

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**FABIANO RIBEIRO DA SILVA**

**PRESCRIÇÃO BIENAL: A CELEUMA ACERCA DA CONTAGEM DO  
PRAZO PRESCRICIONAL BIENAL NA HIPÓTESE DA  
SUPERVENIENTE READMISSÃO DO EMPREGADO**

**Juiz de Fora - MG**  
**2016**

**FABIANO RIBEIRO DA SILVA**

**PRESCRIÇÃO BIENAL: A CELEUMA ACERCA DA CONTAGEM DO  
PRAZO PRESCRICIONAL BIENAL NA HIPÓTESE DA  
SUPERVENIENTE READMISSÃO DO EMPREGADO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Mestre Fernando Guilhon de Castro.

**Juiz de Fora - MG**

**2016**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**FABIANO RIBEIRO DA SILVA**

### **PRESCRIÇÃO BIENAL: A CELEUMA ACERCA DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL BIENAL NA HIPÓTESE DA SUPERVENIENTE READMISSÃO DO EMPREGADO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Mestre Fernando Guilhon de Castro.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Orientador: Professor Mestre Fernando Guilhon de Castro

Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Flávio Bellini Salles

Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza

Universidade Federal de Juiz de Fora

*Agradeço a Deus, por ter me conduzido nessa longa caminhada concebendo-me força e coragem para superar todos os obstáculos encontrados, os quais foram enriquecedores e me fizeram crescer. Agradeço a minha mãe, por todos ensinamentos, correções, amor e carinho, que me fizeram chegar até aqui e ser quem eu sou. Agradeço ao meu pai, pela herança genética da força, perseverança e humildade, que lá de cima com certeza está feliz com esse sonho concretizado.*

*Agradeço a Vivian, pelo amor e carinho demonstrado durante esses anos, bem como por todo apoio ofertado.*

*Agradeço aos meus irmãos (ãs), sobrinhos (as), cunhados (as), sogro, sogra e demais familiares, por todo afeto, confiança, orações e vibrações positivas.*

*Agradeço aos meus amigos da vida, da escola, da faculdade, da DPU e da Central de Atendimento, por terem de alguma forma contribuído com essa vitória.*

*Por fim, agradeço ao meu orientador, Professor Fernando Guilhon, por sua gentileza, seus ensinamentos, sua máxima atenção, compreensão e cordialidade, neste capítulo tão importante de minha graduação.*

*Deve haver algum lugar  
Onde o mais forte não  
Consegue escravizar  
Quem não tem chances*  
**(Renato Russo)**

*E assim, depois de muito esperar, num dia como outro  
qualquer, decidi triunfar...*  
*Decidi não esperar as oportunidades e sim eu mesmo  
buscá-las.*  
*Decidi ver cada problema como uma oportunidade de  
encontrar uma solução.*  
*Decidi ver cada deserto como uma possibilidade de  
encontrar um oásis.*  
*Decidi ver cada noite como um mistério a resolver.*  
*Decidi ver cada dia como uma nova oportunidade de  
ser feliz.*  
*Naquele dia, descobri que meu único rival, não era  
mais que minhas próprias limitações, e que enfrentá-  
las, era a única e melhor forma de as superar.*  
*Naquele dia, descobri que eu não era o melhor e que  
talvez eu nunca tivesse sido.*  
*Deixei de me importar com quem ganha ou perde.*  
*Agora me importa simplesmente saber melhor o que  
fazer.*  
*Aprendi que o difícil não é chegar lá em cima, e sim  
deixar de subir.*  
*Aprendi que o melhor triunfo é poder chamar alguém de  
“amigo”.*  
*Descobri que o amor é mais que um simples estado de  
enamoramento, “o amor é uma filosofia de vida”.*  
*Naquele dia, deixei de ser um reflexo dos meus escassos  
triunfos passados e passei a ser uma tênue luz no  
presente.*  
*Aprendi que de nada serve ser luz se não iluminar o  
caminho dos demais.*  
*Naquele dia, decidi trocar tantas coisas...*  
*Naquele dia, aprendi que os sonhos existem para  
tornarem-se realidade.*  
*E desde aquele dia, já não durmo para descansar...  
simplesmente durmo para sonhar.*  
**(Walt Disney)**

## RESUMO

Este trabalho visa trazer à baila análise acerca da celeuma existente sobre a contagem do prazo prescricional bienal, na seara trabalhista, na hipótese da readmissão do empregado pelo mesmo empregador antes de exaurido o biênio prescricional. A ideia central é de que o problema não reside na contagem do referido prazo, mas sim na constatação de que, com base no espírito que animou o constituinte originário, durante a vigência do contrato de trabalho somente pode incidir a prescrição quinquenal. Após a exibição do conceito da norma que orienta este trabalho e fazer escorço histórico do tema, aponta-se como o assunto é tratado pela jurisprudência e pela doutrina pátria e a forma que ele pode ser interpretado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, faz-se pontuais abordagens no Direito comparado acerca de conceitos atinentes ao tema. Leva-se em conta análise teleológica e histórica dos debates travados no âmbito da Assembleia Constituinte, que inspirou o tratamento dado pelo legislador, no que tange à diferenciação entre os prazos.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, prescrição bienal, prescrição quinquenal, readmissão, Assembleia Nacional Constituinte e Constituição.

## **ABSTRACT**

This work aims to bring up analysis of the existing stir about counting the two-year limitation period, the labor harvest in the event of the employee's readmission for the same employer exhausted before the statute biennium. The central idea is that the problem lies not in the said final count, but the finding that based on the spirit that animated the original constituent during the term of the employment contract may only cover the five-year prescription. After the concept showing standard that guides this work and make history foreshortening theme, it is pointed out how the matter is handled by the courts and homeland doctrine and how it can be interpreted in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. In addition, it makes specific approaches in comparative law about concepts relating to the topic. It takes into account teleological and historical analysis of the debates within the Constituent Assembly, which inspired the treatment by the legislator with regard to the distinction between the terms. Keywords: Labor Law, year time limit, five-year prescription, readmission, the National Constituent Assembly and the Constitution.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 ANÁLISE GERAL DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>3 PRESCRIÇÃO TRABALHISTA.....</b>	<b>14</b>
3.1 Escorço histórico acerca da prescrição trabalhista.....	14
3.2 Prescrição bienal e quinquenal no direito do trabalho.....	16
3.3 Prescrição total e parcial.....	18
<b>4 DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO INCISO I DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – RELAÇÃO DE EMPREGO PROTEGIDA CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA.....</b>	<b>21</b>
4.1 Da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Da incorporação no ordenamento brasileiro. Da denúncia. Permanência da falta de regulamentação das dispensas imotivadas perpetradas pelo empregador.....	22
<b>5 DO CERCEIO PSICOLÓGICO DO EMPREGADO DE PROPOR RECLAMAÇÃO TRABALHISTA DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO.....</b>	<b>27</b>
<b>6 SOLUÇÃO DO DIREITO ESPANHOL. <i>GARANTÍA DE INDENIDAD</i>.....</b>	<b>31</b>
<b>7 UNICIDADE CONTRATUAL NO CASO DE FRAUDE TRABALHISTA.....</b>	<b>38</b>
<b>8 PRAZO PRESCRICIONAL DURANTE O CONTRATO. READMISSÃO DO EMPREGADO. AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO BIENAL. FLUÊNCIA APENAS DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.....</b>	<b>41</b>
<b>9 CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>53</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Tema amplamente debatido pela doutrina e jurisprudência pátria, o instituto da prescrição possui o viés normativo, dentre outros, de conferir segurança jurídica à coletividade, buscando evitar a eternização dos conflitos sociais, bem como possibilitar que o eventual demandado tenha conhecimento de qual será o termo final para eventual propositura de ação judicial (em face de si).

Dessa forma, o instituto da prescrição revela-se indubitavelmente como “mal necessário”, apresentando-se como uma das ferramentas do Direito, deveras eficaz, para se alcançar a pacificação social.

O conceito de prescrição é unitário, isto é, um instituto de ordem pública destinado a proporcionar a segurança das relações jurídicas, que objetiva, como dito, a manutenção da paz social. Entretanto, na seara trabalhista, tendo em vista a incontestável disparidade econômico-social existente entre os principais atores da produção de riqueza (empregado e empregador), o referido instituto pode ser relativizado, em virtude do festejado princípio da proteção do trabalhador, que defere ao obreiro amparo mais específico e acentuado em face do “detentor do capital”.

Conseqüência lógica, ante a premente necessidade de conferir maior efetividade ao ordenamento jurídico, há muito se evidencia polêmicas e calorosos debates entre os mais renomados estudiosos e operadores do Direito do Trabalho acerca do tema.

Nesse diapasão, o presente trabalho pretende trazer à baila as idiosincrasias do referido instituto no bojo do Direito do Trabalho, precipuamente no que tange à incidência da chamada prescrição bienal em novo contrato de trabalho, tendo como parâmetro a hipótese da superveniente readmissão do empregado pelo mesmo empregador.

É bem verdade que o contrato de trabalho pactuado em virtude da dita readmissão sempre se mostra distinto do anterior. No entanto, não se pode descurar que aquele guarda com este intrínseca relação, especialmente no que concerne à possibilidade do inadimplemento de determinadas verbas trabalhistas atreladas ao contrato precedente, devendo, portanto, a incidência da prescrição bienal se moldar a essa nova realidade fática, sob pena de malferir o verdadeiro espírito do legislador constituinte no que toca à diferenciação dos institutos prescricionais trabalhista em bienal e quinquenal, assim como o aludido princípio da proteção do trabalhador, princípio este que deve nortear a exegese do Direito laboral, em sua máxima essência, a fim de conferir o desejado (e necessário) equilíbrio entre as potenciais discrepâncias existentes entre empregado e empregador.

Na mesma esteira, é de bom alvitre sempre se fazer análise dos institutos jurídicos insertos na seara trabalhista dentro da perspectiva do cerceio psicológico experimentado pelo empregado de buscar perante o Poder Judiciário a satisfação de seus direitos trabalhistas na vigência do contrato de labor. Isso porque é irrefutável que paira sobre o obreiro significativo temor em ter que suportar, por conta do exercício de seu direito constitucionalizado, as malfadadas dispensas arbitrária e/ou imotivada, como decorrência deste dispendioso direito potestativo que ampara o detentor do capital. Daí porque mostra-se necessária a leitura histórica e teleológica dos anais dos debates legislativos no contexto da Assembleia Nacional Constituinte que antecedeu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Entender as razões do legislador constituinte que embasaram a criação de diferentes prazos prescricionais no Direito do Trabalho (bienio e quinquenal) é de suma relevância para o tema.

## 2. ANÁLISE GERAL DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

O significado epistemológico de prescrição procede do latim *praescriptio*, de *praescribere*, que quer dizer “escrever antes”.<sup>1</sup>

O verbete aponta os preceitos que se escrevem antes, a fim de que, por meio desses, realizem-se as condutas, de acordo com o caso concreto.

Nesse sentido, temos a presente lição:

A praescriptio referia-se, pois, ao que era escrito antes: *prae* (antes) mais *scriptio* (escrito). Contudo, dessa simples posição topográfica, o termo passou a significar, por extensão, a matéria contida nessa parte preliminar da fórmula, adquirindo a nova acepção de extinção da ação por não ter sido exercida no devido prazo (em regra, de um ano).<sup>2</sup>

Sobre este ponto, insta expor a concepção de alguns célebres estudiosos do Direito acerca do instituto da prescrição.

Para o saudoso Clóvis Beviláqua<sup>3</sup>, prescrição significa “a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela durante um determinado espaço de tempo”.

Já o também renomado Pontes de Miranda<sup>4</sup> dizia que “prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”.

Nas palavras de Antônio Luiz da Câmara Leal<sup>5</sup> “prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”.

O Código Civil de 2002 estabelece o posicionamento positivado no Direito brasileiro, aduzindo que:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Forense, 2008. p. 583.

<sup>2</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **A Prescrição no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 17.

<sup>3</sup> BEVILÁQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976, p. 286.

<sup>4</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2000, p. 135. Apud: FRANCO FILHO, Op. Cit.

<sup>5</sup> LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da Prescrição e da Decadência**. 1982, p. 12. Apud. FRANCO FILHO, Op. Cit.

<sup>6</sup> Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. – 20ª Ed. – São Paulo: Rideel, 2015. (Série Vade Mecum).

Para a doutrina moderna, a prescrição está definida como sendo a perda da pretensão de reparação do direito, e não propriamente a perda do direito, como é o caso do instituto da decadência. Neste azo, a prescrição extingue diretamente a pretensão e indiretamente a ação.

Nessa linha de raciocínio, Caio Mário da Silva Pereira<sup>7</sup> e Sílvio de Salvo Venosa<sup>8</sup> convergem seus entendimentos de que é a possibilidade de realização processual da pretensão, e não, o direito material em si, que se extingue com a prescrição.

Assim, caso o titular do direito quedar-se inerte, terá este, como pena, a perda da pretensão que lhe seria oportunizada pela via jurisdicional. Logo, a prescrição se constitui como benefício em favor do devedor ante a aplicação do brocardo de que “o Direito não socorre aqueles que dormem”, prestigiando, assim, o mínimo de segurança nas relações jurídicas.

Acerca do tema, Flávio Tartuce<sup>9</sup> esclarece:

*A prescrição extintiva, fato jurídico em sentido estrito, constitui, nesse contexto, uma sanção ao titular do direito violado, que extingue tanto a pretensão positiva quanto a negativa (exceção ou defesa). Trata-se de um fato jurídico stricto sensu justamente pela ausência de vontade humana, prevendo a lei efeitos naturais, relacionados com a extinção da pretensão. A sua origem está no decurso do tempo, exemplo típico de fato natural.*

Com efeito, ainda segundo o ilustre doutrinador, constata-se que o Código Civil de 2002 adotou, quanto ao instituto da prescrição, a tese elaborada por Agnelo Amorim Filho, tendo associado os prazos prescricionais às ações condenatórias. Os prazos apresentados no bojo do artigo 206 do referido diploma legal dizem respeito a ações condenatórias, precipuamente àquelas relativas à cobrança de valores ou à reparação de danos, mantendo-se, portanto, uma relação com os direitos subjetivos.

Noutro norte, na hipótese de ações da mesma natureza, para as quais não houver previsão específica, aplicar-se-á a regra geral de 10 (dez) anos, *ex vi* do artigo 205 do texto civilista.

Portanto, o prazo decenal incide para quaisquer pretensões subjetivas, não havendo, pois, distinção quanto às ações reais e pessoais, da forma que era preconizada pelo artigo 177

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 44.

<sup>8</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 504-505.

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 5ª Ed. rev., atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 232.

do Código Civil de 1916, isto é, 20 (vinte) anos para ações pessoais, 15 (quinze) anos para ações reais entre ausentes e 10 (dez) anos para ações reais entre presentes.

### **3. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA**

#### **3.1. Escorço histórico acerca da prescrição trabalhista**

O Código Civil de 1916 – CC/16 regulava os prazos prescricionais das relações jurídicas no âmbito civil e privado, mormente os contratos de locação de serviços e empreitada (artigos 1.216/1.236 e 1.237/1.247, respectivamente), o que fez a partir de seu artigo 177, merecendo as relações de trabalho previsão especial e destacada no artigo 178, §10, inciso V, do mesmo diploma, que passou a determinar prazo prescricional de 5 (cinco) anos para que os serviçais, operários e jornaleiros propusessem as ações respectivas, visando o pagamento de seus salários.

Com a organização da Justiça do Trabalho pelo Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939, regulamentado pelo Decreto nº 6.596 de 1940, o prazo prescricional para a interposição de qualquer reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho, salvo expressa disposição legal em contrário, passou a ser de 2 (dois) anos, por força dos artigos 101 e 227, respectivamente.

Nesse contexto, até o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em 1943, o referido prazo prescricional aplicar-se-ia, indistintamente, às relações de labor rural e urbano.

A partir da entrada em vigor da CLT (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), constatamos que a redação original do artigo 11, manteve, somente para os trabalhadores urbanos, o prazo prescricional de 2 (dois) anos para se pleitear, por meio da competente reclamação trabalhista, a reparação de qualquer ato infringente dos dispositivos da então Consolidação.

Nessa senda, os empregados rurais, alijados da regulação da CLT (artigo 7º, alínea “b”), prosseguiram regulados pela legislação anterior. Já aos empregados domésticos, também excluídos do âmbito de aplicação celetista, aplicava-se, por força do disposto no parágrafo único do artigo 8º deste diploma legal, o prazo mais favorável de 5 (cinco) anos previsto no §10, do artigo 178, do CC/16, então em vigor.

Mais à frente, devido ao surgimento da Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963 (Estatuto do Trabalhador Rural), os empregados rurais passaram a ter tratamento diferenciado relativamente aos créditos trabalhistas decorrentes da relação de emprego, beneficiando-se, desde então, com prazo prescricional de 2 (dois) anos, contados da data de extinção do respectivo contrato de labor (artigo 175), assegurando-se a integralidade dos direitos

trabalhistas emergentes dos respectivos contratos de trabalho, caso exercessem o seu direito de ação no biênio legal.

Em ato ulterior, a Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, que instituiu as normas reguladoras do trabalho rural (e ainda em vigor), revogando, na oportunidade, o então vigente Estatuto do Trabalhador Rural, manteve, nesses mesmos moldes, em seu artigo 10, a prescrição aplicável aos rurícolas.

Posteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, promulgada em 5 de outubro de 1988, após amplos debates, elevou a prescrição trabalhista ao nível de *status* constitucional: para os empregados urbanos (artigo 7º, inciso XXIX, alínea “a”), estabelecendo prazo prescricional de 5 (cinco) anos na vigência do contrato de trabalho (prescrição parcial) até 2 (dois) anos contados da data de sua extinção (prescrição total).

Para os rurícolas, na mesma linha das legislações anteriores, a Constituição de 1988, a princípio, manteve o prazo prescricional de 2 (dois) anos, contados, contudo, da extinção do respectivo contrato (prescrição total; artigo 7º, inciso XXIX, alínea “b”). Tais prazos prescricionais, naquele contexto, não foram estendidos à categoria dos empregados domésticos (parágrafo único, do artigo 7º, da CRFB/88).

Já nos idos dos anos 2000, a Emenda Constitucional - EC nº 28, de 25 de maio de 2000, revogou as alíneas “a” e “b” do artigo 7º, inciso XXIX, da CRFB/88, equiparando, para os efeitos da prescrição, os empregados urbanos e rurais, como se vê na sua redação em vigor:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIX. 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.<sup>10</sup>

Repisa-se que antes do ingresso da EC nº 28/00 no ordenamento jurídico brasileiro a Lei Fundamental consagrava aos empregados rurais a imprescritibilidade da ação na vigência do contrato de trabalho, em consonância com o artigo 10, da Lei 5.889/73.

A alteração trazida pela EC nº 28/00, não por menos, recebeu críticas.

---

<sup>10</sup> Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. – 20ª Ed. – São Paulo: Rideel, 2015. (Série Vade Mecum).

Asseveram Cinthia Machado Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles<sup>11</sup> que essa equiparação entre empregados urbanos e os rurícolas mostra-se como um retrocesso, uma vez que iguala pela regra menos benéfica as duas espécies de trabalhadores.

### 3.2. Prescrição bienal e quinquenal no Direito do Trabalho

Como já mencionado alhures, a Lei Fundamental de 1988, em seu artigo 7º, XXIX, regulamenta os institutos da prescrição bienal e quinquenal para a propositura de ação em relação aos créditos resultantes das relações de emprego, para trabalhadores rurais e urbanos.

De acordo com Maurício Godinho Delgado<sup>12</sup>:

A prescrição extintiva constrói-se sob a ótica do titular do direito atingido. Conceitua-se, na linha teórica expressa no art. 189 do Código Civil de 2002, como a extinção da pretensão correspondente a certo direito violado em decorrência de o titular não ter exercitado no prazo legalmente estabelecido. Também se conceitua como a perda da ação (no sentido material) de um direito em virtude do esgotamento do prazo para seu exercício. Ou: a perda da exigibilidade judicial de um direito em consequência de não ter sido exigido pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo.

A prescrição bienal é o prazo de 2 (dois) anos, após o término do contrato de trabalho, que tem o empregado para ingressar com pleito judicial, sob pena de perder o direito de exigir judicialmente o adimplemento das verbas e demais direitos trabalhistas não honrados pelo empregador, sendo esses decorrentes da contratualidade. Em regra, a contagem do biênio tem como termo *a quo* a extinção do pacto laborativo.

Por sua vez, a prescrição quinquenal diz respeito ao período de 5 (cinco) anos durante o qual podem ser reclamados direitos decorrentes da relação de emprego. Neste caso, respeitado o biênio posterior à cessação do contrato de labor, a prescrição no Direito do Trabalho se concerne às prestações imediatamente anteriores a cinco anos, sendo estes contados da data da propositura da reclamação trabalhista.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins<sup>13</sup> explica a relação entre prescrição bienal e quinquenal da seguinte forma:

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 490.

<sup>12</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª Ed. – São Paulo: LTr, 2015, p. 256.

<sup>13</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 701.

O prazo de prescrição para o empregado urbano ou rural propor ação na Justiça do Trabalho é de dois anos a contar da cessação do contrato de trabalho. (...) observado esse prazo, é possível o empregado postular os direitos relativos aos últimos cinco anos a contar do ajuizamento da ação (...).

Também é interessante trazer a lição de Valentin Carrion<sup>14</sup>:

Duas situações extremas são muito claras: o direito violado de um empregado que permaneça na empresa indefinidamente sem ser despedido ou demitir-se; após 5 anos sem interromper a prescrição, seu direito estará precluso. Por outro lado, o empregado despedido terá 2 anos para pleitear os direitos da rescisão. As situações intermediárias é que exigem mais atenção, ou seja, as dos empregados que sejam despedidos antes do transcurso de 5 anos de violação. A resposta é que a fluência do prazo continuará contando o tempo dentro e fora do emprego, até 5 anos. A não ser que a contagem de 2 anos fora da empresa sobrevenha antes.

Ademais, insta esclarecer que a duplicidade de prazos prescricionais insculpida no artigo 7º, XXIX, da CRFB/88, suscitou certa discussão no que concerne à delimitação do marco inicial da contagem da prescrição quinquenal quando extinto o contrato de labor.

Citado novamente, Godinho<sup>15</sup> assevera:

Há duas correntes interpretativas a respeito do critério prescricional urbano fixado na Constituição. A primeira, que se tornou dominante, **compreende ter a Constituição apenas ampliado o velho prazo celetista de dois para cinco anos, limitando ao biênio, após a ruptura do contrato, o prazo para o protocolo de qualquer ação relativa ao pacto empregatício.** Ou seja, a prescrição seria quinquenal, contada do protocolo da ação, independentemente de estar ou não extinto o contrato; já o prazo bienal passaria a atuar desde que houvesse a extinção do pacto, fluindo, porém, concomitantemente com o lapso quinquenal. **(Grifou-se).**

No mesmo sentido das citações doutrinárias temos a base jurisprudencial trazida pela Súmula 308 do Tribunal Superior do Trabalho – TST<sup>16</sup>:

Súmula nº 308 do TST. Prescrição Quinquenal

<sup>14</sup> CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 37ª Ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-100.

<sup>15</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª Ed. – São Paulo: LTr, 2015, p. 269.

<sup>16</sup> MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Informativos do TST - organizado por assunto**. 3ª Ed. Salvador – BA: JusPodivm, 2015, p. 495.

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988.

No tocante ao disposto pelo item I da referida Súmula, é importante atentar para o fato de que a prescrição quinquenal, como já mencionado, é contada a partir do ajuizamento da ação, e não do término do contrato. Isso decorre do fato de que a prescrição é interrompida pela propositura da reclamação trabalhista, e não pelo término do contrato.

Com relação ao item II, o TST busca esclarecer que anteriormente existia apenas o prazo prescricional de 2 (dois) anos. Com isso, os direitos que já se encontravam prescritos mantiveram-se prescritos.

### 3.3. Prescrição total e parcial

Inicialmente frisa-se que a prescrição total e a parcial são construções jurisprudenciais relacionadas às prescrições bienal e quinquenal.

A prescrição bienal será sempre total. Por sua vez, a prescrição quinquenal pode ser total ou parcial.

A distinção entre elas é encontrada no verbete de Súmula nº 294 do TST:

Súmula nº 294 do TST<sup>17</sup>. Prescrição. Alteração contratual. Trabalhador urbano  
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. (Grifou-se).**

Portanto, a distinção entre prescrição total e prescrição parcial reside na origem da parcela, isto é, se há previsão (ou não) em lei, sendo que, quando é assegurada por lei, temos um critério mais benéfico ao trabalhador.

Acerca do tema, Maurício Godinho Delgado<sup>18</sup> leciona que:

<sup>17</sup> MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Informativos do TST - organizados por assunto**. 3ª Ed. Salvador – BA: *JusPodivm*, 2015, p. 493.

<sup>18</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª Ed. – São Paulo: LTr, 2013, p. 266.

A distinção jurisprudencial produz-se em função do título jurídico a conferir fundamento e validade à parcela pretendida (preceito de lei ou não<sup>19</sup>). Entende o verbete de súmula que, conforme o título jurídico da parcela, a *actio nata* firma-se em momento distinto. Assim, irá se firmar no instante da lesão – e do surgimento do direito –, caso não assegurada a parcela especificamente por preceito de lei (derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou contrato). Dá-se, aqui, a prescrição total, que corre desde a lesão e se consuma no prazo quinquenal subsequente (se o contrato estiver em andamento, é claro). Consistindo, entretanto, o título jurídico da parcela em preceito de lei, a *actio nata* incidirá em cada parcela especificamente lesionada. Torna-se, deste modo, parcial a prescrição, contando-se do vencimento de cada prestação periódica resultante do direito protegido por lei.

Segundo Élisson Miessa e Henrique Correia<sup>20</sup> a prescrição total é deflagrada com o ato único do empregador que estabelece alteração contratual lesiva ao obreiro, suprimindo o direito não assegurado por lei.

Ainda segundo Miessa e Correia<sup>21</sup> “O empregador, ao retirar ou reduzir as prestações que vinham sendo pagas de forma periódica, descumpra o que foi pactuado com o empregado, iniciando-se a contagem do prazo”.

Assim, constatamos que, basicamente, a diferença entre prescrição total e parcial reside no título jurídico que deu origem à parcela devida ao obreiro (lei, convenção coletiva de trabalho, contrato de trabalho, regulamento empresarial, etc.).

Dessa forma, se, por exemplo, um empregado contratado em 1º de janeiro de 2010, que, desde a sua admissão, laborava parte da jornada em período noturno e não recebia o respectivo adicional, ingressar com ação em 30 de setembro de 2015, poderá pleitear os direitos relativos aos últimos 5 (cinco) anos de trabalho, a contar do ajuizamento da ação. Nesta hipótese, direitos exigíveis de 1º de outubro de 2010 até 30 de setembro de 2015. Logo, percebe-se que parte de seu direito ao adicional noturno foi abarcado pela prescrição quinquenal (que no exemplo é parcial), isto é, de 01 de janeiro de 2010 até 30 de setembro de 2010. Portanto, o adicional noturno, que é parcela salarial prevista em lei, é atingido pela prescrição parcial.

Agora, se, por exemplo, o mesmo empregado, desde a sua admissão, recebia prêmio pontualidade, mensalmente, em virtude de previsão em regulamento empresarial e, a empresa,

---

<sup>19</sup> Por exemplo, contrato de trabalho, acordo ou convenção coletiva.

<sup>20</sup> MIESSA, Élisson. CORREIA, Henrique. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto**. 4ª Ed. Salvador – BA. JusPODIVM, 2014, p. 513.

<sup>21</sup> MIESSA, Élisson. CORREIA, Henrique. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto**. 4ª Ed. Salvador – BA. JusPODIVM, 2014, p. 513.

na data de 10 de julho de 2010, decidiu alterar o contrato e deixar de pagar a referida rubrica ao obreiro, tendo o mesmo ingressado com reclamação trabalhista apenas em 30 de setembro de 2015, o direito em questão foi abrangido pela prescrição total. Isso, pois, a verba tinha previsão no regulamento da empresa, e não em lei. Neste caso, não haverá direito a ser pleiteado judicialmente a título de prêmio pontualidade, já que a prescrição para hipótese é total.

#### **4. DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO INCISO I DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – RELAÇÃO DE EMPREGO PROTEGIDA CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA**

O direito potestativo no âmbito do Direito do Trabalho trata-se de direito subjetivo que assiste ao empregador, sobre o qual ninguém, principalmente o empregado, pode se opor. É, pois, ato volitivo do empresário de sancionar, ou mesmo, dispensar, aquele que está sob a guarida da dependência econômica. Nesse cenário, ao empregado resta apenas a aceitação de tal imposição, pois encontra-se desprovido de qualquer prerrogativa para contestação da dolorosa medida adotada por seu empregador.

Nessa faceta, urge descortinar a repudiada inércia de nosso legislador infraconstitucional no que tange à não regulamentação do inciso I, do artigo 7º, da CRFB/88, cuja norma programática de eficácia limitada assevera ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros, relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de Lei Complementar.

Diferentemente do que acontece em terras nacionais, em vários países europeus existem limitações quanto à livre dispensa do empregado por seu empregador. Entretanto, no Brasil, como dito, pode-se dispensar o empregado sem a necessidade de esboçar motivo relevante para tanto. Então, é plenamente possível a demissão sem justa causa, ao arrepio do supracitado comando constitucional.

Além disso, tal situação (dispensa imotivada) também viola a disposição do artigo 170, da CRFB/88, que em seu *caput* estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Ora, o que revela a dispensa imotivada do empregado, isto é, aquela que ocorrer sem qualquer fundamento relevante, senão a desvalorização do trabalho humano e lesão à dignidade do trabalhador.

Quanto ao ponto, ensina Maurício Godinho<sup>22</sup>:

*O respeito ao valor do trabalho, o interesse da sociedade na busca do pleno emprego e a subordinação da livre-iniciativa à sua função social têm conduzido, regra geral, parte significativa dos países democráticos mais avançados, em especial no continente europeu ocidental, a suprimir a viabilidade jurídica da dispensa*

---

<sup>22</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª Ed. – São Paulo: LTr, 2013, p. 1195-1196.

*meramente arbitrária, que não se fundamente em causa tida como socialmente relevante. O Brasil (...) não participa, há décadas, dessa orientação justrabalista, uma vez que preserva a prerrogativa potestativa empresarial de extinguir o contrato de emprego por meio de simples denúncia vazia.*

Ainda segundo o emérito Maurício Godinho Delgado<sup>23</sup>:

*O princípio da continuidade da relação de emprego (...) conduz a que o Direito do Trabalho tende a incentivar a preservação do contrato empregatício, contingenciando sua ruptura no âmbito das relações socioeconômicas concretas. Tais contingenciamentos, na evolução do Direito do Trabalho, agrupam-se em torno de quatro critérios principais: as restrições aos contratos a termo, os institutos da estabilidade e garantias de emprego, as proteções jurídicas nos casos de interrupção e suspensão contratuais e, por fim, a exigência de motivação jurídica minimamente razoável para as dispensas de empregados por seus empregadores. Entre esses quatro critérios, o último praticamente não encontra respaldo nas atuais regras heterônomas do Direito do Trabalho brasileiro (...).*

Portanto, é inquietante a inercia do legislador infraconstitucional quanto ao tema, haja vista que já estamos caminhando para 3 (três) décadas da promulgação da Carta de 1988, sem sequer haver efetivo esboço do Legislativo para regulamentar o mencionado dispositivo constitucional.

#### **4.1. Da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT. Da incorporação no ordenamento brasileiro. Da denúncia. Permanência da falta de regulamentação das dispensas imotivadas perpetradas pelo empregador.**

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que cuida do término da relação de trabalho promovido pelo empregador, buscou dar tratamento diferenciado à questão das despedidas imotivadas e/ou arbitrárias, as quais de encontro ao que prega o princípio da continuidade da relação de emprego, bem como aos conceitos de valorização do trabalho humano e dignidade do trabalhador, *ex vi* do artigo 170, *caput*, da CRFB/88.

O artigo 4º da citada Convenção, constante na Parte II - Normas de Aplicação Geral, Seção A – Da Justificação do Término, estabelece que:

---

<sup>23</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª Ed. – São Paulo: LTr, 2013, p. 1195-1196.

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Dessa forma, infere-se que o dispositivo da Convenção se traduz em regra concreta de tutela à continuidade da relação de emprego, ainda mais porque a manutenção do trabalhador nos quadros da empresa traz benefícios diretos para o próprio e seus familiares, como também traz, indiretamente, proveitos para toda sociedade, que necessita viver do fruto do trabalho de determinado indivíduo.

Pela leitura atenta do referido texto convencional, extrai-se que somente se admitirá dispensa do trabalhador fundada em critério técnico (capacidade), disciplinar (comportamental) ou econômico-financeiro (necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço).

Por seu turno, o artigo 5º, da mesma Seção, elenca inúmeros motivos que não constituirão causa para o término da relação, entre eles, a alínea “c” dispõe:

Art. 5 – Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

(...)

c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante autoridades administrativas competentes;

Assim, interpretando o mencionado artigo da Convenção, *mutatis mutandis*, extraímos que não será fato apto a ensejar a dispensa imotivada do empregado a propositura de ação trabalhista em face do empregador.

Tal dispositivo visa tutelar o direito de ação do empregado, pois, como cediço, a dispensa efetivada em vista desse cenário, na grande maioria das vezes, se mostra como ato de retaliação por ter o obreiro ingressado em juízo contra a empresa, merecendo, portanto, proteção específica a fim de se evitar condutas contrárias aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores.

Tendo sido aprovada pela 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, no ano de 1982, a Convenção nº 158 da OIT entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985, ao passo que foi aprovada pelo Congresso Nacional em 1992, por meio do Decreto Legislativo nº 68, sendo ratificada pelo Brasil, em janeiro de 1995, para vigorar 12 meses depois. Sua eficácia jurídica no território nacional, porém, somente aconteceu

a partir do Decreto 1.855, de 10 de abril de 1996, quando o Governo Federal publicou o texto oficial no idioma português promulgando a sua ratificação.

Apesar disso, de forma surpreendente, passados apenas 7 (sete) meses, o Governo brasileiro denunciou a ratificação da Convenção em nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. Assim, por meio do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro do mesmo ano, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, promulgou a denúncia, anunciando que a Convenção nº 158 deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997<sup>24</sup>.

Tendo em vista o ocorrido, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura – CONTAG propôs, perante o Supremo Tribunal Federal – STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI de nº 1625<sup>25</sup>, alegando violação ao artigo 49, inciso I, da CRFB/88, que atribuiu ao Congresso Nacional competência exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Ademais, na causa de pedir, a CONTAG argumentou que a Convenção nº 158 foi aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional, não cabendo, pois, ao Presidente da República editar decreto revogando a promulgação promovida pelo Legislativo.

No entanto, passados mais de 12 (doze) anos da propositura da ADI em comento, ainda não se tem solução para o caso. Isso porque a decisão final ainda pende de pronunciamento do Tribunal Pleno da Suprema Corte.

Acerca do respectivo caso concreto, foi proferido, recentemente, em novembro de 2015, pela eminente Ministra Rosa Weber, voto favorável à inconstitucionalidade formal do Decreto presidencial que deu ciência da denúncia à Convenção nº 158.

De acordo com a douta Ministra, o que se discute não é a validade da denúncia *de per se*, mas sim do Decreto presidencial que implicou revogação de Tratado Internacional incorporado no ordenamento jurídico como lei ordinária.

Ainda segundo Weber, nos termos da Constituição de 1988, leis ordinárias não podem ser revogadas pelo Presidente da República, sendo que o Decreto que formaliza a adesão do Brasil a Tratado Internacional, aprovado e ratificado pelo Congresso Nacional, equivale à

---

<sup>24</sup> Disponível: <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>, acesso 22/02/2016.

<sup>25</sup> “O exame da ADI 1625 foi iniciado em 2003, com o voto do relator, ministro Maurício Corrêa (falecido), pela procedência parcial da ação para dar interpretação conforme a Constituição ao decreto, para que ele só produza efeitos a partir da ratificação do ato pelo Congresso Nacional. Ele foi seguido pelo ministro Ayres Brito (aposentado). Em 2006, o ministro Nelson Jobim (aposentado) votou pela improcedência do pedido. Em 2009, o ministro Joaquim Barbosa trouxe voto-vista pela procedência total da ação – nos mesmos termos do voto proferido hoje pela ministra Rosa Weber.”

lei ordinária<sup>26</sup>.

Após o voto da Ministra Rosa Weber, o Ministro Teori Zavascki pediu vista.

Com efeito, a solução trazida pela Convenção nº 158 para as hipóteses de dispensa imotivada por parte do empregador, que poderia suprir a inércia do legislador infraconstitucional, no que tange a não regulamentação do inciso I, do artigo 7º, da CRFB/88 – ante a denúncia do Tratado Internacional, bem como a morosidade do STF em prolatar sua decisão final acerca da questão – ainda carece de força normativa para regular os casos internos.

A par disso, podemos identificar em nosso ordenamento jurídico a estabilidade e garantia provisória de emprego, que representam verdadeiras limitações à possibilidade de o empregador dispensar de forma arbitrária ou sem justa causa o trabalhador.

A título de exemplo, temos a garantia provisória de emprego conferida ao membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA representante dos empregados, para quem o artigo 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, dispõe:

ADCT, art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

Acerca do ponto, destaque-se, ademais, o artigo 165 da CLT:

CLT, art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Sobre o alcance da expressão dispensa arbitrária, por vezes ela é usada como sinônimo de dispensa imotivada, na qual também se inclui o conceito de dispensa sem justa causa.

Valentin Carrion<sup>27</sup>, comentando o artigo 165 da CLT, esclarece que:

A despedida arbitrária, ou seja, sem justa causa (pois nem toda justa causa significa

---

<sup>26</sup> Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837>, acesso 22/02/2016.

<sup>27</sup> CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 37ª Ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

falta), será a que não tiver por fundamento “motivo disciplinar”: os atos ou omissões do empregado que constituam uma obrigação legal ou contratual (dentro dos pressupostos do art. 482). Também razões de ordem técnicas ou financeiras poderão servir de suporte legitimador (...).

Isto posto, com base nos dispositivos elencados, malgrado a sobredita e flagrante inércia de nosso legislador infraconstitucional, interpretando sistematicamente o ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que as dispensas não fundamentadas em motivos disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros, ensejam a chamada despedida arbitrária tratada pelo inciso I, do artigo 7º, da Carta da República.

Ora, não seria probo e justo dignar tal prerrogativa somente ao empregado membro da CIPA, visto que o dispositivo celetista deixa claro o que vem a ser a expressão despedida arbitrária trazida pela Carta Maior. Será, portanto, toda aquela dispensa que não se baseie nos motivos elencados pelo artigo 165 da CLT.

Sem sombra de dúvidas o empregado eleito para a CIPA merece gozar da garantia de emprego, pois só assim poderá exercer suas funções com total isenção e livre de quaisquer pressões que possa submeter-lhe o empregador. No entanto, há que se ter em mente que o artigo 165 da CLT é totalmente explicativo. Daí porque, em prestígio ao princípio da proteção do empregado, deve ele ser interpretado de forma ampliativa, a fim de abarcar todos os empregados, ainda que não constantes nos quadros da CIPA. Considerando, assim, arbitrária a despedida que não tenha fundamento em critérios disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros. Sendo esses, ao que parece, os mesmos preceitos eleitos pela Convenção nº 158 da OIT.

## 5. DO CERCEIO PSICOLÓGICO DO EMPREGADO DE PROPOR RECLAMAÇÃO TRABALHISTA DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO

É cediço que nas relações de emprego os empregadores por vezes se mostram relutantes em cumprir com todos os ditames legais que circundam a esfera trabalhista e que assistem ao detentor da força de trabalho.

Nesses casos, ao empregado não resta alternativa, senão, retirar da inércia o Poder Judiciário, a fim de que este possa imiscuir-se no respectivo caso concreto e salvaguardar seus direitos outrora lesados.

A propositura de reclamação trabalhista mostra-se como a única via para se buscar a satisfação dos créditos alimentares suprimidos indevidamente pelo empregador durante a vigência do contrato de trabalho.

Nesse escol, até a instauração da contenda judicial, isto é, durante a execução do contrato de trabalho, é destaque a quase sempre “relação amistosa” das partes, no que tange a seus interesses contrários e recíprocos. Cada parte do contrato laborativo tem seus motivos para querer preservar o vínculo pactuado.

Ao empregador, o interesse quase sempre repousa no objetivo de manter (ou atingir) a prosperidade de seus negócios, razão pela qual não pode – ou pelo menos não deveria – abrir mão de forma abrupta do trabalho exercido por seus colaboradores.

Por sua vez, o empregado, que busca em seu trabalho a manutenção da própria subsistência e de seus familiares, almeja não se ver desprovido de sua dignidade, ainda que parcialmente lesado pelas condutas perpetradas por seu empregador no decorrer do contrato. Tais atitudes do empresário, geralmente estão em dissonância com os direitos conferidos ao obreiro e os deveres atribuídos a ele, fazendo com que a parte mais fraca da relação empregatícia acabe por se desfalecer perante o poderio econômico-financeiro do detentor do capital.

Com efeito, mostra-se insofismável o temor que circunscreve a própria *psique* do trabalhador em propor eventual ação trabalhista em face de seu hodierno empregador, ante a inexorável possibilidade de tal ato culminar em sua dispensa imotivada ou arbitrária. Ainda mais por que, não nos esqueçamos que o empregador goza do pouco festejado direito potestativo<sup>28</sup> de rescisão unilateral do contrato de trabalho, não carecendo, pois, de qualquer justificativa para essa ruptura, conduta essa que encontra respaldo na tão debatida inércia do legislador infraconstitucional, em virtude da não regulamentação do inciso I, do artigo 7º, da

---

<sup>28</sup> No que tange o estudo da origem e formação das palavras, “potestativo” vem a ser o direito da condição que depende apenas da vontade ou arbítrio de quem a impõe. DISPONÍVEL: <http://michaelis.uol.com.br>.

Constituição de 1988, como já salientado no tópico anterior.

Ademais, como tratado acima, a Convenção nº 158 da OIT, que regula o tema, em que pese ter sido incorporada no ordenamento pátrio pelo Decreto Legislativo nº 68, foi, posteriormente, denunciada por ato do então Presidente da República, estando a questão pendente de resolução pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento da ADI 1625.

O Direito Comparado, inclusive, há muito encampa essa ideia de cerceio psicológico enfrentado pelo empregado para propor ação judicial contra seu empregador na vigência do contrato de trabalho.

Em Portugal, a título de exemplo, o artigo 38º, nº 1, da Lei do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, dispõe:

"Todos os créditos resultantes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação, quer pertencentes à entidade patronal, quer pertencentes ao trabalhador, extinguem-se por prescrição, decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho..."

Infere-se do presente dispositivo que o termo inicial do prazo, vinculado à extinção do contrato de trabalho, coincide com "a cessação da situação de subordinação que implicaria o receio do trabalhador, limitativo do livre exercício dos seus direitos"<sup>29</sup>.

Nessa toada, a doutrina assinala que durante a vigência do contrato de trabalho "a situação de dependência do trabalhador não lhe permite, presumivelmente, exercer em pleno os seus direitos"<sup>30</sup>.

Aqui no Brasil, no mesmo sentido, vejamos as lições do eminente Ministro Augusto César Leite de Carvalho<sup>31</sup>:

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

---

<sup>29</sup> Acórdão no Recurso nº 84, de 25.07.84 in Abílio Neto, **Contrato de Trabalho notas práticas**, Lisboa, Pctrony, 1990, p.159.

<sup>30</sup> Antônio Lemos Monteiro Fernandes. **Direito do Trabalho**. Lisboa, Almedina, 1999, p. 464.

<sup>31</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. **A Prescrição Trabalhista: a possível superação da prescrição total**. Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 3, julho/setembro 2010, p. 148.

de proteção que aconcheja os que fazem valer os seus direitos subjetivos.

Assim, é necessária uma garantia de segundo nível que possibilite ao empregado, lesado em seus direitos trabalhista na vigência do contrato de trabalho, ter resguardado seu direito fundamental de ação, ainda que durante seu contrato de labor, sem ter que padecer das mazelas de eventual despedida arbitrária e/ou sem justa causa.

O ordenamento jurídico pátrio da forma que se encontra edificado, acaba por esvaziar a essência e a finalidade do direito de ação do empregado, ainda que o exerça legitimamente, ante a inequívoca possibilidade de se ver às minguas do desemprego.

Augusto César Leite<sup>32</sup>, continua:

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

Não obstante, Leite<sup>33</sup> argumenta que a questão em comento é um tanto quanto embrionária na jurisprudência do Brasil, eis que se zela apenas pela ação individual.

Além do mais, é clarividente que no âmbito da Justiça do Trabalho o direito fundamental de ação, via de regra, se mostra como ferramenta a ser empunhada pelo trabalhador que já tenha desconstituído seu vínculo laborativo com a parte demandada (empregador). Fato esse que corrobora a fragilidade do sistema de proteção do empregado em face do poderio econômico-financeiro do empresário.

Portanto, malgrado seja tema amplamente controvertido, e de já termos alguns julgados do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho encampando essa teoria, ululante que a

---

<sup>32</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. **A Prescrição Trabalhista: a possível superação da prescrição total**. Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 3, julho/setembro 2010, p. 148.

<sup>33</sup> “É incipiente, porém, a evolução jurisprudencial a respeito, no Brasil. Se cuidamos da ação judicial individual, a verdade é que o instituto está às voltas com um pensamento jurídico que confina o seu uso, contraditoriamente, aos destituídos de emprego. Quem propõe ação perante a Justiça do Trabalho não é, regra geral, o empregado, mas aquele que deixou de sê-lo. São de uma tibieza inquietante as tentativas, no campo doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, no sentido de outorgar cidadania aos trabalhadores que ainda sofrem a lesão, vivenciando-a resignadamente”. Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 3, julho/setembro 2010, p. 148/149.

maior parte da doutrina e jurisprudência pátria negligenciam a questão, não se debruçando o suficiente sobre o assunto, a fim de esmerilar mecanismos de proteção ao empregado que “ouse” propor ação trabalhista em face de seu empregador na vigência do pacto laboral existente entre eles.

## 6. SOLUÇÃO DO DIREITO ESPANHOL. *GARANTÍA DE INDENIDAD*

Como salientado acima, de acordo com os ensinamentos do ilustre jurista Augusto César Leite de Carvalho, a jurisprudência constitucional espanhola, com fulcro na teoria da *garantía de indenidad*, busca a imunização de todos aqueles que exerçam direito fundamental, sobretudo o direito de ação judicial na seara trabalhista. Neste bojo, dá-se efetividade à garantia de emprego àquele que se “atreveu” a ingressar com ação trabalhista em face de seu empregador na fluência do contrato de trabalho.

O ordenamento espanhol, mais precisamente, o Estatuto dos Trabalhadores, apresenta 2 (dois) tipos de invalidade das dispensas de empregados: a despedida nula e a despedida improcedente.

Conforme preconiza o artigo 55, item 6<sup>34</sup> do referido Estatuto espanhol, quando uma despedida é declarada nula, cabe ao empregador a readmissão imediata do trabalhador, devendo, além disso, pagar-lhe os salários que o mesmo deixou de receber, desde o ato nulo de despedida até a sua efetiva readmissão.

Segundo o *caput*<sup>35</sup> do mesmo dispositivo, o despedimento nulo se traduz caso pautado em algumas das causas de discriminação proibidas pela Constituição ou pela lei daquele país, bem como quando ocorrer violação dos direitos fundamentais e liberdades do trabalhador.

Na hipótese da despedida declarada improcedente, *ex vi* do artigo 56, item 1<sup>36</sup>, do citado diploma legal espanhol, o empregador terá duas opções: a primeira é readmitir o empregado, com o devido pagamento dos salários não auferidos no período de afastamento. A segunda é pagar indenização equivalente a 33 (trinta e três) dias de salário por cada ano laborado pelo obreiro, além da soma dos salários que este deixou de perceber desde a data da despedida improcedente até a notificação da sentença que declarou a improcedência, ou, então, até a data

---

<sup>34</sup> “*El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir*”. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-7730-consolidado.pdf>, acesso em 01/02/2016.

<sup>35</sup> “*Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-7730-consolidado.pdf>, acesso em 01/02/2016.

<sup>36</sup> “*Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo*”. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-7730-consolidado.pdf>, acesso em 01/02/2016.

que o empregado tenha auferido outro labor, acaso a nova contratação tenha se dado anteriormente à prolação da sentença.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol pacificou, por meio de vários julgados, que o direito de acesso ao Judiciário por parte do empregado, em que pese tratar-se de direito alçado à categoria de direito fundamental, restaria prejudicado em sua essência se o empregado pudesse ser penalizado. Ou seja, sofrer uma dispensa imotivada porque ajuizou ação trabalhista em face de seu empregador no curso do contrato de trabalho.

A título de exemplo, traz-se um excerto da Sentença do Tribunal Constitucional espanhol nº 55/2004.

En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 de la Constitución Española quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial.

No presente julgado, em suma, o Tribunal Constitucional espanhol entendeu que o direito fundamental de ação está efetivamente consagrado no artigo 24.1 da Constituição espanhola. O qual estaria essencialmente privado de sua eficácia se não houver proteção contra ato do empregador que age de forma repressiva à conduta do empregado de intentar ação judicial em face do mesmo. O temor de tais medidas pode desencorajar os trabalhadores de fazer valer os seus direitos e, portanto, prejudicar severamente o objetivo de tal direito constitucional.

Para Álvarez Alonso, citado por Eduardo Sérgio de Almeida<sup>37</sup>:

“Parece evidente que o reconhecimento de um direito deve conter não só a possibilidade de exercitá-lo, senão também a tutela de quem o exercita, frente a quem

---

<sup>37</sup> ALMEIDA, Eduardo Sérgio de. **Garantia de indenidade do reclamante empregado, frente a represálias patronais, em face do Direito brasileiro**. Revista *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1463, 4 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10095>>. Acesso em: 01/02/2016.

poderia ver-se afetado por seu exercício, isto é, no caso do empregado que demanda contra seu empregador, direito constitucionalmente previsto, deve ser assegurada ao trabalhador a garantia de não sofrer represálias por parte do seu empregador, afetado pela demanda do trabalhador”.

Ainda segundo Almeida<sup>38</sup>:

A dependência do trabalhador frente ao empregador, característica da relação de trabalho, não pode ser agravada com a falta de garantia do exercício do direito de ação por parte do hipossuficiente, sob pena de transformar-se a garantia constitucional de amplo acesso ao Judiciário em letra morta, ao menos em relação ao trabalhador-empregado que necessitar recorrer ao Estado-Juiz, para ter assegurado um direito hipoteticamente violado por seu empregador. Deste modo, essa garantia há que estar contida no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que seria incoerente a existência de uma garantia, da natureza de direito fundamental, sem a possibilidade real do seu exercício.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura o amplo acesso ao Judiciário, aduzindo, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Contudo, é notório que o empregado não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio para gozar desse direito durante a vigência do contrato de trabalho sem se expor às penas de uma dispensa arbitrária. Por isso, em relação a esses indivíduos, que necessitam manter seus empregos, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional perde sentido, pois não há garantias ao exercício desse direito sem maiores consequências.

Como mencionado no tópico anterior, escoltado pela doutrina capitaneada por Augusto César Leite de Carvalho, o Direito brasileiro mostra-se um tanto quanto incipiente acerca do tema. A maioria da doutrina pátria não se debruça sobre o tema.

Não obstante, temos alguns julgados embrionários do Egrégio TST defendendo a proteção do trabalhador, no que concerne às arbitrariedades do empregador, quando do ingresso em juízo ainda na vigência do contrato de trabalho. Vejamos:

---

<sup>38</sup> ALMEIDA, Eduardo Sérgio de. **Garantia de indenidade do reclamante empregado, frente a represálias patronais, em face do Direito brasileiro**. Revista *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1463, 4 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10095>>. Acesso em: 01/02/2016.

**DISPENSA RETALIATÓRIA - DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - ABUSO DE DIREITO – REINTEGRAÇÃO.**

**Demonstrado o caráter retaliatório da dispensa promovida pela Empresa, em face do ajuizamento de ação trabalhista por parte do Empregado, ao ameaçar demitir os empregados que não desistissem das reclamações ajuizadas, há agravamento da situação de fato no processo em curso, justificando o pleito de preservação do emprego.** A dispensa, nessa hipótese, apresenta-se discriminatória e, se não reconhecido esse caráter à despedida, a Justiça do Trabalho passa a ser apenas a justiça dos desempregados, ante o temor de ingresso em juízo durante a relação empregatícia. Garantir ao trabalhador o acesso direto à Justiça, independentemente da atuação do Sindicato ou do Ministério Público, decorre do texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (arts. VIII e X), sendo vedada a discriminação no emprego (convenções 111 e 117 da OIT) e assegurada ao trabalhador a indenidade frente a eventuais retaliações do empregador (cfr. Augusto César Leite de Carvalho, - Direito Fundamental de Ação Trabalhista, in Revista Trabalhista: Direito e Processo, Anamatra - Forense, ano 1, v.1, n. 1 - jan/mar 2002 - Rio). Diante de tal quadro, o pleito reintegratório merece agasalho. Recurso de embargos conhecido e provido.

(E-RR - 7633000-19.2003.5.14.0900, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 29/03/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 13/04/2012). **(Grifou-se).**

Nessa decisão, constata-se que o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu como sendo atitude retaliatória da empresa dispensar trabalhadores que propuseram ação judicial na vigência do contrato de trabalho. Como externou a Corte, essa conduta discriminatória deve ser rechaçada pelo Direito. Do contrário, a Justiça do Trabalho será apenas a “Justiça dos desempregados”, tendo em vista o temor que paira sobre o empregado de propor reclamação trabalhista no contexto de um pacto laborativo em vigor.

**LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRETENSÃO RELATIVA A DISPENSA E SANÇÕES DE CARÁTER PECUNIÁRIO A EMPREGADOS QUE PROPUSERAM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA CONTRA A EMPREGADORA E NÃO ADERIRAM AO ACORDO JUDICIAL PROPOSTO PELA EMPRESA.**

(...). No caso dos autos, verifica-se que a pretensão do Parquet visa a anular e impedir a alegada prática de atos discriminatórios da empresa, concernentes em dispensa e sanções de caráter pecuniário (supressão de gratificações e adicionais), a empregados que ajuizaram reclamatória trabalhista e não aderiram ao acordo judicial proposto pela empresa. **Trata-se de pretensão relativa a interesse social relevante, objetivando impedir o alegado abuso do direito potestativo patronal (CF/88, art. 7º, I) como forma de retaliação aos empregados que exerceram o direito fundamental de acesso ao Judiciário que implicaria afronta àquela outra garantia fundamental prevista na Constituição da República, concernente a não discriminação (CF/88, art. 5º, caput e inciso XXXV).** A hipótese, se confirmada, configurará típico caso de aplicação do instituto que a doutrina jurídica moderna, sobretudo espanhola, denomina **garantia de indenidade**, a qual consiste em uma técnica de proteção do exercício dos direitos fundamentais, na busca da ineficácia dos atos empresariais lesivos de direitos fundamentais dos trabalhadores, na expressão dos doutrinadores espanhóis Casas Baamonde e Rodríguez Piñero. Destaque-se que não se cuida, como pareceu à Turma, de direito insusceptível de tutela por ação civil coletiva, porque preponderaria o poder potestativo de rescisão contratual. **O Supremo Tribunal Federal reconhece a relevância da pretensão ligada à garantia de indenidade, ao considerar que, se de um lado reconhece-se o direito do empregador de fazer cessar o contrato a qualquer momento, sem que esteja obrigado a justificar a conduta, de outro não se pode olvidar que o exercício respectivo há que ocorrer sob a égide legal e esta não o contempla como via oblíqua para se punir aqueles que, possuidores de sentimento democrático e certos da convivência em sociedade, ousaram posicionar-se politicamente, só que o fazendo de forma contrária aos interesses do co-partícipe da força de produção (RE 130206-PA, relator Ministro Imar Galvão, DJ de 14/8/1992).** No âmbito desta Subseção Especializada, há precedentes que também respaldam esse entendimento (E-RR 155200-45.1999.5.07.0024, de relatoria do Ministro Lélío Bentes Corrêa, DEJT de 23/3/2012 e E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, relator Ministro Ives Gandra Martins, julgado em 29/3/2012, DEJT de 13/4/2012). Logo, diante da relevância do direito perseguido e da plausibilidade da postulação, não há dúvida da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar a presente demanda. Recurso de embargos conhecido e provido.

(E-ED-RR - 197400-58.2003.5.19.0003, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 21/06/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/06/2012). (Grifou-se).

No caso específico desse julgado, o TST foi além na interpretação de ser a dispensa do empregado motivada pela propositura de reclamação trabalhista discriminatória. Percebe-se

que a Corte buscou tutelar o ato retaliatório do empregador também no que tange a aplicação de outras sanções ao obreiro que intentou ação judicial. No caso em esgrima, supressão de gratificações e adicionais.

Para o Tribunal, a ação promovida pelo ilustre Ministério Público do Trabalho – MPT, trata-se de pretensão de interesse social relevante, a qual objetiva impedir o abuso do direito potestativo do empregador, por repreender empregados que fizeram uso do direito fundamental de ação.

Além disso, os julgadores se utilizaram, no presente caso concreto, da moderna garantia de indenidade do Direito espanhol, asseverando, inclusive, que o STF reconhece a pretensão ligada a essa garantia. Isso porque, se de um lado, pode o empregador rescindir o contrato de trabalho de forma abrupta e imotivada, do outro, tal prerrogativa não poderá ser empunhada pela via escusa, a fim de punir empregados que se utilizaram da ferramenta do direito constitucional de ação.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - GARANTIA CONTRATUAL DE EMPREGO - DISPENSA ARBITRÁRIA - RETALIAÇÃO PELA PROPOSITURA DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONTRA O EMPREGADOR - INDENIDADE - NULIDADE DA DISPENSA - REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO.**

A Corte regional registrou que, por meio de norma intitulada Política de Avaliação e Desenvolvimento, o reclamado instituiu um rigoroso sistema de avaliação dos trabalhadores, vinculando-se, por conseguinte, à adoção dos critérios ali estabelecidos para dispensa de pessoal. Nesse contexto, diante da evidência fática de que o reclamante obteve o melhor conceito nas avaliações às quais o reclamado se vinculou e, no entanto, foi dispensado arbitrariamente como forma de retaliação pelo exercício do direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário, decidiu a Corte a quo reintegrar o trabalhador no emprego. A incorporação de condição mais benéfica estabelecida pela empresa ao contrato de trabalho decorre do princípio protetivo, que determina o caráter prospectivo do contrato de trabalho. Assim, **o direito de não ser dispensado arbitrariamente se agrega ao patrimônio jurídico do trabalhador quando a empresa, por liberalidade, institui critérios para dispensa dos seus empregados**. Nesse sentido, não há violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 482 da CLT na decisão regional, porquanto a controvérsia foi dirimida em razão do estatuto contratual singular verificado nos autos. E, ainda que assim não fosse, a conduta empresarial de perseguir o trabalhador em razão do exercício regular do direito de ação também pode ser enquadrada no disposto no art. 1º da Lei nº 9.029/95,

ensejando, de toda sorte, a reintegração do empregado, nos termos do art. 4º deste diploma legal. **O direito do trabalhador de reclamar judicialmente contra as violações dos seus direitos laborais merece ser garantido em face de medidas de retaliação que ameacem a sua permanência no emprego, sob pena de inviabilizar a atuação do Poder Judiciário trabalhista no curso das relações de emprego.** Cabe aqui a utilização do direito comparado, nos termos do art. 8º da CLT, a fim de trazer, do direito espanhol, a construção jurídica a partir da qual emergiu a garantia de indenidade, compreendida como a **imunização que previne o trabalhador contra a represália empresarial a partir de quando ele ajuíza uma ação judicial em face do seu empregador.** O art. 7º, I, da Constituição Federal não pode ser interpretado como um direito absoluto do empregador de dispensar imotivadamente, em detrimento dos demais bens jurídicos preservados pela ordem constitucional. Nesse sentido, a interpretação do art. 1º da Lei nº 9.029/95, à luz dos fundamentos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho insculpidos no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal, bem como à luz do princípio da não discriminação contido no art. 3º, IV, da Lei Maior e amparado internacionalmente pela Convenção nº 111 da OIT, conduz à conclusão de que o rol de discriminações ali contidas não é taxativo, devendo abranger também a decorrente do exercício do direito de ação, porque o objetivo da diretriz constitucional vedatória da discriminação, num Estado Democrático de Direito, é afastar dos cidadãos toda constrição de direitos pautada em critérios ilegítimos, independentemente de quais sejam esses critérios. Agravo de instrumento desprovido.

(AIRR - 77700-47.2009.5.04.0019, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 19/09/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/09/2012). **(Grifou-se).**

No caso em comento, restou clara a atitude discriminatória da empresa por ter o empregado proposto reclamação trabalhista. Vê-se que, apesar de ter o empregador fixado critérios rigorosos de avaliação dos colaboradores, vinculando-se, por conta disso, a outros critérios ali entabulados para dispensa, o empregado que obteve o maior conceito nas avaliações ainda assim foi dispensado.

Nesse respectivo caso concreto, entendeu a Corte que o direito de não ser dispensado imotivadamente se incorporou ao patrimônio jurídico do trabalhador, ante os critérios de dispensa que por mera liberalidade foram instituídos pelo empregador.

Mais uma vez, apura-se que o Tribunal se embasou na tese de que deve haver proteção ao trabalhador que optou por utilizar-se do direito de ação durante a vigência do contrato de labor. Devendo tal direito previsto na Lei Fundamental ser protegido em face das arbitrariedades do empresário por conta de seu direito potestativo.

## 7. UNICIDADE CONTRATUAL NO CASO DE FRAUDE TRABALHISTA

O artigo 9º da CLT preconiza que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Com efeito, resta clarividente que o mencionado dispositivo celetista busca impedir a perpetuação de quaisquer atos promovidos pelas partes do contrato de trabalho que venham de encontro aos princípios e regras entabuladas na legislação do trabalho.

Nessa linha de pensamento, força convir que o encerramento do contrato de trabalho, tendente a malferir os ditames legais, insere-se, inequivocamente, naquilo que o referido dispositivo legal quis impedir, devendo, pois, ser expurgado no mundo jurídico, declarando-se sua nulidade.

Como já amplamente debatido, é cediço que o empregador brasileiro ainda possui a prerrogativa de dispensar o empregado imotivadamente, isto é, sem tecer quaisquer fundamentos para o ato de rescisão contratual. Conquanto, não se pode olvidar que tal ato, por vezes, estará eivado de ilegalidade, desvirtuando os insertos contidos na norma trabalhista. Neste caso, a resposta a ser dada deverá ser a de repúdio ao abuso do exercício de direito (o qual já é deveras questionável), com o fim de prestigiar o princípio da continuidade da relação de emprego.

Dessa forma, caso haja dispensa imotivada do empregado e, posteriormente, o mesmo seja recontratado, por meio da celebração de novo contrato de trabalho, com o escopo de fraudar a lei, não resta alternativa, senão, declarar a nulidade daquela despedida, reconhecendo a unicidade contratual.

A própria CLT traz disposição expressa, em seu artigo 452, no que concerne ao contrato de trabalho por prazo determinado, presumindo a tentativa de burla ao ordenamento jurídico caso, após o término do contrato a termo, seja outro pactuado no interstício inferior a 6 (seis) meses. Senão, vejamos:

Art. 452. Considera-se como de prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

Assim, do presente dispositivo, aduz-se que: não tendo o contrato de trabalho por prazo determinado expirado pela execução de serviços especializados – por exemplo, quando a

empresa contrata profissional de contabilidade para fazer o fechamento de seus balanços ante o encerramento de suas atividades –, ou, pela realização de certos acontecimentos – como no caso de o empregador contratar funcionários apenas para atender maior demanda no período de Natal –, na hipótese de novo contrato de trabalho celebrado no interregno de 6 (seis) meses, deve este ser reconhecido como de prazo indeterminado, haja vista a presunção de fraude às normas trabalhistas.

Nesse sentido, por diversas vezes já se pronunciou o Egrégio TST. Senão, vejamos:

**RECURSO DE REVISTA. UNICIDADE CONTRATUAL.** Destacou o Tribunal Regional que, não havendo previsão legal para a celebração de sucessivos contratos de trabalho por prazo determinado, nos moldes postos, não são lícitas as citadas contratações, não obstante as indenizações pagas ao término de cada ajuste. Corolário disso é a descaracterização do contrato por prazo determinado, **já que as sucessivas contratações têm como finalidade fraudar os direitos trabalhistas do empregado.** Indene, portanto o artigo 453 da CLT. (...). Recurso de revista não conhecido.

**(TST - RR: 1394002920085150156, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 19/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014). (Grifou-se).**

Ademais, na hipótese de contrato de trabalho por prazo indeterminado, havendo rescisão e posterior recontração, dentro do prazo de 6 (seis) meses, a jurisprudência também já vem se afinando em reconhecer a unicidade contratual, ante a presunção da fraude tratada nas iras do supracitado artigo 9º da CLT, resguardando, assim, incólume, os ditames celetistas. Senão, veja-se:

**I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. UNICIDADE CONTRATUAL. RURÍCOLA.**

Provável violação do art. 9º da CLT, **diante do decurso de menos de cinco meses entre a celebração dos contratos de trabalho por prazo indeterminado.** Agravo de instrumento conhecido e provido para determinar o processamento do recurso de revista.

**II - RECURSO DE REVISTA. UNICIDADE CONTRATUAL. RURÍCOLA. INTERVALO ENTRE UM CONTRATO E OUTRO INFERIOR A SEIS MESES.**

Esta Corte tem entendido que **fica caracterizada a unicidade contratual quando, por vários anos, o trabalhador celebra e desfaz contratos de trabalho, com**

**intermitência inferior a seis meses.** Depreende-se dos autos que os contratos, sobre os quais o autor requer a declaração de unicidade contratual, foram celebrados de 6/7/1990 a 27/11/1995 e de 11/4/1996 a 16/8/2006. **Constata-se que o lapso temporal entre eles é inferior a cinco meses, o que configura fraude, nos termos do art. 9º da CLT.** (Precedentes). Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 812002220085150029, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 17/06/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015).  
**Grifou-se.**

Ora, não paira dúvidas que o legislador celetista não quis conferir ao empregador um “cheque em branco” que o permita despedir e recontratar empregados ao seu bel prazer, fazendo uso indevido do já amplamente adjetivado malfadado direito potestativo de rescisão contratual unilateral e imotivada.

Por essa razão, é de bom grado que a previsão celetista para os contratos por prazo determinado seja estendida pelos interpretes do Direito aos contratos por prazo indeterminado, dando corpo, assim, ao princípio da proteção do empregado, o qual deve ser sempre buscado em sua máxima essência.

A questão é como isso será tratado caso a fraude trabalhista não “salte aos olhos” e/ou o tempo depreendido entre a cessação do primeiro vínculo e a recontração do empregado exaspera 6 (seis) meses, mas não foi abarcada pelo biênio prescricional.

Essa hipótese, deve ser tratada com fulcro no espírito que motivou o legislador constituinte a criar dois prazos prescricionais trabalhista. Sendo que um (quinquenal) pode correr na vigência do contrato de trabalho, isto é, estando a relação sob o efeito da subordinação jurídica exercida pelo empregador. Já o outro (bienal) somente está autorizado a transcorrer na ausência de subordinação entre as partes, ante o cerceio psicológico do trabalhador em propor ação judicial nessa situação.

## **8. PRAZO PRESCRICIONAL DURANTE O CONTRATO. READMISSÃO DO EMPREGADO. AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO BIENAL. FLUÊNCIA APENAS DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.**

Como dito, o instituto da prescrição na seara do Direito do Trabalho possui prazos distintos no que tange ao período em que o contrato de trabalho está em vigor e o tempo de sua cessação, *ex vi* do artigo 7º, inciso XXIX, da CRFB/88.

Tal dispositivo, de forma expressa, dispõe ser de 5 (cinco) anos o prazo prescricional para exercer o direito de ação para se pleitear créditos resultantes das relações de trabalho, até o limite de 2 (dois) anos após o término do contrato.

A referida norma, conforme expôs o jurista Ari Pedro Lorenzetti<sup>39</sup>, citando o, à época, deputado federal Carlos Chiarelli, foi alvo de calorosos debates e interpretações dissonantes no contexto da Assembleia Nacional Constituinte que antecedeu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Todavia, ao que parece, a diferença de tratamento acerca de haver ou não contrato de trabalho vigente entre empregado e empregador não passa de uma composição de interesses contrapostos no âmbito do referido momento do constitucionalismo brasileiro.

Desse modo, tem-se o entendimento de que em decorrência do encerramento do pacto laborativo há típica substituição do prazo quinquenal pelo prazo bienal. Daí porque, decorridos os dois anos após a cessação do contrato de labor, os créditos trabalhistas oriundos da relação de emprego posta serão abarcados pelo biênio prescricional, ceifando, assim, via de regra, a pretensão do empregado.

Como já dito alhures, não podemos deixar à margem o temor que circunda o empregado no tocante à propositura de ação trabalhista em face de seu atual empregador, ante a irrefutável possibilidade de sofrer dispensa arbitrária e/ou sem justa causa, haja vista o “pouco justo” direito potestativo que possui o empregador para rescindir de forma unilateral o respectivo contrato de trabalho, sem necessitar, ao menos, proferir qualquer justificativa plausível para tal medida, nem mesmo se é motivo disciplinar, técnico, econômico ou

---

<sup>39</sup> “Conforme testemunho do então deputado federal Carlos Chiarelli (**CHIARELLI, 1989, p. 233.**), enquanto os representantes dos empresários estavam preocupados em acabar com a estabilidade no emprego, os trabalhadores conseguiram inserir no texto aprovado na Comissão de Sistematização um dispositivo que estendia a todos os empregados, sem distinção, a regra à época aplicável aos rurícolas, segundo a qual a prescrição trabalhista só passaria a fluir após o término do pacto laboral. Chegando ao plenário, porém, o tema gerou um impasse, e, para solucioná-lo, ‘chegou-se a um entendimento político, negociado pelas diferentes correntes classistas e ideológicas que gravitavam na Constituinte, construindo um dispositivo *sui generis*, isto é, o inciso XXIX, art. 7º, da Constituição’. (LORENZETTI, Ari Pedro. **A Prescrição Trabalhista e a Sucessão de Contratos**”. Disponível: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=174>).

financeiro, conforme preconiza o artigo 165 da CLT, sendo essas as causas aptas a desconstituírem a afirmação de dispensa arbitrária .

Sob o ponto de vista substancial, o motivo ensejador da distinção dos prazos prescricionais de 2 (dois) e 5 (cinco) anos, nada mais é do que uma constatação fática de que o empregado, na vigência da relação de emprego, dificilmente proporá ação trabalhista em face de seu empregador, a fim de pleitear os direitos que lhe foram (ou estão sendo) suprimidos, em virtude da patente inquietação de ter que suportar o ônus de uma despedida sem justa causa, já que o empregador sequer necessita expor suas razões, o que acaba extirpando os direitos trabalhista lesados anteriores ao quinquênio prescricional.

Resta claro que o elastecimento do prazo prescricional durante a vigência do contrato de trabalho, além de ter se dado por conta do reconhecimento do cerceio psicológico que circunda o empregado na relação empregatícia, isto é, temor em propor reclamação trabalhista e ser dispensado imotivadamente, também se funda na composição de interesses meramente políticos que nortearam os debates legislativos durante a Constituinte.

Como forma de “apaziguar os ânimos”, para não ver prosperar as ideias das correntes pró-empregados de a prescrição apenas começar a fluir com a cessação do pacto de labor, elasteceu-se a prescrição no interstício do contrato de trabalho.

Assim, cessado o vínculo laborativo, estando, pois, a referida situação de resilição contratual concretizada, a norma constitucional autoriza a redução do prazo prescricional. Todavia, com o advento da superveniente readmissão do empregado pelo mesmo empregador, renova-se o cerceio psicológico daquele em demandar em face deste.

A renovação do cerceio psicológico do trabalhador – independentemente do prazo do afastamento, desde que antes dos 2 (dois) anos prescricionais – em demandar em face de seu empregador durante o contrato de trabalho deve ser levada em consideração não só no momento da primeira pactuação entre os contraentes, mas, também, caso haja restauração do acordo após a primeira extinção contratual. Isso porque não há diferença na relação de submissão e vulnerabilidade por parte do empregado.

Por óbvio, decerto que se entre a rescisão do primeiro contrato de trabalho e a posterior readmissão do empregado houver decorrido o interstício de 2 (dois) anos, sem que tenha havido qualquer acontecimento que pudesse obstaculizar o transcurso deste prazo, a pretensão do empregado em pleitear verbas trabalhistas adstritas ao contrato pretérito estará abarcada pela prescrição bienal, pois assim quis o legislador constituinte.

Ao revés, caso a readmissão tenha se dado antes da ocorrência do termo final do biênio prescricional, é necessário que se faça interpretação teleológica e histórica acerca do

espírito que motivou o legislador constituinte a estabelecer a incidência de dois diferentes prazos prescricionais na esfera trabalhista. Aliada ao multicitado cerceio psicológico do empregado em demandar contra a empresa na vigência do contrato laborativo. Daí porque incontestemente que durante o interregno de um contrato de trabalho somente poderá correr o prazo prescricional quinquenal.

Como preconiza Ari Pedro Lorenzetti<sup>40</sup>:

*A questão, portanto, não se refere ao modo de contagem do prazo, mas à definição acerca do prazo a ser aplicado, isto é, da duração do prazo prescricional. E, havendo contrato de trabalho entre as partes, o prazo prescricional só pode ser de cinco anos. Tal conclusão decorre, primeiro, da hermenêutica da norma constitucional (art. 7º, XXIX) a partir do critério teleológico, em atenção ao valor social do trabalho e à finalidade da norma (LICC, art. 5º), e terceiro, do princípio da proteção, que impõe a interpretação das normas trabalhistas consoante a regra in dubio pro operário.*

Com base nessa ideia, a princípio, não há falar em requisito para possível suspensão ou interrupção da contagem do prazo prescricional bienal com a hipótese da readmissão do empregado antes de findo o biênio prescricional. Isso porque as hipóteses civilistas para tal evento não comportam esse motivo.

Entretanto, deve-se perguntar qual o prazo prescricional está autorizado pelo legislador constituinte a incidir na relação empregatícia em seu pleno e natural curso, tomando-se por base a supressão de verbas trabalhistas e, também, o direito de pleiteá-las, atinente a contrato de trabalho pretérito celebrado entre as mesmas partes, cujo direito de ação ainda não fora suprimido pela sempre indesejada prescrição.

Consectário lógico, também não há falar em renovação do biênio prescricional com a ocorrência da readmissão do empregado, tampouco do quinquênio que desagua na relação de emprego plenamente em vigência. Ainda mais porque, deve-se interpretar o dispositivo constitucional com fulcro nos motivos ensejadores de sua criação, cuja essência da distinção dos dois prazos prescricionais pelo constituinte originário se encontra justamente na impossibilidade (ou vedação) de fluência simultânea dos mesmos, ante o inexorável temor do trabalhador de propor ação contra seu empregador estando o contrato em vigor.

Ademais, a composição de interesses realizada durante a Constituinte, que deu origem aos prazos prescricionais em esgrima, não pode agora ser utilizada contra o empregado.

---

<sup>40</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **A Prescrição Trabalhista e a Sucessão de Contratos**. Disponível: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=174>).

Deve-se analisar o âmago da norma constitucional, a fim de interpretá-la da forma como quis que fosse o legislador originário. Não se pode realizar interpretações com base em ténue análise literal, subvertendo a finalidade de tal previsão ao bel prazer dos interesses econômicos que circundam uma sociedade capitalista, que se utilizam da enfadonha argumentação de que o Direito do Trabalho serve apenas para tutelar os interesses do empregado.

Nessa continuidade, resta insofismável que durante a vigência de um contrato de trabalho a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir de uma análise teleológica e histórica, preconiza que apenas um prazo prescricional está autorizado a incidir quando a relação de labor ainda se encontra sob o manto da subordinação do empregador. Não resta dúvidas que o prazo prescricional é apenas o quinquenal. Logo, somente após a rescisão do vínculo jurídico empregatício poder-se-ia falar em incidência do outro prazo (bienal).

Ora, como relatou o deputado federal Carlos Chiarelli, na medida em que os representantes dos empresários tentavam acabar com a estabilidade no emprego, os trabalhadores conseguiram inserir no texto aprovado na Comissão de Sistematização dispositivo que estendia a todos os empregados a regra à época aplicável somente aos rurícolas, isto é, que a prescrição trabalhista só passaria a fluir após o término do contrato.

Embora o escopo da representação política da classe dos empregados, no cenário da Assembleia Nacional Constituinte que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988, fosse que a sempre indesejada prescrição não corresse durante o interregno da relação laborativa, infelizmente, como forma de apaziguar a situação, haja vista as forças contrárias a tal disposição, convergiu-se que o prazo prescricional que incidiria no curso do contrato de trabalho seria apenas o quinquenal. Isso, pois, não há divergências acerca do fato de que quase nunca um empregado vem a pleitear verbas trabalhistas não adimplidas pelo empregador estando vigente o contrato, ante o cerceio psicológico de perder o emprego que inequivocamente o aflige. Ao término do contrato, autorizou-se a redução do prazo, já que, assim, estar-se-ia extinto o temor da demissão injusta.

Portanto, torna-se irrefutável que a única interpretação que a Lei Fundamental nos concebe fazer, calcada em zeloso esforço hermenêutico acerca do que motivou o legislador constituinte em promover a distinção dos prazos prescricionais bienal e quinquenal, a partir do testemunho do supracitado deputado federal, é a de que estando restaurado o vínculo empregatício pelas mesmas partes, incide um necessário impedimento para que o prazo prescricional bienal continue a atuar, sob pena de ferir o espírito da norma constitucional que regula a matéria.

Na hipótese de readmissão do empregado pelo mesmo empregador, renasce o

temerário pânico de perder o emprego, ainda que seja como consequência da propositura de reclamação trabalhista para se pleitear créditos pretéritos do contrato outrora extinto.

Nesse caso, é evidente que ressurge o espírito da norma constitucional que regulamenta a celeuma. Isso porque restaurada está a condição fática que levou o legislador a promover a distinção de prazos prescricionais durante ou após o término do contrato de trabalho.

Logo, é questão de justiça que, sob a égide do princípio da proteção do trabalhador, por meio de interpretação histórica e teleológica da Carta da República, somente possa fluir, ante a citada recontração, o prazo prescricional quinquenal em face dos créditos alimentares ainda não prescritos do contrato anterior.

A presente solução não cria rugas com o ordenamento jurídico brasileiro, precipuamente a Constituição de 1988. Do contrário, valoriza os princípios e fundamentos que norteiam a seara trabalhista, promovendo verdadeiro diálogo entre as fontes do Direito do Trabalho, pois estar-se-ia fazendo uso, em face da CRFB/88, dos métodos de interpretação teleológica e histórica.

Ora, o intérprete do Direito não pode se apequenar ao rele examinar literal dos vocábulos contidos no texto normativo. Uma análise proba e suficiente dos institutos jurídicos deve sempre se pautar na utilização de todos os métodos de interpretação existente no Direito. Principalmente quando estamos tratando de normas constitucionais.

Não se deve promover a subsunção de fragmento de texto constitucional a determinado caso concreto, deixando ao relento os motivos ensejadores da criação da norma, isto é, a alma legislativa que a criou.

Trazendo a lume hipótese extremamente didática, mais uma vez retoma-se aos ensinamentos do brilhante jurista Ary Pedro Lorenzetti<sup>41</sup>:

O fato de o contrato vigente ser diverso daquele em que se originaram os créditos em via de prescrição é irrelevante. Se os prazos fossem vinculados apenas ao respectivo contrato, haver-se-ia de entender que o trabalhador que firma novo contrato com seu atual empregador, por exemplo, por haver prestado concurso para função diversa, deixaria de ser beneficiado pela prescrição quinquenal em relação ao primeiro pacto, pelo simples fato de ter-se vinculado mediante outro contrato, o que atenta contra o espírito que animou o legislador constituinte a fixar prazos diferenciados, importando

---

<sup>41</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **A Prescrição Trabalhista e a Sucessão de Contratos**. Disponível: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=174>).

também, por consequência, ofensa ao disposto no art. 5º da LICC<sup>42</sup>.

O ilustre autor persevera:

Que dizer, então, do trabalhador que mantém dois contratos simultâneos com o mesmo empregador e, num determinado momento, rescinde um deles e dá prosseguimento ao outro? Haveria de sofrer os efeitos da prescrição bienal em relação ao contrato rompido, embora continuasse empregado? Definitivamente, não nos parece a melhor solução, principalmente considerando que o Direito do Trabalho confere primazia à realidade, submetendo a ela os aspectos formais. Assim, que a subordinação seja decorrente de contrato diverso é de todo irrelevante para fins de definição do prazo prescricional que deve incidir, no caso. O que importa é se existe ou não relação de emprego entre as partes. Esse foi o critério eleito pelo Constituinte para definir a extensão dos prazos prescricionais relativos aos direitos trabalhistas<sup>43</sup>.

Da pedagógica hipótese trazida por Ary Pedro Lorenzetti destaca-se que o estado de subordinação e o cerceio psicológico, íntimos ao empregado, faz com que, na hipótese de este ter firmado dois contratos de labor com um único empregador, e, tendo encerrado apenas um deles, não ingresse em juízo para pleitear verbas atinentes ao contrato extinto, sob pena de se ver em total desemprego, acaso o empregador resolva dispensá-lo do outro contrato por conta de seu ato de “afronta”.

Por óbvio, a dispensa nesse caso seria motivada, mas guardando para si tal motivação, o empregador poderia romper o segundo vínculo laborativo sob a guarida do direito potestativo que o ampara.

Nesse aspecto, trazendo outra vez as lições do Ministro Augusto César Leite<sup>44</sup>:

Não foi dado ao trabalhador o direito de reclamar sem expor-se ao risco – em verdade, há contingência quase inexorável de perder o emprego – e agora lhe tratam como um credor relapso, daqueles que negligenciam a luta por seu direito em razão de preguiça ou inapetência. A ordem jurídica e seus operadores fazem caso do medo que o empregado tem de apresentar sua demanda judicial enquanto o vínculo e o conflito ainda existem, porque o medo não é, neste mundo onde grassa a covardia, um valor jurídico.

<sup>42</sup> A Lei 12.376 de 30/12/2010 alterou a denominação Lei de Introdução ao Código Civil – LICC para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

<sup>43</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **A Prescrição Trabalhista e a Sucessão de Contratos**. Disponível: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=174>).

<sup>44</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. **A Prescrição Trabalhista: a possível superação da prescrição total**. Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 3, julho/setembro 2010, p. 148.

É ilógico permitir a fluência da prescrição bienal estando as partes com o contrato ainda em vigor, exaurindo, assim, com seu termo, a possibilidade de se pleitear verbas trabalhistas atinentes ao contrato pretérito, tratando o empregado como um credor contumaz. Isso não se coaduna com a intensão do legislador originário em criar dois prazos prescricionais para o Direito do Trabalho. É necessário que, nessa hipótese, atenha-se de forma veemente ao cerceio psicológico experimentado pelo empregado durante o contrato de labor.

No mais, nos ensina o Ministro:

A pretexto de assim render ensejo à pacificação social, a racionalidade jurídica ignora a irrenunciabilidade dos direitos sociais adquiridos e o receio sobremodo compreensível de exercê-los. A prescrição extintiva é o modo como se manifesta a segurança jurídica, incidindo no sistema trabalhista desde a matriz constitucional: ao consagrar o direito de ação na Justiça do Trabalho, o art. 7º, XXIX, da Constituição somente é lembrado pela sua parte final, a parte em que restringe esse direito às pretensões exigíveis há menos de cinco anos, na condição de que não se passem dois anos a partir da dissolução contratual<sup>45</sup>.

A pactuação de um contrato de trabalho e sua ulterior extinção, com a posterior readmissão, é um fato econômico-social. Todavia, trata-se de uma hipótese que interessa ao Direito, pois pode haver verbas a serem adimplidas do contrato precedente, as quais não devem ser abarcadas pela prescrição bienal que se iniciou quando da rescisão do primeiro contrato, ante a subordinação jurídica e cerceio psicológico que se renovou.

Assim, a pergunta é: como o Direito irá incorporar e tratar esse respectivo fato econômico-social, juridicamente?

No que tange à nossa proposta, evidentemente a resposta encontra-se no critério eleito pelo legislador constituinte para promover a distinção dos prazos prescricionais trabalhista em bienal e quinquenal, com fulcro no temor que o empregado tem de propor reclamação trabalhista e ver-se despedido de seu trabalho, haja vista o quase sempre provável ato de retaliação do empregador.

Nessa linha de raciocínio, o operador do Direito não deve, com base em uma aplicação estritamente literal do texto constitucional, lesar princípios trabalhistas já consagrados pela doutrina e jurisprudência pátria, tais como, a continuidade na relação de

---

<sup>45</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. **A Prescrição Trabalhista: a possível superação da prescrição total.** Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 3, julho/setembro 2010, p. 149.

emprego, proteção do empregado e valorização do trabalho.

A aplicação literal da parte final do inciso XXIX, do artigo 7º, da CRFB/88, no caso específico aqui tratando, não irá apenas malferir os supracitados princípios trabalhistas (o que já seria muito). Estar-se-ia, também, subvertendo o espírito legislativo que motivou a criação da norma constitucional, no que tange a diferenciação dos prazos prescricionais em comento.

Deve-se interpretar esta norma constitucional, teleologicamente e historicamente, a fim de resguardar os direitos do trabalhador atrelados ao primeiro contrato, ante a inexorável impossibilidade de o mesmo propor ação no caso de restauração do vínculo laborativo.

Dessa forma, fica clarividente que a melhor técnica interpretativa para o multicitado dispositivo da Lei Fundamental, é aquela que respeita o espírito de formação da própria norma, com base nos interesses envolvidos no momento de sua criação, que, inclusive, motivou a formatação que se deu.

Assim sendo, resta inequívoco que o prazo prescricional bienal não pode fluir durante a vigência do contrato de labor, ainda que na hipótese da superveniente readmissão do empregado. Isso porque não se descarta que foi o preceito eleito pelo legislador constituinte, como única forma de ponderar a incidência do instituto da prescrição em uma situação fática de plena subordinação jurídica e cerceio psicológico.

## 9. CONCLUSÃO

O Brasil é membro da Organização Internacional do Trabalho – OIT desde a sua criação em 1919. Então, desde quase toda sua história Republicana e Democrática.

Com a criação da OIT ficou claro o tratamento dado ao trabalho, que jamais poderá ser visto, tratado ou incorporado como mera mercadoria, em que relações empregatícias são instauradas e extintas ao bel prazer do empresário, sob pena de se torna obsoleto o valor do trabalho humano.

Nesse sentido, as interpretações dos institutos trabalhistas devem ser convergentes com as peculiaridades do estado de subordinação jurídica existente por parte do empregador em face do empregado. Além disso, deve-se sempre buscar guarida nos princípios da proteção do trabalhador, continuidade da relação de emprego e da valorização do trabalho.

Há que se ressaltar, ainda, que todos temos compromisso interno muito sério com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual inovou no tratamento dado ao trabalho, alçando-o à categoria de direito fundamental da pessoa humana. Porquanto não se desconheça que o trabalho é, talvez, aquilo que há de mais importante na vida de um indivíduo, pois lhe dá dignidade e promove a sua subsistência e a de seus familiares. Além do mais, o trabalho influencia diretamente no desenvolvimento de uma nação.

Como muito bem argumentou a eminente Juíza do trabalho, Noêmia Aparecida Garcia Porto, Secretária-Geral da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA, durante audiência pública realizada no Senado Federal, em 13 de abril de 2015, a Constituição de 1988 não nos ofertou apenas o direito fundamental a ocupar-se. Muito além disso, a Lei Maior nos garantiu o direito ao emprego descente. Emprego descente não é conteúdo vazio; não se trata apenas de retórica do Direito, mas sim aquele que contempla vários aspectos afetos à dignidade da pessoa humana, dentre eles, o direito à proteção jurídica generalizada.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a prescrição carrega consigo carga imensa e importante para a estabilização das relações jurídicas, promovendo, por vezes, ainda que da forma mais indesejada, a tão esperada pacificação social. Contudo, esse preceito deve ser visto e incorporado de maneira a não contrariar os ditames legais e constitucionais, principalmente o próprio espírito das normas.

Trata-se de instituto jurídico também atrelado ao Direito do Trabalho e, por esse motivo, deve ser interpretado de maneira não contraditória e não desvirtuada dos princípios e regras que regem a seara trabalhista. Inclusive, no que tange às fontes do Direito laboral.

O artigo 7º, inciso XXIX, da CRFB/88 nos impõe dois prazos prescricionais que devem regular as relações laborativas. O primeiro, de 5 (cinco) anos, pode refletir-se no interregno da pactuação em pleno vigor. O segundo, de 2 (dois) anos, deve incidir apenas quando findo o contrato de labor.

Nesse contexto, é notória a subordinação jurídica existente por parte do empregador em face do empregado. Esse estado de dependência acaba por atuar no psicológico do empregado, influenciando nas relações de emprego, pois o empregado, necessitando garantir sua própria subsistência e de sua família, quase sempre, se rende ao poderio econômico do empregador, ficando impossibilitado de exercer e fazer valer vários direitos que a ele fora conferido.

O cerceio psicológico e a falta de mecanismos aptos a conceber a concretização dos direitos garantidos ao trabalhador constitui sério problema, que muitas das vezes não é tratado com a merecida importância por parte da grande maioria da doutrina e jurisprudência pátria.

No que concerne ainda ao instituto da prescrição no Direito do Trabalho, não se descarta que no bojo da Assembleia Nacional Constituinte, que antecedeu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verificou-se calorosos debates acerca da incidência ou não do referido instituto no interstício de contrato laboral em plena vigência. Por óbvio, cada camada social buscou a satisfação de seus próprios interesses da forma que melhor lhe apossasse.

Nesse cenário, os trabalhadores visavam ver prosperar a tese da não incidência da prescrição enquanto estivesse o contrato de trabalho vigorando, com fulcro na tão enfatizada subordinação jurídica existente entre as partes, bem como no cerceio psicológico que há para propositura de ação judicial antes do término do contrato.

Por outro lado, os empregadores repudiavam tal proposta, não desejando que a mencionada previsão figurasse expressamente no texto constitucional, tendo em vista as conveniências econômicas que lhes são peculiares.

Com efeito, ante o imbróglio e a discrepância dos interesses envolvidos, buscou o legislador originário equacionar a situação. Dessa forma, ao que parece, o legislador, tentando agradar um, sem desagradar totalmente o outro, criou as figuras típicas da prescrição quinquenal e bienal.

Essas figuras foram concebidas justamente com base na constatação de que, em face da limitação psicológica que age sobre a própria *psique* do trabalhador, devido ao poderio econômico do empregador, que o coloca em estado de subordinação jurídica, ante a premente

necessidade de subsistência, dificilmente ingressará com reclamação trabalhista, reivindicando eventuais verbas alimentares suprimidas durante a vigência do contrato de trabalho.

Dessa forma, resta claro que o legislador constituinte permitiu a dilação do prazo prescricional para 5 (cinco) anos, estando o contrato intacto, como forma de salvaguardar, durante esse prazo, incólume os direitos trabalhistas suprimidos, já que não se pode exigir que o empregado ingresse em juízo para pleiteá-los e venha, inequivocamente, perder sua fonte de renda.

Não quis o legislador que o prazo prescricional fosse o mesmo quando da hipótese de efetiva resilição contratual. Isso porque, neste caso, não mais estaria o empregado sob efeito do *status* de subordinação jurídica que motivou a criação do prazo quinquenal. Daí porque, extinto o contrato de labor, a prescrição para se ingressar em juízo, pleiteando verbas alimentares, é bienal.

Por essa razão, a conclusão que chegamos é a de que não foi autorizado pelo legislador constituinte a ocorrência do prazo prescricional bienal estando o contrato celebrado entre empregado e empregador em vigência, ou seja, quando estiver o empregado sob o manto da subordinação jurídica do empresário. Porque, assim estando, não se mostraria livre em seu subconsciente para exercer seu irrenunciável direito fundamental de ação, buscando, assim, a responsabilização do empregador por eventuais inadimplementos.

Dessa maneira, não resta dúvidas que a alma legislativa que instituiu a diferença dos prazos prescricionais no Direito do Trabalho não repousa no fato de haver contrato entre as partes. Ou seja, a diferenciação dos prazos prescricionais quinquenal e bienal não está intimamente ligada, pura e simplesmente, ao contrato de trabalho celebrado. Do contrário, o ânimo legislativo para tal construção, se fundou justamente na relação de subordinação existente entre as partes, que desagua no cerceio psicológico experimentado pelo obreiro, haja vista o temor de sofrer com as represálias patronal, acaso ouse intentar qualquer ação judicial contra ele, pleiteando direitos.

Logo, o fato de haver contratos distintos entre as partes não é fato suficiente para ensejar a incidência da prescrição bienal no que fora anteriormente extinto, ceifando, assim, no transcurso do segundo contrato, o direito de pleitear verbas trabalhistas suprimidas no anterior, ainda que não abarcadas pela prescrição quinquenal.

De acordo com essência da norma reguladora do instituto da prescrição no Direito do Trabalho, o prazo prescricional bienal não pode e não deve correr enquanto estiver a relação jurídica envolta pela multicitada subordinação jurídica naturalmente existente nas relações em que há vínculo empregatício entre as partes.

Então, por meio de zeloso esforço hermenêutico realizado com base na interpretação teleológica e histórica do inciso XXIX, do artigo 7º, da Lei Fundamental, isto é, com fundamento no espírito legislativo que animou o legislador constituinte originário, que, conseqüentemente, o levou a distinguir os prazos prescricionais trabalhista em bienal e quinquenal; na hipótese de dispensa do empregado e de sua superveniente readmissão pelo mesmo empregador, o prazo prescricional bienal, a princípio instaurado, não poderá continuar a correr durante esta nova relação jurídica.

Nesse caso, deve-se respeitar apenas o quinquênio prescricional que foi autorizado pelo legislador a fluir, ainda que estejam as partes em pleno estado de subordinação. Esse prazo, aliás, é contado, retroativamente, a partir da propositura da reclamação trabalhista.

Assim sendo, na hipótese de se firmar contrato de trabalho e, no decorrer deste, o empregador lesar a legislação trabalhista suprimindo direitos de eventual empregado, pode este, após a cessação do pacto, pleitear em juízo as respectivas verbas antes de se esgotar o biênio prescricional, isso claro se não exercer esse direito ainda na fluência do contrato (o que na incomensurável maioria das vezes não acontece).

Todavia, sendo o citado trabalhador readmitido pelo mesmo empregador antes do decurso daqueles dois anos, cessa-se a contagem da prescrição bienal relativa ao contrato precedente, fluindo apenas o quinquênio prescricional. Motivo pelo qual pode o obreiro pleitear as verbas do primeiro contrato não atingidas pelo prazo quinquenal, ainda que já se tenha passado mais de 2 (dois) anos da rescisão do contrato pretérito.

Foi esse, portanto, o critério eleito pelo legislador constituinte originário acerca da fluência dos prazos prescricionais bienal e quinquenal na esfera laborativa, cuja interpretação teleológica e histórica dos anais da Assembleia Nacional Constituinte, que antecedeu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, nos permite decifrar.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acórdão no Recurso nº 84, de 25.07.84 in Abílio Neto, Contrato de Trabalho notas práticas, Lisboa, Pctrony, 1990.

ALMEIDA, Eduardo Sérgio de. **Garantia de indenidade do reclamante empregado, frente a represálias patronais, em face do Direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, nº 1463, 4 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10095>>. Acesso em: 01/02/2016.

BEVILÁCQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 37ª Ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **A Prescrição Trabalhista: a possível superação da prescrição total**. Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 3, julho/setembro 2010.

CHIARELLI, Carlos A. G. **Trabalho na Constituição, v. 1**. São Paulo: LTr, 1989.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Ed. - São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª Ed. – São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Direito do Trabalho e Inclusão Social: estrutura, evolução e papel da CLT no Brasil**. Revista dos Tribunais, São Paulo: out. 2012.

Dicionário Online - Dicionários Michaelis – UOL. Disponível: <http://michaelis.uol.com.br>.

Em voto-vista, ministra considera inconstitucional decreto que revogou convenção da OIT. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837>, acesso 22/02/2016.

FERNANDES, Antônio Lemos Monteiro. **Direito do Trabalho**. Lisboa, Almedina, 1999.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da Prescrição e da Decadência**. 1982, p. 12. Apud. FRANCO FILHO, Op. Cit.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A Prescrição no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A Prescrição Trabalhista e a Sucessão de Contratos**. Disponível em: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=174>.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Informativos do TRT - organizado por assunto**. 3ª Ed. Salvador – BA: JusPodivm, 2015.

MIESSA, Élisson. CORREIA, Henrique. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto**. 4ª Ed. Salvador – BA. JusPODIVM, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2000, p. 135. Apud: FRANCO FILHO, Op. Cit.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora Saraiva. 25ª Ed. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Cinthia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disponível: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-7730-consolidado.pdf>, acesso em 01/02/2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho** – Editora LTr.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Forense, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. rev., atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Disponível: <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>, acesso 22/02/2016.

Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. – 20ª Ed. – São Paulo: Rideel, 2015. (Série Vade Mecum).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.