo, ofendendo ao art. 7º, XXX, que é um desdobramento do princípio da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I)”. Destacou ainda que entre os objetivos fundamentais da República do Brasil está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de quaisquer natureza (*Apud*, MORAES, 2003, p. 333-4). O Ministro Sepúlveda Pertence (julgamento da Adin-1665-1/DF, proferido em 24-9-97), no mesmo sentido, esclareceu que “os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no Art. 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito do art. 5º parágrafo 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil”.

O doutrinador Ivo Dantas, após afirmar a aplicabilidade imediata dos direitos sociais contidos no Art. 7º da Constituição, assegura que “Sua imediata aplicabilidade em obediência ao que está determinado no parágrafo 1º do art. 5º, sobretudo porque, os Direitos do Trabalhador são Direitos individuais, e só encontram barreiras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada” (*Apud*, MORAES, A., 2003, p. 333). Alexandre de Moraes acrescenta que “Alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias individuais do trabalhador, uma vez que, nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificativo do art. 5º (CF, art. 60 parágrafo 4º, IV), pois os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de

Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV” (MORAES, 2003, p. 332-3). Paulo Bonavides, em destaque à dignidade da pessoa humana, ressalta que “Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principiais já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável -, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fluem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.” (BONAVIDES, 2002, p. 594-5). No mesmo sentido, Arnaldo Sussekind ressalta que “Afigura-se-nos que o Congresso Nacional não poderá, por meio de emendas, abolir ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, parágrafo 4º, n. IV), entre os quais se inserem os direitos sociais elencados no art. 7º, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da nossa Lei Maior”. Conclui, mais adiante, que “se os direitos e garantias individuais de índole social-trabalhista, constantes do art. 7º, da *Lex Fundamentalis*, não podem ser abolidos por emenda constitucional, certo é que não será defeso ao Congresso Nacional alterar a redação das respectivas normas, desde que não modifique a sua essência de forma a tornar inviável o exercício dos direitos subjetivos ou a preservação das garantias constitucionais estatuídos no dispositivo emendado” (SUSSEKIND, A, 1999).

Os direitos individuais do Art. 5º, e os direitos sociais do Art. 7º da Constituição, não podem ser modificados, nem mesmo por meio de Emenda Constitucional, e quando o legislador infraconstitucional não observa esta regra, age contra a Constituição e contra o povo. A Constituição consagra os princípios estruturantes da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (Arts. 1º, 5º e 7º); como fundamentos do Estado brasileiro uma sociedade justa, livre e solidária (Art. 1º); como seus objetivos, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (Art. 3º); como diretriz da ordem econômica, a valorização do trabalho, visando a assegurar a todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social (Art. 170). A conjugação desses princípios autoriza a conclusão de que o Art. 7º representa cláusula pétrea, contempla direitos indisponíveis, inserindo-se entre as matérias que não podem ser objeto sequer de deliberação, nem mesmo por meio de Emendas, diante da vedação expressa do parágrafo 4º do Art. 60 da Constituição Federal.

Assim, é possível afirmar a inconstitucionalidade do parágrafo 5º do art. 219 do CPC, pois impõe ao juiz o dever de pronunciar *ex officio* a prescrição, o que implica subtração de direitos sociais em caso de renúncia à prescrição, seja ela tácita ou expressa. Atribuir-se validade, eficácia e legitimidade à modificação infraconstitucional que altera a regra de aplicação da prescrição, é o mesmo que impor condição menos benéfica e desfavorável ao credor, ferindo o ordenamento jurídico. Se o credor tinha a garantia de somente ter prescritos os direitos cuja prescrição fosse expressamente argüida pelo devedor, e se esses direitos estão assegurados no ordenamento jurídico, não poderia o legislador ordinário, no futuro, alterar essa regra. Alterações processuais que implicam lesão a direitos, suprimindo o próprio direito material da parte, como é o caso da prescrição *ex officio*, não podem ser admitidas, e interpretação diversa importa legitimar violação ao

direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, garantias consagradas pelo Art. 5º da Constituição, que não podem ser afastadas por norma posterior, em virtude da vedação expressa contida no Art. 60, § 4º, inciso IV, da mesma Constituição.

É, portanto, discutível a constitucionalidade do parágrafo 5º do Art. 219 do CPC, uma vez que o juiz, *ex officio*, poderá suprimir direitos individuais e sociais, irrenunciáveis, dotados das garantias emanadas de cláusula pétrea. A nova regra fere o ordenamento jurídico porque colhe situações pretéritas já consumadas sob a égide da regra constitucional vigente, se projeta para o futuro para regular situações ainda não concretizadas, em prejuízo de toda a sociedade, causando insegurança jurídica. O parágrafo 5º do Art. 219 do CPC é, em substância, materialmente inconstitucional, e a ele há que se negar efeitos jurídicos válidos e aplicabilidade. Não é razoável que a prescrição seja decretada *ex officio* se o demandado, seja ele quem for, a ela tenha renunciado, tácita ou expressamente. Os direitos e as garantias individuais e os direitos sociais não podem ser tangidos por norma legal, sob pena de ofensa ao princípio da imutabilidade das relações jurídicas protegidas pela Constituição.

12 O Juiz Diante da Nova Regra de Aplicação da Prescrição

Antes de aplicar a nova regra de prescrição o juiz fará uma análise do ordenamento jurídico e dos fatos sociais que interagem com o direito e nele imprimem mudanças. De início terá de atentar que a obrigação para o direito é uma relação jurídica protegida pelo Estado, que garante seu cumprimento. Ensina Silvio Venosa que certas obrigações surgem de situações jurídicas de desequilíbrio patrimonial injustificado, em que a vontade desempenha papel secundário: o enriquecimento sem causa em geral. Em outras a vontade não atua no sentido de criar uma obrigação, mas no de ocasionar intencionalmente um dano, um prejuízo. Também pode ocorrer hipóteses em que a vontade não atua diretamente, mas a conduta decorrente de negligência, imprudência ou imperícia ocasiona um dano indenizável (VENOSA, 2003, P. 23). Silvio Rodrigues afirma que “O Código Civil brasileiro contempla declaradamente três fontes de obrigação, a saber: o contrato, a declaração unilateral da vontade e o ato ilícito. (...) As obrigações sempre têm por fonte a lei, sendo que nalguns casos, embora esta apareça como fonte mediata, outros elementos despontam como causadores imediatos do vínculo. Assim, a vontade humana ou o ato ilícito” (RODRIGUES, 2002, p. 10). Washington de Barros Monteiro enuncia o conceito de obrigação, aduzindo que “Obrigação é o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação” (BARROS, 2003, p. 11).

A obrigação apresenta-se sob dois aspectos: débito e responsabilidade. Assevera Silvio Venosa que “sublimado o débito, deixando a obrigação de ser cumprida, ressalta-se a responsabilidade, isto é, surgirá a garantia do patrimônio para o cumprimento, como consequência da exigibilidade” (2003, p. 47). A obrigação pode ser cumprida espontaneamente, de forma natural, baseando-se nas exigências da moral e num dever de justiça, ou por meio de pressão pelo cumprimento, materializada na execução forçada. E, mesmo que liberado do cumprimento da obrigação pela prescrição, decadência ou pela nulidade do negócio jurídico, pode o devedor querer cumprir a obrigação, embora desprovida de poder coativo. Nesse caso, se espontaneamente, coagido por um dever moral, o devedor cumprir a obrigação, não poderá invocar o arrependimento ou qualquer outro fato para receber o que foi pago. O Art. 882 do atual Código Civil prescreve que “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”. A própria lei especifica alguns casos em que cumprida uma obrigação não exigível judicialmente, não poderá o devedor reaver o que pagou (CC, arts. 814 e 883), atribuindo efeitos válidos ao cumprimento de obrigação natural ou não exigível judicialmente, tornando o ato irreatável.

As obrigações originam-se da lei, da vontade humana ou da prática de atos ilícitos. Seja qual for a fonte da obrigação, deve o obrigado satisfazê-la, pois antes de ser um dever legal, e independentemente de sê-lo, a satisfação da obrigação decorre de um dever moral e visa a realização de um direito natural, preexistente à normatização.

Adotando-se novos modelos para o direito, fundados no paradigma constitucional, o processo adquire uma função primordial que consiste em servir de instrumento à inclusão social, transformador do ambiente desigual, realizador da justiça

social. Assim, as pretensões puramente materialistas, que começam pela negação do Ser humano, sutilmente eliminando seus direitos, acarretando destruição, desagregação, desarticulação e morte, devem ser afastadas, na medida em que a exclusão social, cultural, econômica e política implica descartabilidade das pessoas.

Os aplicadores do direito devem afastar os ideais materialistas inescrupulosos, os designios forjados e mal intencionados das elites dominantes, adotando novas concepções para o direito. O apego ao legalismo puro, desvinculado dos valores e princípios consagrados na Constituição, além de impedir avanços, contribui para manter redutos de poder e dominação. Conforme ressalta Lenio Streck, “o intérprete do Direito deve (ria) ter a angústia do estranhamento; a angústia do sinistro. Afinal, compreender significa poder-estar-apto-a-abrir-clareiras! Compreender é estabelecer espaços para poder e deixar ver. Compreender é ser-em; é poder estar-aí. Compreender é poder-ver-o-clarear-da-clareira, e é o ato de interpretação que elabora essa compreensão” (STRECK, 2000, p. 276).

A recusa à lei injusta, mal intencionada, forjada, inconstitucional, a adoção de novos métodos de interpretação obtidos a partir de uma visão multidisciplinar e não-linear, permitirá o resgate, pela jurisdição, do sentido do direito, e contribuirá para que o processo seja, efetivamente, um instrumento de realização da justiça social, e não, um meio de eliminação ou redução de direitos já consagrados.

13 Conclusão

O Art. 769 da CLT diz que nos casos omissos o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título (Arts, 763 a 910 da CLT). Esse

dispositivo, analisado em conjunto com as demais regras e princípios extraídos do sistema jurídico brasileiro, permite concluir que a nova regra de prescrição inserida no parágrafo 5º do art. 219 do CPC é inaplicável ao processo, especialmente, ao processo do trabalho, principalmente, pelas seguintes razões:

Primeiro, porque a prescrição é instituto de direito material, é matéria que envolve o mérito da causa, e quando acolhida, extingue direitos materiais efetivos. Assim sendo, é imprópria e ilegítima a nova regra procedimental do Art. 219, parágrafo 5º do CPC. O direito processual destina-se a regular o processo, ou seja, a atividade das partes e do juiz, não sendo o meio hábil e legítimo para subtrair ou reduzir direitos materiais;

Segundo, porque no processo do trabalho a prescrição aplicável é a do Art. 7º, inciso XXIX, c/c, Art. 11 da CLT, e no que tange ao procedimento, ou seja, a forma como é aplicada, sempre foi observado o Código Civil, de aplicação subsidiária, porque compatível com o processo do trabalho e seus princípios. Há aproximadamente cem anos é vedado ao juiz aplicar *ex officio* a prescrição, conforme art. 166 do CC de 1916 e art. 194 do atual Código Civil, em sua redação originária;

Terceiro, porque é patente a incompatibilidade do parágrafo 5º do Art. 219 com as normas contidas no Título X da CLT, que regem o processo judiciário do trabalho (Arts, 763 a 910 da CLT), das quais são extraídas princípios próprios e específicos, com destaque aos princípios da proteção, que orienta o intérprete a aplicar, no julgamento da causa, a condição mais benéfica e a norma mais favorável ao trabalhador, e o princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, que proíbe transação e renúncia;

Quarto, porque viola os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. A prescrição decretada no julgamento da causa impede a parte de alegar e provar

a existência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas da prescrição;

Quinto, porque infringe o princípio dispositivo, que não autoriza o juiz a agir em favor da parte, beneficiando uma delas e prejudicando a outra, sendo esse princípio um dos fundamentos da imparcialidade do julgador;

Sexto, porque fere a cláusula de não retrocesso social, extraída das doutrinas constitucionalistas modernas, segundo a qual, a condição benéfica conferida pela lei incorpora-se ao patrimônio jurídico da pessoa, não podendo ser subtraída ou reduzida por ato legislativo posterior, sem que haja uma contrapartida equivalente;

Sétimo, porque é questionável a constitucionalidade da nova regra, diante dos direitos e garantias contemplados nos Arts. 5º e 7º da Constituição Federal do Brasil. Os direitos e as garantias individuais e os direitos sociais não podem ser atingidos por norma infraconstitucional que os reduz ou os elimina, sob pena de inconstitucionalidade;

Oitavo, porque a própria lei continua atribuindo efeitos válidos ao cumprimento espontâneo da obrigação, conforme dispõe o Art. 882 do Código Civil, e admitindo a renúncia expressa ou tácita da prescrição, na forma do Art. 191, também do Código Civil.

Assim, pelas razões expostas, o parágrafo 5º do Art. 219 do CPC não é aplicável aos processos em geral, e especialmente, ao do trabalho. A nova regra extrapola o objeto do direito processual, que consiste em regular a atividade, o agir no processo, e não, o direito das partes litigantes.

A prescrição é instituto jurídico abominável do ponto de vista ético, moral e até mesmo jurídico. O argumento de que a prescrição acarreta a paz social não passa de um discurso ideológico criado, sustentado e mantido vivo há dezenas de anos

pelas elites dominantes, especialmente, por aqueles que a todo momento descumprem a lei. Pergunta-se: paz social para quem? Logicamente, para o devedor, para aquele que não observou o dever de agir com lealdade, honestidade, e conforme os parâmetros da legalidade, que deixou de cumprir a sua obrigação. Será que o credor ou o ofendido, ou seja, aquele que sofreu ou sofre com a conduta ilícita e anti-jurídica praticada pelo outro, mesmo não tendo vontade, meios ou forças para exigir judicialmente o seu direito, encontrará a tão festejada paz? A prescrição, assim como a decadência, tem o condão mágico de fazer com que aquele que não paga, que engana, estupra, fere, mata, furta, rouba, sequestra etc., se transforme em pessoa de bem perante os estatutos jurídico e jurisdicional, pois apaga por completo o passado, impedindo que aquele que tem razão possa exigir a reparação do dano. Será este o fim do direito? O fim maior do direito é dar a cada um o que lhe pertence, tudo e exatamente aquilo a que tem direito, dentro de um tempo razoável. Portanto, é passível de críticas o instituto da prescrição, deveria ser abolido por completo do ordenamento jurídico, pois conspira contra os legítimos fins do direito.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*, 20ª ed.; São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, 2003.
- BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF, 2002.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). *Consolidação das Leis do Trabalho*. Brasília: DF, 1943.

- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*; 12^a ed.; São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. 3^a ed.; Coimbra: Arménio Amado – editor, sucessor, 1978.
- GOMES, S. A. *Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição* (traduzido por Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.
- LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6^a ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LORA, I. M. B. *A prescrição no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- MONTEIRO, W. B. *Curso de Direito Civil*. 32^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, A. *Direito constitucional*; 13^a ed.; São Paulo: Atlas, 2003.
- NERY JÚNIOR, N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2^a ed.; São Paulo: RT, 1995.
- OLIVEIRA, F. A. A prescrição com cara nova. *Revista LTr*, Vol. 70, n. 5, maio de 2006, p. 519/522.
- OLIVEIRA, S. G. Prescrição nas ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional. *Revista LTr*, Vol. 70, n. 5, maio de 2006, p. 523/534.
- PINTO, J. A. R. Reconhecimento ex officio da prescrição e processo do trabalho. *Revista LTr*, Vol. 70, n. 4, abril de 2006, p. 391/5
- PLÁ RODRIGUES, A. *Princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, S. Direito Civil. Parte Geral das Obrigações. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*; 21ª ed.; São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUSSEKIND, A *Direito Constitucional do Trabalho (algumas palavras)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, S. S. *Direito civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3ª ed. Vol. 2, São Paulo:Atlas, 2003.