

A NOVA PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES TRABALHISTAS

JOÃO ORESTE DALAZEN

SUMÁRIO:

- I — Introdução
- II — *Eficácia imediata do novo prazo prescricional*
- III — Distinção entre eficácia imediata e eficácia retroativa
- IV — Limites à eficácia da Lei
- V — Conceito de direito adquirido
- VI — Prescrição como “Direito de Aquisição Sucessiva”
- VII — Prescrição não consumada: Expectativa de direito
- VIII — A nova prescrição da ação trabalhista
- IX — Proposta de solução dos casos concretos
- X — Conclusão

I. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal que vem de ser promulgada, como se sabe, alterou profundamente o prazo prescricional concernente às ações trabalhistas: no caso do empregado **urbano**, **ampliou-o** de dois anos (CLT, art. 11) para cinco anos na vigência do contrato de emprego, limitado a dois anos da extinção deste (C. F./88, art. 7.º, inciso XXIX, a). Quanto ao empregado rural, incorreu alteração quanto ao prazo prescricional e respectivo termo inicial de fluência: dois anos contados da extinção do contrato (C. F., art. 7.º, inciso, b). Por isso, detenho-me aqui no caso do empregado urbano.

II. EFICÁCIA IMEDIATA DO NOVO PRAZO PRESCRICIONAL

Inquestionável a **incidência imediata** da nova prescrição quinquenal. Isso defluiu não apenas da evidente natureza auto-aplicável da norma constitucional em apreço — eis que dotada em si mesma de eficácia plena — como também porque decorre de preceito expresso da novel Carta Magna. Com efeito, estatui o seu art. 5.º, § 1.º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais **têm aplicação imediata**”. Ora, os chamados direitos sociais (aí figurando a prescrição das ações trabalhistas) foram reputados componentes dos direitos e garantias fundamentais, tanto que disciplinados em Capítulo (II) inserido no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Em prol dessa conclusão já opinou, inclusive, o prof. OCTÁVIO BUENO MAGANO (V. Folha de São Paulo de 26-09-88).

A aplicação para logo desse mandamento constitucional, todavia, suscita questões tormentosas e atormentadoras de direito intertemporal que desafiam a argúcia do intérprete. In-

cidirá novo prazo prescricional nos processos pendentes ao tempo da promulgação da Carta Magna (05-10-88)? E com referência aos contratos extintos antes do advento da nova Carta, sem que haja ação proposta pelo empregado, a prescrição rege-se pela lei antiga (bienio) ou pela lei nova (quinquênio)? Eis algumas das perplexidades causadas por esse conflito de leis no tempo ante a superveniência do novo texto constitucional.

III. DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA IMEDIATA E EFICÁCIA RETROATIVA

Ensina o clássico do tema, PAUL ROUBIER, em sua consagrada obra "Les Conflits de Lois dans le Temps" (I/371), que "a base fundamental da ciência do conflito das leis no tempo é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato". Argumenta que o primeiro "é aplicação no passado" e o outro "é a aplicação no presente".

A questão se põe, particularmente, em face dos fatos pendentes quando sobrevém a lei nova. Na lição do mestre francês, no que tange aos fatos pendentes "é preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não poderia ser atingida sem retroatividade, e as partes posteriores, em relação às quais a lei nova, se se lhes deve aplicar, não terá senão um efeito imediato". Eis porque arremata R. LIMONGI FRANÇA:

"Portanto, quando o legislador declara que a lei em vigor 'terá efeito imediato', com isso determina que a lei nova, em princípio, se aplica aos 'facta futura', como às 'partes posteriores' dos 'facta pendencia' (Direito Intertemporal Brasileiro, Ed. Rev. Trib., 2.ª ed., 1968, p. 423).

Igualmente PONTES DE MIRANDA assevera que "temos de distinguir a incidência imediata e a retroativa" (Comentários à C. F. 1967, Tomo VI, Ed. Rev. Trib., 1974, pág. 389). Sobre esta última escreveu ainda:

"O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio de lei que já incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando, o efeito pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível. É preciso que algo que

foi deixe de ser no próprio passado; portanto, que deixe de **ter sido**. O efeito hodierno, normal, é o hoje circunscrito ao hoje. Nada se risca, nada se apaga, nada se cancela do passado. O que **foi** continua a ser tido como tendo sido. Só se cogita do presente e de sua lei” (ob. cit., Tomo V, 1974, p. 80).

IV. LIMITES À EFICÁCIA RETROATIVA DA LEI

Sendo incontestes a incidência imediata do novo prazo prescricional, cabe perquirir se nos é dado conferir-lhe também aplicação retroativa, isto é, ao passado.

O princípio basilar nessa matéria é o da **irretroatividade das leis**, praticamente tão antigo quanto a própria civilização, como frisam os estudiosos desse tema: historicamente, as leis não incidem sobre fatos pretéritos, valem apenas para o presente e o futuro. como acentuou GRENIER, citado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “esse princípio é a própria moral da legislação”. Imortal a lição do saudoso prof. VICENTE RÁO, a respeito, com apoio em PORTALIS:

“A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de PORTALIS, “o homem que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo às incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças” (O Direito e a Vida dos Direitos, Vol. I, Tomo II, Ed. Max Limonad, 1952, pág. 428).

Em suma, a vedação da retroatividade das leis repousa em uma elementar exigência de segurança e estabilidade nas relações jurídicas.

O Direito Brasileiro tradicionalmente acolhe o princípio que proíbe a retroeficácia da lei. As Constituições do Império (art. 179, § 3.º) e da Velha República (art. 11, § 3.º) eram expressas. Nas Constituições Federais de 1934 (art. 113,3), de 1946 (art. 141, § 3.º), de 1967 (art. 153, § 3.º) e de 1988 (art. 5.º, inciso XXXVI) a proibição de a lei projetar efeitos no passado passou a ser implícita, segundo a seguinte fórmula: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A Lei de Introdução ao Código Civil contém preceito idêntico (art. 6.º, “caput”).

Por conseguinte, em nosso ordenamento jurídico, desde 1934, a lei só pode retroagir (exceto em matéria penal) se respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, adotou-se o princípio da irretroatividade, mas não de forma absoluta. Vale dizer: a lei pode retroagir desde que resguarde os três institutos em apreço. Irretroatividade relativa, pois.

V. CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO

De modo que a solução do problema ora focalizado passa necessariamente pelo conceito de direito adquirido. Ministra-o a lei brasileira:

“Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem” (§ 2.º, art. 6.º da L.I.C.C.).

Em síntese, à luz do conceito legal, direito adquirido é aquele que o titular pode exercer e que, portanto, já ingressou no seu patrimônio quando surge a lei nova. A definição clássica de PACIFICI-MAZZONI, referido por R. LIMONGI FRANÇA, é mais esclarecedora:

“Direito adquirido é a consequência de um fato idôneo a produzi-la, em virtude da lei do tempo no qual o mesmo se consumou e que antes da atuação da nova lei entrou a fazer parte do patrimônio da pessoa a quem respeita, embora não tenha podido fazer-se valer por parte dela, por falta de ocasião”.

VI. PRESCRIÇÃO COMO “DIREITO DE AQUISIÇÃO SUCESSIVA”

Ora, não há a mínima dúvida de que a prescrição (a exemplo da maioridade, aposentadoria, usucapião, etc.) é um “direito de aquisição sucessiva”, na terminologia de LIMONGI FRANÇA (ob. cit., p. 468), o que implica dizer um direito que se alcança após o fluxo de um certo lapso de tempo.

De sorte que inadmissível a retroação total da lei nova de eficácia imediata de maneira a ignorar a patrimonialidade da prescrição extintiva já consumada, por isso que importaria patente ofensa a direito adquirido. Essa orientação, rigorosamente calcada na lei, tem merecido o aplauso pacífico da doutrina e da jurisprudência.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO afirma:

“... se a prescrição já se consumou, segundo a regra da lei anterior, não há que se cuidar da lei nova” (Curso de Direito Civil, 1.º Vol., Saraiva, 1977, p. 33).

Perfilhando o mesmo entendimento assinala o prof. GALENO LACERDA a propósito do caso análogo dos prazos processuais (grifei):

“Claro está que os prazos já terminados sob a lei antiga não podem, em hipótese alguma, ser reabertos. O efeito já se produziu sob aquela lei. O problema de direito transitório só se apresenta, é claro, quanto à incidência de lei nova sobre prazos que ainda não acabaram” (O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, p. 91).

Copiosa doutrina poderia ser trazida a lume nesse sentido. Nos tribunais, por sua vez, há precedentes específicos sobre essa matéria em que se preservou o direito adquirido do prazo prescricional já integralmente escoado: v. Rev. Tribs. 151/578 e 246/520.

VII. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA: EXPECTATIVA DE DIREITO

A “contrario sensu”, a lei nova que apanha a prescrição em curso, reduzindo-a ou aumentando-a, tem aplicação imediata para encurtar ou ampliar o prazo sem que com isso se afete direito adquirido. Trata-se de mera expectativa de direito. Essa diretriz também é aceita de forma mais ou menos pacífica no Direito pátrio, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência.

CÂMARA LEAL, autor de magnífica e célebre monografia sobre o tema, após transcrever a opinião idêntica do francês GUILLOUARD, preleciona, por todos:

“... se infere que a nova lei deve ser aplicada aos fatos passados, cujos efeitos se operam sob o seu domínio, quando não haja, para o titular, um direito adquirido do qual esses efeitos sejam apenas uma manifestação.

Ora, na prescrição, enquanto esta não se consuma pela expiração do prazo prescricional, não há para o prescribente um direito adquirido, porque, antes dessa consumação, ele não pode invocá-lo, nem fazer reconhecê-lo. Portanto, a nova lei, publicada antes da expiração do prazo prescricional, vem surpreender a prescrição em curso, quando ela não constitui ainda um direito adquirido, mas mera expectativa, cuja realização depende do decurso do tempo fixado pelo legislador, e deve, pois, exercer sobre ela toda sua autoridade, subordinando-a ao seu novo império” (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1982, p. 88).

E conclui:

“Em nosso direito, portanto, que aceitou a doutrina da irretroatividade relativa da lei (...), não há dúvida de que as leis que regem a prescrição são retroativas em relação às prescrições não consumadas e irretroativas em relação à prescrições já consumadas” (ob. cit., p. 88/89).

Essa é a “comunis opinio doctorum” dos civilistas, que o não menos clássico PLANIOL resumiu assim no que tange ao direito francês (grifei):

“Quando uma lei modifica o tempo da prescrição, quer para aumentá-lo, quer para diminuí-lo, as prescrições já ultimadas não são atingidas; mas as que estão em curso sofrem o efeito da alteração” (“Droit Civil”, I, n.º 248).

A jurisprudência nacional é claramente favorável à aplicação da lei nova aos prazos em curso, quer quando os diminua, quer quando os alongue. O Egr. Supremo Tribunal Federal já se pronunciou reiteradas vezes assim: V. Rev. Forense 75, de 1938, fls. 287 e segs., ac. 1.ª T. n.º 7.220, Rel. Min. Otávio Kelly; V. Rev. Forense n.º 198, p. 82/83, RE n.º 47.802, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, 1ª T. Também decidiu que não estando exausto o prazo de prescrição, o prazo que o aumenta se aplica aos prazos em curso (Ac. n.º 9634 PA, Pleno, Rel. Min. Luiz Gallotti, in RTJ n.º 38, p. 104/107). Posteriormente, editou a Súmula n.º 445, analogamente invocável aqui: “A lei 2437, de 07-03-55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (01-01-56), salvo quanto aos processos então pendentes”. Outros julgados nessa mesma linha podem ser consultados em: Rev. Forense 29/33, 35/378, 178/217; Rev. Tribunais 240/225, 311/490 e 571, 297/489.

Tendo presente que a prescrição é um instituto de ordem pública bem se compreende que se submetam à lei nova os prazos em curso.

Insta assinalar, todavia, que a lei brasileira, diversamente da lei alemã, omitiu por completo as normas que deverão reger a incidência da lei nova às prescrições em curso quando da sua superveniência. Eis porque esse papel tem sido suprido pela doutrina. CÂMARA LEAL, inspirado no Direito alemão, a que se filiou nosso Código Civil, formulou as seguintes regras, sufragadas pela jurisprudência (V. AT 267/345, p. e.):

“1.^a — Estabelecendo a nova lei um prazo mais curto de prescrição, essa começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a completar-se em menos tempo, segundo essa lei, que nesse caso, continuaria a regê-la relativamente ao prazo.

2.^a — Estabelecendo a nova lei um **prazo mais longo de prescrição**, essa obedecerá a esse novo prazo, **contando-se, porém, para integrá-lo, o tempo já decorrido na vigência da lei antiga.**

3.^a — O início, suspensão, ou interrupção da prescrição serão regidos pela lei vigente ao tempo em que se verificarem” (ob. cit., p. 90/91).

VIII. A NOVA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO TRABALHISTA

Em seguida a esse longo encaminhamento da matéria, embora necessário, sob as vistas do direito comum, fonte supletiva do Direito do Trabalho diante da omissão deste (CLT, art. 8.º, parágrafo único), impõe-se propor soluções aos problemas prescricionais específicos da ação trabalhista.

À vista das considerações já expendidas, com o advento da nova Constituição Federal de 05-10-88, entendo que os princípios gerais a nortear o intérprete e aplicador da lei, no tocante à prescrição da ação trabalhista pertinente ao empregado urbano, são os seguintes:

1.º **contratos novos (celebrados a partir de 05-10-88):** é de cinco anos o prazo prescricional para a ação enquanto subsistente o contrato de emprego, contado da ciência da lesão a di-

reito subjetivo; em caso de extinção do contrato, o termo final do prazo é de dois anos após: até então, pode-se vindicar a reparação de atos lesivos do quinquênio anterior;

2.º) **contratos de trabalho vigentes em 05-10-88:** a nova prescrição quinquenal tem incidência imediata, de conformidade com o item anterior; a nova norma constitucional relativa à prescrição será:

— **retroativa** quanto ao prazo **ainda não consumado** em 05-10-88, que é apanhado em seu curso pela nova Constituição Federal e **protraído** até perfazer cinco anos, computado o lapso de tempo já escoado até então;

— **irretroativa** quanto ao prazo definitivamente **consumado** em 05-10-88, em respeito ao direito adquirido do empregador, salvo se em Juízo a prescrição não for alegada;

3.º) **contratos extintos antes e ação proposta a partir de 05-10-88:** a nova prescrição quinquenal deve ter pronta aplicação, observado como termo final o biênio subsequente à extinção do contrato, preservando-se em todo o caso o direito adquirido do empregador concernente ao prazo prescricional já exaurido inteiramente à luz da lei antiga quando veio a lume a nova Carta Magna; isto é, a menos que não seja argüida, a prescrição jamais poderá retroagir a 05-10-86;

4.ª) **contratos extintos e processos pendentes, em 05-10-88:** não incide a nova prescrição quinquenal visto que tal importaria infringência a direito adquirido do empregador decorrente de prescrição parcial já consumada ao tempo da lei velha;

5.º) **contratos extintos e processos já julgados em 05-10-88:** prestações não postuladas e/ou não acolhidas por sentença transitada em julgado, **anteriores** ao biênio, não podem ser acolhidas em **outra ação** movida pelo empregado face ao direito adquirido do empregador e eventual coisa julgada material de que se reveste a sentença primitiva que declara a prescrição;

6.º) o novo texto constitucional, cingindo-se a aumentar o prazo prescricional, **não** alterou o termo **inicial** do fluxo do prazo prescricional, devendo prevalecer integralmente a jurisprudência consubstanciada nas Súmulas n.º 168 e 198 do C. TST; assim, tratando-se de ato lesivo de direito subjetivo decorrente

de ato único patronal, o quinquênio de que dispõe o empregado para demandar (**biênio** se escoado em 05-10-88) flui da data em que o empregado dele toma conhecimento; fora daí, a prescrição é sempre parcial, operando-se sucessivamente a partir do vencimento de cada prestação.

IX. PROPOSTA DE SOLUÇÃO DOS CASOS CONCRETOS

Parece-me que praticamente são concebíveis as seguintes situações quando da promulgação da Constituição Federal em 05-10-88, para efeito de aplicação do novo prazo prescricional: 1.) contratos de emprego já **vigentes** em 05-10-88; 2.) contratos de emprego extintos, com ação proposta a partir de 05-10-88; 3.) contratos de emprego extintos, com processos pendentes de julgamento em 05-10-88; 4.) contratos de emprego extintos, com processo instaurado e sentença transitada em julgado em 05-10-88, sendo proposta outra ação antes de escoados dois anos da dissolução do vínculo; 5.) contratos novos, firmados a partir de 05-10-88.

Analiso a seguir cada uma dessas hipóteses.

1. Contratos já vigentes em 05-10-88

Suponha-se o caso do empregado "A" admitido pelo empregador "B" em 14-01-84. Sempre prestou duas horas-extras diárias que não lhe eram pagas. Em 15-10-86 sofreu redução salarial. O contrato vigorava em 05-10-88 quando sobreveio a Constituição e elevou para cinco anos o prazo para demandas contra seu empregador.

Com referência às horas-extras, as prestadas até 04-10-86 estão irremediavelmente prescritas desde que seja invocada a prescrição em defesa pelo empregador se e quando demandado. Isso porque pela lei vigente até 04-10-88 a prescrição era bienal. Logo, se as horas-extras prestadas e não pagas também não foram reivindicadas em Juízo até 04-10-88 consolidou-se a prescrição em favor do empregador, tornando-se direito adquirido para este, que não pode ser prejudicado pela lei superveniente. Quanto às horas-extras realizadas desde 05-10-86 (inclusive), diversamente, o prazo prescricional achava-se em plena fluên-

cia quando surgiu a nova Lei Magna e o ampliou. De fato, o prazo prescricional atinente às horas-extras do dia 05-10-86, p. e., **esgotar-se-ia** em 05-10-88 caso não surgisse a nova Constituição. Sobrevindo esta, a intercorrência do novo prazo tem o condão de prolongar de pronto o prazo então em curso, de tal maneira que, na vigência do contrato, ditas horas-extras poderão ser postuladas até **05-10-1991**. Não há que cogitar aí de direito adquirido em benefício do empregador quanto ao prazo prescricional já decorrido até 05-10-88 porquanto ninguém pode incorporar ao seu patrimônio vantagens supostas de prescrição não consumada: simples expectativa de direito, não direito adquirido. Nesse caso, a prescrição há que se completar não de conformidade com a lei velha, mas sim em consonância com a lei nova.

Havendo ruptura do contrato, naturalmente contará o empregado com um prazo de dois anos, a partir de então, para pleitear a reparação de direitos subjetivos violados alusivos ao quinquênio anterior, não podendo retroagir, porém, a 05-10-86 caso seja argüida a prescrição pelo patrão. Assim, se o empregado for despedido em 12-01-1990 deverá ingressar em Juízo até 12-01-1992. Propondo a ação, p. e., em 12-01-1991 e sendo alegada a prescrição, caberá ao Juiz fazer retroagir esta até **05-10-86**, ressaltando, portanto, o direito adquirido do empregador. Se a ação for ajuizada em 12-12-1991 nada há a ressaltar: simplesmente se deve reputar prescrita a ação quanto a quaisquer prestações anteriores a **12-12-1986**.

“Mutatis mutandis”, o mesmo raciocínio tem lugar no que pertine às diferenças salariais conseqüentes da acenada redução em 15-10-86: até **15-10-91** na vigência do contrato poderão ser postuladas, prescrevendo sucessivamente após. Igualmente aqui, **não** se achando completada a prescrição em **05-10-88**, embora nascida tal prescrição sob a vigência da lei antiga, passará a ser disciplinada pela lei nova, computando-se o prazo já escoado até **05-10-88**.

2. Contratos extintos, com ação proposta a partir de 05-10-88

Aqui se tem presente os contratos extintos **antes** da nova Constituição Federal, mas cujas ações foram ajuizadas **ao depois** da superveniência desta.

Suponha-se o caso de um empregado que, admitido em 05-03-83, teve o seu contrato rescindido em 30-06-88. Não recebia adicional noturno e adicional de insalubridade a que fazia jus. Ajuíza “reclamatória” em 12-01-89.

Tal empregado somente poderá propor a “reclamatória” até 30-06-90 quando esgota seu prazo prescricional. Conjecturando-se que a ação seja proposta em 12-01-89 e que haja o empregador argüido prescrição, cumprirá ao Juiz, a meu ver, aplicar a prescrição quinquenal mas ter o cuidado de não retroagila a data anterior a 05-10-86 eis que as prestações precedentes já se encontravam totalmente prescritas em 05-10-88, pela sistemática da lei velha até então incidente, caracterizando direito adquirido para o empregador. Vale dizer: na hipótese vertente, caberá ao Juiz fixar em 05-10-86 o marco prescricional, acolhendo prestações somente a partir daí. Há, por conseguinte, 20 meses e 25 dias imprescritos. Observe-se como a lei nova, incidindo imediatamente sobre os prazos em curso (e, no caso, o prazo em curso diz respeito às prestações nascidas em 05-10-86), beneficia desde logo esse empregado: pelo critério anterior, o marco do prazo prescricional seria 12-01-87 (biênio precedente à demanda), o que significa dizer 17 meses e 18 dias não prescritos.

Insta assinalar aqui que não socorre ao empregador o argumento de que os contratos extintos sob o império da lei antiga têm a prescrição regulada por esta: o novo mandamento prescricional insculpido na Carta Magna tem aplicação imediata e retroage no que não colida com direito adquirido, só configurado, na espécie, com referência aos prazos prescricionais **inteiramente** exauridos em 05-10-88. Não há direito adquirido para o prescribente de prescrição não consumada pela razão óbvia de que não há direito que o seu titular possa exercitar até então. Quanto aos prazos prescricionais ainda em curso, — repita-se: mera expectativa de direito — a lei nova intercorrente apanha-os e altera-os de pronto, alongando-os no caso: o prazo que era de dois passa a ser de cinco anos.

3. Contratos extintos e processos pendentes, em 05-10-88

Figure-se agora o exemplo de um empregado admitido em 27-02-80, cujo contrato de trabalho foi rescindido em 07-06-88.

Em 05-07-88 ingressou em Juízo pleiteando férias, 13.º salário e o salário de domingos trabalhados de todo o período contratual. O empregador argüiu a prescrição bienal então vigente.

No que tange aos processos pendentes instaurados até 04-10-88, inclusive, penso que a diretriz cardeal é a seguinte: não incide a prescrição quinquenal pois que tal implicaria vulneração a direito adquirido do empregador decorrente de **prescrição já consolidada definitivamente** sob o governo da lei antiga então vigente. Com efeito. Consoante já se expôs, a possibilidade de a nova lei modificar o prazo prescricional — seja para reduzi-lo, seja para aumentá-lo — somente é viável no tocante aos prazos interceptados **fluindo** quando sobrevém a lei nova. Ou seja: o prazo prescricional **ainda não de todo esgotado** pode ser mudado para mais, ou para menos, em virtude de constituir mera expectativa de direito para o prescribente. Ora, que sucede com o processo já em andamento quando surge a lei nova? Evidentemente a prescrição fora interrompida com a propositura da demanda, a teor do art. 172, IV do Código Civil c/c art. 883 *fine* da CLT. Com isso, demarcaram-se precisamente no tempo as prestações para as quais a ação está prescrita e para as quais **não** está. No exemplo figurado, a nova Constituição Federal, ao surgir, em 05-10-88, já encontrou inquestionavelmente prescritas as prestações exigíveis antes de **05-07-86** por força da incidência do biênio prescricional segundo a lei antiga. Daí se segue que quanto a prestações anteriores a **05-07-86** a prescrição já se consumara de modo inexorável. Esta situação assim consolidada **inapelavelmente** é a que encontrou a nova Carta Magna. Em uma palavra: a prescrição da ação referente às prestações exigíveis antes de 05-07-86, no caso, constituía indubitoso direito adquirido para o empregador quando promulgada a nova Constituição. Em semelhante circunstância, pelos argumentos acima expendidos, há que se resguardar o direito adquirido. Ora, se aplicada a prescrição quinquenal o marco inicial desta retrotrairia para **05-07-83**, com flagrante violação ao direito adquirido.

Note-se que **qualquer processo** instaurado antes da nova Constituição, se o empregado contava com mais de dois anos de tempo de serviço, inevitavelmente tinha, então, prescrita a ação alusiva a prestações anteriores ao biênio. A lei nova, nesse caso, pois, necessariamente encontra uma situação jurídica de prescrição **parcial** já consumada, segundo a lei velha, em favor do prescribente (aqui o empregador). Não se poderia ignorá-la,

portanto. Tal direito já se incorpora ao patrimônio jurídico do empregador. Tanto isso é certo que este já o invocara em defesa e se não sobreviesse a lei nova sem a menor dúvida ser-lhe-ia reconhecido. Era exatamente o direito cujo titular pode exercer da definição legal de direito adquirido referida (§ 2.º, art. 6.º, L.I.C.C.).

Friso que essa orientação acha-se em perfeita sintonia com a jurisprudência do S.T.F., cumprindo salientar que a aludida Súmula n.º 445, editada para um caso análogo de encurtamento de prazo, expressamente ressaltou: "... salvo quanto aos processos então pendentes" (V. supra, item IV). Ou seja, o Excelso Supremo Tribunal Federal respeitou o direito adquirido daqueles que já haviam ajuizado tempestivamente ação a égide da lei velha quando lei nova diminuiu o prazo prescricional. "Mutatis mutandis", logicamente a solução aqui não pode ser diferente: a prescrição parcial já consumada ao tempo em que o empregado ingressa em Juízo é direito intangível do empregador que a lei nova não afeta.

De outra parte, desde logo cumpre refutar uma eventual objeção, porventura suscitada, ao respeito que propugno do direito adquirido referente ao prazo prescricional já completado. Poder-se-ia contrapor o argumento de que ante a Constituição Federal não há direito adquirido e, portanto, emanando de norma constitucional o novo prazo prescricional, não se justificaria preservar os prazos prescricionais já consumados: a partir de 05-10-88, promulgada a nova Carta, lícito seria ao empregado pugnar em Juízo a reparação às lesões sofridas no quinquênio precedente, sem qualquer limitação.

É bem verdade que o direito adquirido somente é oponível à lei ordinária: esta, em princípio, é que não pode vulnerá-lo. Nada impede efetivamente que o poder constituinte, soberano e absoluto, aprove preceito constitucional que alcance e fira o passado de modo a afetar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e sentenças transitadas em julgado. A lei ordinária não pode. A Constituição pode, em tese (a constituição soviética vigente, p. e., aboliu a propriedade privada...). Contudo, é indispensável que haja norma constitucional expressa nesse sentido, ou, não sendo explícita, que seja inconciliável com o respeito ao direito adquirido.

Escreve PONTES DE MIRANDA, com toda a sua autoridade (grifei):

“Quando se diz que as novas Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições. O que acontece é que à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive de Constituição. Aí, a Constituição que poderia prostrar a sua incidência, como ocorre com a Constituição de 1967, explicitamente a retrotrai”. (ob. cit., Tomo VI, p. 385).

Mais adiante, para espancar quaisquer dúvidas, frisa (grifei):

“As Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia porque estejam adstritas a isso. O respeito dos direitos adquiridos, da coisa julgada e dos negócios jurídicos perfeitos resulta de regra jurídica constitucional, que o estabelece, e não de princípio a que a Constituição tenha de atender. As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria de incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não.

(...) o que é essencial, para que o direito adquirido seja atingido é que haja incompatibilidade entre a permanência do direito adquirido e a incidência do novo texto constitucional” (ob. cit., p. 392 e 393).

Compartilham dessa opinião, entre outros, VICENTE RAO (ob. cit., p. 451) e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA (V. Direito Intertemporal, Forense, 1980, p. 438).

Esta a doutrina prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal. No RE n.º 75.418, Pleno, acentuou o Min. Thompson Flores:

“... reconheço inexistir direito adquirido contra a Constituição Federal. Mas, para tanto, mister se tornaria que ensejasse ela, e não as Cartas locais, esta conclusão, pois é ela própria que assegura, como garantia individual, o direito adquirido. Esta, de resto, é a orientação do Supremo Tribunal Federal — RE 74.284, in Ementário 915/2; 74.354, idem 915/2; e 75.102, idem 911/2” (V. RTJ 71, p. 461).

Ora, a nova Carta Magna **não** estatui inequivocamente que a prescrição quinquenal retroaja sem qualquer limitação. Ao revés, dispondo que essa norma tem incidência imediata por via de consequência **nega-se** a retroatividade **enquanto ofensiva de direito adquirido**. Como dilucida LIMONGI FRANÇA, a afirmação do feito imediato

“... é um dos modos pelos quais se reitera que a lei **não** se aplica, em princípio, aos fatos anteriores, bem como aos efeitos anteriores desses fatos” (ob. cit. p. 421).

Não se olvide, aqui, que a nova Constituição se **de um lado**, manda observar a prescrição quinquenal, de **outro também manda preservar o direito adquirido e é expressa quando não permite a sua invocação** (p. e., art. 17 das disposições transitórias).

Afora isso, não vislumbro a necessária **incompatibilidade**, a que alude PONTES DE MIRANDA, entre a manutenção do direito adquirido à prescrição já consolidada para o empregador e a aplicação do novo prazo prescricional. Como se verá adiante, o respeito ao direito adquirido decorrente do prazo prescricional já exaurido pode **perfeitamente coexistir** com a nova prescrição quinquenal em quase todos os casos.

De outro lado, para os empregadores constituiria violência inqualificável e iniquidade clamorosa, sem precedentes em nosso Direito, desconsiderar-se a prescrição **integralmente já operada** sob a égide da lei anterior. Isso poderia obstar até mesmo o **comezinho e sacrossanto direito de defesa pelo empregador**.

Basta imaginar, na hipótese aventada, a dramática situação do empregador se já houvesse incinerado os recibos comprobatórios de pagamento das parcelas postuladas anteriores a 05-07-86 (o que seria perfeitamente compreensível). Ora, seria justo, aplicando a prescrição quinquenal a ferro e fogo, condená-lo a um novo pagamento dessas prestações, quando nenhuma lei o obrigava a conservar tais documentos após o decurso do biênio prescricional então vigente?

Convenhamos: a menos que se repute razoável exigir do empregador o dom da adivinhação, ou de realizar seguros prognósticos em torno dos meandros insondáveis da Política brasileira, não se pode fazer tábula rasa do seu direito adquirido ao prazo prescricional expirado quando surgiu a nova Carta Magna.

Por derradeiro, relativamente aos processos pendentes é fácil imaginar a balbúrdia e o tumulto que a imediata aplicação da prescrição quinquenal acarretaria. Claro está que haveria necessidade de reabrir a oportunidade de defesa ao empregador visto que sua defesa certamente cingiria-se aos fatos verificados no biênio precedente. Se de um lado, elementar bom senso recomendaria a adoção dessa providência, não defluisse ela também de princípio constitucional, de outro lado, porém, haveria bons motivos para se indagar qual o fundamento jurídico para se lhe assegurar dupla oportunidade de defesa, sabendo-se que quanto a esta já se verificara a chamada preclusão consumativa. Claro está também que haveria, semelhantemente, necessidade de reabrir-se a instrução probatória para que o empregador pudesse desvencilhar-se do ônus de demonstrar suas alegações alusivas ao triênio não contestado anteriormente. E então não me parece desarrazoado indagar-se: se o empregador acaso já houvesse arrolado e inquirido três testemunhas, onde o fomento jurídico para que fossem ouvidas outras tantas?

Em conclusão: a nova prescrição quinquenal, conquanto emanada de preceito constitucional, não pode prejudicar o direito adquirido conseqüente de prescrição já consumada.

4. Contrato extinto, processo já julgado em 05-10-88 e outra ação proposta

Figure-se agora a seguinte situação: empregado admitido em 12-01-82, com contrato rescindido em 20-03-87 e ação ajuiza-

da em 25-03-87. Pleiteia-se prestações de todo o período contratual. Foi argüida a prescrição bienal então vigente. A sentença, em 20-04-88, transitada em julgado, proclamou a prescrição quanto às parcelas exigíveis antes de 25-03-85. Sobrevindo a nova Carta, o empregado ingressa novamente em Juízo, em 15-10-88, através de outra ação, com alegado respaldo na prescrição quinquenal, para postular o reconhecimento de seu direito às prestações do período de 25-03-82 a 24-03-85, ou, quando não, do período de 15-10-83 a 24-03-85 (quinquênio precedente à segunda demanda). Indaga-se: merece acolhida pretensão desse jaez?

Creio que não pode prosperar tal pretensão. Em primeiro lugar porque, insisto, a lei nova não pode prejudicar o direito adquirido do empregador referente à prescrição já consumada, conforme é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Na espécie, a nova Constituição ao entrar em vigor surpreendeu o empregado com uma prescrição parcial já configurada e reconhecida judicialmente quanto ao período precedente ao biênio. Logo, há direito adquirido patronal cuja observância é imperiosa mesmo à luz da novel norma constitucional atinente à prescrição (v. supra, item VIII).

Em segundo lugar, não pode passar despercebida a circunstância de que, na sistemática processual vigente, é de mérito a sentença que decreta a prescrição (CPC, art. 269, IV). Em decorrência, o pronunciamento jurisdicional que rechaça os pedidos sob tal fundamento produz coisa julgada material, eis que compõe a lide e “tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (CPC, art. 468).

Em suma, o segundo processo, com tal objeto, está fadado ao fracasso, cabendo ao Juiz: ou promover-lhe a extinção sem julgamento de mérito se efetivamente transitada em julgado a sentença anterior (CPC, art. 267, V), ou rejeitar de plano os pedidos, no mérito, em face do direito adquirido patronal.

Penso que idêntica solução se impõe também no caso de o Autor, espontaneamente, haver limitado o pedido ao biênio imprescrito quando propôs a primeira demanda porquanto a situação é juridicamente a mesma: a nova Lei Maior, ao vigorar, já encontrou o empregador amparado por direito adquirido e, eventualmente, coisa julgada material quanto ao período anterior ao biênio declarado na primitiva sentença.

Orientação diversa, **data venia**, significaria desconstituir situação jurídica consolidada, atribuindo à lei nova retroeficácia para revolver o passado e “apagar” do mundo jurídico prescrição nascida e completamente operada sob o império da lei velha. Tal não é concebível sem graves abalos à segurança e estabilidade dos negócios, a menos que se pretendesse subverter e revolucionar totalmente a ordem jurídica.

5. Contratos novos

No que respeita aos contratos de emprego firmados desde 05-10-88 — ou seja, já sob o pálio da nova Carta Magna —, como é óbvio, não há qualquer problema de direito intertemporal. Assim, aplica-se-lhes a prescrição quinquenal na vigência do contrato, havendo limite de dois anos, a contar da extinção do contrato. Isto é, extinto o contrato, o empregado pode, até dois anos após, demandar visando à reparação das lesões a seus direitos subjetivos ocorridas nos cinco anos imediatamente anteriores à propositura da ação.

X. CONCLUSÃO

Em síntese: a norma constitucional que ampliou a prescrição da ação trabalhista para cinco anos tem incidência imediata, mas não retroage de maneira a prejudicar direito adquirido do empregador, fruto de prescrição parcial já consumada pela lei antiga ao tempo do advento da lei nova.