

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

A PRESCRIÇÃO TOTAL NA REFORMA TRABALHISTA

THE TOTAL PRESCRIPTION IN THE LABOR REFORM

Rodolfo Pamplona Filho¹

Leandro Fernandez²

Sumário: Introdução; 2. Modalidades de Prescrição no Direito do Trabalho; 3. Prescrição total e parcial: a Súmula nº 294 do TST e o art. 11, §2º, da CLT; 3.1. Breve contextualização histórica da Súmula nº 294 do TST; 3.2. A prescritibilidade do ato nulo; 3.3. A nulidade no Direito do Trabalho e a prescrição total; 3.4. A prescrição total é compatível com art. 7º, inciso XXIX, da Constituição?; 3.5. O desafio de delimitação do sentido da locução “preceito de lei” como fator criador de insegurança jurídica na seara trabalhista; Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente artigo propõe-se a examinar criticamente os fundamentos e a validade perante o ordenamento jurídico da figura da prescrição total, consagrada na Súmula n.º 294 e, atualmente, também no art. 11, §2º, da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/17, que estendeu sua abrangência às hipóteses de descumprimento do pactuado.

Palavras-Chave: Lei nº 13.467/17. Prescrição. Prescrição total. Reforma trabalhista. Súmula nº 294 do TST. Súmula nº 452 do TST.

Abstract: *The present article proposes to critically examine the grounds and validity before the legal order of the figure of the total prescription, enshrined in Precedent no. 294 and, currently, also in art. 11, paragraph 2, of the CLT, inserted by Law 13467/17, which extended its coverage to the hypotheses of noncompliance with the agreement.*

key-words: *Law n. 13467/17. Prescription. Total prescription. Labor reform. Preamble N. 294 of the TST. Precedent N. 452 of the TST.*

INTRODUÇÃO

A denominada Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) alterou sensivelmente a disciplina da prescrição no âmbito do Direito do Trabalho.

1 Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil* pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha.

2 Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

O diploma a) positivou a noção de prescrição total, estendendo-a também aos casos de descumprimento do pactuado; b) sugeriu³ a limitação das hipóteses de interrupção da prescrição apenas ao caso de ajuizamento de reclamação trabalhista; c) admitiu expressamente a prescrição intercorrente na fase de execução e sua pronúncia ex officio, fixando em dois anos o prazo para tanto, sem, todavia, prever a adoção das cautelas consagradas no art. 921 do CPC/15; d) criou uma nova causa de suspensão da prescrição, consistente no ajuizamento de ação destinada à homologação de acordo extrajudicial.

Cumpre-nos, aqui, analisar a mais radical alteração de paradigmas em matéria de prescrição trabalhista, contida no novo art. 11, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que passa a disciplinar a prescrição total⁴. Prevê o novel dispositivo: “Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”.

Sob o pretexto de positivar os parâmetros adotados pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula nº 294⁵ (vide, neste sentido, o relatório do Projeto da Reforma Trabalhista na Câmara dos Deputados), o legislador ampliou a abrangência da prescrição total também para os casos de atos omissivos (descumprimento do pactuado), linha interpretativa há décadas rejeitada pela Alta Corte Trabalhista. Embora passível de críticas, por conferir distinto tratamento jurídico a atos comissivos e omissivos, sem fundamento objetivo para tanto, é certo que o posicionamento se encontrava sedimentado na jurisprudência da Corte.

3 Admitir tal conclusão importaria, porém, em flagrante violação ao princípio da proporcionalidade (na vertente da vedação à proteção insuficiente), pois seria atribuído tratamento jurídico menos favorável ao credor de verba de natureza alimentar (e diretamente vinculada à própria concretização da dignidade humana) em relação ao credor comum. Ademais, a prevalecer a interpretação literal do dispositivo, o Direito do Trabalho será o único ramo do Direito em que o reconhecimento da obrigação pelo devedor não produzirá qualquer efeito em relação à prescrição. Sob essa ótica, a entrega aos credores (fornecedores, clientes, empregados e o Poder Público) de uma empresa de uma declaração de confissão de dívida seria irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional exclusivamente em relação aos trabalhadores... A interpretação literal conduz, no particular, a um resultado absurdo. Assim, com espeque no preceito da vedação à proteção insuficiente, desdobramento da proporcionalidade, entendemos que o novo art. 11, §3º, da CLT não deve ser interpretado como dispositivo veiculador de uma exclusão das demais causas interruptivas previstas no ordenamento jurídico, que prosseguem plenamente aplicáveis na seara trabalhista.

4 Vale destacar que, na doutrina, um dos primeiros autores a perceber o impacto do novel art. 11, §2º, da CLT foi Raphael Miziara (Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/reforma-trabalhista-o-acolhimento-da-teoria-do-ato-unico-do-empregador-tanto-para-os-casos-de-alteracao-como-para-os-casos-de-descumprimento-do-pactuado/>).

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

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

Vale recordar, a propósito, que a Súmula nº 452⁶ do TST reflete o entendimento no sentido da aplicação da prescrição parcial em relação a pretensões decorrentes de atos omissivos, verbete que, com início da vigência da nova legislação, tende a ser cancelado.

O déficit democrático que caracterizou a elaboração do projeto da reforma trabalhista redundou em graves prejuízos sociais, em aumento exponencial da insegurança jurídica para a atuação dos agentes econômicos e, também, na baixa qualidade da redação de alguns dispositivos, seja sob a perspectiva da boa técnica gramatical, seja sob a ótica da técnica jurídica. Tivesse havido efetivo debate sobre o texto com todos os setores sociais interessados e com a academia, decerto muitos equívocos teriam sido sanados ao longo da tramitação.

O novo art. 11, §2º, celetista é um dos mais eloquentes exemplos da gravidade dos erros técnicos contidos no mencionado diploma legislativo.

Até naquilo em que o dispositivo poderia contribuir para o aperfeiçoamento do entendimento dominante (isto é, no afastamento da ideia de atribuição de efeitos jurídicos distintos a atos comissivos e omissivos) acabou por falhar, ao consagrar amplamente a figura da prescrição total. Todas as demais deficiências contidas na Súmula nº 294 são visíveis no art. 11, §2º, da CLT.

No presente trabalho, analisaremos a prescrição total consagrada na Súmula nº 294 do TST e no novel art. 11, §2º, celetista. Para tanto, abordaremos as modalidades de prescrição ordinariamente admitidas na seara trabalhista, o contexto histórico de edição do mencionado verbe, a delicada questão da prescritibilidade dos atos nulos, o conteúdo do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição de 1988 e a desafiadora delimitação do sentido da expressão “preceito de lei”. Proposto o itinerário, passemos a percorrê-lo.

2. MODALIDADES DE PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

A prescrição consiste em ato-fato jurídico caducificante cujo suporte fático é composto pela inação do titular do direito em relação à pretensão exigível e pelo decurso do tempo fixado em lei (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 1-3). Com a oposição da exceção

6 452. Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é sucessiva e se renova mês a mês.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. N° 2, jul-dez 2017.

(em sentido material) da prescrição ou, na atualidade, sua pronúncia ex officio, encobre-se a eficácia da pretensão⁷. Não há, entretanto, extinção do direito, da ação processual ou da própria pretensão.

Rigorosamente, não há falar em distinção ontológica entre as denominadas espécies de prescrição, já que todas dizem respeito ao mesmo fenômeno jurídico. No entanto, peculiaridades em sua operacionalização têm justificado abordagens específicas em relação às modalidades identificadas pela doutrina.

A prescrição bienal é aquela flui a partir da extinção do contrato de trabalho, alcançando a generalidade das pretensões nele lastreadas (a exceção fica por conta das lesões pós-contratuais).

Por sua vez, a prescrição quinquenal corre no curso do contrato, a partir da exigibilidade da pretensão, encontrando, em caso de superveniência da cessação do liame, limitação no prazo de dois anos após tal evento.

São elas as duas únicas modalidades de prescrição previstas no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição de 1988.

Seguindo a lógica trilhada pela Súmula nº 294 do TST, a prescrição quinquenal poderá ser total ou parcial, de acordo com a fonte em que se ampare o direito. A discussão acerca da natureza total ou parcial da prescrição somente encontra sentido quando analisamos parcelas de trato sucessivo.

Por isso, não é da melhor técnica atribuir à prescrição bienal a qualificação de total, já que, para a pronúncia daquela, não se coloca em debate a fonte da qual emanam prestações de índole sucessiva. Para a incidência da prescrição bienal interessa apenas o transcurso do prazo fixado na Constituição após a ruptura do vínculo empregatício. No entanto, em uma acepção

7 Conforme demonstrado por Pontes de Miranda (1955, § 695, 6), a prescrição apenas encobre a eficácia da pretensão, sem, todavia, importar em sua extinção: “É erro dizer-se (...) que a renúncia à prescrição faz reviver a obrigação. Com a prescrição, não se extinguiu a pretensão e, pois, não morreu a obrigação: ambas continuaram. Pretensão e obrigação são efeitos; a prescrição só se passa no plano da eficácia: torna-a encobrável; alegada, encobre-a. Com a renúncia, o devedor fá-la não encobrável. Por isso mesmo, o devedor que paga a dívida não pode repetir o pagamento: tomou não encobrável a eficácia do fato jurídico, ou a descobriu, se já alegada, e ao mesmo tempo solveu a dívida, ou satisfêz a pretensão. O que apenas renuncia à prescrição faz incobrável a eficácia; e deixa para momento posterior solver a dívida ou satisfazer a pretensão”. Raciocínio diverso inviabilizaria a figura da renúncia à prescrição consumada (CC/02, art. 191) e a proibição da restituição do pagamento efetuado para solver dívida prescrita (CC/02, art. 882). Melhor seria, então, que houvesse previsto o novel Código que a prescrição encobre a eficácia da prescrição, até mesmo para garantir a coerência entre os arts. 189, 191 e 882.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

ampla e desvinculada dos conceitos construídos em torno da Súmula nº 294⁸ do TST, a prescrição bienal possui, por assim dizer, um efeito “total”, por atingir as pretensões em geral oriundas do contrato de emprego (ressalvadas as lesões pós-contratuais), estabelecendo um limite fatal para o seu exercício.

Em razão dessa acepção ampla, popularizou-se o uso da expressão “prescrição total” como referência à prescrição bienal. A confusão conceitual é agravada por um motivo histórico: antes da Constituição de 1988, a prescrição das pretensões trabalhistas em geral consumava-se em dois anos (excetuando-se as atinentes ao FGTS), seja no curso do contrato, seja após sua extinção.

As vastas consequências da prescrição bienal conduziram os Tribunais trabalhistas e a doutrina à utilização de outras nomenclaturas para designá-la: totalíssima, absoluta ou extintiva.

Em contraposição, a prescrição quinquenal (total ou parcial) seria relativa, já que diria respeito a pretensões específicas decorrentes do contrato, não à totalidade delas.

3. PRESCRIÇÃO TOTAL E PARCIAL: A SÚMULA Nº 294 DO TST E O ART. 11, §2º, DA CLT

A distinção entre prescrição parcial e total trata-se de temática relacionada às Súmulas nº 168 e nº 198 (canceladas há cerca de 30 anos) e nº 294 do TST, além do novo §2º do art. 11 da CLT (inserido pela Lei nº 13.467/17).

A discussão a respeito da incidência de cada uma delas apresenta-se, como dito, apenas quando em jogo parcelas de trato sucessivo.

Quando se considera uma lesão pontual (a exemplo do não pagamento de prêmio prometido em uma única oportunidade ao longo do contrato), não se cogita, rigorosamente, de prescrição total. A violação não atingirá prestações sucessivas e, simplesmente, ocorrerá a prescrição da pretensão correspondente no prazo de cinco anos no curso do contrato, observada a limitação ao biênio em caso de sua extinção.

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

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

Não obstante, alertamos o amigo leitor que pode ser visualizado na jurisprudência e na doutrina o uso da expressão “prescrição total” em referência a três distintas situações: a da prescrição bienal (pelo motivo anteriormente mencionado), a da prestação única (lesão pontual) e a da alteração contratual que importe em prejuízo a prestações sucessivas.

A última situação é aquela à qual está reservada, propriamente, a locução “prescrição total”.

O critério consagrado na Súmula nº 294 para a distinção entre a prescrição total e a parcial é a fonte em que se funda o direito (parâmetro que veio a ser albergado pelo novo §2º do art. 11 da CLT).

Teremos a prescrição total (também conhecida como “nuclear” ou do “fundo do direito” ou da “fonte do direito”) quando a alteração do pactuado afetar prestações sucessivas de direito assegurado por preceito de lei (por exemplo: décimo terceiro salário).

Por outro lado, teremos a prescrição parcial (ou “parciária” ou “parcelar”) quando a alteração do pactuado afetar prestações sucessivas de direito previsto apenas no âmbito apenas da relação individual de trabalho, isto é, no contrato ou no regulamento de pessoal da empresa. A partir dessa enunciação, é possível extrair, desde logo, quatro reflexões.

A incidência da prescrição total ou parcial busca fundamento no grau de indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Na precisa síntese de Augusto César Leite de Carvalho (2016, p. 92), “se a lesão se dá a direito previsto em lei, fere-se direito de indisponibilidade absoluta e, por isso, a prescrição é total; se a lesão se dá a direito não previsto em lei, fere-se direito de indisponibilidade relativa e, por isso, a prescrição é parcial”.

O emprego das expressões “nuclear”, “fundo do direito” e “fonte do direito” em referência à prescrição total bem revela os efeitos por ela provocados: transcorridos cinco anos da alteração contratual lesiva (mediante ato positivo que suprima, reduza ou modifique de maneira prejudicial o direito), a prescrição alcançará o próprio direito e, em consequência, as parcelas sucessivas dele decorrentes (como numa relação entre acessório e principal). Assim, a *actio nata* existiria apenas no momento da alteração do contrato (bem como, a partir da lógica inaugurada pelo art. 11, §2º, da CLT, na data do primeiro descumprimento do pactuado), não na data em que se torna exigível cada pretensão.

Reside aí uma das dificuldades envolvendo a Súmula nº 294: como se sabe, a prescrição não atinge o direito, mas a pretensão, de modo que o decurso do tempo não leva à

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

extinção do direito em si. O direito continua a existir e, a cada momento em que se torna exigível (normalmente, a cada mês), deflagra-se o prazo prescricional em relação à respectiva pretensão.

A terceira reflexão é que o verbete de nº 294 foi elaborado a partir da premissa de ocorrência de alteração dos termos pactuados em sede de relação individual de trabalho. Logo, mostra-se imprópria sua incidência em discussões que envolvam direitos previstos em diplomas coletivos (convenção coletiva, acordo coletivo e sentença normativa), por impertinência lógica. Entretanto, o leitor encontrará decisões judiciais que invocam o citado enunciado quando em litígio direitos assegurados por tais instrumentos.

A quarta e última reflexão refere-se à constatação de que, em larga medida por influência da hoje cancelada Súmula nº 198, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou-se no sentido de que a aplicação da parte final da Súmula nº 294 é possível apenas diante de condutas comissivas do empregador, de atos concretos e positivos de alteração contratual. No caso de condutas omissivas, não haveria propriamente alteração do pactuado, mas mero descumprimento, de modo que a *actio nata* surgiria a cada momento em que se torna exigível a pretensão, renovando-se mensalmente (em regra) a lesão, atraindo a incidência da prescrição parcial. Representativa desse entendimento é a Súmula nº 452⁹ da Corte (resultado da conversão da OJ nº 404 da SDI-I). O posicionamento alberga a ideia de diferentes consequências para violações de direitos, de acordo com seu caráter comissivo ou omissivo e, na prática, desconsidera a possibilidade de alterações contratuais tácitas. Deve-se ressaltar, porém, que o art. 11, §2º, da CLT (acrescentado pela Lei nº 13.467/17) estabeleceu a incidência da prescrição total tanto para atos comissivos quanto omissivos, superando o entendimento consagrado no TST ao longo das últimas décadas.

3.1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA SÚMULA N. 294 DO TST

9 452. Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é sucessiva e se renova mês a mês.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

O antigo Prejulgado nº 48 do TST previa o seguinte: “Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina”.

O verbete era compatível com a noção segundo a qual a prescrição atinge a pretensão, não o direito, e, ainda, levava em consideração a teoria da *actio nata* para definição do termo inicial do prazo prescricional.

Em 1982, por força da Resolução Administrativa n. 102, o citado enunciado foi cancelado (assim como os demais prejulgados), sendo editada a Súmula nº 168, com idêntica redação.

No entanto, conforme bem observado por Eduardo Baracat (2007, p. 31), a Súmula nº 168 estava em desconformidade com os Enunciados nº 349¹⁰ e 443¹¹ da Súmula de Jurisprudência Predominante do STF, verbetes que partem da premissa da possibilidade de prescrição do próprio direito.

Assim, o quadro jurisprudencial no TST veio a ser alterado em abril de 1985, visando a adequá-la ao entendimento do STF, com a elaboração da Súmula nº 198, que possuía a seguinte redação: “Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito”.

Explicita Délio Maranhão (apud BARACAT, 2007, p. 36/37) o raciocínio que ensejou a edição do enunciado:

(...) se o empregador, através de um **ato positivo**, altera as condições pactuadas, em prejuízo do trabalhador, ferindo-lhe interesse **individual**, protegido pelo art. 468 da Consolidação, a anulação desse ato violador, por se tratar de anulabilidade, exige a propositura de ação, sujeita, no curso do contrato, ao prazo prescricional.

Por outro lado, se o empregador não pratica nenhum **ato positivo**, mas, simplesmente, **deixa de cumprir** aquilo a que se obrigara contratualmente e se isso se faz por meio de prestações periódicas (ato meramente **negativo**), a prescrição não atinge o próprio direito, que não chegou a ser violado por um ato positivo, e sim, e apenas, tais prestações periódicas (grifos no original).

10 349. A prescrição atinge somente as prestações de mais de dois anos, reclamadas com fundamento em decisão normativa da Justiça do Trabalho, ou em convenção coletiva de trabalho, quando não estiver em causa a própria validade de tais atos.

11 443. A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. N° 2, jul-dez 2017.

Consultando as decisões proferidas na época pela Corte, é interessante perceber que, por exemplo, no acórdão do E-RR 3791/1982, um dos precedentes da Súmula nº 275¹² do TST, consta a declaração de que os arts. 58, 59 e 167 do Código Civil de 1916 teriam fundamentado a elaboração do enunciado de nº 198. Tais dispositivos referiam-se à noção jurídica de acordo com a qual o acessório segue a sorte do principal, a evidenciar, novamente, que o TST passava a adotar a orientação no sentido de que a prescrição atingiria o próprio direito material e, por consequência, as prestações sucessivas.

Ao aludir à figura do ato único do empregador, o verbete nº 198 gerou dúvidas e críticas por parte da doutrina, dada a dificuldade na delimitação do seu sentido e alcance¹³. Ademais, a despeito da aparente excepcionalidade da prescrição total sugerida por sua redação, a verdade é que, em razão da própria dinâmica do contrato de trabalho, a incidência daquela ocorreria em número amplíssimo de casos.

O cenário jurisprudencial veio novamente a alterar-se em 1989, com o cancelamento das Súmulas nº 168 e 198 e a edição da Súmula nº 294, com o seguinte teor: “Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”.

O novo verbete foi elaborado a partir do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso de Revista nº 6928/1986. Da leitura do acórdão, destacam-se as linhas argumentativas a seguir indicadas: a) afirmação da ideia de que haveria duas espécies de prescrição na CLT. A primeira estaria prevista no art. 11, referente a interesses de ordem privada. A segunda residiria no art. 119; b) utilização da doutrina de Orlando Gomes, segundo o qual seria necessário distinguir a prescrição nos casos de interesses de ordem pública em relação aos de ordem privada, com a consequente definição da espécie de prescrição de

12 O texto primitivo, que veio a ser posteriormente alterado, era o seguinte: “275. Na demanda que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período anterior aos dois anos que precederam o ajuizamento”.

13 Afirma Augusto César Leite de Carvalho (2016, p. 97) que a “expressão ‘ato único do empregador’ mostrou-se, em verdade, extremamente dúbia, pois rendia ensejo a pelo menos três significados: a) o ato patronal de efeito instantâneo (v. g. um ato punitivo de advertência ou suspensão disciplinar, ou ainda um desconto salarial em mês específico); b) o ato patronal que, não consistindo em alteração do contrato, surtia efeitos que repercutiam na continuidade do vínculo (v. g. o enquadramento funcional); c) a alteração unilateral do contrato com efeitos igualmente sentidos no restante da relação laboral (v. g. a transferência abusiva para outra localidade, a redução do salário contratual, o aumento da jornada sem extrapolação do limite legal)”.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

acordo com a fonte do direito; c) alusão ao art. 167 do CC/16, acolhendo a ideia de que haveria prescrição do direito material (da “fonte” ou “fundo” do direito) e, conseqüentemente, das prestações sucessivas; d) afirmação da tese de que o art. 468 da CLT não assegura o direito em si a qualquer parcela, mas a intangibilidade do contrato de trabalho, bem como menção à ideia de que a violação ao art. 468 consistiria em um caso de anulabilidade.

Vale salientar, por oportuno, que, mesmo após o cancelamento do verbete n. 198, a teoria do ato único do empregador ainda é visualizada em diversas Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e seus precedentes, bem como em decisões proferidas na atualidade. A título de exemplo, podemos mencionar que há menção expressa à tese do ato único do empregador em precedentes das Súmulas nº 199, nº 275, nº 452 e das Orientações Jurisprudenciais da SDI-I nº 175, nº 242 e nº 243.

Reiteremos que o raciocínio consagrado na Súmula nº 294 veio a ser positivado no novo art. 11, §2º, da CLT, com ampliação, entretanto, da sua abrangência também para hipóteses de atos omissivos.

Apresentado o contexto histórico, podemos prosseguir na análise da compatibilidade dos critérios (e dos seus fundamentos) erigidos na citada Súmula e no novo dispositivo legal com o ordenamento jurídico. Para isso, mostra-se indispensável abordar a questão da prescritibilidade do ato nulo.

3.2. A PRESCRITIBILIDADE DO ATO NULO

Um dos aspectos mais polêmicos no campo da teoria das nulidades diz respeito à questão da prescritibilidade ou não do ato nulo, isto é, do seu convalidamento com a passagem do tempo, a ponto de, após determinado período, não mais ser possível seu reconhecimento.

O Código Civil de 2002 eliminou, ao menos a partir da perspectiva do direito positivo, a controvérsia, dispondo, em seu art. 169, que o “negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

Sob a estrita perspectiva da dogmática jurídica, o atual art. 169 do CC/02 revela-se irrepreensível. O defeito do ato nulo é de tal maneira agressivo à ordem jurídica que o decurso

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

do tempo não é capaz de saná-lo, sendo inaplicáveis os institutos da prescrição e da decadência.

Entretanto, sob o ponto de vista da realidade fática das relações sociais, é inegável haver fundada preocupação com a possibilidade de, com espeque na nulidade de um ato ou negócio, serem formuladas postulações retroativas a muitos anos ou décadas.

A solução interpretativa apta a tecnicamente harmonizar as características jurídicas da nulidade e a razoável preocupação social é, reiterando que a pronúncia da nulidade não se submete a prazo de prescrição ou decadência, reconhecer que as pretensões condenatórias se sujeitam aos prazos prescricionais fixados na legislação, como, aliás, é-lhes próprio.

A respeito do tema, manifestam-se Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2017, p. 163):

Todavia, se a ação declaratória de nulidade for cumulada com pretensões condenatórias, como acontece na maioria dos casos de restituição dos efeitos pecuniários ou indenização correspondente, admitir-se a imprescritibilidade seria atentar contra a segurança das relações sociais. Neste caso, entendemos que prescreve, sim, a pretensão condenatória, uma vez que não é mais possível retornar ao estado de coisas anterior. Por imperativo de segurança jurídica, melhor nos parece que se adote o critério da prescritibilidade da pretensão condenatória de perdas e danos ou restituição do que indevidamente se pagou, correspondente à nulidade reconhecida, uma vez que a situação consolidada ao longo de dez anos provavelmente já terá experimentado uma inequívoca aceitação social. Aliás, se a gravidade, no caso concreto, repudiasse a consciência social, que justificativa existiria para tão longo silêncio? Mais fácil crer que o ato já atingiu a sua finalidade, não havendo mais razão para desconsiderar os seus efeitos. Em síntese: a imprescritibilidade dirige-se, apenas, à declaração de nulidade absoluta do ato, não atingindo as eventuais pretensões condenatórias correspondentes.

A linha de intelecção aqui propugnada foi consagrada no Enunciado nº 536 das Jornadas de Direito Civil: “Resultando do negócio jurídico nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição”.

O tema adquire contornos ainda mais interessantes no âmbito do Direito do Trabalho, como será visto a seguir.

3.3. A NULIDADE NO DIREITO DO TRABALHO E A PRESCRIÇÃO TOTAL

Prevê o *caput* do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, **sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.** (grifo nosso)

À época de elaboração do diploma, vigia há mais de vinte e cinco anos o Código Civil de 1916, que estabelecia ser nulo o ato jurídico, entre outros motivos, “quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito” (art. 145, inciso V).

A orientação foi mantida no Código Civil de 2002, com alteração apenas em sua parte final, passando a ser previsto ser nulo o negócio jurídico quando “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção” (art. 166, inciso VII).

Não obstante a redação dos três dispositivos mencionados, há décadas viceja na área trabalhista divergência a respeito do significado do art. 468 celetista, sustentando parcela importante da doutrina que a violação à garantia nele consagrada consistiria, em verdade, em um caso de anulabilidade, de modo que inexistiria, no particular, o óbice da imprescritibilidade dos atos nulos.

Com o devido respeito, não nos parece ser esse o melhor posicionamento.

Como anteriormente afirmado, a CLT foi concebida quando vigente o CC/1916 há mais de duas décadas, não sendo possível assumir a presunção de que a distinção entre nulidade e anulabilidade era desconhecida por seus autores.

Em verdade, o art. 468 pretende significar exatamente aquilo que expressa: a alteração contratual lesiva consiste em ato jurídico nulo, não anulável.

A essa conclusão pode-se objetar com um argumento também de ordem gramatical. O art. 9º (que supostamente estaria atrelado apenas a regras previstas na CLT) e o art. 619 (relacionado a diplomas coletivos) da CLT estabelecem que a conduta violadora dos preceitos neles assegurados é “nula de pleno direito”.

Haveria, então, uma gradação de invalidade na CLT, sendo a nulidade prevista nos arts. 9º e 619 da CLT referente a preceitos de ordem pública (“nulidade de pleno direito”), em contraposição à nulidade prevista no art. 468, que estaria relacionada a interesses privados (tratando-se, então, de anulabilidade).

A objeção é interessante e respeitável, mas não prospera.

A resposta é simples e há muito foi enunciada por Pontes de Miranda.

No mundo jurídico, é possível visualizar três distintos planos: o da existência, o da validade e o da eficácia.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

No plano da validade, podemos contemplar as figuras da nulidade e da anulabilidade.

Enquanto a segunda depende sempre de alegação pelo interessado, a primeira pode, em regra, ser conhecida de ofício e, excepcionalmente, depender de alegação pelo interessado. De acordo com o critério da possibilidade ou não de atuação *ex officio*, a nulidade pode ser *ipso jure* (ou pleno iure ou de pleno direito) ou dependentes de alegação (ou “de ação”).

Nas palavras do mestre Miranda (1955, p. 4):

Em estado puro, a nulidade produz ação, mas independe de “ação” e até incidenter pode ser arguida. A decretabilidade só em ação (*ope exceptionis*), tratando-se de nulidade, superpõe à divisão sistemática romana (*ipso iure, ope exceptionis*); é medida legislativa que atenua da sua radicalidade o inválido ipso iure; e esse nulo só se pode ter como, em verdade, nulo, em vez de anulável, se mantém elementos, sinais, de não ter passado à classe do anulável.

É dizer: a possibilidade de conhecimento *ex officio* pelo Juiz (ou por provocação pelo Ministério Público) não é característica indeclinável da nulidade, mas decorrência possível (e estabelecida como a regra geral) do regime jurídico fixado pelo legislador.

O art. 468 celetista é uma hipótese clara de nulidade dependente de alegação (não anulabilidade), por estar relacionada a interesses privados, mas reputada pelo ordenamento jurídico como merecedora da sanção máxima no plano da validade.

A seu turno, os arts. 9º e 619 da CLT albergam casos de nulidade de pleno direito, passível, pois, de conhecimento *ex officio* pelo julgador.

O argumento gramatical que fundamenta a objeção anteriormente referida (presença ou não da expressão “de pleno direito” na redação dos dispositivos) não afasta a conclusão de que o art. 468 diz respeito a uma nulidade. Ao revés: corrobora-o, indicando que o art. 468 refere-se à nulidade dependente de alegação, ao passo que os arts. 9º e 619 abordam a nulidade pleno *iure*.

O equívoco dos autores que sustentam tratar o art. 468 da CLT anulabilidade reside, além da divergência da sua literalidade, em partir da premissa de que o resguardo a interesses privados está sempre e necessariamente vinculado à anulabilidade, não visualizando a categoria das nulidades dependentes de alegação.

A partir de tais elementos, podemos afirmar que a pretensão de reconhecimento da nulidade é imprescritível, o que é desconsiderado pela Súmula nº 294 (e, também, pelo novo art. 11, §2º, da CLT).

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

De acordo com a Súmula nº 294 do TST, o decurso de cinco anos no curso do contrato provoca a prescrição total em relação à alteração contratual ocorrida quanto a verba de trato sucessivo, de modo que o trabalhador não mais poderá postular seu pagamento. O art. 11, §2º, celetista estende tal compreensão aos casos de descumprimento do pactuado, admitindo, portanto, que o reiterado descumprimento consiste em alteração contratual tácita.

Sinteticamente, os dois principais argumentos para tanto são: a) a ideia de que haveria direitos principais e acessórios e que a prescrição total fulmina o direito material, impedindo a postulação das prestações sucessivas (que seriam o “acessório”); b) a noção de que o art. 468 da CLT prevê uma espécie de anulabilidade para o caso de alteração contratual lesiva referente a direito não assegurado por preceito de lei, sendo possível o convalescimento da anulabilidade se o trabalhador deixar transcorrer o prazo prescricional.

Concessa *maxima venia*, os fundamentos não se sustentam.

Quanto ao primeiro, temos que a prescrição não extingue o direito material, mas apenas atinge a eficácia da pretensão. Não importa o tempo decorrido: no Direito Privado, a prescrição não é capaz de extinguir o direito.

Ocorre que o raciocínio consagrado na Súmula nº 294 e reiterado no art. 11, §2º, da CLT é precisamente o da possibilidade de extinção do próprio direito em razão da prescrição, impedindo a postulação das prestações sucessivas.

No tocante ao segundo fundamento, é sabido que o exercício de direito potestativo de atuação em face de ato ou negócio anulável está sujeito a prazo decadencial (CC/02, arts. 178 e 179, como parâmetros gerais)¹⁴. Ultrapassado o prazo, extingue-se, pela decadência, o próprio direito material. A impugnação de atos anuláveis não guarda qualquer relação com a prescrição, mas com a decadência.

Na prática, a Súmula nº 294 e o art. 11, §2º, da CLT pretendem transmutar o nulo em anulável, a prescrição em decadência e a pretensão condenatória em direito potestativo.

Esses são alguns dos motivos pelos quais sustentamos, com o devido respeito, que os critérios neles consagrados devem ser abandonados.

14 Conforme ensina Agnelo Amorim Filho (211, p. 43), “*se impõe, necessariamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não-exercício. Daí se infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito desta é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados*”.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

Em nossa visão, é necessário reconhecer que: a) o art. 468, *caput*, da CLT refere-se a uma hipótese de nulidade dependente de alegação; b) como tal, a pretensão de sua pronúncia é imprescritível; c) sujeitam-se, todavia, à prescrição as pretensões condenatórias decorrentes da afirmação da nulidade; d) no caso do contrato de trabalho, não serão alcançadas pela prescrição apenas as pretensões referentes a cinco anos no curso do vínculo, observado sempre o biênio posterior à sua cessação.

3.4. A PRESCRIÇÃO TOTAL É COMPATÍVEL COM ART. 7º, INCISO XXIX, DA CONSTITUIÇÃO?

A previsão em sede constitucional da prescrição trabalhista foi, como mencionado anteriormente, uma novidade veiculada pela Carta de 1988. Antes dela, a regra geral da prescrição repousava no art. 11 da CLT.

Quando se cogita do tema da prescrição total (Súmula nº 294) diante do regramento da Constituição Federal de 1988, duas indagações (de teor diametralmente oposto, diga-se) são inevitáveis: a) seria a prescrição total uma imposição da Lei Maior? b) seria a prescrição total compatível com a CF/88?

O interesse da primeira pergunta reside em saber se, ao prever um prazo prescricional, a Carta de 1988 estaria impondo uma limitação absoluta a qualquer espécie de pretensão que pudesse decorrer do contrato de trabalho. Segundo essa linha de pensamento, o prazo máximo de cinco anos seria, por assim dizer, absoluto, peremptório, inevitável, aniquilando qualquer pretensão a ele anterior, até mesmo a atinente ao reconhecimento de nulidades.

O argumento é interessante, mas não nos parece o mais acertado.

Em primeiro lugar, o texto constitucional limitou-se a traçar a regra geral da prescrição em matéria trabalhista, sem propósito de regular situações pontuais, específicas, tipicamente disciplinadas pela legislação infraconstitucional.

Nessa ordem de ideias, é importante recordar que, no projeto original da Constituição Federal de 1988, sequer havia previsão relativa à prescrição trabalhista e que várias Emendas a respeito do tema foram rejeitadas sob o fundamento de que a regulamentação do instituto deveria ocorrer em sede de legislação ordinária (vide, por exemplo, os pareceres pela rejeição das Emendas 28.159, 28.835 e 31.885).

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

Em segundo lugar, é necessário reconhecer que o argumento desconsidera a natureza das postulações deduzidas em Juízo, aspecto decisivo para análise da prescrição. A prosperar a tese de que o prazo de cinco anos no curso do contrato de emprego seria, por força do disposto na Carta Cidadã, absoluto e incontornável, dever-se-ia admitir que até mesmo postulações de natureza declaratória encontrariam nesse prazo seu limite, o que desafia a lógica da Teoria do Direito e definitivamente não parece haver sido pretendido pelo constituinte.

Ademais, pretender extrair da ausência de ressalva no art. 7º, XXIX, quanto ao reconhecimento das nulidades a conclusão de que também elas seriam “prescritíveis” não é adequado. Vale recordar que nem tal dispositivo nem o art. 11 da CLT regulam, por exemplo, a ocorrência de causas de impedimento, suspensão e interrupção do prazo prescricional e, ainda assim, não se levantam vozes a sustentar que tais causas não seriam aplicáveis ao Direito do Trabalho.

Em verdade, a própria redação final do inciso XXIX do art. 7º da Constituição concorre para o afastamento do argumento aqui abordado. Isso porque o texto é expresso ao indicar que o prazo prescricional se refere a “créditos resultantes das relações de trabalho”, não a “atos lesivos ocorridos nas relações de trabalho” ou a “postulações em geral resultantes das relações de trabalho”.

E, a despeito do equívoco técnico do constituinte na utilização da ideia de “prescrição da ação” (em razão até mesmo dos embates doutrinários sobre o tema), quando o correto seria prescrição da pretensão, andou bem ao permitir que se compreenda, a partir da redação do inciso, que a prescrição está relacionada a pretensões condenatórias, como é próprio do instituto.

Finalmente, é importante repisar que, independentemente da possibilidade de apreciação de nulidade ocorrida há mais de cinco anos, eventual repercussão condenatória está restrita ao período fixado no art. 7º, XXIX, da Carta. Isto é, os créditos alcançam apenas o prazo quinquenal (observado, naturalmente, o período de dois anos após a extinção do liame empregatício).

Assim, a prescrição total prevista na Súmula nº 294 e no art. 11, §2º, da CLT definitivamente não se trata de uma imposição da Constituição Federal.

Seria ela, então, ao menos compatível com a Carta Magna?

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

Inexiste, no texto constitucional, sequer aceno para a possibilidade de entender-se que a previsão ou não em lei de um direito determinaria a incidência de prescrição total ou parcial. A Carta de 1988 somente conhece duas categorias de prescrição na seara trabalhista: a bienal e a quinquenal.

Ademais, admitir a prescrição total, nos moldes acolhidos pelo art. 11, §2º, da CLT significa aceitar a ideia de prescrição do próprio direito material, conferindo à prescrição efeito que não lhe é próprio e que, por isso, sequer foi concebido pelo constituinte, desprezando-se o comando contido no art. 7º, inciso XXIX, da CF/88. A Lei Maior previu a prescrição trabalhista com seus efeitos típicos, não um instituto que, pelo decurso do tempo, extingue o direito material subjacente a pretensões condenatórias.

Para além das questões técnicas de Direito Privado abordadas anteriormente (impossibilidade de extinção de direitos pela prescrição, imprescritibilidade das nulidades, submissão de postulações de natureza anulatória a prazo decadencial, não prescricional), é forçoso reconhecer que o manejo de quaisquer outras “espécies” de prescrição significa ultrapassar os limites do texto constitucional¹⁵, em clara tentativa de fraude aos comandos da Carta Política.

Em nossa visão, além da influência da jurisprudência do STF, é provável que a redação originária do art. 11 da CLT, ao referir-se a “ato infringente”, haja contribuído para o desenvolvimento da ideia de que até mesmo as nulidades estariam sujeitas à prescrição, como sugere a Súmula nº 294 (e, atualmente, também o art. 11, §2º, da CLT).

Observe o leitor que a Constituição de 1988, no art. 7º, inciso XXIX, nem em seu texto original mencionava “ato infringente”, mas “créditos resultantes das relações de trabalho”. A não adoção, pela Carta, da redação do art. 11 da CLT, que à época contava com 45 anos, não deve ser reputada como mero diletantismo do constituinte, mas como opção por uma construção textual mais consentânea com o instituto da prescrição, atrelado a pretensões de índole condenatória¹⁶.

15 Informamos, porém, ao leitor, por dever de lealdade intelectual, que, por ocasião do julgamento do ARE 697514, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal concluiu inexistir repercussão geral quanto à definição da aplicação total ou parcial no Direito do Trabalho, tratando-se de questão infraconstitucional (tema n. 583 da tabela de repercussão geral).

16 Não apenas de obrigações de dar, como também de fazer e de não fazer.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

Em nossa perspectiva, o art. 11, §2º, da CLT revela-se inconstitucional, por violar o disposto no art. 7º, inciso XXIX, da CF/88.

Resta-nos examinar um ponto: as divergências em torno do significado de “preceito de lei” para fins de incidência da prescrição total. Será o alvo do próximo tópico.

3.5. O DESAFIO DE DELIMITAÇÃO DO SENTIDO DA LOCUÇÃO “PRECEITO DE LEI” COMO FATOR CRIADOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA NA SEARA TRABALHISTA

As múltiplas dúvidas existentes na doutrina a respeito do significado da expressão “preceito de lei” são acentuadas na jurisprudência.

Se o propósito essencial da Súmula nº 294 é assegurar estabilidade nas relações sociais, o enunciado, com o devido respeito, definitivamente não está cumprindo seu papel. Ao revés: a aplicação da Súmula tem provocado inúmeras divergências em todas as instâncias do Judiciário trabalhista e, inclusive, internamente nos Tribunais, contribuindo decisivamente para criação de insegurança jurídica e elevação da litigiosidade. Persistirão, sob a égide das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17, as mesmas tormentosas questões interpretativas quanto ao sentido da aludida expressão.

Podemos citar como exemplos de tais dificuldades cotidianas os seguintes (embora não seja possível, neste espaço, realizar um aprofundamento em cada um dos temas): a) o dissenso a respeito da utilização do art. 7º, inciso VI, da CF/88 e do art. 468 da CLT como parâmetro de confronto para fins de identificação da prescrição (ou, em outros termos, a possibilidade de exclusão, pelo Judiciário, de um dispositivo legal do âmbito de abrangência da expressão “preceito de lei”); b) a invocação, em precedentes da Súmula nº 275 do TST, do art. 461, §2º, da CLT, na redação anterior à Lei nº 13.467/17, como preceito legal que determinaria o pagamento de diferenças salariais em caso de desvio de função, a justificar a incidência da prescrição parcial, conquanto não seja possível, com a devida vênia, extrair diretamente tal conclusão do dispositivo; c) a colisão entre precedentes da Súmula nº 373 e da Orientação Jurisprudencial nº 175 a respeito da espécie de prescrição aplicável para situações idênticas; d) aplicação da prescrição parcial nas hipóteses de supressão de gratificação de função percebida por mais de dez anos, embora inexista previsão legal expressa que a

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

assegure (em verdade, com a Lei nº 13.467/17, pretendeu-se vedar a incorporação a que se referia a Súmula nº 372); e) a Súmula nº 199, item II, do TST propugna, sem ressalvas, pela prescrição total em situações de supressão de horas extraordinárias pré-contratadas. Todavia, a SDI-I vem rejeitando a aplicação do verbete às situações de pactuação prévia de prestação de horas extraordinárias sem a correspondente prestação na mesma proporção, em conduta consistente em fraude trabalhista, tenha ou não ocorrido a supressão do pagamento; f) a divergência jurisprudencial acerca da existência ou não de previsão expressa que assegure o pagamento da participação nos lucros ou resultados.

Especificamente o tema referido na alínea “a” supra merece especial atenção, em razão das suas repercussões.

Já nos manifestamos pela inconstitucionalidade do art. 11, §2º, da CLT, por violação do disposto no art. 7º, inciso XXIX, da CF/88.

No entanto, caso o mencionado parágrafo seja considerado constitucional, é certo que a ele não devem ser reconhecidos efeitos práticos. Isso porque o art. 468, *caput*, da CLT trata-se, sem dúvida, de “preceito de lei”. Logo, qualquer alteração contratual lesiva ao trabalhador consistirá em violação de direito assegurado por preceito de lei, conforme, inclusive, vem sendo reconhecido em algumas decisões do TST¹⁷, atraindo, pois, a incidência da parte final do dispositivo, com a conseqüente pronúncia da prescrição parcial¹⁸. Diga-se o mesmo em relação à vedação da irredutibilidade salarial contida no art. 7º, inciso VI, da CF/88.

É bem verdade que se deve evitar, como regra de hermenêutica, interpretação que conduza à inutilidade de um dispositivo legal. Contudo, os equívocos técnicos contidos no art. 11, §2º, da CLT são de tal gravidade que, lamentavelmente, não resta opção ao intérprete. Solução ainda pior seria sustentar que o art. 7º, inciso VI, da CF/88 e o art. 468, *caput*, da CLT não são preceitos de lei ou que o Judiciário poderia escolher, ao seu alvedrio e em cada momento, aquilo que deve ser considerado como preceito de lei, em flagrante ofensa aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

17 Exemplificativamente: RR 3016300-10.2008.5.09.0008, Data de Julgamento: 24/05/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017; RR 624-31.2010.5.04.0303, Data de Julgamento: 22/03/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017.

18 Vide, nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n.º 65 da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: “A alteração contratual ilícita, por violar direito previsto em lei (art. 468 da CLT), faz incidir apenas a prescrição parcial”.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, podemos enunciar as seguintes conclusões:

1) As duas únicas modalidades de prescrição trabalhista conhecidas pela Constituição Federal de 1988 são a bienal e a quinquenal. A prescrição bienal é aquela fluí a partir da extinção do contrato de trabalho, alcançando a generalidade das pretensões nele lastreadas (ressalvadas as lesões pós-contratuais). A prescrição quinquenal corre no curso do contrato, a partir da exigibilidade da pretensão, encontrando, em caso de superveniência da cessação do liame, limitação no prazo de dois anos após tal evento;

2) Sob a perspectiva da Súmula nº 294 e do art. 11, §2º, da CLT, a prescrição quinquenal poderá ser total ou parcial, de acordo com a fonte em que se ampare o direito, estando a discussão relativa à espécie de prescrição a ser pronunciada sempre atrelada a parcelas de trato sucessivo;

3) Teremos a prescrição total (também conhecida como “nuclear” ou do “fundo do direito” ou da “fonte do direito”) quando a alteração do pactuado afetar prestações sucessivas de direito assegurado por preceito de lei. Por outro lado, teremos a prescrição parcial (ou “parciária” ou “parcelar”) quando a alteração do pactuado afetar prestações sucessivas de direito previsto apenas no âmbito apenas da relação individual de trabalho, isto é, no contrato ou no regulamento de pessoal da empresa;

4) A Súmula nº 294 não se desvincilhou da (controversa) tese do ato único do empregador (antiga Súmula n. 198), atribuindo efeitos jurídicos diversos a condutas ilícitas comissivas e omissivas (vide ainda a Súmula nº 452), reservando às primeiras a incidência da prescrição total, bem como, na prática, desconsiderando a possibilidade de ocorrência de alterações contratuais tácitas. A seu turno, o art. 11, §2º, da CLT superou a (artificial) distinção entre atos comissivos e omissivos, estabelecendo em ambos os casos a incidência da prescrição total, na hipótese de direito não assegurado por preceito de lei (o que deve conduzir ao cancelamento da Súmula nº 452 ou à alteração da sua redação para compatibilização ao novo dispositivo legal);

5) A Súmula nº 294 e o art. 11, §2º, da CLT assumem a premissa segundo a qual haveria direitos principais e acessórios, sendo que a prescrição total fulminaria o próprio direito material. Ocorre que a prescrição não extingue o direito material (característica típica da decadência), mas apenas encobre a eficácia da pretensão;

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

6) A Súmula nº 294 e o art. 11, §2º, da CLT albergam a noção de que o art. 468 da CLT prevê uma espécie de anulabilidade para o caso de alteração contratual lesiva referente a direito não assegurado por preceito de lei, sendo possível o convalidamento da anulabilidade se o trabalhador deixar transcorrer o prazo prescricional. No entanto, o referido dispositivo consagra uma hipótese de nulidade dependente de alegação (não anulabilidade), sendo incompatível com os institutos da prescrição e da decadência, por não ser sanada pelo decurso do tempo (CC/02, art. 169). Ainda que seja adotada a tese de acordo com a qual haveria, no art. 468, um caso de anulabilidade, é sabido que a anulação de ato ou negócio jurídico está sujeita a prazo decadencial, cujo encerramento importa na extinção do próprio direito potestativo não exercido, sendo destituída de sentido a discussão a respeito da prescrição;

7) A Súmula nº 294 e o art. 11, §2º, da CLT admitem, em verdade, a possibilidade de convalidamento da nulidade, conferindo ao Direito do Trabalho posição bastante peculiar em matéria de prescrição no Direito Privado¹⁹;

8) Na prática, a Súmula nº 294 e o art. 11, §2º, da CLT pretendem transmutar o nulo em anulável, a prescrição em decadência e a pretensão condenatória em direito potestativo;

9) Inexiste, no texto constitucional, sequer aceno para a possibilidade de entender-se que a previsão ou não em lei de um direito determinaria a incidência de prescrição total ou parcial. Ademais, a Lei Maior previu a prescrição trabalhista com seus efeitos típicos, não um instituto que, pelo decurso do tempo, extingue o direito material subjacente a pretensões condenatórias. A Carta de 1988, como dito, somente conhece duas categorias de prescrição na seara trabalhista: a bienal e a quinquenal;

10) A Súmula nº 294 e o art. 11, §2º, da CLT são, infelizmente, fonte de grave insegurança jurídica na área juslaboralista, em razão das inúmeras divergências (já existentes quando havia apenas o verbete de nº 294) nos tribunais (internamente, inclusive) para a definição do significado da locução “preceito de lei”, atuando como fator propulsor da elevação da litigiosidade.

19 Na precisa lição de Augusto César Leite de Carvalho (2016, p. 100): “*De tudo se extrai a propriedade da tese que consubstanciaria o resgate da regra outrora consagrada pela Súmula 168 do TST, porquanto a adoção universal da prescrição parcial reincluiria o direito do trabalho no sistema de direito privado que proscreve a consolidação jurídica de atos nulos, quaisquer atos nulos*”.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

Pelas razões enunciadas, sustentamos, com o devido respeito, que os critérios consagrados na Súmula nº 294 devem ser abandonados e que o art. 11, §2º, deve ser reconhecido como inconstitucional, por violação do art. 7º, inciso XXIX, da CF/88.

Não obstante, ainda que o novo §2º venha a ser reputado constitucional, a ele não devem ser reconhecidos efeitos práticos. Isso porque o art. 468, *caput*, da CLT e o 7º, inciso VI, da CF/88 consistem em “preceito de lei”, atraindo, pois, a incidência da parte final do dispositivo, com a consequente pronúncia da prescrição parcial. Não é dado ao Judiciário escolher, ao seu alvedrio e em cada momento, aquilo que deve ser considerado como preceito de lei, o que redundaria em manifesta agressão aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Em nossa visão, é necessário reconhecer que: a) o art. 468, *caput*, da CLT refere-se a uma hipótese de nulidade dependente de alegação; b) como tal, a pretensão de sua pronúncia é imprescritível (Código Civil de 2002, art. 169); c) sujeitam-se, todavia, à prescrição as pretensões condenatórias decorrentes da afirmação da nulidade (Constituição Federal, art. 7º, inciso XXIX, e CLT, art. 11); d) no caso do contrato de trabalho, não serão alcançadas pela prescrição apenas as pretensões referentes a cinco anos no curso do vínculo, observado sempre o biênio posterior à sua cessação.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis in MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Coleção doutrinas essenciais: Direito Civil**, Parte Geral. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARACAT, Eduardo Milléo. **Prescrição Trabalhista e a Súmula n. 294 do TST**. São Paulo: LTr, 2007.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: Curso e Discurso**. São Paulo: LTr, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 2, jul-dez 2017.

MIZIARA, Rafael. **Reforma Trabalhista: o acolhimento da teoria do ato único do empregador tanto para os casos de alteração como para os casos de descumprimento do pactuado.** Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/reforma-trabalhista-o-acolhimento-da-teoria-do-ato-unico-do-empregador-tanto-para-os-casos-de-alteracao-como-para-os-casos-de-descumprimento-do-pactuado/>>. Acesso em 14 ago. 2018.

Data de submissão: 03 de julho de 2018.
Data de aprovação: 20 de setembro de 2018.

NOVA HILEIA: REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA COMISSÃO EDITORIAL	
Editor Chefe	Prof. Dr. Sandro Nahmias de Melo
Editor Adjunto	Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Editores Assistentes	Profa. Ma. Carla Cristina Torquato Profa. Ma. Adriana Almeida Lima Profa. Ma. Dayla Barbosa Pinto Prof. Me. Luiz Cláudio Pires Costa Profa. Esp. Monique de Souza Arruda
Revisão	Profa. Esp. Monique de Souza Arruda
Revisão Final	Prof. Me. Denison Melo de Aguiar