

MELO, Raimundo Simão de, "A Flexibilização dos Direitos Trabalhistas e as Cooperativas de Trabalho." [on line] Disponível na Internet via www.uepg.br/rj/a1v1at07.htm

Arquivo capturado em 21/11/1999.

_____, "A Modernização das Relações Trabalhistas." [on line] Disponível na Internet via www.mtb.gov.br/public/mercado/merc_04.htm

Arquivo capturado em 21/11/1999.

_____, "Notas Explicativas sobre as Propostas e Medidas de Natureza Legislativa." [on line] Disponível na Internet via www.mtb.gov.br/public/relatorio/pag_4.htm

Arquivo capturado em 21/11/1999.

PASSOS, Fernando, "O Impacto da Globalização da Economia nas Relações Individuais e Coletivas de Trabalho." Revista LTr, São Paulo, 62-03/339.

Arquivo capturado em 21/11/1999.

PASTORE, José, "Flexibilidade no Trabalho: Sucessos e Fracassos." [on line] Disponível na Internet via www.estado.com.br/edicao/pano/99/05/10/eco782.html

Arquivo capturado em 21/11/1999.

ROMINA, Arion Sayão, "A Flexibilização e os Princípios do Direito da Trabalho." Aplicações Atuais de Direito do Trabalho.

SOBRINHO, Zéu Palmeira, "O Contrato Coletivo de Trabalho." Revista LTr, São Paulo, 62-05/619.

VICENTINO, Cláudio, "História Geral." 2ª ed. São Paulo: SCIPIONE LTDA, 1998.

A PRESCRIÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28

Alexandre Roque Pinto

A Emenda Constitucional nº 28, de 25 de maio de 2000, revogou o art. 233 e deu nova redação ao inciso XXIX do art. 7º da Constituição, estendendo aos rurícolas a prescrição quinquenal a que já estavam sujeitos os créditos dos trabalhadores urbanos. A Emenda foi aplaudida por muitos, que por ela esperavam ansiosamente, acreditando que a inexistência de prescrição no curso do contrato do trabalhador rural não mais se justificava. Certamente, a Emenda trouxe vantagens às empresas rurais, aos seus respectivos advogados e até mesmo ao Poder Judiciário, que poupará tempo no

juízo de muitas ações, já que boa parte dos créditos dos trabalhadores será fulminada pela prejudicial de mérito.

Nada obstante, é preciso que os juristas indaguem, sobretudo de suas consciências, se o novo dispositivo é moralmente legítimo e constitucional. Caso respondam afirmativamente a essas indagações, devem dizer como será feita a aplicação da Emenda, o que importa solucionar uma intrincada questão de direito intertemporal.

Proponho-me a discutir estes problemas e apontar sugestões para solucioná-los, partindo de questionamentos acerca da legitimidade do instituto da prescrição no Direito do Trabalho e discorrendo sobre a Constitucionalidade da Emenda nº 28 e sua eficácia no tempo.

O FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO

Não há um consenso entre os doutrinadores acerca do fundamento da prescrição. Tradicionalmente, define-se prescrição como a perda da ação atribuída a um direito em virtude do escoamento do prazo para o seu ajuizamento. Assim, não se perde o direito, mas a capacidade de fazê-lo valer pela via da ação, o que, na prática, pouca diferença faz.

Mas como se justifica que alguém seja reconhecidamente titular de um direito e não possa invocá-lo na instância própria? Como o ordenamento jurídico pode conferir a alguém um direito subjetivo e ao mesmo tempo negar-lhe eficácia?

Há pelo menos três explicações para o fato. Alguns sustentam que a inércia do titular do direito faz presumir sua extinção, ou seja, se não foi ajuizada a ação num certo período, é porque o direito não mais existia.

(*) Alexandre Roque Pinto é bacharel em Direito e Técnico Judiciário do TRT da 13ª Região

Outros acham que o titular do direito deve ser punido por sua inércia, com a perda da ação, eis que "o Direito não socorre os que dormem".

Há também quem justifique a prescrição no desejo da sociedade de ver pacificadas as relações jurídicas, por não ser interessante que as demandas fiquem em aberto indefinidamente e que o devedor deva guardar recibos eternamente.

As duas primeiras explicações são inaceitáveis. Não se pode presumir a extinção de um direito ou simplesmente punir o credor por não cobrar do devedor o cumprimento da obrigação. Se alguém deve ser punido é o devedor inadimplente.

A terceira explicação, todavia, afigura-se razoável. Com efeito, é importante que as relações jurídicas se consolidem no tempo. No dizer de Sílvio Rodrigues, "sem a prescrição, a pessoa deveria se manter em estado de intranquila atenção, receando sempre um litígio baseado em relações de há muito transcorridas, de prova custosa e

difícil, porque não só a documentação de sua constituição poderia se haver extraviado, como a própria memória da maneira como se estabeleceu estaria perdida" (*Direito Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, p. 321).

Entretanto, para que a incidência da prescrição seja legítima, é mister que o manejo da ação seja possível dentro do lapso prescricional. E aqui não me refiro apenas a uma possibilidade jurídica, mas a uma possibilidade de fato.

Talvez imbuído desta preocupação, o legislador houve por bem impedir o transcurso do lapso prescricional em alguns casos em que o ajuizamento de uma ação seria difícil ou impossível, como entre cônjuges, na constância do matrimônio, e entre ascendente e descendentes, durante o pátrio poder, dentre outras hipóteses previstas no art. 168 do Código Civil. Para Sílvio Rodrigues, este artigo "tem em vista pessoas ligadas entre si por determinado vínculo jurídico, o qual dificultaria ou impediria a uma delas a defesa de seu direito; por isso ordena a lei que, durante a vigência de tal estado de coisas, o prazo de prescrição não transcorre. (...) É o que acontece no caso dos cônjuges, na constância do matrimônio. A propositura de ação judicial por um contra o outro seria fonte de invencível desarmonia conjugal. Além disso, é provável que a influência do cônjuge impedisse seu consorte de ajuizar a ação, a qual, por conseguinte, se extinguiria inexoravelmente pela prescrição. Determina a lei, portanto, que durante o casamento não corre a prescrição" (*op. cit.*, p. 331).

Mutatis mutandis, é esta a mesma situação em que se vê o empregado diante da violação de um direito seu pelo patrão. Não pode sequer pensar em ajuizar uma ação, sob pena de perder o emprego. Os que militam na Justiça do Trabalho sabem que a quase totalidade das ações é ajuizada por ex-empregados. Pouquíssimas são ajuizadas na constância do contrato, geralmente por pessoas que, por um motivo ou outro, tem alguma garantia de emprego.

Isto prova que os empregados não têm a mínima liberdade para demandar contra seus patrões na constância do vínculo empregatício. Embora isso seja possível juridicamente, há uma impossibilidade de fato. Por esta razão, a prescrição no curso de uma relação empregatícia é uma monstruosidade sem tamanho, porque fulmina os direitos dos trabalhadores antes que eles tenham a possibilidade de fazê-los valer, funcionando como abominável mecanismo de concentração de renda.

Infelizmente, a Constituição estabeleceu um prazo prescricional de cinco anos no curso do contrato. Paradoxalmente, fê-lo apenas para os trabalhadores urbanos, deixando os rurícolas livres de sua incidência, sem justificativa plausível, ao meu ver. Perdeu o constituinte a oportunidade de igualar a situação dos trabalhadores urbanos e camponeses, banindo de vez do ordenamento jurídico a prescrição na constância da relação de emprego.

O que causa ainda maior espécie, contudo, é a atitude do constituinte derivado, que, ao invés de corrigir esta excrescência, acabando com a prescrição quinquenal para o trabalhador urbano, estendeu tal abominação ao rurícola, o que jamais poderia ter ocorrido. Que o constituinte originário tenha cometido tal incoerência não se

discute, pois a ele tudo é possível, não havendo freios jurídicos para uma assembléia constituinte. Ou, como diz o mestre Paulo Bonavides, o poder constituinte originário "faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico" (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 125). Mas não poderia o constituinte derivado, a pretexto de corrigir uma distorção, nivelar por baixo os direitos trabalhistas, reduzindo as conquistas anteriores, o que é inconstitucional, como se verá adiante.

Vale transcrever a magistral lição do jurista Amauri Mascaro Nascimento sobre o assunto:

"O estudo da prescrição pode dar-se em mais de um nível: primeiro, numa dimensão crítica; segundo, numa dimensão restrita ao direito positivo vigente, de modo que é importante saber distinguir os dois prismas para que não se projete, sobre o segundo, a idéia crítica que se possa ter sobre a prescrição. Para alguns, prescrição é instituto jurídico que se justifica plenamente, como explica Camara Leal ao dizer que, como a harmonia social exige equilíbrio das relações jurídicas, o Poder Público tem interesse em que o titular do direito não se conserve inerte diante da violação que perturba a estabilidade do direito, e, diante disso, pune a inércia, decretando a extinção da ação. Conseqüentemente, há o perecimento do direito violado. Dentro dessa ótica, a prescrição é necessária por uma questão de estabilidade das relações jurídicas, para que estas não permaneçam indefinidamente expostas a ações judiciais em desacordo como princípio da imediatidade, segundo o qual o credor deve desde logo reclamar o seu crédito ou silenciar para sempre. Para outros, a prescrição é injustificável na medida em que permite ao devedor, pela simples inércia do credor, eximir-se da obrigação de pagar a dívida, como decorrência da impossibilidade de exigência judicial desta pelo credor, que não movimentou a jurisdição no prazo que a lei fixou para que o fizesse. Seria uma maneira de incentivar a protelação, o adiamento, com a má intenção de tirar proveito da situação. Nesse caso, a prescrição careceria de fundamento moral que pudesse justificá-la e deveria ser banida do direito.

Transportando a discussão para o âmbito das relações de trabalho, os problemas se acentuam e as dificuldades aumentam, tendo em vista a natureza e as características da relação de emprego, que é um vínculo jurídico no qual uma das partes, o trabalhador, é dependente econômico da outra parte, o empregador, fato por si suficiente para desestimular qualquer iniciativa daquele contra este no curso da relação jurídica. Se o empregado depende do emprego para prover a subsistência pessoal e familiar, o processo judicial que intentasse mover enquanto empregado o exporia a uma situação de confronto com o empregador, fatal para sua posição na empresa.

A subordinação do trabalhador perante o empregador é uma realidade reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, suficiente para suscitar a conveniência do reexame da figura da prescrição no âmbito trabalhista, com reflexos não tanto sobre os prazos mas, principalmente, sobre os critérios de início da contagem desses prazos, se durante ou se depois de extinta a relação de emprego. O certo é que os parâmetros estabelecidos para as relações de direito civil e comercial não podem ser transpostos para os direitos trabalhistas diante das peculiaridades destes" (Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 270-2).

Destarte, comungando da tese do Prof. Mascaro, concordo que a prescrição na constância do contrato de trabalho carece de fundamento moral, à medida em que incentiva o descumprimento da lei e a sonegação dos direitos dos trabalhadores, sem que estes possam, na prática, ajuizar suas lides.

A prescrição após a terminação do vínculo, entretanto, deve ser vista diferentemente, porquanto o empregado está despido das amarras que o impediam de ajuizar ação contra o empregador. Deve haver, sim, um prazo prescricional para o ajuizamento desta ação, desde que possam nele ser discutidos e reivindicados todos os direitos oriundos do pacto laboral, desde seu início.

Aliás, quando o legislador disciplinou a prescrição trabalhista em 1850, só instituiu um prazo prescricional para transcorrer após o término da prestação de serviços (Código Comercial, art. 448). A prescrição no curso do contrato foi uma novidade posteriormente introduzida.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA Nº 28

Além de a prescrição no curso do contrato não ser moralmente legítima, maculando a idoneidade da Emenda nº 28, esta se apresenta inconstitucional, pois nem sequer poderia ter sido objeto de deliberação no Congresso.

Com efeito, o art. 60, § 4º, da Constituição estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, entre outros, "os direitos e garantias individuais". Como ensina José Afonso da Silva, "o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: 'fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado', 'fica abolido o voto direto...', 'passa a vigorar a concentração de Poderes', ou ainda 'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...', ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...'. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas *tendentes*, diz o texto) para a sua abolição" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 69).

Por outro lado, o conceito de "direitos individuais" não se restringe ao elenco do art. 5º da Constituição, mas encontra-se pulverizado pelo texto da Carta, como deixou bem claro o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIN nº 939-

7/DF. Assim, aqueles direitos contidos no art. 7º da Constituição, sob a nomenclatura "direitos sociais", são também direitos individuais, à medida em que cada trabalhador, individualmente, deles se beneficia, e, por isso, não podem ser suprimidos ou reduzidos. Um projeto de Emenda com esta tendência não pode sequer ser objeto de deliberação.

A respeito, escreveu Alexandre de Moraes:

"(...) a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária) (...).

*Importante, também, ressaltar que, na citada Adin nº 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias **sociais**, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos **direitos sociais** dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal" - grifei (Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1999, p. 506-7).*

Evidente, portanto, a inconstitucionalidade da Emenda nº 28, vez que restringiu drasticamente o direito de ação dos trabalhadores rurais (previsto no art. 7º da Constituição), que jamais pode ser reduzido ou suprimido por Emenda.

Deste modo, a Emenda nº 28 é de nenhum efeito, permanecendo incólume o texto constitucional cuja modificação foi pretendida. Espera-se que os Tribunais tenham a sensibilidade que faltou aos congressistas e a coragem de negar eficácia a esta Emenda.

DO DIREITO INTERTEMPORAL

Embora materialmente ineficaz, não se pode negar que a Emenda Constitucional nº 28, formalmente, entrou em vigor na data de sua publicação (art. 3º). Caso venha a ser aplicada, o que não se espera, uma delicada questão de direito intertemporal certamente se porá diante dos aplicadores do Direito. Não faltará quem propugne sua aplicação imediata e retroativa, defendendo que já estão prescritos, desde a publicação da Emenda, os créditos trabalhistas vencidos há mais de cinco anos.

Tal dedução, entretanto, não é juridicamente defensável.

Consoante o art. 5º, XXXVI, da CF, c/c o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Os dispositivos também se aplicam às

emendas à constituição, que, apesar de sua hierarquia, não deixam de ser lei *lato sensu*, porquanto tiram sua validade da própria Constituição. Por outro lado, o poder constituinte derivado é apenas uma decorrência do poder constituinte originário, e nele encontra suas limitações. Não pode, pois, o constituinte derivado negar vigência ao princípio do direito adquirido, cuja observância foi erigida à condição de cláusula pétrea pelo constituinte originário (CF, art. 60, § 4º, IV c/c o art. 5º, XXXVI). Destarte, nenhuma emenda à constituição pode ignorar os direitos adquiridos.

Assim, apesar de seu efeito imediato e geral, a Emenda Constitucional nº 28 não tem o condão de fulminar, do dia para a noite, os créditos trabalhistas que até a véspera de sua publicação estavam protegidos pelo direito de ação. Se o prazo quinquenal introduzido pela Emenda vier a ser aplicado, sua contagem terá que ser feita a partir de sua vigência. Assim, todo o bloco de direitos adquiridos antes da publicação da EC nº 28 sofrerá os efeitos da prescrição de uma só vez, cinco anos após a vigência da Emenda. Até lá, não se poderá argüir a prescrição quinquenal dos créditos dos rurais.

Veja-se que, por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, houve um alongamento de dois para cinco anos do prazo prescricional no curso do contrato de trabalho. Na época, firmou-se o entendimento de que deveriam ser respeitadas as situações já consolidadas no tempo. Nesse sentido trilhou o TST, ao enunciar que "a norma constitucional que ampliou a prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata, não atingindo pretensões já alcançadas pela prescrição bial, quando da promulgação da Constituição de 1988" (En. 308).

Com muito mais razão, deve a EC nº 28 respeitar os direitos adquiridos, eis que: a) a alteração introduzida em 1988 decorreu do poder constituinte originário, que não encontra freios jurídicos para sua atuação, ao contrário do poder derivado; b) a alteração de 1988 foi ampliativa enquanto a EC nº 28 é restritiva dos direitos dos trabalhadores.

Assim, os trabalhadores que não reclamaram seus créditos vencidos há mais de 5 anos tinham o direito de só o fazerem após o término do contrato. Suprimir abruptamente tais créditos constitui odiosa violação do direito adquirido.

A propósito, discorrem Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia M. L. Batalha de Rodrigues Netto:

*"Da incidência imediata da lei nova às prescrições em curso resulta que, se a lei nova torna imprescritível direito que a lei anterior considerava prescritível, imprescritível ficará sendo o direito, salvo se, antes da vigência da lei nova, já se houvesse consumado a prescrição (cf. Porchat, op. cit., p. 51). Ao contrário, se a lei nova declara prescritíveis direitos que eram imprescritíveis na vigência da lei anterior, tais direitos passam a ser sujeitos à prescrição, **computado o respectivo prazo, porém, a partir da data de início de vigência da lei nova** (Faggella, *Retroattività delle Leggi*, 1992, pág. 575; Roubier, *Les Conflits*, tomo II, p. 237, *Le Droit Transitoire*, pág. 298; João Luiz Alves, op. cit., v. I, pág. 7; Serpa Lopes, op. cit., v. II, pág. 36; Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal ou Teoria da**

Retroatividade das Leis, 2ª ed., 1995, pág. 251)" - o negrito não consta do original (Prescrição e decadência no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1996, p. 62).

A hipótese comporta um paralelo com a situação dos menores de 18 anos, contra quem não corre nenhum prazo prescricional (art. 440 da CLT). Neste caso, "fica suspenso o início do cômputo do prazo prescricional, que só inicia seu fluxo quando o trabalhador completar dezoito anos" (Campos Batalha, *op. cit.*, p. 140). Isto porque não faz sentido considerar prescritos os créditos do menor de 18 anos logo após chegar a esta idade, se antes dela a lei não permitia sua incidência. Neste sentido, o aresto abaixo, transcrito por Campos Batalha (*op. cit.*, p. 146-7):

"Em consonância com o preceituado no art. 440 da CLT, contra os menores de 18 anos não corre nenhum prazo prescricional e, em atenção ao princípio constitucional de respeito ao direito adquirido, todas as verbas referentes ao período anterior à sua maioridade não se encontram prescritas" (TRT/14ª, RO 120/92, Ac. 768/92, Rel. Juiz Almir da Silva, v. u., j. 25.6.92, LTr 57/595).

Mutatis mutandis, é esta a situação em que se vê o trabalhador rural hoje. Na sua "menoridade", ou seja, antes da EC nº 28, não havia prazo prescricional que corresse contra ele durante o vínculo empregatício. Ao atingir a "maioridade", com o advento da Emenda, não se podem considerar automaticamente prescritas as suas verbas trabalhistas. Somente a partir da publicação da Emenda é que começará a correr contra ele o prazo nela previsto para reclamar todos os créditos anteriores à sua vigência.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, acerca da prescrição de créditos trabalhistas e da Emenda Constitucional nº 28, podemos afirmar que:

- a) a prescrição existe no mundo jurídico para resguardar o interesse da sociedade na pacificação dos conflitos, evitando sua eternização;
- b) sua incidência só é legítima quando o credor detém a possibilidade jurídica e de fato de ajuizar a ação;
- c) o empregado, no curso do contrato, não detém, via de regra, esta possibilidade, pelo que a prescrição, nesta circunstância, se torna um instrumento de concentração de renda e sonegação de direitos;
- d) equivocou-se o constituinte originário ao estabelecer um prazo prescricional no curso do contrato do trabalhador urbano e acertou ao estabelecer, para o rurícola, um prazo para vigorar apenas depois de desfeito o vínculo empregatício; ao invés de corrigir o erro, a Emenda Constitucional nº 28 estendeu o equívoco ao rurícola, nivelando por baixo os direitos dos trabalhadores;
- e) a Emenda Constitucional nº 28 é totalmente desprovida de eficácia, dada sua inconstitucionalidade, porque reduz um direito individual constitucional do

trabalhador, atingindo uma cláusula pétrea do núcleo imodificável da Constituição; os direitos individuais não são apenas aqueles elencados no art. 5º da CF, mas encontram-se nela pulverizados, abrangendo os chamados "direitos sociais";

f) caso venha a ser aplicada, a EC nº 28 deve respeitar os direitos adquiridos pelos trabalhadores; o prazo prescricional nela previsto só começa a ser contado após sua publicação e os direitos adquiridos antes de sua vigência só serão atingidos pela prescrição após o transcurso de cinco anos.

BIBLIOGRAFIA

BATALHA, Wilson de Souza Campos e Sílvia M. L. Batalha de Rodrigues Netto. *Prescrição e decadência no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1999

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. v. 1*. São Paulo: Saraiva.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 1996

SÜSSEKIND, Arnaldo, Délio Maranhão, Segadas Viana e Lima Teixeira. *Instituições de Direito do Trabalho, v. 2*. São Paulo: LTr, 1999.

ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES PÚBLICAS: OFICIAL DE JUSTIÇA E PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

Moacyr Borborema Arcoverde (*)

DA ACUMULAÇÃO

1. A questão, à primeira vista, parece um pouco complicada, visto que, trata-se de matéria eminentemente constitucional: saber se o servidor público federal, ocupante do cargo de Oficial de Justiça, pode acumular com o de Professor Universitário.

2. A Carta Política assim preceitua - art. 37, inciso XVI:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,